

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO



VNiVERSiDAD
D SALAMANCA

**CONSUMO Y TENENCIA DE DROGAS EN EL ÁMBITO
LABORAL DESDE LA ÓPTICA DE LOS PODERES
EMPRESARIALES**

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER
**MÁSTER EN DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES
LABORALES**
CURSO 2016/2017

Autora: Alejandra Pirez Ledesma
Tutora: Prof. Dra. Rosa María Morato García

Salamanca, 2017

ABREVIATURAS

Art.: artículo.

BO: Boletín Oficial.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC.OO.: Sindicato Comisiones Obreras.

CC: Convenio Colectivo

CE: Constitución Española.

CIT: Convenio Internacional de Trabajo.

DO: Diario Oficial.

ET: Real Decreto N° 2/2015 de fecha 23 de octubre de 2015 que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

INSS: Instituto Nacional de Seguridad Social.

IP: Incapacidad Permanente.

LGSS: Real Decreto Legislativo 8/2015, de fecha 30 de octubre de 2015 que aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

LISOS: Real Decreto N° 5/2000 de fecha 4 de agosto de 2000 que aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

LO: Ley Orgánica

LPRL: Ley N° 31/1995 de fecha 8 de noviembre de 1995, Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

PIT – CNT: Central sindical única de Uruguay denominada Plenario Intersindical de Trabajadores - Convención Nacional de Trabajadores.

RSP: Real Decreto 39/1997, de fecha 17 de enero de 1997, que aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

SCJ: Suprema Corte de Justicia Uruguay.

SJS: Sentencia del Juzgado de lo Social.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TAT: Tribunal de Apelaciones de Trabajo Uruguayo.

UGT: Sindicato Unión General de Trabajadores.

Vol.: Volumen.

INTRODUCCIÓN.....	4
-------------------	---

**CAPÍTULO I
PODERES DE CONTROL Y VIGILANCIA**

a) Generalidades	7
b) Controles toxicológicos	8
i) <i>Posibilidad de realizar los mismos</i>	8
ii) <i>Vigilancia de la salud</i>	9
iii) <i>Pruebas en los procesos de selección</i>	13
iv) <i>Las pruebas de despistaje y las pruebas confirmatorias</i>	15
v) <i>Posibilidad de realizar pruebas aleatorias</i>	16
vi) <i>La negativa del trabajador de someterse a los controles toxicológicos</i>	17
vii) <i>Confidencialidad y tratamiento de los datos</i>	18
c) Controles y registros	19

**CAPÍTULO II
PODER DISCIPLINARIO**

a) Generalidades	22
b) El despido disciplinario	24
i) <i>Notas que debe revestir la falta del trabajador</i>	24
ii) <i>Toxicomanía como causal de despido</i>	25
iii) <i>Otras conductas del trabajador que pueden dar lugar al despido disciplinario</i>	32
iv) <i>Despido disciplinario por los efectos del consumo sobre el trabajo</i>	34
v) <i>Cuestiones formales: la carta de despido</i>	36
c) Otras faltas relacionadas al consumo de drogas tipificadas en los convenios colectivos	37
i) <i>Graduación de las faltas en los convenios colectivos</i>	38
ii) <i>Sanciones previstas</i>	43

**CAPÍTULO III
LA EXPERIENCIA URUGUAYA**

a) Tratamiento histórico de la cuestión: existencia de normativa prohibicionista y fragmentada	45
b) Cambio de paradigma en políticas de drogas	46
i) <i>Ley N° 19.172</i>	46
ii) <i>Decreto N° 120/2014</i>	46
iii) <i>Decreto N° 125/2014</i>	48
iv) <i>Decreto N° 128/2016</i>	49
v) <i>Caso de los trabajadores que utilicen vehículos de transporte</i>	52
c) Criterios jurisprudenciales relevantes en la materia	53

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES.....	55
-------------------	----

ANEXO

BIBLIOGRAFÍA.....	59
-------------------	----

INTRODUCCIÓN

El presente tiene por objeto abordar la problemática que plantea el ejercicio de los poderes de control y disciplinario vinculados al consumo y tenencia de drogas en el lugar de trabajo.

Si bien el término “droga” refiere a toda sustancia capaz de modificar procesos fisiológicos y bioquímicos de los tejidos u organismos, lo cual incluye hasta al ácido acetilsalicílico (también conocido como aspirina)¹, se considerarán solamente las “drogas psicotrópicas”, siendo aquellas que, introducidas en el organismo, producen alteraciones al funcionamiento del sistema nervioso central y en particular, recurriendo al empleo coloquial del término, asociado al consumo de sustancias psicoactivas con fines no médicos².

Existen diferentes formas de relacionamiento del sujeto con la droga, abarcadas todas ellas dentro del término “consumo”, estas son: uso, abuso y dependencia³. En el “uso” nos encontramos ante un tipo de consumo en el cual no se evidencian consecuencias negativas en el consumidor ya sea por la cantidad o frecuencia con la que se ingieren o por su propia situación física, psíquica y social⁴, tratándose en definitiva de un consumo ocasional no problemático⁵.

Si tomando como período de referencia un año, se evidencian consecuencias negativas en el consumidor y/o su entorno, empleando los mismos parámetros de medición que para el uso (cantidad, frecuencia y situación del consumidor) nos encontramos ante una situación de “abuso”⁶.

Por último, “dependencia” refiere al estado psíquico y en algunos casos también físico causado por la interacción de la droga con el organismo, en el cual el individuo ve alterado su comportamiento sintiendo un deseo irreprimito de consumir la droga, deteriorándose su capacidad de autocontrolar el consumo debido al malestar que produce su privación⁷. A ello puede agregarse también la tendencia a aumentar, de forma progresiva, la dosis consumida⁸.

La diferenciación realizada en cuanto a la relación de la persona con la droga es importante ya que la drogodependencia es una enfermedad y por tanto el trabajador adicto es, en definitiva, un trabajador enfermo⁹, lo cual puede tener consecuencias respecto al ejercicio del poder disciplinario, en tanto la lógica nos indica que no tiene sentido que a su respecto se apliquen normas de naturaleza coercitiva o sanciones¹⁰.

¹ GIUZIO, G. y SANTOS, M., “El consumo de droga en el lugar de trabajo. Su abordaje por la legislación y la negociación colectiva”, *XXV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, FCU, Montevideo, 2014, p. 53.

² OMS, *Glosario de términos de alcohol y drogas*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1994, p. 33.

³ ROVIRA VILLADEMOROS, F., “Adicciones y Derecho del Trabajo”, *XXV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, FCU, Montevideo, 2014, p. 15.

⁴ FRANCOLINO, C. y MILLER, C., *Buenas prácticas en la prevención laboral de drogodependencias*, Programa de prevención de consumo de alcohol y drogas en el ámbito laboral. Dpto. de Salud Laboral y Medio Ambiente PIT – CNT, Fundación Luna Nueva, Montevideo, 2012, p. 30.

⁵ UGT, *Drogodependencia y adicciones: prevención en el ámbito laboral*, Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, Madrid, 2012, p. 8.

⁶ ROVIRA VILLADEMOROS, F., “Adicciones...” cit., p. 15.

⁷ CC.OO., *Orientaciones sobre intervención sindical en drogodependencias*, Secretaría Confederal de Salud Laboral de CC.OO., Madrid, 2009, p. 22, FRANCOLINO, C. y MILLER, C., *Buenas prácticas...* cit., p. 29.

⁸ GOÑI SEIN, J.L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 115.

⁹ AMEGLIO, E., “Las adicciones y el trabajo”, *XXV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, FCU, Montevideo, 2014, p. 35.

¹⁰ PÉREZ DEL CASTILLO, M. e INTHAMOUSSU, J., *Manual de normas de seguridad y salud en el trabajo*, FCU, Montevideo, 2015, p. 74.

Sin perjuicio de ello, el consumo de drogas continúa siendo un tema tabú, razón por la cual las normas en la materia continúan siendo de naturaleza sancionadora, estigmatizándose las enfermedades vinculadas al consumo de drogas¹¹.

El consumir drogas es incluso una conducta moralmente más reprochable para algunos autores que el consumo de alcohol en el lugar de trabajo, señalando que si es grave prestar tareas bajo los efectos del alcohol, más grave aún es hacerlo bajo los efectos de las drogas¹². ¿Por qué? La diferencia fundamental que posee el consumo de alcohol con el consumo de drogas es que aquel está socialmente admitido.

En Uruguay hace años el Prof. Dr. Ermida Uriarte había afirmado: “La admisión socio legal del consumo de alcohol y de tabaco, así como los debates sobre la legalización del consumo de otras drogas, imponen una gran cautela antes de adoptar posturas condenatorias y limitativas de derechos humanos básicos”¹³.

La materia objeto de estudio resulta interesante no solo por el rechazo social que posee, sino también por la escasa elaboración normativa y doctrinal existente al respecto. En este sentido se señala por ejemplo que la OIT no cuenta con un Convenio Internacional de Trabajo que aborde la problemática del consumo de drogas en el lugar de trabajo¹⁴.

No obstante lo expuesto, la OIT ha emitido un repertorio de recomendaciones prácticas para el tratamiento de cuestiones relacionadas al consumo de alcohol y drogas, así como los principios rectores que deben aplicarse para la utilización de pruebas médicas a efectos de detectar situaciones de consumo, los cuales nos servirán a lo largo del presente trabajo para determinar los lineamientos que deben seguirse en la materia.

El citado repertorio aborda la temática del consumo de drogas como una cuestión de salud, señalando que el consumo problemático debe ser tratado de igual forma que cualquier otro problema de salud en el trabajo, sin discriminación alguna, proponiendo para ello un enfoque prevencionista de la cuestión, sin desconocer que el empleador posee la facultad de sancionar a los trabajadores cuyas conductas sean impropias a causa del abuso de tales sustancias¹⁵.

Si bien la temática en materia de drogas será tratada desde la óptica de los poderes empresariales de control y disciplinario, debe reconocerse que constituye una problemática mucho más compleja, debiendo compatibilizarse con un enfoque que procure la prevención, el tratamiento y en definitiva, la rehabilitación de los drogodependientes.

En cuanto a la estructura del presente trabajo, se analiza primeramente en el Capítulo I “Poderes de control y vigilancia” la problemática en torno a los medios de los que dispone

¹¹ CC.OO., *Orientaciones...* cit., p. 56.

¹² Refiriendo en concreto al consumo de marihuana: PÉREZ DEL CASTILLO, M. y NIN, M., “Trabajo y marihuana”, *Profesionales & Empresas*, Tomo XXIV, CADE, Montevideo, 2014, p. 37.

¹³ ERMIDA URIARTE, O., “Drogadicción y Derecho laboral”, *Relaciones laborales y Seguridad Social*, Año I, N° 6, Ed. Interoceánicas S.A., Buenos Aires, 1995, p. 608.

¹⁴ Sin perjuicio de ello, existen varios Convenios que refieren a temas de seguridad y salud de los trabajadores, a saber: CIT N° 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, CIT N° 161 sobre los servicios de salud en el trabajo y CIT N° 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo. Si bien algunas de las disposiciones contenidas en los citados Convenios pueden servir como lineamientos a efectos de establecer protocolos de actuación en materia de drogas, como ser la necesidad de establecer ámbitos de cooperación entre el empleador y los trabajadores a efectos de establecer las medidas de seguridad y protección a la salud que se adoptarán, éstos Convenios no poseen referencias expresas a la cuestión objeto de estudio. Ver: LARRAÑAGA ZENI, N., “Las drogas y el alcohol en el ámbito laboral”, *XXV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, FCU, Montevideo, 2014, p. 77.

¹⁵ OIT, “Tratamiento de cuestiones relacionadas con el alcohol y las drogas en el lugar de trabajo”, *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT*, Ginebra, 1996, Prefacio.

el empleador para controlar el consumo y/o tenencia de drogas en el lugar de trabajo sin vulnerar el derecho a la intimidad. Para el caso del consumo, se estudia la posibilidad de realizar análisis toxicológicos y para la tenencia de drogas si el empleador podría proceder al registro personal o de taquillas de los trabajadores.

En el Capítulo II “Poder disciplinario” corresponde examinar el literal f) del art. 54.2 del ET, en tanto es la única norma de rango legal que refiere a la toxicomanía en ejercicio del poder disciplinario, así como otras actitudes de los trabajadores respecto a las drogas capaces de ser subsumidas en los diversos literales de la norma citada. A lo expuesto se agrega la necesaria referencia a los convenios colectivos en tanto el art. 58 del ET establece la graduación de las faltas y sus sanciones como contenido de la negociación colectiva.

Por último, en el Capítulo III “La experiencia uruguaya” se realiza una referencia al régimen uruguayo, en tanto en el año 2013 se transformó en el primer país del mundo en legalizar la producción y el comercio de cannabis, lo cual fue acompañado de un claro cambio de paradigma en la materia.

CAPÍTULO I

PODERES DE CONTROL Y VIGILANCIA

a) Generalidades.

Entre los poderes empresariales reconocidos por el ordenamiento jurídico al empleador se encuentran los de control y vigilancia, hallando su fundamento normativo en el art. 20 del ET, centrándonos en particular en el numeral tercero, el cual consagra la facultad del empresario para la adopción de medidas de vigilancia y control con la finalidad de verificar el cumplimiento, por parte del trabajador, de sus obligaciones y deberes laborales.

Nótese que el referido artículo establece que el empleador podrá adoptar las medidas que “estime más oportunas”, lo cual si bien otorga un amplio margen de discrecionalidad¹⁶, no consagra una facultad irrestricta, estableciendo el propio artículo como limitación que en la adopción y aplicación de las medidas se debe guardar la consideración debida a la dignidad de los trabajadores.

Con carácter general se apunta que los poderes empresariales se verán limitados por los derechos del trabajador “en cuanto persona y en cuanto asalariado”¹⁷. En la materia objeto de estudio se presenta como primer limitante el derecho a la intimidad, en tanto los controles que puede realizar el empleador para detectar el consumo o la tenencia de drogas en el lugar de trabajo, si no se cumple con determinados requisitos, son susceptibles de vulnerar el mismo. Los controles dispuestos por el empleador serán ilegítimos si no cumplen con el juicio de proporcionalidad¹⁸, equilibrándose de este modo “las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad constitucional”¹⁹.

Dividiremos el ejercicio de este poder de control en ordinario y extraordinario, siendo aquel el que se ejerce con la finalidad de comprobar de forma regular que no existen problemas de funcionamiento en la empresa²⁰. Por otro lado, el ejercicio extraordinario será el que se ejerza a raíz de un indicio de incumplimiento de un trabajador o trabajadores, esto es, la existencia de sospechas fundadas de un incumplimiento laboral²¹.

No obstante lo expuesto debe apuntarse que no todas las medidas de control que haya de adoptar el empleador son resultado del ejercicio de las facultades de vigilancia y control, encontrándose en algunas situaciones su fundamento en una imposición normativa²². Tal es el caso del deber del empleador de velar por la seguridad y salud de los trabajadores,

¹⁶ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L., *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2003, p. 41.

¹⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 514-515. Sobre los derechos de los trabajadores como límite a los poderes empresariales ver: ROMÁN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ed. Grapheus, Valladolid, 1992, pp. 301 y ss., MORATO GARCÍA, R.M., *Derecho de resistencia y ejercicio irregular del poder de dirección*, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 91-94.

¹⁸ POQUET CATALÁ, R., *El actual poder de dirección y control del empresario*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2013, p. 77. Un análisis detallado del juicio de proporcionalidad puede verse en: SANGUINETI RAYMOND, W., “Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales”, *Revista Derecho Laboral*, Tomo LIV, Montevideo, 2011, pp. 659-674.

¹⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho...* cit., p. 116.

²⁰ FABREGAT MONFORT, G., *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empleador*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2016, p. 22.

²¹ FABREGAT MONFORT, G., *Nuevas perspectivas...* cit., pp. 35-36.

²² FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L., *Las facultades...* cit., p. 27.

impuesto por el art. 14 de la LPRL, acompañado de obligaciones instrumentales, entre las que encontramos la vigilancia a la salud del art. 22 de la LPRL.

b) Controles toxicológicos.

i) Posibilidad de realizar los mismos.

Los exámenes toxicológicos consisten en el análisis de un espécimen biológico (como ser: orina, cabello, sangre o saliva)²³ para detectar la presencia de sustancias psicoactivas en el organismo. El primer problema que se plantea es si el empleador se encuentra facultado a exigir la realización de estos exámenes a sus trabajadores o si los mismos representan una violación al derecho a la intimidad o a la dignidad del trabajador²⁴. La OIT sostiene que estos análisis pueden presentar problemas de orden moral, ético y jurídico, siendo por tanto necesario decidir si es justo o apropiado realizarlos²⁵.

Quienes argumentan a favor de la posibilidad del empleador de realizarlos enfocan la cuestión desde la prevención de accidentes de trabajo que pudieren derivar de la prestación de tareas bajo los efectos de las drogas²⁶. En este sentido se apunta que si el empleador debe garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores (art. 14 de la LPRL), teniendo además los trabajadores la obligación de cooperar con el empleador en el cumplimiento de tal obligación (art. 29.6 de la LPRL), se encuentra facultado a realizar los controles sobre sus trabajadores a efectos de constatar que se encuentran aptos para la prestación de las tareas encomendadas²⁷. Puede señalarse incluso que los exámenes toxicológicos son un mecanismo útil para identificar a los trabajadores adictos a efectos de proporcionar apoyo en la rehabilitación²⁸.

Otro problema que se plantea es que la detección no implica que el trabajador se encuentre bajo los efectos de las drogas en el trabajo, en tanto por ejemplo, los metabolitos de algunos cannabinoides (componentes del cannabis), de la cocaína o la heroína pueden detectarse en la orina semanas después del consumo de la droga. Igualmente en la saliva se detectan períodos de entre 6 y 12 horas posteriores al consumo²⁹. De regla el empleador carece de potestades para controlar el comportamiento extra laboral de los trabajadores, quienes son libres de conducirse de la forma en que deseen, “salvo en aquellas hipótesis en que el mismo sea contradictorio con la prestación debida”³⁰. Por tanto, si el consumo ocurre fuera del lugar y horario de trabajo pero sus efectos pudieren extenderse al momento de prestación de tareas, el empleador se encuentra legitimado para ejercer su poder de control.

Claramente el recurso de forma indiscriminada a este tipo de pruebas podría vulnerar el derecho a la intimidad del trabajador y por tanto, los mismos deben estar justificados en

²³ GOLDSTEIN, E., “Técnicas de detección de drogas y derechos fundamentales”, *XXV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, FCU, Montevideo, 2014, p. 65-68.

²⁴ En este sentido: STSJ de la Comunidad Valenciana de 24/01/2013, AS\1296 señalando que la obligatoriedad de los controles a los conductores viola el derecho a la intimidad y dignidad personal de los mismos, existiendo otros medios a disposición de la empresa: formación preventiva y el deber de los trabajadores de poner en conocimiento de la empresa cualquier dolencia que pudiera afectar la conducción.

²⁵ OIT, “Tratamiento...” cit., p. 17.

²⁶ AMEGLIO, E., “Las adicciones...” cit., p. 39.

²⁷ En este sentido: PÉREZ DEL CASTILLO, M. e INTHAMOUSSU, J., *Manual...* cit., p. 80 y CASTELLO, Alejandro, “Potestad de control de consumo de marihuana en los lugares de trabajo (Decreto N° 120/014), *Profesionales & Empresas*, Tomo XXVI, CADE, Montevideo, 2014.p. 78.

²⁸ OIT, “Tratamiento...” cit., p. 17.

²⁹ OMS, *Glosario...* cit., p. 22 y GOLDSTEIN, E., “Técnicas...” cit., pp. 65-68.

³⁰ GOÑI SEIN, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Ed. Civitas, Madrid, 1988, pp. 262-263.

cuestiones relacionadas con el trabajo³¹. El Tribunal Constitucional ha señalado que los exámenes toxicológicos suponen una afectación de la esfera de la vida privada del trabajador, debiendo analizarse si la actuación llevada a cabo por la empresa cuenta con amparo legal o si fue consentida por el trabajador, encontrando así su justificación constitucional³².

ii) Vigilancia de la salud.

El art. 22 de la LPRL establece el deber del empresario de garantizar a sus trabajadores la vigilancia periódica de la salud, en función de los riesgos inherentes al trabajo. Una de las formas de vigilancia de la salud son los reconocimientos médicos, los cuales consisten en la detección, mediante pruebas y exploraciones realizadas sobre el cuerpo del trabajador, de posibles alteraciones a la salud o enfermedades que éste pudiera padecer³³.

Estos reconocimientos médicos son de principio voluntarios³⁴, afirmándose que el trabajador “será libre para decidir someterse o no a los controles médicos, permitiendo, en su caso, exploraciones y analíticas sobre datos corporales”³⁵. La norma no establece formalidades para la exteriorización de la voluntariedad de someterse a las pruebas, bastando la entrega de la muestra o presentación en el lugar y horas indicados para la realización de la misma³⁶.

El primer tema a abordar es si los controles toxicológicos pueden ingresar como vigilancia de la salud. La LPRL define en su art. 4 como riesgo laboral “la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo”. Por su parte, la OIT³⁷ recomienda a las empresas identificar posibles factores de riesgo³⁸, entendiendo que los mismos influyen en el desarrollo de las adicciones, pudiendo citarse como ejemplos: exposición a elevadas temperaturas, sequedad atmosférica, posturas incómodas, etc³⁹. Sobre esta línea, la drogodependencia en tanto enfermedad, podría considerarse un “daño derivado

³¹ OIT, “Principios rectores para pruebas destinadas a detectar el consumo de alcohol y de drogas en el lugar de trabajo adoptados por la Reunión interregional tripartita de expertos celebrada del 10 al 14/05/1993 en Oslo (Hønefoss), Noruega”, *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT*, Anexo V, pp. 34-41. En igual sentido: CC.OO., *Orientaciones...* cit., p. 82.

³² STC de 15/11/2004, RTC\2004\196.

³³ POQUET CATALÁ, R., *El actual...* cit., p. 99.

³⁴ Ello surge del art. 22 LPRL y a nivel comunitario de la Directiva N° 89/391/CEE de 12/06/1989 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, la cual establece en el art. 14 denominado “vigilancia de la salud” que las medidas a adoptarse por cada Estado en materia de prevención de riesgos permitirán a cada trabajador “sí así lo deseara”, someterse a la vigilancia de la salud a intervalos regulares.

³⁵ STC de 15/11/2004, RTC\2004\196.

³⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F., “Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2005, BIB 2005\3, POQUET CATALÁ, R., *El actual...* cit., p. 115, GUALDA ALCALÁ, M., “El control de la salud de los trabajadores” en ROMERO RODENAS, M.J y TRILLO PÁRRAGA, F. (Dirs.), *Manual de prevención de riesgos laborales*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2017, p. 209 y LOUSADA AROCHENA, J.F. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *La vigilancia de la salud laboral*, Ed. Tecnos, Madrid, 2017, p. 53.

³⁷ OIT, “Tratamiento...” cit., p. 1.

³⁸ El PIT - CNT realizó una clasificación de los factores de riesgo en el consumo de drogas dependiendo de si están relacionados con la organización del proceso productivo, con el puesto de trabajo y/o la tarea o con el ambiente laboral. Ver: FRANCOLINO, C. y MILLER, C., *Buenas prácticas...* cit., p. 42.

³⁹ GIUZIO, G. y SANTOS, M., “El consumo...” cit., p. 58 y PÉREZ DEL CASTILLO, M. e INTHAMOUSSU, J., *Manual...* cit., p. 79.

del trabajo” en tanto se consideran tales en los términos de la ley “las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo”⁴⁰.

El gran problema que se plantea al respecto es que las drogodependencias tienden a tener un origen multicausal y por tanto resulta difícil -por no decir imposible- adjudicar la misma a la existencia de factores de riesgo en la empresa. A lo expuesto debe agregarse que no todo consumo de drogas responde a una enfermedad, pero en determinados trabajos incluso el consumo esporádico de drogas puede constituir un riesgo para la salud del trabajador o de terceros, siendo susceptible por ejemplo, de causar accidentes laborales.

En este sentido, atendiendo principalmente al riesgo que puede generar la situación de consumo, el vigente Convenio Colectivo Estatal de Ferralla establece la obligación del empleador de adoptar las medidas preventivas que sean necesarias para eliminar o minimizar el consumo de drogas, considerando al mismo un riesgo laboral enmarcado en el art. 15 de la LPRL⁴¹.

Sin que sea necesario considerar al consumo de drogas como un riesgo laboral propiamente dicho, podría ingresar entre las excepciones a la voluntariedad establecidas en el art. 22 de la LPRL, en la segunda hipótesis que plantea la norma: “controles para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un riesgo para el mismo o para terceros”. Tratándose de un supuesto de controles obligatorios⁴². En esta excepción a la voluntariedad, el estado de salud del trabajador constituye un factor de riesgo⁴³, para sí mismo, para otros trabajadores e incluso para personas que pueden entrar en contacto con este en función de su actividad (clientes de la empresa, usuarios de un medio de transporte, proveedores).

Esta excepción es tan amplia que ha llevado a señalar que posee una “enorme ambigüedad”⁴⁴. En este sentido, el Tribunal Supremo ha entendido que por su amplitud “en la práctica anulan realmente el requisito general de que el trabajador preste su consentimiento, de modo que la excepción se convierte en norma general”⁴⁵.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que los reconocimientos médicos obligatorios solamente pueden ser impuestos cuando se presenten las siguientes notas: 1) proporcionalidad al riesgo: cuando no existan otros mecanismos eficaces de cumplir con la finalidad propuesta que ocasionen menor impacto en los derechos fundamentales en juego⁴⁶, 2) indispensabilidad de las pruebas: debiendo acreditarse en el caso concreto la necesidad objetiva de las pruebas, atendiendo al riesgo que se pretende prevenir y los motivos del

⁴⁰ Sin perjuicio de reconocer que, a nivel normativo, tal enfermedad no está recogida como una enfermedad profesional o enfermedad relacionada con el trabajo por el ordenamiento jurídico español.

⁴¹ CC Estatal de Ferralla de 27/07/2016, art. 103 (BOE n° 285 de 25/11/2016)

⁴² Una recopilación de sentencias recientes en la materia puede verse en: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J., “Los reconocimientos médicos obligatorios en la doctrina reciente de los tribunales”, *Revista de Información Laboral*, N° 5, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017, BIB 2017/11176.

⁴³ GUALDA ALCALÁ, M., “El control...” cit., p. 212.

⁴⁴ SALA FRANCO, T., *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 130.

⁴⁵ STS de 28/12/2006, RJ 2007\1503 y STS 10/06/2015, RJ 2015\3397. Ver esta última sentencia comentada en: SORIANO ARROQUIA, E.M. y MOLINA NAVARRETE, C., “Intimidad, pruebas médicas y convenio ¿‘caducado’?: el riesgo a terceros ¿‘excepción general’ a su voluntariedad?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 392, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2015, pp. 119-125.

⁴⁶ En igual sentido, señalando que el reconocimiento debe ser el “único mecanismo posible para determinar si el estado del trabajador puede suponer un riesgo” FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., “La vigilancia de la salud y el respeto a los derechos del trabajador” en FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, J.J. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. (Dirs.), *Doctrina jurisprudencial en materia preventiva, I Jornadas Universitarias Castellano y Leonesas sobre prevención de riesgos laborales*, Ed. Eolas, León, 2008, p. 351.

empleador para realizar el control sobre un trabajador en concreto, y 3) que cumpla con uno de los supuestos del segundo párrafo del art. 22.1 de la LPRL⁴⁷.

Los análisis toxicológicos no justifican por sí mismos una excepción a la regla del consentimiento en los términos del Tribunal Constitucional⁴⁸ y por lo tanto, para imponer la obligatoriedad de un control toxicológico se señala que debe existir un “riesgo que presente una cierta gravedad y razones fundadas para sospechas de su existencia”⁴⁹ o un “riesgo o peligro cierto objetivable”⁵⁰, no procediendo la misma si solo está en juego la salud del trabajador, en tanto este de principio es libre para someterse a los controles⁵¹.

Lo expuesto nos obligará a apreciar cual es la categoría laboral del trabajador para valorar si la prestación de tareas bajo los efectos de las drogas podría o no constituir un riesgo a terceros, extremo que se cumple en el caso de quienes conducen vehículos (conductores de ambulancias, camiones, autobuses, choferes en general, pilotos de avión, etc.), así como quienes trabajen prestando tareas en alturas u operando maquinaria, cuyo desempeño bajo los efectos de las drogas genere una situación de peligro⁵².

Fuera de la hipótesis de obligatoriedad, los controles toxicológicos serán voluntarios, debiendo el trabajador, para someterse a la prueba, prestar su consentimiento “informado, personalísimo, específico y revocable”⁵³.

En virtud de ello, se debe informar al trabajador el método que se empleará, las drogas objeto de detección y la finalidad que se le dará a los resultados⁵⁴, razón por la cual la muestra no podrá ser utilizada con fines diversos a los cuales fueron informados al trabajador (ni para la detección de otras drogas, ni para detección de VIH o embarazos)⁵⁵. Asimismo, el trabajador debe otorgar su consentimiento para la realización de cada prueba en concreto, no admitiéndose un consentimiento genérico de someterse al reconocimiento médico⁵⁶.

Si bien el consentimiento debe revestir las notas descritas en todos los casos de reconocimientos médicos voluntarios, en los controles toxicológicos que se realizan conjuntamente con los controles de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo, el trabajador debe ser informado

⁴⁷ STC de 15/11/2004, RTC\2004\196. En igual sentido: STSJ Comunidad Valenciana de 24/01/2013, AS\1296. Sobre este punto puede verse también: MARTÍNEZ FONS, D., “La vigilancia de la salud en la doctrina del Tribunal Constitucional. El principio de voluntariedad y la interpretación de sus excepciones”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2005, BIB 2005\408 y POQUET CATALÁ, R., *El actual...* cit., pp. 143-144.

⁴⁸ STC de 15/11/2004, RTC\196.

⁴⁹ POQUET CATALÁ, R., *El actual...* cit., p. 124.

⁵⁰ STS 10/06/2015, RJ\3397.

⁵¹ De nuevo, nos remitimos a la STC de 15/11/2004, RTC\196.

⁵² En este sentido, puede verse: TALÉNS VISCONTI, E., “La vigilancia de la salud del trabajador y el respeto a su intimidad en el supuesto de consumo de drogas”, *Revista Española de Drogodependencias*, Vol. 38, nº 2, Valencia, 2013, p. 184.

⁵³ LOUSADA AROCHENA, J.F. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *La vigilancia...* cit., p. 51.

⁵⁴ OIT, “Principios rectores...” cit., pp. 34-41. En igual sentido: CAVAS MARTÍNEZ, F., “Vigilancia...” cit. y RODRÍGUEZ BESSIO, N. e IGLESIAS CÁCERES, J., “Aspectos no previstos en los controles de alcohol y de drogas en los Decretos Nº 120/2014 y 125/2014”, *XXV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, FCU, Montevideo, 2014, p. 126 y POQUET CATALÁ, R., *El actual...* cit., p. 116, quien señala que esta información debe constar por escrito.

⁵⁵ OIT, “Principios rectores...” cit., pp. 34-41.

⁵⁶ GUALDA ALCALÁ, M., “El control...” cit., p. 210 y LOUSADA AROCHENA, J.F. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *La vigilancia...* cit., p. 51.

expresamente acerca de la realización de la prueba toxicológica, no pudiendo incluirse la misma en el reconocimiento si el trabajador no presta su consentimiento específico⁵⁷.

Planteada la posibilidad de solicitar la realización de controles toxicológicos con amparo en la normativa de prevención de riesgos, debemos de ver entonces que los mismos no representan *per se* una violación al derecho a la intimidad o a la dignidad del trabajador, no obstante lo cual estos derechos operarán como limitantes a las acciones que pudiere adoptar el empleador en el campo de actuación de la LPRL, en tanto así lo establece el art. 22.2 de la LPRL⁵⁸.

Pero debe verse que, incluso cuando se cumpla con ello, el empleador no se encuentra facultado a adoptar cualquier medio de detección de drogas, planteándonos entonces la problemática entorno a la elección del método.

El art. 22.1 de la LPRL señala que se deberá optar por las pruebas que causen menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo, lo cual en el plano de los controles toxicológicos nos inclina a preferir aquellos que utilizan métodos no invasivos⁵⁹. Un procedimiento es invasivo cuando “obliga a penetrar en el cuerpo mediante una incisión en la piel o a introducir en él un instrumento o material extraño al organismo”⁶⁰. Razonando a *contrario sensu*, un método no invasivo es aquel que no involucra la realización de incisiones o penetraciones en la piel y por tanto, encontrando a las extracciones de sangre dentro de tal categoría, debemos dar preferencia a los otros medios existentes para detectar el consumo de drogas (como ser: pruebas en saliva, detección de drogas *sweat*, pruebas capilares o análisis de orina)⁶¹.

Incluso dentro de las medios no invasivos, deberá realizarse una diferenciación en cuanto a los períodos de detección, en tanto los métodos de detección que poseen mayores períodos de detección (análisis de orina) resultan más intrusivos al derecho a la intimidad, existiendo otros métodos (pruebas en saliva) que pudiendo cumplir con la misma finalidad, son menos intrusivos.

Por otro lado, conviene plantearse si el empleador posee facultades para disponer controles toxicológicos con una finalidad ajena a la vigilancia de la salud. Al respecto los tribunales han señalado que el reconocimiento médico no es un instrumento de control del que se encuentra dotado el empleador, debiendo encontrar su fundamento en el derecho del trabajador a la vigilancia de la salud⁶².

No obstante lo cual, algunos autores han señalado que los controles toxicológicos pueden tener una finalidad legítima ajena a la prevención de riesgos laborales en la empresa, siendo relevantes a los efectos de lo dispuesto en el art. 54.2 f) del ET, cuando pudiere tener ello

⁵⁷ El Tribunal Constitucional ha entendido que si los controles toxicológicos se realizan conjuntamente con controles en función de los riesgos inherentes al trabajo, el trabajador debe ser informado de “todo aquello que no resulte previsible, y eso es lo que ocurre, tratándose de un reconocimiento médico de vigilancia de la salud en función del riesgo laboral, con las pruebas y datos extraños a esa finalidad”, STC de 15/11/2004, RTC\196. En igual sentido: POQUET CATALÁ, R., *El actual...* cit., p. 146 y MARTÍNEZ FONS, D., “La vigilancia...” cit.

⁵⁸ Sobre los derechos constitucionales, como fundamento y límite en materia de prevención de riesgos: CABERO MORÁN, E., “Incidencia de la normativa de prevención de riesgos laborales en los derechos fundamentales del trabajador” en FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, J.J. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. (Dirs.), *Doctrina...* cit., p. 351.

⁵⁹ POQUET CATALÁ, R., *El actual...* cit., p. 103.

⁶⁰ Definición del Diccionario de la Real Academia Española en <http://dle.rae.es/?id=aB1jIS9>

⁶¹ GOLDSTEIN, E., “Técnicas...” cit., pp. 65-68, si bien el citado autor incluye –a mi juicio, erróneamente– a los análisis de sangre entre los métodos no invasivos.

⁶² STC de 15/11/2004, RTC\196 y STSJ de Cantabria de 23/06/2010, AS\1821.

consecuencias negativas sobre el trabajo, por lo cual, de entender que concurre un “interés empresarial suficientemente acreditado”⁶³ podría procederse a los mismos, incluso fuera del campo de la prevención de riesgos laborales.

Nótese que se trata de un interés calificado, en tanto: “el empresario puede tener interés en conocer si el trabajador adolece de alguna enfermedad o dependencia que produzca cierto rechazo social, como la drogadicción, pero resulta patente que si tal situación no afecta de forma directa a la aptitud del trabajador para el desempeño de su puesto de trabajo o seguridad y salud de la empresa, el interés no puede calificarse como legítimo, sino más bien como discriminatorio”⁶⁴.

En igual sentido se han pronunciado algunos autores señalando que los reconocimientos médicos ajenos al ámbito de la prevención de riesgos laborales pueden ser establecidos mediante negociación colectiva, incluyéndolos en el art. 85 del ET, con la particularidad de que se debe prever en los mismos la contratación de profesionales o entidades sanitarias en tanto excede el ámbito del art. 31 de la LPRL (servicios de prevención), no pudiendo por vía de convenio colectivo establecerse obligaciones a cargo de terceros⁶⁵.

A lo expuesto solamente corresponde agregar que difícilmente el empresario posea un interés ajeno a la prevención de riesgos laborales que, ponderado con el derecho a la intimidad del trabajador adquiera una trascendencia tal que lo faculte a realizar controles toxicológicos. Si se consideran válidos exámenes médicos realizados fuera del ámbito de la vigilancia a la salud, no habría que recurrir a las excepciones a la voluntariedad del art. 22 de la LPRL, encontrando la medida su fundamento en el art. 20 del ET, debiendo respetar la dignidad de los trabajadores y superar el juicio de proporcionalidad.

No obstante lo cual, debe verse que el Tribunal Constitucional rechaza la obligatoriedad de controles toxicológicos ajenos a las hipótesis previstas en las leyes, privando por tanto al convenio colectivo de potestades para establecer la obligatoriedad de los mismos⁶⁶. En la misma línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo, señalando que el convenio “únicamente puede colaborar con la norma estatal en la delimitación y precisión de las excepciones legalmente establecidas a la exigencia de consentimiento, asumiendo una función de complementariedad”⁶⁷. Por tanto, de pactarse la realización de los mismos por convenio colectivo, este solamente podrá especificar hipótesis que ingresen dentro de las excepciones a la voluntariedad previstas en el art. 22 de la LPRL.

iii) Pruebas en los procesos de selección.

La LPRL no posee disposición alguna referente a la realización de exámenes médicos con carácter previo a la contratación⁶⁸, si bien con anterioridad a la misma existieron numerosas disposiciones que regulaban la cuestión para algunos sectores de actividad⁶⁹.

El art. 37.3 b) RSP establece que la actividad sanitaria en materia de vigilancia a la salud debe abarcar “una evaluación de la salud de los trabajadores inicial después de la

⁶³ MARTÍNEZ FONS, D., “La vigilancia...” cit.

⁶⁴ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L., *Las facultades...* cit., p. 166.

⁶⁵ POQUET CATALÁ, R., *El actual...* cit., pp. 111-112.

⁶⁶ STC de 15/11/2004, RTC\196. En este sentido también puede verse: TOSCANI GIMÉNEZ, D., *Reconocimientos médicos de los trabajadores y su régimen jurídico laboral*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2011, p. 59.

⁶⁷ STS de 10/06/2015, RJ\3397. Ver también: FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., “La vigilancia...” cit., p. 356.

⁶⁸ Debe señalarse que el Estatuto Básico del Empleado Público si contiene disposición expresa al respecto (Real Decreto Legislativo n° 5/2015 de 30/10/2015, art. 61).

⁶⁹ La evolución normativa puede verse en: POQUET CATALÁ, R., *El actual...* cit., p. 107.

incorporación al trabajo”, refiriendo por tanto a controles “inmediatamente posteriores a la contratación⁷⁰”, por lo cual algunos autores entienden que no refiriendo el reglamento a controles anteriores a la contratación, los mismos son inadmisibles, salvo que una disposición legal los establezca⁷¹.

En esta línea entonces, los mismos podrían realizarse no antes de la contratación del trabajador, pero sí antes de la ocupación efectiva, en tanto “más que ante un reconocimiento médico previo, posiblemente discriminatorio, estaríamos en presencia del examen de salud inicial del trabajador ya contratado”⁷².

No obstante lo cual, el Tribunal Supremo ha entendido que los exámenes médicos establecidos de forma previa a la contratación laboral no atentan contra la intimidad de los trabajadores, siempre que se cumpla con lo dispuesto en el art. 22.1 LPRL⁷³. El recurso por parte del Tribunal a la normativa de vigilancia a la salud resulta al menos un tanto curioso ya que esta obligación del empleador nace recién con la contratación y no antes (nótese que en el proceso de selección aún no se trata de trabajadores de la empresa), por lo cual, debemos entender que aplicar los mismos límites del art. 22.1 LPRL a los análisis en los procesos de selección responde a una aplicación analógica de la norma⁷⁴.

En lo que respecta al consumo de drogas se presenta una problemática al respecto, y sería la no contratación del trabajador en base a una suposición del empleador, discriminando así a los candidatos que tengan resultados positivos de consumo⁷⁵.

No obstante lo cual debe verse que la realización de los controles toxicológicos puede apuntar no solamente a la no contratación de un trabajador que diera positivo en un análisis médico –lo cual resultaría discriminatorio- sino más bien vincularse con el objetivo de objetivo de “adaptar el trabajo a la persona” en los términos del art. 15.1 d) de la LPRL, realizando el empleador reconocimientos médicos a efectos de detectar enfermedades o estados de salud de los trabajadores que pudieran resultar incompatibles con las tareas asignadas, llevando a cabo actividades preventivas⁷⁶.

En similar sentido, la OIT señala que el empleador debe procurar, en la medida de lo posible, evitar colocar al trabajador rehabilitado en un puesto de trabajo en condiciones análogas a las que pudieron haber motivado la situación de consumo problemático⁷⁷.

Estos reconocimientos previos a la contratación podrían ser legítimos cuando fueran “objetivamente inescindibles a los fines de la correcta valoración de la aptitud profesional del aspirante”⁷⁸, debiendo la empresa demostrar que la medida adoptada resulta imprescindible⁷⁹. Piénsese en los trabajos que requieren conducción de vehículos, trabajo en alturas o porte de armas.

⁷⁰ LOUSADA AROCHENA, J.F. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *La vigilancia...* cit., p. 39.

⁷¹ LOUSADA AROCHENA, J.F. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *La vigilancia...* cit., p. 40 y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *Reconocimientos...* cit., p. 41: citándose como normas legales el art. 243 LGSS para el caso de puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales, ajeno al tema del presente trabajo.

⁷² POQUET CATALÁ, R., *El actual...* cit., p. 108.

⁷³ STS de 28/12/2006, RJ 2007\1503.

⁷⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *La vigilancia...* cit., p. 41.

⁷⁵ CC.OO., *Orientaciones...* cit., p. 82.

⁷⁶ POQUET CATALÁ, R., *El actual...* cit., p. 107 y 109, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., “La vigilancia... cit., p. 367.

⁷⁷ OIT, “Tratamiento...” cit., p. 12.

⁷⁸ ROMERO RODENAS, M.J., *Sida y toxicomanías*, Ed. IBIDEM, Madrid, 1995, p. 166.

⁷⁹ TOSCANI GIMÉNEZ, D., *Reconocimientos...* cit., p. 42.

En algunos convenios colectivos se estableció la obligatoriedad de realizar controles médicos al inicio de la prestación⁸⁰, de forma indiscriminada y sin atender a un riesgo específico, lo cual puede señalarse que implica una “inversión de la regla en excepción y viceversa”⁸¹ en la medida en que la obligatoriedad de los controles pasaría a ser la regla general, existiendo excepciones en las cuales prima la voluntariedad.

A mi juicio, estos convenios colectivos en la medida que no se fundan en alguna de las excepciones del art. 22.1 de la LPRL, merecen la misma crítica que realiza el Tribunal Constitucional en la sentencia n° 196/2004⁸² ya citada, es decir, que el convenio colectivo carece de potestad para establecer la obligatoriedad de los controles fuera de las hipótesis contempladas en la norma.

iv) Las pruebas de despistaje y las pruebas confirmatorias.

Los métodos de detección de drogas no son totalmente infalibles, pudiendo existir la posibilidad de que ocurran falsos positivos. Por ello, existen dos tipos de pruebas, a saber: las pruebas de despistaje que tienen como objetivo detectar la presencia de una determinada sustancia en el organismo y las pruebas de confirmación cuyo objetivo es confirmar el resultado obtenido por una prueba de despistaje⁸³.

Es conveniente apuntar la importancia de prever la realización de una prueba de confirmación ante un resultado positivo, en tanto existen sustancias lícitas que son capaces de alterar tales resultados, como por ejemplo la codeína que, en tanto constituye un opiáceo al igual que la heroína, puede dar resultados similares en test de saliva⁸⁴.

Los convenios colectivos que prevén la realización de exámenes toxicológicos, contienen disposiciones referidas a la realización de una prueba confirmatoria en caso de resultados positivos⁸⁵.

El convenio colectivo vigente del sector transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de Cantabria no solo prevé la realización de la prueba confirmatoria, sino que incluso señala que, dentro de un margen reducido de tiempo, el trabajador podrá –en caso de que ambas pruebas dieran positivo- someterse a una prueba de sangre⁸⁶. Esta prueba se realiza de forma voluntaria en tanto se trataría de una tercera prueba (ya existiendo prueba confirmatoria) y además responde a un método invasivo.

En otros convenios se prevé la realización de una segunda prueba confirmatoria, pero solo para determinadas categorías laborales (en el caso concreto: los conductores)⁸⁷. La

⁸⁰ CC Estatal de empresas de seguridad de 17/07/2015, art. 30 (BOE n° 224, de 18/09/2015), CC de Empresa “Vigilancia instalaciones de seguridad y alarma servicios auxiliares, S.L.” de 31/03/2003, art. 38 (BOE n° 9 de 15/04/2003), CC de Empresa “Dalmaterra Empresa de servicios, S.L.” de 10/02/2004, art. 38 (BOE n° 206 de 26/08/2004) y CC Provincial del sector despachos de graduados sociales y diplomados de relaciones laborales de Almería de 10/02/2011, art. 46 (BO Almería n° 86 de 09/05/2011).

⁸¹ MOLINA NAVARRETE, C., “Vigilancia de la salud laboral, consentimiento ‘desinformado’ y ‘límites al secreto médico’”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 404, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2016, p. 9.

⁸² STC de 15/11/2004, RTC\196.

⁸³ OIT, “Principios rectores...” cit., pp. 34-41.

⁸⁴ CC.OO., *Orientaciones...* cit., p. 118.

⁸⁵ CC Autonómico de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de Cantabria de 19/08/2016, art. 65 (BO Cantabria n° 198 de 14/10/2016), CC del sector portuario de Barcelona de 17/05/2013, Anexo IX (BO Barcelona n° 132 de 11/07/2013).

⁸⁶ CC Autonómico de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de Cantabria de 19/08/2016, art. 65 (BO Cantabria n° 198 de 14/10/2016).

⁸⁷ CC Autonómico del sector transporte por carreteras de Asturias de 10/12/2015, art. 41 (BO Almería n° 44 de 23/11/2016).

realización de una prueba confirmatoria debería ser un derecho de todo trabajador al cual el resultado de la prueba de despistaje le ha dado positivo, debiendo además descartarse que se trate de consumo de otras sustancias lícitas que alteren el resultado de la prueba.

v) Posibilidad de realizar pruebas aleatorias.

En primer lugar debe señalarse que el ordenamiento jurídico español no otorga al empleador la facultad de realizar controles aleatorios a los trabajadores con la finalidad de determinar si están bajo los efectos de sustancias psicoactivas.

En algún convenio colectivo se establece expresamente la posibilidad del empleador de realizar pruebas de consumo de alcohol y drogas, siguiendo un protocolo que anexa al mismo⁸⁸. Esto es, por vía de negociación colectiva se establece la posibilidad de realizar controles toxicológicos aleatorios a los trabajadores del sector, sin establecerse a texto expreso si los mismos son o no obligatorios. En tanto el convenio colectivo no puede establecer controles obligatorios en hipótesis que no estuvieran previstas en las leyes, a efectos de considerarse estos obligatorios deberían ingresar en alguna de las hipótesis de obligatoriedad segundo párrafo del art. 22.1 de la LPRL.

Así, en hipótesis en las cuales el estado de salud del trabajador pudiera constituir un peligro para los demás trabajadores o terceros, podrán disponerse los controles obligatorios, dependiendo esto de la categoría laboral del trabajador⁸⁹, lo cual resulta aplicable en el caso de los conductores⁹⁰ pero no puede apreciarse tan claramente en caso de los auxiliares administrativos, telefonistas o limpiadores.

Situación similar a la expuesta ocurrió con la implantación de controles antidroga en la Policía Municipal de Bilbao. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco declaró los mismos no conformes a derecho, suspendiéndolos salvo cuando hubiere consentimiento del afectado, en tanto la imposición de controles obligatorios al colectivo en general de trabajadores no se ajusta a las exigencias constitucionales, en virtud de que el uso de armas y la conducción de vehículos no son propias del desempeño de todas y cada una de las funciones de los funcionarios de policía, debiendo acreditarse la necesidad objetiva de los controles en cada caso concreto, en tanto la LPRL no ampara “la práctica de reconocimientos de carácter aleatorio y obligatorio indiscriminadamente a todo el colectivo”⁹¹.

Si admitimos la posibilidad de realizar controles para una categoría laboral determinada, debemos de analizar cada cuanto se pueden realizar los mismos, en tanto los análisis establecidos con una periodicidad excesiva pueden resultar abusivos. Al respecto corresponde apuntar que ni la LPRL ni el RSP establecen la periodicidad con la cual los mismos deben realizarse, tratándose por tanto de una cuestión susceptible de ser establecida

⁸⁸ CC Autonómico del sector transporte por carreteras de Asturias de 10/12/2015, art. 41 (BO Asturias n° 44 de 23/11/2016). En el protocolo se establece la posibilidad de las empresas de realizar un máximo de tres procesos de controles cada año, debiendo preavisar a la representación de los trabajadores la intención de llevarlos a cabo y los posibles meses en que se llevará a cabo. Asimismo, se señala que en cada proceso se puede realizar control a un máximo de 15% de la plantilla, no pudiendo realizar el control más de dos veces en un año a un mismo trabajador.

⁸⁹ Algunos tribunales han establecido la legitimidad o no de los controles dependiendo de la categoría laboral de los trabajadores. Pueden verse: STSJ de Madrid de 12/09/2016, JUR\234171, STSJ del País Vasco de 16/02/2016, JUR\83662.

⁹⁰ En contra: STSJ de la Comunidad Valenciana de 24/01/2013, AS\1296 la cual señala “la conducción de vehículos de transporte colectivo urbano no es una actividad de riesgo añadido sobre el riesgo ordinario de las personas implicadas en el tráfico y la conducción de vehículos, actividad debidamente reglamentada por el legislador”.

⁹¹ STSJ del País Vasco de 7 de abril del 2014, RJCA\627.

por convenio colectivo, siempre y cuando la contigüidad de los mismos no lesione los derechos de los trabajadores.

vi) La negativa del trabajador de someterse a los controles toxicológicos.

Analizada la posibilidad del empleador de solicitar a los trabajadores la realización de análisis toxicológicos, corresponde considerar las consecuencias que pudieren derivar de la negativa del trabajador de someterse a los mismos. En primer término conviene señalar que la OIT ha expuesto que de la negativa del trabajador no puede asumirse que el mismo consume drogas⁹².

Esta situación es la que deriva de los “positivos técnicos”⁹³, en el entendido que el convenio colectivo específicamente prevé que en caso de negativa, se tendrá como resultado positivo, lo cual tiene claros efectos en el plano del poder disciplinario.

Siendo los controles toxicológicos de principio voluntarios (en virtud de la disposición del art. 22.1 LPRL ya analizada), la negativa de someterse a los mismos no puede tener consecuencias negativas sobre el trabajador.

Por otro lado, en los casos en que el control sea obligatorio, la negativa del trabajador a realizarlos podrá constituir una falta de obediencia, como lo prevén algunos convenios colectivos, considerándolo falta grave⁹⁴. No obstante lo cual, no considero atinado graduar de la misma forma la falta vinculada al resultado positivo con la negativa a la realización de la prueba, en tanto si bien no se trata de un “positivo técnico”, en los hechos las consecuencias disciplinarias serían las mismas.

Considerando por tanto sancionable la negativa del trabajador de realizarse los reconocimientos médicos cuando estos fueran obligatorios⁹⁵, debe apuntarse que en caso de negativa reiterada será susceptible de configurar un despido disciplinario por la causal “La indisciplina o desobediencia en el trabajo” recogida en el art. 54.2 b) del ET⁹⁶.

⁹² OIT, “Principios rectores...” cit., pp. 34-41. En igual sentido: FRANCOLINO, C. y MILLER, C., *Buenas prácticas...* cit., p. 96, quienes señalan que la negativa del trabajador no debe entenderse como confirmatoria de ninguna situación de diagnóstico.

⁹³ STSJ de Cataluña de 10/02/2011 y 31/05/2013, JUR\160930 y AS\2496 respectivamente. Tal es el caso del CC del sector portuario de Barcelona de 17/05/2013, Anexo IX (BO Barcelona n° 132 de 11/07/2013).

⁹⁴ CC Estatal del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riego, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado de 28/06/2013, art. 68 (BOE n° 181 de 30/07/2013), CC Estatal del sector de la estiba portuaria de 29/07/2013, art. 18.5 (BOE n° 26 de 30/01/2014), el Laudo Arbitral de 24/11/2000, dictado en el conflicto derivado del proceso de sustitución negociada de la derogada Ordenanza Laboral para las Empresas de Transporte por Carretera, Cap. V establece que la negativa será justa causa de despido (BOE n° 48 de 24/02/2001), CC del sector portuario de Castellón de 16/10/2001, art. 44 (BO Castellón n° 51 de 27/04/2002).

⁹⁵ TALÉNS VISCONTI, E., “La vigilancia...” cit., p. 186.

⁹⁶ SJS de Santander de 02/04/2010, AS\1852, confirmada por STSJ de Cantabria de 23/06/2010, AS\1821. El citado caso refería a un chofer de ambulancias en una empresa en la cual al volver de las vacaciones como práctica habitual realizaba controles de drogas a los conductores con fundamento en el riesgo que reporta el consumo de sustancias psicoactivas para los pacientes trasladados y las demás personas involucradas en el tráfico. Habiendo lícitud en la convocatoria empresarial a la prueba de la misma (por amparo en el segundo párrafo del art. 22.1 LPRL) la inasistencia sin justificación del empleado constituye un incumplimiento contractual grave susceptible de enmarcar en el art. 54.2 b) del ET. En igual sentido STSJ de Cataluña de 25/05/2011, AS\2260, en la cual se sostiene que la negativa al reconocimiento médico cuando este sea obligatorio constituye una actitud contraria al deber de colaboración con el empleador impuesta por el art. 29.2.6 LPRL, revistiendo la negativa reiterada un incumplimiento contractual muy grave procediendo el despido disciplinario por el art. 54.2 b) ET. Además puede verse con idéntica fundamentación: STSJ de Extremadura de 05/02/2013, AS\246.

vii) *Confidencialidad y tratamiento de los datos.*

El resultado de los exámenes toxicológicos debe ser confidencial, ello en tanto surge normativamente del art. 22 de la LPRL, el cual impone “la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud”⁹⁷, siendo el incumplimiento de tal obligación una infracción muy grave en los términos del art. 13.5 de la LISOS.

Si enfocamos el consumo problemático de drogas como un problema de salud, resulta claro que esta información será confidencial, en tanto refiere a la salud del trabajador. Por otro lado, si el trabajador es consumidor esporádico de drogas, el respeto a la intimidad y dignidad de la persona del trabajador impone la confidencialidad de la información recabada.

El Tribunal Constitucional entiende que en la medida que es información de la persona susceptible de ocasionarle un reproche social, el riesgo de discriminación hace que la información deba ser reservada⁹⁸. A lo expuesto debe agregarse que los métodos de detección de drogas no pueden determinar si se trata de un consumo problemático o de un consumo esporádico, por lo cual resulta lógico se imponga la confidencialidad en todas las hipótesis.

La OIT recomienda que el empleador establezca un sistema que asegurase el carácter confidencial de esta información, haciéndole saber al trabajador las excepciones que existan a tal regla por cuestiones jurídicas o de ética profesional⁹⁹.

En virtud de la disposición legal sujeta a comentario, el empleador tiene derecho a ser informado sobre las conclusiones del reconocimiento efectuado, cuando los informes estén directamente relacionados con la incidencia en la aptitud del trabajador para desempeñar sus funciones y es trascendente para determinar los riesgos que la misma representa para el propio trabajador, sus compañeros o terceros¹⁰⁰. Esta información no debe integrar el legajo del trabajador, debiendo ser archivada por separado¹⁰¹.

Alguna sentencia ha admitido que si el empleador es gestor del Servicio Nacional de Salud y atiende al trabajador en sus propias instalaciones, podría usar el resultado de los análisis para aplicar sanciones disciplinarias¹⁰². El tratamiento de estos datos está sometido a la LO n° 15/1999 de 13/12/1999 de protección de datos de carácter personal¹⁰³ y la imposición de sanciones disciplinarias sería ajena a la finalidad con la cual los datos llegaron a

⁹⁷ Lo señalado se ve reforzado por la exposición de motivos de la norma de referencia, la cual establece: “Desde estos principios se articula el capítulo III de la Ley, que regula el conjunto de derechos y obligaciones derivados o correlativos del derecho básico de los trabajadores a su protección, así como de manera más específica, ... las garantías y derechos relacionados con la vigilancia de la salud de los trabajadores, con especial atención a la protección de la confidencialidad y el respeto a la intimidad en el tratamiento de estas actuaciones...”.

⁹⁸ STC de 15/11/2004, RTC\196.

⁹⁹ OIT, “Tratamiento...” cit., pp.7 y 20.

¹⁰⁰ STSJ de Madrid de 04/12/2002, AS\482.

¹⁰¹ OIT, “Tratamiento...” cit., p. 21 y OIT, “Principios rectores...” cit., pp. 34-41.

¹⁰² STSJ de Castilla y León de 08/03/1999, AS\1226, señalando que el demandado “como gestor del Servicio Nacional de Salud, al tener conocimiento por ser atendida en sus propias instalaciones de la situación de una persona que trabaja para él, no puede obviar dicho conocimiento con la consiguiente desprotección hacia los ciudadanos, es decir no puede admitirse que se ponga en situación de riesgo la salud pública, cuando no ha habido una actuación ilegal de búsqueda de datos, sino un conocimiento a virtud de la propia actuación profesional”.

¹⁰³ SALA FRANCO, T., *Derecho...* cit., p. 132, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., “La vigilancia...” cit., p. 364.

conocimiento del empleador, debiendo diferenciarse los datos que posee como gestor del sistema de salud y los que posea como empleador.

Por otro lado se prevé a nivel normativo que los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador. ¿Ello implica que la empresa no podrá imponer sanciones? Al respecto los tribunales han señalado que “no se castiga el consumo de drogas como tal sino una actitud del trabajador absolutamente negativa ante el trabajo”¹⁰⁴.

En la materia objeto de estudio, siguiendo los lineamientos de la OIT, se debe adoptar el principio de no discriminación en el empleo, respecto a trabajadores que presenten o hayan presentado problemas con el consumo de drogas, evitándose situaciones de discriminación hacia este colectivo en riesgo de exclusión social¹⁰⁵.

En definitiva, conectando los lineamientos expuestos en la materia con la normativa de la LPRL, el empleador no podrá discriminar a los trabajadores por ser drogodependientes o por el solo hecho de consumir drogas, no obstante lo cual, si de ello derivan efectos negativos sobre la prestación debida (como ser la falta de aptitud o la generación de una situación de riesgo) se podrán imponer sanciones disciplinarias¹⁰⁶.

c) Controles y registros.

La tenencia de drogas consiste en el ingreso de las mismas por parte del trabajador, al centro de trabajo. Esta conducta puede ser con diversos ánimos, ya sea para el consumo en el centro de trabajo o en horario laboral, fuera del centro y una vez finalizado el horario, o con una finalidad de distribuir o comercializar las drogas con otros trabajadores o bien con clientes de la empresa.

Debemos ver que si el empleador puede sancionar o incluso despedir a un trabajador por introducir drogas al lugar de trabajo es porque esta introducción constituye un incumplimiento laboral, en tanto el poder disciplinario se encuentra reservado para los incumplimientos laborales. Si constituye un incumplimiento laboral, el empleador puede adoptar las medidas de vigilancia y control que estime más oportunas en el marco de lo dispuesto en el art. 20 del ET.

Si bien genéricamente esta facultad del empleador se encuentra legalmente recogida en el citado artículo, el art. 18 del ET otorga una protección reforzada¹⁰⁷, recogiendo la posibilidad del empleador de realizar registros sobre la persona del trabajador, su taquilla y efectos personales, con una finalidad específica y respetando al máximo la dignidad e intimidad del trabajador. Además y como garantía para los trabajadores, para evitar manipulaciones y falsedades¹⁰⁸, se establece la presencia del representante legal u otro trabajador, lo cual si bien no constituye un requisito ineludible, cumple con una doble función, asistir al trabajador en el registro y oficiar de testigo del mismo¹⁰⁹.

¹⁰⁴ STSJ de Madrid de 04/12/2002, AS\482.

¹⁰⁵ OIT, “Tratamiento...” cit., p. 18.

¹⁰⁶ En este sentido se ha pronunciado: TALÉNS VISCONTI, E., “La vigilancia...”, p. 184.

¹⁰⁷ Si bien algunos autores entienden que la potestad del art. 18 del ET es una potestad autónoma del poder de control. Al respecto ver: MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, pp. 284-285.

¹⁰⁸ POQUET CATALÁ, R., *El actual...* cit., p. 166.

¹⁰⁹ MARTÍNEZ FONS, D., *El poder...* cit., p. 329 y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L., *Las facultades...* cit., p. 161.

El bien jurídico protegido es el “patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa”, por tanto, ciñéndonos estrictamente a los términos normativos, los registros solamente serían posibles cuando exista una posible vulneración a estos derechos. Algunos autores señalan que en tanto se trata de una excepción a una prohibición normativa (inviolabilidad de la persona del trabajador, de acuerdo al *nomen iuris* del artículo en cuestión), la interpretación del bien jurídico debe de realizarse de forma restrictiva¹¹⁰. En esta misma línea se ha apuntado que se trata de una restricción de la utilización de ciertos medios de control¹¹¹, por tanto solo podrían ser utilizados con la finalidad descrita en la norma.

No obstante ello, se ha considerado una interpretación amplia de la terminología expuesta, permitiendo el recurso a los mecanismos de control previstos en el art. 18 del ET con la finalidad de evitar conductas lesivas para la empresa, refiriendo por tanto a “patrimonio” en un sentido institucional¹¹², ya sea para proteger la seguridad de la empresa¹¹³ o evitar la fuga de secretos industriales¹¹⁴.

Por tanto, corresponde analizar si el empleador con una finalidad de control en materia de tenencia o tráfico de estupefacientes puede proceder a realizar los registros del artículo objeto de estudio. Los autores que se pronuncian a favor de la inclusión en la interpretación amplia del registro para la detección de tenencia o tráfico de drogas, señalan la admisión jurisprudencial del mismo en tales hipótesis¹¹⁵, citando en su apoyo las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 18/03/1987 y 17/10/1988¹¹⁶.

En los casos citados se trata de trabajadores que prestaban tareas en casinos diferentes pero en la misma categoría laboral de croupier, recibiendo en su puesto de trabajo de parte de clientes de la empresa, sobres que contenían sustancias psicoactivas. Si bien el Tribunal Supremo admitió la legitimidad de los despidos disciplinarios en ambas hipótesis, no ingresó en el análisis de si el registro cumplió o no con los requisitos del art. 18 del ET. De hecho, ninguna de las sentencias citadas siquiera lo menciona. Lo expuesto estimo responde al hecho de que en ambos registros intervino un Inspector de la Brigada de Juego que se encontraba presente en el casino, y por tanto la intervención de un funcionario estatal nos coloca por fuera del poder de control, ya que no es el empleador quien realiza el mismo sino la autoridad pública.

Estimo pertinente señalar que en la mayoría de los casos de tenencia o tráfico de drogas en el lugar de trabajo, estas actitudes llegan a conocimiento del empleador por la intervención de la policía judicial o guardia civil mediante el registro de dependencia¹¹⁷. También existe la hipótesis que ante un registro en los términos estrictos del art. 18 del ET, -para asegurar

¹¹⁰ DURÁN LÓPEZ, F., “art. 18.- inviolabilidad de la persona del trabajador”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales, El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, p. 536.

¹¹¹ MARTÍNEZ FONS, D., *El poder...* cit., p. 31.

¹¹² FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L., *Las facultades...* cit., p. 153.

¹¹³ POQUET CATALÁ, R., *El actual...* cit., p. 170, DURÁN LÓPEZ, F., “art. 18...”, pp. 542 y 547 quien postula la validez de los registros “para evitar la introducción en los mismos de armas u objetos susceptibles de ser utilizados como instrumentos de agresión”, si bien reconoce que no está amparado estrictamente en el art. 18 del ET.

¹¹⁴ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L., *Las facultades...* cit., p. 153.

¹¹⁵ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L., *Las facultades...* cit., p. 154.

¹¹⁶ STS de 18/03/1987, RJ\1634 y 17/10/1988, RJ\7829.

¹¹⁷ Al respecto pueden verse: STSJ de Cantabria de 25/02/2000, AS\193, STSJ de Cataluña de 14/10/2010, AS 2011\254, STSJ de Cataluña de 12/06/2003, AS\2605, STSJ de Castilla y León de 24/11/2004, AS\764, STSJ de la Comunidad Valenciana de 30/01/2014, AS 2015\1507.

que no se produzcan sustracciones- se constate la tenencia de drogas por parte del trabajador¹¹⁸.

Pero fuera de estos casos, debemos centrarnos en si el empleador, con la mera finalidad de detectar la tenencia o el tráfico de drogas se encuentra facultado a disponer tales controles. A favor de esta postura puede señalarse que “Basta que exista un interés legítimo del empresario detrás de la decisión de proceder al registro y que tal medida no suponga un sacrificio desproporcionado de la intimidad del trabajador en relación con el interés que se protege”¹¹⁹.

Resulta pertinente apuntar que más que un interés legítimo del empleador deberíamos centrarnos en cuál es el bien jurídico en juego, en tanto la norma establece la excepción a la inviolabilidad de la persona en base a un bien jurídico protegido. Así, en el caso de que exista una sospecha fundada de tenencia de drogas en la empresa por parte del trabajador con una finalidad de consumo en la misma, el registro podría admitirse si puede ser relacionado con la tutela a la salud¹²⁰, resultando de este modo una medida adoptada con una finalidad de prevención de riesgos. En esta hipótesis la medida solamente podría ser utilizada cuando existiera una sospecha razonablemente fundada de que la conducta se ha producido, respondiendo al ejercicio extraordinario del poder de control.

Entiendo que en la medida en que esta norma ha servido de fundamento para legitimar controles que exceden el bien jurídico protegido, no resulta tan disparatado admitir los mismos cuando existieran sospechas de tenencia de drogas que pudieren, si se consumen en la empresa, generar un riesgo de accidente de trabajo, en tanto también apuntan a proteger la seguridad en la empresa (al igual que los controles para evitar la introducción de armas y explosivos).

En lo que respecta al tráfico de drogas conviene preguntarse cuál es el bien jurídico protegido y, si pueden disponerse registros en ejercicio ordinario del poder de control. Algunos autores rechazan la facultad de realizar registros para controlar el tráfico de drogas¹²¹ y otros admiten su legitimidad si se encuentra en juego el bien jurídico patrimonio empresarial, citando como ejemplos los casos de sanciones administrativas que pudieren recaer sobre casinos o discotecas por el tráfico de drogas¹²².

En cuanto a la interrogante de si los registros pueden ser utilizados en ejercicio ordinario del poder de dirección o si los mismos se reservan solamente para el extraordinario, algunos autores señalan como regla general que los controles del art. 18 del ET solamente proceden cuando exista una sospecha razonable de que la conducta se ha producido¹²³, vinculando por tanto tal facultad al ejercicio extraordinario del poder de control. Por otro lado, algunos autores reconocen que cuando los registros fueran necesarios e indispensables para salvaguardar el bien jurídico protegido, se pueden realizar registros con finalidades preventivas¹²⁴.

¹¹⁸ STSJ de Andalucía de 07/10/1993, AS\4421.

¹¹⁹ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L., *Las facultades...* cit., p. 157.

¹²⁰ Así, podría señalarse que los mismos se admiten si pueden ser relacionados con la tutela a la salud. En este sentido se ha pronunciado: MARTÍNEZ FONS, D., *El poder...* cit., p. 293.

¹²¹ ROMERO RODENAS, M.J., *Sida...* cit., p. 245

¹²² MARTÍNEZ FONS, D., *El poder...* cit., p. 293.

¹²³ POQUET CATALÁ, R., *El actual...* cit., p. 171 y MARTÍNEZ FONS, D., *El poder...* cit., p. 317.

¹²⁴ GOÑI SEIN, J.L., *El respeto...* cit., p. 191. En igual sentido FABREGAT MONFORT, G., *Nuevas perspectivas...* cit., p. 57 señala que si bien habitualmente forma parte del poder de control extraordinario, puede admitirse en el ejercicio del poder de control ordinario en determinadas hipótesis.

Considero que en tanto la norma no distingue, debe admitirse la posibilidad de realizar registros tanto si existiera una sospecha de que un trabajador o trabajadores ingresan drogas a la empresa o con una finalidad preventiva, si bien en esta última hipótesis se exigirá además que la misma se encuentre plenamente justificada.

Esto es, podríamos entender la validez de realizar controles aleatorios cuando existan elementos que así lo justifiquen, por ejemplo atendiendo a las tareas que prestan los trabajadores o el lugar en el que las mismas se desempeñan (sobre guardias de centros penitenciarios para evitar el tráfico de drogas con reclusos). En estos casos, deben adoptarse medidas para evitar su empleo con fines arbitrarios o discriminatorios¹²⁵.

Fuera de las hipótesis en que los registros pueden ser válidos, no pueden pactarse otros por negociación colectiva, en tanto “están en juego valores personales que corresponden *uti singuli* a cada individuo”¹²⁶.

Por último, fuera del ámbito del art. 18 del ET, encontramos los registros voluntarios.

En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, admitiendo el registro ante la sospecha de tenencia de drogas por parte del trabajador, señalando que la presencia de un representante legal de los trabajadores no es necesaria cuando el trabajador procede voluntariamente a la apertura de la taquilla¹²⁷.

Ello es compatible en el entendido de que los atentados contra la inviolabilidad de la persona del trabajador en los términos normativos, se circunscriben a las intromisiones “inconsentidas”¹²⁸.

No obstante lo cual debe apuntarse que, fuera de la hipótesis en que el trabajador admite haber abierto la taquilla de forma voluntaria, podrían plantearse problemas de difícil demostración si el trabajador negare que dicha apertura hubiera sido realizada de forma voluntaria (máxime cuando no se cuenta con testigos).

CAPÍTULO II

EL PODER DISCIPLINARIO

a) Generalidades.

Si bien no toda constatación de una irregularidad cometida por un trabajador viene precedida de una medida adoptada en ejercicio del poder de control, debe de apuntarse que el mismo carecería de sentido si el ordenamiento jurídico no reconociera a favor del empleador la facultad de sancionar los incumplimientos constatados¹²⁹. Este poder consiste en la facultad del empresario de imponer, de forma unilateral, ante un incumplimiento laboral del trabajador, una sanción que estuviere prevista¹³⁰. La exigencia de que la sanción esté

¹²⁵ DURÁN LÓPEZ, F., “art. 18...”, p. 548 y MARTÍNEZ FONS, D., *El poder...* cit., p. 323.

¹²⁶ GOÑI SEIN, J.L., *El respeto...* cit., p. 205.

¹²⁷ STSJ de Cataluña de 14/01/2009, AS\849.

¹²⁸ GOÑI SEIN, J.L., *El respeto...* cit., p. 171. En la misma línea se apunta que la LO N° 1/1982 de 05/05/1982 sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en su art. 2.2 establece que no habrá intromisión ilegítima a los derechos por ella protegidos (entre estos, el derecho a la intimidad) cuando el titular del derecho hubiera prestado su consentimiento.

¹²⁹ La interrelación entre los poderes empresariales también puede verse en: ROMÁN DE LA TORRE, M.D., *Poder...* cit., pp. 117-121 y MORATO GARCÍA, R.M., *Derecho...* cit., pp. 46-50.

¹³⁰ ALBIOL MONTESINOS, I., *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Ed. Deusto, Bilbao, 1990, p. 17, POQUET CATALÁ, R., *La actual configuración del poder disciplinario empresarial*, Ed. Tirant

previamente establecida se conecta con el principio de legalidad como límite a esta facultad empresarial¹³¹.

El fundamento legal del poder disciplinario se encuentra en el art. 58.1 del ET, disposición que constituye una “norma de remisión”¹³², en tanto no establece que conductas del trabajador podrán ser sancionables, limitándose a establecer que las leyes o convenios colectivos establecerán los incumplimientos que constituyan faltas, su graduación y las correlativas sanciones.

En lo que respecta a la facultad disciplinaria en materia de drogas en el lugar de trabajo, la única referencia normativa en el ET se encuentra consagrada en el art. 54.2 f) en sede de despido disciplinario, lo que será analizado seguidamente. Sin perjuicio de ello y atento a la graduación de faltas por los convenios colectivos, se presenta la imperiosa necesidad de recurrir a los mismos a efectos de completar el catálogo sancionador.

Entonces, ¿Qué sucede si el convenio colectivo no tipifica el consumo esporádico de drogas como falta? Al respecto debe apuntarse que ni el ET ni los convenios colectivos poseen una vocación exhaustiva¹³³, incluyéndose expresiones genéricas referentes a la buena fe o a incumplimientos contractuales, e incluso en algún convenio colectivo se advierte que la enumeración es a título enunciativo¹³⁴.

En la materia objeto de estudio debe verse que, atento al reproche moral que la conducta pudiere tener, resulta más susceptible incurrir en arbitrariedades al momento de imponer sanciones, siendo las mismas desproporcionadas. En el entendido de que el empleador incurre en arbitrariedad si impone al trabajador una sanción desproporcionada¹³⁵, debe señalarse que la previa determinación de las faltas y sus respectivas sanciones limita las posibilidades del empleador de extralimitarse al momento de sancionar, en tanto solamente podrá aplicar las sanciones que surjan del cuadro de sanciones previsto en el convenio colectivo, sin perjuicio de lo cual posee cierto margen de discrecionalidad¹³⁶.

Al momento de sancionar la conducta el empleador debe adecuar la sanción a imponer a la gravedad de la falta cometida por el trabajador, ello en virtud del principio de proporcionalidad¹³⁷, el cual implica que “tiene que haber correspondencia entre el perjuicio producido y el castigo a imponer”¹³⁸. Lo expuesto se vincula también a la teoría gradualista, en virtud de la cual constatado el incumplimiento contractual, deben tomarse en consideración las “circunstancias concretas”¹³⁹ en que el mismo se produjo, lo cual implica valorar las “circunstancias concurrentes, tanto anteriores, como coetáneas y posteriores”¹⁴⁰ a efectos de graduar la falta cometida.

lo Blanch, Valencia, 2011, p. 17, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *El poder disciplinario en la empresa*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 68.

¹³¹ POQUET CATALÁ, R., *La actual...* cit., p. 45.

¹³² POQUET CATALÁ, R., *La actual...* cit., p. 37.

¹³³ ALBIOL MONTESINOS, I., *El despido...* cit., p. 22.

¹³⁴ CC Estatal para el sector del estacionamiento regulado en superficie y retirada y depósito de vehículos de la vía pública de 02/12/2016, art. 60 (BOE nº 56 de 07/03/2017), el cual reza: “La enumeración de los diferentes tipos de faltas es meramente enunciativa y no implica que puedan existir otras, las cuales serán clasificadas según la analogía guarden de conformidad con lo que se dispone en los siguientes artículos”.

¹³⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *El poder...* cit., p. 277.

¹³⁶ POQUET CATALÁ, R., *La actual...* cit., pp. 239-240.

¹³⁷ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *El poder disciplinario y la negociación colectiva*, Ed. Comares, Granada, 2008, p. 193.

¹³⁸ POQUET CATALÁ, R., *La actual...* cit., p. 237.

¹³⁹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *El poder...* cit., p. 87.

¹⁴⁰ POQUET CATALÁ, R., *La actual...* cit., p. 20.

Debe señalarse que hay supuestos en los cuales el consumo o la tenencia de drogas en el lugar de trabajo son actos susceptibles de vulnerar varios tipos. En estos casos, atento al principio *non bis in ídem*, el empleador podrá únicamente sancionar en base a uno, evitándose así que una misma infracción pueda ser sancionada doblemente¹⁴¹. Sobre esta línea y, en aplicación del principio de especialidad, el empleador deberá decantarse por el más específico (si está tipificado por ejemplo el consumo de drogas) descartando así la posible aplicación del tipo más genérico (por ejemplo, trasgresión a la buena fe)¹⁴².

Al igual que fuera apuntado al momento de abordar el poder de control, el trabajador no puede ser objeto de control ni de sanciones disciplinarias por su forma de conducirse en su vida privada o por sus comportamientos extra laborales, salvo cuando estos adquieren relevancia si los conectamos con las obligaciones laborales¹⁴³. Por tanto, el consumo fuera del lugar de trabajo y fuera del horario laboral sería en principio una conducta atípica, a no ser que los comportamientos extra laborales de los trabajadores irradiaran sus efectos sobre las obligaciones laborales asumidas por estos. Ello dará lugar a dos faltas similares, a saber: el consumo en la empresa y la prestación de tareas bajo los efectos de las drogas.

Por último, estimo pertinente señalar que si bien la OIT se pronuncia por la preferencia del tratamiento y rehabilitación en caso de trabajadores que presenten un uso problemático de drogas en vez de la aplicación de medidas disciplinarias, reconoce el derecho del empleador a sancionar esta clase de conductas cuando afecten o puedan afectar con cierta probabilidad la ejecución de las tareas por parte del trabajador. En este sentido, aconseja la adopción de medidas dirigidas a prohibir o limitar el ingreso de drogas al lugar de trabajo, así como de normas de conducta que los trabajadores deben seguir en esta materia, señalándose que la violación de la misma puede derivar en la aplicación de medidas disciplinarias, incluido el despido¹⁴⁴.

b) El despido disciplinario.

Como manifestación más grave del poder disciplinario encontramos al despido disciplinario, el cual consiste en la facultad del empleador de resolver el contrato de trabajo ante el incumplimiento del trabajador¹⁴⁵. Esto es, si bien constituye un acto unilateral del empresario, su voluntad recesiva se ve precedida de un incumplimiento del trabajador de sus obligaciones¹⁴⁶, ya sea que deriven estas del contrato de trabajo, de convenios colectivos aplicables o disposiciones normativas laborales o extra laborales¹⁴⁷.

i) Notas que debe revestir la falta del trabajador.

Tratándose de la máxima sanción que puede aplicar el empleador no puede ser alegado frente a cualquier falta cometida por el trabajador, sino que “tal comportamiento incumplidor ha de ser grave, culpable y legalmente tipificado”¹⁴⁸, ello en tanto así lo impone el art. 54 del ET. Estos requisitos son de exigencia acumulativa, debiendo por tanto apreciarse conjuntamente, determinando la falta de alguno de estos requisitos la ilegalidad

¹⁴¹ POQUET CATALÁ, R., *La actual...* cit., 107 y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *El poder...* cit., p. 217.

¹⁴² SJS de Bilbao de 22/12/2017, JUR\14158.

¹⁴³ ROMERO RODENAS, M.J., *Sida...* cit., p. 210 y 221.

¹⁴⁴ OIT, “Tratamiento...” cit., p. 18.

¹⁴⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho...* cit., p. 699.

¹⁴⁶ ALBIOL MONTESINOS, I., *El despido...* cit., p. 21.

¹⁴⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T., *El despido disciplinario*, Ed. Difusión jurídica, Madrid, 2008, p. 15.

¹⁴⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho...* cit., p. 700.

de la medida extintiva¹⁴⁹.

En primer lugar, el incumplimiento ha de ser grave, siendo el empresario quien determine si la conducta reviste la gravedad suficiente exigida por la norma, determinación que será objeto de control por los órganos judiciales ante la reclamación contra el despido por el trabajador¹⁵⁰.

Además, la falta debe de haber sido cometida de forma culpable, no requiriéndose dolo¹⁵¹, esto es conciencia y voluntad del trabajador de cometer la falta, bastando que el mismo incurra en negligencia con su accionar. Hay autores que señalan que convendría sustituir el vocablo “culpable” por “imputable”¹⁵², en tanto la norma no contempla reglas de exclusión de responsabilidad.

Sin perjuicio de que la norma no establece eximentes, es claro que “el despido solo será posible si ha intervenido una voluntad dolosa por parte del trabajador, o al menos negligente”¹⁵³. En igual sentido se señala que “la culpabilidad habrá de entenderse, en el sentido de ser imputable a voluntad, bien deliberada o ya negligente, del trabajador”¹⁵⁴.

Por otro lado, hay autores que sostienen que si no hay una voluntad del trabajador de incumplir con sus obligaciones no existe legitimación para la extinción disciplinaria¹⁵⁵. Exigir la voluntariedad de la conducta implica desconocer los términos normativos, excluyendo los casos de negligencia, debiendo entonces realizarse un examen valorativo de la voluntariedad de la conducta, no bastando solamente con ver el resultado de la misma.

Por último, el comportamiento incumplidor del trabajador debe de estar legalmente tipificado. El art. 54.2 del ET establece los supuestos de incumplimiento contractual por parte del trabajador que facultan al empleador a despedir al trabajador sin mediar indemnización, tipificando un elenco de conductas de diversa índole. Se trata de una enumeración de carácter taxativo y por tanto el empleador no podrá argumentar otra causa que no esté prevista en la citada disposición¹⁵⁶.

En este sentido se señala: “Son siete supuestos en los que es necesario subsumir cualquier incumplimiento para que sea causa de despido y, en ese sentido, tiene valor la amplia lista legal... Aunque genéricas, el despido disciplinario ha de fundarse en algunas de aquellas siete causas y extramuros de ellas solo se encuentra el despido por participación en huelga ilegal”¹⁵⁷. En virtud de ello, la negociación colectiva con base en el art. 58.1 del ET, podrá especificar supuestos que ingresen dentro de las causales previstas por la norma legal, pero no podrá crear nuevas causales.

ii) Toxicomanía como causal de despido.

El art. 54.2 en su literal f) establece como incumplimiento contractual susceptible de ser merecedor de la máxima sanción “la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo”.

¹⁴⁹ ALBIOL MONTESINOS, I., *El despido...* cit., p. 41, STSJ de Islas Canarias de 1/07/2002, JUR\242696.

¹⁵⁰ STSJ de País Vasco de 20/09/2016, JUR\239628.

¹⁵¹ ALBIOL MONTESINOS, I., *El despido...* cit., p. 41.

¹⁵² CÁMARA BOTÍA, A., “El carácter “culpable” del incumplimiento del trabajador en el despido disciplinario”, en GARATE CASTRO, J. (coord.), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1997, p. 37.

¹⁵³ GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T., *El despido...* cit., p. 21.

¹⁵⁴ STSJ de Islas Canarias de 1/07/2002, JUR\242696

¹⁵⁵ CISCART BEÁ, N., *El despido por embriaguez y toxicomanía*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 59.

¹⁵⁶ En este sentido puede verse: ROMERO RODENAS, M.J., *Sida...* cit., p. 213.

¹⁵⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho...* cit., p. 700.

Nótese que la nota de “habitualidad” la norma no la exige respecto a la toxicomanía, no obstante lo cual el Tribunal Supremo ha entendido que la habitualidad surge del propio precepto¹⁵⁸. En efecto, si recurrimos a la definición de la Real Academia Española, la toxicomanía es el “hábito patológico de intoxicarse con sustancias que procuran sensaciones agradables o que suprimen el dolor”¹⁵⁹.

Tratándose de un “hábito” se requiere que la conducta sea habitual o bien que se presente de forma reiterada¹⁶⁰, lo cual nos permite descartar en primer término aquellas hipótesis en las cuales el consumo responda a un hecho aislado¹⁶¹ o incluso el consumo esporádico, siendo este aquel en el cual si bien se da más de un episodio de consumo, ello no implica que se trate de un consumo habitual¹⁶².

Se debe tratar por tanto de una conducta que se presenta de forma reiterada, con intervalos regulares, entendiéndose así como una “conducta frecuente que se hace, padece o se posee con continuación o por hábito”¹⁶³. La asiduidad puede ser acreditada mediante la reincidencia del trabajador cuando ya fue sancionado por el consumo de drogas en el lugar de trabajo¹⁶⁴, o al menos advertido¹⁶⁵.

Nótese que la normativa no establece la cantidad de veces que debe repetirse una conducta para considerarla habitual y por tanto, tratándose de un concepto jurídico indeterminado, será en primera instancia el empresario quien determine si se trata de un supuesto habitual o puntual¹⁶⁶, siendo en definitiva el Juez quien valore la asiduidad de la conducta, especialmente en casos de reincidencia del trabajador cuando ya ha sido sancionado o advertido de las consecuencias de tal actitud¹⁶⁷.

Así puede apuntarse que no se exige que la conducta ocurra de forma cotidiana¹⁶⁸, entendiéndose que se trata de un hábito cuando en el transcurso de un mes se fuman tres cigarrillos de marihuana en el trabajo¹⁶⁹ o en menos de un año cinco resultados positivos de drogas¹⁷⁰, descartándose la habitualidad cuando concurren dos episodios de consumo en un mismo día¹⁷¹. Por otro lado, también se ha entendido que el resultado positivo en dos controles con un mes de diferencia entre uno y otro revela una conducta puntual o esporádica, descartando la habitualidad, máxime cuando la detección de droga en analítica no necesariamente comporta que el sujeto se encuentre bajo sus efectos¹⁷².

Sin perjuicio de ello, existen supuestos en los cuales el requisito de la habitualidad se ve atenuado¹⁷³, como ser conductores de vehículos o trabajo en altura, atento a que el consumo

¹⁵⁸ STS de 03/11/1988, RJ\8510.

¹⁵⁹ Disponible en <http://dle.rae.es/?id=aB1jLS9>

¹⁶⁰ STS de 1/07/1988, RJ\5732 y STSJ de la Comunidad Valenciana de 02/12/2009, JUR\132299.

¹⁶¹ Al respecto, ver: STSJ de Cataluña de 04/04/2013, JUR\196404.

¹⁶² STSJ de País Vasco de 22/03/2016, AS\875.

¹⁶³ STSJ de Madrid de 10/04/2003, AS\3086.

¹⁶⁴ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *El poder...* cit., p. 147.

¹⁶⁵ POQUET CATALÁ, R., *La actual...* cit., p. 200.

¹⁶⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T., *El despido...* cit., p. 174.

¹⁶⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R., *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 227

¹⁶⁸ AGUILERA IZQUIERDO, R., *Las causas...* cit., p. 227, sin perjuicio de ello la STSJ de Andalucía de 09/01/2003, AS\1373, entiende configurada la toxicomanía por el “consumo durante tres días consecutivos de un polvo que inhalaban por vía nasal”.

¹⁶⁹ STSJ del País Vasco de 12/12/2000, AS 2001\2974.

¹⁷⁰ STSJ de Cataluña de 10/02/2011, JUR\160930.

¹⁷¹ STSJ del País Vasco de 18/07/2006, JUR\2007\100363.

¹⁷² STSJ de Islas Canarias de 24/08/2011, JUR\380922.

¹⁷³ AGUILERA IZQUIERDO, R., *Las causas...* cit., p. 227

de la droga que fuera podrá disminuir su capacidad de reacción y su atención. En estos casos, los tribunales califican la conducta no ya como toxicomanía (en tanto se trata de un episodio aislado) sino como una vulneración a la buena fe que reviste la gravedad suficiente para justificar el despido disciplinario¹⁷⁴.

Esta calificación del consumo ocasional de drogas en el lugar de trabajo como causa de despido disciplinario debe reservarse solamente para los casos en que el consumo cree un riesgo a la integridad física del trabajador o de terceros, u otra circunstancia de especial gravedad, en tanto no todo quebrantamiento a la buena fe es susceptible de configurar despido disciplinario¹⁷⁵.

No obstante ello, considero que el consumo esporádico de drogas no es susceptible de ser sancionado con despido, aunque afecte al trabajo en tanto se violenta el principio de proporcionalidad¹⁷⁶. Además el recurso a la causal del art. 54.2 d) del ET en tales hipótesis quebranta el principio de especialidad.

Por otra parte, “patológico” denota una enfermedad, pudiéndose señalar por tanto: “debería tratarse de un consumo patológico, en el que concurriera una dependencia, pues de lo contrario mal podrá hablarse de toxicomanía”¹⁷⁷.

Recordemos que la falta cometida por el trabajador para poder ser sancionada debe haber sido cometida de forma culpable, lo cual genera al menos la siguiente interrogante, ¿puede considerarse el vicio o la enfermedad una conducta culpable? Al respecto hay quienes afirman que si bien se trata de una enfermedad, obedeciendo su origen a un accionar de la persona, la causa del mismo es imputable a quien la sufre¹⁷⁸ o que “se trata de una adicción contraída de forma voluntaria”¹⁷⁹.

Criticando el tratamiento normativo de la cuestión, se ha apuntado: “en toda esta regulación subyace la idea de que el consumo de drogas es una conducta perjudicial merecedora de reproche social, por depender fundamentalmente de la propia voluntad del trabajador”¹⁸⁰.

Llama la atención como se condena una enfermedad vinculada al consumo de alcohol y drogas existiendo muchas enfermedades que no responden a una predisposición genética sino a hábitos alimenticios o incluso al consumo de tabaco y estas sí son consideradas verdaderas enfermedades.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pronunciándose sobre la discapacidad, ha señalado que la misma “no depende de en qué medida la persona haya podido o no contribuir a su propia discapacidad”¹⁸¹. Entiendo lo mismo sucede en el caso de la enfermedad de drogodependencia.

¹⁷⁴ Ver STSJ de Cataluña de 03/02/2010, AS\1356, el Tribunal entendió que la conducción de un vehículo por parte del trabajador bajo los efectos de la cocaína constituía una trasgresión grave a la buena fe contractual merecedora de la máxima sanción disciplinaria.

¹⁷⁵ STSJ del País Vasco de 20/11/2007, JUR\2008\39223.

¹⁷⁶ En este sentido, también: CC.OO., *Orientaciones...* cit., p. 70.

¹⁷⁷ NORES TORRES, L., “La embriaguez y la toxicomanía como causas de despido disciplinario”, *Revista Española de Drogodependencias*, Vol. 29, No. 3-4, Valencia, 2004, p. 281.

¹⁷⁸ BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J., *El despido disciplinario y sus causas. Análisis de la jurisprudencia*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 276.

¹⁷⁹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *El poder...* cit., p. 146.

¹⁸⁰ GOÑI SEIN, J.L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación...* cit., p. 117.

¹⁸¹ STJUE de 18/12/2014, TJCE\367.

Por ello, considero más atinada la interpretación de drogodependencia de quienes señalan que “la existencia de una conducta adictiva excluye la voluntariedad”¹⁸². Podría incluso considerarse que la sanción del drogodependiente perjudica sus posibilidades de recuperación¹⁸³, llegándose a apuntar por algunos autores que el mantenimiento de la fuente de trabajo es una de las más firmes posibilidades de rehabilitación¹⁸⁴.

Nótese que si se considera a la drogadicción una enfermedad que merece prevención, tratamiento y rehabilitación, lo lógico sería que la conducta fuera atípica¹⁸⁵. Así por ejemplo, se ha reconocido que la ludopatía o juego patológico constituye una situación que excluye la culpabilidad de la conducta, en tanto para referir a “culpabilidad” deben concurrir dos elementos: que el sujeto posea integridad psicológica que le permita discernir el contenido ético y alcance de sus actos; y el mantenimiento de la capacidad volitiva, entendido como tal la posibilidad del sujeto de determinar sus acciones¹⁸⁶.

Respecto al alcoholismo, se ha apuntado que si bien constituye una enfermedad, el mismo no va acompañado de daños neurológicos o fisiológicos y por tanto no priva al trabajador de sus facultades volitivas, no bastando con alegar una enfermedad o ser consumidor patológico para entender anulada la capacidad del trabajador¹⁸⁷.

Considero relevante destacar que los tribunales generalmente equiparan la toxicomanía al consumo de drogas reiterado, no valorando si hay un hábito o una situación de drogodependencia o adicción¹⁸⁸, señalándose incluso que “es ajeno por tanto a la norma legal como a la jurisprudencia, el origen patológico o no, de la conducta sancionable”¹⁸⁹.

Si nos ceñimos a los estrictos términos legales, el consumo de drogas para configurar causal de despido ha de ser patológico, en tanto el mero consumo reiterado de drogas en el lugar de trabajo no revelaría un hábito patológico¹⁹⁰, se requeriría el análisis de otros elementos (como podría ser la existencia o no del síndrome de abstinencia o de deterioro del control)¹⁹¹.

¹⁸² MIÑARRO YANINI, M., “El modelo regulador de las adicciones en los ambientes de trabajo en España: contradicciones y propuestas de cambio”, *Temas Laborales*, n° 134/2016, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016, p. 114.

¹⁸³ UGT, *Drogodependencia...* cit., p. 43 y MIÑARRO YANINI, M., “El modelo...” cit., p. 114.

¹⁸⁴ GIUZIO, G. y SANTOS, M., “El consumo...” cit., p. 62.

¹⁸⁵ En esta misma línea, el Informe elaborado por la ponencia sobre sistemas de tratamiento y atención en drogodependencia (BO Cortes Generales, Serie A, N° 432, de 31/05/2011) señala que ésta: “Es la única enfermedad que es causa de despido, pero no es la única enfermedad que puede repercutir negativamente en el trabajo. Esas otras no son causa de despido. Si es enfermedad, se le debe ofrecer y facilitar el tratamiento a quien la sufre”.

¹⁸⁶ STSJ de Castilla-La Mancha de 03/03/2016, AS\980. El Tribunal valoró que el trabajador se encontraba en tratamiento en la unidad de Conductas Adictivas dependiente del Servicio de Psiquiatría en un Complejo Hospitalario desde hacía 4 años, recibiendo atención psicopatológica en una asociación de ludópatas rehabilitados y se vio sobreesido provisionalmente en una causa penal a causa de demencia o enajenación.

¹⁸⁷ STSJ de Asturias de 14/06/2002, AS\2283. En igual sentido: STSJ de Madrid de 18/02/2008, JUR\122316 y STSJ del País Vasco de 26/06/2007, AS\3245 el cual señala que el consumo de alcohol “si bien pudo reducir el control de sus impulsos, no permite afirmar, a falta de otros elementos de juicio, que le impidiese la comprensión del carácter reprochable de su comportamiento”.

¹⁸⁸ Ello surge de las sentencias citadas que entienden configurada la toxicomanía por la reiteración del consumo. Pueden verse: STSJ de la Comunidad Valenciana de 02/02/2009, JUR\132299, STSJ del País Vasco de 12/12/2000, AS 2001\2974, STSJ de Andalucía de 09/01/2003, AS/1373, STSJ de Cataluña de 10/02/2011, JUR\160930, STSJ de Murcia de 05/11/2011, JUR\2012\373770. En igual sentido: BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J., *El despido...* cit., p. 276.

¹⁸⁹ STSJ de Aragón de 12/03/2001, JUR\151966.

¹⁹⁰ ROMERO RODENAS, M.J., *Sida...* cit., p. 208.

¹⁹¹ Se denomina “síndrome de abstinencia” al conjunto de síntomas de manifestación física y psíquica derivados de la interrupción del consumo de sustancias psicoactivas. Por su parte el deterioro del control viene

Si bien estos extremos han sido analizados a nivel judicial¹⁹², debe verse que salvo en las hipótesis en las cuales hay internación del trabajador y por tanto imposibilidad de este de seguir consumiendo drogas, difícilmente el empleador o el juez puedan apreciar la existencia de tales síntomas.

Lo expuesto no hace más que demostrar la dificultad que se presenta al intentar distinguir entre un consumo reiterado y un consumo patológico, sin perjuicio de lo cual estimo que si el trabajador es un consumidor patológico no estaría presente la nota de voluntariedad de la falta cometida, en tanto se trata en puridad de un trabajador enfermo.

Si consideramos al despido del drogodependiente como el despido de un trabajador enfermo, debemos apuntar que este sería improcedente y no nulo, en tanto no nos encontramos ante factores de discriminación prohibidos por el art. 14 CE¹⁹³.

No obstante lo cual, el Tribunal Supremo valora a efectos de determinar si existió o no discriminación en el despido del trabajador en situación de incapacidad temporal, si la enfermedad es tomada como elemento de segregación basándose en la mera existencia de la misma o en la estigmatización de quien la padece¹⁹⁴. En igual sentido, a criterio del Tribunal Constitucional la enfermedad es susceptible de constituir un factor de discriminación análogo a los contemplados en el art. 14 CE en tales hipótesis¹⁹⁵.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea si bien establece una diferenciación entre enfermedad y discapacidad, excluyendo a aquella en principio del marco protector de la Directiva N° 2000/78/CE de 27/11/2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹⁹⁶, señala que en hipótesis de enfermedades de largo plazo (dolencias físicas, mentales o psíquicas) que impidan al trabajador participar de forma plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores mediante la imposición de barreras (culturales, sociales o económicas), la enfermedad sí se vería alcanzada por el marco protector de la citada directiva¹⁹⁷.

En virtud de lo expuesto, el despido del trabajador drogodependiente, en principio debería ser considerado improcedente, no obstante lo cual, tratándose de una enfermedad susceptible de estigmatizar a quien la padece, sumado al hecho de que muchas veces se trata de una enfermedad de largo plazo capaz de obstar a la participación en la vida profesional en igualdad de condiciones que los demás trabajadores, podría ser nulo por vulneración del art. 14 CE¹⁹⁸.

vinculado a la incapacidad de suspender el consumo de las sustancias. Ambos términos se vinculan al consumo dependiente. Ver: OMS, *Glosario...* cit., pp. 56-57.

¹⁹² STSJ de Castilla y León de 8 de marzo de 1999, AS\1226.

¹⁹³ Sobre la improcedencia del despido del trabajador enfermo: STS de 22/11/2007, RJ 2008\1183, STS de 27/01/2009, RJ 27\1048 y STS de 12/07/2012, RJ\9598. Un análisis en profundidad de la cuestión puede verse en: POQUET CATALÁ, R., “¿Es válido el despido efectuado a un trabajador que padece alcoholismo?”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, ADAPT University Press, Vol. 5, N° 2, Italia, 2017.

¹⁹⁴ STS de 03/05/2016, RJ\2152.

¹⁹⁵ STC de 26/05/2008, RTC\62.

¹⁹⁶ STJUE de 11/06/2006, TJCE\192.

¹⁹⁷ STJUE de 11/04/2013, TJCE\122 y STJUE de 18/12/2014, TJCE\367. Esta última sentencia recaída en el caso el trabajador presentaba una obesidad mórbida, estando ésta también fuertemente estigmatizada.

¹⁹⁸ En este sentido, sobre el despido del trabajador alcohólico: POQUET CATALÁ, R., “¿Es válido...”, cit., p. 21.

Por otro lado, la toxicomanía ha de repercutir negativamente en el trabajo, debiendo presentarse tales requisitos de forma acumulativa, de manera tal que aunque la conducta sea habitual, si no se acredita la repercusión negativa, el despido será improcedente¹⁹⁹.

Nótese que la norma no exige calificación alguna a esta repercusión negativa, si bien algún tribunal ha entendido que debe ser una repercusión de “cierta entidad, gravedad o persistencia”²⁰⁰, lo cual podría llevarnos incluso a considerar que ésta reviste tal gravedad que es susceptible de enmarcarse por sí sola en cualquiera de los otros supuestos del art. 54.2 del ET²⁰¹.

Estimo que, o la repercusión negativa en el trabajo reviste una gravedad tal como para configurar por sí sola despido disciplinario (en cuyo caso, este precepto es inútil) o solamente adquiere tal gravedad por haber sido cometida por un toxicómano (en cuyo caso, podría resultar discriminatorio). Debe apuntarse que el despido disciplinario no es procedente porque los efectos que produce la toxicomanía sobre el empleo sean de tal gravedad que justifiquen por sí solo el mismo, sino por la acumulación del consumo reiterado y los efectos negativos en el trabajo.

No calificando de forma alguna la norma la repercusión negativa, entiendo que incluso una repercusión leve en el trabajo, si se dan ambos supuestos, podría hacer que la conducta se viera enmarcada en el literal f) del art. 54.2 ET, ya que de otra forma el empleador debería probar el consumo reiterado de drogas en el lugar de trabajo, la repercusión negativa del mismo y que esta repercusión reviste una gravedad tal que amerita el despido.

Es pertinente señalar una postura jurisprudencial que sostenía que si el hecho ocurría durante la jornada de trabajo, de ello se deduce la repercusión negativa en tanto es “consecuencia lógica de aquel estado”²⁰². Tal interpretación hace presumir la repercusión negativa sobre el trabajo cuando el consumo ocurra durante la jornada laboral, contraviniendo ello la clara redacción del artículo en cuestión.

La incidencia negativa en el trabajo debe poder ser demostrada de forma objetiva, en tanto claramente el reproche moral de tal conducta por el empleador no implica una repercusión en el trabajo²⁰³. Además debe apuntarse que esta incidencia negativa ha de ser real y no meramente hipotética, debiendo materializarse en un perjuicio en la calidad del servicio prestado por el trabajador o afectar el rendimiento del mismo²⁰⁴.

Esta exigencia está íntimamente vinculada al derecho a la intimidad y a la no repercusión de los poderes empresariales en la vida privada del trabajador, en tanto estos no afecten su desempeño laboral²⁰⁵.

Se señalan como posibles efectos negativos la indisciplina, la falta de puntualidad y/o asiduidad²⁰⁶, el error, la torpeza o mala práctica en la ejecución del trabajo²⁰⁷, los conflictos

¹⁹⁹ STSJ de Andalucía de 09/06/2000, AS\3501.

²⁰⁰ STSJ de Cantabria de 17/06/2004, AS\1903. En igual sentido: MIÑARRO YANINI, M., “El modelo...” cit., p. 114 y ROMERO RODENAS, M.J., *Sida...* cit., p. 243.

²⁰¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “La embriaguez habitual como causa de despido y/o la asistencia al trabajador con problemas de alcohol y drogas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 365-366, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2013, p. 156.

²⁰² STS de 29/05/1986, RJ/2748.

²⁰³ STSJ de Cataluña de 27/06/2003, AS\2284.

²⁰⁴ STSJ de Islas Baleares de 22/05/2006, AS\1941.

²⁰⁵ ALBIOL MONTESINOS, I., *El despido...* cit., p. 62 y GOÑI SEIN, J.L., *El respeto...* cit., p. 278.

²⁰⁶ STSJ de Cataluña de 14/10/2010, AS 2011\254, STSJ de Murcia de 17/06/1993, AS\3045.

²⁰⁷ STSJ de Baleares de 22/05/2006, AS\1941. La STSJ de Murcia de 17/06/1993, AS\3045 valora, entre otras consecuencias negativas, la disminución en el rendimiento.

con los compañeros de trabajo, la creación de situaciones de riesgo²⁰⁸, tanto para el propio trabajador como para terceros²⁰⁹ y el ocasionar daños en los bienes propiedad de la empresa o de clientes de esta²¹⁰.

El requisito de la influencia negativa en el trabajo permitirá sancionar al trabajador que consume drogas fuera del lugar de trabajo y fuera del horario de trabajo, si los efectos de las mismas influyen luego sobre su accionar en horario de trabajo²¹¹, no pudiendo ser alegado el desprestigio de la empresa por la intoxicación de los trabajadores fuera del ámbito laboral²¹². Esto es, resulta irrelevante el consumo de drogas fuera del lugar de trabajo y fuera del horario, salvo que esta conducta en principio privada del trabajador tuviere alguna repercusión en la prestación laboral²¹³.

La toxicomanía es considerada un defecto en la conducta²¹⁴ por la infracción a los deberes mínimos de convivencia y comportamiento decoroso que se exigen al trabajador dentro de la empresa, lo cual implica no realizar conductas inadecuadas en el ámbito laboral y evitar incurrir en hábitos que pudieran ser considerados irrespetuosos respecto a sus compañeros de trabajo²¹⁵.

No obstante ello, si se considerara solamente como un defecto en la conducta, el mismo sería sancionable por su ocurrencia, sin requerirse ni la habitualidad ni la repercusión en el trabajo²¹⁶. Tal ha sido el caso de determinadas sentencias en las cuales se entendió que el consumo reiterado de drogas en el lugar de trabajo evidencia “un quebrantamiento de la confianza depositada por la empresa en el trabajador”²¹⁷, estimando en su mérito procedente el despido disciplinario por vulneración a la buena fe contractual. Nótese que en estas hipótesis el tribunal no valora la incidencia negativa en el trabajo, en tanto no es un requisito del art. 54.2 d) del ET.

Sobre la misma línea, algunos autores han señalado que el consumo reiterado de drogas en el lugar de trabajo o la concurrencia al mismo bajo sus efectos constituyen faltas susceptibles de ser subsumidas por el apartado d) del art. 54 del ET, revelando por tanto la innecesariedad de contar con un supuesto específico²¹⁸. Al respecto estimo pertinente señalar que la gran mayoría de las causales de despido disciplinario previstas en el ET pueden ser subsumidas en la citada causal, atento a los términos generales en que está

²⁰⁸ STSJ del País Vasco de 12/12/2000, AS 2001\2974. En sentido contrario, la STSJ de Cataluña de 31/05/2013, AS\2496 en un caso de consumo habitual de drogas por parte del maquinista jefe de tren, entendió que si bien la actitud podía afectar la seguridad en la circulación de los trenes no estaba acreditada la incidencia negativa en el trabajo, sin perjuicio de lo cual entendió que procedía el despido disciplinario por vulneración a la buena fe contractual.

²⁰⁹ STSJ de Galicia de 12/07/2010, JUR\318603 entendió que en tanto el trabajador esporádicamente maneja una carretilla “desempeñándose el trabajo en unas instalaciones con riesgos de incendio y explosión, con paso de vehículos, el hallarse bajo la influencia de dichas sustancias constituye un peligro para el propio trabajador y para los compañeros así como para las instalaciones donde se desarrolla la actividad”. En igual sentido: STSJ de Cantabria de 07/12/1999, AS\4450 y STSJ de Murcia de 17/06/1993, AS\3045.

²¹⁰ STSJ de Cataluña de 02/06/2011, JUR\2011\292109.

²¹¹ NORES TORRES, L., “La embriaguez...” cit., p. 284.

²¹² CISCART BEÁ, N., *El despido...* cit., p. 58.

²¹³ STSJ de Andalucía de 09/06/2000, AS 2000\3501.

²¹⁴ BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J., *El despido...* cit., p. 276.

²¹⁵ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., “Embriaguez habitual y toxicomanía”, en AAVV, *Estudios sobre Derecho Disciplinario*, Ed. Acarl, Madrid, 1989, p. 615.

²¹⁶ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., “Embriaguez...” cit., p. 623 y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *El poder...* cit., p. 145.

²¹⁷ STSJ de Madrid de 06 y 20/02/2001, JUR\146878 y JUR\148465 respectivamente.

²¹⁸ CISCART BEÁ, N., *El despido...* cit., p. 58.

establecida. El recurso en casos de consumo reiterado de drogas a la causal del art. 54.2 d) del ET, como ya fuera afirmado, es contraria al principio de especialidad.

Sin perjuicio de ello, y si se sostiene a modo de *lege ferenda* su supresión, el ingreso de tales conductas por la causal “d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo” sería más rígida respecto a los trabajadores, en tanto castigaría con la máxima sanción el consumo reiterado de drogas, sin que fuera necesario probar por el empleador una incidencia negativa en el trabajo.

En este sentido fue planteada en el Congreso de Diputados, ya hace varios años, la supresión de la citada causal de despido disciplinario, en tanto los restantes incumplimientos del art. 54.2 del ET eran por sí suficientes para sancionar las conductas en que incurran los trabajadores bajo los efectos de las drogas con independencia de su condición de toxicómano, lo cual incluso podría repercutir negativamente sobre su rehabilitación²¹⁹.

La mera supresión de la causal no es solución suficiente, en tanto dejaría en situación de desamparo al trabajador toxicómano, facilitando la prueba del incumplimiento por cualquiera de las otras causales. Por lo cual estimo que toda posible reforma legislativa sobre esta línea debería apuntar a poner de cargo del empleador obligaciones en materia de prevención y reserva del puesto de trabajo en supuestos de rehabilitación.

Por lo expuesto, no considero que la existencia de tal causal específica sea innecesaria o que deba ser suprimida, aunque debo matizar que sí modificaría la forma en la que está redactada, eliminando la referencia a la “toxicomanía”, sancionando solamente el consumo reiterado de drogas en el lugar de trabajo cuando este incida negativamente en el trabajo y no revele un hábito patológico que requiera un tratamiento de rehabilitación.

iii) Otras conductas del trabajador que pueden dar lugar al despido disciplinario.

Si bien la única causal de despido disciplinario prevista en el ET relacionada a las drogas es la toxicomanía, ello no implica que el trabajador no pueda ser sancionado con el despido disciplinario en caso de incurrir en otras conductas, como ser la tenencia o el tráfico de drogas en la empresa.

Atento a los términos en que se tipifica la causal contenida en el literal d), “la trasgresión a la buena fe contractual”, el empleador podrá alegar incumplimientos del trabajador de la más diversa índole, todos los cuales se verán abarcados por ésta, en tanto sirve de “cajón de sastre”²²⁰ de las causales del despido disciplinario.

Analizaremos en primer lugar la tenencia de drogas, sobre la cual, en virtud de la dificultad de determinar el ánimo en estas situaciones (consumo propio o tráfico), los tribunales han otorgado relevancia al elemento cuantitativo de la sustancia objeto de tenencia por parte del trabajador.

Por un lado, consideraremos que la tenencia de una cantidad importante de drogas hace presumir que no es para el consumo propio, y el guardar esas cantidades de droga en las instalaciones de la empresa pueda ser considerada una trasgresión de la buena fe contractual,

²¹⁹ Proposición de Ley N° 122/000074 de 02/10/2000 sobre modificación del ET, presentada por el grupo parlamentario popular en el Congreso (BO Cortes Generales, Serie B, N° 87-1, de 06/10/2000).

²²⁰ ALBIOL MONTESINOS, I., *El despido...* cit., p. 44. En igual sentido PALOMEQUE LÓPEZ, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho...* cit., p. 701, señalan que la citada es “la causa más amplia del elenco normativo”.

no siendo unánimes los tribunales en entender si es una falta que reviste o no la gravedad tal como para configurar despido disciplinario por la causal del art. 54.2 d) del ET²²¹.

Por otro lado, si el trabajador posee una cantidad de escasa entidad que hace presumir que es para consumo propio y claramente no con una intención de tráfico, y esto no repercute de manera alguna sobre el desempeño de su trabajo ni origina un trastorno en el orden laboral²²² –porque es guardada de forma discreta, sin hacer ostentación-, no nos encontraríamos ante una conducta susceptible de ser enmarcada en el art. 54.2 del ET²²³.

En virtud de lo expuesto podríamos afirmar que no estaría justificado el despido disciplinario de un trabajador por tenencia de drogas con un claro ánimo de consumo propio, siempre que ello no afecte de forma directa la prestación de tareas²²⁴. Esto es, si por la cantidad de la droga que se tratare, fuera presumible que su tenencia es para consumo propio y no haya elementos para indicar que se realiza dentro del centro de trabajo y/o en horario laboral, si esta mera tenencia no repercute de forma alguna sobre la prestación del trabajo, entonces en principio no estaremos ante una conducta pasible de configurar el despido disciplinario.

Respecto al tráfico de estupefacientes en el lugar de trabajo, el Tribunal Supremo ha entendido que la conducta constituye una muy grave trasgresión de la buena fe contractual y por tanto queda abarcada por el art. 54.2 d) del ET²²⁵. Igual consideración merece la utilización para la actividad de distribución de drogas del vehículo propiedad de la empresa que esta pone a disposición del trabajador²²⁶.

Estimo trascendente señalar que la trasgresión a la buena fe contractual en hipótesis de tráfico de drogas puede configurarse no solamente respecto al trabajador que vende las drogas, sino también al que las compra en el lugar de trabajo²²⁷.

En cambio, si el trabajador realiza actividades de tráfico ilícito de drogas en un ámbito ajeno a la relación laboral, ello no necesariamente implica que exista una vulneración de los deberes básicos del trabajador con la empresa²²⁸. No obstante ello pueden existir hipótesis en que esta conducta en principio extra laboral perjudique a la empresa, por ejemplo cuando son hechos de trascendencia pública²²⁹ o incluso si se recoge en el convenio colectivo como

²²¹ A favor del despido disciplinario: STSJ de Cantabria de 25/02/2000, AS\193. En contra: STSJ de Cataluña de 14/10/2010, AS 2011\254. El trabajador en cuestión tenía en el vestuario de la empresa 9,17 gramos de cocaína, así como papelinas para envolver el producto y una balanza de precisión. De estos hechos no puede deducirse que el trabajador iba a realizar una distribución o tráfico de drogas en la empresa y por tanto entiende el tribunal que la “conducta no alcanza a tener la gravedad (y entidad) suficientes para entenderla incardinable en el citado art. 54 del ET”. En idéntico sentido: STSJ de Cataluña de 12/06/2003, AS\2605.

²²² También podría considerarse la trascendencia en la prensa por la desconfianza que generaría entre clientes, ocasionando un perjuicio económico al empresario. Al respecto ver: STSJ de Castilla y León de 24/11/2004, AS\764. En el caso citado el producto incautado al trabajador era “presuntamente” cocaína y se confirmó por el Tribunal el despido por trasgresión de la buena fe contractual valorando especialmente que se trataba de un establecimiento alimentario donde el trabajador manipulaba los alimentos.

²²³ STSJ de Andalucía de 07/10/1993, AS\4421.

²²⁴ BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J., *El despido...* cit., p. 276.

²²⁵ STS de 17/10/1988 y 18/03/1987, RJ\7829 y RJ\1634 respectivamente. En igual sentido STSJ de la Comunidad Valenciana de 30/01/2014, AS 2015\1507. Las mismas consideraciones merece la introducción de drogas en centros penitenciarios por parte de sus trabajadores para la posterior entrega a reclusos, ver: STSJ de Justicia de Cataluña de 25/11/2015, JUR\17873.

²²⁶ STSJ de Islas Canarias de 01/07/2002, JUR\242696

²²⁷ STSJ de Cataluña de 14/01/2009, AS\849.

²²⁸ STSJ de Cataluña de 13/01/2000, AS\1586. Estas conductas se enmarcan en la vida privada del trabajador, procediendo la suspensión del contrato si el trabajador es procesado con prisión, atento a lo dispuesto en el art. 45.1 g) del ET.

²²⁹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *El poder...* cit., p. 94.

falta grave la condena por delitos cometidos fuera de la empresa cuando estos pudieren implicar para la empresa desconfianza respecto del trabajador²³⁰.

Sin perjuicio de ello puede señalarse que en tal hipótesis resultaría fácil para el empleador alegar la mera desconfianza, pudiendo vulnerar el derecho a la intimidad del trabajador, en tanto son actos completamente ajenos a la empresa que incluso pueden no ocasionarle perjuicio alguno.

Por último, siendo un supuesto sobre el cual se han pronunciado los tribunales españoles, referiremos al cultivo de marihuana en la empresa. Partiendo de la base de que el cultivo en la empresa constituye una falta, debe verse si la misma reviste una gravedad tal como para justificar por si sola el despido disciplinario. A favor de tal postura se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña señalando “éste ha cultivado plantas de marihuana en el recinto de la empresa, conducta que es lo suficientemente grave como para dar lugar al despido de que ha sido objeto”²³¹. No se requiere en tales casos que se le ocasione un perjuicio a la empresa o que el trabajador consiga un lucro personal con su accionar, en tanto la actitud por si sola trasgrede la buena fe contractual²³².

En lo que respecta al conocimiento por parte de encargados y supervisores del cultivo realizado por otros trabajadores, podría entenderse que la omisión de comunicar al empresario la presencia y cultivo de sustancias tóxicas en la empresa así como de evitar que tales actos se lleven a cabo teniendo conocimiento de los mismos, constituye una trasgresión a la buena fe contractual, reuniendo la misma las notas de gravedad y culpabilidad que exige la normativa²³³. A nivel judicial se ha valorado a efectos de graduar la falta: el número de matas plantadas, la ubicación de las mismas, si iban a ser utilizadas para el consumo y si se trata de hembras o machos en tanto estas últimas tienen una mínima cantidad de principios psicoactivos²³⁴.

Considero que los criterios expuestos en cuanto a la configuración de la falta resultan plenamente trasladables a todas las hipótesis de producción de drogas en el lugar de trabajo, con la única diferenciación en cuanto a la posible graduación de la falta atendiendo a la cantidad de principios psicoactivos que poseen las matas de marihuana. La producción de drogas en el lugar de trabajo constituye un quebrantamiento grosero a la buena fe contractual, por lo cual estimo que es irrelevante si se trata de matas hembras o machos. Si bien no niego que las plantas machos rara vez se utilizan para el consumo (precisamente por el poco THC que contienen), no puede desconocerse que en términos estrictos, continúan siendo drogas si atendemos a la definición expuesta al comienzo del presente trabajo.

iv) Despido disciplinario por los efectos del consumo sobre el trabajo.

Debe verse que existen hipótesis en las cuales, por los efectos del consumo sobre el trabajo, pueden configurarse faltas de diversa magnitud e incluso ser susceptibles de enmarcar en el art. 54.2 del ET. Tal es el caso por ejemplo del trabajador que a causa de su consumo reiterado de drogas presenta incumplimientos en el horario de trabajo, art. 54.2 a) “Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo”²³⁵.

²³⁰ CC Estatal del sector de harinas panificables y sémolas de 11/03/2015, art. 50 (BOE n° 168 de 15/06/2015).

²³¹ STSJ de Cataluña de 09/09/2016, JUR\231586.

²³² STSJ de Madrid de 04/06/2013, AS 2012\1955.

²³³ STSJ de la Comunidad Valenciana de 18/05/2015, JUR\172326.

²³⁴ STSJ del País Vasco de 04/06/2013, JUR 2014\135445.

²³⁵ STSJ de Asturias de 14/06/2002, AS\2283. En la sentencia citada el despido del trabajador es a causa de las ausencias al trabajo por ser alcohólico, pero el razonamiento es plenamente trasladable al caso del consumo de drogas.

Es posible entender en supuestos de adicciones y dadas determinadas circunstancias²³⁶, que el trabajador no es imputable por las ausencias al trabajo y por tanto no podría hablarse de faltas cometidas de forma culpable como exige la normativa. En este sentido puede señalarse que la dependencia produce una “deformación del elemento de conocimiento y voluntad”²³⁷.

Un ejemplo claro al respecto es el supuesto del trabajador que encontrándose en tratamiento para superar su toxicomanía incurre en sendos incumplimientos de horario y disminución de rendimiento²³⁸. Incluso, sin entender que no está presente el elemento de culpabilidad, podría entenderse que se trata de faltas justificadas si el trabajador se encuentra sometido a un tratamiento desintoxicante²³⁹.

No obstante ello, no toda vez que haya un trabajador que padece una toxicomanía conocida por el empleador, se deberá entender que todas las ausencias sean justificadas, pudiendo incluso no derivar las mismas de tal patología²⁴⁰, razón por la cual el trabajador debería acreditar el motivo de su inasistencia en cada oportunidad²⁴¹.

Otra consecuencia común del consumo de drogas es la disminución en el rendimiento, prevista como causal de despido disciplinario en el art. 54.2 e) “La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado” o “La indisciplina o desobediencia en el trabajo” también prevista como causal de despido disciplinario en el art. 54.2 b).

Un trabajador que se encuentra bajo los efectos de estupefacientes también podría incurrir en la causal del art. 54.2 c) “ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos”, siendo un ejemplo claro el trabajador que agrede físicamente a otro²⁴². En este caso si bien puede tratarse de un hecho aislado, se sanciona al trabajador atendiendo al resultado –agresión a otro compañero–.

Por último, es de señalar que dependiendo la relación que el sujeto posea con la droga, lo puede llevar a incurrir en determinadas conductas, como ser hurtar dinero de la empresa para costear las drogas. En tales casos, el hurto ingresa como causal de despido por el art. 54.2 d) del ET, sin perjuicio de poder analizarse la inimputabilidad del trabajador derivada de la drogodependencia²⁴³.

²³⁶ STSJ del País Vasco de 20/04/2010, AS\2043. Se acreditó la inimputabilidad mediante informes médicos, habiendo posteriormente el INSS declarado la IP del trabajador por la situación de dependencia.

²³⁷ STSJ del País Vasco de 02/02/2016, JUR\82369.

²³⁸ STSJ del País Vasco de 18/12/2001, AS 2002\1240. En ese caso el Tribunal entendió que no estaba presente el elemento de culpabilidad exigido por el ET.

²³⁹ STSJ de Madrid de 21/12/1994, AS\5061, STSJ de Castilla y León de 16/07/2012, AS\1971 y STSJ de Madrid de 29/11/2001, AS\638.

²⁴⁰ STSJ de Madrid de 16/01/2001, JUR\98975.

²⁴¹ STSJ de Madrid de 18/02/2008, JUR\122316. El trabajador que se ausenta al trabajo a causa de su enfermedad debió haber acudido al Servicio Público de Salud para obtener una baja médica o proporcionar a la empresa un justificante demostrativo del estado de salud que alega le afectó los días en que no concurrió a trabajar.

²⁴² STSJ de la Comunidad Valenciana de 02/12/2014, JUR 2015\89134 y STSJ del País Vasco de 26/06/2007, AS\3245.

²⁴³ STSJ de Islas Baleares de 27/10/2003, JUR 2004\56751. En el caso citado se descartó la causa de inimputabilidad alegada en el entendido de que “la consciencia y capacidad de libre determinación con que el trabajador llevó a cabo las sustracciones durante un período de tiempo tan prolongado no suscitan duda razonable alguna”.

v) *Cuestiones formales: la carta de despido.*

Atento a lo establecido en el art. 55 del ET, el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, constando en la comunicación los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos. El contenido mínimo de la carta de despido constituye un elemento de conocimiento necesario por el empleador en tanto los defectos en la misma son susceptibles de tornar el despido improcedente.

Respecto a la exigencia legal, el Tribunal Supremo ha entendido que si bien no se impone una descripción pormenorizada de los hechos, la comunicación debe proporcionar al trabajador información suficiente e inequívoca de los hechos que se le imputan, a efectos de que éste si lo estime conveniente pudiere articular sus defensas²⁴⁴. Lo señalado por el Tribunal Supremo resulta lógico en tanto entender lo contrario colocaría al trabajador en un estado de indefensión, en el entendido de que “mal se podrá articular dicha defensa si no se sabe en qué momento se produjo la conducta imputada”²⁴⁵.

La carta de despido debe proporcionar los elementos suficientes que hagan factible que el destinatario de la misma conozca de manera indubitable el motivo del despido²⁴⁶. En particular en lo que respecta al despido disciplinario por toxicomanía, en tanto no se trata de un hecho aislado sino de una reiteración de hechos, se plantea la cuestión de si en la carta de despido el empleador debe realizar un punteo pormenorizado de cada una de las situaciones en las cuales se detectó el consumo por parte del trabajador indicando asimismo las fechas concretas y el estado en el que se encontraba²⁴⁷. Hay autores que señalan que la carta de despido debería incluso contener los efectos derivados de la conducta que inciden negativamente en el trabajo²⁴⁸.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto ha sido cambiante, señalando en primer término que la empresa cumple con la exigencia formal de la carta cuando utiliza la expresión “desde hace largo tiempo”, sin que sea necesario especificar las fechas en que ocurrieron los incidentes, ya que se trata de infracciones continuadas²⁴⁹.

Luego, apartándose del criterio expuesto anteriormente, habría entendido que si en la carta no consta la cantidad de veces que el trabajador concurrió a trabajar en ese estado ni cuál fue la repercusión negativa en el puesto de trabajo, sumado ello a la inexistencia de otras sanciones anteriores, el despido es improcedente²⁵⁰.

Por último y en su jurisprudencia más reciente, el Tribunal Supremo ha concluido que mientras en la carta de despido no se realicen imputaciones genéricas, esta será suficiente, en tanto nos encontramos ante una conducta reiterada en el tiempo²⁵¹. Siguiendo esta jurisprudencia asentada por el Tribunal Supremo se han pronunciado diversos Tribunales Superiores de Justicia.

Así por ejemplo el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sostiene que para no incurrir en “imputaciones genéricas” es necesario referir a fechas concretas, no bastando con la utilización del término “varias ocasiones”, debiendo definir también el supuesto fáctico en

²⁴⁴ STS de 03/10/1988, RJ\7507.

²⁴⁵ NORES TORRES, L., “La embriaguez...” cit., p. 286.

²⁴⁶ STSJ de Madrid de 23/05/2011, AS\2251.

²⁴⁷ En este sentido se ha señalado por la doctrina: “tanto la habitualidad como sus efectos negativos en el trabajo, corresponde al empresario probarlo, en este sentido de que se exige que todo ello conste en la carta de despido con el fin de ofrecer seguridad jurídica”, POQUET CATALÁ, R., *La actual...* cit., p. 144.

²⁴⁸ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., “Embriaguez...” cit., p. 629.

²⁴⁹ STS de 12/03/1984, RJ\1552.

²⁵⁰ STS de 29/05/1986, RJ\2748.

²⁵¹ STS de 21/05/2008, RJ\4336.

que se sustenta la “reincidencia en estos hechos”²⁵². En este mismo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha señalado que la no especificación de día alguno en la carta de despido es motivo suficiente para justificar la improcedencia del mismo²⁵³.

Resulta claro que el detalle pormenorizado de los eventos en que se concurrió a trabajar bajo los efectos de sustancias tóxicas, así como la incidencia negativa que estos tuvieron sobre el trabajo, colabora en la tarea de control de la misma por parte de los tribunales, pero si el trabajador fue observado por su conducta y advertido de la gravedad de la misma o de las consecuencias de tales actitudes, mal podría alegar desconocimiento en cuanto a los hechos que se le imputan.

c) Otras faltas relacionadas al consumo de drogas tipificadas en los convenios colectivos.

En lo concerniente al consumo ocasional y/o tenencia de drogas en el lugar de trabajo, al no contar con una norma de rango legal que establezca la prohibición de la conducta y su sanción²⁵⁴, debemos recurrir a la regulación del mismo por los convenios colectivos, en virtud del art. 58 del ET. El régimen español en este sentido se encuentra alineado a las recomendaciones de la OIT, en tanto ésta aconseja que las normas disciplinarias en materia de drogas se hagan en consulta y colaboración con los trabajadores y sus representantes²⁵⁵.

Algunos convenios colectivos van más allá de la mera limitación a configurar como falta el consumo esporádico o problemático de drogas, estableciendo disposiciones respecto a la prevención del consumo y del tratamiento de drogodependencias mediante la adopción de protocolos²⁵⁶, disposiciones que podemos denominar “cláusulas positivas”²⁵⁷. Lo más importante de estas disposiciones es la suspensión en la aplicación de medidas disciplinarias si el trabajador se somete a un tratamiento de rehabilitación²⁵⁸. Como apoyo al trabajador

²⁵² STSJ de Cataluña de 16/11/2010, AS\416.

²⁵³ STSJ de Madrid de 10/04/2003, AS\3086.

²⁵⁴ La Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 16/3/1971 establecía en su art. 11 bajo el *nomen iuris* “obligaciones y derechos de los trabajadores” en el literal f) la prohibición de “introducir bebidas u otras sustancias no autorizadas en los centros de trabajo, ni presentarse o permanecer en los mismos en estado de embriaguez o de cualquier otro género de intoxicación”. Esta disposición fue derogada por la LPRL, no conteniendo la nueva norma regulación similar al respecto.

²⁵⁵ OIT, “Tratamiento...” cit., p. 10.

²⁵⁶ Sobre medidas de prevención ver: CC Estatal para la fabricación y comercialización de frutas y hortalizas frescas, seleccionadas, limpias, troceadas y lavadas, listas para consumir o cocinar de 28/06/2016, art. 44 (BOE n° 3 de 04/01/2017). Otras disposiciones que prevén medidas de prevención, apoyo en la rehabilitación y reinserción: CC Estatal del sector de la estiba portuaria de 29/07/2013, disposición adicional sexta (BOE n° 26 de 30/01/2014), CC Estatal de acción e intervención social de 13/05/2015, art. 55 (BOE n° 158 de 03/07/2015), CC de empresas de atención domiciliaria de Cataluña de 19/12/2014 y 16/02/2015, art. 20 (DO Cataluña n° 6834 de 19/03/2015), CC para el sector de la ayuda a domicilio de Ciudad Real de 25/12/2014, art. 24 (BO Ciudad Real n° 49 de 11/03/2015).

²⁵⁷ Así puede apuntarse: “Podemos considerar como cláusulas buenas, al hablar de toxicomanías, aquellas que tienen una orientación preventiva y no sancionadora”, MUTUA NAVARRA, *El alcohol y las drogas en el ámbito laboral: una realidad que afrontar*, Mutua Navarra, Pamplona, 2011, p. 72.

²⁵⁸ CC Estatal del sector del corcho de 30/06/2015, art. 72.5 (BOE n° 246 de 14/10/2015), CC Estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida de 23/06/2016, art. 40 (BOE n° 192 de 10/08/2016), CC Estatal de acción e intervención social de 13/05/2015, art. 55 (BOE n° 158 de 03/07/2015), CC de empresas de atención domiciliaria de Cataluña de 19/12/2014 y 16/02/2015, art. 20 (DO Cataluña n° 6834 de 19/03/2015), CC para el sector de la ayuda a domicilio de Ciudad Real de 25/12/2014, art. 24 (BO Ciudad Real n° 49 de 11/03/2015). Salvo que repercuta en su actividad laboral o rendimiento de forma negativa: CC del Sector de Confitería, Pastelería, Repostería y Bollería de Córdoba de 10/04/2008, art. 28 (BO Córdoba n° 76 de 24/04/2009).

que está realizando un tratamiento de rehabilitación, también se prevé la posibilidad de solicitar permisos²⁵⁹ o excedencias voluntarias²⁶⁰.

Respecto a la causal del art. 54.2 del ET cabe preguntarse: ¿es posible por convenio colectivo eliminar el requisito de la habitualidad de la conducta o de la repercusión negativa? Al respecto algunos autores señalan que el citado numeral del art. 54 del ET es “abierto y dispositivo”²⁶¹, pudiendo eliminarse alguno de los requisitos legales cuando la falta revista las notas de grave y culpable.

Debemos recordar que la disposición normativa posee carácter taxativo, por lo cual si por convenio colectivo se eliminara alguno de los requisitos que establece la norma, así se recurra a otra de las causales (como ser la del literal d), ello sería contrario al principio de especialidad. Además, se trataría de una norma más perjudicial para el trabajador que el art. 54 del ET por lo cual, si el consumo esporádico se encuentra tipificado en el convenio colectivo como falta muy grave, ello sería más desfavorable para el trabajador que aplicar el ET y por tanto debería estarse a este último²⁶².

En virtud de lo expuesto, respecto al despido disciplinario por toxicomanía, el campo de actuación de los convenios colectivos queda limitado a precisar los términos normativos, en el sentido de señalar los episodios requeridos para entender que una conducta es habitual o establecer cuando se entiende que concurren efectos negativos sobre el trabajo.

i) Graduación de las faltas en los convenios colectivos.

Los convenios colectivos que califican al consumo ocasional de drogas como falta leve²⁶³ utilizan como criterio para agravar la conducta los efectos negativos de dicho consumo. En determinados supuestos, para ser falta leve la asistencia al trabajo bajo los efectos de las drogas, requiere que pudiera repercutir en la imagen de la empresa²⁶⁴.

²⁵⁹ CC Estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida de 23/06/2016, art. 33 (BOE nº 192 de 10/08/2016).

²⁶⁰ Excedencia con conservación del puesto de trabajo, a nivel estatal: CC del sector de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio de 16/11/2016, art. 50 (BOE nº 306 de 20/12/2016). A nivel sectorial autonómico pueden verse: CC del sector de las empresas de alquiler de vehículos sin conductor de las Islas Baleares de 16/12/2015, art. 21 (BO Islas Baleares nº 51 de 23/04/2016), CC de Hostelería de Islas Baleares de 25/06/2014, art. 22 (BO Islas Baleares nº 103 de 31/07/2014). Por último, a nivel provincial: CC de manipulado y envasado de frutas, hortalizas y flores de Almería de 21/09/2016 (BO Almería nº 215 de 10/11/2016), CC del sector del comercio textil de Barcelona de 21/09/2016, art. 35 (BO Barcelona nº 23 de 08/11/2016)

²⁶¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “La embriaguez...” cit., pp. 143-144. En igual sentido STSJ de Cataluña de 21/03/2000, AS 2000\1689.

²⁶² En este sentido, respecto a la eliminación de la habitualidad de la conducta: STSJ de Cantabria de 17/06/2004, AS\1903. El Tribunal señaló que si el CC posee expresa tipificación de faltas y sanciones, debe estarse al mismo, salvo cuando este establezca normas punitivas que fueran más desfavorables que la aplicación del art. 54 del ET.

²⁶³ Entre los convenios de sector de ámbito estatal podemos citar como ejemplo: CC del sector del metal de 14/12/2012, art. 14 (BOE nº 112 de 10/05/2013), CC del sector audiovisual (actores) de 23/12/2015, art. 34 (BOE nº 118 de 16/05/2016), CC de la industria de producción audiovisual (técnicos) de 17/06/2009, art. 42 (BOE nº 185 de 01/08/2009), CC de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos de 22/06/2015, arts. 39 (BOE nº 54 de 03/03/2016). Por su parte, a nivel de convenios sectoriales autonómicos cabe citar: CC del sector de industria y comercio de aceite y derivados y aderezo, rellenado y exportación de aceitunas de Madrid de 27/05/2014, art. 40 (BO Madrid nº 111 de 12/05/2015), CC de eventos, servicios y producciones culturales de Galicia de 30/12/2014, art. 14 (DO Galicia nº 69 de 14/04/2015). Por último y en el ámbito provincial: CC del sector siderometalurgia de Salamanca de 03/02/2015, art. 41 (BO Salamanca nº 46 de 09/03/2015).

²⁶⁴ CC Estatal del sector de limpieza de edificios y locales de 17/12/2012, art. 47 (BOE nº 123 de 23/05/2013), CC de limpieza de centros sanitarios dependientes del servicio Aragonés de Salud de 11/07/2013, art. 62 (BO

Estos convenios utilizan como criterios para agravar la conducta y por consiguiente, calificar a la falta como grave o muy grave, la causación de un accidente de trabajo o perjuicio a la empresa²⁶⁵, la repercusión negativa en el trabajo²⁶⁶, la repercusión en el cumplimiento de la prestación laboral²⁶⁷, por ejemplo por que suponga alteración en las facultades físicas o psicológicas en el desempeño de la tarea encomendada²⁶⁸, y el riesgo en el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores²⁶⁹.

Otra porción de los convenios colectivos que tipifican el consumo esporádico de drogas en el lugar de trabajo o la asistencia al mismo bajo los efectos de drogas como falta, han optado por graduar a la misma como falta grave²⁷⁰. Si este consumo ocasional repercute negativamente en el trabajo²⁷¹, genera altercados con clientes, con el empresario, directivos u otros trabajadores, o implica un riesgo en el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores²⁷², en algunas hipótesis la falta es considerada muy grave.

Aragón n° 154 de 06/08/2013), CC para las actividades de limpieza, abrillantado y pulimiento de edificios y locales de Salamanca de 27/07/2016, art. 41 (BO Salamanca n° 161 de 22/08/2016).

²⁶⁵ CC Estatal del sector audiovisual (actores) de 23/12/2015, art. 34 (BOE n° 118 de 16/05/2016), CC Estatal de la industria de producción audiovisual (técnicos) de 17/06/2009, art. 42 (BOE n° 185 de 01/08/2009), CC de eventos, servicios y producciones culturales de Galicia de 30/12/2014, art. 14 (DO Galicia n° 69 de 14/04/2015).

²⁶⁶ CC Estatal de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos de 22/06/2015, arts. 40 (BOE n° 54 de 03/03/2016), CC Estatal del sector del metal de 14/12/2012, art. 15 (BOE n° 112 de 10/05/2013), CC del sector de industria y comercio de aceite y derivados y aderezo, rellenado y exportación de aceitunas de Madrid de 27/05/2014, art. 41 (BO Madrid n° 111 de 12/05/2015), CC del sector industria, servicios e instalaciones del metal de Madrid de 27/05/2014, art. 56 (BO Madrid n° 1 de 02/01/2016), CC de limpieza de centros sanitarios dependientes del servicio Aragonés de Salud de 11/07/2013, art. 62 (BO Aragón n° 154 de 06/08/2013).

²⁶⁷ CC Estatal del sector de limpieza de edificios y locales de 17/12/2012, art. 47 (BOE n° 123 de 23/05/2013), CC de limpieza de centros sanitarios dependientes del servicio Aragonés de Salud de 11/07/2013, art. 62 (BO Aragón n° 154 de 06/08/2013), CC para las actividades de limpieza, abrillantado y pulimiento de edificios y locales de Salamanca de 27/07/2016, art. 41 (BO Salamanca n° 161 de 22/08/2016).

²⁶⁸ CC del sector siderometalurgia de Salamanca de 03/02/2015, art. 42 (BO Salamanca n° 46 de 09/03/2015).

²⁶⁹ CC Estatal de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos de 22/06/2015, arts. 40 (BOE n° 54 de 03/03/2016), CC Estatal del sector del metal de 14/12/2012, art. 15 (BOE n° 112 de 10/05/2013), CC del sector de industria y comercio de aceite y derivados y aderezo, rellenado y exportación de aceitunas de Madrid de 27/05/2014, art. 41 (BO Madrid n° 111 de 12/05/2015), CC del sector industria, servicios e instalaciones del metal de Madrid de 27/05/2014, art. 56 (BO Madrid n° 1 de 02/01/2016).

²⁷⁰ Al respecto pueden verse, a nivel estatal: CC de aparcamientos y garajes de 19/12/2016, art. 67 (BOE n° 117 de 17/05/2017), CC de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de 10/05/2010, art. 63 (BOE n° 162 de 05/07/2010), CC para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales de 03/04/2013, art. 36 (BOE n° 261 de 31/10/2013), CC Estatal del sector de la estiba portuaria de 29/07/2013, art. 18.5.2.7 (BOE n° 26 de 30/01/2014), CC de buceo profesional y medios hiperbáricos de 28/04/2011, art. 25 (BOE n° 37 de 13/02/2012). A nivel autonómico: CC para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de Extremadura de 03/02/2017, art. 57 (DO Extremadura n° 54 de 17/03/2017), CC del sector actores y actrices de Madrid de 28/11/2014, art. 44 (BO Madrid n° 133 de 06/06/2015), CC del sector mayoristas y exportadores de pescados de Madrid de 13/09/2013, art. 52 (BO Madrid n° 50 de 28/02/2015), CC del sector de aparcamientos y garajes de Andalucía de 02/08/2011, art. 56 (BO Andalucía n° 66 de 08/04/2015), CC del sector del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de Islas Canarias de 21/01/2015, art. 43 (BO Islas Canarias n° 13 de 21/01/2015), CC para las industrias vinícolas y alcoholeras de Murcia de 16/10/2014, art. 29 (BO Murcia n° 29 de 05/02/2015). Por último, a nivel provincial: CC de Hostelería de Cáceres de 08/05/2013, art. 33 (DO Extremadura n° 149 de 02/08/2013), CC de las agencias marítimas de Cádiz de 23/03/2000, art. 31 (BO Cádiz n° 11 de 19/01/2010), CC de Hostelería de Salamanca de 15/07/2016, art. 58 (BO Salamanca n° 244 de 21/12/2016), CC del sector portuario de Castellón de 16/10/2001, art. 44 (BO Castellón n° 51 de 27/04/2002).

²⁷¹ CC del sector de aparcamientos y garajes de Andalucía de 02/08/2011, art. 57 (BO Andalucía n° 66 de 08/04/2015).

²⁷² CC para las Industrias Vinícolas y alcoholeras de la Región de Murcia de 16/10/2014, art. 29 (BO Murcia de 05/02/2015).

Para finalizar con la tipificación del consumo ocasional o no habitual en el lugar de trabajo, señalamos los convenios colectivos que califican esta conducta como falta muy grave²⁷³, si bien en algunos casos exigen además que tal conducta repercuta negativamente en el trabajo²⁷⁴, suponga una alteración a las facultades físicas o psíquicas o suponga peligro grave para la salud del trabajador o la de sus compañeros²⁷⁵ o que pudiere afectar su rendimiento y las condiciones de seguridad y salud en el trabajo²⁷⁶.

En general los convenios colectivos tienden a escalar las faltas, otorgando distinta consideración al consumo esporádico y al consumo habitual, si bien hay algunas excepciones en los que ambas conductas obtienen la misma calificación siendo calificadas como faltas muy graves ambas, incluso a la par que el tráfico de drogas en el lugar de trabajo²⁷⁷. Ello podría generar situaciones en las que se vea vulnerado el principio de proporcionalidad²⁷⁸.

En cuanto al consumo reiterado, algunos convenios lo califican como falta grave, reservando la calificación de muy grave para cuando, además de ser reiterado, repercute en el trabajo²⁷⁹, mientras que otros tipifican a la toxicomanía como falta muy grave sin exigir que afecte negativamente en el trabajo²⁸⁰, en algún caso solamente se requiere que la toxicomanía sea “públicamente advertida”²⁸¹. Sobre este punto basta remitirse a lo ya señalado respecto a la eliminación de requisitos del art. 54.2 f) del ET por convenio colectivo.

²⁷³ Pueden verse, a nivel estatal: CC que regula las relaciones laborales de las empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional de 10/06/2016, art. 90 (BOE n° 170 de 15/07/2016), CC del sector ocio educativo y animación sociocultural de 21/05/2015, art. 77 (BOE n° 168 de 15/07/2015), CC para la fabricación y comercialización de frutas y hortalizas frescas, seleccionadas, limpias, troceadas y lavadas, listas para consumir o cocinar de 28/06/2016, art. 44 (BOE n° 3 de 04/01/2017). A nivel autonómico: CC del sector del comercio de muebles de Madrid de 26/04/2016, art. 50 (BO Madrid n° 284 de 26/11/2016), CC del sector de empresas cinegéticas de Asturias de 10/02/2015, art. 29 (BO Asturias n° 155 de 06/07/2015).

²⁷⁴ CC para salas de bingo de Alicante de 10/05/2016, art. 43 (BO Alicante n° 88 de 10/05/2016).

²⁷⁵ CC Estatal del sector de la pizarra de 20/09/2012, art. 54 (BOE n° de 05/10/2012).

²⁷⁶ CC Estatal para el sector de actividades forestales de 10/02/2016, art. 46 (BOE n° 150 de 22/06/2016).

²⁷⁷ CC Estatal de cadenas de tiendas de conveniencia de 12/07/2013, Art. 47 (BOE n° 271 de 12/11/2013), CC del sector de las empresas estibadoras portuarias de Barcelona de 17/10/2016, art. 47 (BO Barcelona n° 209 de 02/11/2016).

²⁷⁸ Recordemos además que se trataría de disposiciones más perjudiciales que las del propio ET. Al respecto, denominándolo el “perverso efecto amplificado por la vía de la negociación colectiva” ver: MIÑARRO YANINI, M., “El modelo...” cit., p. 117.

²⁷⁹ CC para industrias de la madera y corcho de Jaén de 22/12/2016, arts. 41 y 42 (BO Jaén n° 37 de 23/02/2017), CC para el sector de almacenistas de madera de Pontevedra de 25/05/2016, arts. 46 y 47 (BO Pontevedra n° 192 de 06/10/2016).

²⁸⁰ A nivel estatal: CC de autoescuelas de 15/07/2013, art. 43 (BOE n° 242 de 09/10/2013), CC de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias de 18/07/2016, art. 39 (BOE n° 230 de 23/09/2016), CC Estatal del sector de la estiba portuaria de 29/07/2013, art. 18.5.3.4 (BOE n° 26 de 30/01/2014). A nivel autonómico: CC del sector actores y actrices de Madrid de 28/11/2014, art. 44 (BO Madrid n° 133 de 06/06/2015), CC del sector de escuelas de educación especial de Cataluña de 07/11/2013, art. 27 (DO Cataluña n° 6557 de 07/02/2014). A nivel provincial: CC del sector de lavanderías industriales de uso no doméstico de Sevilla de 14/10/2016, art. 51 (BO Sevilla n° 280 de 02/12/2016), CC de peluquerías de señoras, peluquerías mixtas, centros de belleza y estética, institutos capilares, gimnasios y similares de Gipuzkoa de 26/07/2016, art. 17 (BO Gipuzkoa n° 182 de 23/09/2016).

²⁸¹ CC del sector de industrias vinícolas de Navarra de 25/09/2016, art. 40 (BO Navarra n° 21 de 31/01/2017).

En determinados convenios se acordó que si la conducta es reiterada será una falta muy grave, siempre que haya mediado advertencia o sanción²⁸².

En general la calificación de falta muy grave se reserva solamente para el consumo reiterado que influye negativamente en el trabajo²⁸³, cuando afecta el rendimiento²⁸⁴, su capacidad física, intelectual u operativa²⁸⁵, la ejecución del trabajo o al clima de trabajo en la empresa²⁸⁶, cuando pone en riesgo el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores²⁸⁷ o incluso cuando perjudica la imagen de la empresa²⁸⁸, exigiéndose en algún supuesto que la repercusión negativa en el trabajo revista la nota de gravedad²⁸⁹.

Algunos convenios diferencian la graduación de la falta atendiendo al trabajo que realiza la persona, pudiendo ser grave trabajar bajo los efectos de las drogas y muy grave la misma actitud, si el trabajador es por ejemplo conductor²⁹⁰.

El consumo calificado como falta puede ser en el lugar de trabajo o incluso fuera del mismo si el trabajador se encuentra prestando tareas²⁹¹. El consumo fuera del lugar de trabajo y fuera del horario laboral, es en principio una conducta atípica, salvo en aquellos convenios en que se tipifica como falta si el trabajador está vistiendo el uniforme de la empresa²⁹², en el entendido de que tales actitudes afectarían la reputación de la misma. Ello solo sería

²⁸² CC del sector mayoristas y exportadores de pescados de Madrid de 13/09/2013, art. 52 (BO Madrid n° 50 de 28/02/2015), CC de Hostelería de Cáceres de 08/05/2013, art. 33 (DO Extremadura n° 149 de 02/08/2013), CC de Hostelería de Salamanca de 15/07/2016, art. 58 (BO Salamanca n° 244 de 21/12/2016).

²⁸³ A nivel estatal: CC de aparcamientos y garajes de 19/12/2016, art. 68 (BOE n° 117 de 17/05/2017), CC del sector del corcho de 30/06/2015, art. 71.7 (BOE n° 246 de 14/10/2015), CC de estaciones de servicio de 10/07/2013, art. 49.6 (BOE n° 237 de 03/10/2013), CC para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales de 15/04/2014, art. 90 (BOE n° 136 de 05/06/2014). A nivel sectorial autonómico pueden verse: CC del sector del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de Islas Canarias de 21/01/2015, art. 43 (BO Islas Canarias n° 13 de 21/01/2015), CC de limpieza de centros sanitarios dependientes del Servicio Aragonés de Salud de 11/07/2013, art. 62 (BO Aragón n° 154 de 06/08/2013).

²⁸⁴ CC de Empresa Central Nuclear de Almaraz de 11/01/2015, art. 5 (BOE n° 123 de 23/05/2012).

²⁸⁵ CC para las industrias vinícolas y alcoholeras de Murcia de 16/10/2014, art. 29 (BO Murcia n° 29 de 05/02/2015), CC de las agencias marítimas de Cádiz de 23/03/2000, art. 31 (BO Cádiz n° 11 de 19/01/2010).

²⁸⁶ CC de puertos y dársenas deportivas de Cataluña de s 21/10/2016 y 14/12/2016, art. 53 (DO Cataluña n° 7300 de 02/02/2017), CC del sector de transitarios de Madrid de 24/03/2015, art. 14 (BO Madrid n° 139 de 13/06/2015).

²⁸⁷ CC para las industrias vinícolas y alcoholeras de Murcia de 16/10/2014, art. 29 (BO Murcia n° 29 de 05/02/2015).

²⁸⁸ CC Estatal de Empresas de Trabajo Temporal de 03/12/2007, art. 52 (BOE n° 34 de 08/02/2008).

²⁸⁹ CC Estatal para la industria fotográfica de 03/10/2013, art. 18 (BOE n° 303 de 19/12/2013), CC Estatal del sector de limpieza de edificios y locales de 17/12/2012, art. 47 (BOE n° 123 de 23/05/2013), CC para las actividades de limpieza, abrillantado y pulimiento de edificios y locales de Salamanca de 27/07/2016, art. 41 (BO Salamanca n° 161 de 22/08/2016).

²⁹⁰ CC Estatal de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de 10/05/2010, art. 64 (BOE n° 162 de 05/07/2010), CC para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de Extremadura de 03/02/2017, art. 58 (DO Extremadura n° 54 de 17/03/2017), CC del sector de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de Cantabria de 19/08/2016, arts. 44 y 45 (BO Cantabria n° 198 de 14/10/2016), CC del sector del Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de Islas Canarias de 21/01/2015, art. 43 (BO Islas Canarias n° 13 de 21/01/2015).

²⁹¹ CC del sector de industrias vinícolas de Navarra de 25/09/2016, art. 40 (BO Navarra n° 21 de 31/01/2017).

²⁹² CC Estatal del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riego, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado de 28/06/2013, art. 57.14 (BOE n° 181 de 30/07/2013), CC del sector depuración de aguas residuales y cauces fluviales de Madrid de 16/10/2016, art. 52 (BO Madrid n° 91 de 18/04/2015), CC de despachos de graduados sociales y diplomados de relaciones laborales de Almería de 10/02/2011, art. 37 (BO Almería n° 86 de 09/05/2011), CC de Hostelería de Cáceres de 08/05/2013, art. 33 (DO Extremadura n° 149 de 02/08/2013), CC de Hostelería de Salamanca de 15/07/2016, art. 58 (BO Salamanca n° 244 de 21/12/2016).

válido si el uniforme tuviera logos o distintivos de la empresa que permitieran su reconocimiento²⁹³.

Por ello resulta llamativa la disposición que rige a nivel nacional en el sector de pesca marítima en buques bacaladeros, en tanto establece como falta grave la “adicción a drogas, cualquiera de ellas, no estando de servicio”, agravando la conducta cuando sucede en “acto de servicio”²⁹⁴.

En igual sentido en varios convenios colectivos está tipificado como falta grave el consumo fuera del servicio, con el solo requisito de que sea habitual²⁹⁵. Tratándose de un acto desempeñado cuando el trabajador no está al servicio de la empresa, se debería requerir que a ésta tal actividad le reporte un perjuicio de cualquier índole para poder entender que existe una falta laboral.

Por otro lado, resulta curioso que haya convenios colectivos que utilicen las expresiones “toxicomanía ocasional”²⁹⁶ o “toxicomanía habitual”²⁹⁷. En tanto “toxicomanía” constituye un hábito, va implícito en la propia palabra que la conducta ha de ser habitual, por lo que “toxicomanía habitual” constituye un pleonismo, mientras que “toxicomanía ocasional” resulta un tanto contradictorio. En estos casos debe entenderse que los términos utilizados son solamente a efectos de diferenciar el consumo esporádico u ocasional del consumo reiterado de drogas. Así por ejemplo, el Convenio Colectivo Estatal vigente de grúas móviles autopropulsadas, tipifica como falta muy grave “toxicomanía aun cuando no sea habitual”²⁹⁸, debiendo entenderse que refiere al consumo ocasional o esporádico de drogas.

Es llamativo que alguno de estos convenios que tipifican como falta muy grave “embriaguez habitual o toxicomanía” incluyan a la “embriaguez no habitual” como falta grave, siendo omisas en tipificar el consumo esporádico de drogas²⁹⁹.

Por otro lado, algunos convenios colectivos, luego de transcribir el literal f) del art. 54.2 del ET, establecen cuando se considerará habitual la embriaguez, pero no hacen mención alguna a cuando se considera que existe “toxicomanía”, la cual, siendo una conducta habitual hubiera sido aconsejable incluirla expresamente en el parámetro de reincidencia establecido³⁰⁰.

²⁹³ ROMERO RODENAS, M.J., *Sida...* cit., p. 228.

²⁹⁴ Laudo Arbitral de 30/05/2002 del sector de pesca marítima en buques bacaladeros, arts. 26 y 27 (BOE n° 19 de 22/01/2002).

²⁹⁵ CC del sector de comercio de carnicerías-charcuterías de Cantabria de 31/03/2016, art. 28 (BO Cantabria n° 133 de 11/07/2016), CC del sector del comercio textil de Barcelona de 21/09/2016, art. 48 (BO Barcelona n° 23 de 08/11/2016), CC del sector de las empresas estibadoras portuarias de Barcelona de 17/10/2016, art. 47 (BO Barcelona n° 209 de 02/11/2016), CC de conservas y salazones de pescado de Bizkaia de 23/06/2016, art. 51 (BO Bizkaia n° 171 de 07/09/2016).

²⁹⁶ CC Estatal para la Industria Azucarera de 21/06/2013, art. 49 (BOE n° 247 de 15/10/2013).

²⁹⁷ CC Estatal de estaciones de servicio de 10/07/2013, art. 49.6 (BOE n° 237 de 03/10/2013), CC de las empresas que prestan servicios educativos, extraescolares y socioculturales de Castilla y León de 07/07/2015, art. 24 (BO Castilla y León n° 194 de 06/10/2015), CC de estaciones de servicio de Gipuzkoa de 15/03/2017, art. 43 (BO Gipuzkoa n° 67 de 05/04/2017).

²⁹⁸ CC Estatal de grúas móviles autopropulsadas de 28/12/2006, art. 54 (BOE n° 88 de 12/04/2007).

²⁹⁹ CC Estatal para el sector de actividades forestales de 10/02/2016, art. 46 (BOE n° 150 de 22/06/2016), CC Interprovincial para el comercio de flores y plantas de 23/05/2016, art. 47 (BOE n° 105 de 02/05/2016).

³⁰⁰ El CC Estatal de las empresas de mediación de seguros privados de 06/09/2016, art. 63 (BOE n° 261 de 28/10/2016) señala que la embriaguez será habitual cuando medien previamente dos apercibimientos escritos por esa causa y el CC Estatal del sector de distribuidores cinematográficos de 03/11/2005, art. 27 (BOE n° 74 de 28/03/2006) el cual tipifica como falta grave la embriaguez habitual “entendiendo como tal la asistencia al trabajo tres días en un mes en estado de embriaguez” y la toxicomanía, sin señalar cuando se trata de un consumo habitual.

Sin perjuicio de haber procedido a un exhaustivo análisis de convenios colectivos de diversos ámbitos, debe apuntarse que la mayoría de los convenios colectivos relevados no contienen disposición alguna respecto al consumo esporádico de drogas, limitándose a reiterar la solución legal del art. 54.2 f) del ET, señalando que la misma constituye una falta muy grave³⁰¹, lo cual constituye una “cláusula indiferente”³⁰², en tanto si la misma no existiera, el empleador podría despedir de todas formas por despido disciplinario remitiéndose al texto legal.

Por último, es de señalar que algunos convenios tipifican como falta la tenencia de droga³⁰³ o el tráfico³⁰⁴. La totalidad de los convenios colectivos relevados en los cuales la tenencia o tráfico de drogas está tipificada como falta, aparece graduada como falta muy grave. No obstante ello, es de señalarse que si se resolviera en un convenio colectivo tipificar tales actitudes como falta grave, ésta por sí sola no podrá dar lugar al despido disciplinario en tanto esta sanción se reserva para las faltas que revistan la categorización de muy grave, no pudiéndose tampoco recurrir a lo expuesto anteriormente en sede de despido disciplinario por vulneración a la buena fe contractual en tanto la conducta imputada encaja en la previsión del convenio colectivo, habiendo por tanto los negociadores pactado que la conducta reseñada es constitutiva de falta grave.

ii) Sanciones previstas.

Respecto a las sanciones previstas, y salvo en los casos en que el consumo esporádico de drogas en el lugar de trabajo es considerado una falta leve que da lugar a amonestación verbal o por escrito³⁰⁵ o suspensión de uno a dos días³⁰⁶, veremos las dispuestas para la comisión de faltas graves y muy graves.

³⁰¹ A vía de ejemplo, a nivel estatal: CC del ciclo de comercio de papel y artes gráficas de 19/12/2016, art. 62.2.5 (BOE n° 55 de 06/03/2017), CC del sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco de 26/09/2016, art. 33 (BOE n° 306 de 20/12/2016), CC de las sociedades cooperativas de crédito de 11/10/2016, art. 46.5 (BOE n° 10 de 12/01/2017), CC del sector de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas de 21/10/2016, art. 45 (BOE n° 1 de 02/01/2017), CC para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería de 01/06/2016, art. 61 (BOE n° 185 de 02/08/2016), CC de la industria del calzado de 20/06/2016, art. 68 (BOE n° 185 de 02/08/2016), CC del sector industrias del frío industrial de 14/12/2015, art. 38 (BOE n° 120 de 18/05/2016), CC del sector de la construcción de 20/01/2012, art. 102 (BOE n° 64 de 15/03/2012).

³⁰² MUTUA NAVARRA, *El alcohol y las drogas en el ámbito laboral: una realidad que afrontar*, Mutua Navarra, Pamplona, 2011, p. 72.

³⁰³ Texto unificado de la ordenanza laboral y CC de RTVE (Radio Nacional de España, SA y Televisión Española, SA) publicado el 25/03/1994, art. 93 (BOE n° 72 de 25/03/1994), CC Estatal del personal de salas de fiesta, baile y discotecas de 16/02/2012, art. 24 (BOE n° 119 de 18/05/2012), CC del Sector de Comercio de mayoristas y Minoristas de Juguetes, Deportes, Armerías Deportivas, Cerámica, Vidrio, Iluminación y Regalo de Madrid de 13/04/2016, art. 56 (BO Madrid n° 205 de 27/08/2016).

³⁰⁴ CC Estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos de 15/04/2014, art. 90 (BOE n° 136 de 05/06/2014), CC Estatal de cadenas de tiendas de conveniencia de 12/07/2013, Art. 47 (BOE n° 271 de 12/11/2013), CC de Panadería y Pastelería de la Comunidad Valenciana de 22/06/2015, art. 47 (DO Comunidad Valenciana n° 7553 de 22/06/2015), CC del sector de las empresas estibadoras portuarias de Barcelona de 17/10/2016, art. 47 (BO Barcelona n° 209 de 02/11/2016).

³⁰⁵ CC Estatal del sector audiovisual (actores) de 23/12/2015, art. 35 (BOE n° 118 de 16/05/2016).

³⁰⁶ CC Estatal de la industria de producción audiovisual (técnicos) de 17/06/2009, art. 45 (BOE n° 185 de 01/08/2009), CC de eventos, servicios y producciones culturales de Galicia de 30/12/2014, art. 22 (DO Galicia n° 69 de 14/04/2015).

En lo atinente a las faltas graves, las sanciones generalmente son de suspensión en el empleo y sueldo, por un período de entre uno a cinco días³⁰⁷ o a veinte días como máximo³⁰⁸.

Lo especialmente llamativo a mi juicio son algunas de las sanciones previstas para las faltas muy graves y su posible aplicación en la hipótesis de que un trabajador, de forma reiterada, presente episodios de consumo en la empresa. Al igual que para las faltas graves, en lo que respecta a las faltas muy graves, la primera sanción que figura en los convenios colectivos es la suspensión de empleo y de sueldo, la cual oscila dependiendo la sanción prevista para la falta grave, entre once días como mínimo³⁰⁹, a treinta³¹⁰ o sesenta días³¹¹ como máximo, estableciéndose en algunos convenios sanciones de tres³¹² o hasta seis meses³¹³.

Por último, como sanción en las faltas muy graves se prevé el despido disciplinario³¹⁴ o simplemente se hace mención al despido³¹⁵, debiendo entenderse en todas las hipótesis la referencia hecha al despido sin pago de la correspondiente indemnización. Este solo procederá cuando la conducta pueda subsumirse dentro de alguna de las causales previstas en el art. 54.2 del ET.

Otras sanciones posibles que se establecen son la inhabilitación temporal³¹⁶ o definitiva³¹⁷ para ascender, la pérdida del derecho para elección del turno de vacaciones en uno o dos períodos de vacaciones³¹⁸ y el traslado forzoso a una población distinta de la de residencia

³⁰⁷ CC Estatal del sector audiovisual (actores) de 23/12/2015, art. 35 (BOE nº 118 de 16/05/2016).

³⁰⁸ CC Estatal del sector del corcho de 30/06/2015, art. 72 (BOE nº 246 de 14/10/2015), CC para las industrias vinícolas y alcoholeras de Murcia de 16/10/2014, art. 30 (BO Murcia nº 29 de 05/02/2015), CC del sector industria, servicios e instalaciones del metal de Madrid de 27/05/2014, art. 58 (BO Madrid nº 1 de 02/01/2016).

³⁰⁹ CC Estatal de aparcamientos y garajes de 19/12/2016, art. 69 (BOE nº 117 de 17/05/2017), CC Estatal para el sector del estacionamiento regulado en superficie y retirada y depósito de vehículos de la vía pública de 02/12/2016, art. 64 (BOE nº 56 de 07/03/2017), CC Estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida de 23/06/2016, art. 41 (BOE nº 192 de 10/08/2016).

³¹⁰ CC Estatal de aparcamientos y garajes de 19/12/2016, art. 69 (BOE nº 117 de 17/05/2017), CC Estatal para el sector del estacionamiento regulado en superficie y retirada y depósito de vehículos de la vía pública de 02/12/2016, art. 64 (BOE nº 56 de 07/03/2017).

³¹¹ CC Estatal del ciclo de comercio de papel y artes gráficas de 19/12/2016, art. 62.2.5 (BOE nº 55 de 06/03/2017), CC Estatal del sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco de 26/09/2016, art. 34 (BOE nº 306 de 20/12/2016), CC Estatal de la industria del calzado de 20/06/2016, art. 59 (BOE nº 185 de 02/08/2016).

³¹² CC Estatal del sector del corcho de 30/06/2015, art. 72 (BOE nº 246 de 14/10/2015), CC Estatal de prensa no diaria de 25/11/2013, art. 71 (BOE nº 36 de 23/12/2013).

³¹³ CC Estatal para las sociedades cooperativas de crédito de 11/10/2016, art. 46.5 (BOE nº 10 de 12/01/2017), CC Estatal de estaciones de servicio de 10/07/2013, art. 52 (BOE nº 237 de 03/10/2013), CC Estatal del sector de la banca de 19/04/2016, art. 70 (BOE nº 144 de 15/06/2016).

³¹⁴ CC Estatal del sector de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas de 21/10/2016, art. 47 (BOE nº 1 de 02/01/2017), CC Estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida de 23/06/2016, art. 41 (BOE nº 192 de 10/08/2016), CC Estatal del sector de las industrias lácteas y sus derivados de 04/02/2013, art. 66 (BOE nº 114 de 13/05/2013).

³¹⁵ CC Estatal de aparcamientos y garajes de 19/12/2016, art. 69 (BOE nº 117 de 17/05/2017), CC Estatal para el sector del estacionamiento regulado en superficie y retirada y depósito de vehículos de la vía pública de 02/12/2016, art. 64 (BOE nº 56 de 07/03/2017), CC Estatal del sector de la estiba portuaria de 29/07/2013, art. 18.6.3 (BOE nº 26 de 30/01/2014), CC Estatal del ciclo de comercio de papel y artes gráficas de 19/12/2016, art. 62.2.5 (BOE nº 55 de 06/03/2017), CC Estatal para las sociedades cooperativas de crédito de 11/10/2016, art. 46.5 (BOE nº 10 de 12/01/2017).

³¹⁶ CC Estatal del ciclo de comercio de papel y artes gráficas de 19/12/2016, art. 62.2.5 (BOE nº 55 de 06/03/2017), CC Estatal para las sociedades cooperativas de crédito de 11/10/2016, art. 46.5 (BOE nº 10 de 12/01/2017), CC Estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería de 01/06/2016, art. 62 (BOE nº 185 de 02/08/2016).

³¹⁷ CC para las empresas de transporte de mercancías por carretera de 12/11/2010, art. 47 (BOE nº 76 de 29/05/2012). Esta sanción es de dudosa legalidad en tanto priva al trabajador definitivamente de un derecho, vulnerando el principio de proporcionalidad. Ver: POQUET CATALÁ, R., *La actual...* cit., pp. 213-220.

³¹⁸ CC Estatal del sector de industrias cárnicas de 20/11/2015, art. 67 (BOE nº 36 de 11/02/2016).

habitual del trabajador, sin derecho a indemnización alguna por tal supuesto³¹⁹. En cuanto al traslado forzoso considero que debe de analizarse especialmente en cada caso si corresponde o no realizarla, en tanto la misma podría entorpecer o imposibilitar un tratamiento de rehabilitación, dificultando la recuperación del consumidor problemático.

CAPÍTULO III

LA EXPERIENCIA URUGUAYA

a) Tratamiento histórico de la cuestión: existencia de normativa prohibicionista y fragmentada.

Desde hace varios años figura en diversas disposiciones normativas uruguayas la prohibición del consumo de alcohol en el lugar de trabajo, no encontrándose antecedentes tan remotos en lo que al consumo de drogas concierne. Vale apuntar que se trata de normas de “corte netamente represivo”³²⁰, lo cual coloca al trabajador que posee un problema de adicción en una situación de desamparo³²¹, desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, pero también desde el punto de vista de la Seguridad Social³²².

Además de no poseer un tratamiento sistemático de la cuestión, la normativa uruguaya en la materia se ha caracterizado por ser sectorial, esto es, se establecieron disposiciones aisladas aplicables a algunos sectores de actividad pero no existía una norma general que los regulara a todos. En este sentido vale señalar el reglamento de seguridad e higiene ocupacional aplicable a la industria, comercio y servicios aprobado por el Decreto N° 406/1988, el cual prohíbe el despacho y/o ingesta de bebidas alcohólicas en los comedores y demás lugares del establecimiento donde se presten tareas, sin hacer referencia alguna al consumo y/o tenencia de drogas.

En la industria de la construcción desde la promulgación del Decreto N° 89/1995 se encontraba expresamente prohibido el despacho y/o ingesta de bebidas alcohólicas en los comedores o cualquier lugar de la obra, señalándose expresamente las facultades de control por medios no invasivos (espirometría o similar), así como las sanciones que pudieren caber en caso de que el alcohol en sangre excediera el mínimo permitido. Recién es mediante el Decreto N° 125/2014 que derogando la disposición anterior y tal como se verá seguidamente, se agrega expresamente similar prohibición en lo que respecta a la ingesta de drogas en cualquier lugar de la obra.

Por otro lado, en lo que respecta a la actividad forestal, el Decreto N° 372/1999 incluyó en su art. 39 la prohibición del consumo de alcohol y drogas en los lugares de trabajo y campamentos, así como de ingreso a los mismos de personas que se encontrasen bajo la influencia de estos. Igual disposición se encuentra en el art. 90 del Decreto N° 321/2009

³¹⁹ CC Estatal para las sociedades cooperativas de crédito de 11/10/2016, art. 46.5 (BOE n° 10 de 12/01/2017), CC Estatal de estaciones de servicio de 10/07/2013, art. 52 (BOE n° 237 de 03/10/2013), CC interprovincial para el comercio de flores y plantas de 23/05/2016, art. 48 (BOE n° 105 de 02/05/2016), CC del personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional de 1/10/2013, art. 97 (BOE n° 306 de 23/12/2013).

³²⁰ ROVIRA VILLADEMOROS, F., “Adicciones...” cit., p. 20.

³²¹ FRANCOLINO, C. y MILLER, C., *Buenas prácticas...* cit., p. 48.

³²² En virtud de que se puede proceder a la pérdida del subsidio por enfermedad en determinados casos por uso de estupefacientes (Decreto Ley N° 14.407, art. 31 numeral 3), estando excluidos del seguro de desempleo los trabajadores despedidos o suspendidos por razones disciplinarias en casos de “embriaguez en horas de trabajo” (Decreto N° 162/2009, art. 10) se ha señalado que “la normativa vigente en materia de seguridad social penaliza la drogadicción y el alcoholismo”, AMEGLIO, E., “Las adicciones...” cit., p. 36.

aplicable a los trabajadores de la actividad rural. Estas dos últimas disposiciones normativas, al igual que la contenida en el Decreto N° 406/1988 no establecen cuáles serán los mecanismos de control ni regulan de forma alguna el ejercicio del poder disciplinario.

b) Cambio de paradigma en políticas de drogas.

Más recientemente en Uruguay se han producido varios cambios normativos de especial relevancia en la materia, abordándose la temática como una cuestión de salud pública y estableciendo mecanismos de prevención y tratamiento en casos de consumo problemático de drogas, lo cual se encuentra más alineado a lo recomendado por la OIT en su Repertorio de recomendaciones prácticas³²³.

i) Ley N° 19.172.

En este marco, el 20/12/2013 se promulgó la Ley N° 19.172 denominada “marihuana y sus derivados” por la cual el Estado uruguayo estableció el marco regulatorio de la importación, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización y distribución del cannabis. Esta norma fue duramente criticada en el ámbito internacional pero no podemos dejar de apuntar que a lo largo de su articulado posee varias disposiciones que denotan la preocupación del Estado por la salud de la población, disponiendo los medios de prevención del consumo, así como asesoramiento, orientación y tratamiento para los consumidores problemáticos, generándose de esta forma un marco regulatorio compatible con los Convenios de la ONU ratificados por Uruguay³²⁴.

En el plano específicamente laboral, la única disposición contenida en la citada norma respecto al consumo de cannabis en el lugar de trabajo se encuentra en su art. 13, el cual se limita a remitirse a lo dispuesto en el art. 3 de la Ley N° 18.256 denominada “control del tabaquismo”. El artículo referido prohíbe fumar o mantener encendidos productos de tabaco (en virtud de la remisión, aplicables también al cannabis psicoactivo) en “espacios cerrados que sean un lugar de trabajo”.

ii) Decreto N° 120/2014.

Con fecha 06/05/2014 el Poder Ejecutivo dictó el Decreto N° 120/2014 conteniendo su art. 42 la disposición normativa concerniente al consumo de productos de cannabis o a base de cannabis durante la jornada de trabajo. Nótese que tratándose del decreto reglamentario de la Ley N° 19.172 refiere solamente al cannabis y no a otras drogas, fraccionando así el marco normativo al respecto.

El artículo establecía la prohibición de fumar, mantener encendidos, consumir o ingerir dichos productos durante el tiempo que el trabajador se encuentre a la orden del empleador, ya sea en el lugar de trabajo o en ocasión del mismo, prohibiendo asimismo laborar cuando se tuviera afectada la capacidad para la realización de las tareas a causa del consumo de cannabis psicoactivo.

El término “a la orden” es entendido como todo el tiempo en el cual el trabajador no dispone libremente de su tiempo, ya sea estando en su puesto de trabajo respectivo o a disposición

³²³ GIUZIO, G. y SANTOS, M., “El consumo...” cit., pp. 56-57.

³²⁴ El estudio comparativo entre esta Ley y los convenios de la ONU puede verse en: GUTIÉRREZ, A. y PIREZ LEDESMA, A., “La Ley 19.172 sobre producción y comercialización de marihuana y los convenios de la ONU”, *La regulación del cannabis en Uruguay*, FCU, Montevideo, 2016, p. 34.

del empleador o superior jerárquico, así no preste efectivamente tareas³²⁵. Ello incluiría por ejemplo a los trabajadores que se encuentran en sus domicilios pero en el régimen de guardia retén, ya que podrían ser convocados³²⁶.

En lo que respecta al “lugar de trabajo” no presenta mayores complicaciones, en tanto refiere claramente al establecimiento donde el trabajador prestare tareas, pero ¿qué significa “en ocasión del mismo”?

La terminología empleada por la disposición normativa recuerda a la utilizada en la Ley N° 16.074 sobre accidentes de trabajo y enfermedad profesional, la cual al referir al accidente ocurrido “en ocasión” del trabajo provocó una elaboración doctrinal respecto al alcance del término. Así por ejemplo se ha señalado que la mencionada es una “expresión compleja comportante del elemento simultaneidad temporal”³²⁷, por lo cual entendemos se considera que el consumo de cannabis es en ocasión del trabajo cuando ocurre durante el tiempo de trabajo o jornada laboral, aunque el mismo no ocurriera en el lugar de trabajo.

En cuanto a los controles en la empresa, el artículo establecía el acuerdo e implementación de controles aleatorios no invasivos de carácter preventivo en el marco de la Comisión Bipartita de Seguridad y Salud³²⁸ o en su defecto con el sindicato de la empresa o rama de actividad, siendo la única excepción a la aleatoriedad de los controles el caso de que el empleador detecte que un trabajador en concreto tuviera notoriamente afectada la capacidad para la realización de sus tareas a causa del consumo previo de cannabis psicoactivo, comunicando tal control a la Comisión Bipartita de Seguridad y Salud, lo cual opera claramente como garantía de que el mismo no se realice con fines persecutorios o discriminatorios.

Ante la detección de tetrahidrocannabinol (THC)³²⁹ en el organismo del trabajador, este debía suspender sus tareas y en caso de que el empleador lo dispusiese, retirarse del lugar de trabajo. En tales hipótesis, la Comisión Bipartita de Seguridad y Salud o en su defecto la organización sindical que corresponda debía determinar si concurrían los supuestos que ameritaran aplicar un protocolo de actuación de prevención de drogas en el ámbito laboral, derivando al trabajador a una institución pública o privada que ofrezca dicha prestación. Nótese que se trata del reconocimiento expreso por el derecho positivo de que las adicciones constituyen una enfermedad que requieren tratamiento y rehabilitación³³⁰.

Lo más llamativo del decreto de referencia es que establecía la improcedencia de sanciones disciplinarias si el trabajador no hubiere incurrido en la comisión de otra falta concreta susceptible de sanciones disciplinarias, motivada o no por el consumo problemático de cannabis. Es decir, el propio decreto reconocía que la presencia de THC en el organismo constituía una falta (ya que refiere a la comisión de “otra” falta) pero que en tales casos el empleador tenía vetado su poder disciplinario.

³²⁵ Así lo ha conceptualizado la SCJ al pronunciarse sobre las guardias retén en SSCJ N° 833/2014 de 29/09/2014.

³²⁶ CASTELLO, A., “Potestad de control...” cit., p. 80.

³²⁷ CAUMONT, A., “Aportes para el Estudio de la Responsabilidad civil por accidentes en ocasión o a causa del trabajo”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXVII, FCU, Montevideo, 1996, p. 455.

³²⁸ La citada Comisión en el marco de lo dispuesto por el Decreto N° 291/2007 constituye una instancia de cooperación entre empleadores y trabajadores en el seno de cada empresa con competencias en materia de prevención de riesgos en salud, seguridad y ambiente laboral.

³²⁹ El THC es el constituyente psicoactivo del cannabis. En los términos de la reglamentación uruguaya se entiende por cannabis psicoactivo a las sumidades floridas cuyo contenido de tetrahidrocannabinol sea igual o superior al 1% de su peso (art. 1 del Decreto N° 120/2014).

³³⁰ En este sentido: ROVIRA VILLADEMOROS, F., “Adicciones...” cit., p. 22.

Este punto claramente fue el que más polémica generó en el ámbito laboral, así como rechazo por el sector empresarial³³¹, en tanto venía a limitar el ejercicio del poder disciplinario. Si bien la redacción del decreto no fue clara, debe entenderse que tal limitación solamente procedía en caso de que el trabajador fuera derivado al centro de rehabilitación, esto es, si se consideraba que el trabajador tenía una adicción, requiriendo por tanto tratamiento, el empleador no podía sancionarlo por la detección de THC, salvo que hubiere cometido otra falta sancionable, causada o no por el consumo de cannabis³³².

iii) Decreto N° 125/2014.

Pocos meses después de promulgado el Decreto N° 120/2014 y como resultado del intercambio técnico que se llevó a cabo en la Comisión Tripartita de la Industria de la Construcción a partir de un pre proyecto presentado a la misma por la Inspección General de Trabajo³³³ se dictó el Decreto N° 125/2014 sobre “Seguridad e higiene en la industria de la construcción”, estableciendo en el art. 6 la prohibición de “despacho y/o ingesta de bebidas alcohólicas así como de todo tipo de drogas”.

Este Decreto presenta varias diferencias con el sancionado meses antes, en primer lugar refiere a “todo tipo de drogas” a diferencia del Decreto N° 120/2014 que solo era de aplicación al cannabis. En segundo lugar, no establece la potestad de realizar controles aleatorios por métodos de detección no invasivos, previéndose los controles solamente para el caso de que existieren dudas de que un trabajador ingirió alcohol o drogas. En tercer lugar, no se estableció la necesidad de comunicar la realización de tales controles a la Comisión Bipartita de Seguridad y Salud como garantía de que el mismo no fuera con fines discriminatorios o persecutorios. Por último, y lo que estimo es la principal diferencia que posee con el Decreto N° 120/2014, se prevé expresamente la facultad disciplinaria en caso de que el control comprobara la presencia de alcohol o drogas en el organismo, debiendo el trabajador retirarse inmediatamente de la obra.

Se trata de una disposición que puede entenderse es “menos garantista”³³⁴ para el trabajador, en tanto solamente se limita a legitimar el ejercicio del poder disciplinario en tales hipótesis, sin referir a la existencia de un protocolo de actuación de prevención de drogas en el ámbito laboral, de la derivación a una institución de salud o el necesario tratamiento y rehabilitación en caso de que se constate una adicción. Más allá de eso, siendo la norma posterior en el tiempo y en virtud del principio de especialidad, correspondía aplicar esta norma, tornando inaplicable para la industria de la construcción casi desde su entrada en vigor, el procedimiento del Decreto N° 120/2014³³⁵.

³³¹ Al respecto la Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay expresó su opinión en “El Cannabis en el lugar de trabajo de acuerdo al Decreto reglamentario de la Ley N° 19.172. Nociones preliminares”, *Profesionales & Empresas*, Tomo XXVI, CADE, Montevideo, 2014, p. 5.

³³² En este sentido se han pronunciado CASTELLO, A., “Potestad de control...” cit., p. 81, PÉREZ DEL CASTILLO, M. e INTHAMOUSSU, J., *Manual...* cit., p. 86 y ROVIRA VILADEMOROS, F., “Adicciones...” cit., p. 22, señalando este último: “No sería lógico o razonable, sino ambivalente y contradictorio, que el empleador, a la vez que decide apoyar a ese trabajador por considerar que se dan a su respecto determinados supuestos que aconsejan su tratamiento preventivo para el ámbito laboral, concomitantemente lo sancione, si es que no cometió ninguna otra falta concreta sancionable”.

³³³ Resultandos I y II de la norma en cuestión.

³³⁴ RODRÍGUEZ BESSIO, N. e IGLESIAS CÁCERES, J., “Aspectos...” cit., p. 127.

³³⁵ Así lo han entendido BAROFFIO, A., “El alcohol y drogas en el entorno laboral”, XXV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, FCU, Montevideo, 2014, p. 43 y PÉREZ DEL CASTILLO, M. e INTHAMOUSSU, J., *Manual...* cit., p. 87.

iv) Decreto N° 128/2016.

Ante la necesidad de establecer un procedimiento unificado de actuación en materia de alcohol y drogas en el trabajo, y como resultado del consenso entre el Estado, las organizaciones sindicales y el sector empresarial, en el seno del Consejo Nacional de Salud y Seguridad en el Trabajo³³⁶, con fecha 02/05/2016 el Poder Ejecutivo promulgó el Decreto N° 128/2016 mediante el cual se estableció el procedimiento de actuación en materia de consumo de alcohol, cannabis y otras drogas en el ámbito laboral, derogándose expresamente el art. 42 del Decreto N° 120/2014.

La nueva norma prohíbe el consumo y la tenencia de alcohol y drogas, durante la jornada de trabajo, ya sea en el lugar de trabajo o en ocasión del mismo, términos estos últimos que ya analizamos al referir al Decreto N° 120/2014. Esta norma presenta dos grandes diferencias con la por ella derogada, en primer término en lo que respecta a las conductas prohibidas y en segundo lugar en cuanto a las sustancias prohibidas.

Las conductas prohibidas son el consumo y la tenencia. En cuanto al consumo, la prohibición es clara. Dependiendo de la droga abarca las actitudes de ingerir, fumar, inyectarse, etc. La prohibición de consumo abarcaría no solamente el consumo efectivo en el lugar de trabajo sino también la prestación de tareas cuando el trabajador se encuentre bajo los efectos de las drogas, sin necesidad de que la ingesta de las mismas haya tenido que ser en el centro de trabajo o en horario laboral. Nótese que la normativa no requiere que el consumo tenga alguna influencia negativa sobre el trabajo³³⁷.

Se agrega la tenencia como conducta prohibida, no discriminando el decreto si la misma solamente está prohibida cuando es con ánimo de consumo o con ánimo de comercializar o distribuir dichas sustancias en el lugar de trabajo, entre los trabajadores o con terceros. Incluso dentro de la tenencia con ánimo de consumo podrían darse dos hipótesis totalmente distintas, una el caso del trabajador que porta consigo las drogas al lugar de trabajo con la intención de consumirlas en el mismo o durante su jornada laboral y otra el trabajador que porta consigo las drogas con el objetivo de consumirlas en su propio tiempo libre.

Si bien algunos autores³³⁸ señalan que la única tenencia prohibida es la tenencia con ánimo de consumo, en tanto el decreto no hace diferencias considero tampoco debe hacerlas el intérprete. Nótese además que esta interpretación parcelada de la norma excluiría de la prohibición normativa la tenencia con ánimo de tráfico.

En cuanto a las sustancias prohibidas el decreto refiere a “alcohol y cualquier otro tipo de droga”, sin especificar que drogas estarían alcanzadas por la prohibición, pero pudiendo considerarse que refiere únicamente a las sustancias psicoactivas de uso no médico,

³³⁶ Ello surge del considerando II de la norma de referencia. El referido Consejo fue creado por el Decreto N° 83/1996 en virtud de lo establecido en el CIT N° 155 y está integrado por cuatro representantes de organismos estatales, dos representantes empresariales y dos representantes de los trabajadores, elegidos estos cuatro últimos por las instituciones más representativas en sus respectivos ámbitos.

³³⁷ En Colombia, por Sentencia de la Corte Constitucional de 17/11/2016, N° C-636/16 la Corte ante una acción de inconstitucionalidad del numeral 2 del art. 60 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual establece la prohibición de los trabajadores de “presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de narcóticos o drogas enervantes”, señaló que “para que el numeral 2 del art. 60 del Código Sustantivo del Trabajo constituya un ejercicio legítimo del poder disciplinario del empleador debe precisarse que el incumplimiento de dicha prohibición solo podrá tener consecuencias disciplinarias cuando ello afecte de manera directa el desempeño laboral del trabajador” declarando por tanto que tal prohibición solo se configura cuando el consumo afectare de forma directa el desempeño del trabajador.

³³⁸ GUTIÉRREZ, A., “Uso recreativo del cannabis en Uruguay y sus límites”, *La regulación...* cit., p. 152.

unificando por tanto la forma de actuación en caso de consumo y/o tenencia de drogas duras y blandas.

El Decreto establece que en los ámbitos bipartitos de seguridad y salud a nivel de empresa o en el ámbito de la negociación colectiva por sector de actividad, se establecerá el protocolo de actuación para detectar situaciones de consumo de alcohol y drogas, debiendo establecerse también las medidas de prevención y detección precoz a efectos de facilitar intervenciones tempranas que se adoptarán. La idea es que se acuerden no solo como serán los controles que se realizarán para detectar el consumo de alcohol y drogas en las empresas, sino también las medidas de prevención que se adoptarán, siendo ello coherente con lo señalado por la OIT en el Repertorio de recomendaciones prácticas³³⁹.

A diferencia del art. 42 del Decreto N° 120/2014 en la nueva reglamentación se estableció expresamente la potestad del empleador de establecer de forma unilateral el protocolo de actuación en caso de no existir el ámbito bipartito del Decreto N° 291/2007 o en caso de no poder arribar a un consenso con los representantes de los trabajadores, debiendo el empleador ajustar el mismo a lo dispuesto en el presente Decreto y estando bajo el control de la Inspección General de Trabajo.

El protocolo debe contener, por un lado, cuál va a ser el procedimiento que se llevará a cabo para realizar los controles al personal para determinar si se encuentran bajo los efectos de las drogas, y por otro lado, el procedimiento a seguir en caso de que un trabajador presente evidencia –ya sea al ingreso o durante la jornada de trabajo- de no estar en condiciones de desempeñar su labor, presentando indicadores conductuales de encontrarse bajo los efectos de las drogas.

En caso de que se realicen controles aleatorios y para evitar tratos discriminatorios o desiguales, se debe indicar previamente como se seleccionarán los empleados a los que se realizará el control preventivo (utilizando criterios objetivos, como ser: sorteos, por turnos de trabajo, secciones de trabajo, categorías laborales, etc.)³⁴⁰. Asimismo, debe señalarse cuál será el método de detección de carácter no invasivo que será utilizado, el cual debe ser validado por la autoridad competente³⁴¹.

La aplicación de pruebas de detección de drogas deberá ser llevada a cabo por personal del Servicio de Salud en el Trabajo. Si la empresa no contare con el mismo, debe contratar personal de salud o a una empresa prestadora de tales servicios. Estas pruebas deben ser puestas en conocimiento del delegado de salud o representante sindical, pudiendo estar presente durante los mismos.

Por último se señala que el protocolo debe contener las acciones de sensibilización, prevención y capacitación para el personal, las cuales deben comprender a todos los trabajadores de la empresa. Nuevamente el enfoque normativo en materia de drogas apunta a la prevención y no solamente a validar el ejercicio del poder disciplinario.

³³⁹ OIT, “Tratamiento...” cit., p. 15.

³⁴⁰ BAROFFIO, A., “El alcohol...” cit., p. 47.

³⁴¹ Para la detección de THC el Instituto de Instituto de Regulación y Control del Cannabis (IRCCA) por Resolución N° 33/2014 resolvió que los dispositivos de control de THC a ser utilizados en el ámbito laboral deben: a) reunir las características dispuestas por la Resolución N° 19/2014: esto es, métodos de detección en saliva que sean reactivos al delta 9 THC con un límite de corte de 10ng/mL de saliva para delta 9 THC, con menos de 20% de reactividad cruzada con otros cannabinoides u otras sustancias y que posean una sensibilidad y especificidad mayor al 80% b) obtener la validación del Instituto Polo Tecnológico de la Facultad de Química de la Universidad de la República y c) contar con habilitación por parte del Ministerio de Salud Pública.

Deteniéndonos en el caso del trabajador que presente “indicadores conductuales” de encontrarse bajo los efectos del consumo de drogas, cabe destacar que la idea es similar a la del trabajador que tuviera notoriamente afectada la capacidad para la realización de sus tareas a causa del consumo previo de cannabis psicoactivo en los términos del Decreto N° 120/2014. En primer lugar, ¿Qué son indicadores conductuales? Se trata de aquellos signos que a simple vista pueden generar sospechas de que la persona se encuentra bajo los efectos de alcohol o drogas. En este sentido la doctrina uruguaya ha señalado que ello puede darse o bien por el comportamiento del trabajador o por sus rasgos físicos, ejemplificando: “iris rojizo, ojos desorbitados o excesivamente fijos o con dificultades para abrir los párpados, aliento alcohólico, etc.”³⁴².

En tales casos, el trabajador debe ser separado de sus tareas, lo cual puede vincularse con una finalidad de prevención de riesgos. Nótese que la norma entiende suficiente a efectos de separar al trabajador de su cargo la presencia de tales indicadores conductuales, no imponiendo la obligación de realizar previamente la prueba para detectar el consumo de drogas, siendo la misma potestativa del empleador en tanto establece que “tendrá la potestad de aplicar las pruebas de detección”. De todas formas, podrá ser responsabilizado por los abusos en que incurra.

Si el empleador dispone la realización de la prueba y el trabajador se niega, el Decreto establece que no podrá retornar a su puesto de trabajo hasta que certifique que se encuentra en condiciones. Si bien la norma no lo prevé la única forma de certificar que una persona se encuentra apta para prestar tareas laborales es mediante un certificado médico o con el resultado negativo de las pruebas de detección.

En caso de que el resultado de la prueba diera positivo, se suspenderá la jornada laboral del trabajador involucrado, emitiendo el personal de salud un informe con los datos del trabajador, el procedimiento que se llevó a cabo, el resultado de la prueba y sus recomendaciones en base al resultado de la misma.

El informe debe ser entregado al trabajador, remitiéndose copia del mismo a la Comisión Bipartita de Seguridad y Salud, quien atento al tenor de la información contenida en el informe tiene la obligación de guardar la debida reserva y confidencialidad de la información recibida. De esta forma la norma se encarga de proteger la intimidad del trabajador, reservando el conocimiento del contenido del informe a un núcleo reducido de individuos, pudiendo considerarse además que posee datos sensibles en los términos de la Ley N° 18.331³⁴³.

En caso de que el trabajador reincidiera en su conducta y registrara un segundo resultado positivo, la Comisión Bipartita de Seguridad y Salud debe orientarlo a los servicios de salud para su diagnóstico y eventual tratamiento de rehabilitación. En este caso, a diferencia de lo dispuesto en el art. 42 del Decreto N° 120/2014, se prevé que la derivación del trabajador al servicio de salud no obsta a la aplicación de sanciones disciplinarias. Es al menos llamativo que si el trabajador es derivado a un tratamiento en un centro de salud y ello resulta en la necesidad de realizar un tratamiento de rehabilitación, que la empresa pueda sancionarlo, en tanto se trataría de un trabajador enfermo.

³⁴² LARRAÑAGA ZENI, N., “Las drogas...” cit., p. 77.

³⁴³ La Ley N° 18.331 sobre “protección de datos personales y habeas data” define en su art. 4 al dato sensible como aquellos “datos personales que revelen origen racial y étnico, preferencias políticas, convicciones religiosas o morales, afiliación sindical e informaciones referentes a la salud o a la vida sexual”. Esta consideración de la calidad de consumidor del trabajador como dato sensible es coherente a su vez con igual consideración que merece en la Ley N° 19.172 la identidad de los titulares de los actos de registro ya sea como autocultivadores o como integrantes de clubes de membresía.

Por último, el Decreto en cuestión establece el derecho del trabajador de solicitar una prueba confirmatoria en caso de resultado positivo en la primera, siendo los métodos determinados por la norma la prueba en sangre en caso de alcohol y en saliva para el cannabis y la cocaína, estableciendo plazos breves³⁴⁴ de tiempo para la realización de la misma, claramente para que el paso del tiempo no desvirtúe el resultado. Si esta segunda prueba diera positivo, el costo de la misma debe asumirla el trabajador, en caso contrario el costo corre por cuenta de la empresa.

Si bien podría parecer que la norma no regula la posibilidad de solicitar una segunda prueba en caso de consumo de otras drogas que no sean cocaína o cannabis, de una lectura que ofrezca mayores garantías a los trabajadores podemos entender que en todos los casos el trabajador tiene derecho a pedir una prueba confirmatoria, lo único que establece el Decreto es cuál será el método que debe emplearse en caso de alcohol, cocaína y cannabis.

Por último en lo que respecta en particular a este Decreto, debe apuntarse que omite realizar referencia alguna al procedimiento para detectar la tenencia de drogas en las empresas. Esto es, si bien prohíbe la tenencia, no establece la necesidad de adoptar un protocolo de actuación en tales casos. A diferencia de lo que ocurre en España, la normativa uruguaya no posee ninguna referencia expresa a controles y registros, entendiendo la doctrina nacional que los mismos pueden realizarse respetando siempre los derechos de los trabajadores. En este sentido se ha apuntado que “los controles deben realizarse respetando la dignidad del trabajador, con sistemas de sorteo u otros que impidan la discriminación”³⁴⁵.

v) Caso de los trabajadores que utilicen vehículos de transporte.

Respecto a los trabajadores cuya actividad consista en la conducción de vehículos estimo pertinente señalar en primer lugar la consideración del medio de transporte como “lugar de trabajo”. El Decreto N° 120/2014 estableció en el art. 40 la prohibición de fumar o mantener encendidos productos de cannabis psicoactivo en “vehículos de taxímetro, ambulancias, transporte escolar y otros de transporte público, tales como ómnibus, trenes, naves, aeronaves, etc., con o sin pasajeros”, todos los cuales se encuentran comprendidos en el término “lugar o espacio de trabajo”.

Es decir, el medio de transporte que utiliza el trabajador para desplazarse es considerado “lugar o espacio de trabajo” a los efectos de la reglamentación y por tanto, conectando ésta disposición con el Decreto N° 128/2016, el consumo y/o tenencia de drogas por parte del trabajador en los mismos estaría prohibido.

Por otro lado, en lo que respecta a las normas que les son aplicables en tanto conductores de vehículos se señala en primer lugar el art. 46 de la Ley N° 18.191 denominada “Tránsito y seguridad vial en el territorio nacional”, en virtud del cual la autoridad competente³⁴⁶ podrá controlar la presencia y concentración de alcohol u otras drogas psicotrópicas en el organismo de cualquier persona que conduzca un vehículo en zonas urbanas, suburbanas o rurales del territorio nacional. En caso de resultado positivo, al conductor se le retendrá la licencia de conducir, siendo pasible de la sanción de inhabilitación para conducir por un

³⁴⁴ En caso de alcohol la muestra debe ser tomada en un plazo menor a las dos horas y en el caso del cannabis y cocaína en el mismo acto de aplicación del dispositivo.

³⁴⁵ MANGARELLI, C., “Derechos del empleador a la organización y dirección de la empresa, y límites”, *Revista Derecho Laboral*, Tomo LIV, Montevideo, 2011, p. 720.

³⁴⁶ La potestad corresponde a los funcionarios del Ministerio del Interior de la Dirección Nacional de Transporte del Ministerio de Transporte y Obras Públicas y de las Intendencias Municipales, cada uno en el ámbito de sus competencias.

término de 6 meses hasta 2 años dependiendo de si es una primera infracción o reincidencia, pudiendo incluso en caso de nueva reincidencia cancelarse su licencia de conducir.

Atento a lo dispuesto en la citada ley, el art. 15 de la Ley N° 19.172 estableció que todo conductor estará inhabilitado para conducir cuando la concentración de THC en el organismo sea superior a la que establezca la reglamentación, lo cual nos llevaba a esperar que la reglamentación tuviera un margen de tolerancia al respecto. Sin perjuicio de ello, el art. 41 del Decreto N° 120/2014 estableció la inhabilitación para conducir cualquier vehículo que se desplace por la vía pública a todo conductor que tenga afectada su capacidad debido al consumo de cannabis psicoactivo, estableciendo asimismo que se considera que la capacidad se encuentra afectada cuando se detecte THC en el organismo, sin establecer un mínimo permitido.

A los efectos laborales nos interesan las consecuencias de tal inhabilitación para conducir sobre la relación de trabajo. Lo interesante de este supuesto es que la inhabilitación para conducir puede ocurrir incluso cuando el trabajador no se encontrare a la orden del empleador y de todas formas irradiar efectos sobre la relación laboral en tanto lo imposibilita a prestar tareas en su categoría laboral. En caso de que, a causa de lo dispuesto en la normativa, el trabajador sea inhabilitado por la autoridad competente para conducir un vehículo, siendo esta su actividad laboral, ello conlleva la suspensión del vínculo laboral por culpa del trabajador, perdiendo el derecho a percibir su remuneración durante el tiempo que dure la misma³⁴⁷, más allá de las sanciones disciplinarias que pudiera aplicar el empleador por el consumo y/o la tenencia de drogas en contravención con lo dispuesto en el Decreto N° 128/2016 si la conducta que ameritó la sanción administrativa fue realizada en ocasión del trabajo.

Tratándose de una inhabilitación temporal podemos señalar que una vez que desaparece la causa que inhabilita al trabajador para el desempeño de sus tareas, este debe ser readmitido, siendo obligación del empleador brindarle trabajo³⁴⁸ pero, ¿qué sucede en caso de que al trabajador le cancelen la libreta para conducir? en esta hipótesis podríamos estar ante un supuesto de extinción de contrato en tanto el fin del vínculo laboral es la consecuencia directa de la imposibilidad del trabajador de prestar la tarea para la cual fue contratado, siendo ello ajeno a la voluntad del empleador³⁴⁹. La Suprema Corte de Justicia al referir a la extinción del contrato de trabajo la caracteriza como aquella hipótesis en la cual “la finalización de la relación laboral está dada por la imposibilidad del trabajador de seguir desempeñando sus tareas, por lo que ninguna responsabilidad puede atribuírsele al empleador”³⁵⁰, lo cual estimo se ajusta perfectamente a la situación descrita del trabajador que prestando tareas de chofer obtiene la cancelación de su libreta de conducir por la autoridad competente.

c) Criterios jurisprudenciales relevantes en la materia.

En el caso de consumo y/o tenencia de drogas en el ámbito laboral, en tanto constituyen conductas expresamente prohibidas por la norma, podemos afirmar que se trata de inconductas que ameritan la aplicación de sanciones disciplinarias, pero ello de por sí no significa que tengan la entidad suficiente para configurar notoria mala conducta. Si bien no

³⁴⁷ CASTELLO, A., “Potestad de control...” cit., p. 79.

³⁴⁸ Así lo ha señalado el TAT 2° turno, Sentencia N° 69/2010 de 17/03/2010.

³⁴⁹ Razonamiento de nuestra jurisprudencia en un caso de incapacidad sobrevenida que *mutatis mutandi* considero plenamente trasladable a la especie. Ver: TAT 2° turno, Sentencia N° 172/2008 de 16/07/2008.

³⁵⁰ SCJ, Sentencia N° 35/2014 de 24/02/2014.

existe un concepto legislativo de que se entiende por notoria mala conducta, la misma implica la crisis de la relación de trabajo por culpa del trabajador. Esta crisis puede responder a la realización de pequeñas faltas que en su cúmulo tornan imposible continuar con la relación de trabajo o por un solo hecho de una gravedad tal que amerite esta sanción³⁵¹.

La jurisprudencia nacional ha entendido que, en la actividad de construcción, el hecho de concurrir a trabajar bajo los efectos de la droga reviste tal gravedad que “revela de por sí una conducta irresponsable y desaprensiva”³⁵² en tanto pone en riesgo a la integridad física no solo de los trabajadores involucrados, sino también de sus compañeros y terceras personas, pudiendo por tanto ameritar la consideración de notoria mala conducta. En igual sentido se ha señalado que el empleador debe probar que el trabajador se encontraba realizando una tarea que, en caso de estar bajo los efectos de las drogas, se convirtiera en una actividad riesgosa o disminuyera su rendimiento³⁵³.

Sin perjuicio de ello debemos apuntar que en tanto la falta debe de haber sido cometida voluntariamente por el trabajador para ameritar la sanción, en el caso de adicciones esta conducta no puede ser considerada voluntaria, señalándose: “la adicción constituye una discapacidad que radia la acción de la voluntad del adicto, lo que habilita dos consecuencias: una que no pueda ser calificada como notoria mala conducta justamente por cuanto falta el elemento voluntad en la acción desarrollada; otra, que el despido movilizado por la discapacidad y en período que se encuentra bajo el estatuto legal del enfermo, constituye un acto discriminatorio”³⁵⁴. Sobre esta misma línea ante el despido de trabajadores drogodependientes, se ha apuntado: “el despido movilizado por la discapacidad, sería ilegítimo”³⁵⁵. Al respecto considero pertinente destacar que la jurisprudencia uruguaya trata al trabajador drogodependiente como un trabajador discapacitado, cuando sería más adecuado considerarlo lo que verdaderamente es, un trabajador enfermo.

En conclusión, el consumo por parte de un trabajador no drogodependiente por sí solo no es capaz de configurar notoria mala conducta, debiendo además valorarse si con ese accionar el trabajador pone en peligro su integridad física o la de terceros. Esta situación de riesgo debe ser real e inminente, lo cual debe probar el empleador. Claramente hay trabajos cuyo desempeño bajo los efectos de sustancias psicoactivas genera un riesgo mayor, no pudiendo medirse de igual forma la conducción de un vehículo, prestar tareas en la construcción en un andamio o un trabajo en una oficina.

A la hora de sancionar este tipo de conductas debe el empleador observar la debida proporcionalidad entre la falta cometida y la sanción a aplicar, considerando la actividad que el trabajador realiza, valorando también sus antecedentes, pudiendo configurar notoria mala conducta cuando las circunstancias de la falta así lo ameriten o si se da la reiteración de inconductas de cualquier clase –no necesariamente de consumo de drogas todas ellas– que consideradas en su conjunto configuran la misma.

³⁵¹ BARBAGELATA, H., *Derecho del Trabajo*, Tomo I, FCU, Montevideo, 2002, p. 366.

³⁵² TAT 4° turno, Sentencia N° 0511-000227/2013 de 05/08/2013.

³⁵³ TAT 1° turno, Sentencia N° SEF-0012-000223/2014 de 30/07/2014.

³⁵⁴ TAT 1° turno, Sentencia N° SEF-0012-000411/2013 de 20/11/2013.

³⁵⁵ TAT 1° turno, Sentencia N° SEF-0012-000365/2014 de 07/11/2014.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

El consumo de drogas continúa siendo un tema que presenta un gran reproche moral, lo cual acompañado a las normas de naturaleza sancionadora, conducen a que la drogodependencia no sea encarada por el ordenamiento jurídico como cualquier otra enfermedad, en tanto se culpabiliza al trabajador drogodependiente por la misma, cuando es en realidad indiferente si el consumo inicia como una actitud voluntaria del sujeto, ya que cuando se desarrolla la dependencia este es incapaz de interrumpir el consumo.

En lo que respecta al control del consumo de drogas, se observa que el mismo no ingresa por el art. 20 ET como las medidas que el empleador “estime más oportunas”, sino como vigilancia a la salud por el art. 22 LPRL.

Por vía de convenio colectivo tampoco se podrán establecer controles obligatorios fuera de las excepciones a la voluntariedad previstas en el citado artículo de la LPRL. Ello limita el campo de actuación de la negociación colectiva en la materia objeto de estudio a precisar hipótesis que ingresen dentro de tales excepciones.

Incluso en el marco de los procesos de selección, cuando tal artículo aún no posee vigencia (en tanto el empleador no está obligado a vigilar la salud de los aspirantes a empleo), se señala la aplicación analógica del mismo.

El citado artículo se presenta también como una limitante a la realización de controles aleatorios, en los cuales incluso podrá entenderse que debe acreditarse la necesidad objetiva de realizar el mismo en cada caso concreto, vedando así la posibilidad de realizarlos de forma aleatoria para todo el colectivo de trabajadores. El art. 22 LPRL funciona en definitiva como una limitante al art. 20 del ET en lo que respecta a los controles toxicológicos.

No obstante lo cual debe señalarse que el problema en cuanto a los períodos de detección de las drogas (en tanto pueden detectarse, por ejemplo en la orina semanas después de su consumo) podrían apuntarlo como un medio no idóneo para determinar si el trabajador está prestando tareas bajo los efectos de las drogas.

Es posible que se detecte un positivo y que el trabajador no esté bajo los efectos de las drogas, sino que posee residuos de la misma en su organismo. Si el trabajador no consume en la empresa y no presta tareas bajo los efectos de las drogas, esta forma de conducirse en su vida privada es ajena a las potestades de control y disciplinarias del empleador. El problema que se introduce aquí es ¿cómo se prueba que el trabajador –a pesar de testear positivo- no se encuentra bajo los efectos de las drogas? Resultando ello imposible, sumado a que los controles toxicológicos son el único medio de detectar drogas en el organismo, lleva a no plantear su rechazo de plano.

Atento a la diferenciación expuesta en períodos de detección en virtud del espécimen biológico que se tome, deben preferirse los controles de saliva a los de orina, en tanto estos últimos son más susceptibles de lesionar el derecho a la intimidad del trabajador por los amplios períodos de detección que posee.

Se observa que difícilmente pueda configurarse un despido disciplinario por toxicomanía basándose solamente en los resultados de controles toxicológicos realizados de forma preventiva, en tanto las situaciones de consumo para entender que estamos ante un hábito, siguiendo los criterios expuestos por los tribunales, deben darse con una asiduidad tal que si se practicasen de esa forma los controles (por ejemplo, tres veces en un mes) ello implicaría una intromisión grosera a la intimidad de los trabajadores.

Por otro lado, respecto al control de la tenencia de drogas, también el empleador ve una limitante a sus amplias potestades del art. 20 del ET, en tanto los mismos solamente podrán ser llevados a cabo cuando se afecte el bien jurídico protegido por el art. 18 del ET.

Sin perjuicio de ello, y siguiendo la interpretación ampliada de la norma que ha sido expuesta en el presente trabajo, debe verse que en algunas hipótesis podrá existir un bien jurídico amenazado por la tenencia de drogas en la empresa que requiera igual protección que el patrimonio empresarial. No obstante ello, si el empleador se encuentra facultado a realizar los controles para evitar hurtos en la empresa, y en la realización de los mismos descubre la tenencia de drogas, podrá proceder a aplicar sanciones disciplinarias. Asimismo, ante una sospecha de tráfico de drogas, podrá solicitar la intervención de la autoridad y, de los resultados de la misma, proceder a la aplicación de sanciones.

En cuanto a la potestad disciplinaria, resultaría muy extremo afirmar que la misma debe estar vetada en cualquier hipótesis de consumo, en tanto no siempre que hay consumo hay un trabajador enfermo.

No obstante lo cual, debe verse que el derecho español considera la adicción (toxicomanía) siempre que ésta repercuta negativamente sobre el trabajo, como una falta muy grave, no imponiéndosele al empleador por vía legal la obligatoriedad de establecer programas de prevención de consumo, así como garantizar la reserva de puestos de trabajo durante los tratamientos necesarios. El ET faculta a la empresa a despedir al trabajador sin derecho a una indemnización en tales hipótesis, solucionando así el problema de la drogodependencia en su ámbito, ignorándose la realidad subyacente. Al respecto se observa que la adicción a las drogas no es tratada como cualquier otro problema de salud, como es aconsejado por la OIT.

Se aprecia a nivel de normativa estatal una carencia en materia de prevención de consumo, si bien son positivos muchos de los avances a nivel de la negociación colectiva, es una materia que no puede ser librada al posible acuerdo entre ambos sectores. Desde el punto de vista normativo, el consumo de drogas debe ser encarado como un problema social e incluso, desde la óptica de la prevención de riesgos laborales.

A nivel judicial, los tribunales tienden a asimilar a la “toxicomanía” con el consumo reiterado de drogas, no estableciendo diferencia alguna entre consumo reiterado y patológico, bastando por tanto que se cumpla el requisito de reiteración de la conducta en el tiempo. Si bien en principio podría resultar criticable –en tanto la norma refiere a un hábito patológico y no a un consumo reiterado-, debe verse que si un tribunal analiza que el trabajador posee un “hábito patológico” a efectos de configurar la causal de despido, ello sería un tanto contradictorio con la voluntariedad de la conducta requerida para proceder al mismo. Por ello considero que la redacción del artículo en cuestión no ha sido muy feliz, en tanto parece que castiga la única hipótesis de consumo en la cual la sanción no sería procedente (el caso del trabajador adicto a las drogas).

Si un trabajador es adicto, es un trabajador enfermo y el despido del mismo deberá ser improcedente. No obstante ello y observando la doctrina del Tribunal Supremo, puede señalarse que la drogodependencia nos encontramos ante una enfermedad capaz de estigmatizar a quien la padece, y por tanto, siendo pasible de ser considerado un “elemento de segregación”, sumado al hecho de que podría tratarse de una enfermedad de largo plazo equiparable a la discapacidad en los términos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sería susceptible de constituir un despido nulo por vulneración del art. 14 de la CE.

En lo que respecta al tráfico y producción de drogas en el lugar de trabajo como faltas susceptibles de configurar un despido disciplinario, las exigencias son menores, siendo

conductas que se ven alcanzadas por el literal d) del artículo en cuestión no exige que se trate de una conducta reiterada en el tiempo ni que tal actitud influya negativamente en el trabajo. En cuanto a la tenencia, si bien ingresa también por el literal d), puede verse que a nivel judicial se ha valorado si esta tenencia tiene o no efectos sobre la prestación de tareas.

Para atender el problema de la drogodependencia en las empresas, deberían establecerse medidas de prevención, suspensión de sanciones disciplinarias en caso de que el trabajador acepte someterse a un tratamiento, apoyo en la rehabilitación (mediante permisos, excedencias) y garantía del puesto de trabajo, en tanto con la sola eliminación de la causal del literal f) no se solucionaría ningún problema. Ello en tanto siempre la conducta podrá verse alcanzada por el literal d) en su rol de “cajón de sastre” de los despidos disciplinarios, o incluso podrá procederse al despido disciplinario (como también sucede ahora) por los efectos del consumo en el trabajo.

En cuanto al rol que asumen los convenios colectivos en la materia, el mismo posee gran importancia respecto a la creación de faltas, como ser el consumo esporádico, la tenencia y el tráfico de drogas en el lugar de trabajo, pudiendo también precisar los extremos del art. 54.2 f) ET. Del relevamiento de convenios colectivos realizado puede concluirse que la consideración del consumo esporádico de drogas es de lo más variada, siendo calificada como leve, grave e incluso muy grave.

Asimismo, se aprecia también la confusión en el término “toxicomanía”, el cual es utilizado como sinónimo de consumo reiterado de drogas. En virtud de lo señalado a lo largo del presente trabajo, sería aconsejable la eliminación del término “toxicomanía”, tanto de la ley como de los convenios colectivos. Si un trabajador es toxicómano es un trabajador enfermo.

Algunos de estos convenios colectivos levantan sospechas respecto a su legalidad, en tanto parecerían estar estableciendo vías para proceder a un despido disciplinario por consumo reiterado de drogas (sin exigir influencia negativa) o incluso por un consumo esporádico de drogas, en los casos en que esta es calificada como falta muy grave. Estimo que en ningún caso el convenio colectivo puede ser utilizado para desconocer la norma de rango legal.

En lo que respecta al régimen uruguayo debe apuntarse que el consumo de drogas en el lugar de trabajo o la concurrencia al mismo bajo sus efectos se encuentra prohibido, por vía de decreto desde hace largo tiempo. No obstante ello, la regulación del cannabis constituyó el puntapié inicial para la generación de un marco regulatorio integral respecto al consumo de drogas en el lugar de trabajo.

A diferencia del régimen español, se prevé expresamente la potestad de establecerse controles obligatorios y aleatorios a todo el personal, sin que sea necesario acreditar una necesidad objetiva de realizar los mismos. No solamente viene a validar el poder de control con facultades mucho más amplias que en el caso de España, sino que también aporta un tratamiento más integral de la cuestión, sobre todo en lo que respecta al protocolo de actuación, en la fase preventiva y de remisión al centro de salud en caso de trabajadores drogodependientes.

Lo más llamativo de la reforma más reciente uruguayo es que no estableció expresamente – como si lo hacía su antecesora – que la derivación del trabajador a los servicios de salud es un impedimento para la aplicación de sanciones disciplinarias. Si se acuerda derivar al trabajador a los servicios de salud a efectos de diagnóstico y tratamiento, de resolverse el mismo resulta ilógico que el empleador además pueda sancionarlo. Si bien el cambio de paradigma introducido por la normativa ha sido positivo, en tanto colaboró a aportar un tratamiento integral de la cuestión, en esta eliminación de la suspensión de la sanción en

caso de derivarse al trabajador a un centro asistencial se asiste a un retroceso, ya que viene a legitimar el ejercicio del poder disciplinario ante una enfermedad.

A diferencia del régimen español, en Uruguay no se cuenta con una disposición normativa que regule las causales de despido disciplinario, asistiendo por tanto al concepto de notoria mala conducta, siendo la configuración del mismo de elaboración jurisprudencial, por parte de la SCJ y de los TAT. Tal como fue observado, a los efectos de configurar notoria mala conducta, no constituye un requisito *sine qua non* la repercusión negativa sobre el trabajo, pudiendo procederse al despido sin indemnización cuando se da una reiteración de episodios de consumo en la empresa.

En lo que respecta a la tenencia de drogas en el lugar de trabajo, a diferencia del régimen español, en Uruguay no existe norma en la línea del art. 18 del ET, si bien se entiende que los mismos son admitidos siempre que se respete la dignidad del trabajador. Por lo cual, en el caso uruguayo, los registros para la detección de drogas si bien no poseen amparo normativo expreso, podrían admitirse en tanto no se cuenta con una norma que cercene la posibilidad de proceder a los mismos.

Por último, en cuanto a los criterios jurisprudenciales adoptados por los tribunales uruguayos, debe señalarse que los mismos han considerado el despido del trabajador drogodependiente como ilegítimo, por tratarse de un trabajador discapacitado. En España el despido de un trabajador discapacitado por ese motivo también es ilegítimo, siendo un despido nulo. La gran diferencia al respecto se plantea en la consideración de la drogodependencia como una discapacidad (caso de Uruguay) o como una enfermedad (caso de España). Si estamos al concepto de drogodependencia expuesto, no podemos considerar a la misma una discapacidad, en tanto constituye en puridad una enfermedad, pudiendo si ser una enfermedad de largo plazo pero no estrictamente una discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, R., *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.

ALBIOL MONTESINOS, I., *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Ed. Deusto, Bilbao, 1990.

AMEGLIO, E., “Las adicciones y el trabajo”, *XXV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, FCU, Montevideo, 2014.

BARBAGELATA, H.; *Panorama de la legislación del Trabajo*, Ed. FUECI, Montevideo, 1954.

BAROFFIO, A., “El alcohol y drogas en el entorno laboral”, *XXV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, FCU, Montevideo, 2014.

BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J., *El despido disciplinario y sus causas. Análisis de la jurisprudencia*, Ed. Comares, Granada, 2001.

CABERO MORÁN, E., “Incidencia de la normativa de prevención de riesgos laborales en los derechos fundamentales del trabajador” en FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, J.J. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. (Dirs.), *Doctrina jurisprudencial en materia preventiva, I Jornadas Universitarias Castellano y Leonesas sobre prevención de riesgos laborales*, Ed. Eolas, León, 2008.

CÁMARA BOTÍA, A., “El carácter ‘culpable’ del incumplimiento del trabajador en el despido disciplinario”, en GARATE CASTRO, J. (coord.), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1997.

CÁMARA NACIONAL DE COMERCIO Y SERVICIOS DEL URUGUAY, “El Cannabis en el lugar de trabajo de acuerdo al Decreto reglamentario de la Ley No. 19.172. Nociones preliminares”, *Profesionales & Empresas*, Tomo XXVI, CADE, Montevideo, 2014.

CASTELLO, A., “Potestad de control de consumo de marihuana en los lugares de trabajo (Decreto No. 120/014)”, *Profesionales & Empresas*, Tomo XXVI, CADE, Montevideo, 2014.

CAUMONT, A., “Aportes para el Estudio de la Responsabilidad civil por accidentes en ocasión o a causa del trabajo”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXVII, FCU, Montevideo, 1996.

CAVAS MARTÍNEZ, F., Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2005, BIB 2005\3.

CISCART BEÁ, N., *El despido por embriaguez y toxicomanía*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.

COMISIONES OBRERAS, *Orientaciones sobre intervención sindical en drogo-dependencias*, Secretaría Confederal de Salud Laboral de CC.OO., Madrid, 2009.

DURÁN LÓPEZ, F., “artículo 18.- inviolabilidad de la persona del trabajador”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales, El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.

- ERMIDA URIARTE, Ó., “Drogadicción y Derecho laboral”, *Relaciones laborales y Seguridad Social*, Año I, No. 6, Ed. Interoceánicas S.A., Buenos Aires, 1995.
- FABREGAT MONFORT, G., *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empleador*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2016.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “La embriaguez habitual como causa de despido y/o la asistencia al trabajador con problemas de alcohol y drogas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 365-366, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2013.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *El poder disciplinario en la empresa*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L., *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2003.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., “La vigilancia de la salud y el respeto a los derechos del trabajador” en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. (Dirs.), *Doctrina jurisprudencial en materia preventiva, I Jornadas Universitarias Castellano y Leonesas sobre prevención de riesgos laborales*, Ed. Eolas, León, 2008.
- FRANCOLINO, C. y MILLER, C., *Buenas prácticas en la prevención laboral de drogodependencias*, Programa de prevención de consumo de alcohol y drogas en el ámbito laboral. Dpto. de Salud Laboral y Medio Ambiente PIT – CNT, Fundación Luna Nueva, Montevideo, 2012,
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J., “Los reconocimientos médicos obligatorios en la doctrina reciente de los tribunales”, *Revista de Información Laboral*, N° 5, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017, BIB 2017/11176.
- GIUZIO, G. y SANTOS, M., “El consumo de droga en el lugar de trabajo. Su abordaje por la legislación y la negociación colectiva”, *XXV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, FCU, Montevideo, 2014.
- GOLDSTEIN, E., “Técnicas de detección de drogas y derechos fundamentales”, *XXV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, FCU, Montevideo, 2014.
- GOÑI SEIN, J.L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2016.
- GOÑI SEIN, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Ed. Civitas, Madrid, 1988.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T., *El despido disciplinario*, Ed. Difusión jurídica, Madrid, 2008.
- GUALDA ALCALÁ, M., “El control de la salud de los trabajadores” en ROMERO RODENAS, M.J y TRILLO PÁRRAGA, F. (Dirs.), *Manual de prevención de riesgos laborales*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2017.
- GUTIÉRREZ, A. (Coord.), *La regulación del cannabis en Uruguay*, FCU, Montevideo, 2016.

- LARRAÑAGA ZENI, N., “Las drogas y el alcohol en el ámbito laboral”, *XXV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, FCU, Montevideo, 2014.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *La vigilancia de la salud laboral*, Ed. Tecnos, Madrid, 2017.
- MANGARELLI, C., “Derechos del empleador a la organización y dirección de la empresa, y límites”, *Revista Derecho Laboral*, Tomo LIV, Montevideo, 2011.
- MARTÍNEZ FONS, D., “La vigilancia de la salud en la doctrina del Tribunal Constitucional. El principio de voluntariedad y la interpretación de sus excepciones”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2005, BIB 2005\408.
- MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.
- MIÑARRO YANINI, M., “El modelo regulador de las adicciones en los ambientes de trabajo en España: contradicciones y propuestas de cambio”, *Revista Temas Laborales*, n° 134/2016, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Vigilancia de la salud laboral, consentimiento ‘desinformado’ y ¿límites al secreto médico?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 404, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2016.
- MORATO GARCÍA, R.M., *Derecho de resistencia y ejercicio irregular del poder de dirección*, Ed. Comares, Granada, 2011.
- MUTUA NAVARRA, *El alcohol y las drogas en el ámbito laboral: una realidad que afrontar*, Mutua Navarra, Pamplona, 2011.
- NORES TORRES, L., “La embriaguez y la toxicomanía como causas de despido disciplinario”, *Revista Española de Drogodependencias*, Vol. 29, n° 3-4, Valencia, 2004, disponible en http://www.aesed.com/descargas/revistas/v29n3-4_7.pdf
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO, “Principios rectores para pruebas destinadas a detectar el consumo de alcohol y de drogas en el lugar de trabajo adoptados por la Reunión interregional tripartita de expertos celebrada del 10 al 14/05/1993 en Oslo (Hønefoss), Noruega”, *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT*, Anexo V, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_112634.pdf
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO, “Tratamiento de cuestiones relacionadas con el alcohol y las drogas en el lugar de trabajo”, *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT*, Ginebra, 1996, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_112634.pdf
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Glosario de términos de alcohol y drogas*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1994, disponible en http://www.who.int/substance_abuse/terminology/lexicon_alcohol_drugs_spanish.pdf.
- PALOMEQUE LÓPEZ, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016.
- PÉREZ DEL CASTILLO, M. e INTHAMOUSSU, J., *Manual de normas de seguridad y salud en el trabajo*, FCU, Montevideo, 2015.

- PÉREZ DEL CASTILLO, M. y NIN, M., “Trabajo y marihuana”, *Profesionales & Empresas*, Tomo XXIV, CADE, Montevideo, 2014.
- POQUET CATALÁ, R., “¿Es válido el despido efectuado a un trabajador que padece alcoholismo?”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, ADAPT University Press, Vol. 5, N° 2, Italia, 2017.
- POQUET CATALÁ, R., *El actual poder de dirección y control del empresario*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2013.
- POQUET CATALÁ, R., *La actual configuración del poder disciplinario empresarial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- RODRÍGUEZ BESSIO, N. e IGLESIAS CÁCERES, J., “Aspectos no previstos en los controles de alcohol y de drogas en los Decretos Nos. 120/2014 y 125/2014”, *XXV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, FCU, Montevideo, 2014.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *El poder disciplinario y la negociación colectiva*, Ed. Comares, Granada, 2008.
- ROMÁN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ed. Grapheus, Valladolid, 1992.
- ROMERO RODENAS, M.J., *Sida y toxicomanías*, Ed. IBIDEM, Madrid, 1995.
- ROVIRA VILLADEMOROS, F., “Adicciones y Derecho del Trabajo”, *XXV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, FCU, Montevideo, 2014.
- SALA FRANCO, T., *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- SANGUINETI RAYMOND, W., “Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales”, *Revista Derecho Laboral*, Tomo LIV, Montevideo, 2011.
- SORIANO ARROQUIA, E.M. y MOLINA NAVARRETE, C., “Intimidad, pruebas médicas y convenio ¿‘caducado’?: el riesgo a terceros ¿‘excepción general’ a su voluntariedad?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 392, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2015.
- TALÉNS VISCONTI, E., “La vigilancia de la salud del trabajador y el respeto a su intimidad en el supuesto de consumo de drogas”, *Revista Española de Drogodependencias*, Vol. 38, n° 2, Valencia, 2013, se encuentra disponible en http://www.aesed.com/descargas/revistas/v38n2_6.pdf
- TOSCANI GIMÉNEZ, D., *Reconocimientos médicos de los trabajadores y su régimen jurídico laboral*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2011.
- UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, *Drogodependencia y adicciones: prevención en el ámbito laboral*, Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, Madrid, 2012.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., “Embriaguez habitual y toxicomanía”, en AAVV, *Estudios sobre Derecho Disciplinario*, Ed. Acarl, Madrid, 1989.