

UVAH

El VIH en el ámbito laboral

The HIV and the work environment

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:

M^aJOSÉ GALVÁN ORTUÑO

Dirigido por:

MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS

Alcalá de Henares, a 24 de abril del 2022

ÍNDICE

Resumen	4
Abstract:	4
Abreviaturas	6
1. INTRODUCCIÓN	8
2. LA REGULACIÓN EN ESPAÑA DEL DESPIDO	9
2.1. Definición	9
2.2. Tipología	9
2.2.1. <i>Despido disciplinario</i>	9
2.2.2. <i>Despido objetivo</i>	18
2.2.3. <i>Despido colectivo</i>	25
2.3. Calificación del despido	31
2.3.1. <i>Procedente</i>	31
2.3.2. <i>Improcedente</i>	32
2.3.3. <i>Nulo</i>	32
2.4. Responsabilidad del FOGASA por indemnizaciones debidas a los trabajadores como consecuencia del despido	34
3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE LA SALA PRIMERA, N°62/2008, DE 26 DE MAYO: ¿PUEDE SER LA SALUD CAUSA DE DESPIDO?	37
4. EL VIH EN EL ÁMBITO LABORAL	49
4.1. Definición y contexto histórico del VIH	49
4.2. Modos de transmisión y MUPT	51
4.3. Índice de empleabilidad en personas con VIH: restricciones para acceder a determinadas ocupaciones	57
4.4. Vulneración del artículo 18 CE: Pruebas, privacidad y confidencialidad	69
4.5. El VIH como posible causa de despido	79

5. CONCLUSIONES	86
6. BIBLIOGRAFÍA	88
7. ANEXOS	89
7.1. Anexo de jurisprudencia	89
7.1.1. <i>Jurisprudencia internacional</i>	89
7.1.2. <i>Jurisprudencia nacional</i>	89
7.1.3. <i>Jurisprudencia autonómica</i>	91
7.2. Anexo de legislación	92
7.2.1. <i>Derecho Internacional</i>	92
7.2.2. <i>Derecho de la Unión Europea</i>	92
7.2.3. <i>Derecho Español</i>	92
7.3. Otros	95

Resumen

El Virus de la Inmunodeficiencia Humana, más conocido como VIH, es un retrovirus que ataca y daña a los linfocitos CD4 provocando así que el sistema inmunológico fabrique menos anticuerpos para combatir las infecciones provocadas por cuerpos externos. Esta enfermedad ha supuesto desde el día en que se conoció su existencia hasta la actualidad, una discriminación hacia el colectivo de personas que tienen VIH por miedo a “contagiarse” implicando así, la vulneración del derecho a la igualdad y a la no prohibición de discriminación derecho fundamental que viene recogido en el artículo 14 CE. El objetivo de este trabajo es analizar qué papel juega la enfermedad del VIH dentro de la esfera laboral, y en concreto, dentro de las posibles causas que pueden motivar el despido del trabajador. Inicialmente, veremos a través de un método explorativo y genérico todo el desglose de la regulación española acerca del despido, donde veremos los tipos existentes, así como sus calificaciones. Una vez visto esto, exploraremos la interrogativa de si una enfermedad puede considerarse causa de despido a través de la STC 62/2008, del 26 de mayo. Finalmente, aplicaremos los dos puntos anteriores a la figura del VIH en el trabajo con el fin de vislumbrar las causas que provocan o no el despido por esta enfermedad, así como las consecuencias que lleva consigo y de los derechos que participan y se ven vulnerados.

Palabras clave: causas de despido, contagio, derecho fundamental, despido, discriminación, enfermedad, igualdad, trabajador y Virus de la Inmunodeficiencia Humana.

Abstract

Human immunodeficiency virus, better known as HIV, is a retrovirus which attacks and damages CD4 lymphocyte, causing immune system to create less antibody able to fight infections caused by foreign bodies. This disease has been causing from the very first day when its existence was known till nowadays many cases of discrimination to those people suffering from HIV or AIDS; discrimination caused by the fear to get "infected" by them, implying as a result the infringement of equality rights, and also to the fundamental right to not being discriminated against as stipulated at article 14 CE.

The main objective of this research work is to analyze the role of this disease inside working environment, and to be more specific, looking for possible reasons that can motivate an employee to be fired. First, we will see through an exploratory and generic method all the itemization of Spanish regulation about firing a person, where we will see different existing types and its qualifications also. Next, we'll explore the interrogative about if a disease like HIV can be considered a reason to fire a person, through STC 62/2008, May 26th. And finally, we will use both previous items over HIV at a job environment, to be able to glimpse the causes that provokes or not to be fired for this disease, as the results caused by it, and also about rights taking part and being infringed.

Key Words: firing reason, contagion, fundamental right, dismissal, discrimination, disease, equality, employee and Human immunodeficiency virus

Abreviaturas

AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
BOCM	Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.
CA	Comunidad Autónoma.
CC	Código Civil.
CDC	Centros para el Control y Prevención de Enfermedades.
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
CE	Constitución Española.
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos.
CP	Código Penal.
DA	Disposición Adicional.
DDFF	Derechos Fundamentales.
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
ET	Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
EE.UU.	Estados Unidos.
INE	Instituto Nacional de Estadística.
IP	Incapacidad Permanente.
LGTBI	Lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales.
LISOS	Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
LO	Ley Orgánica.
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical.
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.
MSCBS	Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
ONUSIDA	Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/sida.
PIPES	Procedimientos Invasivos Predisponentes a Exposición.
RAE	Real Academia de la Lengua Española.
RDLRT	Real Decreto-ley sobre relaciones de trabajo.
SIDA	Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida.
SMI	Salario Mínimo Interprofesional.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
SUP	Sindicato Unificado de Policía.
TC	Tribunal Constitucional.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
UAH	Universidad de Alcalá de Henares.
VIH	Virus de la Inmunodeficiencia Humana.

1. INTRODUCCIÓN

Aunque a día de hoy la sociedad haya cambiado de opinión sobre ciertos temas tabúes, sigue existiendo uno de ellos que carga con una gran estigmatización, siendo este la enfermedad del VIH.

El problema de que el VIH siga siendo considerado como una enfermedad de la que hay que alejarse del colectivo de personas que la tiene para “*no contagiarse*” radica en que actualmente la mayoría de nosotros no conocemos qué es el VIH, pues a pesar de todas las “*aperturas de mente*” habidas acerca de otros temas, mucha gente sigue con la creencia de que el VIH es una enfermedad contagiable cuando realmente se trata de una enfermedad transmisible transmitida principalmente por vía sexual.

Es debido a esta estigmatización de la enfermedad por la que me he decantado en enfocar el presente ensayo en el análisis del VIH dentro del ámbito laboral y más concretamente, dentro de los tipos de despidos.

Así pues, la metodología empleada en el presente trabajo se realiza a través de un método explicativo, el cual comienza con la puesta en escena de la regulación española del despido donde veremos los tipos y calificaciones del despido.

Continuando, a través de una investigación explorativa, se abordará la incógnita existente entre la enfermedad como una posible causa de despido, donde nos encontraremos con el principio de igualdad y de no discriminación como derechos fundamentales y, cómo se aborda esta problemática otorgando una solución gracias a la Sentencia del Tribunal Supremo 62/2008 de 26 de mayo.

Finalmente, tras haber visto los tipos y calificaciones de despido y si una enfermedad puede o no ser considerada causa de despido, enfocaremos todo el análisis anterior sobre el VIH dentro del entorno laboral. Con esto veremos así qué es el VIH para entender en qué consiste esta enfermedad y las MUPT existentes, finalizando así con la interrogativa de si el VIH podría considerarse en ciertos casos como una causa de despido junto con sus consecuencias y la posible vulneración de distintos derechos constitucionales y otros derechos.

2. LA REGULACIÓN EN ESPAÑA DEL DESPIDO

2.1. Definición

El despido es una figura extintiva unilateral de la relación contractual existente entre las personas que otorgan empleo frente a aquellas personas que trabajan para estas.

Si bien es cierto que el Derecho ofrece este instrumento a los empleadores, el Derecho del Trabajo obliga al empleador a realizar una serie de acciones específicas a la hora de proceder al despido de un trabajador, haciendo así que el despido sea una figura causal y no libre, tal y como mencionan GARCÍA y MARTÍN¹, cuya finalidad es la de que no se produzca un desequilibrio entre las personas contratadas y aquellas que ofrecen el empleo.

Además, debemos señalar que, por regla general, esta figura jurídica lleva consigo una indemnización y la consecuente situación legal de desempleo para que el trabajador pueda optar a cobrar el paro, todo ello con el fin de hacer más leve el efecto negativo que para la economía del trabajador supone al dejar de ingresar su salario, si bien es cierto que, en determinados casos dichas consecuencias no tienen lugar.

2.2. Tipología

Para entender mejor esta figura, en el presente epígrafe veremos los tipos de despido existentes, así como sus características y requisitos formales.

2.2.1. Despido disciplinario

El despido disciplinario es la máxima sanción que el empleador puede interponer contra sus trabajadores, acción que viene recogida en el artículo 49.1.k) ET, cuyo origen proviene de la normativa civil en su artículo 1.124 CC, precepto legal que señala: “*La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos.*” De esta forma, y como

¹ MARTÍN A. Y GARCÍA J. (2020), en *Derecho del trabajo*, 29ª ed. pág.843, Editorial Tecnos.

explican autores como CRUZ², entienden que la normativa laboral adapta artículos de la rama del Derecho Civil a sus particularidades, siempre y cuando se mantenga un equilibrio entre los diferentes intereses que surgen dentro de la esfera laboral.

Además, debemos destacar que la figura del despido no sólo viene regulada por el artículo 49.1.k) ET, sino que dicho artículo se complementa a su vez con los artículos 54 al 56 del ET, así como del artículo 103 y siguientes de la LRJS en el plano procesal.

Entrando ya en materia, lo primero que veremos sobre el despido disciplinario son las causas justificadas, existiendo dos módulos diferentes para la identificación de las mismas:

a) Este primer método de identificación del despido disciplinario se basa en la necesidad de que concurren las figuras de “gravedad” y “culpabilidad” por parte del trabajador, tal y como afirman los autores mencionados previamente, y que vienen recogidas en el art.54.1 ET. A su vez, MERCADER³ señala que la gravedad debe entenderse como *“la asentación en la categoría del bien jurídico lesionado por el incumplimiento y en la intensidad de la lesión producida”*, mientras que, la culpabilidad es entendida como la *“exigencia de imputabilidad d la conducta del trabajador y de su voluntariedad, ya sea en la acción o en la omisión que constituya dicho incumplimiento.”*

b) El listado de causas establecidas por el artículo 54.2 ET: El segundo método de identificación de causas justificadas, las cuales encontramos reguladas bajo el amparo del precepto aquí mencionado, siendo estas siete circunstancias:

- *Faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo*: Reguladas por el art.54.2.a) ET, estas suponen que el trabajo no se está realizando correctamente, de tal manera que el trabajador frustra el objeto del contrato ya que incumple su obligación de prestar el servicio por el que fue contratado. Es menester hacer mención a que en los casos de las faltas de asistencia, ya sea continuada o no, ello no implica el abandono del trabajador de manera consciente del cumplimiento de su parte del contrato laboral, de tal forma que es obligación del empresario probar las faltas de

² CRUZ J. (2021), en *Compendio de Derecho del Trabajo*, 14^a ed. pág.446, Editorial Tecnos.

³ MERCADER J. (2021), en *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 14^a ed. págs. 633 y 634, Editorial Tecnos.

asistencia, mientras que al trabajador le corresponde aportar el justificante de sus faltas.

- *Indisciplina o desobediencia:* Recogida en el apartado b) del mismo artículo, el presente incumplimiento viene como consecuencia de la obediencia debida que tiene el trabajador a la hora de realizar la actividad por la cual fue contratado. Es necesario mencionar que para que pueda tener ésta lugar, es menester que concurren cuatro circunstancias, siendo estas la falta de justificación, la existencia de reiteración, la gravedad y que se trate de un acto doloso o negligente.

La razón por la que estas circunstancias son necesarias se debe a que el trabajador es la figura más vulnerable que conforma la relación laboral, de tal forma que, de no tener lugar las presentes circunstancias, los empresarios podrían utilizar esta modalidad de incumplimiento de manera dolosa.

- *Ofensas verbales o físicas al empresario o a otras personas del entorno empresarial:* Encontrándose en el apartado c) del precepto que estamos tratando, esta manera de incumplimiento se fundamenta en la necesidad y obligación de mantener una buena convivencia entre empresario y trabajadores. Sin embargo, en caso de que tenga lugar lo contrario, puede tener lugar como bien señala CRUZ⁴, la posible vulneración de los derechos al honor, a la propia imagen, la dignidad y la integridad física de todas las partes existentes en la relación laboral.

- *Transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo:* Recogidas en el apartado d), este incumplimiento versa en las actuaciones dolosas o negligentes por parte del trabajador, que dan lugar a la pérdida de confianza del empresario. Ante dicho supuesto, son tres las circunstancias que pueden llegar a darse, siendo estas: las que impliquen un daño material en el patrimonio del empresario, la aceptación del trabajador de regalos que conforman la figura del soborno, así como la revelación de secretos e información confidencial de la empresa.

CRUZ⁵ menciona, además, que en este apartado se incluye otra serie de prácticas que encajan con el supuesto, siendo así ejemplo de ello la competencia desleal (art.21

⁴ CRUZ J. (2021), en *Compendio de Derecho del Trabajo*, ... op. cit., pág.449.

⁵ CRUZ J. (2021), en *Compendio de Derecho del Trabajo*..., op. cit., pág.449.

ET), la falta de diligencia del trabajador respecto al desempeño de su actividad (art.5.a) ET), así como la falta de comunicar al empleador cualquier cambio realizado dentro del Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos⁶ y la realización de otros trabajos durante la jornada laboral⁷.

- *Disminución continuada del rendimiento del trabajo normal o pactado:* Recogida en el apartado e), este incumplimiento versa en la falta continua y voluntaria, así como de la disminución en el rendimiento del trabajador. Para que esto tenga lugar es necesaria la existencia de una conducta prolongada en el tiempo, así como la existencia de la figura de la gravedad.

- *Embriaguez y toxicomanía:* Este incumplimiento lo encontramos en el apartado f), radicando su génesis en la posible creación de una situación de riesgo para personas y bienes. Así, este tipo de incumplimiento establece que debe tratarse de una conducta habitual, grave y que cree una repercusión negativa en la esfera del trabajo, pues aquellos supuestos en los que tenga lugar la embriaguez o la toxicomanía fuera de la esfera laboral no encajan dentro del este supuesto.

- *El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa:* Para finalizar, el presente incumplimiento viene establecido en el apartado g) y versa sobre el acoso que realiza un trabajador, ya sea sobre otro empleado o sobre el propio empresario. Para que se dé este supuesto, debe tener lugar dentro de la esfera del trabajo, ya que lo que se castiga aquí, no es sólo la vulneración de la dignidad de la persona afectada, sino también la consecuente creación de un entorno laboral hostil y ofensivo.

Es importante mencionar aquí que, en cuanto al acoso sexual, este debe entenderse como un comportamiento de naturaleza sexual cuyo propósito es el de atentar contra la dignidad de una persona dentro de una esfera intimidante u ofensiva⁸, donde se incluye, además, el chantaje sexual⁹.

⁶ Ibidem., pág.450.

⁷ Ídem, pág.450.

⁸ CRUZ VILLALON J. en Compendio de Derecho del Trabajo, op. cit., pág.452.

⁹ Ídem pág.452.

Terminada la presente exposición sobre este segundo método de identificación de causas justificadas, sería interesante ver lo que acabamos de comentar a través del canal de la jurisprudencia. Así pues, viene bien comentar la STS 4591/2010, del 19 de julio del 2010¹⁰ y la STS 5793/2016, del 22 de diciembre del 2016¹¹.

Empezando con la 4591/2010, el TS se enfrenta a un despido calificado como procedente debido a una trabajadora que, en una ocasión, no realizó el registro de las ventas del día, amparándose la empresa así en una de las causas de despido disciplinario que recoge el art.54.2 ET. La cuestión radica por tanto en saber si la acción llevada a cabo por el empleador era o no la correcta.

Para saber si esta medida se aplicó adecuadamente el TS se centra primero en la vida laboral de la empleada previamente al despido.

En este caso la trabajadora llevaba varios años trabajando para la empresa. Un día la trabajadora no registró las ventas de ese día, acción que no se comprobó en tanto a si la trabajadora se hubiese quedado con ese dinero no registrado. Además, posteriormente tuvo que darse de baja laboral por embarazo el 22 de agosto del 2008, siendo despedida el 6 de septiembre del 2008 sin explicación alguna.

Junto a esta información, el TS añade que el hecho declarado como probado no revestía de suficiente gravedad ni grado de culpabilidad como para ser merecedora de la sanción más grave, siendo esta el despido.

Otra cuestión distinta, habría sido si la trabajadora se hubiese apropiado de las ventas realizadas y no registradas, de tal forma que ahí sí que nos encontraríamos ante una desobediencia manifiesta a la empresa.

Para ver un supuesto contrapuesto al que tenemos entre manos, el TS menciona la STSJ del País Vasco del 9 de noviembre del 2007¹². En dicho caso, una trabajadora que ofrecía sus servicios para la misma demandada fue despedida con carácter disciplinario y sin haber sido tampoco sancionada anteriormente.

¹⁰España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sala 4ª). Sentencia núm.4591/2010, del 19 de julio.

¹¹España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 5793/2016, del 22 de diciembre.

¹² España. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, rollo 2333/2007 del 9 de noviembre.

La cuestión que desembocó en dicho despido radica en que esta cometió, en dos días cercanos del mismo mes, el cobro a dos clientes distintos cuyos importes cobrados no aparecieron en los arqueos de caja de cada día correspondiente, habiendo sido la trabajadora quien cerraba en esos turnos.

El TSJ estimó que se había provocado un quebrantamiento de la confianza por parte de la trabajadora hacia la empresa, cuyos actos llevados a cabo revestían de gravedad ya que se trataba de una conducta reiterada en un periodo corto de plazo y cometéndose con dolo, por lo que la calificación del despido fue la de procedente.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, el TS entiende que este caso podría ser un posible descuido de la empelada que, aun no siendo correcto, no desprendía de la voluntad y consciencia de contravenir las ordenes de la empresa, por lo que la empresa podría haberla advertido sin haber acudido directamente al despido.

Además, señala este Tribunal que no estarían teniendo lugar los principios de proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, valorando las circunstancias concurrentes en una tarea individualizada siguiendo la base de la teoría gradualista. Dicha teoría establece que el despido como sanción sólo debe imponerse en última instancia, al ser la sanción más grave de todas.

Teniendo el TS en cuenta lo emanado por la STSJ del País Vasco, considera que en el supuesto que se está llevando a cabo, la gravedad de la conducta de la trabajadora no era tan grave como en el caso de la Sentencia del TSJ, entendiéndose que no merecía la sanción más grave, pues en este caso además, no se había probado que la trabajadora se hubiese quedado con el dinero de las ventas, que no se había acreditado que el puesto oficial de ella fuera el de cajera o que simplemente fuese un encargo esporádico. Tampoco había sido sancionada en todos los años que llevaba trabajando para la empresa y esta le despidió tiempo después de que se hubiese dado de baja por embarazo.

Por todo ello, el TS entiende que la acción tomada por la empresa a través de lo emanado por art.54.2.d) ET no era procedente en este caso.

En cuanto a la STS 5793/2016, el TS se encuentra ante una discusión llevada a cabo por un conductor de camiones y el administrador de la empresa, discusión a la que se añadieron que vino con agresiones e insultos mutuos. De dicha discusión se procedió a hacerle al trabajador entrega de la carta de despido al conductor, quien la rechazó.

En este caso, las razones por las cuales la empresa calificaba su despido como procedente se debían a:

- El comportamiento grave y culpable del trabajador.
- La negativa a obedecer las órdenes emanadas por el empresario en el ejercicio regular de sus poderes de organización y dirección.
- Los malos tratos de palabra y obra al administrador.

Los hechos expuestos fueron rectificadas, de tal forma que los hechos nuevos consistían en que ambos se encontraron el mismo día y el conductor empezó la discusión como consecuencia de un viaje que debía de hacer. Volviéndose la situación acalorada, el camionero le dijo que por 500€ unos amigos suyos podrían dejarle irreconocible. Frente a esta amenaza, el administrador se le echó encima y le dio en la pierna con una especie de herramienta.

Consecuencia de dicha pelea y el posterior despido, el trabajador saca a colación la teoría gradualista en los despidos, pues según esta, no puede declararse procedente un despido cuando el trabajador responde ante una agresión previa por el administrador, aportando como referencia la STSJ de Madrid 134/2012, del 22 de febrero del 2012¹³.

El TSJ de Madrid se encontró en este caso ante un supuesto en el que un conductor mecánico y un compañero suyo fueron despedidos como consecuencia de una discusión entre ambos, discusión en la que estaban forcejeando con una barra de sujeción y que acabó con un golpe en el labio en unos de ellos como consecuencia de ese forcejeo, todo ello teniendo lugar en la cafetería de uno de los clientes de la empresa.

¹³ España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 6ª). Sentencia núm.134/2012, de 22 febrero.

El TSJ de Madrid entendía que los despidos de los trabajadores deberían de ser calificados como improcedentes y no como procedentes, ya que en este caso no sólo la riña había sido mutua, sino que además no estaba determinado quién fue el instigador inicial de la agresión, si el actor agredió a su compañero golpeándole en la cara o simplemente se defendió de la agresión física. Por todo esto, la sanción máxima que constituye el despido no puede ser la que se empleó en el caso concreto.

Tras mencionar esta sentencia del TSJ de Madrid, el TS estima que la resolución de la sentencia impugnada por el camionero era la adecuada pues en su fundamentación, la sentencia impugnada consideraba que los hechos declarados y probados evidenciaban un comportamiento grave y culpable del trabajador, haciéndole incurrir esto en causa justa de despido disciplinario. Esto se debe a que, por un lado su conducta era abiertamente indisciplinada ya que se negó a obedecer las órdenes del empresario, concurriendo aquí la causa de desobediencia al empresario (art.54.2.b) ET), y teniendo a su vez lugar también la concurrencia de ofensas verbales y físicas hacia el administrador (art.54.2.c)ET).

Así pues, y para finalizar, hay autores como CRUZ¹⁴ que incluyen dentro de las causas de incumplimiento, *la participación activa en una huelga ilegal*, si bien es cierto que se trata de un supuesto que no contempla la norma estatutaria. Así, este tipo de incumplimiento *ex lege*, versa sobre un comportamiento de adhesión a una huelga ilícita, creando, además, un comportamiento demostrativo de la infracción (art.10 RDLRT).

Continuando con este tipo de despido, para que esta figura sea válida y eficaz, es menester que tengan lugar las formalidades y requisitos establecidos en el art.55 ET.

Comenzando así con el análisis de los requisitos de forma y el procedimiento que debe seguirse, lo primero que vamos a ver, es la notificación del despido, siendo esta la obligación del empresario. Esta notificación debe llevar consigo una de las causas del art.54 ET, causa por la que se base dicho despido, así como la indicación de los hechos que han motivado dicha extinción de la relación laboral y la fecha en la que el despido tendrá efecto (art.55.1 ET). Junto a la carta de despido, el empleador debe adjuntar

¹⁴ CRUZ J. (2021), en *Compendio de Derecho del Trabajo...*, op. cit.,pág.452.

además la correspondiente propuesta de liquidación de las cantidades que faltaban por adeudar (art.49.2 ET).

Todo lo relatado anteriormente, debe ser notificado al trabajador de manera personal, debiendo usar el empresario todos los medios posibles para que el trabajador se dé por enterado. En el caso en que el trabajador esté afiliado a un sindicato, debe de añadirse a los anteriores requisitos la obligación del empleador de escuchar a los delegados sindicales antes de notificar al trabajador su despido. En caso de que el empresario no cumpla con esto último, se genera como consecuencia una responsabilidad administrativa, regulada dentro del art.7 LISOS.

Es importante mencionar también que cuando el trabajador que va a ser despedido es un representante de los trabajadores, el empleador tiene la obligación además de lo anterior, abrir un expediente contradictorio en el que participarán el interesado, el comité de empresa o los delegados de personal, todo ello en virtud de los arts. 68.a) ET y 10.3 LOLS.

Esta garantía no sólo alcanza a los representantes durante su mandato, sino que también durante el año posterior en que tiene lugar la expiración del mismo, así como en aquellos representantes con la categoría de electo, así como de los proclamados para la elección durante el proceso electoral. (STS 2788/1991, del 15 de marzo de 1993)¹⁵.

Para finalizar los requisitos de forma, es muy importante que tanto empleador como trabajador cumplan con los plazos que la norma establece para cada uno de ellos. De esta forma, el empleador queda sometido a los plazos de prescripción de las faltas sancionadas al trabajador, estableciendo el art.60 ET dichos plazos en función de la gravedad de la infracción cometida por el trabajador.

De esta manera, en el caso de las muy graves (que son las correspondientes al despido), nos encontramos ante dos plazos de prescripción. La primera consta de 60 días contados desde que el empleador es conocedor de la falta cometida por el trabajador, mientras que la segunda es de 6 meses, siendo computada desde su comisión, teniendo en cuenta además que ambos tipos de prescripción pueden ser interrumpidas por cualquiera de las causas del art.1973 CC, suponiendo así el reinicio del cómputo del plazo.

¹⁵ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sala Cuarta). Sentencia núm. 2788/1991, del 15 de marzo de 1993.

En cuanto al plazo que tiene el trabajador afectado por el despido, este posee 20 días hábiles para demandar judicialmente al empleador por la acción del despido (siendo este un plazo de caducidad y no de prescripción a diferencia del del empleador), desde la fecha del despido (art.59.3 ET) o bien, desde el día siguiente de la recepción de la carta del despido. Debemos tener en cuenta que el plazo de los 20 días se suspende cuando el trabajador presenta una solicitud de conciliación o mediación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, o bien, cuando se reclame por vía administrativa previa al tratarse de un empresario público, todo ello en función de los arts. 65.1 y 69 LRJS.

Para finalizar la explicación de este tipo de despido, sería interesante verlo desde el punto de vista jurisprudencial, siendo la jurisprudencia elegida para este caso la del Tribunal Supremo, en su Sentencia núm.1466/2021, del 14 de abril de 2020¹⁶.

En este supuesto, el trabajador que se dedicaba a repartir lotería a distintos puntos geográficos de un determinado establecimiento fue despedido como consecuencia de los descuadres de liquidaciones imputables al mismo, por lo que se procedió a entregarle una carta de despido disciplinario, como consecuencia del incumplimiento de las exigencias recogidas en los arts. 57 y 58 del convenio colectivo estatal del sector de Administraciones de loterías.

Además de la entrega de la carta de despido, la empresa entregó documentación a modo de prueba con el fin de demostrar la trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza llevado a cabo por el trabajador, de tal forma que el Tribunal, entendió que, efectivamente se daba en este supuesto los requisitos del despido disciplinario y que a su vez, el mismo era válido no sólo porque se le comunicó al trabajador correctamente las razones por las cuales se había procedido a su despido, sino porque además, la empresa aportó documentación que corroboraba su decisión.

2.2.2. Despido objetivo

Esta segunda modalidad, el despido por causas objetivas viene regulado en el art.49.1.1) ET, encajando en él aquellas extinciones de la relación laboral entre empresario y trabajador como consecuencia de una serie de causas objetivas amparadas

¹⁶ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm.1466/2021, del 14 de abril.

en la legalidad. Es menester tener presente que en este supuesto de despido no todos los incumplimientos implican que sean dolosos ni culpables en tanto a la figura del trabajador.

Estas causas objetivas las podemos encontrar en la lista cerrada que contiene el art.52 ET, precepto legal que a su vez las divide dos grupos, el de aquellas causas que afectan a la capacidad o cumplimiento del trabajador (la ineptitud del trabajador y la falta de adaptación a modificaciones técnicas) y el de las que hacen referencia a las necesidades del funcionamiento de la empresa (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción).

Así pues y tras esta breve introducción a esta figura de extinción del contrato de trabajo, pasamos a ver los requisitos de forma, así como las causas objetivas en las que se puede respaldar el empresario de una manera más profunda.

Entrando en los requisitos de forma, estos vienen regidos por el art.53.1 ET. Recogido en el apartado a) del anterior precepto, el primero de los requisitos de forma es la comunicación escrita, cuya finalidad es la de proporcionar al trabajador un conocimiento claro sobre los hechos en los que está fundado su despido. Es importante mencionar, como bien hace MERCADER¹⁷, de la diferencia existente entre este despido y el anterior visto, pues a diferencia del despido disciplinario, cuyos requisitos de forma vienen recogidos en el art.55.1 ET, los requisitos formales del despido por causas objetivas vienen regulados por el art.53.1 ET donde no se impone expresamente la constatación en la comunicación escrita de la fecha en que tendrá efecto la extinción del contrato de trabajo.

El segundo requisito formal es la indemnización legal que viene como consecuencia de la extinción del contrato laboral. Este requisito viene recogido en el art.53.1.b) ET, precepto en el que se obliga al empresario a no solo entregar la comunicación escrita del contrato laboral, sino que además, debe entregarle una indemnización de 20 días de salario por año trabajado. Dicha indemnización se prorratea por los meses en aquellos casos en los que el periodo de tiempo de trabajo haya sido inferior a un año, teniendo en cuenta que tiene como máximo 12 mensualidades.

¹⁷ MERCADER J. (2021), en *Lecciones de Derecho del Trabajo...* op. cit., pág.652.

Cabe destacar que, en el caso de que la empresa no sea capaz de indemnizar al trabajador por falta de liquidez, el empresario tiene que hacerlo constar en la comunicación escrita, si bien es cierto que este supuesto no afecta a que el trabajador cobre su indemnización cuando la empresa vaya a mejor.

El tercero de los requisitos es la concesión de un plazo de preaviso, en el que el empresario debe conceder al trabajador 15 días, tiempo que computa desde la entrega de la comunicación al trabajador hasta que tiene lugar la extinción real del mismo y además cuenta con 6 horas semanales sin pérdida de retribución para poder buscar otro empleo.

Para finalizar, en los casos de extinción de la relación laboral por amortización de los puestos de trabajo, el empresario tiene la obligación de dar copia del aviso de despido a la representación legal de los trabajadores, obligación que viene recogida en el art.53.1.a) ET.

En cuanto a las causas objetivas en las que se puede respaldar el empresario, para proceder a la extinción de la relación laboral, a norma legal establece cuatro tipos dentro de este despido, causas que a su vez vienen divididas en dos grupos. Así pues, estas causas objetivas de despido son:

1) *La ineptitud del trabajador*: Se trata de la primera causa objetiva de despido, la cual se encuentra dentro del grupo de causas objetivas de extinción de la relación laboral por la capacidad o cumplimiento del trabajador, regulada en el art.52.a) ET. Esta causa, esta implica que, tanto la ineptitud ya conocida, como la sobrevenida tras la colocación del trabajador en la empresa, son causas objetivas de finalización de la relación laboral entre el empresario y el trabajador. Pero ¿qué es realmente la ineptitud del trabajador?

MERCADER¹⁸ nos comenta que se trata de un concepto que engloba tanto la inhabilidad como la carencia de las facultades profesionales que radican en la figura del trabajador. La razón de ello se debe a la falta de actuación o de preparación de sus conocimientos, situación personal que debe cumplir además con las notas de imputabilidad (teniendo en cuenta que a su vez debe de tratarse de una conducta

¹⁸ MERCADER J. (2021), en *Lecciones de Derecho del Trabajo...* op. cit., pág.648.

involuntaria y sin ser una actuación deliberada y consciente del trabajador), permanencia y que afecte a las tareas que dicho trabajador desempeña.

Entre los supuestos de ineptitud, el mismo autor que acabamos de mencionar en líneas anteriores, las recoge dentro de dos grupos, siendo el primero de ellos el que recoge aquellas en que se produce la pérdida de autorización o titulación necesarias para poder ejercer el trabajo por el que se le contrató. Ejemplo de ello son los casos de inhabilitación de un médico o la retirada del carné de conducir, siempre y cuando se trate de una acción necesaria para el desempeño del puesto de trabajo del sujeto en cuestión.

En tanto al otro grupo que MERCADER¹⁹ comenta, este engloba aquellos casos en que tiene lugar la pérdida de las condiciones físicas o psicológicas del trabajador que afectan a la continuación del desempeño de su puesto de trabajo, incluyéndose además los casos de trastornos psico-físicos que conllevan la falta de aptitud del trabajador, así como de la capacidad para el desempeño de dicho puesto de trabajo.

2) *La falta de adaptación a modificaciones técnicas*: Esta causa se encuentra regulada en el apartado b) del artículo anterior, la cual versa sobre la falta de adaptación del trabajador ante las modificaciones técnicas el puesto de trabajo que desempeña, siempre y cuando se trate de cambios razonables.

Para que esta causa objetiva de despido esté dentro de los parámetros de la legalidad, deben darse unos *requisitos de aplicación* que vienen recogidos por el art.52.b) ET siendo estos:

- a) Que sean modificaciones técnicas del puesto de trabajo, siempre dentro de la esfera del puesto del trabajo que desempeña el sujeto en cuestión, de tal manera que, MERCADER²⁰ señala la existencia de una garantía para los trabajadores ante este requisito siendo la movilidad funcional, regulada en el art.39.3 ET.

Que los cambios sean razonables, pues lo que el legislador pretende es facilitar el mantenimiento del empleo del trabajador en cuestión, de tal forma que la decisión de extinción de la relación laboral vendrá de la mano de la falta de adaptación del trabajador ante las nuevas circunstancias.

¹⁹ MERCADER J. (2021), en *Lecciones de Derecho del Trabajo...* op. cit., pág.648.

²⁰ *Ibidem*, pág.649.

En relación con la anterior, este requisito pide la existencia de la falta de adaptación del trabajador ante las modificaciones técnicas razonables del puesto de trabajo habitual que desempeña. El empresario tiene la obligación de haber ofrecido previamente al despido un curso dirigido a la adaptación de las nuevas modificaciones operadas en el puesto de trabajo habitual del trabajador.

Por último, deben haber transcurrido al menos dos meses desde que fue introducida la modificación o desde que terminó la formación.

3) *Las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción:* Siendo la primera causa objetiva que se encuentra dentro de las que hacen referencia a las necesidades del funcionamiento de la empresa, esta causa tiene lugar en los supuestos de extinción de la relación laboral por las causas que marca el despido colectivo (el cual veremos más adelante), pero afectando a un número de trabajadores menor al establecido en los arts.51.1 y 52.c) ET. Este tipo de despido es denominado también como despido plural o despido colectivo menor cuando estamos ante los despidos de varios trabajadores cuyo número no alcanza lo establecido en el art.51.1 ET. Así pues, las causas para que tenga lugar esta opción las veremos dentro del despido colectivo, ya que se tratan de las mismas en ambos supuestos.

Es interesante reseñar brevemente lo que MERCADER menciona en el caso de los representantes de los trabajadores, pues estos tendrán prioridad de permanencia frente al resto de trabajadores, pero sólo mientras dure su ejercicio en funciones, y no durante el año siguiente como recoge la STS 11636/2012, del 16 de Septiembre de 2013.²¹ Sin embargo, MERCADER señala a su vez que, este supuesto dentro del ámbito de las Administraciones Públicas supone que las personas con un contrato fijo tendrán prioridad sobre el resto, todo ello basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad, principios recogidos en la DA 16ª ET.

4) *Las insuficiencia de financiación de planes y programas públicos ejecutados por entidades sin ánimo de lucro:* Siendo la última de las causas objetivas que hacen referencia a las necesidades del funcionamiento de la empresa, esta viene recogida en el art.52.e) ET el cual dice: “*En el caso de contratos por tiempo indefinido*

²¹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sala Cuarta). Sentencia núm. 1636/2012, del 16 de septiembre de 2013.

concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate". Este artículo señala además que, cuando se trate de un despido de trabajador cuyo número es igual o superior al reglado por el art.51.1 ET, es de obligación seguir con el procedimiento que establece el mismo.

Así pues, este último tipo de causas objetivas de despido versa en las mismas causas económicas, estableciendo la presunción *iuris et de iure* de no poder continuar el trabajo cuando tiene lugar la reducción financiera.

Por último, en cuanto a los requisitos que deben tener lugar en este supuesto, tiene que darse 3 situaciones. Estas son la falta de dotación económica estable de los planes y programas públicos, que la financiación de dichos planes y programas se realicen a través de consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias de carácter anual y que la consignación para mantener el contrato de trabajo del que se esté tratando sea insuficiente como para poder mantener dicho puesto de trabajo.

Para finalizar con este tipo de despido, sería interesante verlo a través de la jurisprudencia, en este caso, de la mano de la STSJ Cantabria 739/2021 de 08 de noviembre de 2021²²

La presente sentencia tiene como objeto el despido de una trabajadora que fue despedida por la empresa en la que trabajaba debido a la existencia de causas objetivas que llevaban a la empresa a verse obligada de extinguir el contrato de esta mediante un despido objetivo, apoyándose bajo la rúbrica del art.52.c) ET.

La actora bajo el art.193 LRJS aludió al hecho de que la empresa tenía otros centros de trabajo en diferentes regiones, deduciendo así que la empresa no tenía prueba de la

²² España. Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 739/2021, del 8 de agosto.

necesidad del cierre y la imposibilidad de recolocación en otro puesto, lo cual se le comunicó a la misma mediante la carta de despido.

El TSJ de Cantabria ante el comentario anterior, recordó que para que prosperase el recurso interpuesto por la actora es necesario en virtud del art.196.3 LRJS, se necesita que dicha alegación venga documentada de manera fehaciente, de tal forma que, tanto directa como indirectamente se evidencie el error del magistrado de instancia, el cual había estimado parcialmente la demanda interpuesta por la empresa. Continuó el Tribunal señalando que, en función de esta obligación, no existía evidencia documental suficiente ni argumentación alguna por parte de la actora sobre la no existencia de insuficiencia de la actividad, reducción de costes o recolocación, situaciones que llevan a la empresa al cierre del centro de trabajo con las consecuentes extinciones de los contratos de trabajo.

Con ello, la actora bajo el amparo del art.193 de la misma ley, denunció la infracción de los arts.52.c) y 21.1 ET, cuestionando esta que la empresa era la que debía probar el cierre del centro de trabajo en el que estaba la trabajadora, con su causa objetiva no imputable a la empresa y que vino comunicada en la carta remitida de extinción de la relación laboral.

El Tribunal continuó explicando que la situación en la que se encontraban no era por una causa económica, sino por un despido debido a causas de organización. Con ello, el TSJ de Cantabria, recordó que en esos casos es suficiente con la aportación de la declaración testifical y documental que venían aportadas en la demanda, sobre cómo era el negocio y en qué puesto estaba la trabajadora. Sin embargo, añadió que se debía tener en cuenta la doctrina jurisprudencial, por lo que señaló que lo más lógico era deducir la amortización de las plazas por causa ajena a la voluntad del empleador para saber si verdaderamente tenía lugar la causa objetiva que nos incumbe en el presente caso. Así pues, el Tribunal citó textualmente lo que estableció el TS en su sentencia nº3976/2020²³ acerca de esta cuestión, el cual dice:

“Esta Sala IV del Tribunal Supremo ha venido declarando que, tal y como quedan definidas en el art. 51.1 ET, las causas productivas existen cuando se produce una reducción del volumen de actividad que incide en el buen funcionamiento de la empresa. Así, pues, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada una

²³ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 991). Sentencia núm. 3976/2020, del 18 de noviembre.

causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de la producción contratada que provoca dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa; y como tal hay que considerar el exceso de personal resultante de tal reducción. A estas dificultades se puede hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende (...).

Y, en efecto, hemos sostenido que este tipo de causas puede actuar tanto en el ámbito de la empresa en su conjunto, como en un solo centro de trabajo o unidad productiva autónoma. Esto último ocurre cuando lo que se produce es una situación de desajuste, entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afecta y se localiza exclusivamente en puntos concretos de la actividad de la empresa, pero que no alcanza a la entidad globalmente considerada.

Si ello sucede, la medida extintiva sólo estará justificada, en su caso, allí donde se produzca la situación anormal en que consiste ese desfase entre el volumen de la plantilla y las necesidades que deben cubrirse con ella...”

Teniendo en cuenta lo establecido por el TS, el presente Tribunal estimó que debe partirse de la premisa afirmativa de que la empresa en el momento en el que se produjo la extinción de la relación laboral esta estaba caracterizada por el hecho de que en el centro de trabajo en el que desempeñaba la trabajadora su actividad laboral, carecía de suficiente actividad como para poder mantener dicho centro, por lo que el TSJ de Cantabria confirmó así la existencia de dicha causa objetiva organizativa basada en el art.51 ET, teniendo en cuenta además de que no existían de elementos que pudieran dar a pensar que los datos aportados estuviesen alterados por la empresa. Así pues, el Tribunal terminó desestimando el recurso de suplicación que interpuso la actora.

2.2.3. Despido colectivo²⁴

Siendo este el último de los tipos existentes de despido y regulado en el art.49.1.i) ET, el despido colectivo se funda en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuyo contenido lo completa el art.51 ET en referencia al art.49.1 apartados

²⁴ MERCADER J. (2021), en *Lecciones de Derecho del Trabajo...* op. cit., págs.655-668.

g) y h) de la misma normativa. Es importante destacar que en este tipo de despido la regulación vigente no obliga que tenga lugar la exigencia de autorización administrativa, pues son los empresarios y los representantes de los trabajadores quienes toman las decisiones durante el periodo de consultas en función de la Directiva 98/59/CE²⁵, así como del Convenio OIT num.58 de 1982, sobre terminación de la relación de trabajo²⁶.

Así pues, y comenzando con las causas de este despido, estas son por circunstancias económicas, técnicas organizativas o de producción, causas que coinciden con el despido por causas objetivas.

Entrando más en profundidad sobre las causas de este tipo de despido, comenzamos con las causas económicas. Así, esta primera causa, hace referencia a una situación económica negativa que presenta la empresa y que puede consistir en pérdidas actuales, pérdidas previstas o la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas (teniendo en cuenta que, para estas últimas, la disminución tiene que darse durante tres trimestres consecutivos o si las ventas de cada trimestre son inferiores al correspondiente del año pasado).

En cuanto a las causas técnicas, estas tienen lugar cuando se produzcan cambios dentro del ámbito de los medios e instrumentos de producción, implicando así la modificación de los métodos productivos que conlleva reestructuración que presuponen una renovación de los bienes de capital de la empresa.

La tercera y última de estas causas de despido, las causas organizativas en este caso, estas tienen lugar cuando se producen cambios tanto en el ámbito de los sistemas, método de trabajo personal o modo de organizar la producción, siendo el objetivo de estas obtener una mejor coordinación de medios y personas.

Continuando con el número de trabajadores que deben de verse afectados para que se pueda efectuar la extinción de su contrato laboral mediante el despido colectivo regulado por el art.51.1 ET, precepto legal que da un plazo de 90 días, siempre y cuando

²⁵ Directiva 98/59/CE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, del 20 de julio de 1998. «DOCE» núm. 225, de 12 de agosto de 1998, págs.16-21.

²⁶ Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982. «BOE» núm. 155, de 29 de junio de 1985, págs. 20352-20354.

tengan lugar dos requisitos: El primero de estos es que al menos 10 trabajadores deben de verse afectados por la decisión del empresario, siempre y cuando estos 10 trabajadores estén dentro de un grupo de 100 trabajadores; el 10% si nos encontramos con una empresa que tiene entre 100 y 300 trabajadores o 30 trabajadores cuando la empresa tiene igual o más de 300 trabajadores.

Tras ver los parámetros en los que se encuentra el presente despido, a continuación, vamos a pasar a hablar del procedimiento de este, empezando por el inicio del mismo, pasando por los periodos de consultas hasta llegar a los métodos de impugnación de esta clase de despido.

Empezando así con el inicio del procedimiento, el empresario tiene que seguir el establecido en el art.51.2 ET:

1) Constitución de la comisión representativa de los trabajadores: Esta comisión debe “nacer” antes de que tenga lugar la comunicación empresarial de la apertura del periodo de consultas, siendo el plazo máximo para su constitución 7 días desde la fecha en la que tiene lugar dicha comunicación, si bien es cierto que puede alargarse este periodo de tiempo para constituir la comisión a 15 días cuando la empresa o centro de trabajo afectados, no cuente con representantes legales de los trabajadores. Esta comisión estará constituida por la representación de los trabajadores, así como de la empresa, no pudiendo esta superar los 13 miembros.

2) Comunicación de inicio y documentación adicional: La comunicación de inicio debe contener en función de lo regulado por el art.3 RD 1483/2012 lo siguiente:

- Las causas específicas que justifican el despido.
- El número y la clasificación profesional de los trabajadores afectados.
- En número y clasificación profesional de esos empleados dentro del último año.
- Copia de la comunicación a todos los trabajadores o a sus representantes.
- Los representantes que van a integrar la comisión negociadora.

Para finalizar, es importante tener en cuenta que, es necesario añadir de manera adicional, una memoria en la que se explique las causas del despido colectivo y toda la documentación que es necesaria para poder acreditar las causas motivadoras.

3) *Identificación de la autoridad laboral*: La autoridad laboral competente son las Comunidades Autónomas, si bien es cierto que cuando el problema afecte a centros de trabajo que se encuentran en diferentes Comunidades Autónomas, la competencia laboral la tendrá el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, es decir, el Estado.

Por último, es importante destacar que, paralelamente con la creación de la comisión negociadora, el empresario tiene la obligación de hacer llegar a la autoridad laboral, por vía de soporte informático, copia de la comunicación, así como su documentación pertinente en función de lo establecido en el art.6.1 RD 1483/2012.

Continuando con el periodo de consultas, este se inicia con el escrito del empresario en el cual se comunica la apertura de dicho período a los representantes de los trabajadores, acompañada además de la documentación adicional que se exige, pues esta situación gira bajo el principio de la buena fe.

Así pues, el periodo de consultas no puede durar más de 30 días naturales o de 15 en el caso de que la empresa afectada tenga menos de 50 trabajadores. Estas, tienen además que versar sobre las posibilidades que pueden darse para poder evitar o reducir los despidos colectivos, si bien es cierto que, cuando la empresa afectada tiene más de 50 trabajadores, en función del art.51.10 ET, es obligatorio que el empresario ofrezca a los trabajadores afectados un plan de recolocación a través de las empresas de recolocación autorizadas.

Dichos planes de recolocación deben tener lugar cuando afecte a una empresa o centro de trabajadores que cuente con 50 o más trabajadores y siempre que la empresa no se encuentre en concurso de acreedores, debiendo a demás incluirse dentro de la documentación que debe ser acompañada junto con la comunicación del inicio del procedimiento en vías de lo establecido por el art.9.1 RD 1483/2012.

Así, dicho plan también conocido como “*outplacement*”, debe ser diseñado para poder llevarlo a cabo al menos 6 meses, incluyendo además las medidas de formación, orientación profesional y búsqueda de empleo activa. Este tipo de plan tiene como

finalidad poder garantizar a los trabajadores afectados la recolocación de estos en otros centros de trabajo autorizados, así como otorgarles formación y aprendizaje para poder encontrar un nuevo puesto de trabajo a desempeñar.

A parte de los planes de recolocación, existen otras medidas sociales de acompañamiento, como son las prioridades de permanencia dentro de la empresa o la protección de los trabajadores maduros. Empezando por las prioridades de permanencia en la empresa, el empresario es libre de elegir dentro del colectivo de los trabajadores que se ven afectados cuáles de ellos verán extinguidos su relación laboral. Para ello, debe tener en cuenta que por un lado, los representantes legales de los trabajadores tienen prioridad de permanencia en la empresa frente al reto de trabajadores, todo ello según lo establecido por el art.51.5 ET.

Por otro lado, encontramos un convenio colectivo o un acuerdo durante el periodo de consultas, donde se puede establecer prioridades de permanencia a favor de colectivos como los trabajadores con cargas familiares o de las personas con discapacidad.

En cuanto a la protección existente para los trabajadores maduros, esta protección existe debido a que la mayor incidencia dentro de este tipo de despido tiene lugar sobre trabajadores mayores de 50 años. Así pues, la primera protección de este tipo podemos encontrarla por un lado con el convenio especial de seguridad social que ofrece esta protección. Este convenio debe llevarse a cabo solo en empresas que no se encuentren en situación de concurso y que incluyan a trabajadores de mayores de 55 que no tuvieran la condición de mutualista el 1 de enero de 1967.

De esta forma, este tipo de trabajadores recibirán las cotizaciones que abarquen entre la fecha en que se produzca el cese del trabajo y la fecha en la que el trabajador cumpla o bien la edad de jubilación, o la fecha en que el trabajador acceda a la pensión por jubilación anticipada, teniendo siempre en cuenta que dichas cotizaciones estarán a cargo del empresario hasta que el trabajador cumpla los 63 años, salvo en el caso de despido por causas económicas que será hasta los 61 años.

Por otro lado, la otra protección existente que nos encontramos son las aportaciones económicas al Tesoro Público. A través de esta vía, las empresas que realicen el despido colectivo cuyo porcentaje de trabajadores despedidos de 50 años o más sea superior sobre el total de trabajadores que se van a ver afectados o sobre el total de todos los trabajadores

de la empresa, debe aportar una aportación económica al Tesoro Público, siempre y cuando en este tipo de despido concurren dos circunstancias. La primera de ellas es que se realicen por vía de empresas que tienen más de 100 trabajadores, mientras en que la segunda, las empresas deben de haber obtenido beneficios dentro de los dos ejercicios económicos anteriores al que el empresario inicie el procedimiento del despido.

Para terminar, este procedimiento finaliza cuando el empresario comunica a la autoridad el resultado, situación que además debemos tener en cuenta que puede ser sustituida (el periodo de consultas) por las vías de mediación o arbitraje, teniendo estas el mismo efecto que los periodos de consulta. Este tipo de comunicaciones deben tener lugar dentro de 15 días máximo a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de las consultas según lo regulado por el art.12.1 RD 1483/2012.

Así pues, si tras la finalización del periodo de las consultas tiene lugar un acuerdo, debe trasladarse una copia íntegra del mismo. Sin embargo, si tras la finalización no se alcanza un acuerdo, debe remitirse a los representantes de los trabajadores, así como a la autoridad laboral, la decisión definitiva que tome el empresario. Además, debe remitirse las condiciones a las que ha llegado el empresario, siendo esto un requisito indispensable, ya que como dice MERCADER (teniendo en cuenta la STS 64/2015 del 23 de septiembre del 2015²⁷), su ausencia supondrá la nulidad de este despido.

Tras comunicar el empresario la decisión a los representantes de los trabajadores, este puede pasar a notificar los despidos de manera individual a cada trabajador afectado a través del mismo procedimiento que siguen los despidos por causas objetivas, incluyendo la posibilidad de no pagarle al trabajador la indemnización cuando concurren las causas económicas que lo justifican.

²⁷ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sala Cuarta). Sentencia núm. 64/2015, del 23 de septiembre.

Para terminar con este despido, los modos de impugnar esta situación son tres:

- *La impugnación de oficio:* Este tipo de impugnación viene por vía de la autoridad judicial dirigida hacia los acuerdos que fueron adoptados en el periodo de las consultas cuando estos hubiesen resultado mediante fraude de ley, dolo o coacción de derecho, así como cuando finalidad del despido fuera la obtención indebida de la prestación por parte de los trabajadores por no existir causa motivadora del despido.
- **La impugnación colectiva:** Esta modalidad de impugnación es la que llevan a cabo los representantes de los trabajadores e incluso al empresario (art.124.3 LRJS), teniendo que fundarse esta en los siguientes casos: que no tenga lugar la causa legal que se indicó en la comunicación escrita; que no se realizara el periodo de consultas o entrega la documentación complementaria al mismo; que la decisión haya sido adoptada por fraude, dolo etc.; o que haya supuesto la vulneración de alguno de los DDFF o libertades públicas.
- *Las impugnaciones individuales:* Para finalizar, esta modalidad es la que pueden emplear los trabajadores afectados, cuyo procedimiento es muy similar al del despido por causas objetivas (art.124.3 LRJS).

2.3. Calificación del despido

Además de los tipos existentes del despido, estos también constan de una calificación, teniendo lugar hasta tres tipos diferentes de calificación. Así, pasamos a continuación a observar cada una de las calificaciones existentes, las semejanzas y diferencias que existen entre ellas y los efectos que producen cada una de ellas, todo ello a través de una de las consultas que hemos recibido en la Clínica Legal de la UAH.

2.3.1. Procedente

El despido procedente (artículos 103 y ss de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) es la calificación del despido que versa sobre la extinción amparada por el ordenamiento jurídico, situando al trabajador en situación legal de desempleo. Además, en los casos en que se traten de despido objetivo procedente, se otorga el derecho a la indemnización correspondiente a 20 días de salario por año trabajado, dentro del marco de 12 mensualidades.

2.3.2. *Improcedente*

El despido improcedente es una figura de extinción unilateral de la relación laboral que a su vez está protegida por el ordenamiento jurídico, de tal forma que los derechos del trabajador se ven incrementados, los cuales son la posibilidad de readmisión al puesto de trabajo o la elevación de la cuantía de la indemnización en caso contrario, la cual pasaría a ser (en aquellos contratos firmados posteriormente al 12 de febrero de 2012) a 33 días por año, con un tope de 24 mensualidades, siempre y cuando no fuere superior del resultado de multiplicar el salario mensual por 24 (artículo 56 E.T).

Ejemplo de ello lo podemos encontrar en la STS 2783/2020, de 1 de julio de 2020²⁸.

En esta sentencia, un trabajador que prestaba sus servicios para una editorial fue despedido en base a que no había cumplido con la cláusula de rendimiento de contrato durante los meses de enero a junio, todo ello en virtud del art.49.1. b) ET. El TS entendió aquí que si bien es cierto que el artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores autoriza con carácter general la extinción del contrato de trabajo por las causas en él válidamente consignadas cuando se ejercita la facultad resolutoria fuera del marco disciplinario y al amparo de lo previsto en el artículo 1.124 CC, la mera disminución del valor pactado no puede significar por sí misma y de forma objetiva, la concurrencia de la causa resolutoria. De esta forma, si la empresa decide ejercitar esa facultad sin incurrir en un abuso del derecho, tiene que llevarla a cabo con arreglo a los principios de la buena fe ofreciendo en su ejercicio elementos suficientes para que pueda alcanzarse la convicción de que hubo realmente un incumplimiento contractual por parte del trabajador.

En este caso, la empresa no pudo demostrar lo anteriormente mencionado, por lo que el TS procedió a declarar el despido como improcedente.

2.3.3. *Nulo*

Por último, el despido nulo se da en los casos de mayor gravedad, siendo estas las situaciones de discriminación o vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como en situación especialmente protegidas, como las bajas por nacimiento.

²⁸ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm.2783/2020, del 1 de julio.

Este tipo de despido viene recogido dentro del artículo 113 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social estableciendo que *“Si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir”*. De esta forma no sólo se procedería a la inmediata readmisión del trabajador, sino que además debería de abonársele tanto la indemnización por los daños ocasionados, así como los salarios de tramitación durante el tiempo que hubiese transcurrido desde el despido hasta la reincorporación del trabajador a su antiguo puesto de trabajo.

Un ejemplo de todo esto podemos encontrarlo en el ATS 12414/21, de 28 de septiembre de 2021²⁹, Auto donde además podemos observar también la figura del despido como consecuencia de causas objetivas, tipo de despido que hemos comentado al principio de este escrito.

Este Auto comenta la situación de despido catalogado como disciplinario por parte de la empresa frente a una trabajadora. La cuestión radica en que la trabajadora se tuvo que dar de baja por incapacidad temporal, como consecuencia de un aborto espontáneo, dándose de alta nuevamente dos semanas después de este. Dos días después de la reincorporación, la trabajadora recibió una carta de despido de la empresa en la que este venía como consecuencia de causas objetivas, ya que la empresa había sufrido una disminución muy importante de clientes y que la decisión extintiva no ocasionaba vulneración de sus derechos fundamentales y libertades públicas por no tener relación con la situación de embarazo, permiso o excedencia prevista en el artículo 53.4 b) del ET.

El TS argumentó en este caso que la empresa era conocedora del embarazo de la trabajadora y que el despido venía como consecuencia de ello, ya que el contrato de ésta había sido ampliado hasta dos veces en los meses previos al despido como consecuencia del aumento de trabajo en el sector, por lo que se termina calificando el despido como nulo por vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de embarazo.

²⁹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Auto núm.12414/21, del 28 de septiembre.

2.4. Responsabilidad del FOGASA por indemnizaciones debidas a los trabajadores como consecuencia del despido

A modo de finalización del presente capítulo, sería interesante ver en qué medida afectan los diferentes tipos de despido a la figura del FOGASA, situación que vemos a través del Informe n°1.070 de fiscalización sobre la gestión y control de las prestaciones abonadas por el fondo de garantía salarial, ejercicio 2013 del tribunal de cuentas³⁰, así como de la documentación que ofrece el Ministerio de Trabajo y Economía Salarial.³¹

Así pues, el FOGASA es considerado tanto por el art.33 ET como por el art.1 Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, por el que se regula la composición y funcionamiento del FOGASA un organismo autónomo, con personalidad jurídica propia y capacidad para obrar en tanto al cumplimiento de sus fines. Este organismo se encuentra adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social que se encuentre en ese momento y su finalidad es el cobro de sus remuneraciones e indemnizaciones que aún no les hayan sido pagadas, siempre y cuando estas se encuentren dentro de los casos de insolvencia o suspensión de pagos de la empresa.

Este organismo está compuesto por el Consejero Rector, el Consejo Rector y la Secretaria General, todo ello en virtud de lo expuesto en el art.4 Real Decreto 505/1985. Así pues, el Consejo Rector es el órgano superior colegiado e integrado por el Presidente, cuatro representantes de la Administración Pública, 5 de las organizaciones sindicales y cinco y el Secretario.

Por otro lado, la Secretaría General es el órgano permanente de la dirección y gestión del FOGASA, mientras que el Secretario General, es el órgano que se encuentra facultado para ejercitar los derechos y acciones tanto judiciales como extrajudiciales que le corresponden.

Una vez comentados el origen y la composición del FOGASA, a continuación, vamos a ver el papel que ejerce este organismo en cuanto a los despidos y su intervención tanto directa como indirecta.

³⁰Tribunal de Cuentas (ejercicio 2013). *Informe n°1.070 de fiscalización sobre la gestión y control de las prestaciones abonadas por el fondo de garantía salarial*, consultado el 24 de diciembre del 2021 en <https://cutt.ly/GUfsCtQ>.

³¹Ministerio de Trabajo y Economía Salarial (2022). *Fondo de Garantía Salarial*, consultada el 9 de febrero de 2022 en <https://cutt.ly/cOMsjuh>.

Las prestaciones de garantía en términos generales son las cantidades que abona el FOGASA cuando tienen lugar las situaciones que describíamos al principio del presente capítulo y que son abonadas en dos supuestos, a saber:

a) Cuando el FOGASA tiene responsabilidad de carácter subsidiaria en los casos de declaración de insolvencia o concurso de acreedores de la empresa que han tenido lugar por vía de sentencia o auto entre otros, siempre que tengan lugar las siguientes causas:

- Que sea reclamado por el trabajador como consecuencia de incumplimiento del empresario, a tenor de lo dispuesto en el art.50 ET.
- Que se esté frente a una extinción del contrato de trabajo como consecuencia de la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, las cuales podemos ver recogidas dentro del art.51 ET.
- Que se dé la situación de extinción de contrato por las causas objetivas recogidas en el art.52 ET.
- Que se trate de extinciones laborales debido a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo dentro de la esfera del trabajo colectivo.

b) Cuando la responsabilidad del FOGASA es directa en los casos de fuerza mayor con exoneración. En estos supuestos, mediante la resolución administrativa correspondiente expedida por la autoridad laboral competente, el FOGASA puede satisfacer total o parcialmente aquellas indemnizaciones que surjan como consecuencia de una extinción contractual por razones de fuerza mayor, como vienen siendo las catástrofes naturales entre otras, pero siempre teniendo en cuenta que el FOGASA tiene el derecho de repetición frente al empresario.

Con estos supuestos explicados y a consecuencia de los mismos, los únicos trabajadores que serán beneficiarios de estas prestaciones de garantía salarial serán aquellos trabajadores que trabajen por cuenta ajena y que se encuentren además vinculados mediante una relación laboral que establece el art.1.2 ET.

Por ende, aquellos que no encajan dentro de los requisitos establecidos para poder verse beneficiados de las prestaciones de garantía salarial del FOGASA, son los funcionarios públicos, el personal de las Administraciones Públicas, así como de los familiares del empresario siempre y cuando convivan con él siempre y cuando estos últimos demuestren su condición de asalariado.

Para finalizar, es importante mencionar que esta prestación de garantía salarial que poseen los trabajadores no es ilimitada, pues esta prescribe al año desde que tuvo lugar el título expedido en favor de los trabajadores en los que se reconociera la deuda del empresario. Así, con todo ello, son tres las vías por las que se pueden abonar estas prestaciones (art.33 ET):

- Los salarios devengados y pendientes de cobro por declaración de insolvencia o en concurso de acreedores: El FOGASA en este caso, abona los salarios ordinarios pagando como tope el resultado de multiplicar el doble del SMI diario, más la parte proporcional de las horas extraordinarias, multiplicado por el número de días de salario pendiente de pago, siempre y cuando no superen los 120 días.
- Las indemnizaciones como consecuencia de la sentencia, auto etc., así como las que tienen lugar de la extinción de los contratos temporales. En este caso, el FOGASA paga el máximo de la indemnización a la que los trabajadores tienen derecho en el caso de los despidos, siendo esta la parte correspondiente a los 30 días por año trabajado, con el límite de un año y sin que pueda superar el doble del SMI del presente año.
- En los casos en que el FOGASA tenga responsabilidad directa, la cuantía que debe de dar es la de 8 días por año de servicio, junto con las prorratas de los meses cuando han sido contratos de duración no superior al año, teniendo como límite el establecido en el párrafo de arriba.

3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE LA SALA PRIMERA, N°62/2008, DE 26 DE MAYO: ¿PUEDE SER LA SALUD CAUSA DE DESPIDO?

El capítulo que vamos a abordar a continuación tiene como finalidad conectar la regulación española del despido con el VIH dentro de la esfera laboral, pues en la mayoría de los casos, los supuestos de despido por VIH o por cualquier otro tipo de enfermedad, suelen ser de carácter discriminatorio. Pero ¿qué se entiende realmente por discriminación?

Si nos fijamos en lo que dice el artículo 14 CE veremos que este precepto legal menciona que cualquier acción que suponga un hecho desfavorecedor hacia una persona bien sea por “*nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”, es considerada una discriminación. Además, dentro de la discriminación podemos encontrar a su vez la discriminación directa y la indirecta.

Comenzando por la discriminación directa, esta es una situación en la que la persona de que se trate haya sido, sea o pueda llegar a ser tratada de una forma diferente y menos favorable que en cualquier otra situación que se pueda comparar en función de su nacimiento, raza, sexo, religión, etc.

Por otro lado, la discriminación indirecta tiene lugar cuando por las mismas razones que se mencionan anteriormente, tiene lugar una acción basada en una disposición, criterio o práctica que aparentemente es neutra frente a todas las personas, pero que, a la hora de la verdad, ponen en desventaja a las personas que entran dentro de los colectivos mencionados.

Para poder ver el concepto de discriminación desde otro foco, acudimos a la jurisprudencia para poder entender mejor qué es la discriminación y qué implica. En este caso la jurisprudencia elegida, son la STS 4195/2021, de 20 de julio de 2012³² y la STC 108/2019, de 30 de septiembre de 2019³³. En esta última sentencia veremos además lo que el Tribunal Constitucional estimó en una de las sentencias que tomó como referencia para dictar su sentencia, la STC 233/2007, de 5 de noviembre de 2007³⁴.

³²España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm.4195/2021, de 20 de julio.

³³España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm.108/2019, de 30 de septiembre.

³⁴ España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm.233/2007, de 5 de noviembre.

Empezando por la jurisprudencia emanada por el Tribunal Supremo, la STS 4195/2021 nos relata el caso de un trabajador que imputa la diferencia existente a la hora de aplicar el complemento de antigüedad en contratos fijos discontinuos frente a los indefinidos. El argumento del TS, comienza señalando a este respecto el auto del TJUE del 15 de octubre del 2019 en los asuntos acumulados C-439/18 y 472/18³⁵.

Así, el presente auto explica que, en los casos de retribución de los trabajadores en concepto de antigüedad, existe un Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial frente a los de jornada completa. Este Tribunal observó que la duración entre estos dos tipos de contratos es la misma, pero en cuanto al complemento de antigüedad, señala que, en los casos de jornada completa, los trabajadores conseguirán su complemento de antigüedad cada 3 años consecutivos, mientras que en aquellos casos en los que el contrato sea parcial, se tarda mucho más en conseguir ese complemento (por ejemplo, una persona a tiempo parcial que lleve 4 meses trabajados conseguirá su primer complemento de antigüedad pasados los 9 años).

Continúa el TJUE indicando la existencia, a su vez, de una discriminación indirecta hacia la mujer, pues se observó que de todos los puestos fijos discontinuos estaban ocupados principalmente por mujeres, caso que tenía lugar a la inversa en los que trabajaban a jornada completa. Tomando en consideración estos dos hechos, el Tribunal declaró que se trataban de unas medidas y prácticas que constituían una diferencia de trato con la mujer, siendo así contrarias al art.1401 de la Directiva 2006/54³⁶.

Dejando clara esta cuestión gracias al auto del TJUE, las sentencias del TS 19 de noviembre de 2019 y la del 10 de diciembre del mismo año³⁷³⁸, modificaron nuestra doctrina acerca de la forma de computar la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos (en este caso de la AEAT) a efectos de trienios y promociones profesionales.

³⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Auto del 15 de octubre del 2019, asuntos acumulados C-439/18 y 472/18.

³⁶ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, del 5 de julio de 2006. «DOUE» núm. 204, de 26 de julio de 2006, págs.23-36.

³⁷ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1). Sentencia núm.790/2019, de 19 de noviembre.

³⁸ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sala Cuarta). Sentencia núm. 852/2019, 10 de diciembre.

Continuando ya con la STS 4195/2021, el TS aplica también la doctrina emanada de las SSTS del 23 y 24 del 13 de enero del 2021³⁹ y la 210/2021, del 16 de febrero⁴¹, pues el presente caso compartía similitudes como las que acabamos de señalar. Con todo ello, este Tribunal declaró que cabía la estimación del recurso de casación interpuesto por el trabajador.

En cuanto a la jurisprudencia que emana del TC sobre la discriminación, vamos a observar la STC 108/2019 del 30 de septiembre⁴², donde se señala no sólo jurisprudencia propia, sino que también se acude a la doctrina europea.

Así, esta sentencia analiza el caso de una trabajadora que imputó la vulneración del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo, ya que el INE le impidió incorporarse a una plaza que había obtenido en el proceso selectivo sin llegar a valorar adecuadamente que la adjudicataria de la plaza se hallaba en situación de baja por maternidad.

El TC ante este caso menciona otra de sus sentencias como se ha señalado en anteriores párrafos, en este caso la 233/2007 del 5 de noviembre. En esta sentencia el TC recuerda la necesidad de ponderar las exigencias del art.14 CE con el fin de poder hacer efectiva la igualdad de la mujer en los casos de maternidad y lactancia. Lo que trata de hacer dicho precepto constitucional es compensar las desventajas naturales que soportan las mujeres frente a los hombres. Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta también que la mujer que tiene hijos pequeños tiene mayor dificultad para poder incorporarse al trabajo o para permanecer en él.

Por todo esto, para que tenga lugar lo que el precepto constitucional expone, el TC establece unos cánones más estrictos que la razonabilidad y la proporcionalidad, las cuales que suelen ser las exigencias requeridas por el principio de igualdad y no discriminación. En tanto a esta última cuestión, pone como ejemplo la STC 182/2005, del 4 de julio⁴³. La razón de ello se debe a que en dicha sentencia el TC establece que a diferencia del principio de igualdad el cual solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa del trato, las prohibiciones de discriminación del art.14 CE no implican un juicio de razonabilidad. De esta forma, estas prohibiciones pueden ser utilizadas de

³⁹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sala Cuarta). Sentencia núm. 23/2021, 13 de enero.

⁴⁰ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sala Cuarta). Sentencia núm. 24/2021, 13 de enero.

⁴¹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sala Cuarta). Sentencia núm.210/2021, del 16 de febrero.

⁴² España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm.108/2019 del 30 de septiembre.

⁴³ España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 182/2005, del 4 de julio.

manera excepcional por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, pero implicando a su vez un canon mucho más estricto en el juicio de legitimidad constitucional.

Para finalizar este apartado sobre qué es la discriminación y qué supone, así como los instrumentos jurídicos que se utilizan para que esta situación no tenga lugar, es interesante comentar lo que se denomina actualmente como discriminación positiva.

Así pues, el concepto de discriminación positiva no tiene una definición concreta. Por ejemplo, según la RAE este concepto es entendido como una protección extraordinaria que se da a un grupo de personas que se hayan históricamente discriminados. Sin embargo, la legislación lo califica como un tipo de discriminación basado en acciones positivas que se consideran privilegiadas y extraordinarias y que pueden parecer discriminatorias contra el resto de los grupos, pero que verdaderamente su fin es eliminar o paliar la desigualdad de hecho que tiene lugar en la esfera de la vida social.

Una cosa que deberíamos tener en cuenta es que este tipo de medidas, a día de hoy, suelen ser a las aplicadas a los colectivos como el de la mujer, así como el de las personas con discapacidad, de tal forma que siguen existiendo aun así colectivos discriminados, como bien pueden ser los grupos religiosos minoritarios o el colectivo LGTBI.

A pesar de lo anterior, es cierto que existen medidas reguladas por la Ley de Empleo que se dirigen a otros colectivos a su vez, como vienen siendo las personas jóvenes, así como aquellas personas que sean mayores de 45 años.

Una vez visto qué es la discriminación, vamos a pasar a comentar una de las sentencias más importantes (STC 62/2008, de 26 de mayo⁴⁴) relacionadas con el hecho de si una enfermedad puede o no afectar a la condición del trabajador dentro de su puesto de trabajo.

La cuestión que tuvo el TC entre manos versaba sobre un albañil que fue despedido por su empresa.

La razón por la que se procedió a dicha acción se debía a que el trabajador había actuado en contra del principio de buena fe, pues padecía desde hacía años de una enfermedad en

⁴⁴ España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 62/2008, de 26 de mayo.

la espalda, situación que la empleadora desconocía y que, de haberlo sabido, nunca le habría contratado.

Junto con esta argumentación, la empresa añadió que existían a su vez muchas bajas por parte del trabajador como consecuencia de dicha enfermedad, por lo que ésta entendió que el trabajador no podía llevar a cabo el trabajo por el que se le había contratado.

Con esta premisa, el TC se planteó si un despido motivado por las dolencias físicas de un trabajador debía ser declarado nulo por discriminación al amparo del precepto segundo del art.14 CE.

Así pues, el TC comenzó reiterando que el art.14 CE no solo incluye la prohibición de los motivos en él contenidos y que causan discriminación como consecuencia de las diferencias arraigadas de España y su vulneración a la dignidad de las personas (art.10.1 CE), sino que además, este artículo recoge una cláusula de igualdad de todos los españoles ante la ley. Pero ¿qué supone realmente esa garantía de igualdad?

El TC expresa este concepto bajo dos modalidades diferentes, siendo la primera la igualdad en la aplicación de la ley y la segunda, la igualdad en el contenido de la ley.

Empezando por el principio de igualdad en la aplicación de la ley, este se aplica a jueces y tribunales, de modo que estos deban de aplicar la ley por igual a quiénes se encuentren en una misma situación jurídica. Dicha sujeción de los jueces y tribunales supone a su vez que estos deben de actuar sin merma de la independencia judicial, pues eso uno de los componentes del Estado de Derecho y que podemos encontrar en el art.117.1 CE.

En cuanto a la vulneración de este principio, debe tener lugar una desigualdad en supuestos idénticos sustancialmente como bien señala el TC en su Fundamento Jurídico Séptimo en la sentencia 23/1984, del 20 de febrero⁴⁵. Asimismo, el TC en su sentencia 11/2013, del 28 de enero⁴⁶, estableció una serie de criterios para vislumbrar la vulneración de este principio, siendo estos:

⁴⁵ España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm.23/1984, del 20 de febrero.

⁴⁶ España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 11/2013, del 28 de enero.

- La acreditación de *tertium comparationis*⁴⁷: Este criterio viene como consecuencia de que el juicio de igualdad sólo puede llevarse a cabo sobre la confrontación entre la sentencia que se impugna y las resoluciones de un mismo tribunal anteriores a esta que fuesen sustancialmente idénticas, pero con resultados contrarios.
- La identidad del órgano judicial: Este segundo criterio tiene que ver con los resultados contrarios en los casos que sustancialmente son idénticos. La razón de esta unión se debe a que esos resultados contrarios vienen provocados por la libertad de apreciación que tiene el órgano jurisdiccional competente en su función de juzgador.
- Ausencia de motivación que justifique el cambio de criterio: Siendo este el último de los criterios, su génesis radica en que el derecho a la igualdad dentro del campo de la aplicación de la ley en relación con el principio de arbitrariedad (art.9.3 CE), obliga a que un mismo órgano que aplique el derecho no cambie de manera caprichosa el sentido de sus decisiones frente a las tomadas anteriormente y que fueran iguales sustancialmente sin una argumentación justificable.

En segundo lugar, respecto a la desigualdad del contenido de la ley, la sentencia del Tribunal Constitucional 46/1999, de 22 de marzo⁴⁸, determina que las diferenciaciones normativas deben tener una justificación objetiva y razonable de acuerdo a los criterios y juicios de valor, de tal forma que dichas diferenciaciones no sean discriminatorias.

Por último, el TC ha venido estableciendo jurisprudencia acerca de los rasgos esenciales y de los límites de trato desigual (como por ejemplo, las SSTC 49/1982, del 14 de julio; la 76/1990, del 26 de abril o la 39/2002, del 14 de febrero).

Así pues, dichos rasgos esenciales y límites podemos resumirlos en una sola frase y es que no toda desigualdad de trato en la ley implica la vulneración del art.14 CE, ya que la desigualdad tiene lugar cuando existe una diferencia sin justificación en situaciones iguales, situación que además debe ser adecuada y proporcionada con el fin de superar el juicio de proporcionalidad constitucional.

⁴⁷ *Tertium comparationis*: "la calidad que tienen en común dos cosas que se comparan".

⁴⁸ España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm.46/1999, del 22 de marzo.

Una vez visto qué significa la cláusula de igualdad contenida en el art.14CE, continuamos con el análisis de la STC 62/2008.

Así pues, el Tribunal continúa con la cuestión de que el caso al que se enfrentaba podía ser una discriminación por causa de un factor no incluido de manera expresa dentro del precepto constitucional.

El TC continua con la cuestión de que el caso al que se enfrentaba podría ser o no una discriminación por causa de un factor no incluido de manera expresa dentro del precepto constitucional. Para ello, consideró que la primera premisa que debía llevarse a cabo, era poder determinar si una circunstancia no determinada expresamente en la norma se puede incluir dentro del apartado genérico del mismo artículo respecto de la frase “por razón de cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, de tal forma que resultaba necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta a su vez qué es lo que lo caracteriza como prohibición de discriminación convirtiéndolo en un elemento de segregación innata.

De esta manera, el Tribunal entendió que el estado de salud un trabajador puede en determinadas ocasiones constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en dicho precepto constitucional. Para que esto sea posible es necesario que el concepto de la enfermedad de ese trabajador sea el elemento de estigmatización, quedando al margen la aptitud de este para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.

Así pues, tras todo el análisis llevado a cabo, el TC consideró que, en ese caso concreto, no se había producido un despido discriminatorio por razón de salud del trabajador, ya que éste no dejó constancia suficiente de esa disfunción laboral periódica con base a su patología en concreto. Además, esa realidad descrita por el trabajador no conformaba una categoría homogénea, sino una situación que puede adoptar múltiples manifestaciones y responder a causas igualmente muy diferentes, de tal forma que no es posible extender el concepto de discriminación hasta el límite de hacerlo coincidir con el principio jurídico de igualdad.

Teniendo en cuenta esta importante sentencia que acabamos de comentar, sería interesante ver para finalizar el presente capítulo, cómo otros tribunales, tanto nacionales como internacionales piensan acerca de este tema tan controvertido.

En este caso, hablaremos tanto de lo que estima el TJUE frente a este tema, así como otros órganos judiciales de nuestro país. Así pues, para empezar, la primera sentencia elegida es la del Caso Chacón Navas⁴⁹. Este TJUE se enfrenta a una petición de decisión prejudicial en base al art.234 CE.

El caso trataba de una mujer que trabajaba para Eurest. El 14 de octubre de 2003, fue declarada en baja laboral por enfermedad y según los servicios públicos de salud que se ocuparon de su caso, no estaba en condiciones de reanudar su actividad a corto plazo. Fue despedida el 28 de mayo de 2004 sin motivo que respaldase dicho despido por parte de la empresa.

Cuestiones prejudiciales:

El TJUE se enfrentaba a dos cuestiones siendo la primera la posibilidad de incluirse dentro del ámbito protector de la Directiva 2000/78/CE⁵⁰ a una persona que haya sido despedida exclusivamente por causa de enfermedad; la segunda de estas cuestiones prejudiciales versaba sobre si podía considerarse la enfermedad como un motivo de discriminación prohibido por la Directiva 2000/78/CE.

Empezando por la primera cuestión prejudicial, el TJUE se centra en la propia Directiva mencionada anteriormente. Así pues, en función de su art.3.1.c) se establece que la misma se aplica a toda persona en relación con las condiciones de despido. A pesar de tratarse de una acción que engloba a todas las personas que se encuentren en situación de despido, el marco general de la Directiva establece unos límites, siendo este su aplicación para aquellas personas que se encuentran en situación de discriminación por motivo de discapacidad. Pero ¿qué entiende la Directiva 2000/78/CE por discapacidad? El art.1 de esta establece que su objetivo es el de luchar en la esfera laboral contra la discriminación por cualquiera los motivos que contiene el mismo, donde dentro de dichos motivos encontramos la discapacidad, concepto que debe ser objeto de interpretación autónoma y uniforme.

⁴⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala). Sentencia del 11 de julio de 2006, Caso Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456.

⁵⁰ Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, del 27 de noviembre de 2000. «DOCE» núm. 303, de 2 de diciembre de 2000, págs.16-22.

Es menester tener en cuenta que debe entenderse la discapacidad en este contexto, debe entenderse como una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que supongan un obstáculo para la persona de que se trate en la esfera de su vida profesional. Teniendo esto en cuenta, el TJUE continúa diciendo que si acudimos a los arts.2.1 y 3.1.c) de la Directiva podemos ver que dichos preceptos legales dan a entender que un despido por razón de enfermedad no puede justificarse dentro de esta Directiva por el hecho de tratarse de una persona no competente o no capacitado para desempeñar dichas tareas.

A pesar de lo anterior mencionado, entre los DDFD que forman parte de los principios generales del Derecho Comunitario, figura el principio de no discriminación. Este principio vincula a los Estados Miembros cuando la situación nacional donde radica la discriminación está incluida en el ámbito de aplicación del Derecho Comunitario. No obstante, el hecho de que el principio de no discriminación figure en el Derecho Comunitario, no implica que puedan incluirse por analogía en la Directiva otros tipos de discriminación como viene siendo por razón de enfermedad.

En conclusión, el TJUE deja ver que el despido por razón de enfermedad no viene incluido en la Directiva como motivo de discriminación, ni puede ser aplicada por analogía a aquellos otros motivos que sí vienen contemplados en ella.

Continuando con lo que estima el TS acerca de este tema tan controvertido, la sentencia que vamos a analizar ahora es la 502/2001, del 29 de enero del 2001⁵¹.

En este caso nos encontramos ante un recurso de casación cuyo origen radica en que el actor había sido despedido por la empresa sin que concurriera causa alegada, pero habiéndose apreciado que el motivo real del cese había sido por las bajas del trabajador provocando que su prestación laboral “no fuera rentable para la empresa”.

El TS admitió que el art.14 CE se refiere a cualquier otra condición personal y que el tratamiento que la empresa ha impuesto al actor se ha fundado en una circunstancia que afecta a su esfera personal: la enfermedad.

A pesar de esto, el último inciso de dicho precepto legal no se puede interpretar en el sentido en que se comprenda cualquier tipo de condición, pues en ese caso, la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato. Lo que caracteriza la prohibición de discriminación es como dice la sentencia del 17 de mayo del 2000⁵² el

⁵¹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 502/2001, del 29 de enero.

⁵² España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sala Cuarta). Sentencia núm.4500/1999, del 17 de mayo.

que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración determinados grupos de personas para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en los que se funda nuestra sociedad democrática y pluralista.

La enfermedad en sentido genérico, desde el punto de vista funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el trabajador no sea rentable para la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto del último inciso del art.14 CE, aunque sí puede serlo en otras circunstancias en las que se aprecie el elemento de segregación.

Así pues, el Tribunal estableció que, en el presente caso, el despido se justificaba en cuestiones de rentabilidad de la empresa ya que había estado solamente cuatro meses en activo en 1998.

En definitiva, para que la enfermedad se pueda considerar como discriminación por razón de salud, debemos tener en cuenta:

- Que la enfermedad no entra dentro de la Protección de la Directiva 2000/78/CE.
- Que lo que realmente se caracteriza como prohibición de discriminación es cuando el elemento concreto, en este caso la enfermedad, se haya convertido en un elemento de segregación innata. Por ende, una persona con una enfermedad que haya sido despedida sólo existirá la discriminación por condición de salud cuando el trabajador haya sido despedido por padecer dicha enfermedad con independencia de sus síntomas o cómo ésta pueda afectar a sus actividades profesionales ya que, de lo contrario, estaríamos frente a un despido por falta de rendimiento del trabajador a la empresa.

Para finalizar vamos a pasar a ver lo que dice en este caso uno de los Tribunales Superiores de Justicia nacionales. En este caso, me he decantado por una sentencia del TSJ de Castilla la Mancha, para ser más exactos, en la 1461/2018⁵³, si bien es cierto que ésta se centra en una situación de incapacidad temporal como consecuencia de un cáncer de mama, he considerado que sería interesante comentarla, no sólo porque nos muestra a la perfección la figura de la discriminación por razón de padecer una enfermedad, siendo

⁵³ España. Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha (Sala de lo Social). Sentencia núm. 1461/20189 del Noviembre.

en este caso el cáncer de mama; sino que además, esta misma se basa en la jurisprudencia emanada por el TJUE, tales como del Caso Chacón Navas, así como del Caso HK Danmark⁵⁴.

Así pues, esta sentencia abarca la situación de una trabajadora que sufría de cáncer de mama, la cual había tenido que estar en situación de incapacidad temporal debido a su enfermedad, siendo despedida por vía de un despido por causas objetivas amparándose bajo la legalidad del art.52.c) ET, alegando esta que el despido venía como consecuencia de causas económicas y de organización que sufría la empresa.

Lo más importante a tener en cuenta en esta sentencia es lo que dice el TSJ acerca de si la enfermedad puede suponer o no una discapacidad y si puede ser considerada esta como una situación de discriminación por razón de salud. Así, el Tribunal afirma en función de lo establecido en el Caso *HK Danmark*, que en el caso de encontrarnos ante una enfermedad ya sea curable o no, siempre y cuando acarreen limitaciones que impidan la participación plena y efectiva de trabajador en cuestión dentro del ámbito profesional, dicha enfermedad será incluida dentro de los cánones de la discapacidad establecidos por la Directiva 2000/78/CE.

En cambio, si esa enfermedad ya sea curable o no, no supone la limitación a la que hacíamos referencia en el párrafo anterior, esta misma no entrará dentro del concepto de discapacidad que recoge la Directiva anterior, pero tampoco podrá encajarse en esta misma dentro del apartado de la prohibición de discriminación a simple vista como se refleja en el caso Chacón Navas.

Teniendo todo esto presente, el TSJ entiende que la enfermedad de la actora encaja dentro de lo que se establece como discapacidad, pues en palabras de este *“en aquellos supuestos en que la enfermedad produce importantes afectaciones tanto de carácter físico como psíquico, ayer ha requerido de un tratamiento con resultado incierto y que ha impedido la participación de la trabajadora en el decurso ordinario de su quehacer profesional y laboral en las mismas condiciones que el resto de sus compañeros de trabajo”*.

⁵⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 11 de abril de 2013, Caso HK Danmark, asuntos C-335/11 y C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222.

A pesar de lo anterior, este Tribunal menciona, además, la obligación extra de aplicar lo establecido en el art.96.1 LRJS, precepto legal en el que, cuando la persona que alega la existencia de indicios de discriminación por las razones expuestas en el art.14 CE, es la empresa demandada quien debe justificar de manera objetiva y razonable las medidas adoptadas y de la proporcionalidad existente. En este caso, la empresa demandada no sólo no llegó a desvirtuar la alegación de la actora de que se trataba de un despido por discriminación, sino que además, se fundó en los costes y en el rendimiento laboral para la determinación del despido objetivo, cuando quedó constatado que la actora percibió durante todos los meses anteriores un plus con la denominación de “incentivo por ventas”, ya que el área donde la actora trabajaba era la que mejor resultado económico había tenido de las áreas en la empresa ubicadas en Cuenca.

Por todo ello, el TSJ de Castilla la Mancha entendió que tuvo lugar la vulneración del art.14 CE de la trabajadora por sufrir de discriminación por razón de la salud como consecuencia de su enfermedad, y no por un despido objetivo por causas económicas como bien se justificaba la empresa en la carta de despido de la trabajadora.

4. EL VIH EN EL ÁMBITO LABORAL

4.1. Definición y contexto histórico del VIH

El Virus de la Inmunodeficiencia Humana, también conocido como VIH, es un retrovirus que ataca y daña al sistema inmunitario. Esta enfermedad se caracteriza por atacar y destruir particularmente los linfocitos CD4⁵⁵, un grupo de células encontradas dentro del sistema inmune encargadas de la fabricación de anticuerpos con el fin de combatir las infecciones provocadas por agentes externos.

Uno de los muchos mitos con los que cuenta esta enfermedad (de los cuales hablaremos en el siguiente subapartado), es la de entender que VIH y SIDA son la misma enfermedad. Dicha creencia se aleja totalmente de la realidad, pues tener VIH no implica tener SIDA, es decir, tener VIH implica que el virus está dentro del organismo del ser humano, multiplicándose y provocando la debilitación del sistema inmunológico, más no implica que se desarrolle la enfermedad. En cambio, el SIDA es la última etapa del VIH, caracterizándose por la presencia de una serie de enfermedades que van apareciendo de manera fortuita o de neoplasias⁵⁶ que terminan amenazando la vida de la persona infectada, ya que el sistema inmunológico ha quedado totalmente fuera de juego al no poder seguir llevando a cabo su función al completo.

Es muy interesante, antes de abordar el tema que ocupa a este capítulo, comentar la génesis de esta enfermedad, la cual relata el Dr. Ricardo Boza Cordero⁵⁷ en su obra “Orígenes VIH/SIDA”, enfermedad que fue descubierta tan solo hace 41 (en 2022) años y para la cual no existe una cura a día de hoy.

Así pues y como relata BOZA en su obra anteriormente mencionada, el VIH fue descubierto posteriormente al hallazgo del SIDA en los años 80 en Estados Unidos cuando empezó a surgir un gran número de casos en el que jóvenes (principalmente

⁵⁵Linfocitos CD4: “Por lo general, una persona no afectada tiene un recuento de entre 500 y 1600 células/mm³. Durante la progresión de la enfermedad, el número de células CD4 se ve cada vez más reducido, pudiendo llegar a niveles inferiores a 500 células/mm³ si no se aplica tratamiento antirretroviral. El umbral crítico de CD4 está fijado en las 200 células/mm³”. Consultada la definición en la página web de gTt-VIH en <https://cutt.ly/9Re0M0m>, el 14 de febrero de 2022.

⁵⁶ Neoplasia: “Masa anormal de tejido que aparece cuando las células se multiplican más de lo debido o no se mueren cuando deberían”.

⁵⁷ BOZA R. (2016). Orígenes VIH/SIDA, en el *Portal de Revistas Académicas de la Universidad de Costa Rica*, VOL. 6 NÚM. 4, consultado en <https://cutt.ly/ROg0qIF> el 30 de enero de 2022.

hombres homosexuales), así como personas que habían consumido drogas recreativas endovenosas, fallecían como consecuencia de infecciones y cánceres poco usuales.

Tras su descubrimiento, se llevaron a cabo numerosos estudios, con el fin de descubrir cuál era la génesis de esta enfermedad, descubriendo en uno de los laboratorios estadounidenses el VIS, retrovirus que afectaba a monos en cautividad. Paralelamente a este descubrimiento denominado como VIH-1, se descubrió un paciente con SIDA nacido en África occidental que portaba un virus totalmente diferente al de los pacientes que habían sido estudiados hasta la fecha, siendo denominado VIH-2, el cual tenía bastantes semejanzas con el VIS.

Con ello, fueron muchos los investigadores que se trasladaron a África occidental y central con el fin de descubrir el origen del VIH-1, llegando a la conclusión de que procedía de un virus que portaban ciertos chimpancés, denominado como VIScpz, virus que había sido transmitido a los seres humanos como consecuencia de la caza de estos animales que servían como alimento. Este hecho junto con el contexto social de aquella época (la gran pobreza existente, así como la prostitución y falta de educación) provocaron que dicho virus se extendiera por toda África occidental y central, pasando a los Estados Unidos y Europa.

La teoría que surgió en aquel momento sobre la propagación del virus y que hoy día no se puede asegurar con certeza si esta era cierta o no, se basaba en la migración de haitianos homosexuales que huían de su país debido a la gran represión que este colectivo sufría, país donde se estipuló que el virus estaba presente desde 1966.

Por último, en cuanto a las cifras de afectados, en 2020, ONUSIDA⁵⁸ calculó que aproximadamente unas 37,7 millones de personas tenían VIH, de las cuales unas 680.000 habían fallecido como consecuencia de enfermedades relacionadas con esta. Sin embargo, casi unas 28,2 millones de personas estaban bajo terapia antirretroviral sobre junio del 2021, lo cual nos muestra que gracias a los avances médicos, la tasa de mortalidad ha bajado exponencialmente con los años y que hoy en día las personas con VIH gozan de una vida con mayor calidad y longevidad.

⁵⁸Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/sida (2020-2021). *Estadísticas mundiales sobre el VIH*, consultado por última vez el 20 de marzo del 2022 en <https://cutt.ly/nAOZsIW>.

4.2. Modos de transmisión y MUPT

Hoy en día, gracias a los avances de la ciencia y del conocimiento que se tiene cada vez más sobre esta enfermedad, se ha podido observar cuáles son los modos de transmisión.

A pesar de ello, siguen existiendo muchos mitos en los modos en que esta enfermedad es transmitida, lo cual provoca miedo y rechazo, desembocando todo ello en rechazo e intolerancia hacia este colectivo de personas. Ejemplo de estos mitos, los recoge el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en uno de sus proyectos⁵⁹:

- Besar o abrazar.
- Sudor o saliva.
- Picaduras de mosquitos.
- Toser o escupir.
- Compartir servicios sanitarios o lavabos.
- Utilizar utensilios o consumir alimentos y bebidas manipulados por alguien que está infectado con el VIH.
- Por donar o recibir sangre, en países donde el control es adecuado.

Tras la exposición de los mitos anteriores pasamos a ver cuáles son los que verdaderamente actúan como vías de transmisión como son:

- Por relaciones sexuales sin protección: principalmente se da en los casos de relaciones sexuales con penetración sin preservativo, habiendo un mayor índice de probabilidad de contraer la enfermedad si se encuentra presente en el cuerpo del receptor otra enfermedad de índole sexual como la sífilis o el herpes.
- Por transmisión entre madre e hijo durante el embarazo y el parto o desde la lactancia.

⁵⁹Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, “Prevención VIH SIDA”, consultado por última vez el 27 de febrero del 2022, en <https://cutt.ly/pP7PLk6>.

- Por vía sanguínea: (como la transfusión de sangre, compartir agujas para la inyección de drogas, accidentes profesionales del ámbito sanitario que al pincharse con un objeto punzante empleado anteriormente en una persona con VIH).

Así pues, y tras desvelar cuáles son las verdaderas vías por la que una persona con VIH puede transmitir el virus a otra persona, es menester mencionar las múltiples medidas de prevención que han ido apareciendo a lo largo de todos estos años.

De esta forma las medidas que deben tomar las personas con VIH para no transmitir la enfermedad son las prácticamente las mismas que toda persona debe tener. Con todo ello, las medidas de prevención de la transmisión del VIH son:

- Uso del preservativo (tanto masculino como femenino) en las relaciones sexuales con penetración, evitando la práctica del sexo oral.
- Empleo de material correctamente esterilizado, extremando la precaución en caso de que existan heridas o hemorragias. En el caso de los instrumentos que se usan para realizar perforaciones, usar materiales desechables (de un solo uso) y estériles.
- No compartir cuchillas ni cepillos de dientes.
- En el caso de mujeres embarazadas y portadoras del VIH, existen tratamientos para reducir el riesgo de transmisión a sus descendientes. Además, la lactancia no estar recomendada en estos casos.

Por último, existen ciertos tratamientos que combaten esta enfermedad siendo considerados a su vez como medidas preventivas. Sin embargo, es necesario resaltar que a pesar de lo anterior, todavía no existe un tratamiento que acabe de raíz con esta enfermedad.

A pesar de lo anterior, existen actualmente dos tratamientos que son bastante eficaces y que conforman a su vez como dos medidas de prevención a añadir juntos con las anteriores⁶⁰.

- *La profilaxis pre-exposición (PrEP)*: Este tipo de medicación anti-VIH se emplea en personas sin VIH negativo antes de entrar en contacto con dicho virus, todo ello con el objetivo de reducir el porcentaje de posibilidades de contraer la enfermedad.
- *La profilaxis post exposición*: Este tratamiento es más bien una medida de prevención dirigida a aquellas personas que han podido verse expuestos de manera accidental o fortuita al virus, ya sea por vía sanguínea o por vía sexual, todo ello con el fin de disminuir el riesgo de contraerla.

Este tratamiento consta de la ingesta de fármacos antirretrovirales durante 28 días, debiendo iniciarse preferiblemente dentro de las 6 primeras horas a contar desde el momento en que la persona se expuso al VIH y siempre antes del transcurso de 72 horas. Este tipo de tratamiento es empleado principalmente para los casos en los que la persona receptora ha estado expuesta por medio de penetración anal con una persona con VIH y se haya roto el condón, o bien para personas que hayan tenido que intercambiar agujas o jeringuillas con una persona con VIH, como, por ejemplo, en el caso del personal sanitario.

En cuanto al tratamiento que siguen personas embarazadas con VIH⁶¹, deben tomar los antirretrovirales durante todo el embarazo, ya que, si no, la criatura que nazca es muy probable que adquiera la enfermedad. A esta forma de transmisión de VIH se le conoce también como transmisión maternoinfantil del VIH, siendo administrado de la misma forma que a cualquier otra persona no embarazada y teniendo que empezarlo lo antes posible una vez conocido del estado en cinta.

De esta forma, una persona con VIH que esté o no en cinta y tenga recetada la medicación de los antirretrovirales, estos lo que hacen es impedir que el virus se multiplique, de tal forma que la carga vírica queda reducida, pudiendo llegar a conseguir lo que se denomina como carga viral indetectable. Esta carga viral supone que la concentración del VIH es

⁶⁰ CDC: Prevención del VIH, “*La profilaxis preexposición y la profilaxis posexposición*”, consultado por última vez el 27 de febrero del 2022 en <https://cutt.ly/uP5kd0b>.

⁶¹ HIV info. “*Medicamentos contra el VIH durante el embarazo y el parto*” en El VIH y el SIDA, consultado por última vez el 27 de febrero del 2022 en <https://cutt.ly/8P5xVjh>.

muy baja en la sangre, siendo muy poco frecuente que la persona con carga vírica baja transmita ya sea a otras personas o al feto esta enfermedad.

Antes de continuar, creo que sería interesante pararnos a ver uno de los estudios más importantes realizados respecto a la carga indetectable de personas seropositivas, así como de los efectos que provocan los antirretrovirales.

Este informe se presenta como Estudio PARTNER el cual consta de dos partes. Su génesis radica en los años 2010-2014 bajo la dirección de la Dra. Alison Rodger, quien confirmó en la Conferencia sobre Retrovirus e Infecciones Oportunistas (CROI) el gran papel que ejercían los antirretrovirales como medida de prevención. Para llegar a dicha afirmación, reunieron para la primera parte del estudio a un mayor porcentaje de parejas de hombres homosexuales que heterosexuales distinguiendo entre el riesgo por sexo anal y el vaginal. Además, todos los participantes debían de ser parejas que no empleasen la medida preventiva del preservativo, que el miembro de la pareja con VIH se encontrase en tratamiento con una carga vírica inferior a 200 copias /ml, mientras que la que no tiene VIH debía encontrarse en tratamiento de prevención.

Con otros requisitos a tener en cuenta, se reunieron a 1.110 parejas entre las cuales, el 40% eran hombres homosexuales, mientras que a los heterosexuales se les dividió en dos categorías, siendo estas aquellas donde la mujer es la que tiene VIH y la otra donde lo tiene el hombre. Durante este seguimiento, los investigadores pudieron observar 5 puntos importantes:

- En las parejas serodiscordantes (parejas donde uno de los miembros tiene VIH y el otro no) se reflejó que realizaban sexo vaginal sin protección, donde en el 72% de estos casos había eyaculación. En cambio, en las parejas de hombres homosexuales, se observó que el 70% de ellos habían mantenido sexo anal, donde en el 40% de ellos había eyaculación de por medio.
- En cuanto a la prueba de las prácticas sexuales fuera de la pareja y sin tomar medidas de protección, encontraron que dicha situación había tenido lugar en 1/3 de las parejas de hombres homosexuales, mientras que en las heterosexuales se reflejó un 3-4%. De entre estos participantes, las personas que adquirieron el VIH había sido como consecuencia de las relaciones mantenidas fuera de la pareja habitual.

- Si los participantes con VIH no se encontrasen en tratamiento, habría tenido lugar aproximadamente unas 86 transmisiones del virus en el caso de las parejas homosexuales y 15 entre las heterosexuales.

A pesar del seguimiento anterior, el Estudio PARTNER continúa señalando que no se hubiesen avistado casos de transmisión ello no suponía que exista riesgo 0, por lo que quedó marcado con un 5% de probabilidades de que tuviese lugar la transmisión del VIH.

Con todos estos datos y teniendo en cuenta que el IC estaba marcado en el 95%, el riesgo de transmisión por vía anal sería en general del 0,45% y del 1% en el resto de las relaciones sexuales. Esto se tradujo en que en los aso sede probabilidad de la transmisión del VIH tendría como mayor porcentaje de transmisibilidad marcado en un 5% a nivel genérico y del 10% en el caso de las parejas de hombres homosexuales.

Este estudio llegó además a la conclusión de que la presencia de una ITS no suponía un incremento del riesgo de transmisión de la presente enfermedad, lo cual contradecía a lo que se estableció en la Declaración de Suiza en el año 2008.

Continuando con este estudio, su segunda parte comenzó en el 2014, donde escogieron a 972 parejas, donde además de los grupos que se investigaron en la primera parte, se añadió además a parejas serodiscordantes homosexuales, bisexuales y a otros HSH de 14 países europeos. Dentro de esos 14 países se encuentra España, donde 10 centros de diferentes Comunidades Autónomas incluyeron participantes, todos ellos sin emplear el método de prevención del preservativo

Durante todos los años de seguimiento del presente estudio, los participantes rellenaban cada semestre o anualmente una serie de documentos sobre las relaciones que habían mantenido hasta la fecha. De esta forma, a la persona de la relación que no tenía VIH se le realizaba una prueba, mientras que a la persona con VIH se le realizó una prueba para poder ver la carga viral que ésta tenía.

Así, con estos datos tan importantes vislumbraron que el 37% de los participantes habían tenido relaciones fuera de la pareja y que en el caso de las parejas estables no se encontraron casos de transmisión.

Con estos datos los investigadores establecieron que el riesgo de transmisión más elevado en intervalos de confianza del 95%, sería del 0,23% en las relaciones en general sin el uso del preservativo y del 0,57% para los casos de sexo anal con eyaculación.

Así pues, este estudio confirmó la validez de que indetectable era igual a intransmisible dentro el colectivo de las parejas homosexuales, los bisexuales y otros HSH, pues eran los que más incidencias presentaban.

Para finalizar y volviendo al caso concreto de las personas en cinta, deben de seguir con el tratamiento durante el embarazo, sino durante el parto también, ya que el bebe está en constante exposición a cualquier carga de VIH que se encuentre bien en la sangre u en otros líquidos de la persona en cinta. En cuanto al parto de la misma, es recomendable que el parto sea mediante una cesárea para aquellas personas que tengan una carga viral superior a las 1.000 copias/ml. Sin embargo, cuando la persona embarazada está en tratamiento y tienen una carga vírica inferior a la carga mencionada anteriormente, los médicos no recomiendan la cesárea programada (sin tener en cuenta los casos en los que la persona embarazada la necesita por otras cuestiones médicas). Una vez finalizado el parto, todos los bebés son tratados con los antirretrovirales entre las 6 primeras horas del nacimiento con el fin de prevenir la transmisión perinatal. Además, se recomienda que a estos bebes se les alimente mediante leche en polvo en vez de la materna como medida de prevención.

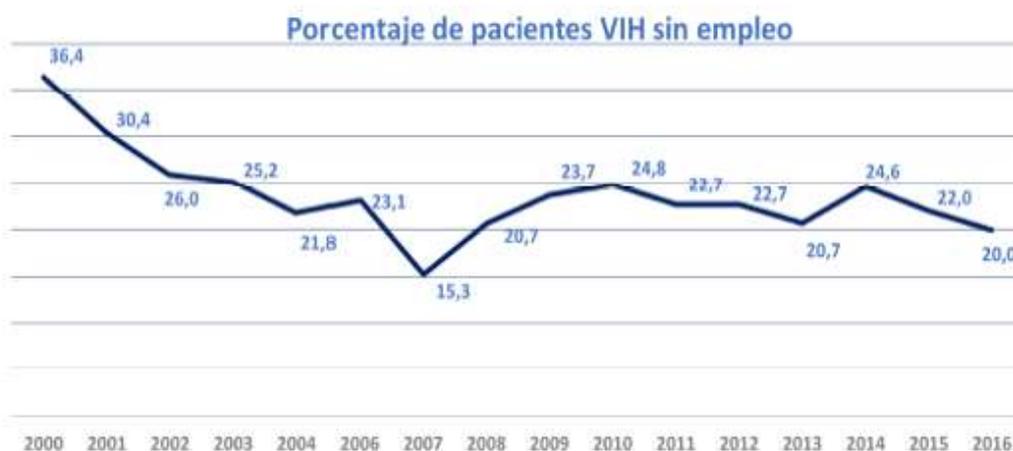
Pasados los 14-21 días desde el nacimiento, se recomienda hacerles una primera prueba del VIH; otra cuando se encuentran en el rango de los 2 meses y la última cuando se encuentran entre los 4 y los seis meses de vida. Por último, si el bebé es seropositivo a pesar de todas las medias de prevención, se le tratará con TAJ, que son medicamento contra el VIH empleados a diario.

4.3. Índice de empleabilidad en personas con VIH: restricciones para acceder a determinadas ocupaciones

En este tercer apartado, empezaremos viendo la situación de empleabilidad de las personas con VIH a través del informe redactado por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social (2018)⁶², así como las restricciones para desempeñar ciertos puestos de trabajo.

Los informes realizados por el Ministerio empezaron a elaborarse a principios del 2000, cuyos resultados mostraban que el VIH afecta al acceso, mantenimiento y reinserción social de forma altamente negativa⁶³.

Tras esto, la OIT en sus recomendaciones del 2001⁶⁴ hizo hincapié en dicha situación, ya no solo desde la esfera del propio individuo y su familia, sino además dentro de la sociedad, puesto que el VIH o el SIDA empezaron a ser una gran amenaza para el ámbito laboral.



⁶²Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social (2018). *Situación laboral de las personas con infección por el VIH en España*, consultado el 15 de febrero del 2022 en <https://cutt.ly/iPjtUmj>.

⁶³Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social (2018) op. cit., pág.4, con cita de DRAY-SPIRA R, LERT F, MARIMOUTOU C, BOUHNIAK AD, OBAFIA Y. *Socio-economic conditions, health status and employment among persons living with HIV/AIDS in France in 2001*. AIDS Care. 2003; 15 (6): 739-48; y DRAY-SPIRA R, LERT F, GROUP VSLiving and working with HIV in France in 2003: results from the ANRS-EN12-VESPA Study. AIDS 2007; 21 (Suppl 1): S29-S36.

⁶⁴Ibidem, pág.4, con cita de la Oficina Internacional del Trabajo en su *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre VIH/SIDA y el mundo del trabajo*. Primera edición. Ginebra. OIT Ginebra; 2001.

En cuanto a la situación en España, según los últimos informes del 2015-2016 emanados por el registro de vigilancia epidemiológica⁶⁵, más del 97% de los nuevos casos de VIH afectaban a personas en el rango de edad laboral (16 - 64 años), las cuales gozan además de un largo periodo de vida, todo ello gracias al acceso del tratamiento antirretroviral y su mejora en calidad de vida, si bien es cierto que hasta el momento no se había cuantificado como había afectado la mejora de estas personas dentro de la esfera laboral.

Lo que el informe muestra aquí a través del presente gráfico, es que en 2002 se produjo un aumento de empleo en un 42,2% frente a un 53,9% en 2017. En cuanto a los que se encontraban desempleados, esta cifra disminuyó en un 36,4% en 2000 frente al 20% de 2016⁶⁶. Con estos datos podríamos empezar a “dar por hecho”, que con el pasar de los años, las personas con VIH se estaban integrando cada vez más dentro de la esfera laboral. Sin embargo, dicha muestra no era suficiente, pues no se veía el porcentaje real de ello.

Este informe analizado tiene cuatro objetivos, siendo uno de ellos de carácter general, el cual está dirigido a tratar de conocer y entender la situación laboral de las personas con VIH en tiempo actualizado.

En cuanto a los objetivos específicos estos son:

- Ver las características socio demográficas de las personas en España.
- Ver la situación laboral de las personas con VIH, es decir, aquellos que trabajan, los que no tienen empleo y aquellos que se encuentran en incapacidad laboral.
- Ver si esta situación afecta por igual a hombres y mujeres.

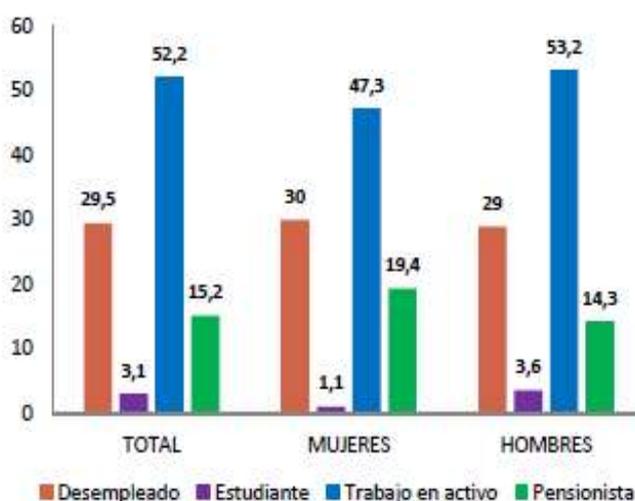
⁶⁵Ibidem, pág.4, con cita del Sistema de Información sobre Nuevos Diagnósticos de Promoción de la Salud y Epidemiología / Centro Nacional de Epidemiología-ISCIII/VIH y Registro Nacional de Casos de Sida. *Plan Nacional sobre el Sida*. Madrid; Nov 2018.

⁶⁶Ídem, op. cit., pág.5, con cita Ibidem, *Encuesta Hospitalaria de pacientes con infección por el VIH. Resultados 2017. Análisis de la evolución 2002-2017*.

Una vez practicada la encuesta, de las 542 encuestas válidas, existían ciertas diferencias a considerar dentro del ámbito laboral, el caso que nos incumbe, y que veremos a continuación junto con los gráficos que aporta el informe.

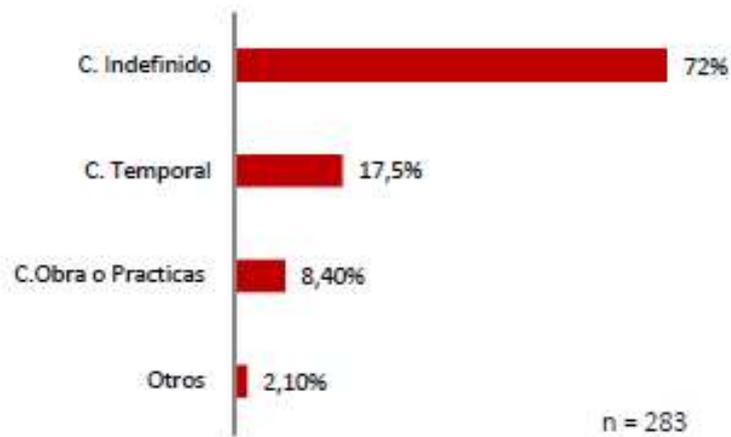
- *Situación laboral general:* En cuanto a la situación laboral en la que se encontraba la muestra encuestada, el 47% de las mujeres y el 53,2% de los hombres en el momento de la encuesta trabajan. Sin embargo, respecto a las personas que se encontraban en situación de IP como consecuencia de la enfermedad, el 14,3% en el caso de los hombres y el 19,4% en el de las mujeres, estaban cobrando este tipo de pensión. Sin embargo, en cuanto al desempleo, no observaron que hubiera diferencias notorias entre ambos sexos.

Figura 7. Distribución porcentual según la situación laboral



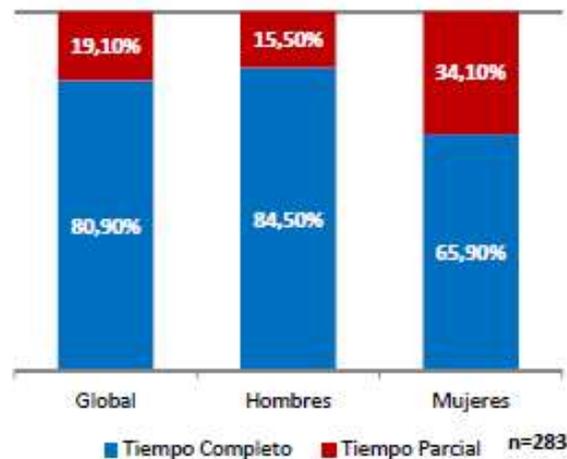
- *Tipo de contrato:* El informe registró que, de las personas encuestadas, el 72% del total estaban trabajando con un contrato indefinido o bien eran funcionarios/as. En cuanto a la contratación temporal, el 17,5% se encontraba en dicha situación, mientras que el 8,4% tenía contrato de obra o prácticas y un 2,1% otro tipo de contrato.

Figura 8. Distribución según tipo de contrato



- *Tipo de jornada:* En cuanto a la situación de la jornada, el 80% de la muestra trabajaba a tiempo completo, mientras que el 34,1% de las mujeres frente al 15,5% de los hombres se encontraban con jornada a tiempo parcial.

Figura 9. Distribución según tipo de jornada por sexo



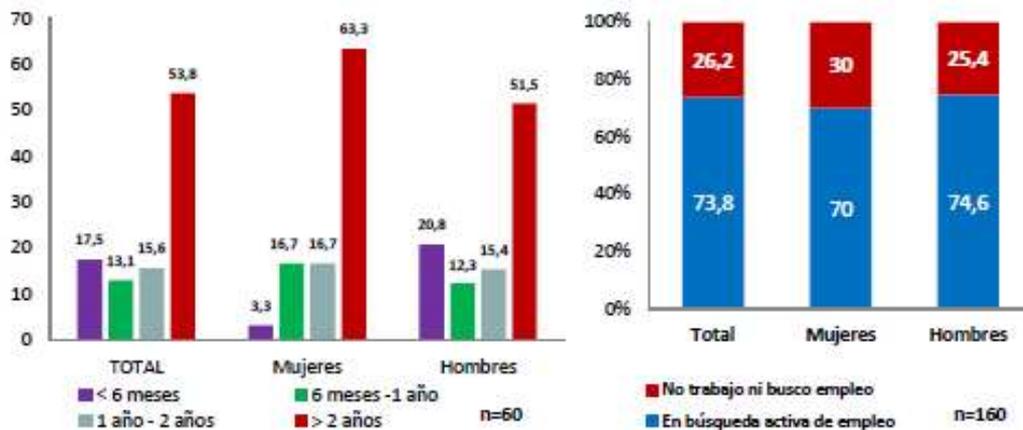
- *Tipo de incapacidad:* De entre el porcentaje de las personas que recibían una pensión por IP, el 58% tenía concedida una IP absoluta para cualquier clase de empleo, mientras que el 41,2% mantenían una IP total para su trabajo habitual.

Figura 10. Distribución según tipo de incapacidad permanente por sexo



- *Tiempo del desempleo*: De los encuestados que se encontraban desempleados, el 53,8% llevaban más de 2 años en desempleo, existiendo diferencias notorias por razón de sexo, pues el 63,3% de las mujeres llevaban más de 2 años sin trabajo frente al 51,5% de los hombres.

Figura 11. Distribución según duración y tipo de desempleo



Por otro lado, de entre todos los encuestados en situación de desempleo, el 30% de mujeres y el 25,4% de hombres, no buscaba trabajo.

Una vez visto cómo afecta tener VIH dentro del ámbito laboral a través de los indicativos anteriores, es interesante ver si existe la posibilidad de que ciertos puestos de trabajo no sean accesibles para personas con VIH debido precisamente a la enfermedad, todo ello consecuencia de la estigmatización todavía existente en la sociedad.⁶⁷

Así pues, la primera ocupación que puede provocar una controversia son las sanitarias. En este caso, existe un informe de la OIT que mostró que la transmisión del virus dentro del ámbito sanitario suele ser extremadamente infrecuente⁶⁸, ya que existen prácticas cuidadosas en cuanto al control de las infecciones, las cuales se encuentran bajo el concepto de “precauciones estándar”.

Centrándonos en cómo afecta esta situación dentro del territorio nacional, existen dos documentos del MSCBS mediante los cuales se aborda la posible transmisión iatrogénica del VIH.

El primero de estos documentos es el conocido como “*Recomendaciones Relativas a los Profesionales Sanitarios Portadores del VIH y Otros Virus Transmisibles por sangre, VHB y VHC.*”⁶⁹ Este documento reconoce que la transmisión de VIH por vía sanguínea es muy poco frecuente. Señala, a su vez, que dentro del ámbito sanitario los únicos trabajadores que podrían sufrir un mayor riesgo eran aquellos PIPES⁷⁰ que pudieran sufrir de un accidente de trabajo, incluyendo los casos realizados dentro de cavidades abiertas, heridas etc., donde las manos, aun con guantes, no se encuentran visibles, pues se hayan continuamente manejando instrumentos cortantes o tejidos cortantes. De esta forma, la prohibición de llevar a cabo esta ocupación (teniendo en cuenta además los informes médicos) podría ser legal, a través de lo que establece el art.22.1 LPRL.

⁶⁷Trabajando en Positivo ORG, *¿Existen ocupaciones de cuyo ejercicio debe excluirse a las personas con virus de la inmunodeficiencia humana (VIH)?*, consultado por última vez el 25 de febrero del 2022 en <https://cutt.ly/jP1oNvh>.

⁶⁸Trabajando en Positivo ORG, op.cit, pág.9, con cita de los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades: *Updating HIV treatment and viral suppression messages*, Atlanta: CDC, 2017.

⁶⁹Ibidem., op.cit. pág.9, con cita del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social (1998), *Recomendaciones relativas a los profesionales sanitarios portadores del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y otros virus trasmisibles por sangre, virus de la hepatitis B (VHB) y virus de la hepatitis C (VHC)*.

⁷⁰PIPES: Protocolo de vigilancia sanitaria específica para los/as trabajadores/as expuestos a agentes biológicos.

En cuanto al segundo documento es denominado como *“Protocolo de vigilancia sanitaria específica para los/as trabajadores/as expuestos a agentes biológicos.”*⁷¹ Este informe recopila y valora los factores de la carga viral, el recuento de los CD4 de la persona de la que se trata, así como de la profesión que desempeña y su capacidad para aplicar las normas de prevención.

Por un lado, en este protocolo se esclarece, por vía de la Declaración *“Consideraciones médico-legales, deontológicas y éticas sobre el ejercicio de la odontología en España y la infección por VIH”*⁷², que el VIH no justifica de primeras, ni por sí mismo, la modificación o limitación del profesional sanitario, sin incluir el caso de los PIPES, ya que estos se exponen a una mayor peligrosidad como bien se ha mencionado anteriormente.

Otro documento que podemos encontrar mencionado en este proyecto es *“Quaderns de la Bona Praxi: Com actuar quan un metgeés portador del VIH o del virus de l’hepatitis B o C”*⁷³.

Por tanto, con estos dos documentos expuestos, queda establecido que, excepcionando a los PIPES, el resto de personas que trabajan en el ámbito sanitario, con tomar las medidas de prevención estándares es suficiente, debido a la baja probabilidad de la transmisión del VIH a terceros.

Continuando con la siguiente de estas ocupaciones, esta son los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. Esta situación es bastante llamativa, pues como bien dice el presente informe, hasta el 2018 existían tres tipos de cuadros médicos de exclusión vinculada a los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado, en los que se mencionaban que quedaban excluidas las personas que tuvieran, tanto enfermedades inmunológicas sistemáticas, como aquellas que tuviesen una infección de transmisión sexual, por lo que está claro que una de esas exclusiones era tener VIH. De hecho, estos cuadros venían amparados bajo

⁷¹Ídem, op.cit. pág.10.

⁷²Ídem, op.cit. págs.10-11.

⁷³Ibidem, pág.11.

la Orden del 9 de 1996⁷⁴, así como de la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre⁷⁵, pues en ellas se contenía la prohibición de acceder a este tipo de ocupación a aquellos que supusieran un peligro o rechazo social dentro del Cuerpo, así como por la incompatibilidad existente debido a su contagiosidad.

Por otro lado, el SUP (Sindicato Unificado de Policía) en marzo del 2017, justificó su negativa a que la persona con VIH fuese policía ya que, para ser policía, hay que realizar acciones requeridas de contacto físico con terceros, amparándose así bajo el antiguo art.11 el RD 1556/96, de 21 de septiembre⁷⁶ que determinaba las limitaciones para la intervención en esta profesión.

Con todos estos prejuicios y estigmatizaciones que derivan a que una persona pueda desempeñar el cargo de policía o el de militar entre otros, finalmente el MSCBS recomendó revistar estos cuatro cuadros, adoptándolos a la situación científica del día a día, teniendo en cuenta en todo momento el estado clínico del aspirante a dichas profesiones. Gracias a esto, el Gobierno aprobó en el Consejo de Ministros del 30 de noviembre del 2018, las instrucciones para actualizar las pruebas de selección para estas profesiones y eliminando las causas médicas que excluían el acceso a dicho puesto como el VIH o la diabetes entre otros⁷⁷.

La siguiente de este tipo de ocupaciones la siguiente que pasamos a comentar, es la manipulación de alimentos. En este caso, debido a la creencia errónea de que el VIH sea contagioso, parte de la sociedad asocia dicha creencia a que una persona que trabaje en este sector y con dicha enfermedad contagie la comida con la que trabaje.

⁷⁴ Orden de 9 abril 1996 por la que se aprueban las bases y circunstancias aplicables a los procesos selectivos para ingreso en los centros docentes militares de formación para acceso a la Escala Básica de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, «BOE» núm. 92, de 16 de abril de 1996 págs. 13795-13800 (Derogada).

⁷⁵ Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación, «BOE» núm. 220, de 13 de septiembre de 2007, págs. 37461-37467 (Derogada).

⁷⁶ Real Decreto 1556/1995, de 21 de septiembre, de desarrollo y aplicación de la Ley 26/1994, de 29 de septiembre, por la que se regula la situación de segunda actividad en el Cuerpo Nacional de Policía, «BOE» núm. 244, de 12 de octubre de 1995 págs. 29940-29945.

⁷⁷ Orden PCI/154/2019, de 19 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de noviembre de 2018, por el que se aprueban instrucciones para actualizar las convocatorias de pruebas selectivas de personal funcionario, estatutario y laboral, civil y militar, en orden a eliminar ciertas causas médicas de exclusión en el acceso al empleo público «BOE» núm. 44, de 20/02/2019.

Esta creencia resulta errónea a su vez, pues el VIH no es una enfermedad transmisible a través de los alimentos⁷⁸, por lo que no impide desempeñar las ocupaciones relacionadas con la manipulación de los mismos, como el caso de la hostelería⁷⁹. Esta afirmación viene reforzada con la confirmación de los CDC, recogiendo que, aunque algún elemento contuviera alguna cantidad por parte de la persona trabajadora con VIH, la misma sería destruida por la exposición al aire, la cocción del alimento, así como de los propios jugos gástricos de quien hubiera ingerido dicho alimento. De hecho, el informe establece que la única forma posible de transmitirlo (lo cual es muy poco probable) sería a través de ingerir productos ya masticados por la persona con VIH, siendo esto en los casos de alimentación a los bebés⁸⁰.

La siguiente labor que crea controversia es la atención al cliente. En este caso, entre las prácticas existentes que suponen un riesgo de transmisión, no se encuentran en este tipo de profesión los besos, la tos o los estornudos. Sin embargo, los datos actuales que nos trae el Informe *Evolución de las creencias y actitudes de la población española hacia las personas con el VIH (2008-2021*⁸¹), el 45,8% de las personas encuestadas se sentirían incómodas si la persona trabajadora en una tienda tuviese VIH

En cuanto a los servicios de seguridad privada, esta ocupación se encontraba amparada bajo el RD 2487/1998, de 20 de noviembre⁸², Real Decreto que limitaba el ejercicio de esta profesión para aquellos que tuvieran la enfermedad del VIH, independientemente de su estado clínico y sin justificación alguna que ampare dicha exclusión.

⁷⁸Trabajando en Positivo ORG, op.cit, pág.14, con cita del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. *La infección por VIH y el SIDA*.

⁷⁹Ídem, op.cit, pág.14.

⁸⁰Ibidem, op.cit, pág.15.

⁸¹*Evolución de las creencias y actitudes de la población española hacia las personas con el VIH, 2008-2021*(1 de marzo del 2022), consultado el 20 de marzo del 2022 en <https://cutt.ly/ZSbh8PU>.

⁸²Real Decreto 2487/1998, de 20 de noviembre, por el que se regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y para prestar servicios de seguridad privada, «BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 1998, págs. 39719 – 39739.

Ejemplo de ello podemos encontrarlo en la Sentencia 1908/2017⁸³ del 26 de abril, sentencia que viene analizada entre otros, por el Grupo de Investigación DECADE-UAH⁸⁴, el cual se utilizará como referencia.

Así pues, este informe comenta cómo en dicha sentencia la Audiencia Nacional desestimó el recurso procedente que fue interpuesto por una persona con VIH frente a la Resolución del Director General de la Policía por la que se dictó que esa persona con VIH dejase de poder realizar su empleo que era el de vigilante de seguridad.

La persona con VIH alegó la falta de motivación existente para proceder a su inhabilitación, ya que en el RD 2487/1998 no se hacía referencia a que tener una enfermedad conlleve automáticamente a la inhabilitación del trabajador en cuestión. Añadió el demandante a su vez que el tener dicha enfermedad tampoco le impedía llevar a cabo su desempeño satisfactoriamente. De esta forma, el demandante alegó que dicha resolución lesionaba su derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de salud.

Ante dichas alegaciones, el Abogado del Estado defendió que en dicha resolución se le reconocía al trabajador como “no apto” en el último reconocimiento médico que se le había practicado, pues de este observaron que la condición que tenía este trabajador (el VIH) no admitía su renovación, de forma que se prosiguió a su inhabilitación según recogía la Ley y el Reglamento de Seguridad privada.

Con todo ello, la AN desestimó el recurso, pues a su entender, no existía discriminación alguna sobre el trabajador. Esta sentencia supone una clara discriminación hacia este colectivo de personas, pues puede observarse claramente la vulneración del principio de igualdad y de no discriminación (art.14 CE.). Es por ello que, en junio del 2018, el Grupo Parlamentario de Ciudadanos presentó una Proposición de Ley ante la Comisión de Sanidad en la que pedía la toma de una serie de medidas de igualdad de trato respecto a las personas con VIH dentro de dicho ámbito laboral, así como la solicitud de la modificación del Real Decreto existente.

⁸³España. Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Sentencia núm.1908/2017, del 26 de abril.

⁸⁴ Grupo de Investigación DECADE-UAH (2021). *Informe consultas VIH 2021*, consultado el 22 de marzo del 2022 en <https://cutt.ly/7SYXIB4>.

La penúltima de las ocupaciones que se encuentra en este tipo de situación es la de los taxistas: En esta ocupación, ciudades como Madrid, Sevilla, Valencia o Zaragoza prohibían mediante Ordenanzas Municipales dicha ocupación profesional para aquellos que tuviese una enfermedad infectocontagiosa.

Es menester hacer mención a que, en el caso de la Comunidad de Madrid, dicha ordenanza venía amparada bajo el Decreto 74/2005, del 28 de junio⁸⁵. Esta prohibición estuvo vigente hasta que, en 2018, el Pleno del Ayuntamiento aprobó una proposición que instó a los Gobiernos Locales y autonómicos donde existía la discriminación, para que modificasen dichas irregularidades y pudieran así, las personas con VIH, ejercer dicho puesto de trabajo. A pesar de este intento por conseguir esa igualdad que se requiere, dicha proposición no prosperó.

Para finalizar, el último de estos casos en controversia son las personas que tatúan. El presente informe nos comenta que en EEUU no se ha llegado a conocer hasta la fecha, casos respecto a la posible transmisión del VIH, a través de la realización de tatuajes o perforaciones. De hecho, estos mismos afirmaron que existen muy pocas posibilidades de contraer la enfermedad a través de esta vía, si bien es cierto que en los casos en que no se llevaran prácticas higiénicas a la hora de la realización, cabe una mayor posibilidad de transmitirlo.

En términos nacionales, se trata de una acción que no viene regulada genéricamente hablando, ya que la Ley General de Sanidad es obligación de las Corporaciones Locales quienes tienen que asumir el control de los centros donde se realice este tipo de acciones.

A pesar de lo anterior, sí que existe normativa de carácter autonómica en algunas comunidades autónomas como Galicia⁸⁶, Madrid⁸⁷ y Andalucía⁸⁸ donde las normativas

⁸⁵Decreto 74/2005, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo. «BOCM» núm. 184, de 4 de agosto de 2005.

⁸⁶Decreto 13/2004, de 15 de enero, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones sanitarias mínimas aplicables a las prácticas de tatuajes, micro pigmentaciones y piercing, «DOG», 26 de enero de 2004, núm. 16, pág.1131.

⁸⁷Decreto 35/2005, de 10 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan las prácticas de tatuaje, micro pigmentación, perforación cutánea (“piercing”) u otras similares de adorno corporal, «BOCM», 8 de abril del 2005, núm.83, del 8 de abril del 2005 págs. 5-10.

⁸⁸Decreto 285/2005, de 11 de octubre, de requisitos técnicos y normas higiénico-sanitarias aplicables a los establecimientos en los que se realicen prácticas de tatuaje, micro pigmentación y perforación corporal

existentes no hacen referencia al VIH. De hecho, los primeros requisitos que debían cumplir las personas tatuadoras hacían referencia a una mera cuestión de salud, teniendo estas personas que estar vacunadas tanto de la hepatitis B y del tétanos.

Sin embargo, a partir de la normativa andaluza, salieron una serie de requisitos adicionales que al final se han convertido en medidas que han acabado teniendo un carácter estándar para las personas que tatúan. Estos requisitos son:

De hecho, para los tatuadores las únicas medidas que deben de llevar a cabo son los estándares, las cuales son:

- Que mantenga unas buenas condiciones de higiene en todo momento.
- Esterilizar, desinfectar o desechar el instrumento sospechoso de posible contaminación.
- Proteger la zona de la piel afectada existente.
- Aplicar la barrera de protección para evitar las salpicaduras de sangre⁸⁹.

Así pues y con todo lo que hemos expuesto a lo largo del presente apartado de este Trabajo de Fin de Máster, podemos observar como en el 99% de los casos de las profesiones más controvertidas a las que pueden acceder las personas con VIH, no existen realmente razones fundadas para impedir su acceso a estas personas, (excepción justificada que se da en los casos de los PIPES), de modo que los obstáculos interpuestos se deben principalmente a la estigmatización que sigue manteniendo la sociedad a día de hoy de que el VIH es contagiable casi de cualquier modo.

(«piercing») u otras técnicas similares. «BOPV», del 10 de noviembre del 2005, núm.214, págs.19682-19697.

⁸⁹Decreto 71/2017, de 13 de junio, por el que se regulan las condiciones higiénico-sanitarias y técnicas de las actividades relativas a la aplicación de técnicas de tatuaje, micro pigmentación y perforación cutánea piercing «BOJA» núm. 116, del 13 de junio.

4.4. Vulneración del artículo 18 CE: Pruebas, privacidad y confidencialidad

El art.18.1 CE expone que “*se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”. Pero ¿cómo se aplica el presente precepto constitucional en este trabajo?

El porqué de la vulneración de este artículo viene de la mano de la realización de ciertas acciones de carácter negativo llevadas a cabo tanto por personas como por las propias empresas donde trabajan personas con VIH.

Así pues, en este subapartado abordaremos cuestiones como la obligatoriedad o no de comunicar al centro de trabajo la existencia del VIH en ciertos trabajadores, si es obligatorio a su vez la realización por parte de los trabajadores del reconocimiento médico, y cómo se produce la vulneración de la privacidad y confidencialidad de los trabajadores en este caso (art.18.4 CE).

Entrando ya en materia, es menester empezar con la afirmación de que un trabajador no tiene la obligación de hacer constar que tiene la enfermedad dentro de su ámbito laboral, gracias al derecho de intimidad, derecho fundamental que como hemos visto al empezar, viene regulado dentro del art.18 CE. Pero ¿de dónde viene dicha afirmación?

El diccionario panhispánico del español jurídico comprende que el derecho a la intimidad hace referencia al derecho que tiene toda persona por el mero hecho de serlo de disfrutar de su propia esfera, reservada al desarrollo de su vida personal y familiar de una forma libre y plena sin que puedan ser menoscabadas por intromisiones de terceros. Además, este derecho viene reforzado con la LO 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen; el art.7 del CDFUE, así como el art.8 del CEDH.

Así pues, el art.18 CE ofrece las siguientes protecciones:

- La garantía del derecho al honor, intimidad personal, familiar y a la propia imagen.
- Inviolabilidad del domicilio. Esta garantía hace referencia a que nadie puede entrar o irrumpir en la vivienda de un tercero, a excepción de que exista una resolución judicial que lo permita, así como en el caso de tratarse de un flagrante delito.
- La garantía del secreto de las comunicaciones postales, telemáticas y telefónicas, salvo que exista resolución judicial para ello.
- Por último, también se garantiza el uso limitado de la informática, de tal manera que suponga una garantía tanto para el honor como de la intimidad personal y familiar de toda persona en función del ejercicio de sus derechos.

Para ver lo anteriormente mencionado desde una perspectiva más práctica, es interesante sacar a coalición la STC 196/2004, del 15 de noviembre⁹⁰.

En este supuesto, una trabajadora había sido despedida de su puesto de trabajo como agente administrativa, por obtener un “no apto” en el reconocimiento médico que se le había realizado previamente. Ante dicha situación, la recurrente fue a consultar al facultativo que practicó dicho reconocimiento la razón de su no apto, a lo que se le respondió que la verdadera razón del despido era que se había detectado un % superior de cannabis en orina del que estaba recogió en el Protocolo de la empresa (Iberia).

Una cuestión importante a señalar es que en ningún momento la empresa le comunicó a la trabajadora que en los análisis se examinaría el posible consumo de estupefacientes, además del hecho de que estos resultados son de exclusivo conocimiento del facultativo los cuales deben comentarle a la empresa únicamente con el “apto” o “no apto”.

En esta sentencia, el TC comenta los 3 puntos más importantes a tener en cuenta del derecho a la intimidad, siendo el primero de ellos la necesidad de que la persona trabajadora en cuestión debe ser expresamente informada de todos los procesos que se vayan a tener en cuenta, como señala el propio Tribunal en el FJ7 de su sentencia 37/1987, del 15 de febrero⁹¹.

⁹⁰ España. Tribunal Constitucional (de la Sala Primera). Sentencia núm. 196/2004, del 15 de noviembre.

⁹¹ España. Tribunal Constitucional (Sala del Pleno). Sentencia núm. 37/1987, del 15 de febrero.

El segundo punto consiste en la necesidad de un acto expreso de información cuando se vaya a realizar un reconocimiento, aunque no entre dentro de la esfera del derecho a la intimidad puesto que puede provocarse una marginación de carácter social sobre dicha persona.

El tercer y último punto destaca la necesidad de informar cuando sean pruebas ajenas a la finalidad de la norma referida a la salud en relación con los riesgos inherentes del trabajador. De esta forma se impone que sea comunicada la información acerca de aquellas situaciones que no sea previsibles en base a la garantía del derecho a la intimidad personal.

Así pues, el TC en este caso estimó que efectivamente no se le había comunicado a la recurrente que en los análisis médicos incluiría la realización de la prueba de estupefacientes, pues Iberia tenía la obligación de decirle expresamente a la trabajadora sobre dicha prueba en concreto.

La razón que da el Tribunal Constitucional se debe a que, si bien era cierto que no suponía en sí una vulneración del derecho a la intimidad corporal, si tenía como objeto datos sensibles quedando comprometidos los mismos debido a su naturaleza. Así, el TC expuso que Iberia debería de haberle ofrecido esa información previa para que la expresión de libertad de la trabajadora no se viese mermada.

A continuación, es menester explicar y ver qué papel tiene el reconocimiento médico entorno al derecho a la intimidad. Así pues, el reconocimiento médico dentro de la esfera laboral, nos encontramos ante un tipo de examen de salud realizado a los trabajadores de una empresa, el cual consiste en la obtención de información mediante preguntas y pruebas médicas orientadas a la detección de problemas de salud relacionados con los riesgos del puesto de trabajo.

La propia Ley donde viene reconocida esta práctica, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, establece en su artículo 22 que, el empresario está obligado a ofrecer a los trabajadores la posibilidad de realizarse el reconocimiento, pero ¿también es obligación del trabajador?

El mismo precepto normativo, establece en el segundo párrafo de su primer apartado que, *“Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. De este carácter voluntario sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad”*. Para entender la figura del reconocimiento médico utilizaremos la vía jurisprudencial a través de la misma sentencia anteriormente comentada (STC 196/2004, de 15 de noviembre).

Por consiguiente y con todo lo expuesto acerca del supuesto concreto que hemos mencionado en los párrafos anteriores para ver el derecho a la intimidad, el Tribunal se encontró con dos problemas de que debía de resolver, siendo uno de ellos la vulneración del derecho a la intimidad (explicado anteriormente). El otro problema existente hacía referencia a la naturaleza del reconocimiento médico, ya que solo existiría vulneración del derecho a la intimidad en el caso de que la actuación de la empresa no fuese acorde a la Ley o al consentimiento otorgado de la trabajadora.

Antes de continuar con este problema que el TC debía de resolver, considero necesario pararnos a ver en qué consiste el consentimiento informado⁹².

Así pues, el consentimiento informado fue catalogado por la jurisprudencia emanada por el TS en su sentencia núm. 3/2001 del 12 de enero⁹³, como *“un derecho humano fundamental (...). Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la auto disposición sobre el propio cuerpo”*. Y entiende que es *“consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia”*.

⁹² Sancho Ignacio (2004): *Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado*, págs.4-6 consultado por última vez el 8 de marzo del 2022 en <https://cutt.ly/mDzmRyx>.

⁹³ España. Tribunal Supremo (de la Sala Primera de lo Civil). Sentencia núm. 3/2001, del 12 de enero.

En sí, este derecho versa sobre la autonomía de la persona en cuestión a la hora de decir por sí misma en cuanto a su vida e integridad física, las cuales se ven afectadas por una enfermedad en tanto al sometimiento de un tratamiento o cirugía. Así pues, se trata de un derecho a decidir de forma inmediata antes de la actuación médica o incluso en aras al futuro, siempre y cuando en el momento de decidir conste la persona de plena capacidad.

Es menester tener en cuenta cómo sigue manifestando la misma jurisprudencia del TS que, para que se dé un consentimiento válido y eficaz, es necesario que el paciente sea informado de todas las actuaciones que tuvieran que hacer falta. Este dato lo fundamenta el TS cuando expone que “... en la misma Constitución española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10.1, pero, sobre todo, en la libertad, de que se ocupa el art. 1.1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias en el art.9.2 y en el 10.1, así como en los Pactos internacionales”.

El TS continuó fundamentando este derecho basado en la libertad, como uno de los valores que se encuentran por encima del ordenamiento jurídico como recoge el art.1.1 CE, así como en la dignidad de la persona (art.10.1 CE), son fundamentos del orden político y social. Por ende, el presente tribunal consideró que del art.1.1 CE se podía deducir que el reconocimiento de la autonomía del individuo para elegir entre diferentes opciones vitales que aparezcan frente a sus intereses y preferencias, todo ello bajo lo expuesto en la STC 132/1989, del 18 de junio⁹⁴.

A pesar de lo anterior, el consentimiento informado no quedó del todo claro al no quedar constado que en qué derechos fundamentales se apoyaba. El TS pasado el tiempo declaró en su sentencia del 12 de enero del 2001, que se trataba de “una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia”.

Frente a este comentario, el TS se apoyó en lo recogido por el art.3 de la Carta Europea de Derechos Humanos que, si bien es cierto reconocía el derecho a la integridad física y psíquica de todas las personas, es cierto que no reconoce directamente este el derecho del

⁹⁴ España. Tribunal Constitucional (de la Sala del Pleno). Sentencia núm. 132/1989, del 18 de junio.

consentimiento informado, prescribiéndose la obligación de respetarlo de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley.

Por otro lado, el TC en su sentencia núm.137/1990, del 19 de julio declaró la imposición a una persona de una *“asistencia médica en contra de su voluntad (...) constituiría una limitación vulneradora del derecho fundamental -a la integridad física y moral (art. 15 CE)-, a no ser que tenga justificación constitucional”*.

Por ende, el TC estimaba que este precepto legal podría extenderse a supuestos en los que la asistencia médica se hubiese practicado sin recabar el previo consentimiento informado del paciente, o con un consentimiento viciado por la falta o defecto de la información otorgada.

Por último, en cuanto a la regulación genérica de este derecho, el art.8 de la Ley 41/2002⁹⁵ establece que *“toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias”*. A pesar de esta afirmación, hay que tener en cuenta que, el mismo precepto legal manifiesta que el consentimiento informado puede llegar a ser revocable en cualquier momento, siempre y cuando no tuviera lugar una vez iniciada una cirugía o tratamiento que cuya interrupción ponga en peligro la vida e integridad física del paciente en cuestión.

Continuando de nuevo ya con el reconocimiento médico, hemos visto anteriormente que su fin era el de realizar a los trabajadores unas pruebas con el fin de obtener a través de una serie de preguntas medicas la existencia o de problemas de salud relacionados con los riesgos que puede suponer el puesto de trabajo en concreto para cada trabajador. Con ello, conocemos ya que esta figura viene reconocida por el art.22.1 LPRL, mas es menester deshacer lo que dice dicho precepto legal para poder entender todo lo que implica el mismo.

⁹⁵ 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» núm. 274, del 15 de noviembre del 2002, págs. 40126 - 40132.

Empezando por las personas que dicho precepto obliga a cumplir se encuentran los empresarios, pues estos deben aportar medidas de protección y prevención a sus trabajadores. Sin embargo, estos últimos no tienen la obligación de hacerlo.

Cabe señalar que, aunque de manera genérica el trabajador no se encuentre obligado a practicarse el reconocimiento médico, el mismo precepto legal expone una serie de causas de excepción a esta no obligatoriedad. De esta forma, los trabajadores se ven obligados a participar en el reconocimiento médico siempre y cuando la finalidad de la empresa fuera la de proteger los derechos del propio trabajador, así como el de los terceros de forma justificada.

Así pues, con todo lo expuesto por el TC podemos entender haciendo uso de la misma sentencia que hemos empleado para el derecho a la intimidad (196/2004, de 15 de noviembre de 2004).

Como bien se vio anteriormente, en este supuesto, la trabajadora que era una administrativa que trabajaba para la aerolínea de Iberia fue despedida como consecuencia de haber dado un porcentaje superior al que el Protocolo de la empresa estimaba. De hecho, la empresa en ningún momento le comunicó a la trabajadora que en los análisis médicos se examinaría el posible consumo de estupefaciente, teniendo en cuenta a su vez, que estos resultados debían de ser de exclusivo conocimiento de los servicios médicos y siendo notificado el Departamento de Personal de la empresa únicamente a través de un “apto” o no “apto”.

En este caso, Iberia defendía que la trabajadora se hizo entrega a los servicios médicos de la empresa de forma voluntaria y sin coacción alguna para someterse a la prueba de la orina, y que además, hubo conocimiento en todo momento de cuáles eran las prácticas médicas habituales de Iberia y el fin de estas. Esta empresa continuaba señalando que, las pruebas médicas llevadas a cabo, no sólo se encontraban en el art.46 de su Convenio Colectivo, sino que además, encajaba dentro del art.22.1 LPRL, entendiéndose que se trataba de una empresa que prestaba un servicio público, por lo que hacía de esta práctica que fuera extremadamente peligrosa si el trabajador no se encontrase en perfectas condiciones psicofísicas, por lo que era coherente que el consumo de estupefacientes determinase la "no aptitud del trabajador" para la prestación de servicios, y más teniendo en cuenta que el propio Estatuto de los trabajadores establecía como causa de despido procedente la toxicomanía habitual (art.54.2.f) ET).

Ante dichas alegaciones, el TC dejó claro que no había amparo legal alguno que legitimase las pruebas médicas llevadas a cabo por Iberia para que la empresa conociera si los trabajadores consumían o no determinadas sustancias, y menos cuando la trabajadora desempeñaba el puesto de auxiliar administrativo, cuya función era la de facturar los billetes y el equipaje, por lo que entiende el Tribunal que, en este tipo de empleo no peligran los derechos constitucionales de terceros, lo que sí tendría lugar si por ejemplo, el trabajador que hubiese consumido estupefacientes fuera un piloto, pues pondría en peligro el derecho a la vida de los pasajeros que cogiesen ese avión (art.15 CE).

Otra cuestión interesante que debemos tener en cuenta antes de comentar qué dice el Tribunal en sus Fundamentos jurídicos, es la postura del Fiscal quien, en su escrito de alegaciones con registro del 3 de marzo del 2003, denegó el amparo solicitado por la trabajadora. Así pues y en primer lugar, sostuvo que la deficiente información a la que la trabajadora hacía referencia no parecía sostenerse, ya que la práctica de la analítica en cuestión constituía una de las exploraciones clínicas practicadas en el ámbito de los reconocimientos médicos de empresa previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y adoptados en Iberia mediante la creación de un específico servicio de prevención, concertado en el Convenio Colectivo vigente a la fecha de los hechos, y en el que a su vez se preveía el establecimiento de protocolos para la realización de tales pruebas.

En cuanto a la situación de la trabajadora, el Fiscal comenta que, en aplicación de la LPRL, el Convenio Colectivo de Iberia describe en su artículo 215 las funciones del denominado "servicio de prevención", entre las cuales se halla no sólo la realización de reconocimientos médicos periódicos según lo establecido en la Ley de prevención de riesgos laborales, sino también el establecimiento de protocolos para la realización de exploraciones clínicas específicas de los riesgos a que esté expuesto el trabajador. De esta forma, el Fiscal estima que la trabajadora no se encontraba ante una falta de conocimiento del contenido de las pruebas, ya que a búsqueda de cannabis constituye una actuación reglada en dicho protocolo, así como su realización, la cual se aplica para todos los trabajadores, cumpliendo de esta forma no solo el Convenio colectivo, sino también la LPRL.

A pesar de todo lo anteriormente comentado y viendo cual era la postura del Fiscal, este realiza otro comentario bastante interesante, planteado como una hipótesis. Así pues, plantea que podría tener lugar una vulneración del derecho a la intimidad de la trabajadora a través de la actuación empresarial al decidir despedirla.

Así pues, continúa detallando su hipótesis, en la que el derecho a la intimidad podría verse lesionado si la finalidad perseguida con la obtención de las muestras en el reconocimiento médico fuera realizada en verdad para un fin distinto y sin justificación, por lo que se pregunta el Fiscal cuál es la verdadera finalidad que presentan los reconocimientos médicos de las empresas y qué medidas pueden adoptar estas a la hora de los resultados de las pruebas médicas. Continúa diciendo que el empresario está obligado como bien indica el art. 22.1 LPRL a adoptar las medidas adecuadas al restablecimiento de la salud del trabajador, por lo que, si el consumo de drogas no fuera solo para la protección del propio trabajador, sino también para el resto de los trabajadores y terceros, en principio debería de entenderse como una actuación legítima. Sin embargo, hace hincapié en el hecho de que, aunque una medida sea legítima no quiere decir que esta se encuentre ajustada a la Ley, por lo que la medida llevada a cabo no solo debería de ser legítima y conforme a la Ley, sino que además su finalidad debe ser la de prevenir riesgos frente a terceros buscando además un modo para que el trabajador afectado pueda continuar prestando servicios a favor de la empresa.

Es importante comentar que el art.22.1 LRPL nada dice sobre la no posible contratación de un trabajador por razón de salud que deriven de la realización de un reconocimiento médico, además del hecho de que, la “medida preventiva” que había aplicado Iberia, no constaba que apareciese en la Ley, de tal forma que debía existir una justificación que determinara la detección de esa trabajadora en particular. Hay que señalar además, que Iberia no acreditaba que existiera un riesgo efectivo del sujeto, o por razones objetivas del puesto de trabajo, así como el hecho de que, en un convenio colectivo no se puede introducir en la regulación reconocimientos médicos que no vengán regulados por la Ley, pues en este caso, la LPRL conforma derecho necesario mínimo indispensable y los Convenios Colectivos solo pueden mejorar y desarrollar.

El TC terminó estimando que a la trabajadora no le informaron de que le realizarían una prueba de estupefacientes, teniendo Iberia la obligación de decirle a esa trabajadora expresamente la prueba en concreto que se le iba a realizar, aunque es cierto que la prueba en sí no suponía una vulneración del derecho a la intimidad corporal, pero sí que tenía como objeto datos sensibles, ya que el hecho de haber consumido alguna vez drogas, pese a que en nuestro ordenamiento jurídico es impune, los datos quedaban comprometidos, ya que por su naturaleza obligaban a una información previa y expresa para asegurar la libre decisión.

Con todo ello el TC continuó señalando que Iberia no solo incumplió con la obligación comentada en el párrafo anterior, sino que además dicha “medida de prevención” carecía de alguna justificación por razón del riesgo inherente al trabajo (art.22.1 LRPL), así como de la necesidad de practicar esa analítica en el concreto puesto de trabajo de la trabajadora.

En consecuencia, el TC consideró que se invadió la esfera privada de la trabajadora sin contar con habilitación legal para ello y sin conocimiento de la titular de derecho, actuando Iberia así sin autorización, suponiendo esto una vulneración del art.18.1 CE.

En conclusión, lo que quiere decir el TC en esta sentencia es:

- Que el art.22.1 LPRL obliga a los empresarios a aportar medidas de protección y prevención a los trabajadores, los cuales no tienen obligación de realizarlo.
- Que a pesar de lo anterior, la Ley establece una serie de casos en los que estas medidas, como el reconocimiento médico puede ser de carácter obligatorio para los trabajadores, siempre y cuando dicha finalidad sea para proteger los derechos del propio trabajador, así como de los de terceros, siempre y cuando la empresa informe expresamente al trabajador en cuestión de la situación y de todas las prácticas que se le van a realizar, así como su fin, ya que una falta de información o de consentimiento por parte del trabajador supondría una vulneración de su derecho a la intimidad.

4.5. El VIH como posible causa de despido

El presente y último precepto del Capítulo III de este ensayo, tiene como objetivo plasmar y facilitar la comprensión de todo el contenido aquí recogido y expuesto. Para llevar este objetivo a cabo, me he decantado por exponer dos de las muchas consultas que han entrado en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá de Henares, donde podremos ver todo lo expuesto a lo largo de este trabajo bajo la misma metodología deductiva que hemos empleado en este ensayo.

En la primera de las consultas, nos encontramos con una persona con VIH que fue despedida por la empresa mediante despido improcedente por condición de salud, siendo expuesta dicha información a su vez al resto de los trabajadores de la empresa. Por otro lado, la segunda de las consultas versaba sobre una persona con VIH que trabajaba en un centro de salud médico, en calidad de administrativo. Esta persona se preguntaba qué escenarios podrían tener lugar si se enterasen de su enfermedad en su centro de trabajo.

Para empezar, en la primera de las consultas nos fijamos en cuál era el tipo de despido adecuado, pues se despidió por vía de despido improcedente por motivos de salud, pero podría ser calificado a su vez como despido nulo, ya que puede atentar contra el derecho a la salud (art.43 CE)

Lo primero que se llevó a cabo fue distinguir entre un despido improcedente y uno nulo, pues a pesar de que guardan ciertas similitudes entre sí, las consecuencias pueden ser totalmente distintas.

Una vez acotado el cerco donde podría encajar esta consulta, lo siguiente que hicimos fue resolver la incógnita de si la enfermedad de una persona podía ser considerada o no como una causa de despido. Para ello, empleamos la sentencia por excelencia que resuelve dicha cuestión (STC 24/2008, del 26 de mayo).

La solución que dio el TC fue que en aquellos despidos en los que la persona con VIH hubiese sido despedida únicamente por la condición de tener dicha enfermedad, debe recibir la calificación de nulo al tratarse de una justificación vejatoria y discriminatoria hacia dicho colectivo de personas, vulnerando así tanto los artículos 10.1 y 14 CE, correspondientes a la dignidad de la persona y al derecho de igualdad y el principio de no discriminación.

Así pues, a través de este estudio pudimos clarificar que no se trataba de un despido improcedente, sino de un despido nulo, ya que la única razón por la que se despidió a esta persona fue meramente por el hecho de ser una persona con VIH.

En cuanto a la segunda consulta, nos encontramos frente a una situación donde la persona con VIH trabajaba en un centro de salud médico con el cargo de administrativo en ventanilla. Esta persona nos preguntaba qué hechos podrían tener lugar si en la empresa se enterasen de que tenía VIH, ya que en dicho centro de trabajo era obligatorio realizarse la prueba del VIH.

En este caso, lo primero que abordamos fue si la práctica del reconocimiento médico era obligatoria para todos los trabajadores, así como si la prueba del VIH podía o no incluirse dentro de dicho reconocimiento médico laboral.

Así, acudimos al art.22.1 LPRL donde se nos dice que en términos generales, la prueba del reconocimiento médico es obligatorio para los empresarios, quienes deben de dar la oportunidad a sus trabajadores para que estos decidan o no el practicárselo. Sin embargo, como ya pudimos ver anteriormente, este precepto legal establece a su vez una lista de causas por las que la práctica del reconocimiento médico estaría amparada legalmente, siempre y cuando su fin fuese el de evitar la vulneración que se podría producir tanto para la persona con VIH como para el resto de trabajadores y terceras personas que podrían tener lugar dependiendo de la actividad laboral que la persona con VIH desempeñara.

Teniendo en cuenta así tanto lo establecido por el precepto legal como de la doctrina emanada por el TC (la ya comentada STC 196/2004, del 15 de noviembre), planteamos que en el supuesto de la persona que había acudido a la Clínica Legal, la práctica del reconocimiento médico en su caso no podía ser obligatorio, ya que dicha acción no se encontraba amparada en la lista de excepciones que recoge el art.22.1 LPRL.

La razón de dicha negativa se debe a que por el cargo que desempeñaba esta persona, existían nulas probabilidades de que transmitiese el VIH, dado que se trata de enfermedad transmisible principalmente por vía sexual, y no infecciosa como sigue pensando mucha gente, produciría la vulneración del derecho a la intimidad de su persona.

Antes de pasar a ver las situaciones que podrían llegar a darse, es interesante ver el derecho al anonimato de la persona que tiene VIH, donde podemos encontrarnos con derechos como el de la dignidad de las personas, así como del derecho a la intimidad de la misma. Esto tiene que ver con la manera en que la empresa se entera de que x trabajador tiene VIH.

Así pues, en la primera de las consultas nos enfrentamos a la forma en que se enteró el empresario y su manera de comunicarlo, ya que la forma en que se entere, puede suponer dos circunstancias distintas ya que a efectos legales, no es lo mismo si el empresario se hubiera enterado por otra persona externa o por vía de algún reconocimiento médico.

Con ello, son dos formas de conocimiento distintas las que pueden tener lugar. En cuanto a la primera, esta se llevaría a cabo mediante el boca a boca, por lo que solo se produciría la vulneración del art.18.1 CE. Esto mismo sucedería en el caso en que trabajador y empresario se llevaran bien y el primero se lo hubiese dicho al empresario como consecuencia de la confianza depositada en el empresario.

En cambio, si la manera en la que se enteró fue por vía de la práctica del reconocimiento médico, esto implicaría no sólo la vulneración del derecho a la intimidad del trabajador, sino que además por otro lado, tanto empresario como el facultativo que realizó el reconocimiento médico habrían ido en contra del deber de guardar secreto (art.10 LOPD) como bien hemos visto en el epígrafe anterior, donde los responsables del fichero y aquellos que traten con los datos personales, están obligados al secreto profesional.

Para finalizar, los posibles escenarios que planteamos a la persona que desempeñaba el puesto de administrativo en el centro de salud, escenarios que pueden tener lugar cuando queda expuesta la enfermedad dentro de la esfera laboral. Así los siguientes caminos y a modo de resumen, los caso a los que podría tener que enfrentarse son:

- *Que se enteren y no pase nada:* Podríamos pensar que, en este primer caso, es el más favorable que podríamos encontrarnos. A pesar de que se diese este supuesto, habría que tener en cuenta la circunstancia de la obligatoriedad o no de la prueba del VIH, prueba que se encontraría dentro del reconocimiento médico en este caso como hemos podido observar.

- Así pues, como hemos visto anteriormente, el art.22.1 LPRL reconoce la obligatoriedad que tiene el empresario de ofrecer la práctica del reconocimiento médico a sus trabajadores, así como el hecho de que la práctica del mismo es meramente opcional para los trabajadores, siendo únicamente obligatorio para aquellos trabajadores que, en función del cargo que desempeñen, pueden afectar los derechos de terceros, así como los del resto de trabajadores e incluso los propios derechos del trabajador. Por ende, en el caso en que la obligatoriedad de la práctica del reconocimiento médico no esté justificada ni tipificada como supuesto recogido por el art.22.1 LPRL, esta práctica no estaría amparada en la legalidad, lo que supondría una vulneración del derecho a la intimidad del trabajador (art.18.1 CE) y por ello, usted podría plantear las medidas pertinentes frente a la empresa.

- *Que se enteren y propongan tomar una serie de medidas:* Este supuesto sería básicamente igual al anterior, ya que el planteamiento de dichas medidas supondría también una vulneración del derecho a la intimidad, así como del principio de no discriminación, pues como hemos comentado al principio, el VIH es una enfermedad transmisible principalmente por vía sexual y no contagiable como suele pensar gran parte de la sociedad todavía, de tal forma, y teniendo en cuenta el empleo que tiene, no debería de imponerse más medidas preventivas que las básicas que debe emplear todo los trabajadores.

- *Que pierda el trabajo mediante despido por causas objetivas:* En este último supuesto, podríamos encontrar dos situaciones diferentes, pero antes de comentarlas, me gustaría explicar un poco la figura del despido objetivo, ya que, en ocasiones, los empresarios despiden a sus trabajadores mediante un despido objetivo cuando el mismo puede ser procedente, improcedente o nulo.

Así, el despido objetivo es aquel que viene como consecuencia de que tengan lugar alguna de las causas objetivas que establece el artículo 52 E.T, siendo estas: por

razones técnicas, de producción, económicas, organizativas o de fuerza mayor por parte de la empresa.

Es importante señalar aquí que, el VIH, no es una de las causas objetivas por las que se puede proceder al despido objetivo del trabajador, pues tanto a efectos legales como médicos, el VIH por regla general no supone una discapacidad, incapacidad o disminución de la capacidad para trabajar, así como tampoco la justificación de modificación, o cese involuntario de su puesto de trabajo, sino que poseen las mismas capacidades laborales que cualquier otra persona que no tenga VIH. Así pues, un despido como consecuencia de tener esta enfermedad no sólo no entra dentro de las limitaciones del derecho al trabajo ni forma parte de las causas objetivas del artículo 52 E.T., sino que, además, implica la vulneración del principio de igualdad y no discriminación (artículo 14 CE), del derecho de la dignidad de la persona (artículo 10 CE), así como del derecho y del deber de trabajar (artículo 35 CE).

Tras esta breve explicación, las dos situaciones que podrían derivarse de este último apartado serían:

- *Despido “objetivo” por no haber avisado de que tenía VIH:* En este supuesto pueden tener lugar dos finales distintos:

El primero se daría cuando el trabajador fuera un sanitario que desempeñase un cargo que pudiera suponer la vulneración de los derechos tanto de él, como del resto de trabajadores y terceras personas, como sería en el caso del cirujano. En este caso, si el cirujano se negase rotundamente a practicarse las pruebas, este despido sería procedente en virtud del artículo 103 y ss de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ya que el reconocimiento médico aquí si estaría amparado en la legalidad del art.22.1 LPRL.

Sin embargo, el segundo caso que podría producirse y que, además sería el supuesto en el que usted se encontraría, al no haber posibilidad alguna según su puesto de trabajo, de vulnerar los derechos tanto de usted como del resto de trabajadores y terceras personas, este despido sería nulo, por producir la vulneración del derecho a la intimidad al no estar amparada esa medida en la legalidad del anterior precepto.

Este tipo de despido que viene recogido dentro del artículo 113 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece que “*Si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir*”. Ejemplo de este supuesto podemos verlo claramente en el Auto de 28 de septiembre de 2021, Auto que comenta la situación de despido catalogado como disciplinario por parte de la empresa frente a una trabajadora. La cuestión radica en que la trabajadora se tuvo que dar de baja por incapacidad temporal, como consecuencia de un aborto espontáneo, dándose de alta nuevamente dos semanas después del aborto. Dos días después de la reincorporación, la trabajadora recibió una carta de despido de la empresa en la que este venía como consecuencia de causas objetivas, ya que la empresa había sufrido una disminución muy importante de clientes y que la decisión extintiva no ocasionaba vulneración de sus derechos fundamentales y libertades públicas por no tener relación con la situación de embarazo, permiso o excedencia prevista en el artículo 53.4b) del ET. El TS argumenta en este caso que la empresa era conocedora del embarazo de la trabajadora y que el despido venía como consecuencia de ello, ya que el contrato de esta había sido ampliado hasta dos veces en los meses previos al despido de la trabajadora como consecuencia del aumento de trabajo en el sector, por lo que se termina calificando el despido como nulo por vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de embarazo.

- *No estar capacitado para el desempeño del trabajo*: El último escenario que podría tener lugar, es aquel en el que el despido “objetivo” estuviera basado en el factor de que los trabajadores con determinada enfermedad no estuviesen capacitados para llevar a cabo el trabajo desempeñado debido a su condición de salud.

Ante esa supuesta justificación por parte de la empresa para proceder al despido, debemos tener en cuenta que el VIH no es una de las causas objetivas por las que se puede proceder al despido objetivo del trabajador, pues tanto a efectos legales como médicos, el VIH por regla general no supone una discapacidad, incapacidad o disminución de la capacidad para trabajar, así como tampoco la justificación de modificación, o cese involuntario de su puesto de trabajo, sino que poseen las mismas capacidades laborales que cualquier otra persona que no tenga VIH.

Dicha afirmación quedaría reforzada como hemos podido ver en el Segundo Capítulo de este ensayo con la sentencia del TC 62/2008, de 26 de mayo, donde la enfermedad de la persona en cuestión llevaría a la calificación del despido como objetivo al no estar capacitado para el cargo para el que se le contrató y por “haber ido en contra de la buena fe” de la empresa, ya que de haber sabido de esa enfermedad, no se le habría contratado para dicho puesto, de tal forma que en este caso la empresa queda perjudicada por bajo rendimiento.

En cambio, si la persona fue despedida únicamente por razón de salud (art.43.1 CE), se estaría vulnerando el derecho amparado por el art.14 CE, ya que se estaría provocando la vulneración el principio de igualdad y de no discriminación por tener VIH.

5. CONCLUSIONES

Desarrollado y tras haber sido ahondado el objeto del análisis del presente ensayo, las conclusiones finales a las que he podido llegar son las siguientes.

Primera. La regulación española sobre el despido nos muestra cuáles son sus tipos, así como sus calificaciones. Desde esta generalidad y atendiendo a que el objeto principal de este trabajo es ver si el VIH puede o no ser causa de despido, este primer capítulo nos muestra que el VIH puede ser objeto tanto de un despido objetivo, como de uno improcedente y nulo, con resultados diferentes en función de cada tipo.

Segunda. Teniendo ya el marco general donde podemos encontrar el VIH dentro del ámbito laboral y gracias a lo que expone el Tribunal Constitucional en su sentencia 62/2008 del 26 de mayo, hemos podido observar que una enfermedad puede ser causa de despido, donde para clarificar el tipo debemos preguntarnos en todos los supuestos si el despido viene como consecuencia de no poder desarrollar más la tarea por la que fue contratado el trabajador, siendo causa objetiva y por ende un despido objetivo. Sin embargo, si la anterior respuesta no existe dicha causa objetiva y el despido se basa únicamente en la enfermedad del trabajador, podemos encontrarnos ante un despido improcedente o nulo, dándose este último en los casos en que dicho despido vulnere el artículo 14 de la Constitución Española (principio de igualdad y de no discriminación por razón de salud en el presente caso).

Tercera. Tras conocer tanto el marco general del despido, como de los supuestos en los que una enfermedad puede ser considerada o no como causa objetiva de despido y aplicando toda esta información obtenida a la enfermedad del VIH, podemos ver cómo efectivamente esta enfermedad puede en ocasiones ser considerada como causa de despido, siempre y cuando exista un riesgo objetivo tanto para la esfera de los derechos de la persona con VIH, como para la de los trabajadores que se encuentren en el mismo centro laboral, así como de la de terceras personas.

Cuarta. Para finalizar, tras todo este análisis, esta última conclusión consta de un carácter más social, pues a pesar de que hoy en día el VIH está muy controlado, el colectivo de personas que tienen esta enfermedad sigue sufriendo una discriminación por el sesgo equivocado que la misma sigue arrastrando, ya que a pesar de que en su día se demostró que se trataba de una enfermedad de transmisión (principalmente por vía sexual), a día de hoy continua socialmente calificada como una enfermedad contagiosa. De esta forma y como hemos podido ver, la mala interpretación que tiene la sociedad acerca de esta enfermedad afecta no sólo a la esfera personal de la persona con VIH, sino también a la esfera laboral de la misma, donde como hemos podido comprobar, existieron y existen ocupaciones a las que este colectivo de personas no puede acceder por la mera razón de tener la enfermedad del VIH.

6. BIBLIOGRAFÍA

- CRUZ VILLALON JESÚS, Compendio de Derecho del Trabajo, Editorial Tecnos 14ª ed.
- MARTÍN VALVERDE ANTONIO Y GARCÍA MURCIA JOAQUÍN, Derecho del trabajo, Editorial Tecnos 29ª ed.
- MERCADER UGUINA JESÚS R, Lecciones de Derecho del Trabajo 14ª Edición.

7. ANEXOS

7.1. Anexo de jurisprudencia

7.1.1. *Jurisprudencia internacional*

- Sala 3ª del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-395/15, de 1 de diciembre de 2016. ECLI:EU:C:2016:917
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala). Sentencia del 11 de julio de 2006, Caso Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 11 de abril de 2013, Caso HK Danmark, asuntos C-335/11 y C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Auto del 15 de octubre del 2019, asuntos acumulados C-439/18 y 472/18.

7.1.2. *Jurisprudencia nacional*

- Tribunal Constitucional
 - España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm.23/1984, del 20 de febrero.
 - España. Tribunal Constitucional (Sala del Pleno). Sentencia núm. 37/1987, del 15 de febrero.
 - España. Tribunal Constitucional (de la Sala del Pleno). Sentencia núm. 132/1989, del 18 de junio.
 - España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm.46/1999, del 22 de marzo.
 - España. Tribunal Constitucional (de la Sala Primera). Sentencia núm. 196/2004, del 15 de noviembre.
 - España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 182/2005, del 4 de julio.
 - España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm.233/2007, de 5 de noviembre.

- España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 62/2008, de 26 de mayo.
- España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 11/2013, del 28 de enero.
- España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm.108/2019, de 30 de septiembre.

- Tribunal Supremo

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sala Cuarta). Sentencia núm. 2788/1991, del 15 de marzo de 1993.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sala Cuarta). Sentencia núm.4500/1999, del 17 de mayo.
- España. Tribunal Supremo (de la Sala Primera de lo Civil). Sentencia núm. 3/2001, del 12 de enero.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 502/2001, del 29 de enero.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sala 4ª). Sentencia núm.4591/2010, del 19 de julio.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sala Cuarta). Sentencia núm. 1636/2012, del 16 de septiembre de 2013.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sala Cuarta). Sentencia núm. 64/2015, del 23 de septiembre.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 5793/2016, del 22 de diciembre.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1). Sentencia núm.790/2019, de 19 de noviembre.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sala Cuarta). Sentencia núm.852/2019, 10 de diciembre.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm.2783/2020, del 1 de julio.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 991). Sentencia núm. 3976/2020, del 18 de noviembre.

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sala Cuarta). Sentencia núm. 23/2021, del 13 de enero.
 - España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sala Cuarta). Sentencia núm. 24/2021, del 13 de enero.
 - España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sala Cuarta). Sentencia núm.210/2021, del 16 de febrero.
 - España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm.1466/2021, del 14 de abril.
 - España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm.4195/2021, de 20 de julio.
 - España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Auto núm.12414/21, del 28 de septiembre.
- España. Audiencia Nacional
- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Sentencia núm.1908/2017, del 26 de abril.

7.1.3. *Jurisprudencia autonómica*

- España. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, rollo 2333/2007 del 9 de noviembre.
- España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 6ª). Sentencia núm.134/2012, de 22 febrero.
- España. Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha (Sala de lo Social). Sentencia núm. 1461/2018 del 9 de noviembre.
- España. Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 739/2021, del 8 de agosto.

7.2. Anexo de legislación

7.2.1. *Derecho Internacional*

- Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982. «BOE» núm. 155, de 29 de junio de 1985, págs. 20352-20354.

7.2.2. *Derecho de la Unión Europea*

- Directiva 98/59/CE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, del 20 de julio de 1998. «DOCE» núm. 225, de 12 de agosto de 1998, págs.16-21.
- Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, del 27 de noviembre de 2000. «DOCE» núm. 303, de 2 de diciembre de 2000, págs.16-22.
- Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, del 5 de julio de 2006. «DOUE» núm. 204, de 26 de julio de 2006, págs.23-36.

7.2.3. *Derecho Español*

- Constitución Española «BOE» núm. 311, del 29 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical «BOE» núm. 189, del 08 agosto de 1985.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales «BOE» núm. 294, de 06 de diciembre de 2018.

- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales «BOE» núm. 269, de 10/11/1995.
- 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» núm. 274, del 15 de noviembre del 2002, págs. 40126 - 40132.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social «BOE» núm. 245, de 11/10/2011.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889.
- Real Decreto 1556/1995, de 21 de septiembre, de desarrollo y aplicación de la Ley 26/1994, de 29 de septiembre, por la que se regula la situación de segunda actividad en el Cuerpo Nacional de Policía, «BOE» núm. 244, de 12 de octubre de 1995 págs. 29940-29945.
- Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo «BOE» núm. 58, de 09/03/1977.
- Real Decreto 2487/1998, de 20 de noviembre, por el que se regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y para prestar servicios de seguridad privada, «BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 1998, págs. 39719-39739.
- 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 «BOE» núm. 189, de 08/08/2000.
- Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. «BOE» núm. 261, de 30/10/2012.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. «BOE» núm. 255, de 24/10/2015.
- Decreto 505/1985, de 6 de marzo, por el que se regula la composición y funcionamiento del FOGASA «BOE» núm. 92, de 17/04/1985.
- Decreto 13/2004, de 15 de enero, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones sanitarias mínimas aplicables a las prácticas de

tatuajes, micro pigmentaciones y piercing, «DOG», 26 de enero de 2004, núm. 16, pág.1131.

- Decreto 35/2005, de 10 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan las prácticas de tatuaje, micro pigmentación, perforación cutánea (“piercing”) u otras similares de adorno corporal, «BOCM», 8 de abril del 2005, núm.83, del 8 de abril del 2005 págs. 5-10.
- Decreto 74/2005, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo. «BOCM» núm. 184, de 4 de agosto de 2005, págs.6-18.
- Decreto 71/2017, de 13 de junio, por el que se regulan las condiciones higiénico-sanitarias y técnicas de las actividades relativas a la aplicación de técnicas de tatuaje, micropigmentación y perforación cutánea piercing «BOJA» núm. 116, del 13 de junio.
- Decreto 285/2005, de 11 de octubre, de requisitos técnicos y normas higiénico-sanitarias aplicables a los establecimientos en los que se realicen prácticas de tatuaje, micro pigmentación y perforación corporal («piercing») u otras técnicas similares. «BOPV», del 10 de noviembre del 2005, núm.214, págs.19682-19697.
- Orden de 9 abril 1996 por la que se aprueban las bases y circunstancias aplicables a los procesos selectivos para ingreso en los centros docentes militares de formación para acceso a la Escala Básica de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, «BOE» núm. 92, de 16 de abril de 1996 págs. 13795-13800 (Derogada).
- Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación, «BOE» núm. 220, de 13 de septiembre de 2007, págs. 37461-37467 (Derogada).
- Orden PCI/154/2019, de 19 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de noviembre de 2018, por el que se aprueban instrucciones para actualizar las convocatorias de pruebas selectivas de personal funcionario, estatutario y laboral, civil y militar, en orden a eliminar ciertas causas médicas de exclusión en el acceso al empleo público «BOE» núm. 44, de 20/02/2019.

7.3. Otros

- Tribunal de Cuentas (ejercicio 2013). *Informe n°1.070 de fiscalización sobre la gestión y control de las prestaciones abonadas por el fondo de garantía salarial*, consultado el 24 de diciembre del 2021 en <https://cutt.ly/GUfsCtQ>.
- BOZA R. (2016). Orígenes VIH/SIDA, en el *Portal de Revistas Académicas de la Universidad de Costa Rica*, VOL. 6 NÚM. 4, consultado el 30 de enero de 2022 en <https://cutt.ly/ROg0qIF>.
- Ministerio de Trabajo y Economía Salarial (2022). *Fondo de Garantía Salarial*, consultada el 9 de febrero de 2022 en <https://cutt.ly/cOMsjuh>.
- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, “Prevención VIH SIDA”, consultado por última vez el 27 de febrero del 2022, en <https://cutt.ly/pP7PLk6>.
- Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social (2018). *Situación laboral de las personas con infección por el VIH en España*, consultado el 15 de febrero del 2022 en <https://cutt.ly/iPjtUmj>.
- Trabajando en Positivo ORG, *¿Existen ocupaciones de cuyo ejercicio debe excluirse a las personas con virus de la inmunodeficiencia humana (VIH)?*, consultado por última vez el 25 de febrero del 2022 en <https://cutt.ly/jP1oNvh>.
- CDC: Prevención del VIH, “*La profilaxis preexposición y la profilaxis posexposición*”, consultado por última vez el 27 de febrero del 2022 en <https://cutt.ly/uP5kd0b>.
- HIV info. “*Medicamentos contra el IVH durante el embarazo y el parto*” en *El VIH y el SIDA*, consultado por última vez el 27 de febrero del 2022 en <https://cutt.ly/8P5xVjh>.
- Sancho Ignacio (2004): *Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado*, págs.4-6 consultado por última vez el 8 de marzo del 2022 en <https://cutt.ly/mDzmRyx>.
- Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/sida (2020-2021). *Estadísticas mundiales sobre el VIH*, consultado por última vez el 20 de marzo del 2022 en <https://cutt.ly/nAOZsIW>.

- Evolución de las creencias y actitudes de la población española hacia las personas con el VIH, 2008-2021(1 de marzo del 2022), consultado el 20 de marzo del 2022 en <https://cutt.ly/ZSbh8PU> .
- Grupo de Investigación DECADE-UAH (2021). *Informe consultas VIH 2021*, consultado el 22 de marzo del 2022 en <https://cutt.ly/7SYXIB4>.