



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

ARTÍCULO

Trasplantes de órganos y su incidencia sobre la relación laboral. Especial referencia a la situación de Incapacidad Permanente de las personas trasplantadas

Organ transplantation and its impact on employment. Special reference to the situation of permanent disability of transplanted people

ALEJANDRA SELMA PENALVA *

OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho se creó en 2004 a iniciativa del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: www.bioeticayderecho.ub.edu/master. En 2016 la revista Perspectivas Bioéticas del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se ha incorporado a la Revista de Bioética y Derecho.

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

* Alejandra Selma Penalva. Profesora Titular, Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Murcia. E-mail: aselma@um.es.

Resumen

Muy pocas veces se han analizado desde un punto de vista jurídico los efectos que el trasplante de órganos puede desplegar en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. En el presente trabajo se exponen las principales medidas de contenido socio-laboral actualmente vigentes destinadas a ofrecer una protección especial a este tipo de pacientes, a través de las que se trata de evitar que esta situación desencadene el abandono prematuro e involuntario de la vida activa.

Palabras clave: incapacidad; trasplantes; recuperación; protección; trabajo.

Abstract

The effects of organ transplantation have been rarely addressed from a legal perspective in the Labor and Social Security Law. This paper analyzes the current, main social and labor regulations, designed to provide special protection to transplanted patients, which prevent the premature and involuntary abandonment of working life.

Keywords: disability; transplantation; recovery; protection work.

1. Introducción

Ciertas patologías del ser humano no responden a tratamientos médicos y requieren un trasplante de órganos. El objetivo de esta técnica médica es restablecer la salud perdida sustituyendo el órgano dañado por otro procedente de un donante y permitir así el normal funcionamiento de las funciones básicas del cuerpo humano.

En gran parte de los casos, los trasplantes exitosos permiten al paciente recuperar su vida normal, y por tanto, reincorporarse a su puesto de trabajo. Pese a todo, no se puede negar que antes de alcanzar su pleno restablecimiento, este tipo de enfermo habrá seguido un proceso de recuperación lento, durante el cual, muchas veces se habrá visto obligado a suspender su actividad productiva por motivo de su enfermedad.

Aunque en numerosas ocasiones el tema de los trasplantes de órganos supera los contornos estrictamente médico-sanitarios y pasa a tener incidencia práctica en la esfera jurídica, en muy pocas ocasiones se ha emprendido su estudio desde un punto de vista propio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Y es que en la práctica, cuando el mundo del derecho se ha ocupado de tratar el tema de los trasplantes de órganos, lo ha hecho bien desde el punto de vista ético-jurídico¹, bien con el fin de determinar la validez del consentimiento prestado tanto por parte del paciente como del donante (Derecho civil), planteándose también el valor que, en casos extremos, pueden tener para el Derecho penal ciertas conductas abusivas².

Son diversas las medidas laborales destinadas a permitir que el sujeto pueda compatibilizar el mantenimiento de su relación laboral con la superación de un tratamiento médico largo y complejo. Entre otras medidas, por su trascendencia práctica deben destacarse las situaciones de Incapacidad Temporal (IT), Incapacidad Permanente Parcial (IPP) e Incapacidad Permanente Total (IPT) para la profesión habitual.

¹ Véase, entre otros muchos, CASADO GÓMEZ, M., "Aspectos éticos-jurídicos de la regulación sobre trasplantes", en AAVV *"Trasplantes de órganos y células: dimensiones éticas regulatorias"* (Coord. Rodés Teixidor), SEDYT, Madrid, 2006, págs. 451 y ss; y PIGA RIVERO, A., "Comentarios deontológicos y médico legales el RD 1723/2012 sobre trasplante de órganos", *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº. 202, 2013, págs.179 y ss.

² Por ejemplo, MANTOVANI, F., "Trasplantes de órganos", *Revista electrónica de ciencia penal y criminológica*, nº. 1, 2009, versión electrónica, o MARTÍNEZ RUIZ, J., "La problemática jurídico-penal del consentimiento en los trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual", *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al prof. Dr. D. Ferrando Mantovani* (coord. Benítez Ortúzar, Morrillas Cueva, Peris Riera), Dykinson, Madrid, 2005, pág. 409 y ss.

A continuación se analiza la protección que los pacientes receptores de un órgano donado que desempeñen una actividad productiva pueden recibir actualmente por parte de la legislación laboral. Por el contrario, por lo que respecta a la tutela jurídico-laboral que pueden recibir los donantes de órganos, debe señalarse que ésta suele quedar limitada (salvo complicaciones sobrevenidas), como máximo, a la posibilidad de disfrutar de una baja por IT, puesto que el periodo de recuperación es en la práctica, muy inferior al que precisa el receptor del órgano³.

La IT presume un estado transitorio del sujeto en el que, mientras sigue el tratamiento médico establecido para recuperar su salud, se encontrará impedido para realizar las tareas básicas de su puesto de trabajo. Así pues, a la espera de que se produzca la recuperación, el ordenamiento jurídico articula un sistema para lograr la suspensión de la actividad profesional del sujeto y el consiguiente acceso a las prestaciones que la Seguridad Social contempla ante esta contingencia.

Como su propio nombre indica, esta medida tiene una duración limitada en el tiempo (periodo de tiempo en el que la recuperación se estima como posible o probable) que como máximo puede alcanzar los 18 meses (128.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en adelante, TRLGSS), transcurridos los cuales sin que la recuperación se haya producido, deberá valorarse si procede reconocer al sujeto la situación de Incapacidad Permanente en alguno de sus grados.

Debe advertirse que, si se agota la citada duración máxima de la IT sin que la esperada recuperación se haya producido (incluso aunque todavía existan posibilidades de mejora, aunque se consideren inciertas o a largo plazo) también procederá declarar al sujeto en una situación de Incapacidad Permanente⁴, pues no puede prolongarse indefinidamente la situación de IT, ni siquiera en los procesos médicos que, por su carecer extraordinario, requieran trámites de recuperación lentos y complejos.

³ Influye en este resultado que el estado de la técnica en España limite este tipo de situaciones (trasplante proveniente de donante vivo) a las intervenciones menos agresivas y que no comprometan la supervivencia del donante, como donación de médula, donación de gametos, donación de sangre, etc., y más excepcionalmente, donación hepática y donación de riñón.

⁴ Se puede definir como aquella situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No impedirá tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo (193.1 TRLGSS).

Son cuatro los grados de Incapacidad Permanente reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico (art. 194.2 del nuevo TRLGSS)⁵. Todos ellos se aplican, siguiendo los mismos criterios, tanto a los trabajadores que realizan su actividad por cuenta ajena, como a los que desarrollan una actividad profesional como trabajadores por cuenta propia en alta. Por tanto, la situación de Incapacidad Permanente podrá reconocerse independientemente de que el sujeto se encuentre en alta en el Régimen General de la Seguridad Social como en cualquiera de los regímenes especiales hasta ahora existentes (entre ellos, el más numeroso en afiliación es por supuesto el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos)⁶.

A estos efectos conviene insistir en una regla básica para entender el funcionamiento de la prestación por Incapacidad Permanente: no es el hecho objetivo de la disminución de capacidad laboral o productiva la que determinará el acceso del trabajador a esta situación, sino que a estos efectos resulta imprescindible un reconocimiento administrativo de la situación de Incapacidad Permanente, valorando el grado concreto que procede reconocer, y ésta sólo se declarará después de valorar no la pérdida funcional considerada en abstracto, sino valorada en relación con las

⁵ En defecto del oportuno desarrollo reglamentario, debe considerarse todavía en vigor la definición de los grados de incapacidad permanente que ya utilizaba la Ley de Seguridad Social su redacción original de 1974, cuya aplicación prolonga expresamente la Disposición Transitoria vigésimo sexta del actual TRLGSS. A estos efectos:

“Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine.

Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”.

⁶ Cada uno de estos grados en que se clasifica la incapacidad permanente dará derecho, en su caso, a la correspondiente prestación económica por incapacidad permanente. La calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la *capacidad de trabajo* que reglamentariamente se establezca. Por eso, a efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la *profesión que ejercía el interesado* o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente.

mermas en la capacidad laboral que ésta provoca⁷, para lo cual debe atenderse a las concretas funciones laborales que el trabajador venía desarrollando durante el ejercicio de la que hasta ese momento podía considerarse como su profesión habitual⁸.

De esta forma, dependiendo de cuál sea la profesión desempeñada y la entidad y trascendencia de las lesiones sufridas, procederá reconocer un grado u otro de Incapacidad Permanente, sin que al efecto quepa establecer una regla general, pues dependiendo de la profesión realizada una misma lesión puede incapacitar al sujeto para seguir desarrollando las funciones básicas de su puesto de trabajo, repercutir tan sólo de forma mínima sobre el desempeño de tales funciones, o incluso, no incidir de ninguna manera sobre el desarrollo de la prestación de servicios⁹.

2. Incidencia sobre la relación laboral

Teniendo en cuenta el perfil medio de las personas trasplantadas en España, se aprecia que prácticamente la totalidad de los receptores, en el momento de producirse el trasplante, tienen una edad comprendida entre los 16 y los 65 años¹⁰, esto es, se llevan a cabo sobre personas que pueden encuadrarse dentro de la franja de edad, considerada, a efectos laborales, como correspondiente a la “vida activa” del sujeto¹¹. Es precisamente la elevada posibilidad de éxito y

⁷ Al respecto, véase ALBERT EMBUENA, A., “Los grados de incapacidad permanente. Problemas de su determinación y precisión”, *Revista de información laboral*, nº.5, 2013, págs. 23 y ss.

⁸ Y es que a efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente. En concreto, el art. 200.1 TRLGSS dispone que “Corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos que reglamentariamente se establezcan y en todas las fases del procedimiento, declarar la situación de invalidez permanente, a los efectos de reconocimiento de las prestaciones económicas a que se refiere la presente Sección”.

⁹ Al respecto, cfr. POQUET CATALÁ, R., “La actual doctrina en la conceptualización de la profesión habitual a efectos de la incapacidad permanente”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 3, 2015, págs. 55 y ss.

¹⁰ Datos reflejados en la página web de la Organización Nacional de Trasplantes (Datos Históricos), <http://www.ont.es/infesp/Paginas/DatosdeDonacionyTrasplante.aspx>. De hecho, como la Ley 27/2011 ha elevado la edad de jubilación hasta los 67 años, cada vez serán más las personas en edad laboral que pueden llegar a necesitar un trasplante.

¹¹ Aunque debe tenerse en cuenta que, para conocer con exactitud la edad media de los pacientes receptores de órganos trasplantados, sería necesario realizar un análisis particularizado del tipo de trasplante recibido (corazón y pulmón, trasplante hepático, trasplante renal, etc.), pues la edad del paciente varía sustancialmente dependiendo del tipo de patología.

supervivencia de los trasplantes efectuados sobre las personas comprendidas en grupo de edad, la que los convierte en destinatarios principales de órganos provenientes tanto de donante vivo, como de donante cadáver¹².

Cualquier proceso médico que tenga el efecto de interrumpir la vida activa del paciente merece un tratamiento especial por parte del legislador, con el fin de evitar que esta situación genere una reducción drástica de los ingresos del sujeto que sufre esta contingencia. Actualmente, esta protección se consigue a través de diferentes estrategias:

Como se ha expuesto, la primera medida de naturaleza laboral destinada a ofrecer protección económica a las personas que se enfrentan a un proceso de trasplante de órganos es la prestación por Incapacidad Temporal. Gracias a ella, el sujeto en cuestión podrá suspender de forma circunstancial su prestación de servicios sin que con ello pierda sus ingresos mensuales.

Ahora bien, en el momento en el que este tipo de paciente desarrolla una actividad productiva (sea como trabajador por cuenta propia o por cuenta ajena), resulta fácilmente previsible que el proceso médico que ha de superar para alcanzar su plena recuperación, superará sin duda los 545 días (365+180) previstos como duración máxima de la situación de Incapacidad Temporal (art. 169.1.a TRLGSS). Y es que, entre la detección de la enfermedad, determinación del tratamiento adecuado, tiempo de espera del donante y recuperación posterior tras la recepción del nuevo órgano, sin duda transcurrirá un tiempo considerablemente prolongado hasta que pueda reconocerse la plena recuperación del sujeto¹³.

¹² Acerca de las consideraciones éticas que pueden rodear al trasplante de órganos, véase PARRILLA, P., RAMÍREZ, P. y RÍOS, A., *Manual sobre donación y trasplante de órganos*, Arán Ediciones, Murcia, 2008; y REYES-ACEVEDO, R. "Ética y trasplantes de órganos: búsqueda continua de lo que es aceptable", *Revista de investigación clínica*, vol. 57, N^o 2, págs. 177-186.

¹³ Resulta difícil concretar un periodo medio de recuperación de las personas trasplantadas, pues en ello influyen factores muy diversos como el tipo de órgano trasplantado, edad de paciente, patologías previas, causa del trasplante, etc. (sin tener en cuenta el tiempo invertido en la detección de la enfermedad, el periodo de progresión de la enfermedad o patología que ha motivado la necesidad del trasplante, o la puesta en práctica de tratamientos médicos previos al trasplante). Por ejemplo, el periodo medio de recuperación entre el momento en el que se realiza el trasplante y aquél en el que el sujeto en cuestión puede reanudar su vida normal, oscila, por lo que respecta al trasplante hepático y al trasplante de corazón, entre 6 y 12 meses. <https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/003006.htm> y <https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/003003.htm>, y de tres meses, en el caso del trasplante de pulmón: https://es.wikipedia.org/wiki/Trasplante_de_pulm%C3%B3n.

3. Medidas sociolaborales de las que pueden beneficiarse las personas trasplantadas

Debe insistirse en que aunque en la presente exposición se ha hecho referencia a las personas que hayan requerido un trasplante de órganos, en realidad todas las medidas que a continuación se comentan son íntegramente aplicables a cualquier persona que, después de atravesar un grave proceso de merma de su salud, haya conseguido alcanzar su plena recuperación.

3.1. Conservación del empleo de los trabajadores declarados en situación de Incapacidad Permanente con posibilidad de recuperación

Aunque la declaración de Incapacidad Permanente Total, Absoluta o de Gran invalidez es una causa de extinción de la relación laboral (art. 49 del Real Decreto Legislativo 2/2015 por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, en adelante, ET) si, a juicio del órgano de valoración de incapacidades se puede prever una eventual mejoría del paciente, la relación laboral que el sujeto estuviera desempeñando no se extinguirá, sino que se mantendrá en suspenso por un periodo máximo de dos años (art. 48 ET), dejando así abierta la posibilidad de reincorporación del sujeto, una vez recuperado, a su puesto de trabajo.

En este caso, puede decirse que el trabajador en cuestión se encuentra en una particular situación de *excedencia forzosa* y por tanto, con derecho a reserva de su mismo puesto de trabajo (y es que en realidad el art. 48 ET viene a completar el elenco de situaciones de excedencia previsto en el art. 46 del mismo texto normativo).

Si la empresa desea contratar a un sustituto para que supla las ausencias del trabajador, tendrá necesariamente que acudir al *contrato de interinidad*¹⁴, que se extinguirá bien cuando se produzca la reincorporación del trabajador una vez recuperado, bien una vez transcurridos los dos años en los que el legislador reconoce derecho a mantener en suspenso la relación laboral.

¹⁴ Sobre el contrato de interinidad, in extenso, véase, entre otros: MATEU CARRUANA, M^aJ., “El contrato de interinidad”, Ed. Atelier, Barcelona, 2005; MARÍN ALONSO, I., “Contrato de interinidad”, en AAVV “Modalidades de contrato de trabajo: comentarios a legislación” (Coord. Ojeda Avilés), Tecnos, Madrid, 2003, págs. 229 y ss.; BARRIOS BAUDOR, G.L., y GONZÁLEZ FORNOS, M., “El contrato de interinidad. El contrato de relevo”, en AAVV, “Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias” (Coord. Yzquierdo Tolsada, Almudí Cid, y Martínez Lago), vol. 15 (Los contratos de trabajo), Aranzadi, Pamplona, 2014, págs. 577 y ss.

Acogiéndose a este derecho, si se produce la recuperación deseada dentro del periodo de los dos años, después de revisarse el grado de IP que el trabajador tuviera reconocido, éste podrá solicitar su reincorporación en la última empresa en la que hubiera trabajado antes de ser declarado en Incapacidad Temporal. De negarse la empresa a aceptar esta reincorporación sin causa justa, se habrá producido un despido tácito (pues la relación laboral seguía viva), con vulneración de derechos fundamentales (art. 14 CE y 55 ET).

3.2. Revisión del grado de Incapacidad Permanente

Toda declaración de Incapacidad Permanente es revisable por mejoría o agravación del estado del trabajador. De esta forma, es fácil imaginar que tras la superación de un trasplante y la plena reposición de la salud del sujeto trasplantado, éste recupere íntegramente su capacidad laboral, lo que conllevará la declaración de “plena capacidad laboral”, dejando sin efecto la anterior declaración de Incapacidad Permanente que pudiera haber recaído. Así, el paso de una situación de IP Total o de IP Absoluta a una situación de IP Parcial o de plena capacidad laboral, implicará la extinción de la prestación que, por motivo de la Incapacidad Permanente estuviera percibiendo de la Seguridad Social.

3.3. Preferencia en la contratación de los trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente total o absoluta una vez recuperados

Debe tenerse presente que, incluso después de extinguida la relación laboral, si se produce la recuperación deseada, este trabajador tendrá un derecho preferente absoluto para ocupar la primera vacante de igual o similar categoría profesional, en la última empresa en la que hubiera trabajado antes de ser declarado en situación de Incapacidad Permanente (art. 2 del Real Decreto 1451/1983 de 11 de mayo, a través del *que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos*)¹⁵.

Se trata por tanto de un derecho ejercitable con preferencia sobre cualquier otro trabajador que se encontrase en situación de excedencia voluntaria, cuyo derecho preferente a la hora de

¹⁵ Además, las readmisiones que lleven a efecto las empresas darán derecho a reducciones del 50 por 100 de la cuota patronal de la Seguridad Social correspondiente a las contingencias comunes durante un período de dos años.

ocupar las posibles vacantes que se pudieran presentar en la empresa queda condicionado al hecho de que no existan personas recuperadas provenientes de una situación de Incapacidad Permanente.

Adviértase que este derecho entra en juego cuando la relación laboral ya se ha extinguido por motivo de la declaración de Incapacidad Permanente (y por lo tanto, después de transcurridos los dos años dentro de los cuales se haya podido prever la recuperación del enfermo).

4. Los problemas de la declaración de Incapacidad Permanente total para la profesión habitual aplicada sobre las personas trasplantadas

Por lo que a la incidencia de la situación de IPT para la profesión habitual de las personas trasplantadas se refiere, conviene diferenciar dos situaciones:

Por una parte, se puede plantear el caso de que una persona trasplantada, después de experimentar todo el restablecimiento de su salud que permiten actualmente los avances médicos, siga presentando secuelas previsiblemente permanentes que incidan sobre su capacidad laboral que, aunque le impiden desarrollar las tareas básicas de su puesto de trabajo, no lo inhabiliten para desarrollar otras distintas. En esos casos, procederá la declaración de IPT sin excepciones ni críticas. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando, para alcanzar una recuperación que se espera que pueda llegar a ser completa, se ha de seguir un tratamiento médico que exige un largo periodo de tiempo de recuperación?

Y es que puede ocurrir que el trasplante se haya planteado como una última opción a la que se ha llegado después de agotar otros tratamientos médicos menos agresivos que previamente han fracasado, pero que por su duración han motivado el agotamiento de la duración máxima actualmente prevista para las situaciones de Incapacidad Temporal. Otras veces, el trasplante realizado desencadena otros problemas médicos directamente relacionados con este tipo de intervención, como infecciones, rechazos u otras secuelas, que retrasan el restablecimiento de la persona.

Dado que el proceso de recuperación de estos pacientes es lento y complejo, puede ocurrir que transcurra la duración máxima prevista para las situaciones de IT y todavía exista incertidumbre respecto a si se va a producir o no el deseado restablecimiento del sujeto y, si esto finalmente se produce, cuál será la merma exacta que este proceso ha generado sobre la capacidad laboral del paciente. Así pues, dependiendo del tipo de patología sufrida, el tipo de trasplante que

haya sido necesario realizar, de las cifras estadísticas de recuperación y recaída, podrá ser necesario especificar en el momento de declarar la situación de IP, que existe posibilidad de recuperación aunque, como especifica el art. 193.1 TRLGSS, ésta se estime como incierta o a largo plazo.

Como se ha indicado, esta aclaración no sólo obliga a conservar durante dos años el puesto de trabajo que el trabajador viniera ocupando bajo la fórmula de la suspensión del contrato de trabajo con derecho a reserva de puesto, sino que también exige revisar el estado del inválido cuando transcurra el tiempo previsto, para comprobar si se ha producido un cambio objetivo sobre su capacidad laboral. Y es que hasta que el tratamiento médico no finalice, será prácticamente poder anticipar que el sujeto en cuestión va a conservar o no una capacidad laboral suficiente como para prolongar su vida activa¹⁶.

Estas reflexiones permiten llegar a la conclusión que, respecto a las personas trasplantadas, incluso en los episodios en los que la recuperación se estime como probable, si ésta supera el periodo máximo de duración de una Incapacidad Temporal, procedería reconocer bien la situación de Incapacidad Permanente Absoluta bien la de Gran Invalidez (pues son las únicas que aseguran la percepción de una pensión de cuantía equivalente al menos, al 100% de la base regulada de la prestación, y por lo tanto, no suscitan en el beneficiario la necesidad de buscar una nueva actividad profesional), situación que podrá después revisarse con el transcurso del tiempo a la vista de la evolución del paciente.

Por el contrario, debe advertirse que, mientras el proceso de recuperación médicamente previsto no se haya completado, la declaración de Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual no satisface las necesidades de la persona trasplantada. Pues si se declarase este grado de incapacidad laboral, la cuantía de esta prestación se configura partiendo de la base de que el padecimiento impide al sujeto realizar la que venía siendo su profesión habitual pero no otra distinta, y por lo tanto sólo alcanza el 55% de la base reguladora, ingresos muy insuficientes para una persona cuya patología, aunque no genere secuelas previsiblemente subsanables, exija un periodo de reposo y aislamiento muy prolongado, que por sí solos deberían considerarse incompatibles con el desarrollo de una actividad productiva. Eso sí, otra cosa bien distinta sería que, después de completado el tratamiento médico, cuando ya no es previsible esperar una mejora

¹⁶ Y es que en realidad, cabe lograr desde una recuperación completa que dé lugar a la extinción de la situación de IP que se hubiera podido declarar, hasta una mejora sustancial que únicamente reporte la calificación de IP Parcial, pasando por una IP Total, IP Absoluta o incluso, Gran Invalidez. Es decir, todas las alternativas son factibles y, reconocer una u otra, dependerá de las circunstancias concretas.

del estado del sujeto, se aprecie que, aunque conserva capacidad laboral, ha experimentado una merma psíquica, física o sensorial que le imposibilita seguir prestando las funciones básicas de su puesto de trabajo habitual, pero no las de una actividad distinta, compatible con su nuevo estado. Sólo si esto ocurre, obviamente cuando el reposo no sea una de las exigencias médicamente previstas para este tipo de enfermos, parece que la declaración adecuada será la de incapacidad para la profesión habitual.

5. Cuando la necesidad de trasplante proviene del incumplimiento empresarial de sus obligaciones en materia de protección de riesgos laborales

Debe advertirse que el mero hecho de la finalización de la relación laboral por declaración de IP Total, IP Absoluta o Gran Invalidez, no da lugar a ningún tipo de indemnización derivada de la finalización del contrato a cargo del empresario.

Ahora bien, si la lesión de la que proviene la necesidad de un trasplante proviene de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, derivado a su vez de un incumplimiento empresarial de las obligaciones exigibles en materia de Prevención de Riesgos Laborales, este hecho puede llevar aparejado el reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios a cargo del empresario infractor y a favor de trabajador incapacitado. Indemnización que será plenamente compatible con las prestaciones que el sistema de Seguridad Social pudiera reconocer para atender esta contingencia, y con los posibles recargos que pudieran derivar, puesto que será la suma de unas y otras las que presente el efecto de “reparación del daño causado”.

Y es que no es infrecuente que, de la gravedad de las lesiones sufridas por el trabajador a razón de un accidente o una enfermedad profesional, derive la necesidad de recibir un trasplante de órganos (piénsese por ejemplo en la pluralidad de incidentes de asbestosis que han tenido lugar en la historia española, muchos de cuyos pacientes requirieron trasplante de pulmón).

6. Problemas pendientes de respuesta y consideraciones críticas

Una vez realizada una valoración global de la incidencia sobre la vida laboral de la necesidad de recibir un trasplante de órganos, destacan todavía tres cuestiones que no han sido por el momento adecuadamente resueltas por el legislador:

Primera: Uno de los problemas prácticos más importantes que puede plantearse en relación con la incidencia del trasplante de órganos sobre la relación laboral viene motivado por la exigencia de un periodo de carencia. Y es que todo proceso de IT o IP que deriva de enfermedad común, exige del potencial beneficiario reunir un periodo mínimo de cotización para generar derecho a prestaciones. En caso contrario, si el citado periodo de carencia no se ha completado, aunque el sujeto haya sufrido una importante merma de sus capacidades físicas o psíquicas que le imposibiliten desarrollar las funciones básicas de su puesto de trabajo, no tendrá derecho a prestaciones a cargo de la Seguridad Social.

Al no haberse previsto una medida residual que pueda solventar la situación extrema en la que se pueden colocar este tipo de pacientes, debe entenderse que (al margen del soporte familiar o el proveniente de seguros privados en los que se haya podido pactar esta cobertura) quedarán a expensas de la protección que en cada momento se pueda reconocer a las personas dependientes (protección que hoy además, ha quedado delegada en gran medida sobre las Comunidades Autónomas y que además ha experimentado unas importantísimas restricciones a raíz de la crisis económica¹⁷).

Precisamente por la importantísima trascendencia práctica de esta consecuencia, se suscita la duda de si el reconocimiento de una situación de IP debe ir necesariamente unido al reconocimiento de la prestación económica derivada de esta contingencia o si por el contrario, la declaración de IP en cualquiera de sus grados, puede dictarse aunque el sujeto en cuestión no cumpla los presupuestos exigidos para tener acceso a las prestaciones que la Seguridad Social contempla ante esta contingencia.

Se trata de un problema que en muchas ocasiones pasará desapercibido, pues en los casos en los que la IP derive de enfermedad profesional o accidente (sea o no de trabajo), no se exigirá periodo de carencia de ninguna clase, por lo que el reconocimiento de la situación de IP y de las prestaciones derivadas de esta contingencia, será necesariamente paralelo.

Ahora bien, ¿qué ocurre si la necesidad de trasplante deviene de una enfermedad común y el sujeto en cuestión no reúne el periodo de carencia exigido por la ley para tener derecho a estas prestaciones? Y es que si el reconocimiento de esta situación deriva de la pérdida sobrevenida de la capacidad para desarrollar las funciones propias del puesto de trabajo habitual de un sujeto o

¹⁷ En virtud de las cuales no sólo se ha rebajado la intensidad de la protección sino que además ésta queda reservada para los sujetos que sufren un grado de dependencia más acusado. Sobre este tema, véase CAVAS MARTÍNEZ, F., "La apuesta por el catálogo de servicios en el sistema de atención y protección de la dependencia", *Documentación laboral*, nº. 102, 2014, págs. 16 y ss.

incluso, de cualquier tipo de actividad productiva cuando éste ya estuviera incorporado al mercado de trabajo, pero no se ha completado el periodo de carencia que resulte exigible, ¿se podría presentar la paradójica situación en la que el reconocimiento de una IP en cualquiera de sus grados no lleve aparejada la correspondiente prestación económica a cargo de la Seguridad Social?

A estos efectos, se viene negando el reconocimiento de la situación de Incapacidad Permanente en cualquiera de sus grados a las personas que no puedan acceder a prestaciones a cargo del sistema de Seguridad Social por no cumplir el periodo mínimo de cotización exigido para ello. Esta respuesta obliga a remitirlos directamente al oportuno reconocimiento de un grado de discapacidad que se puede llevar a cabo por los servicios administrativos competentes (recuérdese que este tipo de declaración corresponde a las unidades de valoración de incapacidades dependientes de los servicios de asuntos sociales de las correspondientes Comunidades Autónomas).

De la misma forma, al no existir reconocimiento de Incapacidad Permanente, tampoco la relación laboral podrá extinguirse directamente por esta causa (49.1.e ET), sino que, en el caso de que el sujeto verdaderamente haya perdido la capacidad laboral necesaria para desarrollar las tareas esenciales de su puesto de trabajo, se requerirá tramitar y probar su ineptitud sobrevenida para, en atención a esta, poder poner fin, de forma lícita, a la relación laboral iniciada.

Pero aunque en ocasiones este hecho pase desapercibido, en realidad esta práctica jurisprudencial persigue una finalidad de protección del trabajador afectado. A estos efectos, conviene recordar que si la relación laboral finaliza por ineptitud sobrevenida, además de tratarse de una causa de extinción contractual que confiere derecho al trabajador a percibir una indemnización de veinte días de salario por año trabajado derivada de la extinción de su relación laboral, el trabajador en cuestión se colocará también en "situación legal de desempleo", lo que le dará acceso a prestaciones por desempleo.

En caso contrario, reconociendo situación administrativa de IP sin que ésta pueda ir acompañada de las correspondientes prestaciones por falta de los requisitos necesarios para ello¹⁸ se coloca al sujeto en una situación de bloqueo, pues de tal declaración derivará como se ha indicado, la extinción de su relación laboral sin derecho ni a indemnización ni a prestaciones por

¹⁸ El periodo de carencia aparece previsto en el art. 195.2 TRLGSS. Debe tenerse en cuenta que se trata de un periodo de carencia variable, que se ha de calcular de forma individual para cada uno de los posibles beneficiarios, pues variará dependiendo de cuál sea la edad del sujeto en el momento de declaración de la situación de IP y el tiempo transcurrido desde la fecha en la que cursó alta por primera vez en el RGSS.

desempleo pues no se ha previsto consecuencia indemnizatoria alguna deriva de la extinción de la relación laboral por esta causa, ni tampoco ésta se encuentra entre los distintos supuestos actualmente calificados como “situaciones legales de desempleo” a efectos de posibilitar el acceso a la cobertura económica que el ordenamiento jurídico prevé ante las situaciones de falta de empleo.

Segunda: Por lo que respecta al trabajo por cuenta ajena, se aprecia que las situaciones que hoy en día dan derecho a un trabajador a colocarse en situación de excedencia o de reducción de jornada, giran en torno a la existencia de cargas familiares¹⁹. Y es que pese a tratarse de derechos no retribuidos, se han configurado de forma bastante restrictiva.

En este orden de cosas, se echa en falta una previsión legislativa que confiera el derecho a situarse en excedencia con reserva de puesto o en reducción de jornada, a aquellos trabajadores que hayan sido declarados plenamente capaces —o afectos tan sólo por una situación de IP Parcial— después de haber superado un largo tratamiento médico.

Y es que una vez agotada la duración máxima de IT, si no procede declarar IP Total, Absoluta o Gran Invalidez (o incluso, si habiéndose declarado alguna de ellas en un primer momento, la situación del enfermo mejora con el tiempo, hasta el punto de hacerle recuperar su capacidad laboral), éste deberá reincorporarse a la vida activa, sin que por el momento el legislador haya previsto ninguna particularidad a través de la que se pueda tener en cuenta que, muchas veces la situación personal de estas personas les hace muy difícil adaptarse de forma inmediata y plena, a las obligaciones cotidianas propias del desarrollo de una relación laboral.

De esta forma, quizá deberían configurarse también las situaciones de excedencia y de reducción de jornada como una forma de hacer menos traumática la reincorporación del trabajador, consiguiendo una adaptación progresiva a sus obligaciones laborales, muchas veces imprescindible cuando han transcurrido largos periodos de inactividad, sin que esto genere coste alguno para la empresa. Ahora bien, parece que por el momento el legislador no baraja llevar a cabo ninguna modificación del tenor literal del Estatuto de los Trabajadores en este sentido —modificación por otra parte se sugiere desde estas líneas—, por lo que parece que todo avance al respecto queda por el momento en manos de la negociación colectiva.

¹⁹ Salvo por supuesto, las situaciones de excedencia voluntaria que sólo confieren un derecho preferente a la persona que las disfruta a reincorporarse en la empresa en las posibles vacantes que se pudieran generar y no un verdadero derecho a la reincorporación, y las reducciones de jornada por causas distintas a las familiares que, llegado el caso se pudieran negociar individualmente con la empresa.

Tercera: Aunque el objetivo del legislador sea ir equiparando progresivamente en prestaciones y cobertura, la protección que reciben los trabajadores por cuenta ajena a la que actualmente se dispensa a los trabajadores por cuenta propia, se puede comprobar que este objetivo todavía no se ha cumplido. Así, como ejemplo del progresivo acercamiento que en los últimos tiempos han experimentado ambos regímenes, puede destacarse que, aunque tradicionalmente la cobertura por IT era opcional para los trabajadores autónomos, la Ley 20/2007, de 11 de julio, por la que se aprueba el Estatuto del Trabajo Autónomo, la transforma en una protección obligatoria, imponiendo a todos los trabajadores autónomos su cobertura²⁰.

Como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, son diversas las estrategias ideadas con el fin de facilitar la continuación de la vida activa de los trabajadores por cuenta ajena que se ven obligados circunstancialmente a apartarse del mercado de trabajo por motivo de someterse a un trasplante. Ahora bien, se trata de medida que, por sus particulares características, no resultan aplicables a los trabajadores por cuenta propia.

En concreto, estas diferencias de protección quedan patentes cuando se plantean las escasas facilidades de las que hoy dispone un trabajador autónomo que desee mantener su negocio abierto al público incluso aunque, con motivo de su enfermedad, no pueda atenderla personalmente (dificultad que incide con mayor fuerza sobre aquellos trabajadores autónomos que no tienen empleados a su servicio, puesto que son titulares de organizaciones productivas de pequeña entidad a las que hacen frente básicamente con su propio trabajo personal).

Y es que aunque en los últimos tiempos el legislador va tomando conciencia de la necesidad de articular medidas de conciliación de la vida familiar y laboral de las que también puedan disfrutar los trabajadores autónomos (cfr. RD-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social) por el momento olvida estas situaciones, también problemáticas, a las que se han de enfrentar los emprendedores, y que están motivadas por la necesidad de compatibilizar el desarrollo de una actividad profesional por cuenta propia con la necesidad de seguir el tratamiento médico prescrito para superar una grave enfermedad grave, periodo de recuperación en el que además también resulta exigible el reposo.

²⁰ Sólo seguirá siendo una opción voluntaria para los trabajadores autónomos con derecho a la prestación por incapacidad temporal en otro régimen del Sistema de la Seguridad Social en el que también se encuentren en alta en tanto se mantenga su situación de pluriactividad; y para los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para trabajadores por Cuenta Propia Agrarios.

De tal forma, cuando un trabajador autónomo que viniera desarrollando su actividad de forma personal, atravesase un proceso de IT o incluso, de IP en el que la posibilidad de recuperación se haya indicado como incierta o a largo plazo, si quiere que su negocio siga en marcha y no perder su cartera de clientes, se verá obligado a contratar a un sustituto o ceder sus clientes y encargos a otro trabajador autónomo. Ahora bien, a pesar del coste añadido que ello implica, por el momento no se ha previsto ningún tipo de incentivo económico en forma de bonificaciones a la contratación sobre los *contratos de interinidad*²¹ suscritos por esta causa, aunque sin duda, contribuiría de forma sustancial a mejorar la situación de los profesionales por cuenta propia que atraviesan la citada situación, y a no frustrar expectativas de negocio, desmotivando la reanudación de la vida activa después de superar la enfermedad.

Otro de los ejemplos que demuestran la menor protección de la que por el momento disfrutaban los trabajadores autónomos respecto a los que desarrollan su actividad por cuenta ajena, se aprecia en el siguiente dato: si el sujeto en cuestión venía desarrollando una relación laboral en el momento en que se declaró la IP, una vez recuperado, tendrá no sólo preferencia absoluta para ocupar las posibles vacantes que se pudieran producir en la última empresa en la que trabajó, sino que también generará una reducción del 50% de la cuota de cotización empresarial a la Seguridad Social derivada de su nueva contratación. En cambio, por el momento, y en contra de lo que hubiese sido deseable, no existen medidas de ningún tipo que premien o potencien la reincorporación de los trabajadores autónomos a una actividad de cuyo ejercicio se han visto apartados por haber sufrido una grave enfermedad, quedando como los grandes olvidados del sistema.

A estos efectos, debería proponerse al menos una reducción temporal de las cuotas de cotización en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos para aquellas personas que

²¹ A estos efectos debe recordarse que la legislación laboral define el contrato de interinidad como aquél destinado "*a los sustituir a trabajadores con derecho a la reserva de su puesto de trabajo*" (art. 15.1.c ET), y esta situación de reserva del puesto de trabajo en realidad no existe cuando se pretende aplicar sobre un trabajador por cuenta ajena (pues éste no ocupa en realidad un puesto de trabajo cuyo empresario tenga obligación de reservar). Pese a todo, flexibilizando esta noción, el legislador, ha decidido ahora interpretar esta modalidad contractual de forma muy extensiva (cfr. entre otros, art. 38 de la nueva Ley 31/2015, de 9 de septiembre, de fomento del trabajo autónomo y de la economía social), permitiendo dar acogida a situaciones en las que es un trabajador autónomo el que da empleo a trabajadores por cuenta ajena con el fin de cubrir sus periodos de ausencia motivados por el cuidado de hijos o familiares, permitiéndose expresamente la posibilidad de concertar contratos de *interinidad* con dicha finalidad. Así pues, una vez abierta esta nueva faceta de los contratos de interinidad, parece que tampoco existiría ningún impedimento formal que imposibilitase a un trabajador autónomo recurrir a esta modalidad contractual cuando la persona sustituida va a ser el propio empresario y no otro trabajador por cuenta ajena de la empresa.

retomen un negocio, después de haberse declarado bien la recuperación total, bien la Incapacidad Permanente Parcial, provenientes de una situación de Incapacidad Permanente Total, Incapacidad Permanente Absoluta o Gran Invalidez.

Se genera sin duda un panorama paradójico puesto que contrastan los esfuerzos que en los últimos años ha depositado el legislador para fomentar el autoempleo como herramienta de lucha contra el grave problema de la falta de empleo que sufre nuestro país, y la escasa cobertura que actualmente se les ofrece ante situaciones de necesidad, pudiendo incluso desencadenar un abandono prematuro e involuntario de la vida activa que se hubiese podido evitar (con el coste que ello ahorraría al sistema de Seguridad Social) articulando incentivos eficaces, de la suficiente entidad como para potenciar la reincorporación.

Cuarta: Por último, por lo que respecta al trabajo por cuenta ajena se echa en falta una ampliación de los supuestos que permiten aplicar la presunción *iuris tantum* de nulidad del despido. A través de este mecanismo, y salvo que la empresa consiga probar que el despido en cuestión estaba fundamentado en una causa real, objetiva y lícita, se presumirá, sólo por las condiciones en las que ha tenido lugar, que la extinción de la relación laboral se ha producido con vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, sin que el trabajador tenga que aportar prueba o argumentación alguna al respecto. Ahora bien, por el momento, entre las distintas situaciones en las que se ofrece una tutela reforzada de la relación laboral (art. 55.5 ET), el legislador únicamente ha incluido determinadas circunstancias vinculadas a la conciliación de la vida familiar y laboral del sujeto, y no al hecho de haber necesitado un tratamiento médico particularmente complejo. Habida cuenta de que el despido de un trabajador que se encuentra en situación de IT, o en el periodo inmediatamente siguiente al de su reincorporación, puede ser procedente, improcedente o nulo, según sean las circunstancias que rodeen el caso, gozar de la citada presunción ayudaría a garantizar por una parte, el mantenimiento del empleo de este tipo de pacientes, y por otra, extendiendo estos beneficios a los donantes vivos, incluso a potenciar la donación de órganos.

Bibliografía

- ◆ ALBERT EMBUENA, A., “Los grados de incapacidad permanente. Problemas de su determinación y precisión”, *Revista de información laboral*, nº.5, 2013, págs. 23 y ss.
- ◆ BARRIOS BAUDOR, G.L., y GONZÁLEZ FORNOS, M., “El contrato de interinidad. El contrato de relevo”, en AAVV, “*Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus*

- implicaciones tributarias*" (Coord. Yzquierdo Tolsada, Almudí Cid, y Martínez Lago), vol. 15 (Los contratos de trabajo), Aranzadi, Pamplona, 2014, págs. 577 y ss.
- ◆ CASADO GÓMEZ, M., "Aspectos éticos-jurídicos de la regulación sobre trasplantes", en AAVV *"Trasplantes de órganos y células: dimensiones éticas regulatorias"* (Coord. Rodés Teixidor), SEDYT, Madrid, 2006, págs.451 y ss.
 - ◆ CAVAS MARTÍNEZ, F., "La apuesta por el catálogo de servicios en el sistema de atención y protección de la dependencia", *Documentación laboral*, nº. 102, 2014, págs. 16 y ss.
 - ◆ ESCUDERO ALONSO, J., "La falta de relación entre la incapacidad permanente contributiva y la condición de minusválido", en *Consell obert: recull informatiu del Consell General de Col·legis de Graduats Socials de Catalunya* nº 220, 2007, pág. 22 y ss.
 - ◆ MANTOVANI, F., "Trasplantes de órganos", *Revista electrónica de ciencia penal y criminológica*, nº 1, 2009, versión electrónica.
 - ◆ MARÍN ALONSO, I., "Contrato de interinidad", en AAVV *"Modalidades de contrato de trabajo: comentarios a legislación"* (Coord. Ojeda Avilés), Tecnos, Madrid, 2003, págs. 229 y ss.
 - ◆ MARTÍNEZ RUIZ, J., "La problemática jurídico-penal del consentimiento en los trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual", *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al prof. Dr. D. Ferrando Mantovani* (coord. Benítez Ortúzar, Morrillas Cueva, Peris Riera), Dykinson, Madrid, 2005, pág. 409 y ss.
 - ◆ MATEU CARRUANA, M.J., *"El contrato de interinidad"*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005.
 - ◆ PARRILLA, P., RAMÍREZ, P. y RÍOS, A., *"Manual sobre donación y trasplante de órganos"*, Arán Ediciones, Murcia, 2008.
 - ◆ PIGA RIVERO, A., "Comentarios deontológicos y médico legales el RD 1723/2012 sobre trasplante de órganos", *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº. 202, 2013, págs.179 y ss.
 - ◆ REYES-ACEVEDO, R. "Ética y trasplantes de órganos: búsqueda continua de lo que es aceptable", *Revista de investigación clínica*, vol. 57, nº 2, págs. 177-186.
 - ◆ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "El Rechazo de la equiparación automática a la condición de "minusválido" de los incapacitados permanentes de la Seguridad Social", *Tribuna Social: Revista de seguridad y salud laboral*, nº. 208, 2008, págs. 47 y ss.

Fecha de recepción: 19 de mayo de 2016

Fecha de aceptación: 1 de diciembre de 2016