

CEOE

CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE
ORGANIZACIONES EMPRESARIALES

INFORME EJECUTIVO SOBRE CONSUMO DE ALCOHOL, DROGAS Y OTRAS SUSTANCIAS EN EL ÁMBITO LABORAL

Juan José Fernández Domínguez

Con la financiación de:

DI-0003/2014



FUNDACIÓN
PARA LA
PREVENCIÓN
DE RIESGOS
LABORALES

INFORME EJECUTIVO SOBRE CONSUMO DE ALCOHOL, DROGAS Y OTRAS SUSTANCIAS EN EL ÁMBITO LABORAL

Este informe es fruto del desarrollo de la Acción Directa DI-0003/2014 “Organización de actividades y divulgación general de la prevención de riesgos laborales 2015”, solicitada por CEOE y aprobada por el Patronato de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales (convocatoria 2014 de asignación de recursos).

CEOE no suscribe necesariamente las opiniones expresadas en el presente informe, que son responsabilidad exclusiva de su autor.

DL: M-33812-2015

ISBN: 978-84-608-3319-2

Algunas imágenes utilizadas en este libro están diseñadas por Freepik.es

Juan José Fernández Domínguez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN: DATOS PARA LA REFLEXIÓN	7
1. Sobre el consumo problemático de alcohol, drogas y otras sustancias como un fenómeno multicausal	12
2. Acerca de la naturaleza del riesgo en la relación laboral	15
3. Razones para intervenir desde la empresa	19
4. La distinta naturaleza de la intervención empresarial: del carácter voluntario respecto de la información y formación sobre el problema del alcohol, drogas y otras sustancias, o la previsión de programas asistenciales y/o de reincorporación laboral, a la obligación de prevenir accidentes de trabajo por tal causa	23
CAPITULO I: ELENCO NORMATIVO Y DE POLÍTICAS CON INCIDENCIA EN LA MATERIA	25
I. EL PUNTO DE PARTIDA DE LAS ORGANIZACIONES MUNDIALES	25
II. NORMATIVA Y POLÍTICA DE LA UNIÓN EUROPEA	26
1. Contexto normativo	26
1.1. La Directiva 89/391, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo	26
1.2. La normativa de aplicación a los tests de drogas y alcohol	28
1.2.1 La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 (2000/C 83/02)	28
1.2.2 El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950	28
1.2.2.1. El Asunto Wentlund c. Suecia (solicitud 462/99 y Decisión de 9 de marzo de 2004) [Sección IV]	29
1.2.2.2. El Asunto Madsen c. Dinamarca (solicitud 58341/00 y Decisión de 7 de noviembre de 2002) [Sección I]	30
1.2.3 La Directiva 95/46/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos	31
1.2.4 La Recomendación núm. R (97) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa ..	33
2. La política de la Unión Europea sobre alcohol y drogas	33
2.1. Estrategia de la UE en materia de lucha contra la droga 2013–2020 (Recomendación 2013/C 402/01) y Plan de Acción de la UE en materia de lucha contra la droga, 2013–2016 (2013/C 35/01)	34
2.2. Política de la UE en materia de alcohol	34
2.3. Cuadro comparado de la regulación sobre alcohol, drogas y otras sustancias en el trabajo en los distintos Estados de la Unión Europea	35
III. POLÍTICA ESTATAL Y NORMATIVA Y PROGRAMAS AUTONÓMICOS SOBRE DROGAS	45
1. El programa ejecutivo estatal: la Estrategia Nacional sobre Drogas 2009–2016 y el Plan de Acción sobre Drogas 2013–2016	45
2. Leyes y planes autonómicos sobre drogas en su enfoque laboral	47
2.1. Breve sinopsis sobre el contenido laboral de las normas autonómicas	47

2.2. Los planes autonómicos sobre drogas	50
CAPITULO II.- LA NORMATIVA SOBRE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN CLAVE DE CONSUMO DE ALCOHOL, DROGAS Y OTRAS SUSTANCIAS EN EL LUGAR DE TRABAJO	53
I. PREVISIONES CONTENIDAS EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES CON REPERCUSIÓN EN LA MATERIA	54
1. Reconocimiento de derechos y obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo	54
2. Las vías para articular una respuesta jurídico-laboral distinta al despido disciplinario en los supuestos de trabajadores con problemas de adicción	56
3. El despido disciplinario por embriaguez habitual o toxicomanía que repercuten negativamente en el trabajo	57
3.1. Obstáculos a superar en la práctica para la aplicación del art. 54.2 f) ET	57
3.1.1. El papel del convenio (y del contrato) en la delimitación de esta causa de despido ..	57
3.1.2. La aplicación de los requisitos generales exigibles a cualquier despido disciplinario a esta causa	59
3.1.3. Los problemas derivados de las propias nociones de embriaguez habitual y toxicomanía	60
3.1.4. El requisito de habitualidad	63
3.1.5. La repercusión negativa en el trabajo	65
3.2. Alternativas al artículo 54.2 f) ET para el despido disciplinario por consumo de alcohol, drogas y otras sustancias con repercusión laboral	66
4. El marco de referencia para la negociación colectiva	67
II. UNA LECTURA DE LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y EL ABORDAJE DEL PROBLEMA DE CONSUMO DE ALCOHOL, DROGAS Y OTRAS SUSTANCIAS EN LA EMPRESA	69
1. El consumo/abuso de alcohol, drogas y otras sustancias no es un riesgo laboral en sentido técnico-jurídico. Excepciones	69
2. La aplicación de la normativa de prevención a los supuestos en los cuales el consumo de alcohol, drogas y otras sustancias ha de ser evaluado como riesgo laboral. Algunas singularidades	73
2.1. El deber de seguridad de empresario y el deber de colaboración del trabajador	73
2.2. Planificación empresarial de intervenciones en materia de alcohol, drogas y otras sustancias: negociación colectiva y responsabilidad social empresarial	77
2.3. Los deberes de información y formación	80
2.4. Régimen de responsabilidades: calificación del accidente, recargo de prestaciones de la Seguridad Social y responsabilidad civil	83
2.4.1. La calificación del siniestro acaecido en el lugar de trabajo o con motivo de la actividad laboral cuando el trabajador se encontraba bajo los efectos del alcohol, drogas u otras sustancias	84
2.4.2. Régimen de responsabilidad empresarial: el recargo de prestaciones de Seguridad Social	94
2.4.3. La responsabilidad civil del empresario	95
III. LOS TESTS DE CONSUMO DE ALCOHOL, DROGAS Y OTRAS SUSTANCIAS EN EL TRABAJO	98
1. Los intereses en presencia	99
2. Los derechos fundamentales afectados. La Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004, de 15 de noviembre	102
2.1. Catálogo de derechos constitucionales implicados	103
2.2. La sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004, de 15 de noviembre	105

3. La ordenación legal de los tests de despistaje. Ley de Prevención de Riesgos Laborales y otras normas sobre datos sanitarios.....	114
3.1. La normativa de prevención de riesgos laborales	115
3.1.1. Reconocimientos médicos de consumo de alcohol, drogas y otras sustancias previstos por Ley	120
3.1.2. La obligatoriedad de los tests a partir de su consideración como imprescindibles para verificar si el estado de salud puede constituir un peligro para el trabajador o terceros.....	127
3.1.2.1. La evaluación de posibles problemas de alcohol, drogas y otras sustancias con carácter previo a la contratación o en el momento inmediatamente posterior a la contratación.....	128
3.1.2.2. Adicciones y trabajadores especialmente sensibles: los reconocimientos con motivo de modificación de tareas y tras prolongada ausencia por motivos de salud. La posibilidad de despido objetivo tras la comunicación al empresario por el médico que realizó el test de su condición de “no apto”.....	130
3.2. Otras normas con incidencia en la materia.....	133
3.2.1. La protección de la intimidad del trabajador. La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal	133
3.2.1.1. El primer desarrollo sobre la protección de los datos de la salud: la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.....	134
3.2.1.2. La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal	135
A. La consideración de la información relativa a los tests de despistaje de alcohol, drogas otras sustancias como datos de salud	135
B. Consecuencias fundamentales derivadas de la presencia de datos sensibles y especiales protegidos.....	136
C. Principios de aplicación	137
D. Derechos del trabajador	141
3.2.2. La normativa sanitaria. El papel del médico en los programas empresariales sobre alcohol, drogas y otras sustancias en la empresa; en particular, en los tests de control de consumo	144
3.2.2.1. Normativa de sanidad con incidencia en la materia. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información documentación clínica.	145
3.2.2.2. El papel del médico en el eventual protocolo de intervención empresarial sobre consumo de alcohol, drogas y otras sustancias. En particular, en los tests de despistaje.....	152
A. La selección del biomarcador	152
B. La selección de la muestra	154
a. Aire espirado	154
b. Parches de sudor	154
c. Sangre.....	155
d. Pelo.....	155
e. Orina	156
f. Saliva	157



g. Pruebas técnicas de contraste.....	158
C. Procedimiento a seguir en la toma, examen de muestras y utilización de resultados: de los “Principios rectores para pruebas destinadas a detectar el consumo de alcohol y drogas en el trabajo” de la OIT a las “Directrices para pruebas de drogas en el trabajo legalmente defendibles” de la Sociedad Europea.....	158

INTRODUCCIÓN: DATOS PARA LA REFLEXIÓN

Desde las primeras normas sociales de la Historia Contemporánea española cabe apreciar una preocupación patente del legislador por la relación entre alcohol y trabajo, abordada en un primer momento con el propósito claramente moralizante de conjurar los peligros para la salud que la embriaguez causaba en las clases trabajadoras. Así lo muestran las dos medidas pioneras de las que se tiene noticia: la primera, de vigencia sostenida en el tiempo, e incorporada por Real Decreto de 18 julio de 1907, prohibía el pago del salario “en lugar de recreo, taberna, cantina o tienda”; la segunda (Reales Órdenes de 29 de septiembre de 1907 y 30 enero de 1908 y Real Decreto de 24 de enero 1908) proscibía la venta en domingo de vino y otras bebidas de contenido etílico.

Tratábase de un exceso de “puritanismo [que] no dejaba grandes posibilidades de esparcimiento al obrero de principios de siglo”¹, cuya continuidad durante la Dictadura de Primo de Rivera no puede extrañar, dado el “objetivo básico [de atender y hacer frente,] como conviene, [a la] preocupación por el alcoholismo y sus estragos entre la clase obrera” (Reales Órdenes de 3 de noviembre y 27 de diciembre 1927), pudiendo leer en la Real Orden de 10 de abril de 1924 que “la finalidad perseguida por las Leyes y Reglamentos de Jornada Mercantil y Descanso Dominical y la Real Orden de 27 de diciembre último, en cuanto al cierre de las tabernas, no es otra que la de restringir, en lo posible, el excesivo consumo por los obreros de vino y bebidas alcohólicas, que tan funesta influencia [tienen] sobre el hombre, no sólo como individuo, sino en la raza que depauperan y degeneran”².

Olvidaban o ignoraban deliberadamente tales normas la verdadera raíz del problema, que la ideología dominante situaba en una propensión natural o inconsciente al alcohol del proletariado, cuando lo cierto es que muchos empresarios lo utilizaron como elemento de control³ y el exceso de su consumo afectaba por igual al resto de las clases sociales, por más que su calidad fuera diferente y no existieran límites ni temporales ni espaciales para ellos⁴.

Sirva tal ejemplo histórico de partida para mostrar cómo, con relativa frecuencia, el tratamiento de la vinculación entre alcohol, drogas y otras sustancias con el trabajo ha partido de enfoques asentados en firmes creencias tan reiteradas

¹ MONTROYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1973-1978)*, Madrid (Civitas), 1992, págs. 36 y ss. y 184; la cita textual de pág. 49.

² La muestra de estas primeras normas podría ser completada por la Real Orden de 14 de julio de 1925, donde se nombra una Comisión Internacional para dar cumplimiento en la Recomendación núm. 21 OIT, sobre socios obreros, instándola a adoptar “medidas legislativas o de estímulo a los esfuerzos privados por combatir el alcoholismo”.

³ En el clásico planteamiento de ENGELS, F.: *La situación de la clase obrera en Inglaterra*, Madrid (Akal), 1976, págs. 178 y ss.

⁴ Con espléndidos matices, DE LA VILLA GIL, L. E.: *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Granada (Comares), 2003, en especial págs. 14 y ss.

como sin sólida fundamentación real, o de intereses de determinados colectivos para los cuales siempre caben argumentos aparentemente científicos que se asumen como incontestables⁵, aun cuando su validez sea meramente relativa, pues a menudo ciñen su estudio a un ámbito funcional o geográfico muy concreto (una empresa, un sector, una zona)⁶; dependen de opiniones subjetivas difíciles de contrastar, cuando no obedecen a preguntas claramente orientadas y a menudo las respuestas podrían considerarse incluso contradictorias⁷; o, en fin –y más importante–, sólo conjugan el factor trabajo en relación con el consumo, sin ponderar otros que pudieran influir y ser más o menos determinantes, al punto que, como gráficamente se ha expuesto y demostrado, si a un mismo individuo con problemas de adicción se le pregunta, únicamente y por separado, sobre los antecedentes familiares, o respecto a las compañías que frecuenta, o en torno a las condiciones de trabajo, o acerca de las dificultades para su integración social, resultaría sesgado concluir que únicamente ese factor concreto al cual responde es el determinante cuando todos han podido ser confirmados⁸.

Por este motivo, y con carácter previo al análisis jurídico que acomete la presente obra, procederá revisitar cuatro aspectos fundamentales a la hora de sentar una base sólida para su desarrollo: en primer lugar, la descripción de los factores que pueden llevar a un abuso de las sustancias; en segundo término, y a partir de aquéllos, la calificación que procede en Derecho del problema en el seno de una relación laboral; en un tercer momento, las razones fundamentales esgrimidas para defender la oportunidad de una actuación desde la empresa; por último, la distinta naturaleza jurídica de las formas de intervención.

1. Sobre el consumo problemático de alcohol, drogas y otras sustancias como un fenómeno multicausal

Sea desde estudios limitados en su objetivo, sea desde aquéllos con una perspectiva más amplia, parece evidente que el problema del consumo de alcohol, drogas y otras sustancias responde a una etiología multicausal, habiendo sido destacados, entre los factores más salientes, aquéllos asociados a:

⁵ Denuncia ya clásica que aparece en obras continuamente citadas, como las de BECKER, G. S. y MURPHY, K. M.: "A theory of rational addiction", *Journal of Political Economy*, Vol. 96, núm. 4, 1998, págs. 675-700 o MULLAHY, J. y SINDELAR, J. L.: "Alcoholism, work and income over the life cycle", *NBER Working Papers*, núm. 3909, 1991, págs. 2 y ss. Especialmente duras las palabras de quien concluye que tal defensa "ha sido perpetrada por varios grupos con un interés especial que se benefician de la clasificación del alcoholismo como un desorden de origen laboral", FINGARETTE, H.: *Heavy drinking. The myth of alcoholism as a disease*, Berkely (Universidad de California), 1988, pág. 8.

⁶ Un amplio elenco de algunos de los más utilizados en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *Alcohol y drogas en el trabajo*, Madrid (Walters Kluwer), 2013, pág. 176, notas 862 y 863.

⁷ Bajo la opinión sólidamente fundamentada de GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. J. et alii: *Percepción y actitud de las empresas ante el alcohol y otras drogas*, Madrid (ISTAS), 2006, págs. 77 y 78 o, considerando otros factores, TEJERO ACEVEDO, R. et alii: "Implicaciones psicolegales del consumo de alcohol y otras drogas en el ámbito laboral", *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 2, núm. 2, 2002, págs. 68 y 69.

⁸ BABOR, T. et alii: *Alcohol no ordinary commodity (Research and public policy)*, Nueva York (Oxford University Press), 2010, en particular págs. 103-109.

- A. Características personales del individuo, tales como determinados rasgos biológicos o genéticos⁹, relacionadas con una personalidad singular¹⁰, edad¹¹, sexo –con prevalencia en los varones, aun cuando cada vez sea menos acentuada¹²–, formación –con datos que apuntan a un consumo superior de quienes carecen de estudios o éstos son elementales, pero también y paradójicamente, sobre todo en cuanto hace a determinadas drogas, a aquéllos con alta cualificación y posición social¹³–, estado civil, nacionalidad –con singular incidencia en la particular situación de los emigrantes¹⁴– o, por no seguir, bajo nivel de estabilidad emocional o falta de preparación ante situaciones problemáticas¹⁵.
- B. Motivos familiares, entre los cuales se han valorado aspectos tales como antecedentes de consumo problemático en la familia, violencia y malos tratos (incluidos abusos sexuales) en la infancia y la adolescencia, iniciación al hábito a partir de una relación afectiva, problemas o conflictos en el seno del hogar, doble jornada –que pesa casi en exclusiva sobre las féminas–, disputas o conflictos entre parientes, distanciamiento físico o emocional entre los miembros de la unidad de convivencia o, entre muchos más¹⁶, fallecimientos o enfermedades de seres queridos.
- C. Vinculados al entorno social, dentro de los cuales se destacan, por ejemplo, el fácil acceso a las sustancias en relación con la aceptación por un amplio sector de la población, anuncios publicitarios o la tradición cultural en el caso del alcohol¹⁷, presión de modelos o estereotipos sociales¹⁸, búsqueda de integración e incitación de amigos y conocidos al consumo¹⁹, desarraigo cultural²⁰ o situaciones de asilamiento y dificultades para relaciones fluidas y armónicas con el entorno²¹.

⁹ Desde el planteamiento de BOWER, B.: “Gene in bottle”, *Science News*, Vol. 140, 1991, págs. 190–191, sirva la extensísima referencia a estudios en este sentido contenida en <http://www.viaaa.nih.gov/alcohol-health/overview-alcohol-consumption/alcohol-use-disorders/genetics-alcohol-use-disorders>.

¹⁰ MONRAS, M.; MARCOS, V. y RAMÓN, G.: “Estructura de la personalidad y perfil neuropsicológico en alcohólicos con tendencias suicidas”, *Adicciones*, núm. 5, 1992, págs. 21–37.

¹¹ MULLAHY, J. y SINDELAR, J. L.: “Alcoholism, work, and income over the life cycle”, cit., págs. 3 y ss.

¹² INSTITUTO MADRILEÑO DE ADICCIONES: *Mujer y adicción. Aspectos diferenciales y aproximación a un modelo de intervención*, Madrid (Instituto Madrileño de Adicciones), 2005, o MORAS ARNAU, M.: “Características diferenciales del alcoholismo femenino”, *Adicciones*, Vol. 22, núm. 4, 2010, págs. 339–352.

¹³ Tendencia que ya apuntaron NORMAND, J.; LEMPERT, R. y O'BRIEN, C. P.: *Undertheinfluence? Drug and the American workforce*, Washington (National Academy Press), 1994.

¹⁴ CONDE, F. y HERRANZ, D.: *Procesos de integración de los emigrantes. Pautas de consumo de alcohol y modelos culturales de referencia*, Madrid (Crefat), 2004.

¹⁵ BRUN, J. P.; BIRON, C. e IVERS, H.: “Démarche strategique de prévention des problemas de santémantale du travail”, *Sanité Psychologique*, Rapport R-514, 2007, pág. 23.

¹⁶ Con extensísima bibliografía sobre todos estos aspectos, por ejemplo, McMAHON, J. J. et alii: “Looking for papp: parenting status of men versus women seeking drug abuse treatment”, *American Journal of Drug and Alcohol Abuse*, Vol. 31, núm. 1, 2005, págs. 70–91.

¹⁷ AMES, G. M. y JAMES, C.: “A cultural approach to conceptualizing alcohol and the workplace”, *Alcohol Health and Research World*, Vol. 16, núm. 2, 1992, págs. 112–119.

¹⁸ BABOR, T. et alii: *Alcohol no ordinary commodity*, cit., págs. 35 y ss.

¹⁹ SONNESTUHL, W. J.: *Working sober: the transformation of an occupational drinking culture*, Ithaca (Cornell University), 1996, págs. 42 y ss.

²⁰ Con particular atención a los desplazados desde su lugar de origen, FORCADA CHAPA, R.: “Inmigración y abuso de sustancias. Una aproximación a la realidad española”, *Revista Española de Drogodependencia*, Vol. 31, núm. 1, 2008, págs. 168–179.

²¹ PALOP BOTELLA, M.: “La dimensión relacional como clave en el proceso de adicción y recuperación”, en AA.VV.: *Intervención en drogodependencias con un enfoque de género*, Madrid (Instituto de la Mujer), 2007, págs. 99 y ss.

D. En fin, y con acusada preferencia –sobre todo en los últimos tiempos– por reconducirlos a riesgos psicosociales bajo la idea de que todos ellos acaban siendo somatizados e influyen en la salud mental para llevar al recurso al alcohol, drogas y otras sustancias (pero sin negar, tampoco, que el consumo de éstas lleve a problemas de aquel tipo)²², distintos factores laborales que pueden ser reconducidos a condiciones ambientales de carácter físico (ruido, exposición continua a vibraciones, trabajos con excesivo frío o calor, sometidos a humedades, suciedad, falta de ventilación, hacinamiento, labores desagradables, etc.²³) o social (peligro de violencia o aspectos organizativos que provocan temor o recelo, como vigilancia solitaria, custodia de bienes y valores, trabajo nocturno o atención al público de personas problemáticas)²⁴; circunstancias de la actividad vinculadas a nuevas formas de ocupación y prácticas contractuales (inestabilidad laboral, ruptura del estándar de tiempo de trabajo, ambigüedad y conflicto en el papel a asumir en el trabajo, aislamiento físico o psicológico, largos periodos de ausencia del hogar, trabajo emocional o, en general, los aspectos reclamados normalmente con la calificación de un trabajo como precario)²⁵, resultados percibidos como negativos a partir de la estructura y dirección de la empresa (excesiva rigidez o dejación en el gobierno del lugar de trabajo y, a la postre, falta de autonomía²⁶) o quiebra de las relaciones interpersonales (esteriotipadas, de recelo, rivalidad, poco cooperativas o destructivas, incluyendo el acoso)²⁷.

Conforme cabe comprobar a partir del muestrario precedente, donde sólo se ha dado cuenta de algunos de los aspectos que más se repiten en multitud de estudios del más variado tipo, no existe a priori una causa directa y clara a la cual vincular los problemas de consumo de alcohol, drogas y otras sustancias. Procederá colegir, en consecuencia, que por muchos y muy útiles que sean los estudios insistiendo en una relación directa entre trabajo y drogas (como género), no dejan de proporcionar una visión reducida y parcial de un fenómeno del cual se examina sólo una de las caras en su poliédrica figura. Más aún, y de tomar en consideración la opinión de los consumidores a través de diversas encuestas realizadas por la Federación de Ayuda a Drogodependientes (de cuya independencia no cabe dudar), los resultados deberían hacer reconsiderar muchos planteamientos, según muestra la siguiente Tabla²⁸:

²² Por la extensa literatura que recoge y su planteamiento global en el sentido apuntado, AA.VV. (COLLANTES, M. P. y MARCOS, J. I., Coords.): *La salud mental de los trabajadores*, Madrid (La Ley), 2012.

²³ Un elenco acabado en AA.VV. (OBORNE, D. J. y GRUNEBERG, M. M., Eds.): *The physical environment at work*, Hardcover (John Willey), 1983.

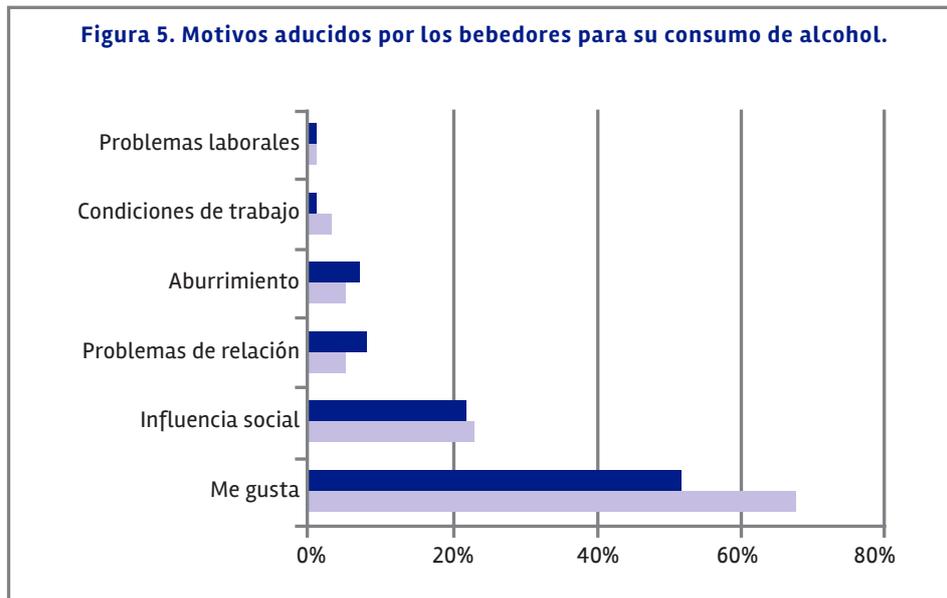
²⁴ HOGAN, R. y HOGAN, J.: *Hogan development survey manual*, Tulsa (Hogan Assessment Systems), 1997, págs. 99 y ss.

²⁵ VOLWOFF, S.: *Evolutions technologiques, densité du travail, contraintes temporelles. La dictature du temps*, Laussane (Page Deux), 1996.

²⁶ GREENBERG, E. S. y GRUNBERG, L.: "Work alienation and problem alcohol behaviour", *Journal of Health and Social Behaviour*, Vol. 36, núm. 1995, págs. 83-102.

²⁷ HICKSON, D. J.: "A strategic contingencies theory of intraorganizational power", *Administrative Science Quarterly*, Vol. 16, núm. 2, 1971, págs. 216-229.

²⁸ EDIS/FAD: *La incidencia de las drogas en el medio laboral de la Comunidad de Madrid*, Madrid (Agencia Antidroga), 1996. Los datos pueden ser corroborados en otras encuestas también realizadas bajo los auspicios de la misma Fundación, como *La incidencia de las drogas en el medio laboral de la Comunidad Valenciana (I)*, Valencia (Generalitat Valenciana/FAD), 1999, pág. 158; *El consumo de las drogas en Galicia*, Santiago de Compostela (SERGAS), 2004, pág. 170; *La incidencia de las drogas en el medio laboral de la Comunidad Valenciana (II)*, Valencia (Generalitat Valenciana), 2006, págs. 110-112, Los resultados son semejantes en el estudio dirigido por la FUNDACIÓN ANDALUZA PARA LA ATENCIÓN A LAS DROGODEPENDENCIAS E INCORPORACIÓN

Tabla 1. Consecuencias del consumo de alcohol en trabajadores ocupados

2. Acerca de la naturaleza del riesgo en la relación laboral

Con ser el dato precedente harto significativo, la fuente más actual y fiable para poder valorar la incidencia del factor trabajo en los consumos problemáticos se encuentra en la “Encuesta 2013–2014 sobre consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral en España”²⁹, sobre cuyo método y contenido procede efectuar algunas observaciones preliminares:

- 1º. La coincidencia de sus resultados, en líneas generales, con los obtenidos en aquellos Estados (ciertamente pocos, según cabe comprobar al analizar cada uno de los Miembros de UE) en los cuales existen estudios específicos de la misma entidad³⁰, lo cual supone un índice más, junto con la amplitud de la muestra, sobre su fiabilidad.
- 2º. El indudable acierto de diferenciar entre las distintas sustancias psicoactivas, por cuanto:
 - a) Permite separar entre lo que comúnmente se han denominado drogas “blandas” y drogas “duras”, dada la diferente acción y efectos de una y otras; “virtualidad que desde el punto de vista médico existe y desde el punto de vista jurídico debería existir”³¹, a pesar de que en España sólo el tabaco (que constituiría ejemplo típico de droga “blanda”) ha merecido valoración específica tanto en la Ley como en los convenios. Igualmente

SOCIAL: Los andaluces ante las drogas (X), Sevilla (Dirección General para las Drogodependencias y Adicciones de Andalucía), 2007, pág. 92.

²⁹ OBSERVATORIO ESPAÑOL DE LA DROGA Y LAS TOXICOMANÍAS: Encuesta 2013–2014 sobre consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral en España, Madrid (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad), 2015.

³⁰ EMCDDA: European drug report 2014: trends and developments, Lisboa, 2014, en <http://emcdda.europa.eu/publications/edr/trends-development/2014>.

³¹ ROMERO RÓDENAS, M. J.: Sida y toxicomanías (Un análisis jurídico laboral y de Seguridad Social), Madrid (Ibídem), 1995, pág. 209.

positiva es la inclusión como categoría propia de los hipnosedentes, habida cuenta que dará lugar a otras cuestiones de diferente enjundia como, por ejemplo, la secuencia entre tratamientos terapéuticos, adicción y frecuencia del policonsumo.

- b) Facilita una lectura de contraste con cuanto es tónica en la Unión Europea (y en algunos otros Estados), que separa las Estrategias y Políticas sobre alcohol del resto de las drogas, teniendo en cuenta el hecho de que los hábitos y tradiciones sobre consumo de alcohol varían en función de los países, llegando a alcanzar en alguno de ellos un trasfondo cultural evidente o a constituir una piedra angular del turismo y de la economía; también que no todo consumo de alcohol es perjudicial, procediendo distinguir entre el responsable y el nocivo, pues el primero es compatible con un modo de vida saludable³².
- 3°. Frente a la valoración absolutamente positiva en todos sus extremos del planteamiento, métodos, procedimiento y formulación de conclusiones, cabría dotarla de mayor complitud al menos en dos aspectos que la harían aún más útil desde un punto de vista preventivo: en primer lugar, y habiendo detectado una mayor incidencia en ciertos sectores de la producción, resultaría de interés ampliar su muestra para obtener detalles que perfilaran aún más la dimensión real de aquella, por ejemplo, introduciendo datos sobre la siniestralidad y su gravedad en esos ámbitos de producción; en segundo término, prevalece el aspecto de salud laboral en detrimento de la seguridad, es decir, de la patología frente al riesgo, cuando lo cierto es que también los consumos de un trabajador, aunque sean puntuales o esporádicos, constituyen un factor de peligro de magnitud pareja a la adicción cuando se accede a la prestación bajo los efectos de alcohol, drogas y otras sustancias.

De entrar al detalle de su contenido, el Anexo ofrece el siguiente cuadro-resumen:

³² Resolución del Parlamento Europeo sobre la Estrategia en materia de alcohol de 2015 [2015/2543 (RSP)], Considerandos G, L y P.

Tabla 2:

ANEXO	Prevalencia de consumo de diferentes sustancias psicoactivas, en la población laboral, según situación laboral, sector de actividad, categoría ocupacional y jornada laboral. España 2007 y 2013.											
	BEBIDAS ALCOHÓLICAS		TABACO		TABAQUISMO PASIVO		HIPNOSEDANTES		CANNABIS		COCAÍNA	
	Porcentaje 2007/2013	Comparación con media 2007-2013	Porcentaje 2007/2013	Comparación con media 2007-2013	Porcentaje 2007/2013	Comparación con media 2007-2013	Porcentaje 2007/2013	Comparación con media 2007-2013	Porcentaje 2007/2013	Comparación con media 2007-2013	Porcentaje 2007/2013	Comparación con media 2007-2013
POBLACIÓN LABORAL (media)	11,0/10,5	• =	33,1/33,8	• ▲	26,9/11,6	• ▼	5,1/7,3	• ▲	7,8/6,7	• ▼	3,7/2,4	• ▼
SITUACIÓN LABORAL												
Epleados (trabajando o temporalmente ausentes)	11,2/10,5	• ▼	32,2/31,0	• ▼	25,5/9,9	• ▼	4,6/6,2	• ▼	7,4/5,3	• ▼	3,5/2,0	• ▼
Parados con empleo previo	9,6/10,5	• ▲	36,1/39,9	• ▲	34,3/18,4	• ▼	8,5/9,3	• ▲	10,7/9,8	• ▲	5,2/3,2	• ▼
SECTOR DE ACTIVIDAD												
Act. artísticas, recreativas, deportivas	-7,3	• ▼	-34,1	• ▼	-11,0	• ▼	-6,5	• ▼	-10,4	• ▼	-15,6	• ▼
Act. domésticas y servicios personales	4,3/4,0	• ▼	22,8/28,8	• ▲	19,2/6,2	• ▼	6,7/10,9	• ▲	1,6/4,3	• ▼	0,9/1,2	• =
Act. financieras, seguros, inmobiliaria, alquiler y serv. empresariales	9,6/10,5	• ▲	31,7/30,0	• ▼	1,6/11,1	• =	4,6/7,8	• =	5,3/5,0	• =	3,8/2,3	• =
Agricultura, pesca, ganadería y extracción	19,7/13,5	• ▲	31,6/40,2	• ▲	26,7/15,3	• ▼	5,7/4,1	• ▼	5,5/7,2	• ▲	1,9/2,0	• =
Administración pública, educación, sanidad, serv. sociales	10,0/8,4	• ▼	28,5/25,8	• ▼	17,7/7,5	• ▼	5,7/8,6	• ▼	6,3/8,6	• ▼	2,9/1,3	• ▼
Comercio y reparación de vehículos a motor	8,2/8,7	• ▼	34,6/33,5	• =	18,5/6,8	• ▼	4,7/6,2	• ▼	7,6/6,6	• =	3,2/2,0	• =
Construcción	15,8/19,4	• ▲	43,6/43,4	• =	42,9/29,3	• ▼	4,4/4,8	• =	13,1/11,7	• ▲	6,8/3,9	• ▲
Hostelería	10,0/11,3	• ▲	39,0/42,6	• ▲	58,1/15,1	• ▼	5,4/8,2	• ▲	11,2/10,9	• =	4,9/4,0	• ▼
Industria manufacturera y suministros	12,8/11,6	• ▼	32,9/36,0	• ▲	23,4/11,5	• =	5,2/6,6	• ▼	7,6/6,2	• =	3,5/2,4	• =
Transporte, almacenamiento y comunicaciones	10,6/11,1	• ▲	33,2/32,3	• ▼	26,5/13,4	• ▲	3,2/5,0	• =	9,8/6,9	• =	5,4/2,3	• =
CATEGORÍA OCUPACIONAL												
Directivos y profesionales	16,0/9,4	• ▼	31,8/25,4	• ▼	26,4/8,6	• ▼	4,8/5,6	• ▼	7,1/4,7	• ▼	3,1/2,2	• =
Personal administrativo	9,3/6,9	• ▼	31,4/29,3	• ▼	18,8/6,7	• ▼	6,2/8,7	• ▲	7,1/4,4	• ▼	4,1/1,8	• ▼
Serv. restauración, personales, protección y vendedores	-8,6	• ▼	-36,6	• ▼	-10,2	• ▼	-8,3	• ▼	-7,6	• ▼	-2,6	• =
Trabajador manual cualificado	10,9/17,6	• ▲	35,3/40,6	• ▲	26,9/19,8	• ▼	4,4/5,8	• ▼	8,6/8,9	• =	4,1/2,7	• =
Trabajador manual no cualificado	10,9/10,7	• =	36,8/36,3	• =	31,4/13,4	• ▲	5,2/7,5	• =	7,9/7,3	• ▲	3,7/2,4	• =
JORNADA LABORAL												
Jornada partida (mañana y tarde)	11,7/12,0	• ▲	35,1/35,2	• =	26,3/12,2	• ▲	4,9/6,6	• ▼	8,1/6,8	• =	3,6/2,4	• =
Jornada continua mañana	11,2/9,4	• ▼	30,2/31,8	• ▲	24,6/10,5	• ▼	5,4/7,3	• =	6,6/5,7	• ▼	3,7/1,7	• ▼
Jornada continua tarde	7,3/4,3	• ▼	34,3/31,7	• ▼	25,9/9,2	• ▼	3,6/4,4	• ▼	8,4/7,4	• ▲	4,9/3,6	• ▲
Jornada continua noche	8,9/11,5	• ▲	38,2/49,1	• ▲	43,1/18,1	• ▲	7,2/9,7	• ▲	12,0/12,2	• =	5,5/2,6	• =
Jornada reducida	3,9/3,6	• ▼	21,4/30,1	• ▲	17,1/8,8	• ▼	8,0/11,0	• ▲	7,8/6,2	• =	3,0/0,9	• ▼
Turnos rotatorios con el día de noche	11,6/11,0	• =	33,9/31,0	• ▼	31,1/15,5	• ▲	6,5/8,4	• ▲	7,6/6,5	• =	4,5/2,6	• =
Turnos rotatorios sin el día de noche	10,8/8,4	• ▼	33,8/32,0	• ▼	27,2/8,9	• ▼	4,9/8,8	• ▲	7,1/5,9	• ▼	3,4/2,3	• =

Población laboral: empleadas (trabajando actualmente o temporalmente ausentes) y paradas (con trabajo previo) de 16 a 64 años.
Bebidas alcohólicas: consumo diario de bebidas alcohólicas en los últimos 30 días.
Tabaco: fumadores diarios de tabaco en los últimos 30 días.
Tabaquismo pasivo: tabaquismo pasivo en el trabajo en los últimos 12 meses.
Hipnosedantes: consumo de hipnosedantes en los últimos 30 días.
Cannabis: consumo de cannabis en los últimos 30 días.
Cocaína: consumo de cocaína en los últimos 12 meses.

Comparación con media: Comparación entre el porcentaje de consumidores en cada situación (laboral, sector, categoría y jornada) con el porcentaje de consumidores en la población laboral (media).
 ▼ Menor consumo en cada situación que en la media.
 = Consumo similar en cada situación y en la media (la diferencia es igual o inferior a medio punto porcentual).
 ▲ Mayor consumo en cada situación que en la media.
 • No datos o no procede.

Comparación 2007-2013: Comparación entre el porcentaje de consumidores en cada situación (laboral, sector, categoría y jornada) en 2007 y en 2013.
 ▼ Menor consumo en 2013 que en 2007.
 = Consumo similar en 2013 y en 2007 (la diferencia es igual o inferior a medio punto porcentual).
 ▲ Mayor consumo en 2013 que en 2007.
 • No datos o no procede.

Un análisis ponderado de tales datos permite alcanzar valiosas consideraciones:

- 1º. La primera, y fundamental, viene a corroborar la opinión antes mencionada de los consumidores, pues muestra cómo, en general, no existen diferencias de consumo significativas entre los empleados y los desempleados (con ocupación previa), lo cual podría llevar a colegir, bien que la asociación entre el trabajo y consumo dista de ser tan importante como a menudo se insiste; o bien que la ocupación previa ha generado un hábito capaz incluso de acentuarse con la pérdida de ocupación, que algunos plantean como el factor trabajo en cuanto elemento de riesgo y, a la par, de protección³³.

Para solventar tal dilema podría resultar elocuente el dato de comparar el consumo de la población en general con el colectivo de trabajadores, a partir del cual se vuelve a obtener una diferencia poco apreciable y, lo que es más significativo, se descubre como ya en la edad juvenil, previa al ingreso en el trabajo, los consumos de riesgo están presentes en tasas semejantes a las de los adultos en edad laboral³⁴.

Menester será, en consecuencia, colegir que el alcohol, drogas y otras sustancias son, en lo fundamental, un problema sobre el que el trabajo puede ciertamente influir, pero no al punto de calificarlo como riesgo laboral (tomando el término en sentido amplio, pero tampoco en sentido jurídico estricto según se verá con detalle), sino procediendo su adjetivación como un riesgo social o de origen extralaboral que incide en el trabajo.

- 2º. Para el abordaje de un asunto social de tal enjundia, los datos desagregados por razón de sexo muestran una diferencia cuantitativa y cualitativamente apreciable (si bien conviene observar cómo, mientras el índice en los varones se estabiliza a partir de los 90, el de las mujeres no deja de aumentar, y respecto al consumo de hipnosedantes tiempo ha que es superior³⁵), que de seguro obedece –aun cuando quepa reconocer la “falta de estudios sistemáticos específicos”³⁶– a condicionantes personales, familiares o sociales –difícilmente, de nuevo, laborales, salvo en cuanto hace a la doble jornada o al índice de precariedad– que marcan patrones distintos de consumo, a los cuales convendrá estar atentos en el diseño de cualquier intervención, también en el ámbito laboral³⁷.

³³ Planteamiento cuya primera documentación acabada parte de FORCIER, M.W.: “Unemployment and alcohol abuse: a review”, *Journal of Occupational Medicine*, Vol. 30, núm. 3, 1988, págs. 246–255. Aquella perspectiva encuentra adecuada actualización en BACKHANS, M. C.; LUDEN, A. y HEMMINGSON, T.: “Bingedrinking. A predictor for or a consequence of unemployment?”, *Alcoholism: Clinical and Experimental Research*, Vol. 36, núm. 11, 2012, págs.1983–1990.

³⁴ Baste con revisar los datos que ofrece el OBSERVATORIO ESPAÑOL DE LA DROGA Y LAS TOXICOMANÍAS: Informe 2011, Madrid (Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad), 2011, págs. 16 ó 64 y 65.

³⁵ En comparación con los datos que se analizan, los recogidos en DIRECCIÓN GENERAL DEL PLAN NACIONAL DE DROGAS: Encuesta domiciliaria sobre alcohol y drogas en España 2005–2006, Madrid (Ministerio de Sanidad y Consumo), 2008; o, desde el plano laboral, los aportados por DIRECCIÓN GENERAL DE PLAN NACIONAL DE DROGAS y FUNDACIÓN DE AYUDA CONTRA LA DROGADICCIÓN: La incidencia de las drogas en el mundo laboral (DGPND/FAD), 2002 y DIRECCIÓN GENERAL DEL PLAN NACIONAL DE DROGAS: Encuesta 2007–2008 sobre consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral, Madrid (Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad), 2011.

³⁶ Denunciando tal ausencia, por ejemplo, UGT: *Mujer y drogodependencia en el ámbito laboral*, Madrid (Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad), 2008, pág. 3.

³⁷ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Dificultades de inserción laboral de las mujeres con drogodependencia y otros trastornos adictivos”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, M. R., Dirs. y ÁLVAREZ CUESTA, H., Coord.): *La inserción laboral de las mujeres en riesgo de exclusión social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, págs. 169–216.

- 3°. Significativa resulta la ratificación de cuanto ya venían apuntando encuestas precedentes respecto a la notable prevalencia de los consumos en determinados sectores (actividades del sector primario, construcción, hostelería o transporte)³⁸ y ciertas categorías profesionales (fundamentalmente las más bajas, excepto para ciertas drogas e hiposedantes)³⁹, lo cual, amén de demandar –según se ha dicho– un estudio con mayor profundidad, presenta un importante interés, por cuanto en esas actividades y puestos de trabajo sí aparece un factor diferencial significativo con la población en general y –conforme se verá–, al menos cuando ese consumo provoque verdaderas situaciones de peligro para el propio trabajador, sus compañeros o terceros, podría demandar una intervención preventiva específica.
- 4°. Por último, de confirmarse los datos recogidos en otros sondeos –pues éste es otro óbice de la macroencuesta tomada como referencia–, convendría tomar en consideración un último indicador diferencial, dado en este caso por el tamaño de la empresa, pues todo apunta a una superior incidencia en las pequeñas y medianas unidades productivas que en las grandes corporaciones⁴⁰.

Hasta aquí los principales factores a sopesar, de los cuales cabe inferir una regla y sus excepciones: aquélla ha de venir dada por considerar que el alcohol, drogas y otras sustancias suscitan una cuestión social cuyo origen trasciende al ámbito laboral, el cual únicamente podrá ser considerado como una concausa –y no parece que lo más significativa– en el desarrollo o consolidación de consumos problemáticos; éstas habrían de atender, además de a situaciones individuales de adicción que pudiera conocer el empresario respecto de empleados con contrato en vigor, a concretos sectores y puestos de trabajo en los cuales el contacto con estas sustancias constituye parte necesaria de la actividad productiva, o en los que coinciden los índices significativos de prevalencia y, además –dato capital–, que su realización estando afectado por el consumo de sustancias psicoactivas pudiera suponer un grave riesgo para la seguridad y salud propia, de compañeros o terceros.

3. Razones para intervenir desde la empresa

La conclusión precedentemente expuesta no debe llevar, sin embargo, a equívoco: además de los supuestos excepcionales en los que puede resultar obligatorio intervenir preventivamente desde la empresa, tres motivos concretos avalan la idea de hacerlo:

- A. El primero de ellos, que también descubre la Encuesta aquí tomada como referencia, alude a la importancia que el asunto merece para la población laboral (Tabla 3) y el actual déficit empresarial en su cobertura (Tabla 4).

³⁸ No por casualidad también las que reflejan otras encuestas a nivel internacional desde hace años; entre otras, por el tamaño de su muestra y una influencia metodológica que pudiera ser de interés, KRAFT, J. M. et alii: "Drinking patterns and the gender mix of occupations. Evidence from a National survey of American workers", *Journal of Substance Abuse*, Vol. 5, núm.2, 1993, págs.157-174.

³⁹ Patrón que también se corresponde con otras encuestas a nivel internacional, como la ofrecida –y tantas veces recordada– de MANDELL, W. et alii: "Alcoholism and occupations: a review of 104 occupations", *Alcoholism: Clinical and Experimental Research*, Vol. 16, núm. 4, 1992, págs. 734-746.

⁴⁰ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. J. et alii. Percepción y actitud de las empresas españolas ante el alcohol y otras drogas, cit., pág. 74.

Tabla 3

Porcentaje de población laboral que ha recibido información por su empresa sobre los riesgos o la prevención del consumo de sustancias psicoactivas según sector, categoría y jornada. España 2013.

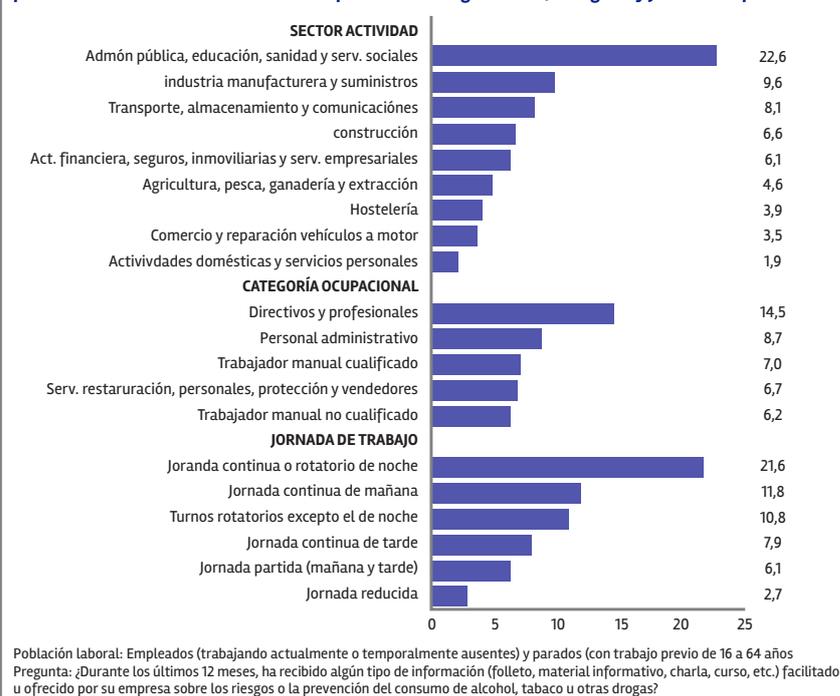


Tabla 4

Porcentaje de la población laboral que considera importante cada actuación y porcentaje que afirma que se ha realizado en su empresa. España 2013.

	% que considera importante cada actuación ¹	% que afirma que se ha realizado cada actuación ²
Información y formación de los trabajadores sobre las drogas	55,4	8,6
Orientar a los trabajadores con problemas de uso de alcohol o drogas hacia centros especializados	34,8	3,0
Servicios de atención socio-sanitaria a consumidores de drogas	27,9	2,3
Chequeos médicos a los trabajadores con problemas de alcohol o drogas	22,8	4,0
Ayudas o asesoramiento a familias de consumidores de drogas	21,8	2,1
Análisis para detectar drogas en aire respirado, sangre, cabello u otra muestra orgánica	17,1	4,0

Población laboral: Empleados (trabajando actualmente o temporalmente ausentes) y parados (con trabajo previo) de 16 a 44 años.

Pregunta: De las siguientes actuaciones en las empresas frente al abuso del alcohol u otras drogas señale: (1) las dos que le parecen más importantes; (2) las que se han realizado en su empresa durante los últimos 12 meses.

- B. El segundo hace referencia a su consideración en las Políticas europeas y los Planes estatales y autonómicos como un espacio privilegiado para colaborar, mostrando el compromiso empresarial con un objetivo trascendente para la sociedad, pues para una gran parte de la población joven y adulta el trabajo es un importante elemento de estructura social, espacial y temporal (como, a otro nivel y bajo otras circunstancias, pudieran serlo el hogar o los centros educativos), existiendo o pudiendo conformarse recursos preventivos específicos al calor de los requisitos demandados para la prevención de riesgos laborales⁴¹.
- C. En fin, y no menos importante, procederá tener en cuenta los efectos que estos hábitos puedan tener sobre la relación laboral, sobre los cuales existe una literatura copiosísima de la cual que cabe extraer los tres siguientes como más significativos:
- El más replicado y mejor documentado es, sin duda, el absentismo laboral⁴², destacando todas las estadísticas que cuando menos dobla o triplica⁴³ (llegando a reseñarse –aun cuando parezcan datos exagerados– que es nueve veces superior⁴⁴ o, incluso, que los afectados se ausentan 16 veces más de lo normal⁴⁵) el balance ofrecido por quienes no tienen este problema, al punto de ser valorado como un elemento que, de concurrir, podría significar la presencia del riesgo analizado en la unidad productiva. Estos empleados faltan de forma injustificada al trabajo (o, *de facto*, hacen acto de un “presentismo” poco productivo⁴⁶), muestran tendencia a llegar tarde, presentan bajas por enfermedad de mayor duración y más frecuentes (en especial los días posteriores a los festivos) y generan más gastos médicos⁴⁷.
 - Aun cuando durante muchos años fue muy controvertida la accidentalidad o siniestrabilidad asociada al hecho analizado (no faltando quienes

⁴¹ Excelente el planteamiento que al respecto recoge el Plan sobre Drogodependencias y otras Conductas Adictivas 2010-2016 de Aragón, en <http://www.Aragon.es/DepartamentosOrganismosPublicos/Departamentos/SanidadBienestarSocialFamilia/AreasTematicas/SanidadProfesional/Schannelselectd=0>.

⁴² Ejemplar la veterana obra de NORMAND, J.; LEMPERT, R. y O'BRIEN, C. P.: *Under the influence? Drug and the American workforce*, cit., págs. 32 y ss; por la concisión, claridad y actualidad de los datos ofrecidos, muy interesantes los ensayos de SALONSALMI, A. et alii: “Drinking habits and sickness absence: the contribution of working conditions”, *Scandinavian Journal of Public Health*, Vol. 37, núm. 8, 2009, págs. 846-854 o JOHANSSON, E.; BAKERMAN, P. y UUTELA, A.: “Alcohol consumption and sickness absence: evidence from microdata”, *European Journal of Public Health*, Vol. 19, núm. 1, 2009, págs. 19-22. En España, ESTEBAN VALENCIA, J. y PÉREZ GÓMEZ, A.: “Absentismo laboral y su relación con el consumo de alcohol y otras sustancias psicoactivas”, 2008, en <http://www.cicad.oas.org/OID/Mainlage/Costs/Protocol/Ausentismo.pdf>.

⁴³ FCC-MEDIO AMBIENTE (DELEGACIÓN TARRAGONA-LLEIDA). Programa preventivo del consumo de alcohol y otras drogas, 2011, en www.insht.es/.../Practicas/Ficheros/20_2_FCC.pdf.

⁴⁴ BLANCO, A. y ANTEQUERA, R.: “Alcohol en la empresa”, *Monografías Psiquiátricas*, Vol. 9, núm. 1, 1997, págs. 18-31.

⁴⁵ EDWARDS, E.: *Lugares de trabajo libres de drogas. Establecimiento de una política y un programa*, Arizona (HIDATA), 2004, disponible en <http://www.drugwatch.org/reports/DFWWorkPlacetManualSpan.pdf>, págs. 3 y 4.

⁴⁶ Sobre este fenómeno en auge, como reacción ante el miedo a acciones disciplinarias, COOPER, C. y DEWE, P.: “Well-being. Absenteeism, presenteeism, costs and challenges”, *Occupational Medicine*, Vol. 58, núm. 8, 2008, págs. 522-524; SCHULTZ, A. B.; CHEN, C. Y. y EDINGTON, D. W.: “The costs and impact of health conditions on presenteeism to employers: a review of literature”, *Pharmacoconomics*, Vol. 27, núm. 5, 2009, págs. 365-378; o EWA: *Evidence review. Alcohol and the workplace*, 2011, en <http://www.ewaproject.eu>, págs. 2 y 3.

⁴⁷ Altamente significativo el breve pero concluyente análisis de LEGGAT, P. A. y SMITH, D. R.: “Alcohol-related absenteeism: the need to analyse consumption patterns in order to target screening and brief interventions in the workplace”, *Industrial Health*, Vol. 47, núm. 4, 2009, págs. 345-347.

encontraban una escasa⁴⁸ o nula⁴⁹ relación, considerando que tal parecer generalizado distaba de estar fundado en datos consistentes y podría estar influido por los medios de comunicación y temores sociales⁵⁰⁵¹, tras muchos más análisis parece claro el estrecho vínculo entre ambos factores, que ya no solo obedece a una asentada creencia –producto de la experiencia– de quienes lo viven en primera persona⁵², sino a la verificación científica sobre causantes de accidentes laborales que han dado positivo en controles⁵³, llegando a imputársele entre el 20 y 25% de los siniestros y a colegir que cuantos presentan esta dependencia sufren tres veces más de percances (de diversa índole) en el lugar y tiempo de trabajo⁵⁴, con las consiguientes bajas, gastos de atención sanitaria e indemnizaciones y costes anejos a la responsabilidad derivada de los mismos⁵⁵.

- Por último, el deterioro psicofísico del trabajador, amén de su degradación laboral (cuando no median despidos o sanciones, suele traer aparejado el estancamiento en la progresión laboral, pérdida de categoría, ineptitud sobrevenida, incapacidad, etc., que contribuyen a agravar la situación personal –en particular su salud física y mental–, familiar y social⁵⁶), también es valorada como causa de conductas improductivas y antisociales⁵⁷: disminución del rendimiento, problemas de relación y conflictos interpersonales, trabajos deficientes, robos, agresiones y peleas, distracciones, deterioro de materiales o de mercancías, transmisión de una mala imagen de la empresa, etc.⁵⁸, que

⁴⁸ ALLEYNE, B. C.; STUART, P. y COPES, R.: “Alcohol and other drug use in occupational fatalities”, *Journal of Occupational Medicine*, Vol. 33, núm. 4, 1991, págs. 496-500 o LEWIS, R. J. y COOPER, S. P.: “Alcohol, other drugs, and fatal work-related injuries”, *Journal of Occupational Medicine*, Vol. 31, núm. 1, 1989, págs. 23-28.

⁴⁹ AURREKOETXEA AGUIRRE, J. J. y ECHENAGUSÍA, V. M.: “¿Es el consumo habitual de alcohol un indicador de riesgo de accidentes de trabajo y absentismo por enfermedad?”, *Mapfre Medicina*, Vol. 6, núm. 2, 1995, págs. 113-120 o HOFFMAN, J. y LARISON, C.: “Drug use, workplace accidents and employee turnover”, *Journal of Drug Issues*, Vol. 28, núm. 2, 1999, págs. 341-346.

⁵⁰ TEJERO ACEVEDO, R.: “Implicaciones psico-legales del consumo de alcohol y otras drogas en el ámbito laboral”, cit., pág. 74.

⁵¹ La recensión de la literatura española al respecto, entre 1995 y 2001, en GÓMEZ, M. T.; DEL RÍO, M. y ÁLVAREZ, P. J.: “Alcohol and accidentes de trabajo en España: revisión bibliográfica, 1995-2001”, *Trastornos Adictivos*, Vol. 4, núm. 4, 2002, págs. 244-255.

⁵² Así lo catalogan un 48% de las empresas y un 34% de los trabajadores, situándose como el segundo elemento por el que se considera importante su erradicación; los datos en FERNÁNDEZ, M. J. et alii: *Percepción y actitud de las empresas españolas ante el alcohol y otras drogas*, cit., págs. 156-181. A nivel comparado, haría sugerente el ensayo de SPICER, R. S.; MILLER, T. R. y SMITH, G. S.: “Worker substance use, workplace problems and the risk of occupational injury. A matched case-control study”, *Journal of Studies on Alcohol*, Vol. 64, núm.4, 2003, págs.570-578.

⁵³ BASTIDA, N.: “Problemas laborales asociados al consumo”, *Adicciones*, Vol. 14, núm. 1, 2002, págs. 239 y ss. Una exhaustiva recopilación de estos trabajos de campo en CERCARELLI, R. et alii: *Reducing alcohol-related harm in the work place (An evidence review)*, Melbourne (Health Promotion Foundation), 2012, págs. 14-17.

⁵⁴ EDWARDS, C. E.: *Lugares de trabajo libres de drogas. Establecimiento de una política y un programa*, cit., pág. 4.

⁵⁵ CONFEDERACIÓN EMPRESARIAL DE LA PROVINCIA DE ALICANTE: *Drogodependencias en el mundo laboral*, 2003, en http://www.coepa.es/prevencion/guias/_pdf/16_drogodependencia.pdf, pág. 6.

⁵⁶ Un relato acabado y crudo de tal realidad en OMS: *Fomento de la salud en el lugar de trabajo: uso indebido de alcohol y drogas. Informe de un comité de expertos*, Ginebra (OMS), 1993, págs. 17-19.

⁵⁷ Una amplísima recopilación bibliográfica, clasificada por factores asociados, respecto al impacto de la adicción a sustancias psicoactivas sobre la productividad laboral en AA.VV.: *Alcohol, work and productivity (Scientific opinion of the Science Group of the European Alcohol and Health Forum)*, 2011, en http://www.ec.europa.eu/health/alcohol/science_02eu.pdf, págs. 10-27 y 47-49.

⁵⁸ Su esbozo en el ensayo veterano en el tiempo, pero actual en la reflexión, de BLUM, T. C.; ROMAN, P. M. y MARTIN, J. K.: “Alcohol consumption and work performance”, *Journal of Studies on Alcohol*, Vol. 54, núm. 1, 1993, págs. 61-70; más recientemente, EWA: *Evidence review. Alcohol and the workplace*, cit., págs. 1-5.

suele sustentarse en un efecto interactivo y bidireccional entre, de un lado, variables personales, de la organización o relativas al entorno familiar y comunitario y, de otro, el consumo del alcohol, otras drogas y otras sustancias junto con el desajuste laboral⁵⁹.

Un enfoque de la cuestión a la luz de las anteriores consideraciones hace dudar de que la sanción o el despido pueda ser considerada la solución más eficiente desde un punto de vista económico para el sistema productivo en general⁶⁰, o para la propia empresa⁶¹, pues, según se ha demostrado, tanto los costes tangibles (directos o indirectos) como los intangibles descienden de manera significativa cuando se abandona el enfoque estrictamente punitivo (pues ya se han interiorizado la mayor parte de ellos sin ningún provecho) y se pasa a otro preventivo⁶², sobre todo de contar con el apoyo de la Administración para abordar un asunto que no es sólo personal, familiar o de empresa, sino de todos⁶³.

4. La distinta naturaleza de la intervención empresarial: del carácter voluntario respecto de la información y formación sobre el problema del alcohol, drogas y otras sustancias, o la previsión de programas asistenciales y/o de reincorporación laboral, a la obligación de prevenir accidentes de trabajo por tal causa

A partir de lo expuesto parecen claras las tres formas de intervención empresarial: prevención general en el riesgo social a través de acciones de formación e información, prevención específica de los accidentes de trabajo que tenga en las sustancias analizadas su razón principal y diseño de planes de seguimiento y rehabilitación–reintegración laboral de los afectados.

Sin embargo, un elemento fundamental separa este triple soporte, pues frente a la voluntariedad general de la primera y tercera se alza la obligación que pesa sobre el empleador de actuar para prevenir los siniestros cuando el consumo de alcohol, drogas y otras sustancias pueda ser calificado –los supuestos excepcionales mencionados– como un riesgo laboral.

En este sentido, no cabe duda que el centro de trabajo es un magnífico espacio para la colaboración del empleador con los poderes públicos en cuanto hace a la labor que a estos corresponde de informar y formar a los ciudadanos para

⁵⁹ GALAIF, E.; NEWCOMBE, M. y CARMONA, J.: “Perspective relationships between drug problems and work adjustment in a community sample of adults”, *Journal of Applied Psychology*, Vol. 86, núm. 2, 2001, págs.337–350

⁶⁰ RIBAS, E. et alii: “Los costes derivados del consumo de alcohol para el sistema productivo en España”, *Adicciones*, Vol. 11, núm. 1, 1999, págs. 33–36.

⁶¹ FORTUNY, R.: “Evaluación de resultados y rentabilidad”, *Mapfre Medicina*, Vol. 4, núm. 3, 1993, págs. 34–38.

⁶² Los datos, harto significativos, en OIT: “Drug and alcohol abuse, an important workplace issue”, s/f, en <http://www.elo.org/public/english/protection/safework/drug/impiss.htm>, págs. 7 y 8. Más contundentes aún en CONFEDERACIÓN EMPRESARIAL DE LA PROVINCIA DE ALICANTE: *Drogodependencias en el mundo laboral*, cit., págs. 6–8 y OSILLA, K. Ch. et alii: “Exploring productivity outcomes from a brief intervention for at-risk drinking in an employee assistance program”, *Addictive Behaviors*, Vol. 35, núm. 3, 2010, págs. 154 y ss.

⁶³ ANDERSON, P.: *Alcohol and the workplace (A report on the impact of workplace policies and programmes to reduce the harm done by alcohol to economy)*, 2010, en <http://www.faseproyect.eu/.../literature-study-alcohol-and-the-workplace/...>, págs. 4–7. Con mayor exhaustividad aún, ANDERSON, P. y BAUMBERG, B.: *Alcohol in Europe. A public health perspective (A report for the European Commission)*, Londres (Institute of Alcohol Studies), 2010, págs.47–74.

hacer frente a tan importante lacra social. Con ello mostrará su responsabilidad y compromiso, pero, con carácter general, desde la más estricta voluntariedad o, en su caso, de la obligación que hubiera podido asumir en convenio colectivo respecto a sus trabajadores.

Igual conclusión cabe alcanzar en torno a los programas asistenciales de seguimiento y reintegración laboral, con la particularidad añadida de que en este supuesto ninguna excepción cabrá –al margen de la eventual presencia de trabajadores especialmente sensibles– derivada de esos marginales supuestos de riesgo laboral, por lo cual sólo su autocompromiso o el pacto alcanzado con los representantes de los trabajadores le vincularán en este punto.

Por tal motivo, y sin perjuicio de remitir al Informe sobre el cual se asienta este resumen ejecutivo para un análisis de aquellos aspectos, el presente discurso prestara una atención casi exclusiva a la prevención de accidentes de trabajo causados por el alcohol, drogas y otras sustancias.

CAPITULO I: ELENCO NORMATIVO Y DE POLÍTICAS CON INCIDENCIA EN LA MATERIA

I. EL PUNTO DE PARTIDA DE LAS ORGANIZACIONES MUNDIALES

Trazar una semblanza actual sobre la situación jurídica del problema del alcohol, las drogas y otras sustancias adictivas en España requiere, ineludiblemente, elevar la vista hacia los compromisos que el Estado español ha adquirido a nivel internacional como miembro de organizaciones mundiales; en concreto, los documentos específicos de la ONU a este respecto y las iniciativas de diverso tipo acometidas por el miembro de la familia de Naciones Unidas especializado en asuntos laborales, la OIT.

En cuanto a los primeros hace, procederá destacar la Declaración Política (en particular las menciones contenidas en los apartados 10, 14, 15, 20, 21 y 22) y el Plan de Acción [significando las medidas previstas en su Primera parte destinadas a “reducción de la demanda y otras medidas conexas”, con particular referencia a sus apartados 2 d), g) y h); 3 b) y f); 4 i); 6 b); 8 b) y c) y 12 a) y b)] de Naciones Unidas sobre cooperación internacional a favor de una estrategia integral y equilibrada para contrarrestar el problema mundial de las drogas de 2009.

Por lo que a las segundas se refiere, y además de los “Principios rectores para pruebas destinadas a detectar el consumo de alcohol y drogas en el trabajo” de 1993 –cuyo contenido fundamental se expondrá al hilo del procedimiento a seguir en la realización de tests de despistaje–, cobran singular importancia las “Recomendaciones prácticas de la OIT sobre el tratamiento de las cuestiones relacionadas con el alcohol y las drogas en el trabajo”, de 1995 –con ampliaciones y precisiones ulteriores⁶⁴–, concebidas a modo de “orientaciones a todos los encargados de los problemas vinculados al consumo de alcohol y drogas en el trabajo” que, desde luego, “no pretenden reemplazar las normas internacionales, las leyes o reglamentos nacionales, ni ninguna otra norma vigente” (disposición general 1.1.2) y sí, únicamente, guiar en este asunto a los operadores económico-jurídicos asumiendo que las circunstancias locales (actividades culturales hacia el consumo y recursos financieros y técnicos) pueden afectar a su concreta operatividad.

De ellas, y además de los “puntos esenciales” que recogen las claves para su interpretación, procederá destacar y atender (con el carácter relativo que el mismo texto proclama) a los objetivos reseñados en su disposición general 1.1.1, las obligaciones generales atribuidas a la autoridad gubernativa competente

⁶⁴ Entre otras, el Anexo autorizado y publicado bajo el título por OIT: Tratamiento de cuestiones relacionadas con el alcohol y las drogas en el lugar de trabajo Ginebra, (OIT), 1996 y la guía Alcohol and drug problems at work. The shift to prevention. Guide: drug abuse, alcoholism, occupational health, personnel policy, Ginebra, (OIT), 2003.

(disposición general 2.1) y las obligaciones y derechos generales de los empleadores (disposición general 2.2) y de los trabajadores y sus representantes (disposición general 2.3), sobre los cuales constituye el cuadro-marco de la política –siempre consensuada y reflejada por escrito– sobre alcohol y drogas en el lugar de que trabajo, la cual se extenderá a la información y procedimientos sobre las cuestiones siguientes:

- “a) Disposiciones para reducir el número de problemas relacionados con el consumo de alcohol y de drogas en el lugar de trabajo mediante la administración apropiada del personal, buenas prácticas de empleo, mejores condiciones de trabajo, la organización adecuada del trabajo y consultas entre la dirección y los trabajadores y sus representantes.
- b) Medidas encaminadas a prohibir o limitar el acceso a las bebidas alcohólicas y a las drogas en el lugar de trabajo.
- c) Prevención de los problemas vinculados al consumo de alcohol y de drogas en el lugar de trabajo mediante programas de información, educación, formación o los que corresponda, relacionados a la vez con cuestiones de seguridad y de protección de la salud.
- d) Reconocimiento, evaluación y orientación de las personas que tienen problemas relacionados con el consumo de alcohol o de drogas.
- e) Medidas en materia de intervención y tratamiento y rehabilitación de las personas que tienen problemas relacionados con el consumo de alcohol o de drogas.
- f) Normas de conducta en el lugar de trabajo referidas al consumo de alcohol o de drogas, cuya violación puede entrañar medidas disciplinarias, incluido el despido.
- g) Política de igualdad de oportunidades de empleo para las personas que tienen o han tenido problemas vinculados con el consumo de alcohol o de drogas, de conformidad con la legislación y las normas nacionales”.

II. NORMATIVA Y POLÍTICA DE LA UNIÓN EUROPEA

El problema del consumo de alcohol, drogas y otras sustancias y su repercusión laboral ha sido abordado por la Unión Europea a través de una doble vía de interés: la estrictamente normativa y la vinculada a sus políticas sobre alcohol y drogas.

1. Contexto normativo

Entre los referentes normativos a considerar en el seno de la Unión Europea destacan con luz propia los siguientes:

1.1. La Directiva 89/391, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo

En cumplimiento de cuanto preveía el art. 137 TCEE [actual art. 153. b) TFUE] ve la luz la Directiva 89/391, cuyo contenido ha sido traspuesto a todos y cada uno

de los ordenamientos de los Estados miembros. No importará, por tal motivo, abundar ahora en él (suficientemente detallado en el Informe que completa este resumen), pues cabe entenderlo implícito en la normativa española, y sí tan sólo dejar constancia de los dos rasgos fundamentales que acompañan su existencia:

De un lado, y a partir del principio de primacía, garantiza la unidad de cuanto establece en todos los ordenamientos de la UE y, en consecuencia, la aplicación uniforme y plena eficacia e irrevocabilidad de sus previsiones, motivo por el cual muchas de las normas estatales encargadas de trasponerla reproducen textualmente sus preceptos, dando pie a una homogeneidad patente⁶⁵. No obstante lo cual, conviene observar que el propio precepto del Tratado de Funcionamiento introduce dos matices de interés: de un lado, su aplicación se hará “progresivamente”, abriendo espacio a la necesaria evolución y desarrollo; de otro –y sin que ello suponga un doble nivel de aplicación en las exigencias comunes–, la llamada a evitar trabas administrativas, financieras y jurídicas que obstaculicen la creación y desarrollo de las pequeñas y medianas empresas, lo cual alude, de nuevo, a esa necesaria adaptación a las circunstancias, que en este caso quiere significar una implementación llevada a cabo en la cual los Estados eliminen los obstáculos de distinta índole que pudieran poner en cuestión la adecuada eficacia de cuanto dispone.

De otro, y en atención al principio de subsidiariedad, la regulación de la Directiva cumple una doble función⁶⁶: en primer lugar, constituye un umbral de mínimos que sólo está llamado a operar en defecto de una regulación interna más beneficiosa (art. 1.3); de otro, y de sopesar la referencia a la necesidad de tener en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada Estado, permite la diversidad dentro de aquella regulación pareja, adecuando las pautas europeas al concreto contexto jurídico nacional e integrándolo dentro de las propias y particulares instituciones de cada ordenamiento, pues lo importante son los resultados, el logro de los objetivos previstos en la Directiva, y no los instrumentos singulares y característicos de cada sistema jurídico a través de los cuales se articule su consecución⁶⁷. Lo cual alude directamente a un papel activo del Estado que no se limite a la mera trasposición de la Directiva marco o de las distintas Directivas sobre lugares de trabajo que surgen a su calor, sino que también se extienda a dotarla de complitud en cuantas cuestiones se considere preciso a tal fin y, sobre todo, a una labor de control y vigilancia adecuados (art. 4.2); acompañada, igualmente –y de importancia decisiva–, del fomento de su cumplimiento para proporcionar una continua mejora en el nivel de protección⁶⁸.

⁶⁵ De ahí los numerosos pronunciamientos de Tribunal de Justicia en los cuales se sanciona la falta o inadecuada transposición de las Directivas En el caso emblemático en la materia analizada, y para España, el que resuelve la STJCE 12/2006, de 16 de enero, Comisión Europea c. España

⁶⁶ CASAS BAAMONDE, M. E.: “‘Doble’ principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social”, Relaciones Laborales, núm. 1, 1993, págs. 49–58.

⁶⁷ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del ordenamiento español (I y II)”, Relaciones Laborales, T. I, 1991, págs. 1221–1253.

⁶⁸ GÓMEZ CABALLERO, P.: “El papel de las Administraciones Públicas en materia de prevención de riesgos laborales”, Temas Laborales, núm. 125, 2004, págs. 115–145 o MORENO VIDA, M. N.: “La seguridad y salud en el trabajo: el deber de prevención de riesgos profesionales. Un análisis desde la perspectiva de la Directiva 89/391/CEE”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., Coord.): La reforma del mercado de trabajo y la seguridad y salud laborales, Granada (Universidad de Granada), 1996, pág. 556.

1.2. La normativa de aplicación a los tests de drogas y alcohol

Dejando aparte la escueta y genérica mención a los reconocimientos médicos que contiene el art. 14 de la Directiva marco sobre seguridad en el trabajo arriba mencionada, cuatro son los principales referentes a considerar cuando se trata de valorar en derecho las previsiones normativas europeas en torno a la admisibilidad de los tests de despistaje sobre consumo de alcohol, drogas y otras sustancias en el seno de la relación laboral: la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de 2000, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1980, la Directiva 95/46/CEE, sobre Protección de Datos y la Recomendación nº R (97) 5, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

1.2.1. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 (2000/C 83/02)

La última en el tiempo de las normas mencionadas recoge el acervo de sus precedentes por cuanto aquí importa, ya que asume los patrones para medir la licitud de dichas pruebas a partir de derechos previamente recogidos en aquellas otras. De este modo tal que, en relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (coincidiendo en el derecho a la no discriminación –art. 20–), si bien añade los referidos a la dignidad humana –art. 1–, integridad, incluido el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate en el marco de la Medicina –art. 3, con la precisión contenida en su apartado 2 a)–, y derecho al trabajo –art. 15–, el principal referente viene dado por su incidencia en el derecho a la vida privada (art. 7), que coincide exactamente con el art. 8 de aquel Convenio, debiendo entenderse que las excepciones que justifican su afectación son las mismas por éste contempladas. Por su parte, la referencia al derecho a la protección de carácter personal (art. 8), a aplicar con las limitaciones previstas en la Ley “cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión Europea o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás” (art. 52.1), encuentra adecuado desarrollo en la Directiva 95/46/CEE.

Sirva tal coincidencia en la protección para remitir la exposición de su incidencia a cuanto sigue.

1.2.2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950

A tenor de su art. 8: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada (...) 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

En cuantas ocasiones los tests de drogas y alcohol se han planteado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), siempre se ha hecho bajo la invocación de este precepto. En sus pronunciamientos, éste razona obviamente sobre la limitación que pueden suponer estos tests para la vida privada, pero se extiende a aquellos otros derechos (dignidad, integridad, derecho al trabajo o no

discriminación) contemplados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Los dos únicos pronunciamientos localizados sobre la materia pueden servir de guía para calibrar el parecer del Alto Tribunal respecto a su posibilidad y límites.

1.2.2.1. El Asunto *Wentlund c. Suecia* (solicitud 462/99 y Decisión de 9 de marzo de 2004) [Sección IV]⁶⁹

La primera de las resoluciones en el tiempo recoge los hechos siguientes: el solicitante era un oficial de limpieza de una central nuclear que prestaba servicios en distintas dependencias de la planta. En 1995 se introdujo un programa de política de drogas en la empresa que requería que los empleados se sometieran a tests de alcohol y drogas. El programa consistía en tomar muestras de orina de los empleados en un período de tiempo dado, debiendo indicar éstos la medicación que habían tomado, si lo habían hecho, durante la semana anterior.

El sindicato al que estaba afiliado el trabajador inició acciones judiciales con la finalidad de obtener una sentencia declarativa de que el trabajador no estaba obligado a someterse a tales tests, pues aunque el acuerdo de implantación del programa lo habían firmado tres sindicatos en la empresa, no lo había hecho aquél al que pertenecía el trabajador y ahora demandaba. Entre los argumentos a los que acudió figuraba que los tests violaban el art. 8 de Convenio, así como el convenio colectivo; como alternativa, y para el caso de no prosperar aquella motivación, que la normativa de Suecia no confería a los empresarios el derecho a imponer tales pruebas.

El Tribunal (Supremo) Laboral sueco entendió que el trabajador estaba obligado a participar en el test de drogas, pero no en el de alcohol, pues, en ausencia de normativa específica en la materia, estos tests pueden formar parte del derecho de la compañía a organizar el trabajo de acuerdo con cuanto contempla el convenio colectivo; más aún cuando la central nuclear estaba sujeta a exigencias muy estrictas de seguridad y existía gran interés empresarial y social en mantener un ambiente laboral libre de drogas. En su Decisión, el TEDH declara que la solicitud es inadmisibles al amparo de cuanto prevé el art. 8 del Convenio, pues aun cuando la obligación del empleado a someterse a tests de drogas no deriva de la norma, el derecho del empresario a dirigir y ordenar el trabajo constituye un principio comúnmente aceptado en el mercado laboral, y así es reconocido por el Tribunal (Supremo) sueco. Aunque la obligación de someterse a un test de drogas podría ser valorada como una intromisión en la integridad del trabajador, estaba justificada por las circunstancias presentes en el caso: las consideraciones operativas de la central relacionadas con la seguridad pública, así como la protección de los derechos y libertades de otros, en particular de los compañeros, justificaban la medida de control en cuestión.

⁶⁹ Information note num. 62 on the case-law-of the Court, marzo 2004, en http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2004_03_62_ENG_815399.pdf, pág. 11.

1.2.2.2. El Asunto Madsen c. Dinamarca (solicitud 58341/00 y Decisión de 7 de noviembre de 2002) [Sección I]⁷⁰

En el segundo de los supuestos mentados, el solicitante había trabajado como asistente de pasajeros en un ferry danés desde 1998 a 2000. Aun cuando su trabajo no estaba directamente relacionado con el funcionamiento del buque, era, como todos los miembros de la tripulación, parte de la seguridad a bordo. En 1999, su empresario adoptó nuevas regulaciones internas en torno a la posesión y consumo de alcohol y drogas cuando el personal estaba embarcado. Aquéllas incluían la regla de que todos los miembros de la tripulación, incluido el capitán, podían ser obligados a someterse a un test de orina aleatorio al menos una vez al año; la violación de las regulaciones sobre esta materia llevarían aparejado el despido inmediato. Todos los empleados recibieron una copia de las regulaciones y se les requirió que confirmaran por escrito que las habían entendido. Dos sindicatos manifestaron su oposición a la normativa interna e iniciaron los procedimientos legales para revocarla. En septiembre de 1999 el solicitante fue requerido a proporcionar una muestra de orina detrás de una pantalla, en una habitación en el que la persona a la que se había encomendado la realización del test estaba presente. El resultado fue negativo.

El Tribunal de Arbitraje danés falló a favor de la compañía, al encontrar que el objetivo de las regulaciones estaba justificado, en tanto se aplicaba a todos los miembros de la tripulación y la forma de llevar a cabo el test no infringía la dignidad de los miembros de la plantilla o interfería en su modo de vida cuando estaban de permiso. El TEDH consideró inadmisibles las solicitudes formuladas al amparo del art. 8 del Convenio, en el entendimiento de que se trataba de una interferencia en la vida privada que venía justificada por la excepción contemplada en el apartado 1 de aquel precepto; en consecuencia, estimó que la exigencia de someterse a estos especiales reconocimientos médicos “es conforme a derecho”.

En sus razonamientos sopesó la especificidad del modelo laboral danés, cuyo principio fundamental queda situado en la autonomía de que disfrutaban las partes en el ámbito del empleo y las relaciones industriales, de manera que la regulación se encuentra más en el convenio colectivo que en la Ley. En el caso en presencia, valoró que las regulaciones internas se habían fundado sobre las bases del derecho del empresario a controlar el trabajo, un principio cardinal en el ordenamiento social danés, reconocido desde septiembre de 1989 y mantenido en los sucesivos convenios colectivos y en la jurisprudencia nacional. Este fundamento legal fue considerado suficiente para aplicar la excepción del art. 8, pues el propósito de las regulaciones era legítimo: la defensa de la salud pública o, si se prefiere, la protección de los derechos y libertades. Para mantener que tales regulaciones eran “necesarias en una sociedad democrática”, el Tribunal invocó el efecto claramente perjudicial del alcohol y las drogas en el rendimiento del trabajador, añadiendo que era absolutamente esencial para la seguridad del ferry que los miembros de la tripulación estuvieran en disposición de cumplir las funciones de seguridad para las que habían sido designados en todo momento, así como que había quedado registrada en los archivos de la empresa la evidencia

⁷⁰ Information note num. 47 on the case-law of Court, November 2002, en http://www.echr.int/documents/CLIN_2002_11_47_ENG_815420.pdf, págs.26 y 27.

de que otros miembros de la tripulación habían estado en posesión o consumido drogas. Por lo que respecta a la vida privada del trabajador cuando no estaba de servicio (el calendario laboral contemplaba 16 días de servicio seguidos de otros 6 de descanso), los tests de orina únicamente podían detectar las sustancias ingeridas durante las 48 horas previas; además, y dado que en el año anterior a que el solicitante fuera designado tan sólo una vez había debido pasar el test, las regulaciones no fueron aplicadas de una forma desproporcionada.

1.2.3. La Directiva 95/46/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos

Con la provisionalidad derivada de estar a la espera de que se concrete la iniciativa de la Comisión Europea⁷¹, en la actualidad bajo la forma de Propuesta para un nuevo marco jurídico de protección de datos en la UE⁷² (considerada una política estratégica para 2015)⁷³, abordar los tests de despistaje de consumo de alcohol, drogas y otras sustancias en el trabajo supone, bajo el enfoque de la Directiva 95/46/CEE, hacerlo tomando en cuenta la consideración que tal información merece para el legislador europeo en orden a su tratamiento.

Para solventar cualquier duda, en noviembre de 2002 la entonces Dirección General de Empleo de la Comunidad Europea elevó consulta al supervisor Europeo de Protección de Datos, en cuya respuesta éste específicamente identificó tales pruebas como “una de las próximas áreas en el campo de protección de los datos personales de los trabajadores” (al punto que la Comisión, en la Agenda de la Europa Social de febrero de 2005, anunció la presentación de una iniciativa –nunca concretada– referida a la protección de datos personales de los trabajadores), pero, entre tanto y sin duda, “deberán ser tratados como datos de salud”⁷⁴. Tal opinión es la que permanentemente ha mantenido el Grupo de art. 29, para el cual “deberán ser tratados como datos de salud en el seno de la relación laboral”⁷⁵; también, y a la postre, figura, Memoria Explicativa del Convenio 108 del Consejo de Europa⁷⁶, cuando establece que la noción “datos de carácter personal relativos a la salud” se extiende a los informaciones sobre un individuo de buena salud, enfermo o fallecido, añadiendo de manera expresa que “debe entenderse que estos datos comprenden igualmente las informaciones relativas al abuso del alcohol o las drogas”⁷⁷.

⁷¹ Que comienza con el documento de COMISIÓN EUROPEA: “La protección de la privacidad en un mundo internacionalizado. Un marco europeo de protección de datos para el siglo XXI”, COM (2012) 9 final.

⁷² “Propuesta para un Reglamento del Parlamento y del Consejo sobre la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos”, de 25 de enero de 2012, COM (2012) 11 final. Un comentario extenso de su contenido en TRONCOSO REIGADA, A.: “Hacia un nuevo marco jurídico europeo de la protección de datos personales”, Revista Española de Derecho Europeo, núm. 43, 2012, págs. 25–184.

⁷³ http://www.ec.europa.eu/iustice/data-protection/index_eu.htm.

⁷⁴ Su noticia en <http://emcdda.europa.eu/htmlo.cfm/Idex16901EN.html>, pág. 1.

⁷⁵ Baste remitir, para conocer su opinión, a las diversas consultas que figuran en http://ec.europa.eu.geninfo/query/index.do?query_source=justice&QueryText=drug+testing+workplace.

⁷⁶ La citada memoria ha servido en numerosas ocasiones para la Agencia Europea de Protección de Datos fundamentase sus resoluciones, motivo por el cual aquí se invoca de manera expresa. Así ocurre, de manera paradigmática, en el Procedimiento de Tutela DT/00884/2013.

⁷⁷ Al respecto, RIPOLL CARULLA, S.: “La protección de los datos médicos y genéticos en la normativa del Consejo de Europa”, Revista de Derecho y Genoma Humano, núm. 5, 1996, pág. 117.

Partiendo de tal catalogación, el precepto clave por cuanto aquí importa es el art. 8, el cual, dentro de “categorías especiales de datos” (que en el discurso que sigue serán calificados –en aras de la uniformidad conceptual– como sensibles) menciona, entre otros, aquéllos referidos a la salud, para prohibir su tratamiento con carácter general (art. 8.1). Acto seguido, sin embargo, el apartado 2 del mismo precepto establece en su letra b) una excepción a tal regla y admite de manera expresa que sí cabrá su tratamiento cuando “sea necesario para respetar las obligaciones y derechos específicos del responsable del tratamiento en materia de Derecho Laboral en la medida en que esté autorizado por la legislación y ésta prevea garantías adecuadas”. A tal excepción cabría unir –si bien su incidencia será instrumental, de medio a fin– la incorporada al apartado 3, relativa a cuando resulte preciso “para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos sea realizado por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional sea en virtud de la legislación nacional, o de las normas establecidas por las autoridades nacionales competentes, o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto”. En ambas ocasiones, y según previene el apartado 6, para que actúen como tales estas excepciones habrán de ser notificadas a la Comisión.

Admitiendo tal tratamiento por vía excepcional, varios aspectos habrán de ser sopesados con carácter específico, cuyo carácter más o menos limitativo –de ahí la notable diferencia que cabrá apreciar entre las normas de los distintos Miembros de la UE– corresponde a cada Estado –por lo cual su análisis aquí se realizará al hilo del estado de la legislación española–; entre otros, los siguientes: la necesidad, requisitos y alcance del consentimiento informado para poder realizar el test; los principios de pertinencia (adecuación a la finalidad explícita para la que se realiza, sin desviaciones hacia otros propósitos que no sean los de preservar la salud y la seguridad del interesado y de terceros), proporcionalidad (equilibrio entre la finalidad perseguida y el medio utilizado, evitando, por tanto, aquellas pruebas más intrusivas o las condiciones de realización que pudieran afectar a la dignidad, integridad, intimidad y propia imagen) y exactitud o veracidad (acudiendo a las pruebas que ofrezcan el resultado más ajustado a la realidad en función de los medios técnicos disponibles); la garantía de transparencia (pudiendo obtener del responsable o encargado del tratamiento la información de los resultados que le conciernen e instar su rectificación o cancelación cuando el contraste o segunda opinión imparcial no los corroboren); la observación de la necesaria seguridad (relacionada con el diseño de un procedimiento destinado a preservar la integridad desde la toma de la muestra hasta la obtención del resultado, evitando su adulteración, pérdida y consulta o uso no autorizado, conocida en este ámbito como “cadena de custodia segura”) y confidencialidad (que se extiende a los responsables o encargado de la realización del test, en particular en la transmisión de los resultados al empresario –y por éste a los representantes de los trabajadores–, operando, además, el deber de secreto) o, con carácter general, cuanto va a poner en relación la obtención de una información sensible necesaria para el desarrollo normal de la actividad empresarial, pero que debe hacerse compatible con el respeto a la vida privada del trabajador⁷⁸.

⁷⁸ HEREDERO HIGUERAS, M.: La Directiva comunitaria de protección de datos de carácter personal, Pamplona (Aranzadi), 1997, págs. 17 y 18.

1.2.4. La Recomendación núm. R (97) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa

Con el valor relativo de tratarse de una mera Recomendación dirigida a la protección de datos médicos, su importancia trasciende tal consideración en la medida en la cual ha servido de pauta interpretativa a la hora de delimitar si los datos sobre consumo de alcohol, drogas u otras sustancias obtenidas a través de tests de despistaje son o no –y en qué medida– datos médicos.

Al respecto afirma que “la expresión datos médicos hace referencia a todos los datos de carácter personal relativos a la salud de una persona. Afecta igualmente a los datos manifiesta y estrechamente relacionados con la salud, así como con las informaciones genéticas”. Sobre tal definición, su apartado 38, siguiendo lo señalado en el Convenio 108, considera que la expresión “datos médicos debería incluir igualmente cualquier información que ofrezca una visión sobre la situación médica del individual”, incluyendo aquellos referidos al “abuso de las drogas, abuso de alcohol y nicotina o consumo de drogas”⁷⁹.

2. La política de la Unión Europea sobre alcohol y drogas

De rancia tradición, hace décadas que la entonces Comunidad Económica Europea y actual Unión Europea mantiene una política clara (pero respetuosa con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad) tanto de acción en la lucha contra la droga, como de ayuda a los Estados miembros a reducir los daños relacionados con el uso del alcohol.

Antes de exponer en detalle las líneas maestras de sus principales instrumentos, procede poner de relieve cómo lo que en España se plantea como una estrategia común sobre alcohol y drogas, en la Unión Europea –y en muchos de sus Estados miembros– aparece disociada desde su inicio. De atender –sobre todo– a las Resoluciones enunciadas del Parlamento Europeo, la razón que justifica esta separación vendría dada por la especial consideración que merece el alcohol para el legislador y el ejecutivo supranacionales; en tal ponderación confluyen los cinco siguientes factores: A.– No considerar casi nunca que el alcohol es una droga y, cuando así se lo cataloga, separarlo bajo la categoría de droga legal. B.– Reparar en los distintos hábitos y tradiciones respecto del alcohol que existen en las diferentes regiones; diversidad social, cultural, geográfica y económica que, desde la función de complementariedad del art. 148 TFUE, llevan a exigir un enfoque donde predomine la decisión de los Estados en atención a las circunstancias locales específicas en presencia. C.– Reconocer que el alcohol constituye parte del patrimonio cultural y del estilo de vida europeo y que, cuando su consumo es moderado, no entra en conflicto con una vida saludable. D.– Admitir que en algunas regiones la producción artesanal de bebidas alcohólicas es una piedra angular del turismo. E.– En fin, sopesar que no todo consumo de alcohol tiene

⁷⁹ Sobre la importancia de tal previsión, y dejando para su exposición posterior las consecuencias en el ordenamiento español, baste apuntar ahora que ha sido pieza clave en la valoración efectuada por órgano competente español; en tal sentido, por ejemplo, AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: “Informe 0129/2005. Naturaleza del dato fumador como dato de salud” e “Informe 0128/2004. Carácter de dato de salud de los datos sobre drogodependencia”, ambos en http://www.ogpd.es/portaIwebAGPD/canaldocumentación/informes_jurídicos/datos_esp_protegidos/index-ides-idph.php.

las mismas consecuencias, pues éstas dependen, en gran medida, de hábitos de consumo y, en particular, de los productos que se consumen y dónde se consumen; en todo caso, procediendo diferenciar el consumo responsable del nocivo, pues el primero –se insiste– es compatible con un modo de vida sana.

En ningún momento del discurso de quienes han sido elegidos como representantes de los ciudadanos aparece, sin embargo, un dato crucial y que nunca se debería obviar al lado de los anteriores: la importancia económica de esta industria, lo que, sin duda, le lleva a tratar de encontrar un punto de equilibrio a partir del cual cohonesta un floreciente negocio (vital en algunos entornos donde el sector es verdadero motor de la Economía) con las exigencias prioritarias de la salud.

2.1. Estrategia de la UE en materia de lucha contra la droga 2013–2020 (Recomendación 2013/C 402/01) y Plan de Acción de la UE en materia de lucha contra la droga, 2013–2016 (2013/C 35/01)

Sobre la base y metodología que ya estuvieron presentes en la Estrategia y Plan de lucha contra la droga 2000–2004, y que continuaron en su renovación para el período 2005–2012 (con dos Planes de Acción cuatrienales 2005–2008 y 2008–2012), se alzan las dos medidas ejecutivas vigentes de la UE en la materia. Ambas parten de una premisa fundamental: su misión se limita a potenciar (“que respalde y complemente”) las estrategias nacionales, ciñendo así su cometido al limitado ámbito coadyuvante que confiere a esta política el art. 168.1 párrafo 3º TFUE, para así diseñar un marco que permita acciones conjuntas y coordinadas dentro de un planteamiento integrado, equilibrado y empíricamente contrastado.

En concreto, la Estrategia traza como objetivo fundamental el de “contribuir a reducir de forma cuantificable la demanda de droga, la dependencia de la droga y los riesgos y perjuicios sociales y para la salud relacionados con la droga” (núm. 9). A este fin, y dentro de los tres temas trasversales que articulan toda la Recomendación –coordinación, cooperación internacional e investigación, información, control y evaluación– (núm. 1), prioriza –por cuanto aquí importa– las cuatro acciones que destaca en sus núms. 19.1, 19.2, 19.3 y 32.1.

Por su parte, y en tanto encargado de dotar la operatividad a la Estrategia, y sobre los pasos de su precedente, el primero de los Planes cuatrienales llamados a desarrollarla contempla como acciones más significativas en punto a la reducción de la demanda y de los daños causados por la droga a la salud y a la sociedad en el ámbito aquí estudiado: de un lado, y con relación directa, las previstas en los objetivos 1 [actuación 1 b)] y 2 [actuación 2 b)]; de otro, y con relación indirecta, las referidas en los objetivos 1 [actuación 2], 3 [actuación 9 a) b) y c)], 9 [actuación 30], 13 [actuación 45] y 14 [actuaciones 48 c), 49 y 50 g)].

2.2. Política de la UE en materia de alcohol

Con el tratamiento diferenciado, por las razones expuestas, que siempre ha merecido el alcohol y con un diseño menos firme que en la política de drogas, procederá recordar como hitos más destacados al respecto:

1. La Estrategia 2006–2012 [COM (2006) 625 final], la cual recogía como objetivos prioritarios, por cuanto aquí interesa, la lucha contra la conducción en estado

de embriaguez, la prevención en los daños relacionados con el alcohol entre adultos, las acciones de sensibilización y la elaboración y mantenimiento de una base común de datos comprobados a escala de la UE.

2. La Resolución del Parlamento de 2007 sobre la Estrategia de la UE en materia de alcohol [2007/2005 (INI)], con referencias expresas de interés en los considerandos E, G, H, J y K que preparan a cuanto establecen las decisiones que recoge en sus apartados 1, 2, 4, 25, 27 y 28.
3. La decisión de no renovar la Estrategia 2006–2012, capaz de provocar una grave crisis institucional (más de 20 ONGs del ámbito de la salud pública dimitieron del Foro Europeo de Alcohol y Salud) cuyo eco ha alcanzado al Parlamento Europeo (Pregunta 0–000008/2015–68–108/2015), llevándole a adoptar una nueva Resolución sobre la Estrategia en materia de alcohol [2015/2543 (RSP)] donde destacan, por cuanto aquí interesa, el contenido de los Considerandos D, G, H, K, L, M, P, X y Z, concretados luego en las medidas núms. 4, 5, 9, 13, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 32, 36 y 38.
4. Por último, el Plan de acción europeo para reducir el uso nocivo del alcohol 2012–2020⁸⁰, que supone la asunción por la UE del modelo operativo elaborado por el Comité Regional para Europa de la OMS para los 53 Estados miembros de la Organización en este continente. En su seno, y dentro de las 10 áreas de acción que contempla, menester será destacar la importancia de la tercera de ellas, denominada “acción comunitaria y en el lugar de trabajo”, en particular la referencia a las “opciones para la acción”, entre las cuales se destaca una triple necesidad: desarrollo de recursos laborales para actuar frente al alcohol, creación y financiación de mecanismos destinados a evaluar y documentar los programas con el fin de fortalecer su diseño e implantación y revisión de la normativa nacional para que estas iniciativas tengan facilidades y apoyo en lugar de obstáculos.

2.3. Cuadro comparado de la regulación sobre alcohol, drogas y otras sustancias en el trabajo en los distintos Estados de la Unión Europea

Efectuado en el elenco de la normativa y políticas de la Unión Europea, preciso resulta descender al análisis de cómo se han desarrollado en cada uno de los Estados. Sin perjuicio del estudio de detalle sobre cada país recogido el Informe, baste en su resumen un cuadro en el cual esquemáticamente se da cuenta del estado de la cuestión comparando los principales índices.

⁸⁰ WORLD HEALTH ORGANIZATION (REGIONAL OFFICE FOR EUROPE): European action plan to reduce the harmful use of alcohol 2012–2020, Copenhagen (WHO), 2012.

Referencias normativas de los principales aspectos derivados del consumo de alcohol, drogas y otras sustancias en el trabajo en los distintos Estados de la Unión Europea

País	Prevención de accidentes derivados del consumo			Test de control de consumo			Garantías en el tratamiento de datos
	Restricción del consumo	Otras fuentes	Regulación	Personal encargado	Muestras / Procedimiento		
AL	No (excepto en sector transporte)	Acuerdos de empresa	<p>Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo 1996 (arts. 3 a 7)</p> <ul style="list-style-type: none"> Regulación sobre salud ocupacional de asociaciones de responsabilidad de seguro 1993 (BGV A4 Apéndice 1 G25). Ley de Protección de Jóvenes Trabajadores 1976. Ordenanza de Atención a la Salud Ocupacional. 	Médico o personal de salud especializado en Medicina del Trabajo	Orina o sangre	Ley de Perfeccionamiento de la Elaboración y Protección de Datos 1990 (arts. 3.9, 28.7 y 34)	
AU	<ul style="list-style-type: none"> Ley de Protección de los Empleados (arts. 15 y 27) Ley de Constitución de los Trabajadores (arts. 105 y ss.) Regulaciones de Comercio (art. 82) 	<p>Convenio colectivo</p>	<p>Diversidad de regulaciones en cada Provincia sobre seguridad y salud en el trabajo</p> <p>Convenio colectivo</p>	-	-	Ley de Protección de Datos 2000 (art. 2, Parte 1, Sección 4.2 y Parte 2, Sección 9)	
BE	No (excepto profesiones como transporte, construcción o pesca)	Convenio núm. 100, 2009	<p>Convenio núm. 100, 2009</p>	<ul style="list-style-type: none"> Personal cualificado Especialistas en Medicina del Trabajo 	Aire espirado y pruebas de aptitud psicomotriz (no biológicos o médicos)	Ley de Protección de la Privacidad en Relación con el Tratamiento de Datos Personales	

					1992 (arts. 6 y 7)
	<ul style="list-style-type: none"> • Código de Trabajo 1986 (arts. 126.2) • Ordenanzas relativas a ciertas profesiones relacionadas con el transporte 	Normas internas de la empresa	Normas internas de la empresa	Médicos externos a la empresa	Ley de Protección de Datos Personales 2002 (art.5)
BU					
	<ul style="list-style-type: none"> • Código de trabajo 2006 [art. 106.4 en relación con arts. 52 g) y 82 g)] 	Decisión empresarial	Código de Trabajo 2006 (art. 106.4)	<ul style="list-style-type: none"> • Técnico de salud y seguridad (si muestra no biológica) • Médico (si muestra biológica) 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley sobre Servicio de Salud Pública 1996 • Ley de Protección de Datos Personales 2000 (art. 9)
CHE				<ul style="list-style-type: none"> • Código de trabajo 2006 [art. 106.4 i)] • Ley sobre medidas para prevenir los daños causados por productos del tabaco, alcohol y otras sustancias psicoactivas 2005. 	
CHI	-	-	Guía del Departamento de la Inspección de Trabajo 2010	-	Ley 138 (7) de Tratamiento de Datos. Protección de las Personas 2001 (art 6)
	<ul style="list-style-type: none"> • Código de Trabajo 2014 (art. 26.1 en relación con arts. 115.1.3 y 116.1) • Ley de Salud Ocupacional 2014 (art. 244.6 y 7) 	Decisión empresarial (previa consulta representantes de los trabajadores)	Ley de Salud Ocupacional 2014 (arts. 58, 59 y 60)	-	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Protección de Datos Personales 2003 (art.8) • Ley de Protección de Derecho de los Pacientes 2004
CR				<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Salud Ocupacional 2014 (arts. 58, 59 y 60). • Exámenes específicos en Ley Tráfico Aéreo (art. 93) y Regulaciones para evaluación de salud a bordo de barcos (art. 5) 	<ul style="list-style-type: none"> • Aire aspirado (alcoholímetro) • Utilización de "otros instrumentos, procedimientos o medios disponibles"

DI	-	Convenio colectivo	Convenio colectivo	<ul style="list-style-type: none"> • Convenio colectivo • Decisión ministerial (art. 61 Ley Medioambiente Laboral 2012) • Acuerdo sobre Medidas de Control 2001 	-	<ul style="list-style-type: none"> • “Método que menos perjudique a la intimidad del trabajador” 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Tratamiento de Datos Personales 2000–Texto Refundido 2003 (art. 7)
ESL	Ley de Protección contra el Abuso de Bebidas Alcohólicas 1996 (art. 4 según reforma de 2014)	<ul style="list-style-type: none"> • Regulaciones de trabajo • Otras regulaciones internas 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Protección de la Salud Ocupacional 2006 (arts. 9 y 12) • Código de Trabajo 2001 [arts. 147.1 en relación con arts. 148, 195.5 y 196.1 b)] 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Inspección de Trabajo 2006 [art. 12.1 b) y 12.2 h)] • Regulaciones de trabajo y otras regulaciones internas de la empresa 	Personal Médico de Empresa	<ul style="list-style-type: none"> • Aire espirado • Prueba de contraste de positivos en sangre u orina g)] 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Protección de Datos Personales 2013 [arts. 13.1 y 14 g)]
ESL	• Ley de Relaciones de Empleo 2002	Regulación interna de la empresa	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Salud y Seguridad Ocupacional 2011 (art. 51 en relación con arts. 28.5 y 38) • Ley de Salud y Seguridad Ocupacional 2011 (art. 51) 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Salud y Seguridad Ocupacional 2011 (art. 51 en relación con arts. 28.5 y 38) • Normas sobre Reconocimientos Médicos Preventivos de los Empleados 2002 • Regulación interna de la empresa 	Médico	-	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Protección de Datos Personales 2004 (arts. 13.2 y 19) • Ley de Atención a la Salud y Seguros de Personas 1992 (art. 23.1)
OVEN	Restricción del Consumo de Alcohol 2013 (art. 12)						
EST	• Ley de Contrato de Trabajo 2008 (arts. 28.6 y 88.4)	Reglas de organización empresarial (art. 5.1 Ley Contratos de		Ley de Salud Ocupacional 1999			<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Datos Personales 2003 (arts. 24 a 26)
	• Ley de Sanciones Disciplinarias a						

<ul style="list-style-type: none"> • Ley sobre Alcohol 2001 (versión consolidada 2012) 	<ul style="list-style-type: none"> • Guía para el procedimiento completo de test de drogas en la vida laboral 2006 • Preliminar: orina, test inmunológicos o cromatográficos • Confirmación: cromatografía-espectometría de masas 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Protección de Salud Ocupacional 2001 • Ley de Protección de la Intimidad en la Vida Laboral 2004 (arts. 5 a 10) • Decisión del Consejo de Estado sobre condiciones para realizar tests de drogas 2005 • Programa empresarial de alcohol y drogas 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Protección de Salud Ocupacional 2001 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Protección de Salud Ocupacional 2001 • Ley de Cooperación en las Empresas 2007 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Datos Personales 1999 (arts. 11 y 12) • Ley sobre Estatus y Derechos de los Pacientes 1992 (art. 6)
FI	<ul style="list-style-type: none"> • Código de Trabajo (arts. R 4624-46 y 47) • Ley relativa a la Informática, los Archivos y las Libertades 1978 (arts. 62 a 66) 	<ul style="list-style-type: none"> • Arrêt de 30 junio 2003 • Código de Trabajo (arts. R 4624-10 y 16 a 19 en relación con arts. R 4451-84 y R 4624-16) • Informe núm. 144 del Comité Consultivo de Ética 	<ul style="list-style-type: none"> • Médico de Trabajo o Biólogo especializado en Medicina (Código de Salud Pública, arts. L 6211-1 y 2) 	<ul style="list-style-type: none"> • Código de Trabajo (arts. R 4228-20 y 21) • Reglamento de régimen interior 	<ul style="list-style-type: none"> • Código de Trabajo (arts. R 4624-46 y 47) • Ley relativa a la Informática, los Archivos y las Libertades 1978 (arts. 62 a 66)
FR	<ul style="list-style-type: none"> No (salvo normativa sectorial como el Reglamento de Trabajo en Minas y Canteras 2011 o ciertas profesiones 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Exámenes Médicos 2010 (arts. 60 a 63) 	-	-	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Protección de Datos 1997 [con las reservas de cuanto dispone el Código de Conducta de la
GR					

<p>ciertas profesiones sometidas a licencia como conductores, operadores de quipos pesados o servicios de seguridad)</p>	<p>Autoridad Helena de Protección de Datos, art. 7.2 d)]</p>
<p>HO</p> <p>Ley de Condiciones de Trabajo 1999 (art. 3)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Aire para alcohol • Saliva para drogas • Sangre para prueba de confirmación <ul style="list-style-type: none"> • Ley de Datos Personales 2000 (arts. 16 y 21) • Ley de Condiciones de Trabajo 1999 (art. 18)
<p>HU</p> <p>Código de Trabajo 2012 (arts 8.2, 9.2, 52, 56.2 y 66.2)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Convenio colectivo • Autorregulación de empresas (siempre que no medie el veto de los representantes de los trabajadores del art. 27.1 Ley Grandes Empresas)
<p>IR</p> <p>Ley de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo 2005 [arts. 8.1</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Decisión 33/1998 (VI. 24) del Ministerio de Salud • Decisión Gubernativa 1129/2004 • Código de Trabajo (arts. 10 y 11) • Regulaciones de empleo
<p>Regulaciones de empleo (en el sentido amplio de art. 293 Código de Trabajo)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Ley (LXIII) de Protección de Datos Personales y Acceso a Datos de Interés Público 1992 (arts. 3, 6, 7 y 16) • Resolución de la Comisión Parlamentaria de Hungría para la Protección de Datos y Libertad de Información
<p>Ley de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo 2005 [arts. 8.1</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Seguridad, Salud y Bienestar en el trabajo 2005 [arts 13.1 c), 19 y 20] • Ley de Seguridad de Ferrocarriles 2005
<p>Convenio colectivo</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Protección de Datos 1998
<p>Médico titulado</p>	<p>Médico titulado</p>

13.1 a) y 77.2 y 8]	y 13.1.b)]	<ul style="list-style-type: none"> • Convenios colectivos (en particular sectores transporte y seguridad) • Política escrita de la empresa 	[arts. 2 B, incisos (iii) (i) y (viii)]
IT	Ley sobre alcohol y problemas relacionados con el alcohol 2001 (art.15)	<ul style="list-style-type: none"> • Ley sobre tutela de la libertad y dignidad de los trabajadores 1970 (art. 5) • Texto Único sobre Salud y Seguridad en el Trabajo 2008 (art. 41.6) 	Código de Protección de Datos Personales 2003 (arts. 4, 26 y 75 y ss.)
LE	Ley de Trabajo 2001 (arts. 33, 36, 58.3, 82, 84, 101.1.4 y 103.1)	<ul style="list-style-type: none"> • Convenios colectivos • Código de conducta de empresa 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Protección de Datos Personales 2000 (arts. 7.2 y 11 y concordantes) • Ley de Tratamiento Médico 1998 (art. 60.1)
LI	<ul style="list-style-type: none"> • Código de Trabajo 2002 (arts. 133.1, 136.3 y 4, 228 y 235:8) • Ley sobre control de alcohol 1995 (art. 26) 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo 2003 (arts. 19, 21, 22 y 25.6, 9 y 12) • Normativa interna de empresa • Orden núm. 452 del Ministerio de Salud de 20 junio 2006 • Recomendaciones del Jefe de la Inspección Estatal de Trabajo de 2008 • Plan de medidas preventivas del Jefe de la Inspección de Trabajo de 20 de junio de 2008 	<ul style="list-style-type: none"> • Aire espirado • "Médicos" (biológicos de sangre, orina y saliva) • Empresario o persona en quien delegue (alcoholímetro) • Médico cualificado (muestras biológicas) • Orina y sangre (aire espirado para los "tests rápidos" de primera valoración) • Médico de empresa • Ley de Derechos del Paciente 1996

	<p>Regulaciones internas en empresas de más de 150 trabajadores</p>	<p>Ley de Salud y Seguridad de los Trabajadores en el Trabajo 1994 (arts. 5, 8 y 10)</p>	<p>• Decreto del Gran Ducado de 18 marzo 1982 • Instrucción sobre drogas en el trabajo de la Dirección de Salud del Ministerio del ramo de 2013</p>	<p>Médico de empresa Sangre y/u orina</p>	<p>• Ley de Protección de las Personas en relación con el Tratamiento de Datos 2007 [arts. 2 g), 6 y 7] • Código de Deontología Médica 2005</p>
LU	<p>Código de Trabajo (arts. 1, 312-1 y 5 y 313-1)</p>				
MA	<p>No (Excepto Noticia Legal 36, 2003–arts. 2.1.1 y 2–y Noticia legal 281, 2004)</p>	<p>Ley sobre la Autoridad de la Salud y Seguridad Ocupacional–Cap. 424–2000 (arts. 6.1 y 7.1)</p>	<p>• Programa para Empleados Libres de Abusos de Sustancias (SAFE) • Responsabilidad Social Empresarial (Programas de Asistencia al Empleado)</p>	<p>-</p>	<p>Ley de Protección de Datos –Cap. 440–2002 (arts 13 y 15)</p>
POL	<p>Ley de Educación en Sobriedad y Prevención del Alcoholismo 1982 (arts. 2, 9, 10.1 y 14.1.2^g) Código de Trabajo 1974 (art. 52)</p>	<p>• Ley de Educación en Sobriedad y Prevención del Alcoholismo 1982 (art. 17.3) • Ley de reducción de barreras administrativas para ciudadanos y empresarios 2011 • Ordenanza del Ministerio de Salud 11 junio 2013</p>	<p>• Cuerpo de Policía Nacional o Municipal (aire y orina) • Profesional de la salud (sangre)</p>	<p>Aire, orina y sangre</p>	<p>Ley de Protección de Datos Personales 1997 (arts. 6, 7 y 27)</p>
POR	<p>No (salvo mención indirecta de Código de Trabajo 2009 –art. 351.9–y normativa sectorial de transporte)</p>	<p>• Convenio colectivo • Reglamento interno de empresa</p>	<p>• Ley de Régimen Jurídico de Promoción de la Seguridad y Salud en el Trabajo 2009 (arts. 103, 108, 109 y 110) • Código de Trabajo 2009 (arts. 17 y 19) • Acuerdos sectoriales • Reglamento interno y ordenes de servicio</p>	<p>• Médico de Trabajo • Aire espirado • Biológicos para la confirmación</p>	<p>• Ley de Régimen Jurídico de Promoción de la Seguridad y Salud en el Trabajo 2009 (arts. 109 y 110)</p>

				<ul style="list-style-type: none"> • Código Deontológico Médico (arts. 67 a 80) • Ley de Protección de Datos Personales 1998 (arts. 7 y 17)
RU	Ley de Mal Uso de Drogas 1971 (art. 8)	Normativa interna de empresas	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Salud y Seguridad en el Trabajo (art. 2.3) • Ley de Transporte y Trabajos 1992 (arts. 27 y 28) • Ley de Seguridad de Ferrocarriles y Transporte (arts. 92 y 93.1) 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Discriminación de Discapacidad 1995 • Ley de Derechos Humanos 1998 (art. 8) • Ley de Protección de Datos 1998 [art. 2 e) y Anexo I, Parte I, en la interpretación dada por Parte II] • Ley de Directrices de laboratorio de Gran Bretaña para tests de drogas en el lugar de trabajo legalmente defendibles. Test de drogas en orina, 2001 • "Método menos invasivo y científicamente más acreditado para verificar las sustancias a testear"
RUM	No	• Convenio colectivo	• Código de Trabajo 2002 [arts. 27 y 28 en relación con art. 59.1f]	• Ley de Protección de Datos

	<ul style="list-style-type: none"> • Regulación interna de empresas 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley sobre Seguridad y Salud en el Trabajo 2006 (arts. 24, 25 y 27.3) • Convenio • Ordenes directivas o contrato 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley sobre Seguridad y Salud en el Trabajo 2006 (arts. 24, 25 y 27.3) • Convenio • Ordenes directivas o contrato 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Medioambiente Laboral 1997 	<ul style="list-style-type: none"> • Disposición sobre Adaptación del Trabajo y Rehabilitación (AFS 1994:1) • Convenio o acuerdo de empresa 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Protección de Datos 1998 (arts. 14 y ss, en especial art. 18) • Ley de Público Acceso a la Información y Secreto (arts. 1 y 4, Sección 7) 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Protección de Datos 1998 (arts. 14 y ss, en especial art. 18) • Ley de Público Acceso a la Información y Secreto (arts. 1 y 4, Sección 7)
SU	No						

III. POLÍTICA ESTATAL Y NORMATIVA Y PROGRAMAS AUTONÓMICOS SOBRE DROGAS

1. El programa ejecutivo estatal: la Estrategia Nacional sobre Drogas 2009–2016 y el Plan de Acción sobre Drogas 2013–2016

En desarrollo de las normas precedentes, y sobre la base dada por la experiencia previa de 25 años de funcionamiento del Plan Nacional sobre Drogas (su documento fundacional data de 1985), el Ejecutivo nacional acometió en 2009 la tarea tanto de renovar como de remozar la política estatal sobre drogas. Ve la luz, de este modo, la pieza fundamental de los pasados ejercicios y que seguirá siéndolo hasta el próximo año, la Estrategia 2009–2016; a ella se añade su instrumento operativo fundamental, el Plan de Acción, que, tras una primera edición (2009–2012), también se remozó con el actualmente operativo (2013–2016).

La vigente Estrategia⁸¹, aun cuando contiene importantes alusiones, en su conjunto no pasan de ser complementarias de un objetivo más ambicioso, pudiendo considerar que toma a la población activa como “población diana” para iniciativas de carácter general que sólo merecen el calificativo de laboral en tanto toman como referencia el lugar de trabajo y parten de la cooperación de los agentes sociales, pudiendo constatar tal impresión en los términos en que figuran en sus elocuentes págs. 63 y 64.

Por su parte, las previsiones contenidas en el Plan de Acción sobre Drogas 2013–2016 presentan igual carácter de referencia indirecta al ámbito laboral, aun cuando sí procedería dejar constancia de las dos medidas con repercusión directa (pudiendo cotejarse al resto en el Informe que sirve de soporte a este resumen) que gráficamente figuran en el siguiente gráfico:

⁸¹ GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL: Estrategia Nacional sobre Drogas, Madrid (DGPND), 2009.

Plan de Acción sobre Drogas 2013-2016
Medidas con repercusión directa en el ámbito laboral

Relación	Eje	Objetivo General	Nº	Acción	Meta	Destinatarios
Directa	2 Reducción de la Demanda	Disminuir el consumo de drogas legales e ilegales	11	Plan de prevención en el ámbito laboral	Creación de plataformas de coordinación con sindicatos y asociaciones empresariales en las Comunidades Autónomas que no dispongan de ellas <ul style="list-style-type: none"> • Elaboración de un modelo marco de intervención integral en el lugar de trabajo para la prevención, asistencia e inserción laboral • Fomento de la implicación de grandes empresas en proyectos de reducción de la demanda de drogas a través de sus programas de Responsabilidad Social Corporativa (RSC) 	Agentes Sociales
Directa	4 Mejora del conocimiento básico y aplicado	Incrementar y mejorar la investigación	11	Fomento de la investigación y del análisis de datos sobre consumo de drogas	Fomento de la investigación y el análisis de datos sobre consumo de drogas en áreas como: ámbito laboral, género, etc, utilizando módulos específicos en las encuestas bienales de la DGPND	Profesionales, ONGs, Instituciones y Población en General
			26	Fomento de la investigación y del análisis de datos sobre consumo de drogas		

2. Leyes y planes autonómicos sobre drogas en su enfoque laboral

Al lado de las previsiones anteriores aplicables a toda España, y dado el proceso de transferencias, las Comunidades Autónomas están llamadas a desempeñar un papel crucial en la materia a través de sus normas y planes ejecutivos.

2.1. Breve sinopsis sobre el contenido laboral de las normas autonómicas

En un proceso que se extiende a lo largo de más de 30 años desde la aparición de la primera Ley hasta la más reciente (sin perjuicio de las distintas reformas a que ha lugar en las ya promulgadas), la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas –salvo Navarra y las Ciudades de Ceuta y Melilla– se han dotado de normas destinadas a regular la intervención territorial en este asunto social tan importante. De atender a su contenido laboral, éste podría quedar compendiado en los términos que figuran en la siguiente Tabla:

Tabla comparativa de las Leyes autonómicas sobre drogas respecto a la regulación de su consumo y repercusión laboral (artículos que aluden a cada tema).

	Andalucía Ley 4/1997	Aragón Ley 3/2001	Asturias Ley 4/2015	Baleares Ley 4/2005	Canarias Ley 9/1998	Cantabria Ley 5/1995	Castilla y León Ley 3/1994	Castilla la Mancha Ley 15/2002
Impulso de programas específicos sobre prevención, asistencia y/o reinserción del trabajador adicto al consumo de drogas	11 y 12	22 y 25	11, 18, 31 y 32	16 y 40	12	7 y 12	7 y 12	31
Fomento de programas de información sobre drogas en el ámbito laboral	7 y 12	5	18	10	6			31
Reserva de puestos de trabajo al drogodependiente en tratamiento en puestos de la Comunidad Autónoma	12	25				12	12	
Fomento de acuerdos para la reserva de puestos de trabajo en empresas y organizaciones al drogodependiente en tratamiento	12	25	18 y 32	16	17	12	12	31
Facilitar el acceso a servicios especializados a trabajadores drogodependientes		25	18, 27, 28 y 31			12	12	18 y 31
Evitar la discriminación/exclusión del trabajador drogodependiente		25	18	16				
Inserción laboral del drogodependiente	6, 15 y 19	10, 20 y 22	6 y 32	37		9 y 10	9 y 10	20, 24 y 26
Limitaciones en la venta/consumo alcohólico en el trabajo	26	12	18, 19 y 20	21	20	23	23	9

	Cataluña Ley 20/1985	Comunidad Valenciana Dec-Legs. 1/2003	Extremadura Ley 1/1999	Galicia Ley 2/1996	La Rioja Ley 5/2001	Madrid Ley 5/2002	Murcia Ley 6/1997	País Vasco Ley 18/1998
Impulso de programas específicos sobre prevención, asistencia y/o reinserción del trabajador adicto al consumo de drogas		13 y 37	6, 16 y 25	4 y 5	6,7 y 19	6, 7 y 16	23	4 y 9
Fomento de programas de información sobre drogas en el ámbito laboral		5	7 y 25	5	7 y 19	11	8 y 9	5 y disp. ad. 7
Reserva de puestos de trabajo al drogodependiente en tratamiento en puestos de la Comunidad Autónoma				5		16		
Fomento de acuerdos para la reserva de puestos de trabajo en empresas y organizaciones al drogodependiente en tratamiento		13	25	5	19	16		
Facilitar el acceso a servicios especializados a trabajadores drogodependientes			25		19	16	23	
Evitar la discriminación/exclusión del trabajador drogodependiente			16 y 25			16		
Inserción laboral del drogodependiente	23	14	17, 18, 22 y 31		15,17,19 y 21	14 y 23		9 y 33
Limitaciones en la venta/consumo alcohólico en el trabajo	18 y ss.	18	Disposiciones adicionales	13	36, 37 y 38	30	16	20 y 22

Un análisis sobre el contenido de tales referentes regionales de carácter fundamental en la materia analizada permite aludir a tres aspectos comunes a todos ellos: las limitaciones en la venta/consumo de alcohol en los centros de trabajo, el impulso de programas específicos sobre prevención, asistencia y/o reinserción laboral del drogodependiente (excepto Galicia y Murcia) y el fomento de programas de información y formación sobre drogas en el ámbito laboral (menos Cataluña, País Vasco y Cantabria).

A partir de esta coincidencia, bien cabría distinguir hasta tres generaciones—atendiendo a sus fechas y a pesar de las continuas modificaciones y actualizaciones—: las pioneras (Cataluña y País Vasco), de carácter más inespecífico desde el punto de vista laboral; la gran mayoría, promulgadas en la década de los 90, que incorporan el fomento de acuerdos para la reserva de puestos de trabajo en empresas a favor del drogodependiente y, en menor medida, la extensión de igual compromiso a los puestos que dependen de la Comunidad Autónoma, así como la preocupación por facilitar el acceso a los servicios especializados del empleado con problemas de adicción a sustancias psicoactivas; por último, las iniciativas de comienzo de siglo (con el ejemplo más claro y avanzado de la norma elaborada por la Comunidad de Madrid o la más reciente—de este propio año— del Principado de Asturias, partiendo de un concepto biopsicosocial de drogodependencias que se ha convertido en prácticamente generalizado), las cuales asumen con carácter general el anterior acervo y dan un paso importante más, al proclamar el rechazo a medidas sancionadoras y la petición a que las partes sindical y empresarial (sin mención alguna a la Administración) sigan la senda de considerar las adicciones como enfermedades comunes con repercusiones en los ámbitos biológico, psicológico, social y económico, con la consiguiente equiparación del empleado drogodependiente a cualquier otro enfermo, sin que pueda ser discriminado por tal causa.

2.2. Los planes autonómicos sobre drogas

La dimensión operativa de las normas autonómicas (incluso donde no existe una concreta, conforme ocurre con Navarra o las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla), en cuanto a este estudio interesa, viene dada por sus distintos Planes. Su elenco actual⁸² presenta un contenido en materia laboral es muy dispar, en atención no sólo a sus diversas fechas de elaboración, sino a las distintas sensibilidades en cada Región. Lejos de ofrecer una exposición detallada del contenido de cada uno, conforme figura en el Informe, sirva aquí un esquema de su modelo-tipo, que comprendería los siguientes aspectos fundamentales:

⁸² Decreto 208/2002, de 23 de julio, por el que se aprueba el II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones (consta una Orden de 18 de noviembre de 2009, de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social, por la cual se crea un Comité Director para el impulso y la elaboración del III Plan, pero no que se haya llegado a su elaboración). Plan sobre Drogodependencias y otras Conductas Adictivas [de Aragón] 2010–2106. Plan sobre Drogas del Principado de Asturias 2010–2016. Plan de Actuación en Drogodependencias y Adicciones de Islas Baleares 2007–2011. Estrategia sobre Drogas de Cantabria 2011–2018. Orden de 20 de mayo de 2011, por la que se aprueba el III Plan Canario sobre Drogodependencias 2010–2017. Decreto 50/2009, de 27 de agosto, por el que se aprueba el VI Plan Regional sobre Drogas de Castilla y León 2009–2013. Plan de Alcoholismo y Drogodependencias de Castilla-La Mancha 2006–2010 (se tiene noticia de una fase de consultas en orden a renovación del plan para el período 2013–2016, pero no de que haya producido resultado alguno). Plan de Actuación en Prevención sobre Drogas 2012–2016 (de Cataluña): Consumo de drogas y problemas asociados. Plan Integral de Drogodependencias y otras Conductas Adictivas de Extremadura 2008–2012. Plan de Trastornos Adictivos de Galicia 2011–2016. Acuerdo de la Junta de Gobernanza de la Ciudad de Madrid de 21 de marzo de 2011, por el que se aprueba el Plan de Adicciones de la Ciudad de Madrid 2011–2016. III Plan Regional sobre Drogas 2007–2010 de la Región de Murcia (aun cuando existe un Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia para la elaboración de un Plan Regional sobre Drogas y Adicciones 2012–2020 no desarrollado y en la web oficial se publicita un Plan Regional 2015–2020 del cual no se tiene noticia). II Plan Foral de Drogodependencia de Navarra 2012–2016. Plan Riojano de Drogodependencias y otras Adicciones. Plan Estratégico de Drogas y Trastornos Adictivos de la Comunidad de Valencia 2006–2010. Acuerdo del Pleno de la Asamblea de la Ciudad Autónoma de Ceuta de 21 de diciembre de 2011, por el que se aprueba el Plan sobre Drogas y Conductas Adictivas 2012–2016. II Plan sobre Drogas y Adicciones de la Ciudad Autónoma de Melilla 2014–2017.

1. Reconocimiento sincero del balance escasamente incisivo de los avances en el ámbito laboral (La Rioja, Baleares, Galicia, Castilla y León, Navarra o Euskadi). Examen de conciencia tras el cual todos añaden el pertinente propósito de enmienda y rectificación de futuro con acciones dirigidas a este ámbito (Asturias, Galicia, Comunidad Valenciana, Navarra, Castilla y León o Ciudad de Madrid), destacando la pertinencia de profundizar en el abordaje de las drogodependencias en el ámbito laboral por un cúmulo de razones diversas que magníficamente resume la Exposición de Motivos del Plan de Aragón.
2. Entre estas acciones, la información ha de buscar una “explosión de conectividad” (Andalucía) tanto desde el plano subjetivo como desde el objetivo. En el primer caso, distinguiendo en función del distinto espectro de destinatarios (Aragón, Baleares o Melilla) y siempre contado con el consenso de todos (Asturias, Comunidad Valenciana, Castilla y León o Murcia); en el segundo, poniendo los medios administrativos necesarios para una adecuada difusión de los riesgos sanitarios y jurídicos-laborales (Andalucía, Murcia o Castilla-La Mancha), promoción del bienestar general (Baleares) o específica atención a determinados colectivos o empresas (Ciudad de Madrid y Andalucía) a partir de vías muy distintas (Galicia, Ceuta, Murcia, Castilla-La Mancha o Comunidad Valenciana), entre las cuales procede destacar el extensísimo elenco contenido en el Plan de La Rioja.
3. Formación. Elemento de continuidad natural a la información y llamada a actuar de nuevo según el colectivo al que va dirigida (Aragón), se postula su imprescindible impartición previa a la incorporación al mundo laboral, como imprescindible calificación en las diversas etapas educativas, desde la infancia a la Universidad, pero también el “permanente reciclaje” en los centros de trabajo (Galicia, Melilla, Ceuta, Cantabria), incluyendo en casi todos la específica preocupación por los mediadores y el amparo a la investigación.
4. Inserción/reinserción profesional. Como un ámbito en el que queda mucho por trabajar y en el cual –se reconoce– la crisis está planteando muchos problemas (Melilla) que añadir a las barreas tradicionales (Comunidad Valenciana o Castilla y León), apostándose por la colaboración con los interlocutores sociales y las ONGs a través de las vías ofrecidas por la normativa sobre inserción laboral (con distinción de interesantes fases, Melilla, Ceuta o Extremadura): acciones genéricas de ocupabilidad; planes de formación ocupacional y formas de trabajo no convencionales de economía social o empleo protegido (destacando los concretos en este punto de Extremadura, o sobre todo, Castilla y León), tales como centros especiales de empleo, escuelas taller, talleres ocupacionales y casas de oficio, contando –cuando fuera factible– con las partidas al efecto destinadas por el Fondo Social Europeo (Castilla y León, Extremadura, Melilla y Murcia); en fin, sensibilización a las empresas para que contraten a los rehabilitados (Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura o País Vasco), ya sea a partir de programas de RSE (Murcia, Andalucía y Baleares), convenios de colaboración con las empresas (Baleares) o aplicación de cláusulas específicas en la contratación con las Administraciones Públicas (Asturias).

5. Por último, elaboración de programas de intervención con una activa participación de empresarios y sindicatos, dando pie a la formación de grupos de trabajo que lleven a acciones coordinadas y fructifiquen en un futuro en protocolos de actuación de contenido muy diverso según cada plan (llegando incluso a fijarse plazos y fases en la evolución desde proyectos pilotos hasta su proyección generalizada –Euskadi–), pero cuyo horizonte último queda situado en programas consensuados de alcohol y droga en el trabajo.

CAPITULO II. LA NORMATIVA SOBRE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN CLAVE DE CONSUMO DE ALCOHOL, DROGAS Y OTRAS SUSTANCIAS EN EL LUGAR DE TRABAJO

De efectuar una lectura comparativa que, amén de tener presente la Directiva Marco 89/391/CEE, de 12 de junio, como “pieza angular del edificio comunitario en materia”⁸³, lo haga de su trasposición a otros Estados a través de cuantas disposiciones aluden específicamente al alcohol, drogas y otras sustancias, parece claro que el ordenamiento español debe ser ubicado junto al de aquéllos en los cuales ninguna referencia explícita (salvo la relativa a la embriaguez y toxicomanía como causa de despido disciplinario y las genéricas recogidas en la normativa autonómica sobre drogas) contienen las leyes al respecto.

Silencio que, al margen de cuanto pueden disponer los convenios en torno a la prohibición o tolerancia limitada del consumo, articulación de medidas laborales concretas en caso de verificar una vulneración de aquella regulación (ya puntual, ya a resultas de una adicción, casi siempre orientadas a la perspectiva sancionadora, pero con las interesantes variantes a las cuales se hará mención) o política preventiva que incluya su abordaje⁸⁴, obligará también en esta ocasión a una lectura del ordenamiento preventivo en su conjunto bajo esta clave.

Tal referencia amplísima y multidisciplinar a cuanto bien cabría denominar Derecho de Prevención de Riesgos Laborales, al cual llama el art. 1 LPRL, encuentra en esta Ley ese patrón normativo fundamental capaz de proporcionar coherencia unitaria y homogeneidad a una normativa que, hasta su promulgación, se había caracterizado por la dispersión y fragmentación en una serie variadísima de disposiciones; y que, con todo, no logra ahormar, en un único texto, sino por referencia, cuanto está llamado a integrarlo⁸⁵.

En consecuencia, y dejando al margen por la materia estudiada la incidencia – aquí absolutamente tangencial–, de la Ley 21/1992, de 16 julio, de Industria, o de la intensa y extensa normativa jurídico-técnica–en tantos otros aspectos punto fundamental de referencia–, sirva la presente lectura adaptada al objeto aquí

⁸³ Calificativo justo y operación de contraste general efectuada, por ejemplo, en la obra de SEMPERE NAVARRO, A. V. y CARDENAL CARRO, M.: *Trasposición de la Directiva Marco de Seguridad Laboral en diferentes países de la Unión Europea*, Madrid (MAPFRE), 2000.

⁸⁴ Una visión de conjunto y actualizada de ensayos mantenidos en el tiempo por MENDOZA NAVAS, N.: *Prevención de riesgos laborales. La regulación convencional*, Albacete (Bomarzo), 2007; “La vigilancia de la salud en la negociación colectiva”, *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 52, 2008, págs. 12-19 o *El tratamiento convencional de la seguridad y salud en el trabajo*, Granada (Comares), 2014.

⁸⁵ TUDELA CAMBRONERO, G. y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo: comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*, Madrid (Cotex), 2002, págs. 16 y ss. Excelente el discurso al respecto contenido en STS 3 diciembre 1997 (RJ 8929).

analizado de cuanto disponen al respecto el Estatuto de los Trabajadores y, por supuesto, de la LPRL como clave de bóveda sobre la cual se sustenta todo el bloque normativo relativo a la prevención de riesgos laborales en España, de cuya observancia se ocupa, fundamentalmente, la Inspección de Trabajo [Ley 23/2015, de 21 de julio, sobre Inspección de Trabajo, arts. 1.2. 2º y 12.1 b)], disponiendo, en su caso, de la posibilidad de aplicar el bagaje coactivo contemplado en los arts. 11 a 13 RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

I. PREVISIONES CONTENIDAS EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES CON REPERCUSIÓN EN LA MATERIA

En un repaso sumario de cuanto contempla el Estatuto de los Trabajadores y pudiera ser de interés respecto al problema del alcohol, drogas y otras sustancias en el trabajo, cabría agrupar sus previsiones en cuatro bloques temáticos fundamentales.

1. Reconocimiento de derechos y obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo

El primero, y más saliente sin duda, viene dado por el haz de derechos y deberes que se entrecruzan entre las partes y, que, como gráficamente se ha ponderado –en afirmación luego tantas veces reproducida–, “forman parte de las medidas previstas por nuestro legislador para dar cumplimiento al deber que nuestra Constitución le impone en orden a velar por la seguridad e higiene en el trabajo”⁸⁶.

La alusión, obviamente, lo es a los arts. 4.2 d) [“en la relación de trabajo, los trabajadores tiene derecho: (...) a su integridad física ya una adecuada política de seguridad e higiene”] y 5 b) [“los trabajadores tienen como deberes básicos: (...) observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten”], que más tarde une y reitera el art. 19 [“1. El trabajador, en la prestación de servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene. 2. El trabajador estará obligado a observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias en materia de seguridad e higiene”], para así dejar clara la deuda de seguridad –garante y responsable– que pesa sobre el empresario, en este caso reconducible a que el consumo de alcohol, drogas y otras sustancias no suponga introducir en el ámbito laboral un factor de riesgo ni para quien pueda acceder o desarrollar su prestación bajo los efectos de aquéllos, ni para sus compañeros o terceros relacionados con la empresa. Al tiempo, el deber que surge para el trabajador de cumplir las instrucciones dadas por el empresario en orden a hacer efectiva aquella obligación de su empleador, siempre que no afecten a su integridad o intimidad y sin perjuicio de reclamar ante los órganos competentes si estima que fueron conculcados sus derechos. Unidos ambos aspectos del derecho–deber en el art. 19 (dos situaciones que se “complementan y contradicen”⁸⁷), suponen la positivación del principio *alterum non laedere*⁸⁸, con el sentido finalista de

⁸⁶ Entre muchas, SSTSJ Madrid 14 septiembre 1993 (AS 4179) y 29 marzo 1994 (AS 1187).

⁸⁷ STSJ País Vasco 7 enero 1997 (AS 98).

⁸⁸ Brillante la construcción que recogen y desarrollan en el tiempo las SSTSJ Castilla y León/Valladolid 15 julio 1992 (AS 1994), 8 marzo, 27 abril y 26 noviembre 1994 (AS 1246, 1488 y 4406) y 11 julio 1996 (AS 4105).

obtener la prevención eficaz requerida, para o cual deviene fundamental –en cuanto ahora importa– la formación que con igual sentido de obligación recíproca contempla el apartado 3 del precepto.

Habiendo desempeñado un papel hermenéutico fundamental hasta la promulgación de la LPRL, y conforme ha señalado unánimemente la doctrina, la entrada en vigor de ésta, en particular de sus arts. 14 y ss. ha provocado una mutación sustancial de su misión, en tanto, de un lado, supone el mero enunciado de un derecho que otra norma desarrolla con mayor detalle; de otro –y sobre todo–, porque el contexto protector que la norma de 1995 define entronca directamente con la Directiva Marco y engarza con los arts. 15 y 40 CE para dotar de plenitud normativa a la obligación general de seguridad⁸⁹.

Huelga, pues, mayor comentario y sirva la remisión a cuanto alcanzará apropiado matiz en aquella sede; sin embargo, el discurso no puede acabar –como muchas veces sucede– con este pasaje conocido, pues otros varios derechos y obligaciones de los enunciados en ese elenco de los arts. 4 y 5 están llamados a desempeñar una labor fundamental por cuanto ahora importa y se verá con mayor detalle a lo largo del discurso que sigue; así:⁹⁰

- El derecho a no ser discriminado directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleado, en este caso por razón de salud si hubiera desarrollado una patología adictiva; incluso si pudiera ser calificado como discapacitado siempre que se hallare en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo en cuestión [arts. 4.2. c) y 17].
- El derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, como reproducción o positivación del derecho constitucional consagrado en el art. 18.1 CE, y que cobrará sentido específico en el ámbito de los test de despistaje sobre consumo [art. 4.2 e)].
- El deber de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia que, en el caso, pasa por estar en debidas condiciones físicas y mentales durante el desarrollo de la prestación; no afectadas, en consecuencia, por el uso y/o abuso de sustancias capaces de alterarla sustancialmente [art. 5 a)].
- El deber de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus funciones, entre otras las que hubieran podido dictarse –con o sin amparo en convenio colectivo, pues es patente la proyección del art. 20 ET para que el empresario pueda cumplir la obligación que le atribuye la norma– en torno al consumo (también a su introducción en el centro de trabajo) de alcohol o drogas, pero también de atender al programa de salud y seguridad que hubiera podido introducir el empleador, incluida la de participación activa en actividades de sensibilización (información y formación) sobre el problema o, en su caso, la atención a cuantos requerimientos le sean formulados de someterse a pruebas de control sobre tal consumo [art. 5 c)].

⁸⁹ Así lo destaca, en términos concluyentes, la STCo 62/2007, de 27 de marzo.

⁹⁰ Con mayor detalle, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: Alcohol y drogas en el trabajo, cit., págs. 192 y concordantes.

- En fin, la obligación de contribuir a la mejora de la productividad, perturbada cuando alguien, por la ingesta de estas sustancias, no puede acceder a la normal realización de sus funciones o ha de abandonarlas por propia iniciativa o a instancias de su superior; también cuando tal estado es causa de accidentes o incidentes que impiden la normalidad en el curso de las tareas; por último, si lleva al absentismo o a un presentismo improductivo [art. 5 e)].

2. Las vías para articular una respuesta jurídico-laboral distinta al despido disciplinario en los supuestos de trabajadores con problemas de adicción

El segundo bloque cobra un sentido específico en el contexto dado por la presencia de un trabajador en quien se han descubierto problemas de abuso en el consumo, consumos de riesgo o verdadera patología adictiva, lo cual podría llevar a varias decisiones en función de la situación:

- No contratación en la fase de selección o no materialización en contrato definitivo del precontrato (u otras figuras afines).
- Resolución sin necesidad de causa cuando, dentro de las experiencias que constituyen su objeto, se descubra tal circunstancia en el período de prueba. Pero, también, comprobación de la aptitud de aquél de quien se conozcan sus problemas pasados de adicción y se estableciera tal plazo con el fin de verificar su plena capacidad para desempeñar satisfactoriamente una ocupación dada (art.14).
- Adaptación de la prestación en función de su condición de trabajador especialmente sensible, incluidos los supuestos en los cuales precise tratamiento compatible con la continuidad de una prestación amoldada a la nueva situación. Se abre, por tanto, la vía a distintas vicisitudes del contrato, al amparo del poder de dirección (art. 20) o conforme se hubiere pactado en convenio, cobrando así importancia las medidas de movilidad funcional (art. 39), geográfica (art. 40) o modificación sustancial de condiciones de trabajo temporales o definitivas en función de las circunstancias (art. 41, con posibles variaciones en jornada –art. 34–, cambios de trabajo nocturno, a turnos y de ritmos –art. 36– o concesión de permisos con o sin retribución –art. 37–).
- En los supuestos en los cuales no fuere posible compatibilizar el tratamiento con la continuidad en la prestación, y no resultara factible acceder a la prestación de incapacidad temporal [art. 45 a)], siempre cabrá la suspensión del contrato de mutuo acuerdo en las condiciones retributivas –o sin retribución–, pactadas [art. 45 a)] o acogerse a una excedencia voluntaria [art. 46] o especial que se hubiera prevista en convenio [art. 46. 6].
- En fin, y sin acudir a la vía disciplinaria, las resultas de una conducta de riesgo como la reseñada bien pudiera activar una causa extintiva por mutuo acuerdo [art. 49 a)], a partir de cuanto se hubiera consignado en el contrato como condición resolutoria (art. 49 b)], o incluso por causas objetivas invocando ineptitud sobrevinida derivada de la inhabilitación profesional que provenga, bien de pérdida del carnet de conducir, permiso de armas, etc., bien de un certificado de falta de capacidad definitiva emitido por el servicio médico

encargado de la vigilancia de la salud [art. 52 a)]. Todo ello por no mentar que el conocimiento del estado de salud del trabajador por medios que supongan vulneración de los derechos fundamentales permitiría plantear la hipótesis de extinción a iniciativa del trabajador por incumplimientos graves y culpables del empresario [art. 50].

3. El despido disciplinario por embriaguez habitual o toxicomanía que repercuten negativamente en el trabajo

Pero, sin duda, la referencia más explícita al alcohol y drogas en el Estatuto de los Trabajadores –y hasta en el ordenamiento laboral general– viene recogida en su art. 54.2 f) como causa de despido disciplinario.

Sin perjuicio de remitir para un análisis más detallado al Informe sobre el que se construye este resumen ejecutivo, cabe compendiar aquel extenso y detallado discurso en dos ideas fundamentales sobre este precepto que ha sido objeto de centenares de comentarios: de un lado, los problemas a superar en la práctica para aplicar el art. 54.2 f) ET; de otro, las alternativas abiertas para proceder a aplicar la sanción disciplinaria máxima cuando medie un consumo abusivo de alcohol, drogas y otras sustancias.

3.1. Obstáculos a superar en la práctica para la aplicación del art. 54.2 f) ET

Bajo un tenor en apariencia concluyente, la aplicación de este precepto se está mostrando en la práctica como una verdadera carrera de obstáculos a superar por el empresario para que su decisión disciplinaria pueda prosperar; de entre todos, procederá destacar los cinco siguientes.

3.1.1. El papel del convenio (y del contrato) en la delimitación de esta causa de despido

Partiendo de los datos convencionales contrastados por el autor en 2013⁹¹, es relativamente frecuente que los convenios entren a modificar la redacción del tipo legal. Esta decisión no suscita ninguna duda cuando su función se limita a concretarlo o especificarlo, determinando, por ejemplo, el número de conductas que han de producirse (incluso el período dentro del cual habrán de tener lugar para poder ser computadas) en orden a apreciar la habitualidad requerida o en qué ha de consistir la repercusión negativa demandada⁹²; tampoco si, en beneficio del trabajador, quienes lo negociaron deciden que dichas conductas no merecen la reacción disciplinaria máxima, sino otras varias menos radicales o medidas de distinto tipo⁹³, como suspensivas de empleo o sueldo o –con vinculación al seguimiento de programas o terapias de tratamiento o rehabilitación–, la

⁹¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: Alcohol y drogas en el trabajo, cit., págs. 44 y ss.

⁹² Por todos, en este concreto aspecto, SALA FRANCO, T. et alii: Los límites legales al contenido de la negociación colectiva, Madrid (MTAS), 2001, págs. 185 y 186; en los Tribunales, por su claridad, SSTJ Madrid 12 junio 2001 (AS 2952) y Canarias/Sta Cruz de Tenerife 25 junio 2012 (JUR 368422).

⁹³ De igual opinión, NORES TORRES, L. E.: “Doctrina. La embriaguez y la toxicomanía como causas de despido disciplinario”, Revista Española de Drogodependencias, Vol. 29, núms. 3 y 4, 2004, pág. 288 o GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: La causalidad del despido disciplinario, Madrid (Civitas/Thonson), pág. 65; en los Tribunales, SSTJ Madrid 27 diciembre 2002 (AS 1756/2003), Cataluña 15 septiembre 2005 (JUR 20955/2006), Castilla y León/Valladolid 14 julio 2006 (AS 2326), Canarias/Las Palmas 27 diciembre 2007 (Rec. 946/06 o Madrid 27 febrero 2015 (JUR 88884); tácitamente, STS 22 noviembre 2002 (RJ 1643/2003). Imprescindible en este punto la lectura de los argumentos que recoge la STSJ País Vasco 2 diciembre 2008 (JUR 324350).

valoración de concesión de permisos, excedencias, suspensiones y reducciones de jornada o amnistías de las faltas en caso de curación acreditada.

No ocurre lo mismo cuando los convenios modifican la conducta típica para ampliar la posibilidad de despido, al extender el concepto de embriaguez habitual o toxicomanía (para penalizar por ejemplo, el solo hecho de su consumo en el lugar y tiempo de trabajo); prescindir de los requisitos exigidos por la norma (la habitualidad –en un porcentaje menor–, o la repercusión negativa –sobre todo–, quizá presuponiéndolo, o los dos); añadir factores a sopesar que, en principio quedan extramuros del tipo, como la realización de tales conductas fuera de la jornada laboral y del centro de trabajo (en particular de hacerlo vistiendo el uniforme de la empresa); o, en fin, destacan entre las consecuencias desfavorables aspectos a priori discutibles, según ocurre –fundamentalmente– con la pérdida de imagen del empleador.

Mientras para un primera corriente judicial esta alternativa convencional no es de recibo, al considerar el precepto como un mínimo de derecho necesario⁹⁴, para otro numeroso grupo de pronunciamientos cabe convalidar esta práctica negocial por dos razones fundamentales: de un lado, “ha sido aprobado por los representantes de los trabajadores”⁹⁵ y, “si los firmantes así lo consideraron, está convencionalmente justificado”⁹⁶ y al “órgano judicial no le queda más solución que confirmar la decisión empresarial”⁹⁷; de otro, la naturaleza peculiar de la actividad a la cual se dedica la empresa o las características singulares de la profesión del empleado la avalan suficientemente⁹⁸.

Puestos a sopesar ambos pareceres, convence más este último, para así considerar de recibo la modificación del tipo, eliminando alguno de sus requisitos, siempre y cuando ello no suponga una ruptura con la necesidad de que la conducta sancionada constituya (y así se pueda justificar), en todo caso, un incumplimiento contractual, grave y culpable; en definitiva, sería menester ponderar que lo único imperativo es lo previsto en el párrafo 1º del art. 54 ET, mientras lo contemplado en el párrafo 2º es abierto y dispositivo. Otra cosa será, procede anticipar, que la conexión convenio–ley tenga lugar con el supuesto contemplando en la letra f) o sea más adecuado hacerlo con otros, casi siempre con el recogido en la letra d) del precepto⁹⁹.

⁹⁴ Entre otras muchas, SSTSJ Madrid 27 enero 1998 (AS 259) o 12 abril y 5 y 17 mayo 2005 (AS 799, JUR 111081 y AS 1391); Comunidad Valenciana 10 mayo 2000 (JUR 292646) o Cantabria 17 junio 2004 (AS 1903).

⁹⁵ SSTSJ País Vasco 26 mayo 1998 (AS 2304) o Andalucía/Granada 25 marzo 2003 (JUR 137372).

⁹⁶ STSJ País Vasco 15 marzo 2005 (AS 2194).

⁹⁷ STSJ Castilla y León/Valladolid 9 diciembre 2003 (AS 269/2004).

⁹⁸ Además de la STSJ Cataluña 21 marzo 2000 (AS 5537), cabría mentar la STS 6 octubre 1989 (RJ 7443) y las SSTSJ Galicia 30 noviembre 2002 (JUR 732842/2003), Castilla–La Mancha 20 enero 2004 (AS 63), Murcia 9 febrero 2004 (JUR 92206) o– citando la STS de 27 noviembre 2002– Canarias/Las Palmas 30 septiembre 2013 (AS 30/2014).

⁹⁹ En tal línea, NORES TORRES, L. E.: “Doctrina. La embriaguez y la toxicomanía como causas de despido disciplinario”, cit., pág. 288. Con carácter más general, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “Las causas de extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva”, en AA.VV.: La aplicación de la reforma del Estatuto de los Trabajadores en la negociación colectiva, Madrid (MTSS), 1996, pág. 82; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: “Aproximación al convenio como fuente de regulación de la extinción del contrato de trabajo”, Relaciones Laborales, núm. 21, 1997, págs. 17–33; GIL Y GIL, J. L.: Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa, Madrid (Ministerio de Justicia), 1994, págs. 38 y ss. o GARCÍA–PERROTE ESCARTÍN, I.: Ley y autonomía colectiva, Madrid (MTSS), 1987, págs. 273–280; en los pronunciamientos judiciales, a partir de una múltiple conexión causal, STSJ Madrid 8 febrero 2013 (JUR 103464).

Solventada esta cuestión capital, más sencilla resulta la relativa a la posibilidad de pactar en contrato, al amparo del art. 49.2 ET, una condición resolutoria vinculada a la prohibición al operario de consumir alcohol o drogas en el trabajo o comparecer al mismo en estado de embriaguez o bajo los efectos de determinadas sustancias. En tanto dicha cláusula obedezca a la voluntad de ambas partes, no conlleve abuso de derecho, no quede al solo criterio de uno de ellos y no contraríe disposición legal o convenio alguno, su validez está fuera de toda duda, y operará sin necesidad de acudir a la causa consignada en el art. 54.2 f) (aun cuando alguna vez se haya utilizado esta vía para unas incomprensibles “mayores garantías”¹⁰⁰), bastando con actuar la preceptiva denuncia.

3.1.2. La aplicación de los requisitos generales exigibles a cualquier despido disciplinario a esta causa

Bajo la exigencia común a todas las causas de despido de que la conducta del trabajador suponga un incumplimiento contractual suficientemente grave y culpable, surge la “teoría gradualista”, de aplicación a todas y cada una, exigiendo la ponderación de los distintos aspectos, objetivos y subjetivos, concurrentes en aquel comportamiento para sopesar si la reacción empresarial de poner fin a la relación es o no proporcional¹⁰¹.

Precisamente en su aplicación (y descartando, en todo caso, cualquier operatividad del principio de presunción de inocencia, inaplicable en el ámbito laboral¹⁰²), algunos autores¹⁰³ y distintos pronunciamientos judiciales estiman que quien se embriaga habitualmente o depende de las drogas es un enfermo y, por tal motivo, no debería ser sancionado al no concurrir la necesaria culpabilidad (entendida como libertad de saber y querer)¹⁰⁴; o, de serlo, procedería sopesar la presencia de una atenuante¹⁰⁵, en tanto “consecuencia de la alteración de los elementos intelectual y volitivo, que impide pueda hablarse de la existencia de una abierta y palmaria voluntad de incumplimiento”¹⁰⁶, a

¹⁰⁰ Así, el ejemplo proporcionado por la STSJ Cataluña 24 octubre 2000 (JUR 11401/2001). Conviene no olvidar, a este respecto, el tenor de la STS 7 diciembre 1990 (RJ 9760): “la resolución unilateral del contrato, en virtud del despido acordado por el empresario, se diferencia en nuestro Derecho de la condición de resolución implícita en las obligaciones recíprocas, regulada en el art. 1124 CC, en que la resolución sólo se produce cuando las partes explícitamente hayan convenido que el incumplimiento tenga la virtualidad de una condición resolutoria”. Con carácter general, y no referido directamente a este supuesto concreto, pero sí extrapolable al mismo, muy interesantes las reflexiones de BURRIEL RODRÍGUEZ, P.: “La teoría de la gravedad y culpabilidad en el despido disciplinario. Las cláusulas de blindaje en la relación laboral común”, Aranzadi Social, núm. 18, 2000, págs. 54-61.

¹⁰¹ Un magnífico resumen de esta teoría con todos sus matices en STSJ La Rioja 18 marzo 2003 (AS 2348).

¹⁰² Baste la remisión a los contundentes argumentos contenidos en las SSTSJ Andalucía/Málaga 5 julio 1999 (AS 3033), Castilla-La Mancha 7 junio 2001 (AS 2638), País Vasco 28 marzo 2999 (AS 590) y 15 marzo 2005 (AS 2194) o Asturias 25 octubre 2013 (AS 3202).

¹⁰³ Entre otros, por su contundencia, PÉREZ AMORÓS, F.: La guía del trabajador, Barcelona (Primera Plana), 1993, pág. 115; con mayores argumentos y una ilustrativa muestra bibliográfica en tal sentido, CISCART BEÀ, N.: El despido por embriaguez o toxicomanía, Barcelona (Bosch), 1998, págs. 33 y ss. y FITA ORTEGA, F.: “La relación laboral y el consumo de alcohol o sustancias tóxicas: en torno a la conveniencia de suprimir la embriaguez habitual o toxicomanía como causa autónoma de despido disciplinario”, en AA.VV. (PÉREZ AMORÓS, F., Dir.): La extinción del contrato de trabajo, Albacete (Bomarzo), 2001, págs. 171 y ss., en especial, págs. 173 y 180.

¹⁰⁴ Entre más, SSTSJ Madrid 10 abril y 11 noviembre 2003 (AS 3086 y JUR 94106/2004) y 5 abril y 17 mayo 2005 (JUR 111081 y AS 1391); Andalucía/Sevilla 22 abril 2008 (JUR 149455/2009) o País Vasco 23 diciembre 2010 (JUR 120619/2011).

¹⁰⁵ STS 20 febrero 1991 (RJ 855) o STSJ Madrid 11 noviembre 2004 (JUR 94106).

¹⁰⁶ STSJ Castilla y León/Valladolid 28 marzo 2000 (AS 1447).

resultas “de la anormal euforia o agresividad, aun cuando no prorrogue una exclusión de responsabilidad”¹⁰⁷.

En verdad esta no es la tesis dominante en el foro, pues la mayor parte de las sentencias siguen negando que pueda constituir una atenuante¹⁰⁸, y menos aún una eximente¹⁰⁹, tomando en consideración su “evidente gravedad intrínseca”¹¹⁰, donde cabe detectar una voluntad inicial libremente conformada¹¹¹ y mantenida en el tiempo al no poner quien sufre la adicción los medios necesarios para controlar tal hábito nocivo¹¹². Con todo, apunta (al menos en algunos Tribunales) a elementos de incertidumbre sobre el resultado final.

3.1.3. Los problemas derivados de las propias nociones de embriaguez habitual y toxicomanía

Un nuevo factor de inseguridad deriva de los propios conceptos legales de embriaguez habitual y toxicomanía a los que acude el legislador.

Resulta preciso aquilatar su relación con el alcoholismo como enfermedad, lo cual, si bien en algún momento dio lugar a dudas en el propio Tribunal Supremo, pronto estas fueron solventadas entendiendo que, en todo caso –y de haber llegado a tal extremo–, se trataría de una enfermedad “voluntaria” (en el sentido antes apuntado) y, por consiguiente, considerando plenamente imputable a quien la padece por la consciencia presente en su inicio¹¹³, incluso si se hubiera cronificado¹¹⁴, en tanto de su buena fe cabría esperar que adoptara las medidas necesarias para hacerle frente, como pudiera ser “ponerlo en conocimiento de la empresa, solicitar la baja médica si fuera indispensable (...)”¹¹⁵ e iniciar la recuperación, pues es susceptible de curación o, por lo menos, de freno a su evolución que permita la actividad productiva salvo en supuestos extremos¹¹⁶. Igualmente exige tener presente cómo constituye “una equivalencia errónea la identificación entre embriaguez habitual y bebedor habitual”¹¹⁷, pues “no se castiga [en la Ley] el consumir alcohol, sino un eventual efecto derivado de dicho consumo, uno de los estados a los que puede conducir la ingestión de bebidas alcohólicas: la embriaguez”¹¹⁸, motivo por el cual deviene imprescindible fijar el

¹⁰⁷ SSTSJ Cataluña 5 marzo 1992 (AS 1680) y Baleares 7 mayo 1996 (AS 1587). Exigiendo que se pondere, no ya la existencia de enfermedad, sino la repercusión de la misma en el momento de cometerse los hechos, para ver si el sujeto es o no imputable, SSTSJ Murcia 17 junio 1993 (AS 3045), Castilla-La Mancha 24 noviembre 1999 (AS 7260) o Canarias/Las Palmas 24 agosto 2011 (JUR 138922).

¹⁰⁸ STS 11 junio 1984 (RJ 3311) y SSTSJ País Vasco 26 junio 2007 (AS 3245) o Asturias 31 octubre 2014 (JUR 21495).

¹⁰⁹ SSTSJ Madrid 27 febrero 1990 (AS 941), Cantabria 17 junio 2004 (AS 1903) o Andalucía/Sevilla 27 enero 2009 (AS 773).

¹¹⁰ STSJ Galicia 24 mayo 2005 (JUR 169147).

¹¹¹ SSTSJ Cataluña 5 marzo 1992 (AS 1680) o Castilla y León/Valladolid 8 octubre 2008 (JUR 267134).

¹¹² SSTSJ Madrid 10 enero 2003 (AS 1464) y 17 marzo 2015 (JUR 153629), Comunidad Valenciana 11 septiembre 2012 (JUR 359954) o Castilla-La Mancha 27 noviembre 2014 (JUR 23493/2015).

¹¹³ Los argumentos, a los cuales se acude en centenares de pronunciamientos, ya aparecían condensados en la STS 3 junio 1963 (RJ2655); su línea de continuidad, con mayores matices, en SSTSJ Extremadura 2 julio 1996 (AS 2732), Comunidad Valenciana 17 noviembre 1999 (AS 7486) o Aragón 12 marzo 2001 (JUR 151966).

¹¹⁴ STSJ Asturias 14 junio 2002 (AS 2283).

¹¹⁵ STSJ Cataluña 5 julio 2006 (AS 643/2007).

¹¹⁶ Por extenso, ROMERO RÓDENAS, M. J.: Sida y toxicomanías (Un análisis jurídico laboral y de Seguridad Social), cit., pág. 305.

¹¹⁷ STST Navarra 30 abril 1993 (AS 1278).

¹¹⁸ SSTSJ Canarias/Las Palmas 13 junio 1996 (AS 2445) o Extremadura 19 febrero 2003 (JUR 15783).

quantum necesario, el grado preciso en orden a poder considerar al trabajador realmente ebrio¹¹⁹.

Este último hecho hace que la prueba empresarial sobre la embriaguez del trabajador se convierta en un dato incierto, habida cuenta que en la mayor parte de las ocasiones se asentará únicamente en cuanto vienen a ser considerados hechos concluyentes, dentro de los cuales cobra especial significado haber precisado atención médica¹²⁰ o ayuda de otros compañeros para mantener el equilibrio¹²¹; encontrarlo en tal situación que se le indica u ordena la necesidad de abandonar el trabajo, aceptándolo el empleado o tomando él mismo la iniciativa¹²² (por el contrario, permitirle continuar desarrollando sus funciones habituales significa entender que la ebriedad no ha alcanzado los límites necesarios para afectar a la prestación¹²³); o, sobre todo, superar la tasa máxima permitida para conducir en la prueba o test de alcoholemia cuando su profesión consista o requiera precisamente guiar un vehículo.

En referencia a este último dato, se ha sostenido cómo “la relatividad del concepto ‘embriaguez’ no oculta la realidad de que la fijación de márgenes como el citado responde al evidente riesgo que comporta la conducción en condiciones que los rebasan, por disminución de las facultades psicofísicas precisas”¹²⁴. En virtud del motivo enunciado, no puede extrañar que la facilidad para obtener su constancia, la fiabilidad de sus resultados (con la subsiguiente de su repercusión negativa por vía de la sanción administrativa –“gravedad intrínseca”¹²⁵–), su tipificación expresa en numerosos convenios como falta muy grave (amén de otras repercusiones negativas, consistentes fundamentalmente en excluir a los afectados del compromiso de recolocación en caso de pérdida del carné cuando su retirada obedezca a embriaguez) y el hecho de resultar indiferente que merezca o no la calificación de delito¹²⁶ (aun cuando muchos convenios del sector tipifican como falta muy grave el que sea considerado el acto como delito, y los órganos judiciales suelen avalar una automática subsunción en la causa de despido¹²⁷, incluso cuando se trate de la negativa a pasar el control¹²⁸) hayan impulsado

¹¹⁹ STS 29 mayo 1986 (RJ 2748); contra, considerando que el grado de embriaguez es “indiferente”, STS Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 4 octubre 2001 (AS 4644).

¹²⁰ STSJ Murcia 9 febrero 2004 (JUR 92206).

¹²¹ SSTSJ Galicia 15 octubre 2003 (JUR 178118/2004) o Comunidad Valenciana 21 marzo 2006 (JUR 255141) y 5 julio 2011 (JUR 338906).

¹²² SSTSJ Extremadura 27 marzo 1998 (AS 939), Galicia 15 octubre 2003 (JUR 178118/2004) y 7 julio 2004 (JUR 271896), Madrid 11 noviembre 2003 (JUR 94106/2004), Castilla y León/Burgos 25 noviembre 2003 (JUR 94106/2004), Cantabria 21 enero 2004 (JUR 80446), Asturias 9 julio 2004 (AS 2539), Comunidad Valenciana 14 septiembre 2004 (JUR 9307/2005), País Vasco 18 julio 2006 (JUR 100636/2007) o Cataluña 17 enero 2013 (JUR 93760).

¹²³ Entendiéndolo así, STSJ Castilla y León/Valladolid 28 marzo 2000 (AS 1447); por el contrario, admitiendo la prestración, pero en otros menesteres en que no había peligro, aun cuando “fue necesario repetirlo, en varias ocasiones, las instrucciones precisas para el desempeño en su trabajo a la vista de su desidia y falta de atención provocadas por su estado”, para luego admitir la procedencia del despido “a resultas de los desperfectos que ocasiono”, STSJ Andalucía/Sevilla 31 octubre 2012 (JUR 4484/2013).

¹²⁴ STSJ Aragón 17 junio 1998 (AS 2622).

¹²⁵ STSJ Galicia 24 mayo 2005 (JUR 169147).

¹²⁶ “La embriaguez, que repercute negativamente en el trabajo, sólo justifica el despido si es habitual, pero relacionada con la conducción de vehículos de motor constituye una falta gravísima, que excede incluso de la mera sancionabilidad laboral, suponiendo la trasgresión del mínimo ético social y por ello justifica el despido”, STSJ Madrid 30 septiembre 2014 (JUR 294864).

¹²⁷ Entre muchas, las relativamente recientes SSTSJ Comunidad Valenciana 17 julio y 11 septiembre 2012 (JUR 361004 y 359954) o Madrid 30 noviembre 2012 (JUR 15243/2013).

¹²⁸ STSJ Murcia 3 marzo 2014 (JUR 95230).

abiertamente la invocación de la causa prevista en el art. 54.2 f) en dichos casos y para estos trabajadores¹²⁹, frente a cuanto ocurre con el resto, donde se mira con una cierta precaución y casi siempre se busca la conexión con cualesquiera otra¹³⁰; sin embargo, procede advertir sobre cómo ni siquiera tal dato constituye en todos los supuestos un factor capaz de garantizar el éxito final en el propósito empresarial de extinguir el contrato de manera procedente¹³¹.

En el resto de las ocasiones (literalmente cientos de sentencias) se comprueba que el único elemento probatorio viene dado por los testimonios de terceros relacionados con indicios o intentos de acreditación indirectos (olor, forma de andar, falta de conciencia, pérdida de control, habla, ojos vidriosos, agresividad, etc.), con todos los problemas inherentes a medios de tan incierto resultado por el conjunto subjetivo que incorporan, lo cual convierte en lógica –ya se verá cómo sólo excepcionalmente viable– la pretensión empresarial de poder acceder a vías más objetivas, como los test de despistaje o “controles en el trabajo” (conocidos a nivel internacional o por las siglas WTO) a través de los cuales obtener un elemento de convicción difícil de contestar.

Por su parte, el concepto de toxicomanía plantea similares problemas de acreditación; no obstante, cabría añadir otro elemento perturbador adicional, por cuanto se ha sentado que “no puede prosperar, a efectos disciplinarios, la distinción propuesta por algunos autores entre drogas ‘blandas’ y ‘duras’, con el fin de establecer un tratamiento jurídico diferente, porque la norma, y también la

¹²⁹ SSTSJ Comunidad Valenciana 23 enero 2007 (AS 1197), Baleares 19 julio 2007 (JUR 356352), Castilla y León/Valladolid 13 abril 2011 (JUR 176322) o Murcia 24 febrero 2014 (JUR 109797).

¹³⁰ Considerando decisivo tal dato, SSTSJ Aragón 17 junio 1998 (AS 2622), Canarias/Las Palmas 18 junio 1999 (AS 4009), País Vasco 23 marzo 2000 (AS 590), Galicia 30 noviembre 2002 (JUR 73284/2003) y 24 mayo 2005 (JUR 169147), Castilla-La Mancha 20 enero 2004 (AS 67), Cantabria 17 junio y 16 noviembre 2004 (AS 1903 y JUR 312299), Castilla y León/Burgos 21 julio 2005 (JUR 209386), Castilla y León/Valladolid 19 diciembre 2005 (JUR 24500/2006), Madrid 7 marzo 2006 (JUR 151456) o Comunidad Valenciana 23 enero 2007 (AS 1197).

¹³¹ Así cabe apreciarlo en las SSTSJ Andalucía/Sevilla 26 mayo 2000 (AS 4657), Asturias 8 junio 2001 (JUR 230579), Galicia 23 enero 2002 (JUR 111271), Cataluña 16 abril 2002 (AS 1988), Cantabria 24 diciembre 2002 (JUR 127267/2003), Canarias/Las Palmas 27 diciembre 2007 (JUR 100593/2008) País Vasco 15 octubre 2013 (JUR 139563/2014) o Baleares 18 marzo 2015 (JUR117921). El penúltimo pronunciamiento resulta ejemplar a la hora de mostrar que la causa no opera de manera automática, ni siquiera en un supuesto paradigmático donde el conductor ebrio destroza el vehículo, uniendo al peligro para la integridad física propia y de terceros el perjuicio económico para la empresa y para los compañeros, quienes, con su recolocación, pierden incentivos. El Tribunal, descendiendo al supuesto concreto, considera improcedente el despido, pues, de un lado, “el accidente se produjo una vez cumplimentados los servicios asignados y cuando se disponía a dejar el vehículo de la empresa en sus dependencias”; de otro– y sobre todo–, que el convenio de aplicación únicamente reputa como falta grave la embriaguez o consumo de drogas no habituales de incidir negativamente en el trabajo. Otro ejemplo muy similar, estableciendo que la sanción laboral “debe desvincularse de la mera infracción administrativa”, autorizando otra inferior, en STSJ Cataluña 11 diciembre 2009 (AS 829/2010). Particular es el supuesto en el cual existen dos controles en los cuales el trabajador ha dado positivo en el análisis de orina sobre consumo de drogas que estuvieron espaciados en un mes uno de otro, recomendando el laboratorio que se realice la confirmación mediante cromatografía de gases/espectrofotometría de masas, lo cual no se realizó en el primero de los análisis. Para el empresario, tal conducta es consumo habitual; sin embargo, no para el Tribunal, pues tales los datos “sólo serían reveladores de una conducta puntual, a lo más esporádica”. Además, acogiendo el criterio sentado en instancia, la Sala considera que “los efectos propiamente dichos de ambas drogas sólo duran unas horas y, sin embargo, los resultados de la detección de marihuana y cocaína en la orina permanecen varios días, lo que evidencia que el trabajador no necesariamente tenía por qué estar bajo el influjo de las drogas al comenzar la jornada laboral”, STSJ Canarias/Las Palmas 24 agosto 2011 (JUR 380922). En fin, para un supuesto de conductor que da positivo, pero estando rebajado de servicio como tal en aplicación del protocolo en la empresa Metro de Madrid S. A. sobre “procedimiento de discapacidad de origen toxicológico” (que no se observa, tampoco, con la corrección debida), STSJ Madrid 23 mayo 2014 (JUR 232963).

jurisprudencia, no entra en el examen del tipo al cual es adicto el trabajador”¹³². Con tan contundentes términos zanja los Tribunales una polémica capaz de dividir a la doctrina entre quienes son de igual parecer (añadiendo la dificultad de ubicar determinadas sustancias en uno u otro apartado, y más de tener en cuenta –conforme procede– la repercusión negativa para la empresa)¹³³ y cuantos defienden justamente lo contrario¹³⁴, buscando “una adecuada proporcionalidad entre la falta y la sanción”, a situar en la diferente acción y efectos de unas y otras; “virtualidad que desde el punto de vista médico existe y desde el punto de vista jurídico debería existir a pesar del tratamiento unitario de todas las sustancias que hace la jurisprudencia social”¹³⁵.

En verdad los convenios podrían haber decantado la balanza en otro sentido, pero –salvo excepciones– no lo han hecho, salvo cuando se trata del tabaco¹³⁶, dejando así abierta una vía clara a la polémica.

3.1.4. El requisito de habitualidad

Con esta exigencia que acompaña a la embriaguez, y también a la toxicomanía (según delata su propia etimología –“manía”– y proclaman los Tribunales¹³⁷), se abre una verdadera Caja de Pandora, al punto de que el carácter lábil de la noción acabe convirtiéndolo en uno de los aspectos más conflictivos, y lleve muchas veces a invocar otras causas e ignorar ésta o utilizarla como argumento añadido¹³⁸.

Varios son los motivos capaces de transformar tal requisito en un problema:

- a) El propio concepto de habitualidad, al exigir “*asiduitas* en la bebida”¹³⁹, “un cierto enraizamiento en la vida del individuo, es decir, una mayor o menor

¹³² STSJ Cantabria 7 diciembre 1999 (AS 4450).

¹³³ CISCART BEÀ, N.: *El despido por embriaguez o toxicomanía*, cit., pág. 37; AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas de despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Pamplona (Aranzadi), 1997, pág. 229; GOERLICH PESET, J. M.: “Despido por relación con el tráfico de cocaína: trasgresión de la buena fe contractual y derecho a la intimidad del trabajador”, *Poder Judicial*, núm. 9, 1988, pág. 148; GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas disciplinarias del despido”, en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V., Dir. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., Coord.): *El despido*, 2ª ed., Cizur Menor (Thomson/ Aranzadi), 2009, pág. 307 o NORES TORRES, L. E.: “Doctrina. La embriaguez y la toxicomanía como causas de despido disciplinario”, cit., pág. 281.

¹³⁴ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Embriaguez habitual y toxicomanía”, en AA.VV.: *Estudios sobre despido disciplinario*, 2ª ed., Madrid (ACARL), 1992, págs. 306 y 307; LILLO PÉREZ, E.: “Drogodependencias, toxicomanía y alcoholismo en relación con los derechos y deberes del trabajador”, *Jueces para la Democracia*, núm. 14, 1991, pág. 72 o BAYLOS GRAU, A.: “Algunas consideraciones sobre la embriaguez como causa de despido”, *Revista de Política Social*, núm. 129, 1980, pág. 265.

¹³⁵ ROMERO RÓDENAS, M. J.: *Sida y toxicomanías (Un análisis jurídico y de Seguridad Social)*, cit., pág. 209. *Se trataría, así, de proporcionar cauce a una clasificación realizada “para distinguir la afectación a la que pueden dar lugar, obedeciendo a una apreciación social ‘subjettiva’, en la que se unen la diferenciación de una sustancia específica y la forma en que se administra”, CC.OO.: Drogodependencia y salud laboral, Madrid (GPS), 2002, pág. 13.*

¹³⁶ Mostrándolo, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.; ÁLVAREZ CUESTA, H. y QUIRÓS HIDALGO, J. G.: “Implicaciones jurídicas del consumo de trabajo en el ámbito de las relaciones laborales. ¿quo vadis?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 273, 2005, pág. 18.

¹³⁷ SSTS 29 mayo 1986 (RJ 1986) y 3 noviembre 1988 (RJ 8510).

¹³⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, M. J.: “Embriaguez habitual o toxicomanía”, en AA.VV. (GORELLI HERNÁNDEZ, J., Coord.): *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid (Tecnos), 2004, pág. 133 y CAMAS RODA, F.: “El factor humano en un despido: ingesta de alcohol y buena fe en el ámbito laboral”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 173, 2015, pág. 124.

¹³⁹ El discurso completo de tal implicación en STSJ Navarra 30 marzo 1993 (AS 1278).

continuidad en la práctica, aunque con intervalos más o menos regulares”¹⁴⁰. A aquilatar este extremo han dedicado su esfuerzo los convenios, dotando de clara preferencia a la vía dada por la sanción, amonestación o advertencia previas en un período de tiempo dado, o a la constatación de tal circunstancia cuando media un número significativo de ocasiones dentro de intervalos más o menos regulares; supuesto, este último –el más común–, capaz de dotar de enorme relativismo al referente para distinguir lo habitual de lo puntual, ocasional o esporádico¹⁴¹, dando pie a una enorme inseguridad jurídica, mucho mayor aun cuando se confunde con relativa frecuencia la reiteración con la habitualidad¹⁴².

- b) Con ser el apuntado un problema de envergadura, mucho mayor aún lo es la decisión convencional de prescindir del requisito en atención a las características del sector de actividad y de la prestación, considerando que una única conducta puede configurar un ilícito de gravedad suficiente para justificar el despido. Así se recoge en numerosas sentencias que afectan a vigilantes de seguridad, personal médico y sanitario, trabajadores de bingo, actividades de servicio donde media peligro físico y otras profesiones varias entre las cuales –y por razones obvias– cobra especial protagonismo la conducción, en el entendimiento de que media un incumplimiento de tal envergadura que hace necesario un mayor rigor en el enjuiciamiento al verse comprometidos bienes tan fundamentales como la vida e integridad física de los trabajadores y/o terceros, con la subsiguiente responsabilidad patrimonial de la empresa¹⁴³.

Sin necesidad de volver a reproducir la polémica sobre la capacidad del convenio para modificar el tipo (conforme aquí se ha sostenido), admitir que no hace falta habitualidad en el consumo de alcohol, drogas y otras sustancias para poder despedir, ha llevado a que muchos Tribunales admitan la procedencia del despido, pero no por embriaguez habitual o toxicomanía, sino considerando que “es más correcto proceder al amparo de la trasgresión de la buena fe contractual, y no establecer una excepción artificial en la larga y específica determinación del art. 54.2 f) ET”¹⁴⁴.

- c) Otro obstáculo añadido viene dado por la necesaria constancia de la habitualidad en la carta de despido, pues al lado de cuantos Tribunales mantienen un criterio “flexible” (no sería necesaria una descripción

¹⁴⁰ Sobre el literal de la STS 4 febrero 1984 (RJ 831), SSTS 23 marzo 1987 (RJ 1654), 1 julio 1988 (RJ 5732) o 18 noviembre 1989 (RJ 8077) y SSTSJ Galicia 15 octubre 1991 (AS 5389) y 8 noviembre 2013 (AS 100/2014), Castilla-La Mancha 20 enero 2004 (AS 67), Madrid 4 julio 2006 (AS 591/2007) y Andalucía/Sevilla 27 enero 2009 (AS 273).

¹⁴¹ Ejemplar, y para un adecuado contraste, puede ser la STSJ Madrid 17 marzo 2015 (JUR 153629).

¹⁴² Mostrándolo, con numerosos ejemplos, CASTRO ARGÜELLES, M. A.: *El régimen disciplinario en la empresa*, Pamplona (Aranzadi), 1993, págs. 191-193.

¹⁴³ Entre cientos, y en apretada selección, SSTS 23 noviembre 1982 (RJ 6875) y 22 enero 1987 (RJ 111); SSTCT 25 febrero 1974 (RTCT 966), 24 mayo 1979 (RTCT 3443), 8 julio 1981 (RTCT 4811), 23 octubre 1982 (RTCT 6590) o 20 diciembre 1983 (RTCT 11091); en fin, SSTSJ Madrid 18 julio 1989 (AS 960), 14 y 27 febrero o 3 abril 1990 (AS 842, 941 y 1576), 5 julio 1994 (AS 3136) y 7 marzo 2006 (JUR 151456), Cataluña 15 noviembre 1991 (AS 6438), Murcia 18 mayo 1992 (AS 2416), Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 24 septiembre 1992 (AS 4399) y 24 junio 1994 (AS 2312), Comunidad Valenciana 4 marzo 1997 (AS 480), Aragón 17 junio 1998 (AS 2622), País Vasco 3 abril 2001 (JUR 300984), Extremadura 9 abril 2002 (AS 2152), Galicia 30 noviembre 2002 (JUR 73284/2003) o Baleares 19 julio 2007 (JUR 356352).

¹⁴⁴ Como expresión de esta corriente judicial que, poco a poco, va imponiéndose, el literal de la STSJ Cantabria 16 noviembre 2004 (JUR 312299).

exhaustiva de la conducta seguida en el tiempo por el trabajador¹⁴⁵), no faltan otros con una perspectiva más “rígida” o exigente, demandando – para no incurrir en indefensión– la expresión en la comunicación del despido de los días concretos en los cuales se reiteró la conducta¹⁴⁶, haciendo surgir, de este modo, un nuevo elemento de incertidumbre sobre el resultado final del pleito.

- d) En fin, y en íntima conexión con lo anterior, cuantos Tribunales son flexibles en la determinación de las fechas concretas no suelen plantearse el problema de la eventual prescripción de alguna de las faltas, o lo soslayan considerando la existencia de una falta continuada¹⁴⁷; sin embargo (y a pesar de los problemas que pudieran seguirse de aplicar la doctrina del “ocultamiento del hecho”¹⁴⁸), no faltan pronunciamientos que niegan la habitualidad por prescripción de anteriores supuestos de consumo de alcohol y drogas, provocando así la aparición de un nuevo factor de inseguridad.

3.1.5. La repercusión negativa en el trabajo

Por sí los anteriores condicionantes no fueran bastantes, aun cabe añadir un último y fundamental óbice para que prospere en derecho la decisión empresarial, dado en esta ocasión por la prueba de la repercusión negativa.

Al respecto, los Tribunales sientan de manera concluyente que cualquier conducta de consumo fuera del lugar y tiempo de trabajo queda protegida por la intimidad y no puede motivar a sanción alguna, en tanto se trata de actividades “privadas” e “irrelevantes” que, en principio, no admiten ningún control empresarial¹⁴⁹; a resultas de tal criterio, únicamente cuando se acredite la incidencia de tal comportamiento extralaboral en el trabajo, bajo la forma de disminución del rendimiento o mal comportamiento, podrá ser tenido en cuenta, suscitando una cuestión abierta a la polémica que es la de los empleados que extramuros del centro visten uniforme o portan signos distintivos de la corporación y, en su estado, pueden perjudicar la imagen empresarial¹⁵⁰.

Sin necesidad de situarse en tal esfera exterior al trabajo, no cabe desconocer, tampoco, que la exigencia de repercusión negativa abre un nuevo frente de discrepancia judicial entre cuantos Tribunales consideran que puede obrar una presunción (casi iuris et de iure) sobre el hecho de que quien ha consumido alcohol,

¹⁴⁵ SSTSJ Extremadura 27 marzo 1998 (AS 939), Andalucía/Málaga 10 diciembre 1999 (AS 6824), Aragón 18 mayo 2005 (AS 1480) o Asturias 31 octubre 2014 (JUR 21495).

¹⁴⁶ STSJ Galicia 24 mayo 2005 (JUR 169147), Madrid 4 julio 2006 (As 591/2007) o País Vasco 20 noviembre 2007 (JUR 39223/2008) y 15 octubre 2013 (JUR 139563/2014).

¹⁴⁷ STS 12 marzo 1984 (RJ 1552) o SSTSJ Extremadura 27 marzo 1998 (AS 939), Cantabria 7 diciembre 1999 (AS 4450), Aragón 18 mayo 2005 (AS 1480) o Comunidad Valenciana 29 diciembre 2014 (JUR 89815/2015) y 18 mayo 2015 (JUR 172326).

¹⁴⁸ STSJ Madrid 20 junio 2000 (AS 3891).

¹⁴⁹ Sirvan las muestras ofrecidas por las SSTSJ Castilla y León/Valladolid 13 abril 1998 (AS 5846) y 19 diciembre 2005 (JUR 24500), Madrid 2 junio 1998 (AS 2692) y 10 abril 2003 (AS 3086), Comunidad Valenciana 10 mayo 2000 (JUR 292646), Galicia 23 enero 2002 (JUR 111271) y Cantabria 24 diciembre 2003 (JUR 127267/2003).

¹⁵⁰ Sobre cuestión tan polémica en la que una actuación privada trasciende la vida laboral para proyectarse sobre la vida social, SSTS 16 julio 1982 (RJ 4629) y 23 marzo 1987 (RJ 1654) o SSTSJ Cataluña 21 marzo 2000 (AS 5537), Galicia 7 julio 2004 (JUR 271846), Comunidad Valenciana 21 marzo 2006 (JUR 255141) y 19 febrero 2013 (JUR 158053) o Andalucía/Granada 12 diciembre 2013 (JUR 35930).

drogas y otras sustancias no puede desarrollar con normalidad su actividad¹⁵¹, y cuantos otros demandan una constancia concreta de la entidad cuantitativa y/o cualitativa de esos efectos perjudiciales. Bajo esta última perspectiva, parece claro que acudir al art. 54.2 f) ET nada aporta al empresario, pues al final quedará sometido a una doble prueba: de un lado, la relativa a la embriaguez o toxicomanía; de otro, la atinente a cualquiera de las otras causas de despido.

3.2. Alternativas al artículo 54.2 f) ET para el despido disciplinario por consumo de alcohol, drogas y otras sustancias con repercusión laboral

Según se ha tratado de mostrar en las páginas precedentes, la existencia de un tipo específico de causa para el despido disciplinario vinculado a la repercusión laboral del consumo de alcohol y drogas puede tener un efecto boomerang para el empresario que lo utilice, y la mejor prueba de lo afirmado viene dada por el porcentaje realmente bajo de pronunciamientos judiciales existentes al respecto, al menos si comparados con los suscitados por el resto de los apartados del precepto¹⁵²; índice indudable de la preferencia de los operadores jurídicos por acudir a otros motivos, si bien, para abundar, también invoquen éste y, en consecuencia, se convierta –cuando concurra la circunstancia fáctica– en un argumento jurídico añadido, propio de los supuestos de multicausalidad¹⁵³.

Asu lado, será menester dar cuenta, también, del papel ambiguo que en la práctica, juegan la embriaguez habitual o toxicomanía: de un lado, si bien cabe apreciar un número significativo de supuestos en los cuales, cuando no actúa como causa de imputación directa (a partir de la presunción de incidencia desfavorable en el trabajo o de su conversión en un atentado a la buena fe o abuso de derecho), puede hacerlo a modo de “agravante” en comportamientos que, de no aparecer signados por tal conducta, podrían ser catalogados de menos trascendentes; pero, de otro, y por el contrario, su presencia se puede convertir en una suerte de “atenuante”, cuando no de “eximente”, al considerar que el trabajador, bajo tales estados, carece de capacidad para ordenar su voluntad a la causación de un perjuicio a su empresario¹⁵⁴.

De añadir a todo ello que esta falta de conducta puede quedar perfectamente incorporada a la trasgresión de la buena fe contractual, la exigencia de un resultado negativo sólo supone forzar a argumentar, complementariamente, sobre cualquiera de las otras causas incluidas en el elenco del art. 54.2 ET [no únicamente la recogida en su letra d)], convenientemente especificadas, en su caso, a través de convenio colectivo. Aboca, por consiguiente, a la clara necesidad de subsumir el

¹⁵¹ Baste la remisión a las SSTSJ País Vasco 11 abril 2000 (AS 3284); Madrid 20 julio 2000 (AS 3891), 17 junio 2001 (AS 2952), 27 diciembre 2002 (AS 1756/2003) o 10 abril 2003 (AS 3086); Aragón 12 marzo 2001 (JUR 151966); Cataluña 24 diciembre 2002 (JUR 127267/2003) o Andalucía/Sevilla 8 octubre 2008 (JUR 367134) o (cifrándola en mala atención a los clientes y repercusión en los bienes de la empresa), Asturias 31 octubre 2014 (21495).

¹⁵² AGUILERA IZQUIERDO, R.: Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia, cit., pág. 225; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Embriaguez habitual y toxicomanía”, cit., pág. 299 y ORTIZ LALLANA, M. C.: “Causas, forma y efectos del despido disciplinario”, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 100, T. II, 2000, pág. 1139.

¹⁵³ Emblemático, entre muchísimos, el ejemplo que muestra la STSJ Castilla-La Mancha 31 julio 2012 (JUR 320882).

¹⁵⁴ Advirtiendo sobre tal circunstancia, favorecida por el “alto nivel que caracteriza a la responsabilidad disciplinaria en general”, ROMERO RÓDENAS, M. J.: Sida y toxicomanías (Un análisis jurídico laboral y de Seguridad Social), cit., págs. 214–215.

tipo analizado en los restantes contemplados en el precepto legal, al punto de que, aun cuando de facto sea la embriaguez habitual o toxicomanía el motivo invocado, realmente, de iure, los llamados a operar sean los otros; de preferirlo, prevalece la consecuencia que dicha situación provoca sobre la causa misma.

Así cabe constatarlo en los numerosísimos supuestos, cuyo detalle se recoge pormenorizadamente en el Informe sobre el que se asienta el presenta resumen, en los cuales la conducta hubiera podido ser sancionada como despido por incumplimientos relacionados con el tiempo de trabajo, la desobediencia las órdenes del empresario, las agresiones físicas o verbales que el Derecho alemán califica con acierto como expresión de “mal beber”, la transgresión de la buena fe en sus extensísimas manifestaciones, la disminución del rendimiento o el acoso, sin exigir habitualidad ninguna y fijando la atención únicamente en la entidad del incumplimiento

Desde estas líneas se propugna, en consecuencia, la utilización del art. 54.2 f) exclusivamente en los supuestos en que resulte clara la posibilidad de sortear todos y cada uno de los obstáculos enunciados; acudiendo, en otro caso, a la vía indirecta dada por las otras causas de despido con el entronque causal facilitado por la embriaguez habitual y toxicomanía, convertida, de este modo, no en motivo principal y único, sino en una razón más típica de un fenómeno policausal.

4. El marco de referencia para la negociación colectiva

El cuarto de los bloques viene dado por el Título III, en su ordenación de la negociación colectiva como fuente para la regulación de la seguridad y salud en el trabajo tal y como contemplan, en referencia genérica a las condiciones laborales, los arts. 82.2, 84.3 y 85.1 ET.

Procede observar, empero, la compleja trabazón de relaciones establecidas entre Ley y convenio en materia preventiva y que, por supuesto, encuentran proyección a la hora de abordar el problema del alcohol, drogas y otras sustancias en el trabajo¹⁵⁵.

De este modo, el carácter de derecho mínimo, necesario e indisponible que de las normas preventivas proclama el art. 2.2 LPRL, así como la copiosísima reglamentación que ordena muchos de sus aspectos, si bien rebajan los márgenes para la negociación colectiva, no pueden llevar a desconocer la existencia de varias y diversas vías a la hora de lograr el protagonismo que inexcusablemente deberán alcanzar las reglas convencionales también en este ámbito. Así lo reconoce el apartado 7 de III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, en el cual, por cierto, consta de forma específica un inciso con visos de propósito *ad futurum* a tenor del cual, “igualmente, sería conveniente abordar la problemática que se deriva del consumo de alcohol, drogas y otras sustancias y establecer instrumentos para, en el marco de la prevención de accidentes de trabajo, identificar y buscar solución a las situaciones y riesgos derivados de dicho consumo”.

¹⁵⁵ Sirva la exposición que, por su carácter gráfico y ejemplificativo, recoge VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Las fuentes del deber de seguridad. Obligaciones contractuales y desarrollo normativo”, en AA.VV. (ARAMENDI SÁNCHEZ, J. R., Dir.): La Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica, Madrid (CGPJ), 2005, págs. 48-54.

Hasta tanto ese propósito se cumpla, preciso será desgranar aquellas relaciones ley-convenio cuya influencia pudieran alcanzar proyección sobre el objeto analizado:

- a) Es clara la de exclusión, por cuanto la norma cierra por completo la intervención del convenio, en materia de ámbito de aplicación y definiciones, intervención de instituciones públicas o –y es especialmente importante– en responsabilidades y sanciones. La cuestión principal, conforme se verá en detalle, radica en la calificación de los accidentes ocurridos en el lugar y tiempo de trabajo (pero también in itinere o en misión) y en el ámbito de apreciación o no de imprudencia temeraria que vede o mantenga su calificación como accidente laboral y, por tanto, sea determinante a la hora de aquilatar la responsabilidad administrativa, penal o civil y el recargo de prestaciones. No obstante, convendrá observar cómo, en muchas ocasiones, el carácter abierto del tipo de infracción y la capacidad de especificación convencional otorgan a la autonomía colectiva una cierta facultad ordenadora o de detalle capaz de facilitar la tarea interpretativa de la Administración o de los Tribunales.
- b) La relación de supletoriedad, en la cual la Ley confiere papel regulador principal y se subordina al convenio, únicamente podrá operar en la selección del interlocutor o contrapartida empresarial para abordar cualquier iniciativa sobre alcohol y drogas, en tanto el art. 35.4 LPRL añade que por convenio se establecerán sistemas distintos a los diseñados en la Ley para la designación de los delegados de prevención (siempre y cuando quede garantizada que la misma corresponde en todo caso a los representantes de los trabajadores o a los propios trabajadores), así como que “en la negociación colectiva o mediante los acuerdos a los que refiere el art. 23.3 ET podrá acordarse que las competencias reconocidas en la Ley a los delegados de prevención sean ejercidas por órganos específicos creados en el propio convenio o en los acuerdos citados”, a los cuales cabrá otorgar atribuciones generales en ámbitos más amplios que el de la empresa en orden a fomentar el mejor cumplimiento del objetivo preventivo.
- c) Al margen de los dos aspectos tangenciales apuntados, y como consecuencia de aquel carácter mínimo de la normativa preventiva, la mayor parte de las intervenciones del convenio se limitarán a una función clásica de mejora de la posición jurídica del trabajador. Relación de complementariedad que encuentra proyección amplísima sobre el haz de derechos y obligaciones de las partes, los sistemas de prevención en las empresas y la consulta y participación de los trabajadores.
- d) Por último, y fundamental en cuanto aquí respecta, el hecho de que la Ley muchas veces deba moverse en el ámbito de principios o reglas generales y no pueda descender a aspectos puntuales como el que ahora concita la atención, abre un importante espacio a la negociación colectiva no agotada en cuanto establece, por ejemplo, la disp. ad. 7^a RSP –o los arts. 18.1 y 19.1 LPRL– (criterios para precisar los medios personales y materiales de los servicios de prevención propios o para determinar el número de trabajadores designados por el empresario para llevar a cabo las actividades preventivas, tiempo y medios de que disponen para realizar su actividad o pautas en

punto a la planificación preventiva y para la formación en este ámbito tanto de los trabajadores como de los delegados de prevención), sino con extensión e a otras no enunciadas en disposición heterónoma alguna.

II. UNA LECTURA DE LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y EL ABORDAJE DEL PROBLEMA DE CONSUMO DE ALCOHOL, DROGAS Y OTRAS SUSTANCIAS EN LA EMPRESA

Trazar una semblanza general sobre la incidencia de la normativa de prevención de riesgos laborales en el problema del consumo de alcohol, drogas y otras sustancias de los trabajadores tiene como *prius lógico* volver la vista a cuanto se avanzó en la introducción a la obra: la consideración de tal consumo como un riesgo laboral o no. Sólo cuando y en la medida en que así pueda ser catalogado, cobrarán sentido las previsiones de la LPRL, sin perjuicio de cuanto pudiera pactarse en convenio colectivo o acordara el empresario en el ejercicio de su poder de dirección; incluido, por supuesto, el reenvío a la propia fuente heterónoma para ordenar el abordaje de este asunto en la empresa.

Conforme se anticipó entonces, existen firmes argumentos para considerar que, *a priori* y en general, lo que constituye una conducta o hábito personal –y extralaboral– del trabajador no encaja dentro del concepto jurídico de riesgo laboral a efectos preventivos, sin perjuicio de la existencia de actividades y puestos de trabajo, así como de trabajadores especialmente sensibles por sus conocidos problemas de adicción, que aparecerían como excepción significativa capaz de abrir el haz de obligaciones que pesan sobre ambas partes –pero fundamentalmente sobre las empresas– a partir de lo dispuesto en la LPRL y normas de desarrollo concordantes.

1. El consumo/abuso de alcohol, drogas y otras sustancias no es un riesgo laboral en sentido técnico-jurídico. Excepciones

A tenor de cuanto dispone el art. 4.2º LPRL, “se entenderá como ‘riesgo laboral’ la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo. Para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo”.

Habiendo centrado la atención en el proemio a este discurso en desmentir el condicionante fundamental de tal definición, pues el consumo o abuso del alcohol no es un hecho “derivado del trabajo”, sino una conducta extralaboral (o al margen de la obligación de buena fe a asumir por el trabajador de no situarse voluntariamente en un estado que le impida efectuar su prestación con la diligencia debida) no relacionada con el quehacer productivo propiamente dicho –y aquí cabría descubrir un primer grupo de actividades, como la fabricación, envasado, distribución, manejo y venta de alcohol o la producción, empleo y distribución de medicamentos, en las cuales el necesario contacto o la accesibilidad a las sustancias podrían llevar a apreciar el riesgo laboral de su consumo–, procederá descartar su consideración como tal. Más aún, incluso admitiendo –como se ha hecho– que determinadas condiciones de trabajo pudieran actuar como concausa para que ese hábito personal se desarrolle o arraigue, difícilmente cabrá establecer una relación

directa entre aquéllas y el consumo, pues a diferencia de cuanto ocurre, por ejemplo, con los riesgos psicosociales –a los cuales frecuentemente se asocia, para así crear un vínculo aún más indirecto, a partir del cual es precisamente el hecho de la activación de alguno de aquéllos el que impulsa al consumo de estas sustancias–, que surgen al margen de la voluntad del trabajador, en este caso responderán a un acto plenamente voluntario y consciente, con lo cual la conducta del empleado será el origen inmediato del riesgo, y tomarlo como laboral exigiría al empresario el deber de protegerlo de sí mismo aun cuando por las tareas que desempeñe no mediara probabilidad de accidente y se desconociera si y en qué momento puede acaecer esa situación. Únicamente en el caso de que el trabajador hubiera comunicado al empresario su dependencia patológica, y éste fuera consciente de tal condición biológica/de salud, aflorará un factor de riesgo laboral concreto que demandará las oportunas medidas preventivas.

Con todo, la elección de un modelo de regulación y tipificación abierto, que incluye cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados, si bien resulta ser útil para establecer las bases de una regulación, presenta el inconveniente notabilísimo de crear amplios espacios a la incertidumbre, difusos y hasta ambivalentes¹⁵⁶. De ahí que, tras el punto que separa las dos enunciadas del apartado 2º comentado, quepa otra valoración o sentido de riesgo laboral que ya no deriva (literalmente) del trabajo, sino que se introduce o puede introducir en él cuando el trabajador accede a la prestación en, o alcanza durante su transcurso, un estado de intoxicación.

Bajo esta perspectiva, el riesgo aparece definido en su dimensión cuantitativa a través de la noción de gravedad, para cuya ponderación establece que “se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del daño”. De considerar que la severidad implica de por sí ya gravedad, y ésta es consecuencia de un resultado, bien cabría colegir que la gravedad que está en la lógica del precepto es la de tal resultado, la del daño¹⁵⁷.

En este punto resulta especialmente importante el criterio del Tribunal Supremo cuando valora el riesgo laboral desde la perspectiva ahora abordada y, tras analizar la definición proporcionada por el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua y las diferentes normas preventivas que se ha acercado también al concepto, incluida la LPRL, concluye que: “la Ley no utiliza el término ‘riesgo laboral’ únicamente de forma abstracta, sino que lo relaciona con la prevención o con las medidas que la empresa ha de adoptar para evitar o reducir dichos riesgos. El concepto de riesgo laboral ha de trasladarse a la actividad desarrollada por una determinada empresa, con lo que se concreta atendiendo a las condiciones de trabajo, a los productos empleados, a las funciones desarrolladas por el trabajador o a sus conductas personales. El riesgo concreto existente en la empresa es el objeto de la prevención, manifestado en la identificación del mismo para evitarlo, eliminarlo o reducirlo”¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Haciéndose eco del debate doctrinal sobre la utilidad o no del recurso o definiciones como las contenidas en el precepto, GARCÍA QUIÑONES, J. C.: “Definiciones”, en AA.VV. (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., Dir. Y THIBAUT ARANDA, J., Coord.): Ley de Prevención de Riesgos Laborales comentada y con jurisprudencia, Madrid (La Ley/WoltersKluwer), 2008, págs. 133–137.

¹⁵⁷ BOTANA LÓPEZ, J. M.: “Comentario al artículo 4”, en AA.VV. (IGLESIAS CABERO, M., Coord.): Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Madrid (Civitas), 1997, pág. 41.

¹⁵⁸ STS 25 junio 2008 (RJ 4450).

De su lectura cabe inferir una perspectiva de valoración que ha de estar atenta a dos factores fundamentales: la actividad de la empresa y el concreto puesto o funciones desempeñadas por el trabajador. En consecuencia, procederá sopesar si la presencia de quien ha consumido alcohol, drogas y otras sustancias constituye, por las tareas que realiza y el contexto donde lo hace, un riesgo grave para sí mismo, para sus compañeros o para clientes, usuarios o terceros afectados por su actividad.

El legislador no acompaña con dichas pautas genéricas para apreciar la gravedad del riesgo en atención al parámetro probabilístico o de severidad, ni la clasificación y ordenación de la tipología de hipotéticos riesgos (aun cuando una lectura sistemática del conjunto de la norma permitiría calificar el supuesto aquí analizado como una fuente personal, imputable al trabajador y de origen mental, frente a la alternativa dada por aquellos otros provenientes de una fuente técnica, atribuibles al empresario y de origen físico), ni, sobre todo, criterios operativos para su ponderación.

A tal objeto, cabría acudir a un triple parámetro para observar cuál es la dimensión del factor analizado¹⁵⁹:

- a) Sin duda, la valoración cuantitativa y conjunta de la probabilidad de daño y su severidad entra de lleno en la propia definición de evaluación de riesgos, entendida como “el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse” (art. 3.1).

De atender a cuanto los principales operadores técnico-preventivos realizan en aplicación de los factores a considerar en la evaluación inicial –enunciados en el art. 16.2–, así como a los datos y pautas para llevarla a cabo, procederá constatar cómo en ninguno de ellos figura el consumo de alcohol, drogas y otras sustancias, lo cual resulta harto indicativo del descarte que de hecho se realiza respecto a su consideración con carácter general como riesgo laboral o, por lo menos, a partir de todas las fuentes de información recopiladas (incluida la recogida de los trabajadores), carente de la entidad necesaria a priori para una intervención preventiva¹⁶⁰.

Distinto será el criterio a seguir, por supuesto, en los casos en los cuales proceda la revisión de aquella decisión primera ex art. 6 RSP, es decir, cuando así se determine por una norma específica (en cuyo caso actuará ya en el momento inicial si aquella estuviera vigente entonces), cuando así lo

¹⁵⁹ Al respecto, y con carácter general, NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: La evaluación de los riesgos derivados del trabajo, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, págs. 75 y ss.; GONZÁLEZ ORTEGA, S.; MORENO MARTÍNEZ, A. y FERNÁNDEZ PERDIDO, F.: Comentarios al Reglamento de Servicios de Prevención, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, págs 53 y ss.; en particular, págs. 76 y 77 o IGARTUA MIRÓ, M. T.: La obligación general de seguridad, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, págs. 72 y ss.

¹⁶⁰ Esclarecedor el panorama que se dibuja, tras la intervención de un representante de la Inspección de Trabajo analizando las implicaciones derivadas del art. 4. 1 b) RSP, en la cual se obvia tal consideración de este factor [LOBETE PASTOR, J.: “El contenido del deber de protección: el plan de prevención y su integración en la gestión de la empresa. La evaluación de riesgos. La planificación preventiva. La información y formación de los trabajadores”, págs. 99 y 100], la exposición del Director de Prevención de Ibermutuamur con un Anexo recogiendo el Informe Real de Evaluación de Riesgos, donde no consta ninguna referencia [“Cómo se realiza la evaluación de riesgos”, págs. 109–152] y la propuesta de planificación de Muprespa en la cual, de nuevo, este factor está ausente [págs. 155–181]; en AA.VV. (ARAMENDI SÁNCHEZ, J. P., Dir.): Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Últimas referencias y análisis de la normativa específica en la materia, cit., localización mentada entre corchetes.

acuerden la empresa y los representantes de los trabajadores, en el caso de que en algún puesto se hayan detectado daños a la salud por este motivo en alguno de los trabajadores o si en los controles periódicos para la salud se hubiera percibido que las actividades preventivas son inadecuadas o insuficientes.

- b) En segundo término, un repaso detenido de las leyes y políticas sobre alcohol, drogas y otras sustancias tanto de la Unión Europea como de España permite descubrir que todas consideran el lugar de trabajo como un espacio óptimo para intervenir (“ecosistema”, llega a ser denominado, con una “población cautiva o controlada”) y muy diversos motivos para hacerlo, e incluso se valora como concausa en el enraizamiento del hábito, pero ningún pasaje alude a su carácter de riesgo laboral.

Más aún, de descender a los colectivos y lugares en los cuales intervenir, cabe descubrir fácilmente dónde sitúan el origen del problema, pues resultan absolutamente prioritarias las actuaciones centradas en las familias y en los jóvenes y, por tanto, en hogares y las escuelas, englobándose –en un plano secundario frente a los anteriores– los centros de trabajo entre cuanto genéricamente viene a ser calificado como entorno o medio ambiente. Pesa, en todo caso, la idea de que puede haber muchas vías que influyan en el desarrollo del hábito, pero al final, el origen ha de quedar situado en la voluntad del individuo, lo cual aparece de manera manifiesta –y, procede no olvidarlo es igual causa extralaboral capaz de introducir un factor de riesgo en la empresa– cuando se trate de un consumo puntual, ocasional, previo o realizado durante la prestación de servicio.

Sin duda ponderando tal elemento volitivo que atribuye una responsabilidad personal al trabajador, no consta a quien suscribe ningún pronunciamiento judicial que confirme sanción administrativa alguna por no haber evaluado el consumo de alcohol o drogas o que declare el recargo de prestación de Seguridad Social por tal motivo; antes al contrario –y según se verá–, su consideración en los Tribunales precisamente va a quedar situado en sopesar si la conducta del trabajador constituye o no imprudencia temeraria capaz de romper la relación causal entre un accidente y la omisión de otras medidas de seguridad, para así afirmar o negar el carácter laboral del siniestro o reducir o graduar el recargo a imponer el empresario.

- c) Al final, igualmente trascendental resulta la valoración realizada sobre los reconocimientos médicos contemplados en el art. 22 LPRL. Sin perjuicio de cuanto se expondrá allí con detalle, resulta evidente que no cabrá imponerle obligación alguna de no dotar al tiempo al empresario de los medios necesarios para abordarla y, desde luego, no bastará con incidir en la información o formación o en los programas asistenciales como medida preventiva cuando, salvo en casos excepcionales, no se le permite el recurso a tests de despistaje obligatorios como instrumento imprescindible (los métodos indiciarios únicamente jugarán un papel aceptable en los supuestos más patentes de abuso de sustancias) para poder controlar el elemento de riesgo.

En este sentido, por tanto, y para este concreto supuesto, la relación de medio a fin hace que parezca coextensa la posibilidad de controles de consumo con el reconocimiento formal de la presencia de un riesgo laboral. Y, por tal motivo, si respecto de aquéllos el Tribunal Constitucional ha sentado que únicamente podrán imponerse por razones de interés general cuando así lo determine una Ley en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad, o por la probabilidad de que acaezca un siniestro –posibilidad de riesgo de cierta gravedad– en atención a la actividad o funciones desarrolladas por el trabajador¹⁶¹, tal habrá de ser el parámetro último para considerar la existencia del riesgo laboral previsto en el art. 4 LPRL.

De esta manera, y en resumen, cabrá sostener que, como regla, al consumo de alcohol, drogas y otras sustancias no será de aplicación la LPRL, por no constituir de un riesgo laboral en sentido propio; al tiempo, cabrá descubrir tres excepciones legales significativas (dejando al margen los supuestos que, a través de convenio colectivo, hubiera podido añadirse por sus signatarios) en las cuales procederá atenderse a sus prescripciones, a saber: aquellas actividades en las cuales, por su contacto o accesibilidad, estas sustancias sean elemento integrante en las funciones a desempeñar por el trabajador; los supuestos de empleados que, debido a sus problemas –conocidos por el empleador– con tales sustancias, hubieran de ser calificados como especialmente sensibles; en fin, cuantas actividades o puestos de trabajo, por sus singulares características, pudieran hacer que el consumo de alcohol, drogas y otras sustancias suponga un riesgo grave para la salud y seguridad no sólo del propio afectado, sino de sus compañeros o terceros.

2. La aplicación de la normativa de prevención a los supuestos en los cuales el consumo de alcohol, drogas y otras sustancias ha de ser evaluado como riesgo laboral. Algunas singularidades

En los supuestos mencionados en los cuales el consumo de alcohol, drogas y otras sustancias merece la calificación de riesgo laboral en sentido propio, operará en su integridad cuanto previene la normativa preventiva. Sin que sea este momento y lugar para profundizar en todas y cada una de las consecuencias que ello supone, baste aquí la mención de las peculiaridades más significativas, a traducir –amén de cuanto ya se ha dicho y continuará precisando en torno a los derechos de información, consulta y negociación– en el elenco genérico de obligaciones que pesan sobre el empresario, pero también –en menor medida, eso sí– sobre el trabajador; la planificación de la intervención destinada a abordarlo y el deber de formar y sensibilizar específicamente sobre esta cuestión. En su envés, y para el supuesto de incumplimiento, el esbozo de los distintos tipos de responsabilidad que pueden surgir de su incumplimiento.

2.1. El deber de seguridad de empresario y el deber de colaboración del trabajador

Reconocido el consumo de sustancias como riesgo laboral, se abre el cuadro de las obligaciones legales sobre las partes, las cuales tienen una distinta entidad cualitativa (pública y privada la del empresario, estrictamente privada la del

¹⁶¹ Remitiendo para su estudio en detalle al siguiente epígrafe de la obra, STCo 196/2004, de 15 de noviembre.

trabajador, salvo obviamente de incurrir en una conducta tipificada como delito¹⁶²) y cuantitativa, pues el deber de seguridad, en tanto principal, se hace pesar sobre el primero.

Procede recordar, no obstante, cómo, a tenor de cuanto dispone el art. 29 LPRL, aquella obligación empresarial fundamental precisa de la cooperación del empleado para conseguir la "seguridad integrada" a la cual se aspira¹⁶³, y que el derecho de seguridad de éste pasa también por cumplir con los deberes contemplados en aquel precepto bajo el genérico enunciado de "velar (...) por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional" (art. 29.1), aun cuando, al tiempo, dos factores vengana a condicionar su dimensión final¹⁶⁴: de un lado, el propio apartado 1 del precepto establece que habrá de hacerlo "según sus posibilidades", "mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas" y "de conformidad con su función y las instrucciones del empresario"; de otro, el apartado 2 vuelve a insistir en la imposición de los deberes en atención a la "formación" e "instrucciones del empresario". A la postre, ello supondrá que, ante la comprobación de un incumplimiento de cuanto demanda la ley al trabajador, no quepa hacer una imputación automática de responsabilidad, sino que será preciso analizar si la falta de satisfacción de las exigencias de comportamiento puede encontrar justificación en la ausencia de cumplimiento previo por el empresario de los deberes de instrucción y formación, a los que cabría unir (y el problema de delimitación operativa en el caso concreto será arduo) el deber de vigilancia.

Teniendo presentes las precisiones o limitaciones anteriores, tres son los deberes específicos que corresponde asumir al trabajador¹⁶⁵: en primer lugar, obedecer las medidas preventivas que sobre el consumo de estas sustancias hubiera adoptado el empresario siempre que fueran legítimas, cuyo desconocimiento dejará expedita, cuando proceda, la vía disciplinaria por incumplir el deber específico de atender a las órdenes e instrucciones –incluido el de cumplimentar las pruebas de control de consumo cuando así se hubiera establecido con carácter obligatorio– que el empleador hubiera dictado para garantizar su salud y seguridad, la de sus compañeros y terceros; en segundo término, informar a quien competa acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe –por motivos razonables– un riesgo; por último, cooperar con su empleador para que pueda garantizar que las condiciones de trabajo sean seguras. En estos dos últimos supuestos cabría situar, por ejemplo, los casos en los cuales cualquier miembro de la plantilla

¹⁶² Incluso en supuestos como el derivado del consumo de tabaco a partir de las previsiones concluyentes de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo, como– y desde una perspectiva más amplia– analiza VALVERDE ASENCIO, A. J.: "Infracciones y sanciones de trascendencia laboral en la Ley de Medidas Sanitarias frente al Tabaquismo", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2006, págs. 809–850. Con carácter general, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: *El deber de seguridad y salud en el trabajo*, Madrid (CES), 1999, págs. 49 y ss.

¹⁶³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo", en AA.VV. (OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M. R. y RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., Coords.): *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Pamplona (Aranzadi), 1996, pág. 207.

¹⁶⁴ SENRA BIEDMA, R.: "Las obligaciones del trabajador en materia de prevención de riesgos laborales. Sus responsabilidades", en AA.VV. (ARAMENDI SÁNCHEZ, J. P., Dir.): *La prevención de riesgos laborales. Últimas reformas y análisis de normativa específica en la materia*, cit., págs. 418 y 419.

¹⁶⁵ Con amplitud de detalles, POQUET CATALÁ, R.: "Obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales (I) y (II)", *Aranzadi Social*, T. IV, núm. 8 y 9, 2011 y 2012, págs. 141–163 y 155–176, respectivamente.

tomara conocimiento de un compañero que no está en condiciones de desarrollar su prestación con normalidad por su estado de intoxicación; lejos de una delación o deslealtad, los deberes de cooperación y de informar sobre el riesgo llevarán a que de su comportamiento de buena fe se espere (lo contrario será una trasgresión de ésta y un incumplimiento de la obligación preventiva específica) la comunicación de tal situación a su superior, a los delegados de prevención o, en su caso, al servicio de prevención¹⁶⁶.

Con todo, y conforme se ha anticipado, el deber de seguridad lo asume el empresario y encuentra en su art. 14 LPRL el “frontispicio”¹⁶⁷ o “clave de bóveda del sistema de protección diseñado por el legislador”¹⁶⁸, en tanto abre, y al tiempo cierra, el sistema, por cuanto: de un lado, define la posición contractual del empresario y enmarca las obligaciones específicas que le atañen; pero, al tiempo y de otro, por su generalidad y adaptabilidad alcanza allí donde las obligaciones específicas, legales o reglamentarias, no pueden llegar.

A partir de su examen cabrá, por consiguiente, dibujar los contornos de la obligación empresarial para los supuestos en los cuales, como otro riesgo laboral, haya de ser considerado el consumo de las sustancias que motivan el presente discurso. Su deber genérico (correlativo al derecho del trabajador a una protección adjetivada como “eficaz”), enunciado en el párrafo 2º del apartado 1 del precepto, se desgrana en una serie de obligaciones específicas ordenadas a partir de los principios que enuncia en su art. 15, las cuales se extienden, por cuanto ahora importa, a: evitar los riesgos (art. 15.1), evaluar los que no se puedan evitar y planificar la actuación preventiva en la empresa (arts. 14.2 y 16), dar información, consultar y otorgar participación a los trabajadores (arts. 14, 15, 18 y Capítulo V), proporcionar formación (arts. 14 y 19), vigilar periódicamente el estado de la salud de los trabajadores (art. 22), constituir un sistema de prevención dotado de los recursos necesarios (art. 14 y Cap. IV) e, incluso, para supuestos extremos en los cuales la conducta del trabajador intoxicado pudiera llevar a tales circunstancias, integrar tal posibilidad en el plan de emergencia (arts. 14 y 20) y adoptar las medidas necesarias con ocasión de riesgo grave e inminente (art. 21)¹⁶⁹.

Respecto de esta obligación general, aplicable por tanto a las específicas, varias notas deber ser destacadas:

1. En primer lugar, su carácter permanente, que no se agota en la elaboración de un programa o plan de actuación para hacer frente al problema del alcohol y las drogas y proporcionar los medios al efecto, sino que el empresario viene además obligado “a la adecuada vigilancia del cumplimiento de sus instrucciones, que deben tender no sólo a la finalidad de proteger a los trabajadores del riesgo (...), sino, además, [a] las prevenciones de las ordinarias

¹⁶⁶ En detalle, LOZANO LARES, F.: “Las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales y su coercibilidad a través del poder disciplinario del empresario”, *Temas Laborales*, núm. 50, 1999, págs. 151 y ss.; de singular interés, STS 22 julio 1985 (RJ 3827).

¹⁶⁷ VALDEOLIVAS GARCIA, Y.: “Las fuentes del deber de seguridad. Obligación contractual y desarrollo normativo”, cit., pág. 60.

¹⁶⁸ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Derecho a la protección frente a los riesgos laborales”, en AA.VV. (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., Dir. y THIBAUT ARANDA, J., Coord.): *Ley de Prevención de Riesgos Laborales comentada y con jurisprudencia*, cit., pág. 278.

¹⁶⁹ Por los razonamientos que completan el enunciado, de alto interés las SSTSJ País Vasco 11 abril 2006 (AS 1766) o Andalucía/Sevilla 2 febrero 2007 (AS 1591).

imprudencias profesionales, pudiendo impedir, si fuera necesario, la actividad de quienes [las] incumplen”¹⁷⁰.

2. En segundo término, y en íntima relación con el rasgo anterior, su naturaleza dinámica, exigiendo la constante adaptación a las circunstancias laborales, lo cual va a exigir una diligencia muy cualificada¹⁷¹ no sólo en la evaluación periódica del proyecto que se hubiera diseñado cuando concurren factores nuevos que así lo aconsejen o medien aspectos que no han funcionado correctamente, sino también provisto de la necesaria flexibilidad en sus acciones, tanto desde la perspectiva de la persona como de la organización, mostrando capacidad de adaptación a necesidades imprevistas o que exijan un tratamiento individualizado dentro del marco diseñado¹⁷².
3. En tercer lugar, su nota de abierta, en el doble sentido tanto de búsqueda continua de la eficacia a través de medidas que surgieran de la participación–negociación con los trabajadores o de nuevas posibilidades–necesidades de actuación¹⁷³ –lo cual alude al recurso a la colaboración de quien tiene competencia técnica y profesional para ello, dotando la iniciativa de la necesaria eficacia, con el ejemplo significativo de aquél que haya de asumir los aspectos sanitarios del proyecto¹⁷⁴–, como en la necesaria ligazón entre medios y resultado de forma prácticamente indisoluble, superando la poco expresiva distinción entre un tipo y otro de obligaciones, pues al final, y dados los términos en los que está configurada en la norma, va a exigir de la continua actualización de un comportamiento empresarial diligente y de un sistema preventivo adecuado¹⁷⁵.
4. En fin, la obligación es intransferible, no en vano¹⁷⁶: a) su coste recae exclusivamente sobre el empresario tanto en las acciones de información y formación como en la de costes de las pruebas de control (no así cuando se hubiera previsto un programa asistencial que incluya la necesidad de suspender el contrato, pues por definición cesan las obligaciones de trabajar y retribuir, salvo si otra cosa se hubiere pactado); b) el empresario no ve disminuido el alcance e intensidad de la obligación por el hecho de que existan otros sujetos –incluido el trabajador, en los términos expresivos utilizados en el art. 15.4– con obligaciones o competencias en la materia –como pudiera

¹⁷⁰ STS 22 abril 1989 (RJ 2877); luego seguida por muchas otras, entre las cuales cabría mencionar, por la claridad del supuesto que abordan, las SSTS 18 febrero 1997 (RJ 1444) y 8 octubre 2001 (RJ 1424).

¹⁷¹ “Meticulosa, minuciosa, escrupulosa y exacta”, en los términos utilizados por CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: *El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales*, Madrid (La Ley), 2001, pág. 229. Sobre el criterio del “prudente empleador con criterios ordinarios de normalidad”, entre otras, SSTSJ Cataluña 23 julio 2000 (AS 3065) y 22 marzo 2005 (AS 3065), o la muy sugerente STSJ Cantabria 23 octubre 2001 (AS 4280).

¹⁷² EMCDDA: *European drug prevention quality standards (A manual for prevention professionals)*, Luxemburgo (Oficina de Publicaciones de la UE/EMCDDA), 2011, págs. 196 y ss.

¹⁷³ IGARTUA MIRÓ, M. T.: *La obligación general de seguridad*, cit., pág. 246.

¹⁷⁴ EWA: *Good practice review and case studies*, 2012, en <http://www.ewaproject.eu>, pág. 25.

¹⁷⁵ SAGARDOY DE SIMÓN, I.: “Comentario al artículo 14”, en AA.VV. (IGLESIAS CABERO, M., Coord.). *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 85, en particular nota 13; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Las fuentes del deber de seguridad. Obligación contractual y desarrollo normativo”, cit., págs. 63–65 o PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Derecho a la protección frente a los riesgos laborales”, cit., págs. 283 y 284.

¹⁷⁶ GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “Artículo 14. Derecho a la protección frente a riesgos laborales”, en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V., Dir. y CARDENAL CARRO, M. y ALZAGA RUIZ, I., Coords.): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Cizur Menor (Aranzadi/Thompson), 2010, págs. 173–176.

ser la encomienda de la gestión de lo planificado a trabajadores, servicio de la empresa o concierto con entidades especializadas, según reza el apartado 4 del artículo–; y c) no cabrá seguro que facilite la exteriorización de su responsabilidad (administrativa, penal o de recargo de prestaciones), salvo en cuanto hace a la civil por daños y perjuicios, en la cual no es precisamente infrecuente que figure la expresa exclusión de los accidentes de trabajo en que hubiera mediado consumo de alcohol, drogas y otras sustancias por el trabajador¹⁷⁷.

Esbozado el cuadro general de obligaciones, y sin perjuicio –se insiste– de la alusión que permanentemente se realizará al deber de participación–negociación de los trabajadores a lo largo de toda la exposición, procederá centrar la atención específicamente en las dos manifestaciones más salientes a la hora de abordar el riesgo que se hubiera evaluado como imprescindible de afrontar derivado del consumo de alcohol drogas y otras sustancias: la planificación de la actividad a desarrollar y la formación o información a impartir.

2.2. Planificación empresarial de intervenciones en materia de alcohol, drogas y otras sustancias: negociación colectiva y responsabilidad social empresarial

Apuntados han quedado en la Introducción los datos globales sobre la percepción que empresas y trabajadores tienen de la entidad del problema, la necesidad o no de intervenir y el tipo de actuación que consideran prioritario; también de las iniciativas llevadas a cabo (sobre todo puntuales de información o formación) y del lento pero progresivo avance hacia la elaboración de programas de distinta entidad, a partir de los cuales aspirar a la superación de aquella vieja crítica de “política de avestruz”¹⁷⁸, para acercarse al modelo de empresa en este punto defendido tanto por la OMS como por la Red Europea de Promoción de la Salud en el Puesto de Trabajo.

Podría afirmarse así que coexisten (en los convenios de empresa) dos tipos de fundamentales de planes o programas: de un lado, los más clásicos, vinculados al sistema normativo de prevención de riesgos en el marco del art. 16 LPRL y que reflejan la necesidad de intervenir por las características de la actividad y de los puestos de trabajo desempeñados, en los cuales el consumo de alcohol, drogas y otras sustancias constituye un riesgo grave para la salud y seguridad en el trabajo; de otro, cuantos van más allá de la norma y toman forma de acciones voluntarias que las empresas deciden llevar a cabo, junto a las obligatorias, acudiendo a la negociación colectiva o a la responsabilidad social empresarial.

Los primeros encuentran en RENFE un ejemplo clásico, con origen en un importante conflicto sindical relacionado con las sanciones por consumo de sustancias tóxicas que dio pie al esbozo de un primer plan de intervención en 1983, fue recogido ya en su VII Convenio de 1984 y continua vigente –con modificaciones interesantes, eso sí– hasta la actualidad¹⁷⁹. A él siguieron otros, como el del Metro de Madrid,

¹⁷⁷ CORREA CARRASCO, M.: Accidente de trabajo, responsabilidad empresarial y aseguramiento, Albacete (Bomarzo), 2007, págs. 24 y ss.

¹⁷⁸ SÁNCHEZ PARDO, I.: Evaluación de la efectividad de los programas de atención a drogodependientes en la empresa, Madrid (MAPFRE Medicina), 1994, pág. 143.

¹⁷⁹ Sobre su gestación y primeras fases, CABRERA, R.; MENCÍAS, F. y RÍO, P. A.: “Determinación de drogas de abuso en el medio laboral. Ejemplo de una gran empresa”, Medicina del Trabajo, Vol. 2, 1993, págs. 157–163. Una perspectiva acabada en CABRERO, E.; POSÉ, E. y LUNA, A.: “El abordaje de las

provocado por un acontecimiento trágico de importantes dimensiones del cual trascendió un abuso de sustancias como causa próxima¹⁸⁰, o los de algunas – pocas– empresas al calor de los informes concluyentes de sus servicios médicos (así ENSIDESA¹⁸¹ o Camp¹⁸²), debidos a exigencias normativas supranacionales (Iberia¹⁸³), manifestación específica de su objeto social (ONCE¹⁸⁴) o emulación de otras grandes competidoras del sector a partir de las estándares de la OIT y como política de responsabilidad social internacional (Telefónica¹⁸⁵).

Las muestras que toman ejemplo en el proceder de Telefónica, y van a encontrar magnífica expresión en el modelo de FCC–Medioambiente/Delegación Tarragona–Lleida¹⁸⁶, no dejan de sucederse en el tiempo, a través de una política preventiva pero con un poso igualmente sancionador, según cabe seguir si se espiga con cuidado en las resoluciones judiciales¹⁸⁷, porque si una nota caracteriza a estos programas es su falta de publicidad, permaneciendo como “normativa interna” a la que no acompaña nota al público alguna, e incluso en algunos supuestos en los cuales se ha podido acceder de manera informal a la documentación, consta la solicitud de omitir cualquier referencia¹⁸⁸, motivo por el cual se agradece el distinto proceder de quienes, como RENFE o FCC Medioambiente, hacen de su iniciativa un signo de imagen de buenas prácticas y permiten difundir y valorar su plan.

drogodependencias en el mundo laboral. Experiencias en el sector transporte”, Archivos de Prevención de Riesgos Laborales, Vol. 5, núm. 4, 2002, págs. 165–174. Más actual, MARTÍN SIERRA, J.: “Plan de acción contra las drogodependencia, alcoholismo y ludopatía en Renfe Operadora”, en AA.VV.: XXXVII Jornadas Nacionales de Socidrogalcohol. Oviedo 2010, en http://Socidrogalcohol.org/Documentos/Archivos_Historia_Jornadas_socidrogalcohol.pdf, págs. 68 y 69.

¹⁸⁰ Boletín “Drogas en el medio laboral”, núm. 1.

¹⁸¹ RON RODRÍGUEZ, J.: “Experiencia sindical sobre el tratamiento y prevención del alcoholismo en ENSIDESA” y ESTEVE, J. et alii: “Actuación en prevención y tratamiento de drogodependencia (alcoholismo) en ENSIDESA”, ambos en I Jornadas Internacionales sobre intervención sindical en drogodependencias, Madrid (ejemplar multicopiado), 1991.

¹⁸² PLANA ALMUNI, P. et alii: “Programa antialcohólico preventivo–asistencial en una empresa (Camp Benckiser S. A. y Camp S.A.)”, en AA.VV.: Libro de Ponencias Socidrogalcohol. XVIII Jornadas Nacionales, Barcelona (Socidrogalcohol), 1990, págs. 113 y ss.

¹⁸³ CABRERA FERNÁNDEZ, J. A.: “Las relaciones ley–convenio colectivo en un supuesto concreto: la Ley de Navegación Aérea y el V Convenio para Iberia LAE y sus tripulantes pilotos”, Temas Laborales, núm. 54, 2000, págs. 111–136.

¹⁸⁴ COMAS ARNAU, D.: “Alcohol, drogas ilegales y deficiencia visual. El caso de la ONCE”, Integración, núm. 1, 1989, pág. 32.

¹⁸⁵ A través del programa “Intervención prevenciónista en drogodependencias”, iniciado en 2003, DELGADO, F. y FERNÁNDEZ, A.: “Experiencia de un servicio de prevención y asistencia en problemas relaciones con el alcohol y otras drogas en el marco de los servicios médicos de empresa en la CTNE”, en AA.VV.: Actas del I Congreso Nacional de Medicina del Trabajo, T. II, Madrid (Ministerio de Sanidad y Consumo. Instituto Nacional de Salud), 1987, págs. 860 y ss.

¹⁸⁶ http://www.insht/Promocionasalud/Contenidos/.../20_2_FCC.pdf.

¹⁸⁷ Por solo mencionar dos ejemplos, sirva la referencia a las SSTSJ Madrid 28 abril y 23 mayo 2014 (JUR 168266 y 232963). Dando cuenta de avances de distinta entidad, en convenios colectivos como el de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, Fabricación de Tejas, Ladrillos y Piezas Especiales de Arcilla Cocida, General de la Construcción, de la Industria Azucarera, etc., MERCADER UGINA, J. R. y MUÑOZ RUIZ, A. B.: “El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales”, Aranzadi Social, T. V, 2002, págs. 887–904, que luego actualizan en “Buenas prácticas y normas futuras de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ SAIS, A., Coord.): Anuario de relaciones laborales en España, Vol. 2, Madrid (UGT), 2011, págs. 247–249.

¹⁸⁸ Impresión corroborada por otros autores cuando señalan que “la mera mención de la existencia de problemas relacionados con los consumos de drogas entre los trabajadores sigue generando entre los responsables de las empresas múltiples recelos, siendo bastante habitual que se niegue no sólo la existencia de actividades de carácter asistencial, sino que alguno de sus empleados presente o haya presentado este tipo de problemas”, SÁNCHEZ PARDO, L.: Evaluación de la efectividad de los programas de atención a la drogodependencia en el ámbito laboral, cit., pág. 54, con afirmaciones de gran interés que convendría ponderar con mesura en pág. 29. Importante la labor de rastreo primera abordada por CISCART BEÁ, M.: El despido por embriaguez y toxicomanía, cit., págs. 116–133.

Sin poder separarse de la perspectiva anterior –pues a menudo coexisten en la misma empresa–, cabe dar cuenta de aquellos otros programas estrictamente voluntarios que tratan de desarrollar el modelo de “empresa saludable”. Concepto no aquilatado con precisión, en todo caso supone ir más allá de la visión tradicional de las contingencias profesionales, para identificar y evaluar también factores de riesgo que pueden afectar a la salud de cualquier individuo con independencia de su condición de trabajador, al considerar algunos externos y relacionados con hábitos personales y actividades extralaborales que, no obstante, pueden llevar a accidentes de trabajo, al absentismo o a un presentismo improductivo.

Los perfiles de esta novedosa iniciativa, aún difusos, coinciden –se insiste– en la voluntariedad originaria para las empresas, al ir más allá de lo que demanda la norma, y acercarse –por vía de negociación colectiva casi siempre– al modelo americano de los Planes de Asistencia al Empleado –no en vano, en muchos casos, la nacionalidad de su matriz–, contando en ocasiones con el apoyo institucional de algunas Administraciones.

Entre los ejemplos de este proceder (y amén de algunos propósitos de futuro como el contenido en el Convenio de Fremap¹⁸⁹), cabría citar tres elocuentes¹⁹⁰:

- 1º. La iniciativa de General Motors¹⁹¹, entre cuyos objetivos básicos figuran los de “difundir entre todos los empleados información suficiente sobre los riesgos con la ludopatía y del consumo de alcohol y drogas para la salud” y “atender a las personas afectadas que muestren vivo y sincero interés de rehabilitación, guardando la necesaria confidencialidad que el tema requiere, y dirigiendo a éstos hacia las asociaciones y personas adecuadas para dar solución a sus problemas”. Añade el procedimiento a seguir con quien voluntariamente se adscriba al programa: “cualquier empleado (...) podrá solicitar su incorporación a dicho programa, demostrando su voluntad de seguir los tratamientos que le fueron marcados por los expertos. Para el seguimiento de dicho programa, y teniendo en cuenta la confidencialidad de su contenido, el comité de empresa designará un representante de cada central sindical, que junto con un representante del Departamento de Personal se reunirán de forma regular con los miembros del Departamento de Prevención responsables del mismo”.
- 2º. El planteamiento de la empresa Kiabi¹⁹² contempla planes con un enfoque preventivo que ponen en práctica medidas educativas, informativas y formativas destinadas a motivar la reducción y el uso inadecuado de drogas y promoción de hábitos saludables. Sus estrategias tienen naturaleza asistencial y voluntaria, actuando siempre a partir de la solicitud del afectado relativa a su incorporación a los programas específicos diseñados por el servicio de prevención con el objetivo de devolver la salud al sujeto y facilitar

¹⁸⁹ Convenio colectivo de Sociedad de Prevención de Fremap S. L. U (BOE 20 marzo 2014), cuyo art. 77 recoge el propósito de llevar a cabo protocolos de prevención de las drogodependencias en el ámbito laboral con la participación y acuerdo e la representación legal de los trabajadores.

¹⁹⁰ Más detalles e información MUÑOZ RUIZ, A. B.: “Empresa saludable y promoción de la salud en la negociación colectiva: más allá de la prevención de riesgos laborales”, Información Laboral, núm. 8, 2014, págs. 195–203.

¹⁹¹ Art. 30. Convenio Colectivo de la empresa General Motors España, S.L.U. (BOP Zaragoza 7 junio 2013).

¹⁹² Art. 43 Convenio Colectivo Kiabi España Ksce, S. A. (BOE 18 junio 2014).

la reincorporación con normalidad a su puesto con trabajo. Textualmente se afirma que la decisión de un empleado de acogerse a un programa de tratamiento de deshabituación lleva aparejada la concesión de una excedencia extraordinaria especial, sin necesidad de acreditar antigüedad alguna ni el carácter indefinido del contrato, asegurándosele la reincorporación inmediata a su puesto de trabajo al término del tratamiento, sin perjuicio de las sanciones que pudieran derivarse de otras faltas disciplinarias. Además se establece que cualquier iniciativa empresarial relacionada con la salud laboral y/o drogodependencias deberá ser consultada, con carácter previo, con los representantes de los trabajadores o, en su defecto, con el conjunto de la plantilla.

3. En fin, y en una muestra de la vis expansiva que han tenido en Estados Unidos, el Programa de Ayuda al Empleado de Levi Strauss España¹⁹³ se extiende a ofrecer al empleado asesoramiento confidencial y profesional para ayudarle a resolver sus problemas personales y profesionales, intentando reducir su impacto sobre el desempeño de sus funciones y mejorar el clima laboral, alcanzando no sólo a las adicciones, sino a otros en el lugar de trabajo (estrés, relaciones con los compañeros, etc.), personales (divorcio, relación con los hijos, etc.) o emocionales (depresión, divorcio, ansiedad, estrés, etc.).

2.3. Los deberes de información y formación

Contempladas en los arts. 18 y 19 LPRL como obligaciones independientes del empresario, la realidad muestra la profunda interdependencia de ambas, dada por el objetivo compartido de proporcionar un mejor conocimiento tanto del alcance real de los riesgos derivados del trabajo como de la forma de prevenirlos, lo cual hace normal su tratamiento conjunto no sólo en las normas reglamentarias encargadas de desarrollarlas, sino también en los convenios colectivos¹⁹⁴, e incluso en las resoluciones judiciales bajo el concepto más amplio de “instrucción”¹⁹⁵.

En el análisis aquí acometido procederá reiterar la distinción efectuada de partida: en tanto el consumo de alcohol, drogas y otras sustancias no es considerado un riesgo laboral, ninguna obligación jurídica pesa sobre las empresas de realizar acciones específicas de información y formación en la materia, aun cuando –según apuntan tanto la Estrategia estatal como los Planes nacional y autonómicos– su colaboración, muestra preclara de responsabilidad social, resulta fundamental en el objetivo público de afrontar un problema comunitario de envergadura, y parecería preciso insistir y elevar los niveles que muestran las encuestas a día de hoy¹⁹⁶; por el contrario, en las ocasiones en las cuales sí merezca aquella

¹⁹³ LEVI STRAUSS & CO. SPAIN: “Spain tool 1. Employee Assistant Program (EAP) / Programa de Ayuda al Empleado (PAE)”, en http://www.envhp.org/toolbox/pdf/091027109_Spain.1_Employee_Assistant_Program.pdf.

¹⁹⁴ MELÉNDEZ MORILLO–VELARDE, L.: La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva, Pamplona (Aranzadi), 2004, pág. 70; con multitud de ejemplos a lo largo de todo su extenso ensayo, GARCÍA MIGUÉLEZ, M. P.: Prevención de riesgos laborales: formación e información, Lisboa (Juruá), 2010, en particular págs. 177 y ss.

¹⁹⁵ SSTSJ Cantabria 23 enero 2003 (AS 1794), Cataluña 25 enero 2005 (AS 512), Comunidad Valenciana 1 marzo 2008 (AS 1532), País Vasco 23 marzo 2010 (AS 2747) o Andalucía/Sevilla 17 julio 2014 (AS 2468).

¹⁹⁶ OBSERVATORIO ESPAÑOL DE LA DROGA Y LAS TOXICOMANÍAS: Encuesta 2013–2014 sobre consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral en España, cit., págs. 44 y 45.

catalogación por el tipo de actividad, puesto de trabajo o condición subjetiva del empleado, las previsiones legales cobrarán toda su virtualidad y habrán de figurar expresamente dentro de la planificación preventiva de la empresa, como una más de las materias sobre las cuales ha de instruirse a los trabajadores.

Centrada la atención en este último supuesto, menester sentar que el deber de informar dista de cumplirse con la simple puesta a disposición de datos globales o genéricos¹⁹⁷, precisando de la necesaria concreción sobre el riesgo en su contexto específico¹⁹⁸ y llevando a seguir, además –y este es el elemento cualitativo diferencial entre ambas–, que “no agota la formación, aun cuando sea en sentido propio la derivación más perfecta de dicha obligación”¹⁹⁹, debiendo alcanzar a la necesaria aptitud o habilidad para desempeñar la actividad en apropiadas condiciones de seguridad²⁰⁰, lo cual supone no sólo la toma de conocimiento del riesgo de consumo de sustancias, sino también el aprendizaje para hacerles frente y, cuando las funciones desempeñadas así lo requieran, incluso, apreciar si los compañeros responden a igual patrón de abstinencia o no²⁰¹.

De ese modo, su adecuada cumplimentación en la empresa habría de sopesar los siguientes aspectos de interés:

- a) Dado su carácter especializado *ratione materiae*, se requerirá la impartición de ambas por personas técnicamente preparadas, del servicio de prevención propio o externo al que se le hubiere encomendado (u otros profesionales cualificados contratados al efecto), bajo el riesgo de incurrir en “insuficiencia cualitativa”²⁰².
- b) Siempre será menester diferenciar niveles entre los integrantes de la plantilla, que por lo general suelen llevar a una distinción entre los representantes y el resto de los trabajadores²⁰³. Amén de ellos, también parece oportuno, en este concreto aspecto, establecer variantes en punto a la información a transmitir, separando los mensajes dirigidos a todos los empleados (universal), específicos destinados a quienes ocupan los puestos con riesgos de siniestro grave (selectiva) o a cuantos pudieran ser calificados como especialmente sensibles por su conocida adicción (individual apropiada)²⁰⁴.

¹⁹⁷ STSJ Andalucía/Sevilla 10 abril 2014 (JUR 174581).

¹⁹⁸ SSTSJ Castilla y León/Burgos 11 febrero 2002 (AS 338).

¹⁹⁹ ATS 20 septiembre 2004 (JUR 301161) y, por su claridad, recogiendo cuantiosos precedentes en tal sentido, STSJ Andalucía/Sevilla 17 julio 2014 (AS 2468).

²⁰⁰ MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: “Información y formación de los trabajadores”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. Dir., y BARREIRO GONZÁLEZ, G., Coord.): La seguridad y la salud en el trabajo a través de los convenios colectivos de Castilla y León, León (Universidad de León), 2006, pág. 117.

²⁰¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “Información y formación de los trabajadores”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., Dir. y BARREIRO GONZÁLEZ, G., Coord.): Compendio de doctrina legal en materia de prevención de riesgos laborales, Valladolid (Junta de Castilla y León), 2007, págs. 87–89.

²⁰² Al respecto, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: “Formación e información sobre riesgos profesionales: una tipología judicial”, *Aranzadi Social*, T. V, núm. 6, 2012, págs. 127–129. Importante el parecer al respecto recogido en STS 12 junio 2013 (RJ 5770).

²⁰³ STSJ Castilla y León/Burgos 5 noviembre 2003 (JUR 186523/2004) y, con los pertinentes argumentos para tal diferencia, CAMAS RODA, F.: Las obligaciones del empresario en la normativa de prevención de riesgos laborales, Madrid (La Ley), 2002, pág. 137.

²⁰⁴ Sobre tal propuesta de separación, especialmente aconsejable el planteamiento del NATIONAL CENTER FOR EDUCATION AND TRAINING ON ADDICTION: Responding to alcohol and other drug issues in the workplace: an information and resource package, Adelaida (National Center for Education and Training Addiction), 2006.

Igual ocurre en punto a la formación que, demandando siempre una “razonable personalización”²⁰⁵, o una “intensidad variable en función de la magnitud del riesgo”, está llamada a cubrir desde su implantación un cuádruple grupo de destinatarios²⁰⁶: en primer lugar, la común o dirigida a toda la plantilla para saber manejar a nivel básico los supuestos de consumo de abuso; en segundo término, la destinada a los distintos agentes con responsabilidad específica en el plan (directivos y mandos intermedios, representantes unitarios y sindicales²⁰⁷, delegados de prevención y comité de seguridad o salud, etc.²⁰⁸); en un tercer nivel a los destinatarios de la información selectiva o individual acomodada a sus concretas funciones o su singular sensibilidad²⁰⁹; por último –y no menos importante–, la destinada a cuantos actúan como técnicos de prevención, y en especial a los miembros encargados de la vigilancia de la salud integrada en el servicio de prevención, quienes, habrán de actualizar su propia preparación en orden a poder efectuar una detección precoz, realizar un diagnóstico correcto, usar de manera apropiada los recursos disponibles para un primer abordaje y desempeñar las labores de seguimiento²¹⁰.

- c) Su carácter periódico²¹¹, como “vía óptima de recuerdo para erradicar malos hábitos”²¹², cuya necesidad, si bien puede atemperarse en función de la experiencia, veteranía y cualificación profesional del empleado (de ahí el inciso a su reiteración sólo “si fuere necesario”²¹³), requerirá en todo caso actualización cada vez que varíe la situación, fundamentalmente por mor de cambios de funciones²¹⁴.
- d) En fin, constituyendo un derecho básico del trabajador cuyo coste debe asumir el empresario también en tiempo de trabajo²¹⁵, procede no olvidar tampoco –aun cuando el art. 29 LPRL guarde silencio al respecto– que supone, al tiempo, un deber al que habrá de dedicar la misma diligencia que

²⁰⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: “Formación en materia de prevención de riesgos laborales”, en AA.VV. (OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M. R. y RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., Coord.): La prevención de riesgos laborales. Aspectos claves de la Ley 31/1995, cit., pág. 301.

²⁰⁶ CC.OO.: Orientaciones sobre intervención sindical en drogodependencias, Madrid (Secretaría Confederal de Salud Laboral. Departamento de Drogodependencia de CC.OO.), 2009, pág. 128.

²⁰⁷ Precisiones importantes al respecto en SAN 16 octubre 2014 (JUR 261779).

²⁰⁸ Sobre el programa “formador de mediadores” de RENFE, CABRERO, E.; POSÉ, E. y LUNA, A.: “El abordaje de las drogodependencias en el mundo laboral. Experiencias en el sector transporte”, cit., pág. 35.

²⁰⁹ RIVERO LAMAS, J. y DEL VAL ARNAL, A. L.: “Artículo 19. Formación del trabajador”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N., Coords.): Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios, Granada (Comares), 2004, pág. 179; en los Tribunales, por todas, STSJ Galicia 27 junio 2013 (AS 2033).

²¹⁰ BASTIDA, N.: “Problemas laborales asociados al consumo de alcohol”, Adicciones, Vol. 14, núm. 1, pág. 249.

²¹¹ Sobre tal implicación, STSJ Castilla y León/Valladolid 11 abril 2005 (JUR 99452).

²¹² STSJ Castilla y León/Valladolid 18 noviembre 2003 (AS 762/2004).

²¹³ Una extensa muestra del juego de este elemento modulador en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “Información y formación de los trabajadores”, cit., pág. 92, notas 277–282.

²¹⁴ SSTSJ, Contencioso–Administrativo, Andalucía/Granada (JUR 66543) o Murcia 21 febrero 2003 (JUR 109/2004). Al respecto, SAGARDOY DE SIMÓN, I.: “Comentario al art. 19”, en AA.VV. (IGLESIAS CABERO, M., Coord.): Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, cit., pág. 113 o FERREIRO REGUEIRO, C.: “Artículo 19. Formación de trabajadores”, en AA.VV. (CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F., Coords.): Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Granada (Comares), 1998, págs. 93 y 94.

²¹⁵ Una lectura de esta obligación estrictamente empresarial en todas sus manifestaciones en STS 20 diciembre 1999 (AS 876/2000) y SSTSJ Galicia 27 junio 2013 (AS 2033) y Cataluña 26 septiembre 2014 (AS 3043).

al trabajo para obtener el debido provecho²¹⁶, con las consecuencias obvias derivadas de no hacerlo así, que no sólo se traducirán en eventuales medidas disciplinarias, sino también en el grado de imprudencia cuando se trate de medir la responsabilidad del empresario en los siniestros acaecidos bajo los efectos del alcohol, drogas y otras sustancias²¹⁷.

2.4. Régimen de responsabilidades: calificación del accidente, recargo de prestaciones de la Seguridad Social y responsabilidad civil

Al comienzo de la exposición se ha sentado que uno de los argumentos para no considerar el consumo de alcohol, drogas y otras sustancias como riesgo laboral radicaba en que, después de un exhaustivo examen de las resoluciones judiciales que han abordado el “arquetipo”²¹⁸ de responsabilidad en este punto, la administrativa por incumplimiento empresarial del deber de seguridad ahora –que no originalmente– recogido en los arts. 11 a 13 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, no ha sido posible encontrar uno sólo en el cual el empleador haya sido sancionado por no planificar el abordaje de tal materia²¹⁹. Se afirmaba entonces, y ratifica ahora, que ello constituye un índice más que significativo del autorizado criterio de la Administración –Inspección de Trabajo en particular–, de los Tribunales y de los propios operadores jurídicos, lo cual, por supuesto, tiene su correlato en que tampoco haya dado lugar nunca a responsabilidad penal.

Sin necesidad, pues, de mayor comentario a ese respecto²²⁰. Con todo, y según es conocido, en la exacción de responsabilidad por los daños que pudiera sufrir o causar un empleado a partir de un accidente motivado por su intoxicación cohabitan otros mecanismos, amén de los de naturaleza pública²²¹, como son el recargo sobre cuantas prestaciones de Seguridad Social traigan causa en un accidente de trabajo cuando la lesión venga provocada por algún incumplimiento empresarial de la normativa de prevención; a su lado, la responsabilidad civil de naturaleza privada por los daños y perjuicios eventualmente sufridos por el empleado.

²¹⁶ Por extensor CANO GALÁN, Y.: “La formación en prevención de riesgos laborales: su configuración como deber de los trabajadores”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 53, 2004, págs. 203–208.

²¹⁷ GARCÍA MIGUÉLEZ, M. P.: Prevención de riesgos laborales: formación e información, cit., págs. 186 y 187.

²¹⁸ Así calificada con acierto y firme apoyo por TASCÓN LÓPEZ, R.: “Responsabilidad laboral y civil por el daño causado a partir del riesgo psicosocial”, en AA.VV.: La tutela reparadora de los riesgos psicosociales, Lisboa (Juruá), 2010, págs. 223 y 224.

²¹⁹ Un amplísimo y detallado repaso de más de un centenar de pronunciamientos tomando el detalle de las más variadas omisiones preventivas en QUIRÓS HIDALGO, G.: “Responsabilidad administrativa”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., Dir. y BARREIRO GONZÁLEZ, G., Coord.): Compendio de doctrina legal en materia de prevención de riesgos laborales, cit., págs. 274–283, notas 976–1015.

²²⁰ Sirva el reenvío a los cuidadosos matices que pudieran presentar una vinculación indirecta, por incumplimiento de otras obligaciones, como el no ofrecimiento de reconocimientos médicos obligatorios, la adscripción a puestos incompatibles con su estado de salud conocido, desconocimiento de deberes de información a los representantes, etc., llevada cabo por FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B.: La responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud en el trabajo, Cizur Menor (Aranzadi/Thompson), 2014, págs. 40–61.

²²¹ Sobre su distinta finalidad, y– por cuanto ahora importa– diferente vinculación a la obligación laboral, el análisis jurisprudencial que en su momento– pero con pleno vigor– realizó GARCÍA MURCIA, J.: Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, Pamplona (Aranzadi), 1997, quien luego la actualizó, con abundantes ejemplos incorporados, en Jurisprudencia sobre responsabilidad y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, Pamplona (Aranzadi), 2002, págs. 21 y ss.

En estas dos últimas la presencia de un trabajador bajo los efectos del alcohol, drogas y otras sustancias va a plantear una cuestión nuclear, cual es la de elucidar si tal circunstancia supone o no una imprudencia temeraria capaz de romper el nexo de causalidad imprescindible para, primero, poder apreciar la presencia de una contingencia de carácter laboral y, segundo –sólo cuando así se haya calificado–, hacer responsable al empresario e imponerle, ya esa sanción de carácter híbrido que es el recargo, ya la indemnización derivada de su culpa in vigilando, ya ambas, pues su distinta naturaleza podría llevar –de forma ciertamente incoherente²²²– a hacer pesar las dos sobre el empleador.

2.4.1. La calificación del siniestro acaecido en el lugar de trabajo o con motivo de la actividad laboral cuando el trabajador se encontraba bajo los efectos del alcohol, drogas u otras sustancias.

Mientras que si las manifestaciones relevantes para la Seguridad Social derivadas del consumo de alcohol, drogas y otras sustancias tienen lugar sin conexión con la actividad laboral casi siempre transcurren por el camino pacífico (salvo supuestos como las muertes producidas por sobredosis²²³) del accidente no laboral o de la enfermedad común, la perspectiva cambia y se torna especialmente polémica cuando el siniestro bajo tales circunstancias acaece en el ámbito laboral. Ha lugar en tales supuestos a una compleja relación dialéctica entre las previsiones contenidas en los apartados 3 y 4 b) del art. 115 LGSS, articulada de manera tal que la contenida en el primero juega como regla y la recogida en el segundo como calificada excepción. Por tanto, y en principio, “se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y lugar de trabajo”; no obstante lo cual –y con la prueba en contrario que ha de aportar el empresario–, quedarán excluidos “los que sean debidos a dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado”.

²²² Tal incoherencia es patente de sopesar que, si se considera el recargo como sanción, debería ser incompatible con la responsabilidad administrativa, a riesgo de conculcar el principio non bis in idem; si mera indemnización, con la responsabilidad civil, pues de lo contrario podría provocar un enriquecimiento injusto. El planteamiento, todo un clásico, en los magníficos términos en que lo hace RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “Trabajo y medio ambiente”, Relaciones Laborales, núm. 14, 1995, pág. 102 o CASAS BAAMONDE, M. E.: “Derecho Público y salud laboral: régimen sancionador”, en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M. E.; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y VALDÉS DAL-RÉ, F., Coords.): Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo Derecho de Prevención de Riesgos Laborales, Madrid (La Ley-Actualidad), 1997, pág. 137.

²²³ Pues hubo de intervenir el Tribunal Supremo para, excepcionando su propia doctrina (a tenor de la cual, cuando se está en presencia de padecimientos en principio de naturaleza común y producidos fuera del trabajo, el resultado no puede llevar a la conclusión de una calificación como accidente no laboral, porque entonces se llegaría “al absurdo de calificar como accidente no laboral cualquier fallecimiento que se produjera súbitamente, abstracción hecha del medio y circunstancias que le rodean”, STS 15 noviembre 1999– RJ8523–), sentar que la muerte por sobredosis debe calificarse como accidente laboral y no como enfermedad común (STS 27 mayo 1998– RJ 5700– o 22 septiembre 1998– RJ8549–), en cuanto, sobrevenida la muerte “después de un pinchazo reciente con aguja hipodérmica (...) [cabe apreciar una] causa externa, como puede ser la ingestión de una droga que por circunstancias de exceso de cantidad provoca una reacción inusual en el organismo que conduce a la muerte (...) por una embolia pulmonar” (STS 22 octubre 1999– RJ 8738–). En consecuencia, no se aprecia que el fallecimiento trajera causa a resultados de un deterioro psicofísico desarrollado de forma paulatina que pudiera derivar de su acreditada situación patológica previa de drogadicción, sino “que la causa del óbito, repentino e imprevisto, fue directamente producido por una concreta causa externa como puede ser la ingestión de una droga que por circunstancias de exceso de cantidad o defecto de calidad provoca una reacción inusual en el organismo que conduce a la muerte del afectado” (STS 27 noviembre de 2002– RJ 1932/2003–). Dando cuenta del proceso de asentamiento de esta doctrina, RIVAS VALLEJO, P.: “Prestaciones por muerte y supervivencia: últimas tendencias jurisprudenciales”, Aranzadi Social, T. V, 2000, págs. 885 y 886.

De este modo (y aclarando de antemano que el apartado 2º f) del precepto comentado hace correr la misma suerte a “las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente”²²⁴), la clave radicará en valorar si el estado de intoxicación en que se sitúa el empleado supone incurrir en conducta temeraria o no y, en función de tal condicionante, hacer que opere la presunción de laboralidad o ésta quede destruida a través de la actividad probatoria y el accidente merezca ser calificado como de trabajo. Cuestión de enjundia y, además, especialmente refractaria a la ordenación conceptual, mucho más desde que deja de existir el Tribunal Central de Trabajo y asumen su función los Tribunales Superiores de Justicia; decisión a la que sigue la desaparición de la casación ordinaria y la ocupación de su lugar por el recurso extraordinario de casación para la unificación de doctrina. Las pautas que antaño fijara el Tribunal Supremo siguen –obviamente– vigentes, pero la suplicación como recurso último aboca en la práctica a muy dispares criterios entre los órganos jurisdiccionales autonómicos. Con tales advertencias de partida cabe aspirar, no obstante, a una exposición del estado de la cuestión que pasaría por considerar cómo:

- 1º. La imprudencia temeraria nunca se presume, sino que ha de demostrarse su concurrencia en el caso concreto por quien la opone como hecho excluyente del accidente²²⁵; en tanto excepción a la regla, además, debe ser objeto de interpretación restrictiva²²⁶. Por tal motivo, nunca podrá asentarse en “suposiciones, valoraciones o apreciaciones personales”²²⁷, ni afirmarse cuando mediara incertidumbre sobre si realmente el alcohol y las drogas fueron la causa –y no otra– del accidente²²⁸.

²²⁴ Incluyendo los términos de la última jurisprudencia ampliadora que para el caso de alcoholismo recoge la STS 4 febrero 2015 (RJ 1380).

²²⁵ Así lo sentaron ya, respecto a la influencia de alcohol en el siniestro, las veteranas SSTS 11 octubre 1952 (RJ 1976)– en la cual los restos de alimentos encontrados en el estómago tenían olor vinaceo y concurrían en persona con los estigmas propios de personas alcohólicas– y 11 octubre 1961 (RJ 3434) – donde se encuentra gran cantidad de alcohol en la cavidad abdominal del difunto–. Con carácter general, para el supuesto de alto consumo de alcohol, la frecuentemente recordada STS 15 febrero 1965 (RJ 3434).

²²⁶ Con abundantes ejemplos, MATEO CARUANA, M. J.: “El alcance de la presunción contenida en el art. 115.3 de la LGSS y la calificación como laborales de los accidentes acaecidos en el lugar y durante el tiempo de trabajo”, *Aranzadi Social*, núm. 13, 1999, pág. 50. Quizá no hasta el punto de llegar a afirmar la prioridad del art. 115.3 sobre el art. 115 como “una manifestación más del carácter social que impera en las relaciones laborales, el de necesidad de proteger al trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales”, porque supone asumir que ingestar alcohol es una “propia imprudencia profesional”, STSJ Galicia 5 octubre 2011 (AS 15/2012).

²²⁷ Para un supuesto en el que se acredita que el trabajador había ingerido dos whiskies, negando que ello suponga que la causa del accidente fuera la embriaguez, pues “su incidencia en el estado físico y psíquico del sujeto depende de variadísimas circunstancias que no fueron analizadas”, STSJ Canarias/Las Palmas 28 julio 1998 (AS 339).

²²⁸ Pues, a pesar de haberse caído de un andamio, no cabe imputar a la alta tasa de alcoholemia tal caída, que bien pudo obedecer a una pérdida de equilibrio o un resbalón [STSJ País Vasco 22 febrero 2000 (AS 773), comentada por RÍOS MESTRE, J. M.: “Accidente de trabajo y culpa del trabajador”, en AA.VV. (DOMBLÁS, M. A. y FERNÁNDEZ BARAIBAR, M., Coord.): *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Cizur Menor (Aranzadi), 2007, págs. 641–651]; no se acredita que el desvanecimiento guarde relación el consumo de alcohol [STSJ Galicia 5 octubre 2011 (AS 15/2012), comentada por ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Accidente de trabajador agrario en el lugar de trabajo con presencia de alcohol en sangre: ¿es de trabajo?”, *Aranzadi Social*, T. V, núm. 4; 2012, págs. 39–44]; no se ha probado qué cantidad de alcohol se había ingerido y el trabajador no presentaba comportamiento anómalo en relación con su conducta habitual [STSJ Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 30 diciembre 1994 (AS 4957)]; no se demuestra que el consumo de estupefacientes tuviera tal entidad como para distorsionar su conciencia, concentración o prudencia, por lo que el accidente pudo obedecer a otra causa [STSJ Andalucía/Sevilla 27 febrero 2013 (JUR 150231)]; en fin, y constatando siempre que, bien la tasa de

2º. Para aquilatar la noción de imprudencia temeraria habrá de tenerse en cuenta, a modo de premisa de partida, que “no tiene en este ámbito del ordenamiento la misma significación que en el ámbito penal, pues en el primer caso el efecto que provoca su concurrencia es la pérdida de protección cualificada de un riesgo específicamente cubierto, en tanto que en el Derecho Penal tiende a proteger al colectivo social de los riesgos causados por los imprudentes”²²⁹. Emancipación, por tanto, que llama a no exigir el rigor para apreciarla que demanda el ordenamiento penal²³⁰ y, también, que su análisis en la rama social del Derecho haya “de pasar forzosamente por el examen de elementos personales que, además, excluyan la existencia de las demás modalidades de imprudencia, incluida la profesional”²³¹.

De este modo, teniendo en cuenta el factor subjetivo y las circunstancias en presencia, el concepto de imprudencia temeraria se construye siempre en relación con la imprudencia profesional [cuya presencia no enerva la consideración de accidente de trabajo ex art. 114.5 a) LGSS] y de la simple, para una graduación de la actuación imprudente en función del riesgo asumido. En tal sentido, y en formulación clásica permanentemente invocada, cabe apreciar imprudencia temeraria en el trabajador “cuando con su actuar esté poniendo de manifiesto que, consciente de la situación en que se encuentra, acepta, por su propia voluntad, la realización de un acto arriesgado e innecesario para su actividad laboral y que lleva a cabo con menosprecio de cualquier cuidado que le aconsejase su evitación, faltando a las más elementales normas de prudencia. [Por su parte, la profesional sería] aquella en que se incurre cuando el trabajador, ante la inminencia del riesgo que acompaña su actuación, se cree capaz de superarlo con la propia capacidad y habilidad personal, o no le ha prestado la debida atención, por hallarse atenuada su voluntad, y en su caso sus movimientos reflejos, por la propia repetición del mismo acto, la facilidad con que en otras ocasiones lo ha superado fácilmente o porque confiaba en su suerte que le permitiría superarlo sin daño personal”²³². Delimitación conceptual que, en aquella etapa de construcción, encuentra otras muestras, las cuales la definen como “inexcusable imprevisión del siniestro (...) sin manifestaciones las más elementales medidas de precaución que el hombre menos previsora adoptaría”²³³; “una imprudencia de gravedad excepcional, que no está justificada por motivo legítimo y comporta una

alcohol no era determinante, bien que pudo obedecer a otras causas distintas a su ingesta, entre muchas más, SSTSJ Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 30 diciembre 1994 (AS 4957) o 27 diciembre 1996 (AS 4778), Extremadura 2 enero 2000 (AS 1250), Cantabria 18 abril 2001 (AS 2313), Comunidad Valenciana 16 septiembre 2008 (AS 3016), Baleares 22 septiembre 2008 (AS 2609), Andalucía/Granada 14 enero 2009 (AS 1742), Cataluña 26 julio 2012 (JUR 345688) y 2 marzo 2015 (JUR 10960) o Galicia 5 octubre 2011 (AS 15/2002) y 20 mayo 2014 (AS 2343).

²²⁹ Sobre la base de cuanto afirmara la STS 10 mayo 1988 (RJ 3595), STS 18 septiembre 2007 (RJ 8446).

²³⁰ “Aunque pueden servir de norma para la interpretación, la configuración de los conceptos de dolo e imprudencia del Código Penal– de carácter más rígido, severo e inflexible, y que por propia naturaleza rechazan la aplicación de la analogía–, los mismos no son enteramente extrapolables al ámbito configurador del accidente de trabajo en la LGSS”, STSJ Castilla y León/Burgos 25 febrero 2015 (JUR 83038).

²³¹ STSJ 23 enero 2007 (RJ 2048). En la doctrina, BALLESTER PASTOR, M. A.: Significado actual del accidente de trabajo in itinere: paradojas y perspectivas, Albacete (Bomarzo), 2007, pág. 63.

²³² En formulación contenida en STS 20 septiembre 1975, cuyo tenor reproducen muchos pronunciamientos en los cuales cuanto se enjuicia es el consumo de alcohol y/o drogas como posible imprudencia temeraria; entre otros, los contenidos en SSTSJ Cantabria 19 julio 2001 (AS 3052), Andalucía/Granada 2 diciembre 2003 (AS 4206), Castilla-La Mancha 2 octubre 2006 (AS 3085) o Andalucía/Sevilla 27 febrero y 19 septiembre 2013 (JUR 150231 y 328511).

²³³ STS 10 diciembre 1968 (RJ 5611).

clara conciencia de peligro²³⁴; “se hayan omitido las más elementales precauciones en la ejecución de dicho acto causal realizándolo con desprecio del riesgo cierto que del mismo deriva²³⁵; el trabajador, “excediéndose del comportamiento normal de una persona, con un riesgo innecesario que ponga en peligro la vida o los bienes conscientemente o, consciente y voluntariamente, contraría las órdenes recibidas por el patrono o las más elementales normas de precaución, prudencia y cautela exigible a toda persona normal²³⁶; por no seguir, “excede de la mera imprudencia grave o con infracción de reglamentos y (...) se trata de una imprudencia de tal gravedad que notoriamente revela la ausencia de la más elemental precaución, sometiéndose el trabajador de forma inmotivada, caprichosa y consciente a un peligro cierto, asumiendo riesgos manifiestos, innecesarios y especialmente graves ajenos a la conducta usual de las gentes²³⁷.”

Sirva tan extensas muestras en el intento de aquilatar el concepto a un doble propósito: de un lado, dejar constancia del alto grado de abstracción, acudiendo a términos tan generales que realmente el deslindar la imprudencia profesional de la temeraria dista de ser tarea sencilla en muchos casos, pues según se incida en unos u otros la valoración del juzgador podrá inclinarse en cualquiera de los dos sentidos; en segundo término que, conforme pasa el tiempo –de ahí su rigurosa ordenación cronológica–, este grado de abstracción va disminuyendo en búsqueda de criterios menos extremos y más operativos. No puede extrañar, por tanto, que tal acervo histórico del cual se hace continua mención haya sido remozado y trocado en otra acepción más moderna y funcional a partir de la cual la imprudencia temeraria “presupone una conducta en la que su autor asume riesgos manifiestos, innecesarios y especialmente graves ajenos al usual comportamiento de las personas, en otras palabras, puede concebirse como el patente y claro desprecio del riesgo y de la prudencia más elemental exigible²³⁸; por su parte, la profesional aludiría a aquella que ha lugar ante la confianza en que la capacidad y habilidad personal y la experiencia y cualificación profesional permita superarla, habiéndose sentado que no puede considerarse profesional, “por falta de conciencia de la gravedad del riesgo, la minusvaloración de éste o el error en el modo de evitarlo cuando la persona llega a estas valoraciones en contra del parecer habitual del común de las personas²³⁹.”

Precisión ésta que dota de un parámetro objetivo de medida de especial interés cuando hace referencia al consumo de alcohol y drogas, permitiendo interrogarse, a la luz de las circunstancias en presencia (sobre todo el puesto de trabajo desempeñado) y de los usos y costumbres considerados normales, si tal ingesta obedece o no al patrón que cabe esperar de la diligencia del trabajador o, por el contrario, supone un incremento sensible del riesgo que cualquier persona media

²³⁴ SSTS 6 junio 1971 (RJ 1350) y 4 marzo 1975 (RJ 1042).

²³⁵ STS 23 octubre 1971 (RJ 4690), a cuyo criterio se acoge, por ejemplo, la STSJ Cataluña 9 octubre 2014 (JUR 297806).

²³⁶ STS 16 julio 1985 (RJ 3787), bajo cuyo patrón construye su argumento, por ejemplo, la STSJ Castilla y León/Burgos 25 febrero 2015 (JUR 83038).

²³⁷ STS 10 mayo 1988 (RJ 3595), norte inspirador para pronunciamientos como los contenidos, por ejemplo, en SSTSJ Andalucía/Granada 2 diciembre 2003 (AS 4206), Andalucía/Sevilla 27 febrero 2013 (JUR 150231) o Cataluña 9 octubre 2014 (JUR 297806) y 20 marzo 2015 (JUR 156965).

²³⁸ STS 18 septiembre 2007 (RJ 8446), consolidada en STS 22 enero 2008 (RJ 2076).

²³⁹ Extraordinariamente sugerente el razonamiento contenido en uno de los pronunciamientos con mejor fundamentación dogmática, en referencia a la STSJ País Vasco 15 diciembre 2004 (JUR 66941).

apreciaría, siempre –se repite– teniendo presente que aquí no cuenta tanto la confianza del empleado en su capacidad, habilidad, experiencia o facilidad con que otras veces ha realizado sus tareas bajo tales efectos (pues en el estado de euforia que tales sustancias provoca es posible que la confianza del afectado aumente), cuanto lo que usualmente los demás trabajadores considerarían una conducta de riesgo²⁴⁰.

Incluso existen razones para ir más allá y, siguiendo a uno de quienes más ha estudiado el tema, considerar que no cabe seguir acudiendo, como continúan haciendo muchos Tribunales, a “la utilización de categorías demasiado maximalistas, demasiado apegadas a conceptos demasiado grandilocuentes. Desde este prisma la única imprudencia que priva de consideración laboral es aquélla cercana al dolo penal, y esa interpretación no es la querida por el orden laboral. Esto más que una imprudencia es un actuar consciente del trabajador, que es una categoría mayor de responsabilidad laboral. A pesar de afirmar (...) que la categoría de imprudencia temeraria social es diferente de la penal, se acoge un criterio muy parecido a la segunda, probablemente por el empleo de esa jurisprudencia tan arraigada que equipara la temeridad con el desprecio absoluto de la vida propia y de las normas más elementales de seguridad”²⁴¹.

3º. La propuesta precedentemente expuesta de juzgar la repercusión del alcohol y las drogas sobre el accidente a partir del criterio dado por la asunción de un riesgo con su ingesta que sea manifiesto y al margen de la conducta usual, bajo la consideración abstracta del ciudadano normal o del creer y proceder de los compañeros de profesión, ha tratado de concretarse en numerosas ocasiones a partir de la cuantía de lo consumido, en el entendimiento de que a partir de un cierto umbral existe ese claro riesgo para que el trabajador pueda desarrollar su actividad, en realidad cualquier actividad, aun cuando según profesiones y sectores productivos el canon debería ser mucho más estricto.

De hecho este fue un tema capaz de dividir a los Tribunales a un punto tal que el Tribunal Supremo se vio forzado a establecer –si bien lo hizo de manera incidental, en un supuesto en el que resolvía una vez más la inadmisión del recurso de unificación de doctrina– cómo “ha de indicarse que inicialmente la Sala no puede hacer una declaración general (...) sobre si una determinada tasa de alcoholemia puede configurarse como la imprudencia que rompe la relación de causalidad. La imprudencia se configura en relación con las circunstancias de hecho que se dan en cada supuesto litigioso y esas circunstancias concurrentes son de apreciación judicial inicial del juzgador en cada caso concreto, para determinar si existe o no la causa de exclusión de la presunción de laboralidad”²⁴². No niega, por tanto, que bajo la regla de la sana crítica los órganos judiciales puedan asentar en un umbral determinado o aproximado su *ratio decidendi* fundamental; pero, por otra parte, deja plena libertad a cuantos prefieran prescindir totalmente de tal elemento probatorio para priorizar cualquier otro.

²⁴⁰ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “Las ampliaciones legales del concepto de accidente de trabajo”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 161, 2014, pág. 72.

²⁴¹ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Accidente de trabajador agrario en el lugar de trabajo con presencia de alcohol en sangre: ¿es de trabajo?”, cit., págs. 43 y 44.

²⁴² STS 31 marzo 1999 (RJ 3780); pronunciamiento que de vez en cuando reproduce el Alto Tribunal para recordar cuál es su criterio, como, por ejemplo, lo hace con contundencia en la STS 23 enero 2007 (RJ 2048).

De este modo, aquella división perdura y cabe descubrir numerosos pronunciamientos en los cuales es la altísima concentración de alcohol –a veces en unión de otros factores concurrentes– la razón principal para considerar que existe una imprudencia temeraria, al crear un riesgo intrínseco para la profesión, en tanto el trabajador habría de ser consciente de que tal abuso incidiría de manera muy negativa en su capacidad física o psíquica²⁴³. En cambio, se entiende que no puede ser apreciada la excepción a la presunción de laboralidad, no únicamente cuando juzgan que la cantidad tomada no es significativa (el informe toxicológico la cuantifica como “0,10 mg/ml, diagnóstico intoxicación severa. 3,5” y, por tanto, sólo susceptible de producir “un estado de suave euforia”²⁴⁴), sino también cuando supera levemente la tasa de 0,5 gr/l (o bien 0,8 tomando en consideración la normativa de tráfico anterior²⁴⁵) e, incluso –por sólo acudir a los ejemplo más extremos–, la triplica o cuadruplica²⁴⁶. Los argumentos son muy variados a la hora de negar la temeridad, pero podrían ser condensados en los seis siguientes: el carácter excepcional con que debe apreciarse esta causa a tenor del patrón exigente que ha mantenido el Tribunal Supremo, no pudiendo acreditarse que con tal consumo abusivo tuviera intención de poner en peligro su vida o los bienes de la empresa²⁴⁷; el hecho de que la ingesta pudo producirse en varias horas y, por tanto, podía tratarse de un consumo que no fuera actual²⁴⁸; la falta de aportación de otras circunstancias adicionales a través de las cuales corroborar el mal estado físico o mental del trabajador²⁴⁹; el desconocimiento de la verdadera causa por la que se produjo el siniestro, al constar únicamente el dato de la intoxicación y concurrir otras que también pudieran haberlo provocado²⁵⁰; el testimonio de compañeros sobre la ausencia de indicios de consumo o la falta de vigilancia del empresario para comprobar su estado²⁵¹; en fin, el resultar “insuficiente a tal efecto el único dato que objetiva el índice de alcohol en sangre, ya que debe tenerse en cuenta la tolerancia al alcohol del trabajador, su tamaño, peso etc., por ello debe complementarse con el diagnóstico clínico, o lo que es lo mismo, con los datos testificales sobre su comportamiento, conducta y estado para formar un juicio”²⁵².

²⁴³ Por sólo mencionar algunos ejemplos con las tasas que ponderan medidas en gramos/litro: 2,45 en STSJ Cataluña 30 mayo 1997 (AS 1972); 1,8 en STSJ Cantabria 20 mayo 1998 (AS 2081); 2,32 en STSJ Andalucía/Sevilla 15 abril 1999 (AS 167/2000); 3,17 en STSJ Madrid 18 septiembre 2006 (AS 3428); 3,1 en STSJ Asturias 25 mayo 2007 (JUR 277326); 3 en STSJ Comunidad Valenciana 2 octubre 2007 (JUR 8337/2008); 1,66 en STSJ Galicia 11 abril 2008 (AS 1653); 2,73 en STSJ Murcia 24 marzo 2009 (JUR 222481); 2,31 en STSJ Castilla-La Mancha 30 marzo 2012 (JUR 146473) o 1,94 en STSJ Cataluña 2 marzo 2015 (JUR 10960).

²⁴⁴ STSJ Galicia 5 octubre 2011 (AS 15/2012).

²⁴⁵ Por ejemplo, 05, gr/l en STSJ Madrid 24 septiembre 2010 (JUR 368344), 0,72 en STSJ Aragón 8 octubre 2013 (JUR 16016/2014) o 0,8 en STSJ Galicia 20 mayo 2014 (AS 2343).

²⁴⁶ Así, entre más, 2,02 gr/l en STSJ Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 30 diciembre 1994 (AS 4937), 1,99 en STSJ País Vasco 22 febrero 2000 (AS 773), 3,55 en STSJ Cataluña 8 octubre 2004 (JUR 314273), 1,20 en STSJ Cantabria 22 marzo 2006 (JUR 137426) o algo menos de 2 gr/l en STSJ Comunidad Valenciana 16 septiembre 2008 (AS 3016)). Superando en todo caso el 1,5, en SSTSJ Cataluña 10 abril 2000 (AS 2161), 30 mayo 2001 (AS 2603) y 11 junio 2002 (JUR 224710), Cantabria 19 junio 2001 (AS 3053) o Andalucía/Granada 2 diciembre 2003 (AS 4206).

²⁴⁷ STSJ Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 30 diciembre 1994 (AS 4957) o 27 diciembre 1996 (AS 4728).

²⁴⁸ STSJ Galicia 20 mayo 2014 (AS 2343).

²⁴⁹ SSTSJ Galicia 22 junio 2005 (AS 4206) o Aragón 8 octubre 2013 (JUR 16016/2014).

²⁵⁰ SSTSJ País Vasco 22 febrero 2000 (AS 773) o Galicia 5 octubre 2011 (AS 15/2012).

²⁵¹ SSTSJ País Vasco 22 febrero 2000 (AS 773) o Galicia 20 mayo 2014 (AS 2343).

²⁵² STSJ Comunidad Valenciana 16 septiembre 2008 (AS 3016).

Los supuestos de policonsumo habrían de resultar más claros, en tanto “evidente que la mezcla de dos o más sustancias tiene una mayor repercusión en la merma de capacidad de reflejos y facultades”²⁵³; sin embargo, ni siquiera en ellos es seguro, cuando no pueda acreditarse que “el grado de consumo tuviera tal entidad [aun cuando los datos muestren una alta concentración en sangre y orina] que distorsionase la conciencia, concentración o prudencia” y , en todo caso –retomando una de las posibles perspectivas la más clásicas del Tribunal Supremo–, “no consta la intención” del trabajador de provocar el siniestro²⁵⁴.

En fin, la cantidad de droga encontrada en el análisis es importante cuando ésta forma parte de un tratamiento psiquiátrico: si el trabajador siniestrado muestra tal consumo en el informe toxicológico, pero éste se mantiene dentro del porcentaje terapéutico pautado, no habrá lugar a considerar la existencia de imprudencia temeraria y, por consiguiente, el accidente será considerado laboral²⁵⁵.

4º. Si indudablemente el consumo de alcohol y drogas durante la prestación laboral y los accidentes de tráfico son, por separado, los principales ámbitos donde se ha tratado en vía judicial la imprudencia temeraria como causa de la ruptura de la presunción del art. 115.3, fácil es colegir que, cuando ambos confluyen en la persona de quien conduce por razones de trabajo, las invocaciones de aquélla crezcan de manera exponencial y surjan algunas cuestiones a añadir a las ya planteadas²⁵⁶. De esta modo, la existencia de un umbral a partir del cual la normativa de tráfico considera delito conducir bajo los efectos del alcohol o las drogas ha llevado a que sean muchas las sentencias considerando que superarlo es, *per se*, motivo para apreciar imprudencia temeraria²⁵⁷; no obstante lo cual, no son menos las que descartan, también, que tal dato puede ser considerado como definitivo²⁵⁸.

Para este segundo grupo de pronunciamientos, que exige la concurrencia de “elementos adicionales necesarios en la asunción del riesgo”²⁵⁹ (y cuenta con igual neutralidad del Tribunal Supremo para defender su criterio²⁶⁰), la

²⁵³ STSJ Cataluña 3 febrero 2011 (AS 1026) [Analizada por LASAOSA IRIGROYEN, E.: “Accidente de trabajo ‘in itinere’, cannabis y alcohol”, *Aranzadi Social*, T. IV, núm. 8, 2011, págs. 57–65]; de igual criterio SSTSJ Castilla-La Mancha 2 octubre 2006 (AS 3085), País Vasco 23 octubre 2007 (JUR 41018) o Andalucía/Sevilla 12 noviembre 2009 (AS 167/2010).

²⁵⁴ STSJ Andalucía/Granada 2 diciembre 2003 (AS 4206).

²⁵⁵ STSJ Cataluña 7 julio 2006 (AS 529/2007), comentada por MELÉNDEZ MORILLO-VELÁZQUEZ, L.: “¿Impide la ingesta de drogas con motivos terapéuticos la calificación de un accidente de tráfico como accidente de trabajo ‘in itinere’?”, *Aranzadi Social*, T. I, núm. 4, 2008, págs. 17–25.

²⁵⁶ De ahí el interés intrínseco de la exhaustiva monografía donde ambos ámbitos confluyen, SEMPERE NAVARRO, A. V. y ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *Accidentes laborales de tráfico*, Cizur Menor (Aranzadi/Thomson), 2010.

²⁵⁷ Entre más, SSTSJ Cataluña 20 mayo y 22 diciembre 1998 (AS 2081 y 7654), 30 mayo 2001 (AS 2603), 31 enero 2006 (AS 1290) y 3 febrero 2011 (AS 1026); Madrid 8 junio 2000 (JUR 282976) y 28 mayo 2013 (JUR 290055); Aragón 6 noviembre 2000 (JUR 47433/2001); Cantabria 19 julio 2001 (AS 3053); Baleares 14 enero 2002 (AS 1246); Castilla y León/Valladolid 19 diciembre 2005 (AS 3375) y 21 septiembre 2010 (JUR 375462); Andalucía/Sevilla 10 mayo 2007 (AS 3298) y 19 septiembre 2013 (JUR 328511) o Murcia 24 marzo 2009 (JUR 222481) y 2 diciembre 2013 (JUR 381613).

²⁵⁸ Sirvan de muestra las SSTSJ Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 30 diciembre 1994 (AS 4957); País Vasco 22 febrero 2000 (AS 773); Cataluña 10 abril 2000 (AS 2161), 30 mayo 2001 (AS 3053), 11 junio 2002 (JUR 224710), 23 septiembre 2003 (AS 3457) o 18 julio 2007 (AS 743); Castilla y León/Valladolid 22 enero 2001 (JUR 121826) o Andalucía/Granada 2 diciembre 2003 (AS 4206).

²⁵⁹ SSTSJ Cataluña 23 septiembre 2003 (AS 3457), Galicia 22 junio 2005 (JUR 191533) o Andalucía/Sevilla 27 febrero 2013 (JUR 180231).

²⁶⁰ STS 23 enero 2007 (RJ 2048).

mentada separación del ordenamiento penal –y administrativo– llega hasta este punto, pues no importa que la conducta de conducir bajo el efecto de alcohol o estupefacientes suponga infringir una norma de circulación, incluso que pueda ser constitutiva de delito, en tanto ya se ha sentado en numerosos precedentes judiciales que, por sí solas, determinadas infracciones de tráfico pueden no ser consideradas imprudencia temeraria (así el exceso de velocidad²⁶¹, saltarse una señal de stop²⁶² o un semáforo en rojo²⁶³, realizar un adelantamiento indebido²⁶⁴, no haber sometido el vehículo a la preceptiva inspección técnica²⁶⁵, no respetar el peso máximo autorizado para conducir un camión²⁶⁶, saltarse una señal de ceda el paso²⁶⁷ ignorar una señal de ceda el paso²⁶⁸)²⁶⁹, con lo cual ésta no dejaría de ser una muestra más de infracción administrativa que por sí sola no resultaría demostrativa de imprudencia temeraria, pues el siniestro podría obedecer a otros factores (estado de la carretera, mala visibilidad, distracción común²⁷⁰, etc.). Habrá de concurrir, por tanto, con otros factores que acompañen a aquel consumo y así demuestren de forma palmaria aquella negligencia cualificada, pudiendo provenir, ya de la naturaleza de la propia actividad (conducción de camiones articulados, autobuses escolares, etc.), que conlleva un especial riesgo para el trabajador, pasajeros o terceros, y por tanto requieren una especial prudencia en su manejo, incompatible radicalmente con el abuso de alcohol o drogas²⁷¹; ya de la concurrencia con otra infracción de las antes mencionadas, asociándose así el consumo de sustancias con excesos de velocidad²⁷², la realización de

²⁶¹ STS 13 marzo 2008 (RJ 3040) y SSTSJ Comunidad Valenciana 16 octubre 1992 (AS 5254) y 25 octubre 1994 (AS 4047), Asturias 5 enero 2001 (JUR 96964), Murcia 26 septiembre 2005 (AS 3589) o Andalucía/Sevilla 10 mayo 2007 (AS 3298); en distinto sentido, no obstante, STSJ Murcia 22 diciembre 2002 (AS 3815).

²⁶² STS 10 mayo 1988 (RJ 3595) y SSTS Cataluña 26 octubre 1993 (AS 4566) o Murcia 29 enero 2001 (AS 78); de distinto parecer STSJ Comunidad Valenciana 30 noviembre 2004 (AS 205/2005).

²⁶³ STSJ País Vasco 30 julio 2004 (JUR 1395219); contra, no obstante, STS 18 septiembre 2007 (RJ 8446).

²⁶⁴ SSTSJ Andalucía/Granada 8 enero 1995 (AS 1589) o Cataluña 11 marzo 2005 (JUR 126715) y 9 octubre 2014 (JUR 97806)

²⁶⁵ Sobre el criterio que ya hubiera sostenido la STS 5 diciembre 2006 (RJ 8188) o la STSJ Extremadura 8 marzo 2004 (JUR 84451) y, en unificación de doctrina, SSTS 12 febrero y 27 marzo 2007 (RJ 1016 y 6237)

²⁶⁶ Tomándolo en consideración, no para negar el carácter laboral de accidente, que no se discutió, sino la improcedencia del recargo, STSJ Extremadura 1 septiembre 2003 (JUR 55701/2004).

²⁶⁷ SSTSJ Cataluña 20 mayo 1993 (AS 2527) y febrero 2002 (JUR 1013749) o La Rioja 16 abril 2002 (AS 1392).

²⁶⁸ En uno de los supuestos con más división en los Tribunales, habiéndose sostenido que no constituye imprudencia temeraria, por ejemplo, en SSTSJ Madrid 8 septiembre 1992 (AS 4412), Castilla-La Mancha 11 julio 1996 (AS 3183) y 13 junio 2002 (JUR 60456/2003), País Vasco 15 diciembre 1998 (AS 7511) y Andalucía/Málaga 23 junio 2000 (AS 2421) y Andalucía/Granada 3 junio 2002 (AS 3183); por el contrario, se considera en sí misma imprudencia temeraria por STS 13 mayo 1975 (RJ 2939), Castilla-La Mancha 11 febrero y 8 marzo 2000 (AS 1137 y 5097) y 8 octubre 2003 (JUR 58783), Galicia 7 mayo 2002 (JUR 146018), Asturias 17 mayo 2002 (JUR 169178), Murcia 26 mayo 2003 (JUR 152621), Comunidad Valenciana 4 julio 2003 (AS 980/2004) o País Vasco 25 enero 2005 (JUR 79239).

²⁶⁹ Sobre tales argumentaciones, KAHALE CARRILLO, D.: “La imprudencia temeraria en los accidentes in itinere”, Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros), núm. 300, 2008, págs. 129-136.

²⁷⁰ Sirvan las muestras que ofrecen las SSTSJ Cataluña 30 mayo 2001 (AS 2603) o Cantabria 10 julio 2001 (AS 3053).

²⁷¹ En tal sentido, por ejemplo, SSTSJ Andalucía/Sevilla 22 mayo 2003 (JUR 177502), Castilla y León/Valladolid 28 diciembre 2004 (JUR 65776) y 19 diciembre 2005 (AS 3375), Castilla-La Mancha 2 octubre 2006 (AS 3085) o Murcia 2 diciembre 2013 (JUR 381613).

²⁷² Entre muchísimas, por la expresa mención a la confluencia de ambos factores, SSTSJ Comunidad Valenciana 16 octubre 1992 (AS 5254) y 25 octubre 1994 (AS 4042), Asturias 5 enero 2001 (JUR 96964), Galicia 22 junio 2005 (JUR 191533), Murcia 26 septiembre 2005 (AS 3528) y 2 diciembre 2013 (JUR 381613). Castilla y León/Valladolid 20 diciembre 2005 (AS 3375), Andalucía/Sevilla 12 noviembre 2009 (AS 167/2009), Madrid 28 mayo 2013 (JUR 290055).

maniobras o adelantamientos²⁷³ o cualquiera de las arriba aludidas²⁷⁴, a menudo varias de ellas²⁷⁵.

Frente a tal parecer, para el primer grupo de pronunciamiento “la conducta de imprudencia temeraria se configura desde el momento en que el trabajador, en esa condición de embriaguez, se pone al volante del ciclomotor (...); si en algún caso ha de operar la exclusión de accidente laboral por incurrir en temeridad es el supuesto de intoxicación etílica”²⁷⁶, en tanto “falta la más elemental medida de prudencia”²⁷⁷ y, en consecuencia, no cabrá elucubrar, pues “ha de entenderse que el accidente se debió, no a una falta de atención, a un descuido o a algo imprevisible, sino al ejercicio de una conducción desatenta y anómala bajo los efectos de una considerable ingesta de alcohol (...), [habida cuenta que tal decisión] suponía la asunción por parte del trabajador de la acción de circular por la vía pública, conduciendo el vehículo en condiciones de intrínseca temeridad, con desprecio del riesgo de forma consciente, lo que, en su proyección sociolaboral, tiene como consecuencia el que se considere que no hubo accidente de trabajo, al ser exigible a cualquier persona que se dispone a conducir un vehículo, hacerlo en las debidas condiciones, esto es, contando con capacidad, reflejos y facultades para ser dueño de la actividad que realiza al volante de un vehículo y que haga previsible la aptitud, sino la idoneidad mínima para poder reaccionar frente a las incidencias del tráfico, pudiendo en caso de incumplimiento calificarse su conducta como temeraria”²⁷⁸. En definitiva, se asume que la ingesta de alcohol o drogas a determinados niveles, “comúnmente es conocido [que] impiden la conducción no sólo con las mínimas condiciones de seguridad para el sujeto, sino de mínimas condiciones de seguridad para los demás, y cuando ello se hace, se coloca en una manifiesta o situación de peligro a las personas y haciendas ajenas”²⁷⁹.

5°. En la polémica anterior que divide a los Tribunales no se han hecho distinciones, porque aquéllos pronunciamientos no la hacen, entre conductores profesionales y quienes no lo son; tampoco entre los siniestros acaecidos en el lugar y tiempo de trabajo, en misión e *in itinere*.

Por cuanto respecta al primer binomio, los pronunciamientos judiciales son prácticamente unánimes a la hora de defender, incluso para la posición que sostiene la necesidad de concurrencia de otras circunstancias adicionales a los resultados derivados del control, que el enjuiciamiento debería ser más riguroso con quienes han hecho de la conducción su profesión –o aquella constituye un elemento natural e imprescindible para poder realizarla–, no en vano su propio conocimiento de la actividad y sus normas (en particular las de tráfico,

²⁷³ Bastan los ejemplos que muestran las SSTSJ Castilla y León/Valladolid 14 abril 2003 (JUR 381613), Madrid 28 mayo 2013 (JUR 290055) o Andalucía/Sevilla 19 septiembre 2013 (JUR 329511).

²⁷⁴ Dejando al margen los supuestos de carencia de permiso de conducir, que siguen abiertos a la división antes reseñada, sorprende, por ejemplo, que no se considere imprudencia temeraria un índice muy alto de alcoholemia acompañado de una invasión del carril contrario con resultado de muerte, al estimar el juzgador que bien pudo obedecer a una distracción, STSJ Cataluña 2 marzo 2015 (JUR 10960).

²⁷⁵ Una muestra harto ilustrativa de incumplimientos acumulados, por ejemplo, en STSJ País Vasco 23 octubre 2007 (JUR 41018/2008).

²⁷⁶ STSJ Cataluña 30 mayo 1997 (AS 1972); en parecidos términos, STSJ Madrid 18 septiembre 2006 (AS 3428).

²⁷⁷ STSJ Galicia 22 junio 2005 (JUR 191533).

²⁷⁸ STSJ Andalucía/Sevilla 12 noviembre 2009 (AS 167/2010).

²⁷⁹ STSJ País Vasco 15 diciembre 2004 (JUR 66941/2015).

estableciendo un baremo objetivo más exigente que permite deducir *iuris et de iure* la influencia negativa de estas sustancias en la conducción de vehículos de motor por ciertos profesionales) evitaría considerarlos un mero descuido o confianza, no debiendo catalogarse como imprudencia profesional, sino temeraria²⁸⁰.

Iguals matices procedería introducir respecto al accidente *in itinere* –y, salvando las lógicas distancias, con aquél acaecido en misión²⁸¹– habida cuenta que obran dos datos fundamentales²⁸², (dejando al margen, por supuesto, los frecuentes casos en los cuales no puede ser catalogado como tal por cuanto al ir o volver del trabajo el empleado realiza paradas para consumir alcohol²⁸³): de un lado, no le ampara la presunción de laboralidad recogida en el art. 115.3 LGSS²⁸⁴; de otro, tampoco cabe delimitación alguna con la imprudencia profesional, pues ningún trabajo se realiza²⁸⁵. A resultas de ambos factores, los autores se dividen entre quienes opinan, bien que, a pesar de no operar la presunción del art. 115.3 LGSS y haberse acreditado el abuso de alcohol y drogas, no cabe tampoco presumir de tal hecho la temeridad²⁸⁶; bien que tal ingesta prohibida estaría llamada a generar una presunción *iuris tantum* de temeridad que admitiría la prueba en contrario de constituir una imprudencia simple²⁸⁷; ya, en fin, que toda conducción de vehículos a motor que de por sí pueda considerarse punible desde el punto de vista penal (en este caso por consumo de alcohol y otras sustancias), debe privar al trabajador de la protección socio laboral característica del accidente de trabajo, operando así aquel factor a modo de verdadera presunción *iuris et de iure*²⁸⁸.

6º. A la vista de todo lo expuesto cabría compartir, como reflexión final, el parecer –íntimamente vinculado al objetivo preventivo del estudio– de quien sostiene que consumir alcohol o drogas por encima de cuanto es usual en la sociedad y demanda la diligencia profesional “no es asumir un riesgo laboral, es asumir un riesgo de origen extralaboral que para nada se relaciona con la actividad laboral propiamente dicha, ni con el ir o venir del propio domicilio al lugar de trabajo, ni con otras actividades que tienen la consideración

²⁸⁰ Resumiendo otras aportaciones precedentes en tal sentido, TOSCANI GIMENEZ, D.: “Las ampliaciones legales del concepto de accidente de trabajo”, cit, pág. 75. De gran interés la reflexión, desde el punto de vista preventivo, en LAGO MOREDA, A.: “El factor humano es el causante principal de los accidentes de tráfico en el ámbito laboral”, *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 99, 2012, págs. 18–20.

²⁸¹ LASAOSA IRIGOYEN, E.: “Accidente de trabajo ‘in itinere’, cannabis y alcohol”, cit, págs. 60–63.

²⁸² Pues, aun cuando le asista la presunción del art. 115.3 LGSS, el accidente puede responder a actividades privadas dentro del desplazamiento fuera del lugar de trabajo, conforme muestran, por ejemplo, las SSTSJ Andalucía/Granada 2 diciembre 2003 (AS 4206) y Castilla–La Mancha 30 marzo 2012 (JUR 146473).

²⁸³ STS 10 abril 1975 (RJ 1436) o SSTSJ Canarias/Las Palmas 29 julio 1998 (AS 3399), Castilla y León/Valladolid 31 enero 2000 (AS 855), Murcia 23 octubre 2000 (AS 4125) o, por no alargar las muestras “de cuanto no deja de ser una conducta bastante habitual”, STSJ Cataluña 20 enero 2003 (AS 490/2005).

²⁸⁴ Según sentaron, para evitar cualquier duda, las SSTS 30 mayo y 28 de septiembre 2000 (RJ 5891 y 9649) o 20 junio 2002 (RJ 7490).

²⁸⁵ STSJ Andalucía/Sevilla 19 septiembre 2013 (JUR 328511).

²⁸⁶ LASAOSA IRIGOYEN, E.: “Accidente de trabajo ‘in itinere’, cannabis y alcohol”, cit., pág. 61, citando en apoyo de su opinión la STSJ Baleares 22 septiembre 2008 (AS 2609).

²⁸⁷ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “Las ampliaciones legales del concepto de accidente de trabajo”, cit., pág. 75. Tal construcción encuentra apoyo firme en los pronunciamientos judiciales cuando insisten en que en este tipo de accidentes su laboralidad no se presume, sino que han de acreditarse las circunstancias que llevarían a ella [STSJ 16 noviembre 1998 (RJ 9825) y 30 mayo 2000 (RJ 5891)], “incluidas, entre otras, que el alcohol y la droga no influyeron” en el siniestro, SSTSJ Cataluña 23 septiembre 2003 (AS 3457) y Andalucía/Sevilla 12 noviembre 2009 (AS 167/2010); para un supuesto en que es un peatón y no un conductor el afectado, bajo igual patrón, STSJ Cataluña 20 marzo 2015 (JUR 156965).

²⁸⁸ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Accidente de trabajo de tráfico in itinere bajo la influencia de bebidas alcohólicas”, *Aranzadi Social*, T. III, núm. 4, 2010, págs. 47 y 48.

de accidente laboral. Es asumir, sin más, un riesgo de origen extralaboral, ajeno por completo al ámbito de trabajo y que, por ello, debe ser calibrado sin aquietarse a los cánones que distribuyen la imprudencia entre laboral y temeraria. Es introducir en el ámbito de la actividad laboral un riesgo perfectamente evitable, que en nada se relaciona con el trabajo y que en nada puede considerarse socialmente adecuado²⁸⁹.

2.4.2. Régimen de responsabilidad empresarial: el recargo de prestaciones de Seguridad Social

Habiendo establecido ya que la falta de desarrollo generalizado en España de medios adecuados de control empresarial para que se pueda hacer un seguimiento del riesgo de adicción del trabajador, así como que en ésta juega un papel absolutamente preponderante la voluntad del consumidor, difícilmente cabrá atribuir al empresario responsabilidad alguna por no haber implementado medidas para hacer frente a la enfermedad de alcoholismo o drogodependencia(o, procede insistir, su ingesta puntual sin existencia de un hábito patológico); siempre salvo que le constara que aquél ya hubiera desarrollado el problema, pues en este caso entraría en juego el art. 25 LPRL sobre protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos y la eventual responsabilidad por falta de evaluación, planificación y adopción de medidas para proporcionar adecuada respuesta. Se tratará de enfermedades comunes, cuyo desarrollo, y por tanto responsabilidad, no podrá ser imputada al empresario.

Por otra parte, y determinada la existencia de un accidente de trabajo, *in itinere* o en misión, su incidencia no se quedaría en el régimen de prestaciones analizado, sino que, aquí sí, se podrá extender al empresario bajo la forma de responsabilidad civil y recargo de prestaciones de Seguridad Social, siempre y cuando el evento lesivo o potencialmente lesivo derive de incumplimientos de la norma de prevención de riesgos laborales. Centrando la atención en el recargo de las prestaciones (de complejísima naturaleza, que sirve para separarlo precisamente de la reparación civil²⁹⁰), la clave va a quedar situada en el doble condicionante para que opere: el siniestro ha de tener su origen en la infracción de las normas de seguridad y salud en el trabajo y tal circunstancia ha debido quedar suficientemente acreditada.

En coherencia con su decisión primera de no apreciar imprudencia temeraria del trabajador, aquellos pronunciamientos que consideran la existencia de un accidente de trabajo y no común si concurre alguna omisión de medidas de seguridad –y el informe de la Inspección de Trabajo resultará fundamental a estos efectos–, coligen que nada importará el estado de ebriedad o la afectación

²⁸⁹ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Accidente de trabajador agrario en el lugar de trabajo con presencia de alcohol en sangre: ¿es de trabajo?”, cit., págs. 42 y 43.

²⁹⁰ No sencilla de resolver de manera unilateral y simplista, optando por la alternativa sancionadora o indemnizatoria (funciones represiva y a la par disuasoria, pero también sanción civil indirecta para reforzar preventivamente el cumplimiento del deber de seguridad) o por alguna más matizada (cláusula penal de origen legal) o cómoda (naturaleza mixta o propia), pues en función del aspecto que se tenga en cuenta– finalidad, sujeto responsable, elementos configuradores, beneficiario, compatibilidad con otras responsabilidades, imputabilidad de argumento, etc.– , la calificación será distinta; por extenso, y en un tema tan debatido, el sucinto pero claro razonamiento de MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: “El recargo de prestaciones económicas por infracción de las normas de seguridad y salud en el trabajo”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., Dir. y BARREIRO GONZÁLEZ, G., Coord.): Compendio de doctrina legal en materia de prevención de riesgos laborales, cit., págs. 309 y 310.

por el consumo de drogas del trabajador, pues a la hora de aplicar el art. 123 LGSS se estima que lo esencial “no radica en analizar si el lesionado contribuyó a la producción del resultado dañoso con una actuación negligente, sino en determinar si el empresario infringió alguna norma de seguridad que, de haberse cumplido, lo hubiera evitado o minorado”²⁹¹. Por tanto, se le exigirá esta específica responsabilidad y el estado del empleado únicamente servirá para poder moderar el grado del recargo a aplicar, en una atípica concurrencia de culpas que, teniendo en cuenta las dos conductas en presencia –omisión de medidas de seguridad y consumo de alcohol, drogas y otras sustancias–, sirve para minorar el desvalor de la negligencia empresarial como factor causal en el accidente²⁹².

En sentido contrario, y de no mediar aquel nexo exigible entre el siniestro y la conducta pasiva u omisiva del empresario en materia de prevención, el carácter punitivo o sancionador de este recargo impone una interpretación restrictiva y, por tanto, la exclusión de cualquier responsabilidad objetiva por el accidente (pues ésta siempre habrá de obedecer a la subjetiva o culpable del empleador)²⁹³; teniendo presente, además, que –según sienta jurisprudencia consolidada– la causalidad no se presume, correspondiendo la prueba a quien defiende su existencia²⁹⁴.

A results de este planteamiento, no acreditada vulneración alguna de las normas de seguridad y salud en el trabajo, los Tribunales consideran que la imprudencia profesional de quien comparece o realiza su trabajo bajo los efectos de alcohol, drogas u otras sustancias exime de cualquier responsabilidad por recargo, al romper el nexo de causalidad entre siniestro e infracción preventiva²⁹⁵, pues el acaecimiento de aquél sólo a su negligencia obedece²⁹⁶, a su exclusiva culpa por no utilizar los medios puestos a su disposición influido por aquella circunstancia²⁹⁷, haber actuado de manera claramente incorrecta o, incluso, desobedeciendo órdenes expresas del empresario que, de haber tenido el suficiente discernimiento para cumplirlas, no hubieran dado lugar al accidente²⁹⁸.

2.4.3. La responsabilidad civil del empresario

Extrapolando muchas de las conclusiones hasta el momento alcanzadas, cabría completar el panorama con los siguientes apuntes en torno a la responsabilidad civil que pudiera derivar del siniestro bajo tan peculiares circunstancias:

1. Objeto de miles de pleitos en siniestros de origen laboral, lo primero que llama poderosamente la atención es el número –proporcionalmente– reducido de acciones de responsabilidad civil en los accidentes en los cuales aparece acreditado el consumo de alcohol, drogas u otras sustancias, sin

²⁹¹ En un pasaje de aplicación general, sirva el razonamiento para un supuesto de ebriedad en el trabajo que recoge la STSJ Castilla y León/Valladolid 11 octubre 2006 (JUR 257014).

²⁹² En la ponderación de las circunstancias del trabajador bajo los efectos del alcohol y drogas y el porcentaje de recargo aplicable, entre otras, SSTSJ Cataluña 26 julio 2008 (AS 522), Andalucía/Granada 14 enero 2009 (AS 14729 y 11 mayo 2011 (JUR 327443)), Comunidad Valenciana 24 septiembre 2009 (AS 1271/2010) o Galicia 2 marzo 2010 (AS 953).

²⁹³ STSJ Galicia 1 febrero 2013 (JUR 95005).

²⁹⁴ Doctrina firme a partir de la STS 16 enero 1996 (RJ 112).

²⁹⁵ SSTSJ País Vasco 11 julio 2006 (AS 1128/2007).

²⁹⁶ STSJ Castilla–La Mancha 30 julio 2004 (AS 1406/2007).

²⁹⁷ STSJ Andalucía/Sevilla 30 junio 2011 (AS 2682).

²⁹⁸ STSJ País Vasco 9 febrero 2010 (AS 1378).

duda por venir referidas de una conducta personal del trabajador en la cual difícilmente la esfera de control del empleador –el ambiente laboral– permitiría la imputación, lo cual casi cierra en la práctica las vías a la responsabilidad contractual –a menos que concurren otros incumplimientos o un cumplimiento defectuoso de la normativa de seguridad y salud en el trabajo, que actuarán entonces como verdadero elemento para la atribución–, aun cuando siempre deja abierta la extracontractual por los daños causados a terceros.

2. Precisamente esta distinción entre la responsabilidad contractual de los arts. 1101 y ss. CC y la aquiliana de los art. 1901 y ss. CC fue durante décadas la argumentada por las salas de lo Civil y de lo Social a la hora de defender su respectiva competencia para conocer de tales asuntos: la primera al calor de lo previsto en los arts. 1901 y 1902 CC, esgrimiendo la segunda la suya al amparo de cuanto dispone el art. 1101 CC²⁹⁹.

Ciertamente los términos o condicionantes primarios se relativizan de manera notable desde el momento en el cual los perfiles de ambos tipos de responsabilidad quedan un tanto difuminados³⁰⁰, al haberse declarado su compatibilidad en virtud del principio de unidad de culpa³⁰¹, de tal manera que cabría al afectado la elección de una u otra jurisdicción³⁰² y, cualquiera fuera la seleccionada, poder ésta acudir a diversos expedientes técnicos para defender una tesis objetiva –mayoritaria– de responsabilidad por daños a partir del riesgo causado (obligación de protección como deber de resultado, exigencia de agotamiento de la diligencia empresarial para tal atribución a partir de una amplia consideración de la culpa in vigilando, presunción de causalidad derivada de la relación laboral e inversión de la carga de la prueba, etc.) o, por el contrario, seguir poniendo el acento en la exigencia de culpa empresarial –minoritaria– para llevar a cabo la atribución (exoneración por cumplimiento de la norma, presunción de culpa del trabajador, plus de culpabilidad del empresario, rigor en la valoración de la actividad probatoria a desarrollar por el trabajador, etc.)³⁰³.

De esta forma, el panorama era ciertamente desolador desde el punto de vista de la seguridad jurídica, por cuanto no sólo el criterio podía variar en función del orden jurisdiccional seleccionado –con preferencia por el civil, dada la cuantía final que cabría obtener–, sino, también, de la concreta tesis acogida por el órgano judicial concreto, llevando así, como con ironía se ha expuesto, a que “los

²⁹⁹ Por extenso, CASES PLANES, M. D.: La responsabilidad civil del empresario derivada de accidentes laborales: en especial por acoso moral o mobbing, Cizur Menor (Civitas/Thomson), 2013, págs. 27–51.

³⁰⁰ LUQUE PARRA, M.: La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral, Madrid (CES), 2001, págs. 15 y ss.

³⁰¹ Su línea de construcción en SSTS, Civil, 2 enero 1991 (RJ 102), 27 noviembre 1993 (RJ 9143), 31 mayo 1995 (RJ 4106) o 15 junio 1996 (RJ 4774).

³⁰² Contundentes los términos utilizados por APARICIO TOVAR, J.: “Sobre la responsabilidad civil del empresario por infracción de las obligaciones de salud y salubridad en el trabajo”, Relaciones Laborales, núm. 12, 1994, pág. 17 o CAVANILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I.: La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal, Madrid (Centro Ramón Areces), 1992, pág. 129.

³⁰³ Para apreciar la evolución, baste el contraste entre, por ejemplo, la muestras jurisprudenciales que recoge MARTÍNEZ LUCAS, J. A.: La responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional, Madrid (Edersa), 1996, págs. 145 y ss., y las incorporaciones realizadas por GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: Culpa y riesgo en la responsabilidad civil por accidentes de trabajo, Madrid (Civitas/Thomson), 2004, págs. 241–288.

Tribunales jueguen con dos barajas intercambiables sin que uno termine de saber cuándo y por qué se elige un tipo de juego o el otro. Cuando hay que favorecer la indemnización se tenderá la cuerda objetivista y, cuando haya que denegarla, se recogerá³⁰⁴.

Solventada la dualidad jurisdiccional con la atribución final de la competencia a la social ex art. 2 b) de la Ley de Jurisdicción Social, parece claro el afianzamiento en las posiciones que previamente había adoptado en los pocos casos –se repite– en los cuales ha tenido que pronunciarse una vez acreditado el consumo de sustancias.

3. De atender a tales patrones, varias son las consideraciones que, con carácter sumario –y sin perjuicio de cuanto se tratará luego más en detalle–, cabe alcanzar:
 - a) La clave principal –en los términos anticipados– radicará en determinar si la conducta del trabajador de desarrollar sus tareas ebrio o bajo los efectos de drogas y otras sustancias ha de ser considerada imprudencia temeraria o no, pues, si obedece a negligencia exclusiva no previsible del trabajador, ninguna duda cabe que ello enervará cualquier responsabilidad civil del empleador³⁰⁵.
 - b) Distinta consideración merecerán los supuestos en los cuales la negligencia del trabajador venga acompañada del incumplimiento por el empresario de las medidas de seguridad que le competen, pues en ocasiones (con frecuencia de manera tácita, sin sopesar siquiera la entidad del consumo en el caso concreto) se entiende que ésta llega a absorber aquélla, mostrando cómo, a pesar de existir esa embriaguez o afectación por drogas y otras sustancias, no tuvo incidencia en el siniestro o no se pudo acreditar su importancia, dado el patente desconocimiento empresarial de su deber de seguridad³⁰⁶; sin embargo, en alguna otra ocasión se ha apreciado la concurrencia de culpas para moderar la responsabilidad del empleador, incluso llevando a que no proceda satisfacción adicional alguna, dadas las prestaciones recibidas del Sistema de Seguridad Social³⁰⁷.
 - c) La ceremonia de confusión reseñada en torno al criterio hermenéutico a aplicar³⁰⁸ ha hecho que determinadas Salas, a pesar del –o precisamente

³⁰⁴ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: Derecho de daños, Madrid (Civitas), 1999, pág. 122.

³⁰⁵ SSTSJ Comunidad Valenciana 10 enero 2003 (AS 823), Andalucía/Sevilla 30 junio 2011 (AS 2682) o Galicia 1 febrero 2013 (JUR 95005) y 12 junio 2014 (JUR 207967). En la doctrina GORELLI HERNÁNDEZ, J.: Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales, Madrid (Tecnos), 2006 o CALVO GALLEGO, F. J.: La obligación general de prevención y la responsabilidad contractual del empleador, Pamplona (Aranzadi), 1998, págs. 59 y ss.

³⁰⁶ STSJ Comunidad Valenciana 8 abril 2011 (JUR 282578); entre los autores, ARENASVIRUEZ, M.: “La repercusión de la culpa de un accidente de trabajo en la determinación de la responsabilidad penal y civil del empresario”, Aranzadi Social, T. III, núm. 21, 2011, págs. 97–110

³⁰⁷ Por cuanto que, a pesar de considerar la concurrencia de culpa empresarial por omisión de las medidas de seguridad, la actuación del trabajador, a salvo de lo dicho, fue la que ocasionó la caída debido a su estado de embriaguez; culpa de este último que considera superior al 50 por 100, lo cual, con los razonamientos que emplea, le lleva a concluir cómo, teniendo en cuenta lo percibido por el mismo y los factores que esgrime, no le corresponde percibir cantidad alguna más por el concepto reclamado, STSJ Extremadura 29 diciembre 2006 (JUR 82343/2007).

³⁰⁸ Para comprobarlo, sirva la remisión a los pronunciamientos inadmitiendo el recurso de casación para unificación de doctrina, donde cabe atisbar la diferencia de pautas en supuestos que, carentes de la identidad requerida, sí plantean asuntos de notable semejanza; en particular pueden ser ilustrativos los AATS 8 marzo 2007 (JUR 131719), 16 junio 2009 (JUR 5031) y 8 marzo 2012 (JUR 131719). Un apunte

por– evidente grado de ebriedad del empleado, apliquen la exigente doctrina de la culpa in vigilando (que hubiera debido llevar a no admitir la prestación del trabajador en tales condiciones) para seguir, a pesar de todo, la plena responsabilidad civil del empleador³⁰⁹.

d) En estos supuestos significados en los cuales se entiende que no procede moderación indemnizatoria alguna por concurrencia de culpas, la cuantía habrá de ser la suficiente para una reparación integral que satisfaga el daño emergente, el lucro cesante y los daños morales (“lo contrario sería establecer una presunción de que el accidente se causó por la embriaguez”³¹⁰), aplicando el principio de proporcionalidad a riesgo de llevar a un enriquecimiento injusto³¹¹, de lo cual se deriva la necesidad de tomar en consideración “la naturaleza de los hechos, el grado de culpabilidad, la dependencia económica, las sumas ya percibidas (pensión, mejoras voluntarias, etc.) y criterios que puedan resultar de referencia [cómo, en particular, el baremo establecido para los accidentes de circulación]”³¹². De este modo, y siguiendo el criterio del Tribunal Supremo³¹³, ha lugar a la detracción en su *quantum* inicial, para fijar la cuantía final, de las prestaciones de Seguridad Social, pero no del recargo por omisión de medidas de seguridad³¹⁴.

e) Un discurso aparte merecería la responsabilidad por daños causados a terceros, vinculada o no a un contrato de seguro (con los problemas ínsitos a las posibles condiciones limitativas que excluyan precisamente los accidentes producidos bajo los efectos de control y drogas), pero ello requeriría un análisis de detalle que excede con mucho el objetivo del presente estudio³¹⁵.

III. LOS TESTS DE CONSUMO DE ALCOHOL, DROGAS Y OTRAS SUSTANCIAS EN EL TRABAJO

“El mayor problema que suelen plantear las novedades tecnológicas radica en examinarlas como si fueran una realidad plana, cuando siempre esconden una figura poliédrica. La fijación en una sola de sus caras, sin observar el conjunto, hace que el razonamiento jurídico sea sesgado, incompleto y únicamente pueda aspirar a ser parcialmente correcto”³¹⁶.

sucinto pero extremadamente ilustrativo en SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Problemas de jurisdicción: el ámbito de la jurisdicción penal, contencioso–administrativo, civil y social”, en AA.VV.: Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: aspectos penales, civiles y laborales, Madrid (CGPJ), 2009, en especial págs. 434–442.

³⁰⁹ En este sentido, especialmente significativa es la posición de la Sala de lo Social de Murcia, cuya construcción se asienta a partir de las SSTSJ Murcia 3 noviembre y 22 diciembre 2003 (AS 40/2004) y 3 octubre 2005 (AS 18/2006). En la doctrina, ALFONSO MELLADO, C. L.: Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral, Valencia (Tirant lo Blanch), 1998, págs. 17 y ss.

³¹⁰ Para un supuesto en el cual se discutía la aplicación de una cláusula convencional que establecía la obligación de suscribir una póliza de seguro, STSJ Cataluña 21 noviembre 2001 (JUR 28102/2002).

³¹¹ Por todas, STS 22 septiembre 2008 (RJ 7215).

³¹² Sobre las pautas de las SSTS 2 febrero 1998 (RJ 3250), 17 febrero 1999 (RJ 2498) y 1 junio 2005 (RJ 9662).

³¹³ STS 2 octubre 2000 (RJ 9673).

³¹⁴ STSJ Murcia 22 diciembre 2003 (AS 40/2004). Con detalle, SAURA SÚCAR, M.: “Accidentes de trabajo, daño, indemnizaciones y evaluación”, en AA.VV. (AGUSTÍ JULIÁ, J., Coord.): La imputación de responsabilidad en las relaciones laborales, Albacete (Bomarzo), 2008, págs. 200 y ss.

³¹⁵ En la doctrina procede, de nuevo, la remisión a CORREA CARASCO, M.: Accidente de trabajo, responsabilidad empresarial y aseguramiento, cit., págs. 26 y ss.

³¹⁶ BIBLE, J. D. y McLUHRTER, D. A.: Inactivity in the workplace (A guide for human resource managers), Nueva York (Quorum Books), 1990, pág. 58.

Sirva tan autorizada sugerencia para afrontar el examen de los tests de despistaje bajo un orden en el cual se identifiquen, primero, los intereses de los afectados y, en segundo término, los derechos y libertades constitucionales que pudieran ampararlos. Sobre tal base se estará en disposición de abordar la pléyade de normas legales que inciden en la materia y, desde su observación conjunta, proponer una lectura capaz de cohesionar sus disposiciones bajo un patrón armónico.

1. Los intereses en presencia

La primera de las tareas viene referida a dar cuenta de los principales intereses en presencia, en algunos casos confluyentes, pero en lo fundamental contrapuestos. De este modo, no cabe duda que los de las partes en el contrato de trabajo son los fundamentales; a su lado, empero, cabrá dar cuenta de otros sujetos cuya pretensiones al respecto pueden resultar fundamentales.

En enumeración que no aspira a ser exhaustiva, pero sí relevante, cabría mentar los siguientes:

- 1º. Al empresario estos tests le pueden interesar por varios motivos:
 - a) Reducir costes de producción y, por tanto, aumentar la rentabilidad de su inversión: en la medida en que su precio, medios técnicos disponibles y –por supuesto– viabilidad legal lo permitan, serán un instrumento atractivo en orden a intentar de asegurar que el trabajador disfruta de salud suficiente para desempeñar las funciones propias de su cargo, evitando el absentismo laboral o el presentismo improductivo, garantizando una adaptación normal al centro de trabajo que enerve la aparición de conductas antisociales y evitando el incremento de cotizaciones en aquellos sistemas en que la aportación empresarial varíe en función de los siniestros o de las primas en los seguros destinados a cubrir mejoras voluntarias de la Seguridad Social³¹⁷.
 - b) Al lado de la rentabilidad directa, no cabe desconocer la indirecta derivada de disminuir el riesgo provocado por su responsabilidad a resultas de los daños personales causados a sus compañeros o a terceros por mor de su estado de intoxicación (en los cuales se argumentará con frecuencia su culpa *in eligendo* o –más común– *in vigilando*); ello por no mentar los daños a los bienes del empleador debidos a la falta de la necesaria prudencia profesional o cuantos afecten a su reputación e imagen corporativa asociados a noticias que trascienden al público –normalmente al hilo de algún siniestro– en las cuales se ven involucrados empleados a su servicio y aparece destacado el consumo de alcohol o drogas³¹⁸.
 - c) En fin, y fundamental para el presente discurso, en la medida en que en virtud del contrato de trabajo ha de asumir la obligación de preservar

³¹⁷ En planteamiento clásico de BODEN, L. I.: "Impact of workplace characteristics on costs and benefits of medical screening", *Journal of Occupational Medicine*, Vol. 28, núm. 8, 1986, págs. 751-756.

³¹⁸ FIELD, R. I. y BARAM, M. S.: "Screening and monitoring data as evidence in legal proceedings", *Journal of Occupational Medicine*, Vol. 28, núm. 10, 1986, págs. 946-950.

la integridad física de los trabajadores a su servicio y desarrollar una adecuada política de salud y seguridad ocupacional, estas pruebas quedarían ordenadas a prevenir los evidentes riesgos derivados de una prestación bajo los efectos del alcohol o drogas; así, cumplirían un doble objetivo: concretar la obligación genérica de protección y, a la par, mostrar un actuar diligente al poner los medios a su alcance para prevenir los incidentes y accidentes³¹⁹.

2º. Por su parte, el trabajador hipotéticamente podría tener un doble interés:

- a) De un lado, y si se le garantizara la estricta confidencialidad de las pruebas –por ejemplo, un cierto anonimato entre otros datos clínicos de salud para evitar la estigmatización de ser considerado alcohólico o drogodependiente³²⁰– y mediara asimismo un programa empresarial donde, sin riesgo de pérdida de empleo, se facilitara su recuperación, podría sentirse inclinado a consentir estas pruebas de detección que le ayudaran en el seguimiento y rehabilitación de cuanto él ha asumido como un problema personal a superar³²¹.
- b) Pero, de otro, y a falta de asentamiento de este modelo (como ha ocurrido no sólo en Estados Unidos, sino también en el ejemplo nórdico en Europa o en Australia, Canadá y Nueva Zelanda), lo habitual será que muestre su oposición a cualquier medida de este tipo (y ello a pesar de su deber contractual de cooperación con el empresario en la tarea de conseguir unas condiciones de trabajo seguras), pues no sólo supondrá penetrar en un ámbito reservado, sino que, aun cuando sólo bebiera o consumiera droga ocasionalmente (sin necesidad, por tanto, de tener tales hábitos arraigados), no dejarían de verse estos exámenes como una forma de incremento del control empresarial³²², una amenaza implícita a su estabilidad laboral que en algún momento pudiera actualizarse, con la consiguiente pérdida de empleo y el descrédito social de conocerse el motivo de la rescisión de su contrato³²³.

3º.– Los poderes públicos ostentan un importantísimo interés general en la prevención general de la salud, en garantizar el principio de no interdicción de la intimidad (como nuevo reto que en muchos Estados se lanza a la Inspección de Trabajo o a otros organismos especializados *ratione materiae* aun cuando no actúen específicamente en el ámbito laboral)³²⁴ y la de garantizar el pleno empleo, con especial atención a evitar el riesgo de exclusión social por razones de abuso de alcohol y drogas; ello por no mentar el interés específico de la Seguridad

³¹⁹ SHAHANDEH, B.: "Alcoholismo y toxicomanía en el lugar de trabajo. Consecuencias y medidas de lucha", Revista Internacional de Trabajo, Vol. 14, núm. 2, 1985, pág. 121.

³²⁰ ROMAN, P. M. y BLUM, T. C.: "Employee assistance programs and other workplace preventive strategies", en AA.VV. (GALANTER, M. y KLEBER, H. D., Eds.): The textbook of substance abuse treatment, 3ª ed., Washington (American Psychiatric Association Press), 2004, pág. 427.

³²¹ MERRICK, E. L. et alii: "Integrated employee assistance program/managed behavioural health plan utilization by persons with substance use disorders", Journal of Substance Abuse Treatment, Vol. 40, núm. 3, 2011, págs. 299–306.

³²² Una nueva "manifestación del feudalismo industrial" al que alude la STCo 88/1985, de 19 de julio.

³²³ En un discurso más amplio sobre la "doble ciudadanía", BAYLOS GRAU, A.: Derecho del Trabajo: modelo para armar, Madrid (Trotta), 1991, págs. 96 y 97.

³²⁴ Sobre este segundo aspecto, LYON-CAEN, G.: Les libertés publiques et l'emploi, París (La Documentation Française), 1992, págs. 125 y 126.

Social en evitar el número de incapacidades que traen causa directa o indirecta en estas adicciones o de los servicios sociales en atender a cuantos precisan su especializada prestación.

- 4°. Palmario resulta el interés de los compañeros en evitar los riesgos creados por las acciones y omisiones de un trabajador bajo los efectos de tales sustancias, que lo convierten en un potencial riesgo para quienes deben desempeñar su actividad con él.
- 5°. Igual ocurre con los representantes de los trabajadores, quienes entre otras funciones tienen asignadas la de vigilancia y control de las condiciones de salud y seguridad en el trabajo y ven como la normativa específica en la materia les atribuye competencias específicas de vigilancia, control, información, consulta, negociación y ejercicio de acciones ante las empresas, órganos administrativos y tribunales en prevención de riesgos laborales; todo lo cual alcanza, por supuesto, a la necesidad de orientar también su actuación a evitar que los mecanismos utilizados por el empresario puedan llevar a vulnerar derechos fundamentales de los trabajadores bajo la forma de atentados contra su intimidad, dignidad, integridad física o discriminación. No obstante, preciso será advertir que, cuando el puesto de trabajo lo requiera con carácter específico por los riesgos en presencia, habría de confluír su preocupación con la del empresario a la hora de controlar tal peligro, pues igualmente es responsabilidad suya –aun cuando muy pocas veces dé lugar a reclamaciones– anteponer la solución a un problema que afecta a derechos colectivos frente a la defensa de otros derechos individuales con idéntico anclaje constitucional.
- 6°. Las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social y otros Servicios de Prevención con quienes las empresas contratan la gestión de la prevención, en particular la salud de los trabajadores, pues sus servicios médicos están llamados a desempeñar un papel asesor fundamental que, de materializarse la práctica de estos exámenes específicos, significará asumir la labor de diseñar un protocolo destinado a asegurar una donación correcta por el medio menos intrusivo posible, la integridad de la cadena de custodia y la confidencialidad de los datos obtenidos.
- 7°. Las compañías aseguradoras –incluidas en este punto también las mutuas–, pues la presencia de trabajadores afectados por las circunstancias analizadas aumenta de forma indudable sus riesgos, llevando a plantear con toda crudeza el deber de declaración del riesgo impuesto al tomador en los supuestos en los cuales se pretenda contratar sobre cabeza ajena, en tanto, de no constar el mismo, habrán de acudir a los argumentos de negligencia a la hora de emplear al trabajador o de vigilar su comportamiento para eximirse de su cumplimiento (cuando no lo hayan hecho ya en el pliego de condiciones); o bien, de conocerlos, fijarán una prima más alta y que cubra sus expectativas.
- 8°. Los intermediarios en el mercado de trabajo (empresas de trabajo temporal, agencias privadas de colocación o de selección de trabajadores, etc.) indudablemente requieren para su operatividad–competitividad el

conocimiento del mayor número de datos de aquél a quién deben colocar y cuyos actos en la usuaria se extienden a su responsabilidad. De acceder a los resultados derivados de tales pruebas, podrían rechazar a quienes plantearan problemas y así ganar la confianza de sus clientes (incluyéndolos en listas negras que difundirían entre estos, pero también –“en extraña solidaridad”– entre competidores³²⁵); en consecuencia, será fácil seguir que la información para ellos es de mucha importancia, al punto de que en un futuro tal vez sean unos de los colectivos más interesados en acceder a la misma incluso a través de formas de dudosa –cuando menos– legalidad, y ello a pesar de tratarse de una información íntima y confidencial, dando lugar a la creación de verdaderas “candidotecas”³²⁶.

9. Por no seguir, los clientes y usuarios de la empresa y otros terceros también tienen interés evidente, sobre todo cuando el trabajador desempeñe o vaya a desarrollar una ocupación que les pudiera afectar y requiriera un alto grado de fiabilidad importante, pues la decisión de concederle un determinado puesto a quien tiende al abuso de estas sustancias, o permitir que lo desempeñe tras haber consumido alcohol o drogas sin haberlo verificado antes, podría poner en peligro su vida y salud.

2. Los derechos fundamentales afectados. La Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004, de 15 de noviembre

El extenso haz de intereses reseñados encuentra adecuada recepción en la Constitución Española³²⁷, en primer lugar a partir de cuanto dispone su art. 10, el cual “ha elevado a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona que, sin perjuicio de los derechos que son inherentes, se halla íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad”³²⁸. Con ello, y sin perjuicio de que la dignidad no sea un derecho fundamental autónomo, sino un mero principio que fortalece los otros y en ellos alcanza su realización (en particular los derechos de la personalidad), se asume una determinada concepción del ser humano que lo eleva frente a los demás seres y objetos de la naturaleza; al tiempo, empero, destaca su condición de estricta igualdad con independencia de cualesquiera sean sus circunstancias personales y sociales, su capacidad física o mental e, incluso, su propia conducta³²⁹, proporcionándole autonomía moral y “liberándolo frente a interferencias o presiones alienantes y manipulaciones cosificadoras”³³⁰. La dignidad asume así la cualidad de punto de referencia imprescindible ante cualquier conflicto de valores, aun cuando, en la práctica, “tan fácil como se puede invocar el concepto (...), igual de difícil resulta definirlo”³³¹, y el uso desmesurado de la etiqueta “contrario a la dignidad humana” puede acabar por “convertirla en

³²⁵ STAUFFER, R. R.: “Tenant blacklisting: tenant screening services and the right to privacy”, *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 24, núm. 1, 1987, págs. 239–314.

³²⁶ En medio de un pasaje que podría resultar orwelliano de no haberse constatado la realidad de sus premoniciones, LYON-CAEN, G.: *Les libertés publiques et l’emploi*, cit., pág. 88.

³²⁷ Por extenso, el pionero ensayo de PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo”, *Actualidad Laboral*, T. I, 1992, págs. 37–44.

³²⁸ STCo 53/1985, de 11 de abril

³²⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La dignidad de la persona*, Madrid (Civitas), 1986, pág. 95.

³³⁰ ROMEO CASABONA, C. M.: *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces), 1994, págs. 45–47.

³³¹ ALEGRE MARTÍNEZ, M. A.: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional*, León (Universidad de León), 1996, pág. 52.

una menoscabada y devaluada moneda”, capaz de perder la preciosísima misión que está llamada a desempeñar, cual es la de evitar la “cosificación” de la vida, la degradación del individuo a mero objeto de fines que aprovechan exclusivamente a otros y le roban su individualidad, realmente esencial para mantener su condición de persona³³².

La advertencia anterior aparece magníficamente sintetizada en aquella concepción metafísica que considera al hombre como un fin en sí (*ansich*), y no para sí (*für sich*)³³³, llamando así a una adecuada ponderación, al leer el resto de los derechos, de lo que es verdadera “sustantividad racional” de la persona, en cuanto tal intocable, de aquello otro que puede verse afectado y/o ha de ceder ante intereses superiores por no formar parte de esa esencia ontológica³³⁴.

2.1. Catálogo de derechos constitucionales implicados

Bajo la advertencia precedente, en los tests de control de alcohol, drogas y otras sustancias se pueden ver afectados, de una u otra forma, y en pro de los intereses mencionados, los siguientes derechos constitucionales:

- 1º. El principio de igualdad y no discriminación, en este caso –y según se verá– por razones de salud (art. 14).
- 2º. El derecho a la vida y a la integridad física, pero no sólo del trabajador, sino también de sus compañeros y de terceros, cuando pudiere verse comprometido por una actividad laboral prestada en estado de intoxicación (art. 15).
- 3º. El derecho a la intimidad (art. 18.1), incluida la “intimidad corporal” en los términos en que la ha definido el Tribunal Constitucional³³⁵, y de la cual se infiere el derecho a reservar las informaciones relativas a la salud también respecto a las vicisitudes médico–sanitarias de los trabajadores³³⁶; igualmente, y en la medida en la cual se utilicen medios informáticos, la de un nuevo derecho autónomo de lento asentamiento al calor de cuanto prevé el párrafo 4º del art. 18 CE e infiere –de nuevo– el Tribunal Constitucional³³⁷, el de autodeterminación informativa, susceptible de ser entendido como “el que ostenta toda persona a preservar su identidad controlando la revelación y el uso de los datos que les conciernen y protegiéndose frente a la casi ilimitada capacidad de archivarlos, relacionarlos y transmitirlos, propia de la informática y de los peligros que ésta supone”³³⁸.

³³² MATEO PARDO, R.: “La ‘dignidad de la persona humana’ y su significación en la Constitución Española de 1978 a través de la jurisprudencia constitucional”, en AA.VV.: Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez, Santander (Universidad de Cantabria), 1992, págs. 341 y ss.

³³³ SPAEMANN, V.: “Über den Begriff der Menschenwürden”, en *Das Natürliche und das Vernünftige*, Munich (Beck), 1987, pág. 77.

³³⁴ FRIED, Ch.: “Privacy”, *Yale Law Journal*, Vol. 77, núm. 3, 1968, pág. 482.

³³⁵ SSTCo 37/1989, de 15 de febrero; 57/1994, de 28 de febrero o 218/2002, de 25 de noviembre.

³³⁶ Por extenso sobre este asentimiento, CARDONA RUBERT, M. B.: Datos sanitarios y relación laboral, Valencia (Tirant lo Blanch), 1998, págs. 61–70.

³³⁷ En una serie de pronunciamientos que abre la STCo 254/1993, de 24 de julio, y continúan, entre otras, las SSTCo 143/1994, de 9 de mayo; 11/1998, de 13 de enero; 33, 34 y 35/1998, de 11 febrero; 124/1999, de 15 de julio, o la muy contundente en la afirmación de un derecho autónomo en STCo 292/2000, de 30 de noviembre.

³³⁸ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: El derecho a la autodeterminación informativa: la protección de los datos personales frente al uso de la informática, Madrid (Tecnos), 1991, pág. 174.

- 4º. El derecho a la propiedad (art. 33) en relación con el derecho a la libertad de empresa (art. 38), como aval en las pretensiones del empresario de rentabilizar su inversión, no tener que asumir costes innecesarios y disponer de medios apropiados para cumplir sus obligaciones preventivas sin incurrir en responsabilidades penales, administrativas, civiles o sociales.
- 5º. El derecho de sindicación (art. 28.1) en unión al derecho a la negociación colectiva (art. 37.1), que suponen la participación a través de los órganos de representación en la empresa, tanto generales como especializados en materia preventiva, en un asunto de tanta trascendencia colectiva. La vía óptima resulta ser la suscripción de convenios o acuerdos colectivos en los cuales, amén o en vez de contemplar el consumo/abuso de alcohol desde una perspectiva sancionadora, como habitualmente ha venido aconteciendo, se apueste decididamente por una línea preventiva en la cual, de concurrir motivos justificados, pueden tener cabida los tests de despistaje en aras de la salud y seguridad de todos.
- 6º. El derecho al trabajo (art. 35) del empleado puede correr serio riesgo con la pérdida de empleo en función de la tipificación que de este resultado haga el convenio colectivo en su relación de infracciones y sanciones y, también, de la ausencia de programas y medidas alternativas. Además, no cabe duda que el juicio social de reproche aparejado a aquella razón de despido le puede acompañar más allá de esa ocupación perdida, como una señal negativa indeleble ante nuevas oportunidades laborales, cuando no –y será determinante el grado de adicción alcanzado– llevarle a engrosar el colectivo de personas con riesgo de exclusión social.
- 7º. El derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2), bajo expresión propia de la época en que se redactó la Constitución y que ahora toma forma de seguridad y salud en el trabajo, para entroncar directamente con el derecho a la salud del art. 43 y extenderse a la prevención del riesgo de intoxicación etílica o por drogas u otras sustancias en la medida en la cual su consumo pueda constituir un peligro para la vida e integridad no sólo del afectado, sino también de sus compañeros o terceros.
- 8º. En fin, el derecho a la Seguridad Social (art. 41), unido a la correlativa existencia de pensiones –referidas no sólo a las personas de la tercera edad– y a los servicios sociales destinados a atender problemas específicos de salud (art. 50), en tanto estos tests, si abren la vía del despido, podrían dar lugar a la prestación o subsidio de desempleo y, si descubren patologías o ha lugar a accidentes graves, a las prestaciones de asistencia sanitaria, incapacidad en sus diversos grados o de muerte y supervivencia. Apuntada ha quedado, además, la relación que el alcoholismo y la drogodependencia tienen con la exclusión social, lo cual pudiera hacer precisa la intervención de los servicios sociales.

Larga lista que procede no perder nunca de vista, aun cuando la propia Constitución establezca la clara prioridad de los derechos contemplados en la Sección 1ª del Capítulo II frente a los de la Sección 2ª, y en la mayor parte de las ocasiones la cuestión se simplifique como la colisión de la libertad de empresa en

su entronque con el derecho a la salud y el derecho a la intimidad, contando con el añadido del resto, fundamentalmente el derecho a la vida e integridad física del trabajador y terceros, el papel de la negociación colectiva y la presencia de posibles motivos de discriminación por razones de salud.

2.2. La sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004, de 15 de noviembre

A la hora de afrontar la resolución del conflicto de derechos reseñada, cabe dar cuenta del criterio mantenido por el Tribunal Constitucional en un caso emblemático en el cual precisamente se abordan los tests de despistaje desde la perspectiva del acervo contenido en la Norma Fundamental.

Objeto de numerosos comentarios que le dedican una atención monográfica³³⁹, y soporte obligado de centenares de estudios posteriores, lo cierto es que, con su autoridad, solventa cuestiones cruciales y, sin embargo –no podía ser menos al tener que ceñir su análisis a la concreta situación para la cual se solicitaba el amparo–, deja abiertas muchas otras de no menor enjundia.

Para su mejor comprensión procede dar cuenta de los principales hechos sobre los que versaba el pronunciamiento en el que la Sala Primera del Tribunal concedió amparo a una empleada de la empresa Iberia Lae, SA, con categoría de agente administrativo, que desempeñaba sus servicios en la facturación de billetes y equipajes, al entender conculcado su derecho a la intimidad personal después de que en un reconocimiento médico le fuera detectado en el análisis de orina un coeficiente de cannabis superior al recogido en el protocolo de dicha empresa, motivo por el cual se procedió a extinguir su relación laboral (a tiempo parcial, eventual por razones de producción, para la que previamente ya habría sido contratada en dos temporadas anteriores), alegando la empleadora la no superación del período de prueba. Dicha decisión fue adoptada por Iberia al recibir de sus servicios médicos la calificación de “no apto” tras el examen médico realizado a la trabajadora (en el cual se había detectado un coeficiente de cannabis de 292 ng/ml, cuando el protocolo de la empresa recogía un máximo de 50 ng/ml para un trabajador de su categoría y destino). Los servicios médicos no comunicaron a la empresa en ningún momento el concreto motivo de la ineptitud, pero la trabajadora tampoco fue informada con carácter previo de que en los análisis médicos se examinaría el posible consumo de estupefacientes.

³³⁹ Entre otros, y en apretada selección que inspira las páginas que siguen, CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2004, págs. 289–305; LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P.: “La vigilancia de la salud de los trabajadores. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 2004”, *Información Laboral (Jurisprudencia)*, núm. 16, 2004, págs. 24 y ss.; MARTÍNEZ FONS, D.: “La vigilancia de la salud en la doctrina del Tribunal Constitucional. El principio de voluntariedad y sus excepciones”, *Aranzadi Social*, núm. 19, 2005, págs. 403–420; SEGALÉS FIDALGO, J.: “¿Tutela o autotutela de la intimidad dentro de la relación obligatoria laboral? El alcance del consentimiento dado a los exámenes médicos (Comentario a la STC 196/2004)”, *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2005, págs. 65 y ss.; PULIDO QUECEDO, M.: “Intimidad y contrato de trabajo (sobre el alcance de los reconocimientos médicos de empresa)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Vol. 20, núm. 19, 2004, págs. 2938–2940; GÓMEZ CABALLERO, P.: “Vigilancia y control del estado de salud y respeto al derecho a la intimidad del trabajador”, *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2005, págs. 11 y ss.; SERRANO GARCÍA, J. M.: “El derecho a la intimidad en los reconocimientos médicos de la LPRL desde los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 72, 2010, págs. 24 y ss. o, por no seguir, SANZ PÉREZ, A. L.: “El derecho a la intimidad de los trabajadores”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, T. III, núm. 20, 2004, págs. 3095–3116.

El Juzgado de lo Social de instancia, tras reconocer la presencia de motivos para considerar el despido improcedente por la irregularidad del período de prueba, y por consiguiente concurrir fraude de ley al haber realizado la trabajadora idénticas funciones con ocasión de contratos anteriores, acaba declarando su nulidad por vulneración de su intimidad, sosteniendo que la realización de las pruebas médicas destinadas a averiguar el consumo estupefacientes exige, en todo caso, la autorización personal tras una previa información al respecto, pues los resultados que pueden obtenerse pertenecen al ámbito de su intimidad, y en este supuesto no se recabó tal autorización expresa, a diferencia de cuanto había ocurrido en otras ocasiones anteriores. Por otro lado, si bien es cierto que los servicios médicos no comunicaron a la empresa la razón de la no aptitud, en cumplimiento de su deber de secreto profesional, razona el Magistrado que dicha información se obtuvo sin consentimiento y sirvió derivadamente para fundamentar la extinción del contrato, por lo que, pese a no ser divulgada de forma notoria o abierta, sí salió del conocimiento estricto de su titular.

La empresa recurrió este pronunciamiento ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, el cual, tras declarar la improcedencia del despido por irregularidad del período de prueba suscrito, no entendió vulnerado el derecho a la intimidad de la empleada, por varias razones: 1) porque “se siguió el procedimiento general y común de revisión médica de todos los empleados de Iberia sin que conste ningún indicio de actitud discriminatoria respecto a la demandante”; 2) porque la empresa se limitó a cumplimentar las normas establecidas en su manual de políticas y procedimientos, en las cuales se establece tanto un reconocimiento médico para el personal de nuevo ingreso como reconocimientos periódicos ordinarios y en casos concretos; 3) porque la trabajadora se sometió al reconocimiento médico, facilitando la oportuna muestra de orina sin oposición o reparo, al igual que lo autorizó en otras ocasiones al tiempo de celebración de contratos temporales precedentes, y conforme ha sucedido con el resto de los trabajadores en su misma situación; y 4) porque no cabe dudar del interés de la empresa en conocer el estado psicofísico de sus trabajadores, siendo por ello lógico que se efectuaran los análisis médicos, incluida la investigación sobre consumo de drogas.

Llegado el momento de fundamentar el amparo concedido, el Tribunal Constitucional sienta una doctrina que forzosamente ha de ceñirse al supuesto que resuelve. Por tanto, haciendo conveniente distinguir lo que considera un criterio de general aplicación y cuanto sólo cobra sentido en ocasión tan concreta; también, de aquello sobre lo que versa el pronunciamiento y cuantas otras cuestiones deja sin resolver.

Ordenando su extenso discurso a los propósitos que mueven el presente análisis cabría destacar:

- 1º. El marco del debate siempre va a venir dado por la tensión que el propio Tribunal reconoce entre, de un lado, las obligaciones y derechos que surgen del contrato de trabajo y, de otro, los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución reconoce al trabajador como ciudadano, pues si bien éstos “no deben soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas”, también será menester admitir que “los hechos referidos a

las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desempeña su actividad no se integran, en principio, en la esfera privada de la persona” (aun cuando, “mediante un análisis detallado y conjunto de los mismos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima, personal y familiar del trabajador, en cuyo ámbito se encuentran, sin duda, las referencias a la salud”). Así, la clave quedará situada en que “la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible con el cuadro de límites recíprocos que puedan surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE”.

- 2º. Bajo tal contexto general, acota el debate a la confrontación entre la libertad de empresa y el derecho a la intimidad, sin referencia alguna, salvo alusiones muy indirectas –y ésta es, de seguro, la principal cuestión de entidad en cuyo análisis no entra, y por tanto no resuelve al descartar su juego en este caso en concreto–, a otros derechos como la vida, la integridad física o la salud de las personas que pueden verse afectados por el estado de la empleada.

Sí lo hace, empero, del derecho a la salud de la empleada, y de ahí que constate la afectación del derecho a la intimidad.

En su argumentación, con todo, da cuenta de una separación de altísimo interés:

- a) En primer lugar, valora la posible vulneración de la intimidad corporal en la toma de muestras, en este caso de orina, para reiterar el criterio general que ya había sentado en otros pronunciamientos, a saber: aun cuando “la intimidad corporal forma parte del derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE, el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural, y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona”.

Por ello, y en el caso concreto, aprecia cómo “resulta notorio que una intervención circunscrita a un examen de orina realizado por personal médico, por la forma en que se ejecuta y por no exigir ningún tipo de actuación especial sobre el cuerpo, no entra dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad corporal ni, por lo tanto, puede llegar a vulnerarlo”.

- b) En segundo término, sopesa que el hecho de no apreciar una vulneración del derecho a la intimidad corporal no significa que no pueda existir una lesión del derecho más amplio a la intimidad personal del cual aquél forma parte, dada la información que la exploración permite obtener. En este sentido, retoma su propia doctrina anterior y afirma cómo “la cobertura constitucional implica que las intervenciones corporales pueden conllevar,

no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal”.

Premisa a partir de la cual afirma que esto es cuanto sucede “en el presente caso [cuando,] a consecuencia de un análisis de orina, se llega a la conclusión de que el trabajador había consumido drogas. Una prueba médica realizada en términos objetivos semejantes supone una afectación en la esfera de la vida privada de la persona a la que pertenece, sin duda, el hecho de haber consumido algún género de drogas”.

Es justamente a partir de esta última afirmación donde tercia en una polémica doctrinal respecto al derecho a la salud y seguridad del trabajador y la realización de reconocimientos cuando sólo aquélla, y no la de otros, corran peligro. Al respecto, un sector venía defendiendo que en este caso el reconocimiento debe ser voluntario, pues el trabajador es libre de asumir riesgos para su salud y pueden existir otros intereses (la intimidad, la integración social, el miedo a la discriminación, etc.) que la persona esté interesada en proteger; como en este supuesto el conflicto de valores o intereses no excede del propio individuo, ya que no hay un interés general o colectivo en colisión, debería ser el propio interesado quien resolviera ese conflicto en libre ejercicio de su autodeterminación. Otro grupo de autores defendía, en cambio, que la obligatoriedad del reconocimiento deriva de que el trabajador, en el marco de la prevención de riesgos, no sólo tiene derechos, sino también deberes, e incluso se ha afirmado que la obligatoriedad de la vigilancia del estado de salud del trabajador estriba en que el empresario, al fin y al cabo, puede resultar responsable si efectivamente ese riesgo que amenaza al trabajador se materializa³⁴⁰.

El Tribunal Constitucional avala el criterio de los primeros cuando sienta el derecho a la autodeterminación del empleado, “pues aquél, según se dijo, es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometándose o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinente para la decisión”; con todo, establece la regla en medio de un inciso importante (“sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivables”) llamado a actuar como excepción que luego concreta en dos supuestos bajo los cuales sí cabrá imponerlos: de concurrir “factores objetivos o indicios razonables de afectación que conecten el caso concreto con previsiones legales como los del art. 25.1, segundo párrafo, LPRL”, o de estar en presencia de “un riesgo efectivo en la salud por las características personales, anatómicas o biológicas del sujeto o por razones objetivas del puesto de trabajo”; en este último caso, sin duda, dada la intrínseca dificultad para delimitar en la práctica cuándo el riesgo se circunscribe al trabajador o se prolonga a terceros³⁴¹.

- c) Al pasar a analizar el concreto test de despistaje sobre el que ha de pronunciarse y efectuar la lectura constitucional del art. 22 LPRL, al cual identifica como

³⁴⁰ Una versión bien documentada de tal polémica en PEDROSA ALQUEIZAR, S.: La vigilancia de la salud en el ámbito laboral, Madrid (CES), 2005, págs. 107 y ss.

³⁴¹ SALA FRANCO, T.: Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, pág. 121 o NAVARRO NIETO, F.: “Los reconocimientos médicos como instrumentos de la salud laboral: condicionantes legales y jurisprudenciales”, Aranzadi Social, T. IV, núm. 11, 2012, págs. 155 y 156.

precepto clave sobre el cual reflexionar a la hora de determinar su carácter voluntario u obligatorio, traza –convertido aquí en intérprete de la ley³⁴²– una semblanza de los que, según su cualificado parecer, son sus “caracteres y principios: la determinación de una vigilancia periódica –y como regla general consentida– del estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes a su actividad laboral; la voluntariedad del sometimiento a los reconocimientos médicos; la existencia de situaciones tasadas en las que resulta imprescindible la realización de las exploraciones médicas, limitándose así, excepcionalmente en esos casos, la libre determinación del sujeto; el principio de la indispensabilidad de las pruebas y de su proporcionalidad al riesgo; el necesario respeto del derecho a la intimidad, a la dignidad de la persona y a la confidencialidad de la información relacionada con su estado de salud; el derecho del trabajador a conocer los resultados; la prohibición de utilización de los datos relativos a la vigilancia de la salud con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador; la prohibición de comunicación de la información resultante, salvo que exista consentimiento expreso del trabajador; y la posibilidad de transmitir el empresario y a las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención de las exploraciones, y con el exclusivo objeto de que puedan desarrollar sus funciones en materia preventiva”.

Acto seguido, sin embargo, centra su atención prácticamente en exclusiva en el rasgo de voluntariedad como regla y sus posibles excepciones, para así afrontar las dos grandes cuestiones que señaladamente había de analizar para fundar su resolución: “si hubo o no consentimiento [y si éste fue] eficaz”.

Desde el prisma de la tutela a la intimidad adoptado, afirma que aun cuando el art. 18.1 CE no prevea expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de aquel derecho, es preciso reconocer cómo “ello no significa que sea un derecho absoluto, pues puede ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la evitación y prevención de riesgos y peligros relacionados con la salud”. De modo tal que “ese interés público es, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de reconocimientos médicos también en la relación laboral”.

Tras recordar, de la mano de algunos pronunciamientos del TEDH –por cierto, ninguno de ellos referido a la prevención de riesgos laborales, lo cual es de destacar cuando sí existen resoluciones de éste precisamente relacionadas con los tests de despistaje–, que la previsión legal que habilita esa intromisión en la intimidad ha de estar justificada constitucionalmente, ser proporcionada, precisar todos los presupuestos materiales de la medida limitativa y concretar las restricciones alejándose de criterios de delimitación imprecisos o extremos, da por buena –si bien de manera tácita– la ordenación contenida en el art. 22 como norma habilitante para poder establecer reconocimientos médicos; advirtiendo, eso sí, la doble vía que permite actuar las excepciones a la libre disposición del trabajador (“pues es obvio que existen empresas y actividades

³⁴² En la aguda observación de SANZ PÉREZ, A. L.: “El derecho a la intimidad de los trabajadores”, cit., pág. 3108.

sensibles al riesgo y por tanto trabajadores especialmente afectados por el mismo³⁴³): de un lado, “la certeza de un riesgo o peligro en la salud de los trabajadores o de terceros”; de otro, “en determinados sectores, a la protección frente a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad”.

A renglón seguido establece que, en cuanto tales excepciones, y en aras de aquella concreción exigible a la norma, únicamente podrá operar “cuando concurren una serie de notas, a saber: la proporcionalidad al riesgo (por inexistencia de opciones alternativas de menor impacto en el núcleo de los derechos incididos); la indispensabilidad de las pruebas (por acreditarse *ad casum* la necesidad objetiva de su realización en atención al riesgo que se procura prevenir, así como los motivos que llevan al empresario a realizar la exploración médica a un trabajador singularmente considerada); y, en fin, la presencia de un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetivable (descrita en los supuestos del segundo párrafo del art. 22.1), notas que justificarían en su conjunto la desfiguración de la regla ordinaria de libertad de decisión del trabajador”.

En aplicación de tales pautas hermenéuticas decide en este supuesto concreto que no procede calificar la prueba como obligatoria (poniendo de relieve cómo la propia empresa dio por bueno su carácter voluntario, al insistir en la validez del consentimiento de la empleada, “lo que conecta el caso con un supuesto ordinario de vigilancia consentida”), pues no concurre su carácter indispensable al no acreditarse la necesidad objetiva para su realización –tampoco subjetiva– vinculada a un puesto o prestación de trabajo en relación “con la certeza de un riesgo o peligro con la protección frente a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad³⁴⁴”.

A la postre, y aun cuando nunca lo manifieste con la rotundidad precisa en medio de razonamientos abstractos, el eventual consumo de cannabis por una empleada que trabaja en un aeropuerto con la categoría de agente administrativo y desempeñando labores de facturación de billetes y equipajes no justifica acudir a un test de despistaje, pues no conlleva el riesgo cierto para su salud o seguridad o para la salud y seguridad de sus compañeros o de los clientes requerida por la norma³⁴⁵.

- d) Es esta calificación puntual y específica marca el norte del resto del discurso, y sólo en tal contexto cobrarán sentido las aseveraciones que efectúe. Así debe ser ponderada su afirmación sobre el papel de la negociación colectiva

³⁴³ Para recordar cuanto ya dijera en el ATC 272/1998, de 3 de diciembre.

³⁴⁴ Como se ha observado, la existencia de un riesgo objetivable no significa un riesgo acreditado que exige el reconocimiento, sino la posibilidad de un riesgo que requiere un reconocimiento para verificar su certeza. Acerca de este tema importante, sobre el cual se volverá con calma, GÓMEZ CABALLERO, P.: “Vigilancia y control del estado de salud y respeto a la intimidad del trabajador”, cit., págs. 721 y 722.

³⁴⁵ Discrepando de tal parecer del Tribunal Constitucional, SANZ PÉREZ, A. L.: “El derecho a la intimidad de los trabajadores”, cit., págs. 311-312, sobre el argumento de encontrar más que razonable “entender que el servicio público de seguridad aeroportuaria y en la navegación aérea fuesen unos de los ámbitos ante los que podría ceder el derecho a la intimidad de los trabajadores. El reconocimiento médico no es sólo para que el empresario cuente con unos trabajadores sanos y lustrosos, sino para determinar si estamos ante empleados que puedan cumplir de forma adecuada y eficaz el servicio público esencial que cumplen. Al menos en principio, podría entenderse que la seguridad de los demás trabajadores y de los usuarios del servicio público aéreo legitimaría una incidencia en los derechos del trabajador afectado, siempre que proteja de forma adecuada el estatuto de este”.

cuando sostiene literalmente: “es claro que el convenio colectivo no puede introducir en la regulación de los reconocimientos médicos que analizamos elementos incompatibles con la protección que otorga el art. 18.1 CE, añadiendo restricciones no previstas en la Ley. En concreto, no puede configurar como obligatorios reconocimientos que no lo son *ex lege*, ni siquiera dotarlos de una caracterización contraria a las directrices de la Ley, pues así se impone a tenor de la función de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales (art. 2.2 LPRL), ya que las disposiciones de carácter laboral contenidas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en sus normas reglamentarias tienen en todo caso el carácter de derecho necesario mínimo indisponible, reservándose a los convenios colectivos únicamente la función de mejora y desarrollo”.

Un recto entendimiento de tal literal viene a significar, en breve, que por convenio no cabe cambiar la naturaleza de las cosas, y si un puesto de trabajo no presenta el riesgo para la salud o seguridad requerido en orden a que pueda actuar la excepción contemplada en el art. 22.2 LPRL, la calificación como obligatorio de un reconocimiento en la norma paccionada no evitará su funcionalidad como meramente voluntario; de ahí la delicada misión que han de asumir las partes del convenio a la hora de aquilatar en qué sectores y puestos concretos de trabajo cabrá imponer –y no meramente proponer– la realización de tests de despistaje³⁴⁶.

En ningún momento del discurso se alude a si, prevista la realización del test en convenio como acto obligatorio, la elaboración del procedimiento a seguir debe ser igualmente consensuada o puede responder a la iniciativa unilateral del empresario (se desconoce el origen del protocolo aplicado al caso, pues el convenio remitía a un “Manual de políticas y procedimientos” dentro del cual figuraba aquél, pero no se indica si el mismo fue elaborado por el empresario e informó a los representantes de los trabajadores o su contenido fue fruto de la negociación); más aún, ni siquiera se plantea si el poder de dirección del empresario –previa información a aquellos representantes– pudiera bastar, en ausencia de convenio, para determinar los concretos puestos que requieren aquel control. Tema vital sobre el cual –conforme ya se ha expuesto– existe pronunciamientos expresos del TEDH que resultan hartamente aclaratorios.

- e) La consideración del reconocimiento médico enjuiciado como voluntario convierte el consentimiento del trabajador en elemento capital para su validez. Ello no supone nunca que, aun cuando fuera considerado obligatorio, quepa prescindir del consentimiento³⁴⁷; sin dicha aquiescencia nunca podrá tener cabida, pero la negativa injustificada del trabajador hará que deba asumir las consecuencias derivadas de su desobediencia a una orden legítima del empresario.

³⁴⁶ MENDOZA NAVAS, N.: “La vigilancia de la salud en la negociación colectiva”, cit., pág. 17.

³⁴⁷ Y tampoco de la información, aun cuando no falte quien considera “que la información previa al trabajador únicamente deberá ofrecerse en los supuestos en los que sea preciso el concurso del consentimiento del trabajador, de modo que no resultaría necesaria la información en aquellos casos en los que se reputa como legítimo el sometimiento obligatorio a la medida del reconocimiento médico”, SERRANO GARCÍA, J. M.: “El derecho a la intimidad en los reconocimientos médicos de la LPRL desde los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, cit., pág. 27.

Aclarado tal extremo, la reflexión del Tribunal se centra en comprobar si en el caso concurre o no este requisito que aquí resultaba imprescindible. Formula su razonamiento –como es constante en la sentencia y se ha podido comprobar– descendiendo de la doctrina general al caso particular para sentar:

- a) “Que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no establece, ni la Constitución impone como requisito del consentimiento, la forma escrita. Bastará, en principio, desde la perspectiva constitucional, que quepa verificar la voluntad real de someterse a la prueba médica, lo que en absoluto excluye la eficacia del consentimiento verbal o incluso la de la realización de actos concluyentes que expresen dicha voluntad, todo ello sin perjuicio de los requisitos que eventualmente pueda establecer la normativa infraconstitucional sobre la materia o de lo que cupiera decir en casos diversos al ahora analizado por afectación de otros derechos (de forma destacada, cuando las exploraciones supusieran riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del trabajador)”.

Sobre dicha consideración, y en tanto consta que la empleada entregó voluntariamente las muestras de orina, no cabe sino afirmar la existencia de consentimiento a partir de tal dato concluyente.

- b) Ahora bien, el hecho de que exista consentimiento no significa que éste sea válido, pues “el acto de libre determinación que autoriza una intervención sobre ámbitos de la intimidad personal, para ser eficaz, requiere que el trabajador sea expresamente informado de las pruebas médicas especialmente invasoras de su intimidad. Esa exigencia significa que el trabajador debe recibir información expresa, al tiempo de otorgar su consentimiento, sobre cualquier prueba o analítica que pudiera llegar a afectar a su intimidad corporal, esto es, conforme a nuestra doctrina, en relación con todas las actuaciones que por las parte del cuerpo sobre las que se opere o por los instrumentos mediante los que se realizan incidan en el pudor o el recato corporal de la persona, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad”.

Tal parecer no habría de tener mayor relieve en el supuesto en presencia, por los mismos motivos que llevaron al propio órgano jurisdiccional a negar que existiera violación de la intimidad, pues la empleada conocía el procedimiento.

Añadido a lo anterior, “es preciso también un acto expreso de información si en el reconocimiento médico fueran a realizarse pruebas que, aun sin afectar a la intimidad corporal del trabajador, sí conciernan en cambio al derecho más amplio a la intimidad personal de la que aquélla forma parte, al tener por objeto datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad”, conforme ocurre –según ya había declarado³⁴⁸– con el consumo habitual de drogas. Al respecto el Tribunal concluye: “finalmente, por su importancia destacada en el presente caso, la misma necesidad de información previa existe cuando las pruebas a practicar sean ajenas a la finalidad normativa de vigilancia de la salud en relación con los riesgos inherentes al trabajo. En efecto (...), en garantía del derecho fundamental a la intimidad personal se impone que el

³⁴⁸ STC 207/1996, de 16 de diciembre.

consentimiento sea informado particularmente en aquello que no sea previsible, y eso es lo que ocurre, tratándose de un reconocimiento médico de vigilancia de la salud en función del riesgo laboral (art. 22.1 LPRL), con las pruebas y datos extraños a esa finalidad”.

En esta doble invocación al principio de consentimiento informado es donde se asienta la *ratio decidendi* para conceder el amparo, al considerar que en este supuesto los hechos probados muestran cómo a la empleada “no se le comunicó ni por la empresa ni por sus servicios médicos cuál era la información buscada con los análisis médicos y, en concreto, estupefacientes. Esa circunstancia, ciertamente, no equivale a que existiera resistencia por parte [del empleador] a informar a la empleada, caso de que ésta lo hubiera solicitado, ni tampoco supone que ésta no tuviera posibilidades de acceder a dicho conocimiento a través de sus representantes o directamente dirigiéndose a los servicios médicos o por otros cauces. Ahora bien, conforme a lo que hemos establecido, [la empresa] tenía la obligación de informar expresamente a la trabajadora de esa analítica concreta, toda vez que, si bien no afectaba a la intimidad corporal, según se dijo, sí tenía como objeto datos sensibles que lo imponían, pues el hecho de haber consumido en algún momento algún género de drogas, pese a que en nuestro ordenamiento es una conducta en sí misma impune, provoca a menudo un juicio social de reproche en sectores significativos de la comunidad. Por ello, los datos mismos que quedaban comprometidos, por su naturaleza, obligaban a una información previa, y expresa, tendente a asegurar la libre decisión”.

Considera, además –uniendo ese argumento al del motivo para calificar el reconocimiento médico como voluntario–, que el incumplimiento empresarial se cualifica de tomar en consideración el “elemento de imposibilidad” derivado de que “ni se ha probado ni se ha fundamentado por los órganos judiciales la concurrencia de alguna justificación por razón del riesgo inherente al trabajo de la necesidad de practicar esa analítica en el concreto puesto de trabajo”.

No obstante lo cual, y aun cuando ninguna influencia concreta pueda tener ya para la resolución que viene anunciando, estimó oportuno describir todos los extremos sobre el requisito del acceso a la información adecuada para que el consentimiento en este terreno sea un acto informado y pleno. Aclaración harto importante, por cuanto afirma: “en lo restante, esto es, en lo que resulte previsible en atención al objeto y propósito de los reconocimientos médicos en la relación de trabajo, no habrá vulneración del art. 18.1 CE si el trabajador puede tener acceso, de solicitarlo, al conocimiento del contenido y alcance de la detección, tipo de pruebas que le vayan a ser practicadas y sus efectos, sus contraindicaciones y riesgos probables en condiciones normales, así como de las posibles eventualidades y contingencias que en su salud pudieran derivarse de no realizar el reconocimiento médico”.

Ello quiere decir que el consentimiento informado se ciñe a la obligación empresarial de, antes de proceder al test, informar con detalle de qué datos de consumo –alcohol, droga y qué tipo de droga y otras sustancias– se están buscando, la analítica concreta a realizar con tal objeto y el propósito último de la prueba; a lo demás el trabajador “puede” tener acceso, pero para ello tendrá que solicitarlo, pues ya no forma parte del derecho a la intimidad.

- f) El conjunto de argumentos precedentemente expuestos permiten comprender los dos momentos a lo largo de la sentencia en los cuales se hace una valoración general del sentido que para el Tribunal Constitucional han de tener estos tests de despistaje. En el primero, situado al final de la sentencia, señala que el interés de la empresa en conocer el estado psicofísico de sus trabajadores, “ni inspira la configuración legal de los reconocimientos médicos de vigilancia de la salud en el trabajo, ni desde luego puede conformar, de manera genérica o indiscriminada, una justificación suficiente para la penetración en ámbitos de la esfera íntima del trabajador”. En el segundo, localizado a mitad de la fundamentación jurídica, se encuentra otra afirmación aún más rotunda: “el reconocimiento médico no es, en definitiva, un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal”.

3. La ordenación legal de los tests de despistaje. Ley de Prevención de Riesgos Laborales y otras normas sobre datos sanitarios.

En el amplio, por genérico, marco que abre el art. 14 Directiva 89/391, de 12 de junio, y del más concreto y extenso abanico de derechos fundamentales que le afectan, no cabe duda que la LPRL está llamada a ser el referente fundamental en la ordenación de los tests destinados al control de consumo de alcohol, drogas y otras sustancias en el ámbito laboral; sin embargo, la eficacia horizontal de aquellos derechos en el contrato de trabajo³⁴⁹ hace que, además de cuanto recoge la normativa social (incluidos, por supuesto, los convenios colectivos en la regulación específica de los reconocimientos médicos, pero también, por ejemplo, en las previsiones vinculadas a mejoras voluntarias de la Seguridad Social), deba integrarse en este punto por una pléyade de normas con dos orígenes fundamentales: de un lado, las de Derecho Sanitario (Ley 14/1986, de Sanidad, de 25 de abril, General de Sanidad; Ley 41/2001, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica –a integrar con

³⁴⁹ Tema clásico de estudio por la más autorizada doctrina, como cabe comprobar en obras que perviven para seguir inspirando la reflexión y la aplicación de igual acervo fundamental; entre otros, cabría remitir a los ensayos de PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: Los derechos laborales en la Constitución Española, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1991, págs. 31–34; GOÑI SEIN, J. L.: El respeto a la esfera privada del trabajador. Un sentido sobre los límites del poder de control empresarial, Madrid (Civitas), 1988, págs. 31 y ss.; DEL REY GUANTER, S.: “Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general”, Relaciones Laborales, T. VII, 1995, págs. 181–212; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “Constitución, derechos fundamentales y relaciones entre partes”, Relaciones Laborales, núms. 1 y 2, 1996, págs. 12–21; VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales. ¿Un desafío a la convivencia?”, Relaciones Laborales, núm. 2, 2003, págs. 89–176; CASAS BAAMONDE, M. E.: “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación ¿o proporcionalidad? y principio de buena fe”, Relaciones Laborales, núm. 72, 2004, pág. 5; SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo, Madrid (Civitas), 2005; OJEDA AVILÉS, A.: “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad persona en la empresa”, Revista de Derecho Social, núm. 35, 2006, págs. 11–34; por no alargar el elenco, en los últimos años, GUTIERREZ PÉREZ, M.: Ciudadanía en la empresa y derechos laborales inespecíficos, Murcia (Laborum), 2011; SANGUINETI RAYMOND, W.: “Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales”, Relaciones Laborales, núms. 21–22, 2012, págs. 11 y ss. o la acertada visión actual de GOÑI SEIN, J. L.: “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación”, en AA.VV.: XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2014, en <http://www.pamplonetario.org/2014/05/xxiv-congreso-nacional-de-derecho-del-trabajo-y-seguridad-social>. Sobre su plasmación en convenios colectivos AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., Dirs.): Derechos fundamentales inespecíficos y negociación colectiva, Cizur Menor (Aranzadi), 2011.

lo previsto, en su ámbito específico, por las leyes autonómicas en la materia–; y Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de Profesiones Sanitarias y Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Sanidad Pública (a las cuales procedería unir “normas” profesionales como el Código de Deontología Médica de 2011 –con su complemento en los Códigos Éticos de Colegios de Médicos locales o agrupados a nivel de Comunidad Autónoma–); de otro, amén de la dirigida a proteger con carácter general la intimidad (Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil de Derechos al Honor, Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen), la más específica destinada a la salvaguarda la información derivada de estos exámenes (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal).

3.1. La normativa de prevención de riesgos laborales

Según se ha avanzado, como concreción de cuanto el Estatuto de los Trabajadores reconoce como derechos de los empleados a su integridad física y a una adecuada política de seguridad y salud [art. 4.2 d)], al respeto a la intimidad y la consideración debida a la dignidad [art.4.2 e)], así como del poder de dirección que se le otorga al empresario (art. 20) para comprobar el cumplimiento por aquellos de sus obligaciones y deberes, entre otros el de observar las medidas de prevención de riesgos que hubiera adoptado (art. 5) –cooperando con él para que pueda garantizar unas condiciones de trabajo seguras (art. 29.2.6º)–, diversos preceptos de la LPRL abordan la vigilancia de la salud del trabajador.

Lo hacen bajo el norte genérico dispuesto en el art. 14.1 párrafo 4º, el cual alude en concreto a este derecho a la vigilancia de su salud como parte fundamental de otro de mayor alcance relativo a un protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo enunciado en el párrafo 1º de aquel artículo y apartado.

Con el propósito de que resulte verdaderamente operativo, exige que tal labor sea realizada por personal sanitario capacitado (arts. 22.6 y 30 LPRL), motivo por el cual, y con independencia de su opción por un servicio de prevención propio, mancomunado (art. del art. 21) o de llevar a cabo el concierto (art. 33.1 LPRL y 16.2 y 20 RSP) con uno externo para gestionar esta formación [art. 31.3.f)]³⁵⁰, va a demandar que las capacidades y aptitudes de quienes los efectúen respondan al nivel superior de formación correspondiente a la especialidad y disciplina de Medicina del Trabajo [art. 34 f) en relación con el art. 37. a)]. Dato éste que, unido a cuanto previene el art. 15.2 3º como cautela específica para el caso específico de optar por un servicio propio que incluya la actividad sanitaria (“la actividad sanitaria que en su caso exista, contará para el desarrollo de su función dentro del servicio de prevención con la estructura y medios adecuados a su naturaleza específica y la confidencialidad de los datos médicos personales, debiendo cumplir con los requisitos sanitarios de aplicación. Dicha actividad sanitaria incluirá las funciones específicas recogidas en el apartado 3 del art. 37 de la presente disposición, las actividades atribuidas por la Ley General de Sanidad, así como aquellas otras que en materia de prevención de riesgos laborales le correspondan en función de su especialización”), lleva a que, salvo empresas de

³⁵⁰ Resulta inviable, aun cuando se asuma directamente por el empleador la actividad preventiva, que éste lleve a cabo la vigilancia, exigiendo el recurso a cualquiera de las otras modalidades de organización (art. 11.2 y 15.4 RSP); sobre la responsabilidad del empresario en tales casos, GARCÍA VIÑA, J.: “La intervención de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en la vigilancia de la salud en la actual situación española en materia de prevención de riesgos laborales”, *Minerva, Revista de Estudios Laborais*, núm. 7, 2005, pág. 238.

cierto tamaño y capacidad, el resto acuda al concierto con entidades que cubran desde el exterior, al menos, los reconocimientos médicos, incluyendo entre tales los Centros Sanitarios (Anexo II RD 1277/2003)³⁵¹. La conclusión es obvia de considerar los exigentes requisitos en recursos humanos (art. 4) y materiales (art. 5) que –a pesar de la posibilidad de acudir a la subcontratación de actividades (art. 9) y de los criterios de flexibilización temporales concedidos (disp. Transitoria 2ª)– impone el RD 843/2011, de 17 de julio, por el cual se establecen los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención. Doble mención, por tanto, al art. 37.3 RSP que alude a la importancia estructural del diseño efectuado, como garantía de profesionalidad y eficacia, en la prestación de la vigilancia de la salud.

En este sentido dispone que: “Las funciones de vigilancia y control de la salud de los trabajadores señaladas en el párrafo e) del apartado 1 serán desempeñadas por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada con arreglo a la normativa vigente y a lo establecido en los párrafos siguientes:

- a) Los servicios de prevención que desarrollen funciones de vigilancia y control de los trabajadores deberán contar con un médico especialista en Medicina del Trabajo o diplomado en Medicina de Empresa³⁵² y un ATS/DUE de empresa, sin perjuicio de la participación de otros profesionales sanitarios con competencia técnica, formación y capacidad acreditada³⁵³.
- b) En materia de vigilancia de la salud, la actividad sanitaria deberá abarcar, en las condiciones fijadas por el artículo 22 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales:
 - 1º. Una evaluación de la salud de los trabajadores inicial después de la incorporación al trabajo o después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud.
 - 2º. Una evaluación de la salud de los trabajadores que reanuden el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud, con la finalidad de descubrir sus eventuales orígenes profesionales y recomendar una acción apropiada para proteger a los trabajadores.
 - 3º. Una vigilancia de la salud a intervalos periódicos.
- c) La vigilancia de la salud estará sometida a protocolos específicos u otros medios existentes con respecto a los factores de riesgo a los que esté

³⁵¹ Norma que, en dicho Anexo II, contempla dentro de su oferta asistencial la Medicina del Trabajo (U. 99), considerándola como una “unidad preventivo-asistencial que, bajo la responsabilidad del médico especialista en Medicina del Trabajo o diplomado en Medicina de Empresa, desarrolla las funciones de vigilancia de la salud de los trabajadores reguladas por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su normativa de desarrollo”. En torno a la posibilidad de que el convenio colectivo pueda atribuir a órganos mixtos en el seno de la empresa funciones decisorias sobre la organización de la prevención, STS 3 noviembre 2005 (RJ 1/2006).

³⁵² Sobre la posibilidad de participación de estos terceros, ilustrativa la STS, Contencioso-Administrativo, 21 diciembre 2009 (RJ 1500/2010).

³⁵³ Acerca de la equiparación de los trabajadores provenientes de los Servicios Médicos de Empresa y sus requisitos, para así proceder a la adecuada transformación de aquéllos (disp. adicional 2ª RSP), SSTSJ, Asturias, Contencioso-Administrativo, 7 febrero 2003 (RJCA 593) y País Vasco 14 octubre y 2 diciembre 2003 (AS 3831 y 4175). En torno a las competencias del especialista en Medicina del Trabajo, SAN 14 enero 2013 (JUR 85144).

expuesto el trabajador. El Ministerio de Sanidad y Consumo y las Comunidades Autónomas, oídas las sociedades científicas competentes, y de acuerdo con lo establecido en la Ley General de Sanidad en materia de participación de los agentes sociales, establecerán la periodicidad y contenidos específicos de cada caso.

Los exámenes de salud incluirán, en todo caso, una historia clínico-laboral, en la que además de los datos de anamnesis, exploración clínica y control biológico y estudios complementarios en función de los riesgos inherentes al trabajo, se hará constar una descripción detallada del puesto de trabajo, el tiempo de permanencia en el mismo, los riesgos detectados en el análisis de las condiciones de trabajo, y las medidas de prevención adoptadas.

Deberá constar igualmente, en caso de disponerse de ello, una descripción de los anteriores puestos de trabajo, riesgos presentes en los mismos, y tiempo de permanencia para cada uno de ellos.

- d) El personal sanitario del servicio de prevención deberá conocer las enfermedades que se produzcan entre los trabajadores y las ausencias del trabajo por motivos de salud, a los solos efectos de poder identificar cualquier relación entre la causa de enfermedad o de ausencia y los riesgos para la salud que puedan presentarse en los lugares de trabajo.
- e) En los supuestos en que la naturaleza de los riesgos inherentes al trabajo haga necesario, el derecho de los trabajadores a la vigilancia periódica de su estado de salud deberá ser prolongado más allá de la finalización de la relación laboral a través del Sistema Nacional de Salud.
- f) El personal sanitario del servicio deberá analizar los resultados de la vigilancia de la salud de los trabajadores y de la evaluación de los riesgos, con criterios epidemiológicos y colaborará con el resto de los componentes del servicio, a fin de investigar y analizar las posibles relaciones entre la exposición a los riesgos profesionales y los perjuicios para la salud y proponer medidas encaminadas a mejorar las condiciones y medio ambiente de trabajo.
- g) El personal sanitario del servicio de prevención estudiará y valorará, especialmente, los riesgos que puedan afectar a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, a los menores y a los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, y propondrá las medidas preventivas adecuadas.
- h) El personal sanitario del servicio de prevención que, en su caso, exista en el centro de trabajo deberá proporcionar los primeros auxilios y la atención de urgencia a los trabajadores víctimas de accidentes o alteraciones en el lugar de trabajo”.

El panorama instrumental u orgánico debe completarse con la colaboración de quien efectúe la vigilancia de salud en diversas materias y con distintos órganos del Sistema Nacional de Salud (arts. 10 LPRL, 21 Ley 14/1986, General de Sanidad, y 38 y 39 RSP). Así –y por cuanto aquí importa–, con los servicios de Atención Primaria y asistencia sanitaria especializada para el diagnóstico, tratamiento y

rehabilitación de enfermedades relacionadas con el trabajo; además, colaborará en las campañas sanitarias de las Administraciones Públicas (art. 38.2) y también lo hará con el Sistema de Información Sanitaria en Salud Pública (39.1)³⁵⁴.

Sobre esta base de obligación para el empresario y sistema organizativo se alza la regulación-tipo de los reconocimientos médicos, contenida en el art. 22 LPRL. Conocedores ya de las notas que el Tribunal Constitucional destaca para el caso particular de los tests de despistaje, procede exponer el contenido completo del precepto ajustado a los “caracteres y principios” que tan autorizado intérprete descubre en él:

- a) “La determinación de una vigilancia periódica –y como regla general consentida– del estado de la salud de los trabajadores, en función de los riesgos inherentes a su actividad laboral”, que coincide con el literal del apartado 1, párrafo 1º, del artículo.
- b) “La voluntariedad del sometimiento a los reconocimientos médicos”, traducida, al comienzo del párrafo 2º del apartado primero, en la regla general según la cual la vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento.
- c) “La existencia de situaciones tasadas en las que resulta imprescindible la realización de las exploraciones médicas en esos casos, la libre determinación del sujeto”. Ello supone la admisión de los tres supuestos en los cuales el empresario, con sólo requisito de previo informe de los representantes de los trabajadores, puede (incluso debe en algún caso) imponerlos, a saber, y sin perjuicio de un estudio más detallado como especies significativas:
 - Su realización sea necesaria para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre los trabajadores.
 - Sea imprescindible para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para sí mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa.
 - Así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.
- d) “El principio de indispensabilidad de las pruebas y de su proporcionalidad al riesgo”. Reproducido literalmente este principio en el párrafo 3º, apartado 1, del precepto, el requerimiento se traduce por el legislador en el hecho de que, en todo caso, será menester optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador.
- e) “El necesario respeto del derecho a la intimidad, a la dignidad de la persona y a confidencialidad de la información relacionada con su estado de salud”. Salvo omisión de alguna palabra (de la persona “del trabajador”), o cambio de una por otra (información por “datos”), nueva reproducción del literal del apartado 2 del art. 22 LPRL.

³⁵⁴ En torno a las implicaciones prácticas de este precepto fundamental, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: “La vigilancia de la salud”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., Dir. y Coord.): Los servicios de prevención de riesgos laborales, Granada (Comares), 2009, en particular pags. 182–201.

- f) “El derecho del trabajador a conocer los resultados”, que en el apartado 3 del precepto formula como un imperativo (“será comunicado”) y del cual el Tribunal Constitucional hace una lectura sencilla en clave de derecho del interesado, pues obviamente éste siempre puede ejercer su “derecho a no saber” o “derecho a la ignorancia”.
- g) “La prohibición de utilización de los datos relativos a la vigilancia de la salud con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador”, nueva reproducción casi literal de párrafo 1º, apartado 4, del artículo.
- h) “La prohibición de comunicación de la información resultante, salvo que exista consentimiento expreso del trabajador y la posibilidad de transmitir al empresario y a las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención únicamente las conclusiones que se deriven de las exploraciones y con el exclusivo objeto de que puedan desarrollar sus funciones en materia preventiva”. Ello supone, en esta ocasión, omitir a quienes se limita el acceso (personal médico y autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud, aun cuando lo primero es obvio por ser quienes los realizan y lo segundo deriva, según ha expuesto, de la obligación de colaboración con aquéllos en los términos establecidos en los arts. 38 y 39 RSP) y añadir el muy significativo adjetivo “exclusivo”, no aludido por la ley, apuntando a que ninguna otra utilización pudiera hacerse de tales resultados, ni siquiera por los representantes de los trabajadores (art. 30.4 LPRL), a quienes también vincula el deber de sigilo.

Conforme cabe constatar, y más que verdaderos “caracteres y principios”, el Tribunal Constitucional reproduce el tenor del legislador, al cual únicamente añade ese matiz trascendental de la finalidad de los datos. No toma en cuenta (al margen de la previsión contenida en el apartado 5 sobre la prolongación de los exámenes tras la finalización de la relación laboral, aquí de menor interés), sin embargo, cuanto pudiera ser otro principio, cual es el que cabría denominar como “criterio de profesionalidad”, recogido en el apartado 6, para demandar su realización por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada.

Este modelo-tipo responde al patrón con el cual inicia su contenido el precepto, esto es, la vigilancia periódica durante la relación laboral. A su lado, cabe dar cuenta de otros reconocimientos específicos que recoge, o la propia ley, o su reglamento de desarrollo, como pueden ser el inicial o inmediatamente posterior a la contratación [art. 37.3 b) 1º RSP], por modificación de tareas [art. 37.3 b) 1º RSP], tras ausencia prolongada por motivos de salud [art. 37.2 b) 2º en relación con art. 37.3 a) RSP] o postocupacionales [art. 22.5 LPRL]; también los que traen causa en otra norma general, como los relativos a trabajadores nocturnos (art. 36.4 ET) o los llevados a cabo para cubrir un puesto de trabajo con riesgo de enfermedad profesional (art. 196 LGSS); previsión, esta última, que abre el campo a una abundante normativa reglamentaria con pautas preventivas para riesgos específicos en los ámbitos enunciados en el Anexo I RSP. Todo ello por no aludir al indudable papel fundamental y específico que los exámenes médicos están llamados a desempeñar cuando del colectivo de trabajadores especialmente sensibles se trata (art. 25 LPRL).

Obvio resulta que no todos ellos presentan el mismo interés cuando el objetivo radica en examinarlos bajo la perspectiva de tests de despistaje de alcohol, drogas y otras sustancias, motivo por el cual procede efectuar una selección y analizar únicamente aquellos supuestos en los cuales el empresario pudiera imponer estos concretos reconocimientos con carácter obligatorio actuando alguna de las excepciones legales. Propósito para el cual, se dejará al margen –como lo hace el propio Tribunal Constitucional– la primera de ellas, relativa a la evaluación de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores (pues, o acabaría dejando vacío de contenido el principio de voluntariedad³⁵⁵, o su limitación a lo “verdaderamente imprescindible” por no existir otro procedimiento alternativo al efecto³⁵⁶, así como la vinculación a un factor de peligro concreto en las relaciones laborales³⁵⁷ –y el alcohol, drogas y otras sustancias ya se ha dicho que no lo es–, prácticamente lo harían inaplicable)³⁵⁸, y se estructurará el estudio sobre el juego de las otras dos en aquellos exámenes en que el control de consumo de tales sustancias tiene mayor sentido.

3.1.1. Reconocimientos médicos de consumo de alcohol, drogas y otras sustancias previstos por Ley

Activando la última de las excepciones que contiene el art. 22 LPRL, el legislador español ha optado por, puntual y asistemáticamente, ir estableciendo diversos ámbitos en los cuales los controles de consumo de estas sustancias resultan preceptivos. Lejos, pues, de otros modelos como el italiano, donde delimitan específicamente las actividades y puestos de trabajo en los cuales cabe imponer estos tests (salvo que por tales –y no parece que tal haya sido la intención del legislador– haya de entenderse los del Anexo I RSP), en España los supuestos son contados y aparecen dispersos.

Sin ánimo exhaustivo –pues probablemente la diseminación significada haría baldío el esfuerzo³⁵⁹–, cabe citar de algunas muestras ciertamente indicativas al respecto, entre otras:

³⁵⁵ “¿Acaso los reconocimientos médicos no permiten siempre evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores? ¿No esta justamente, la finalidad de los exámenes de salud previstos en el art. 22 LPRL?”. Estos son los interrogantes con los que abre su reflexión en el sentido apuntado en el texto SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: “La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 53, 2004, pág. 190

³⁵⁶ DE VICENTE PACHÉS, F.: “Vigilancia de la salud y derecho a la intimidad del trabajador”, Tribuna Social, núm. 86, 1998, pág. 29.

³⁵⁷ TOSCANI JIMÉNEZ, D.: “Los reconocimientos médicos: su obligatoriedad y sus consecuencias”, Gestión Práctica de Riesgos Laborales, núm. 39, 2007, pág. 21.

³⁵⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: “La vigilancia de la salud”, cit., pág. 172.

³⁵⁹ Especial mención cabría hacer, por ejemplo, al estudio del dopaje en el deporte profesional, contemplado en la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva, pero su enorme peculiaridad trascendería el sentido de esta obra [una visión sucinta en la obra del autor Alcohol y drogas en el trabajo, cit., págs. 168–171]; también, en igual línea, la prolífica normativa autonómica sobre buceo profesional [Decreto 152/1998, de 15 de mayo, de Galicia; Orden de 21 de junio de 2000, de Baleares; Decreto 28/2002, de 29 de enero, de Andalucía; Decreto 194/2004, de 8 de junio, de Aragón; Decreto 201/2004, de 31 de octubre, del País Vasco; Decreto 54/2012, de 22 de mayo, de Cataluña; u Orden de 10 de septiembre de 2012, de La Rioja]. Por su carácter abiertamente desfasado y poco significativo e impreciso en lo aquí tratado se descarta el estudio del RD 1609/1978, de Ingenieros Técnicos Forestales, o el RD 3255/1983, sobre Minería del Carbón. En algunas otras ocasiones la existencia de normativa posterior y más amplia, por ejemplo la relativa al régimen de reconocimientos de embarque, deja ciertamente carente de sentido disposiciones como la Resolución de 11 de enero de 2010 o el RD 568/2011, sobre trabajadores del mar, etc. Amén de ello, resultaría sísfica la tarea de localizar y analizar todas y cada una de las profesiones e intentar encontrar referencias a posibles noticias sobre sectores o actividades que pudieran contener previsiones al respecto, por lo que se piden sinceras disculpas por omisiones de referencias no conocidas.

- a) De conformidad con cuanto previene el art. 28.1 c) de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, quienes desempeñen su actividad profesional en el sector habrán de “poseer la capacidad física y la aptitud psicológica necesarias para el ejercicio de las funciones”.

En orden a su acreditación, el RD 2487/1998, de 20 de noviembre, exige pruebas de aptitud psicofísicas que demuestren la ausencia de enfermedad o discapacidad para tener o usar armas, asociada, entre otros, a “trastornos mentales y de conducta” [art. 3 m)] en función de los grupos M, L y S en los cuales aparece clasificado tal personal (art. 9).

Su anexo exige que, tanto para la obtención como para la renovación, en el reconocimiento se verifique expresamente que no existan “trastornos por sustancias”, en referencia detallada a problemas con el alcohol, drogas y/o medicamentos.

- b) El Real Decreto 1696/2007, de 14 de diciembre, por el que se regulan los reconocimientos médicos en el embarque marítimo, contempla –entre otras pruebas–, para el examen inicial (a realizar cuando se practique por primera vez o hayan transcurrido cinco años desde el último –art. 5.1–), unas analíticas (Anexos I.1 y I. 2) claramente orientadas a cuanto contempla el Anexo II. 2, el cual incluye, como uno de los procesos de especial consideración –al punto de llevar a la declaración de “no apto”–, dentro de los trastornos mentales y comportamientos, los “trastornos por consumo de sustancias psico-activas (abuso, dependencias y trastornos inducidos). Excepcionalmente podrán ser aptos con restricciones aquellos pacientes que aporten informe favorable del especialista tras un periodo demostrado de abstinencia y no presenten secuelas irreversibles que supongan un riesgo (...). En el caso de dependencia a opiáceos podrán ser aptos con restricciones aquellos trabajadores con tratamientos sustitutivos siempre que se aporte informe en el que se especifique el cumplimiento de dicho tratamiento” (apartado 2.5.2.).

En un procedimiento modélico, y que sorprende por su minuciosidad, y donde contemplada la posibilidad de pruebas clínicas complementarias (art. 6.2.2º), determinado el sentido funcional de apto con restricciones [art. 6.5 b)], concretada la duración de la validez (art. 7), establecida la forma y requisitos del certificado (art. 8.2 en relación con el Anexo III) y detalladamente regulada –de conformidad con lo previsto en la normativa de protección de datos y la sanitaria de atención al paciente– la gestión de las historias clínicas (art. 9).

- c) Como trasposición en este caso de la Directiva 2007/59/CE, de 23 de octubre, sobre la certificación de los maquinistas de locomotoras y trenes en el sistema ferroviario de la Comunidad, la Orden núm. FOM/2872/2010, de 5 de noviembre, modificada por Orden núm. FOM/679/2015, de 9 de abril (para adaptarse a las nuevas regulaciones de la Unión Europea), determina las condiciones para la obtención de los títulos habilitantes que permiten el ejercicio de las funciones de personal ferroviario relacionadas con la seguridad en la circulación, así como el régimen de certificados homologados de formación y de reconocimiento médico de dicho personal. En su extenso y variado articulado, dirigido siempre –se insiste– al personal que vaya a

realizar funciones relacionadas en la seguridad (art. 2), recoge expresamente la exigencia de un certificado de aptitud psicofísica inicial y periódico (con la periodicidad prevista con carácter general en el art. 64 y las precisiones comprendidas, según las distintas categorías, en los arts. 10, 16, 22 y 41.5) ajustado a las condiciones previstas en sus Anexos.

En todas las categorías cuya actividad puede conllevar un riesgo grave para la seguridad y salud tanto propia como de terceros, la posesión de este certificado constituye condición para obtener la pertinente habilitación, pudiendo ser denegado, no renovado, suspendido o revocado si el interesado da positivo en alcohol, estupefacientes, psicotrópicos o sustancias analógicas o se niega a realizar las pruebas previstas a este efecto, cuya regulación aparece contenida en su larguísima y detallada disposición adicional 6ª, a completar, para los medicamentos, con lo contemplado, en la disposición adicional 14ª.

- d) El RD 270/2000, de 25 de febrero, determina las condiciones para el ejercicio de funciones del personal de vuelo en las aeronaves civiles, recogiendo el régimen de títulos, licencias, habilitaciones, autorizaciones y certificados necesarios para que este colectivo pueda ejercer sus atribuciones en aeronaves con matrícula española (art. 1), exigiendo como requisito *sine qua non* disponer de un certificado médico de aptitud psicofísica de clase 1 o 2 (art. 4). De regular su contenido en este punto se ocupa la Orden de 21 de marzo de 2000 (tras su remodelación por Orden núm. FOM/1267/2008, de 28 de abril), que en su art. 4 contempla los distintos tipos de certificados (art. 4) y requisitos médicos (art. 5) descritos en sus extensísimos anexos.

Por cuanto aquí importa, el Apéndice de la Subparte B (clase 1) y el Apéndice 10 de las Subpartes B y C, punto 4, dedican su atención a los problemas derivados de trastornos mentales debidos al consumo de alcohol o uso de drogas y a la influencia de la utilización regular de medicamentos, pudiendo llevar a la descalificación o limitación y/o a la necesidad de estar y pasar por un procedimiento de revalidación para poder volver a ejercer la profesión.

- e) En acusado contraste con cuanto ocurre en el transporte por ferrocarril, mar y aire, y también de cuanto constituye frecuente previsión en los Estados que han decidido habilitar estos específicos reconocimientos médicos en las actividades vinculadas al transporte, la normativa española no contiene ningún tipo de reconocimiento obligatorio que pueda introducir el empresario para controlar el consumo de estas sustancias en el transporte por carretera, ni de posesión de certificado alguno que lo establezca y facultara inspecciones al respecto, fiándolo todo a la labor que puedan desarrollar los agentes de la autoridad al calor de cuanto previenen los arts. 20 a 28 RD 1428/2003, de 21 de noviembre, General de Circulación.

Al tratarse, empero, de una evidente actividad de riesgo para la salud y seguridad tanto del empleado como de compañeros y terceros, carecer de regulación legal y afectar a un número muy significativo de trabajadores, constituye una importante referencia la hora de constatar el parecer que hasta ahora se ha venido sosteniendo. Hacerlo, además, de la mano de la autorizada voz de la Inspección de Trabajo que, ante la consulta sobre el tema, ha hecho público su criterio hasta en tres ocasiones.

- a) En contestación de 7 de octubre de 1996 señala cómo, “si no hay manifestación alguna racional de alteraciones de la conducta el reconocimiento carece de sentido, pues su finalidad no es la de conocer si el trabajador consume alcohol u otras drogas, sino si el hipotético consumo de tales sustancias afecta negativamente el comportamiento del trabajador, inhabilitándolo para el desempeño del puesto de trabajo, por los riesgos que genera su estado. Sin embargo, si el trabajador actúa imprudentemente, se distrae con frecuencia, no cumple las instrucciones del empresario, o simplemente, su comportamiento muestra falta de autocontrol, ello puede ser debido al consumo de alcohol u otras drogas, o bien a otros motivos diferentes, y en este caso el reconocimiento médico puede ser necesario para determinar las causas y adoptar las medidas de protección de la salud del trabajador, medidas terapéuticas y de protección de otros trabajadores y de terceros relacionados con la empresa, medidas de cambio de tareas atendiendo a los riesgos inherentes al puesto de trabajo”.
 - b) Diez años después, en la contestación a la misma pregunta que hace pública el 30 de septiembre 2006, manifiesta cómo “(...) 2. Es evidente que trabajar bajo los efectos del alcohol o de otras drogas, puede tener consecuencias indeseadas para seguridad y salud en el trabajo del que ha consumido esas sustancias y de terceros y, al tiempo, implicará o podrá implicar también problemas de disciplina en la empresa. Esto es, afectará a las relaciones laborales en la empresa. Pues bien, aun cuando la sensibilidad social frente a estos problemas deba aumentar y las medidas de alcance general –e incluso las más específicas de orden laboral– puedan y deban mejorarse, ya la legislación laboral vigente permite y hasta demanda la intervención de los empresarios, en determinadas circunstancias.
3. Recordamos en este sentido que, conforme al artículo 5 ET, los trabajadores tienen, entre otros deberes básicos, los de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia, observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten y cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas. Por su parte, el empresario ha de ejercer sus facultades directivas y cumplir con las obligaciones legalmente establecidas en todos los ámbitos, incluido el de seguridad y salud en el trabajo. Al respecto el artículo 20.3 ET prevé que ‘el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso’. En el ámbito concreto de la seguridad en el trabajo, ya el artículo 19 ET, dispone, de una parte, que ‘el trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene’, y, de otra parte, que ‘el trabajador está obligado a observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad e higiene’. Todo lo anterior es reiterado y detallado en la legislación específica en materia de prevención de riesgos laborales.

4. Efectivamente la LPRL se refiere, en su artículo 14, tanto al derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, como al correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. Como para que esa protección eficaz sea posible es necesaria la colaboración de los trabajadores a los que va destinada, el artículo 29 LPRL, regula las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos. El apartado 3 de este artículo recuerda expresamente que: ‘el incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos a que se refieren los apartados anteriores tendrá la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores’.

En cualquier caso, el deber de protección que incumbe al empresario le obliga no sólo a ejercer las facultades directivas, incluidas en su caso las disciplinarias si así lo entiende necesario, sino que le obliga también a garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A este respecto, el artículo 15 LPRL, dispone que ‘los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que (...) puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo’.

Así pues, un empresario, sea cual sea la actividad a la que se dedique, no podrá permitir que un trabajador bajo los efectos del alcohol o las drogas lleve a cabo las tareas propias de un puesto de trabajo que, en ese estado, no está en condiciones de realizar sin generar un riesgo grave, adicional al inherente a la actividad, para sí mismo, para los demás trabajadores o para otras personas, siempre que ese estado sea manifiesto, esto es, visible, ostensible o notorio”.

- c) Quince años más tarde de aquel primer pronunciamiento, y en una “Guía para las actuaciones de la Inspección de Trabajo en materia de seguridad vial”, los tres autores (bajo la dirección del Subdirector General de Coordinación en materia de Relaciones Laborales, Prevención de Riesgos Laborales y Medidas de Igualdad, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social)³⁶⁰ manifiestan su experto y cualificado parecer partiendo de la opinión contradictoria que al respecto mantenían y mantienen trabajadores y empresarios (con posiciones doctrinales y judiciales a favor de una y otra tesis), a saber, y “en resumen: una parte [la sindical] defendía una opción que realmente le perjudicaba [en aras de la protección al derecho a la intimidad del trabajador conductor] y la otra se desatendía de su obligación de control de una determinada condición de trabajo y salud [derecho/deber de vigilar las condiciones de aptitud/salud de los trabajadores a su cargo], dejando esta cuestión –crucial– bajo el control de otra Administración, el Ministerio del interior”.

³⁶⁰ MARTÍNEZ MESAS, R.; GONZÁLEZ GUILLEM, J. A. y TOLEDO CASTILLO, F.: Guía para las actuaciones de la Inspección de Trabajo en materia de seguridad vial de las empresas, Madrid (BOE), 2011, págs. 39 y 44-45.

Distinguen, al efecto, cuatro situaciones en las cuales el derecho/deber empresarial podrá ser exigido:

- a) Cuando así se establezca en un convenio colectivo que sea de aplicación a la empresa.
- b) Cuando en el contrato de trabajo el trabajador acepte la realización de controles del consumo de dichas sustancias o productos.
- c) Cuando lo contemple la planificación de la actividad preventiva de la empresa, formando parte de la vigilancia de la salud, cuando ésta se considere necesaria en virtud de los resultados de la evaluación de riesgos laborales, sea la inicial, periódica o la realizada tras la existencia de un incidente o un accidente de trabajo. En todo caso, si del resultado de la investigación de un accidente de tráfico o de la actuación preventiva de los Cuerpos Policiales se desprende que un trabajador conducía habiendo consumido dichas sustancias, consideramos que tal circunstancia justificaría la exigencia del empresario al trabajador que se somete a las pruebas necesarias para comprobar con posterioridad que no se repite la situación.
- d) Además de los casos anteriores, aunque no se hayan producido incidentes o accidentes de trabajo, el empresario debe impedir el desarrollo de la actividad al trabajador, y le puede exigir la realización de pruebas que permitan verificar su aptitud psicofísica para la conducción de un vehículo, cuando sea manifiesto, esto es, visible, ostensible o notorio (utilizando los términos recogidos en la Consulta de la Dirección General de Trabajo antes citada) que existen alteraciones de la conducta debido a que se ha producido el consumo de alcohol y otras sustancias como las señaladas.

En la normativa de Seguridad Vial, art. 21 del Real Decreto 1428/2003, se utilizan las siguientes circunstancias como justificativas de la obligación de los conductores de someterse a las pruebas necesarias para la detección de posibles intoxicaciones por alcohol: ‘a quienes conduzcan cualquier vehículo con síntomas evidentes, manifestaciones que denoten o hechos que permitan razonablemente presumir que lo hacen bajo la influencia de bebidas alcohólicas’. De darse tales circunstancias, y ser constatadas por el empresario, sus representantes, encargados o mandos intermedios, también entendemos que el empresario puede exigir al trabajador que se someta a las pruebas y controles que permitan establecer si ha consumido alcohol, estupefacientes o medicamentos que supongan un riesgo para su conducción, y en caso positivo prohibirle la actividad”.

- e) Frente al completo modelo del reglamento de ferrocarriles y el relativo detalle del primero analizado, sorprende la regulación contenida en el RD 1308/2011, de 26 de septiembre, para una actividad singularmente peligrosa como es el trabajo en plantas nucleares, en extremo parca e inconcreta.

Así, su disposición final 2ª añade un apartado 4 al Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas, aprobado por Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre. A su tenor, y para garantizar la seguridad, establece que el personal al que se dirige, “cualquiera que sea la vinculación jurídica que mantenga con la instalación,

podrá ser sometido a controles y análisis preventivos para detectar el consumo de sustancias tóxicas o estupefacientes, mediante la realización de las pruebas determinadas bajo la dirección de personal profesionalmente acreditado. Las pruebas se realizarán siguiendo criterios de proporcionalidad en relación al objeto de las mismas, con el mínimo riesgo y la máxima indemnidad posibles para la salud del afectado y derecho a la información previa sobre las pruebas a realizar y a conocer el resultado de las mismas y, en todo caso, con pleno respeto a su dignidad, intimidad e integridad.

De las medidas que se adopten se dará oportuna comunicación, para su conocimiento, a los representantes de los trabajadores de la respectiva instalación, respetando la confidencialidad de los resultados obtenidos.

Lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de otras obligaciones empresariales derivadas de la normativa de seguridad y salud aplicables en el centro trabajo”.

Conforme cabe comprobar, disposiciones muy amplias y portadoras de grandes dosis de ambigüedad, por cuanto:

- a) Los tests de despistaje se quedan en una mera posibilidad, no obligación, para el empleador. Puede, imponerlos pero no debe imponerlos (aun a riesgo de asumir la responsabilidad por no hacerlo). Si lo hace, bastará con informar a los representantes de las medidas adoptadas.
- b) Ningún protocolo añade, salvo la necesidad de “personal profesionalmente acreditado” (sin exigir su cualificación sanitaria, lo cual hace que, en la práctica, el primer muestreo no los realicen o dirijan de ordinario profesionales sanitarios), la necesidad de ajustarse a unos vagos “criterios de profesionalidad en relación al objeto de las mismas” y las garantías del interesado del pleno respeto a su dignidad, intimidad e integridad bajo la forma de una realización “con el mínimo riesgo y la máxima indemnidad posible al afectado”, el “derecho a la información previa sobre las pruebas a realizar” y “el derecho a conocer el resultado de las mismas”, del cual los representantes de los trabajadores tendrán noticia “respetando la confidencialidad de los resultados”.
- c) A falta de convenio o acuerdo colectivo al respecto (del cual se ignora su existencia), cabría el establecimiento por ley de unos reconocimientos obligatorios sin otorgar a la empresa ni los medios, ni la guía para poder implantarlos con seguridad jurídica; también sin tener presente la realidad sobre la que actúa, por lo cual los protocolos que elabore habrán de hacer frente a un sinnúmero de problemas que van desde la ya mentada selección de personal adecuado para realizarlos, fiabilidad del análisis inicial (pues, de tratarse de alcohol y acudir al aire espirado, la toma de muestra en sangre podrá demorarse en exceso, dada la localización alejada de estas plantas) a riesgo de tener que asumir en plantilla un profesional sanitario permanente, conservación de la cadena de custodia y un largo etcétera desgranado al hilo de la exposición sobre cuanto aparecen como mejores prácticas en este ámbito.

3.1.2. La obligatoriedad de los tests a partir de su consideración como imprescindibles para verificar si el estado de salud puede constituir un peligro para el trabajador o terceros

El carácter abierto de la segunda de las excepciones recogidas en el art. 22 LPRL hace que su potencial sea tan importante³⁶¹, como evidentes los peligros que genera extralimitarse a través de una interpretación excesivamente amplia que desconozca los cánones de proporcionalidad demandados por el Tribunal Constitucional.

Por tal motivo, y concedores también de que aquel órgano jurisdiccional no avala una interpretación “paternalista”³⁶² del precepto cuando sólo esté en juego su salud y seguridad, para abrir la posibilidad de imponerle exámenes de este tipo (y ello a pesar de que el empleador puede resultar responsable si finalmente ese riesgo se actualiza), así como de la dificultad en este sentido a la hora de determinar si el peligro que asume un empleado al decidir no someterse a estas pruebas únicamente le afecta a él o también a la salud e seguridad de terceros (y, de este modo, no se trataría de protegerlo de sí mismo, sino de salvar un interés general –la salud pública– en tanto el trabajador constituiría un factor más a sopesar)³⁶³, preciso será sentar las bases para la pertinencia de los tests de despistaje como derecho/deber del trabajador en el contexto del art. 22 LPRL: su carácter proporcional (por inexistencia de opciones alternativas de menor impacto en el núcleo de los derechos indicados), indispensable (acreditarse en el caso la necesidad objetiva de realizarlo en atención al riesgo a prevenir) y la prevalencia del interés de compañeros, clientes o terceros a su salud y seguridad frente al del trabajador a preservar su intimidad.

A la postre, ello conllevará en la práctica hacer frente a dos aspectos nucleares para estas pruebas: de un lado, la delimitación del tipo de actividad desempeñada por el trabajador y las condiciones de ejecución (pues sólo aquéllas que realmente presenten unas características de peligro cierto para la posición de terceros admitirán su imposición)³⁶⁴, que idealmente llama a la co-determinación con los representantes de los trabajadores, aun cuando –según ha quedado escrito–, ni tal acuerdo puede convertir la que no lo es en actividad de riesgo, ni tampoco cabe eliminar otras fuentes en la mentada concreción, como la previsión en contrato o el poder de dirección empresarial sometido al trámite de informe por los representantes (sin que su falta sea un elemento impeditivo cuando el empresario les ha proporcionado toda la información requerida y su ausencia

³⁶¹ Baste comprobar en la muestra que proporciona la STSJ Andalucía/Sevilla 1 julio 1998 (AS 33779). Proponiendo distintos ejemplos para integrar su operatividad, GOÑI SEIN, J. L. “El sida y la relación de trabajo”, *Relaciones Laborales*, T. II, 1997, págs. 678-629; MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: *Las enfermedades de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, págs. 169 y ss. o TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “Los reconocimientos médicos: su obligatoriedad y sus consecuencias”, cit., pág. 21.

³⁶² La calificación en FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: “Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador (Comentario al art. 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 82, 1997, pág. 232.

³⁶³ MARTINEZ FONS, D.: *La vigilancia de la salud en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, pág. 38 o THIBAUT ARANDA, J.: *Vigilancia de la salud*, en AA.VV. (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., Dir. y THIBAUT ARANDA, J., Coord): *Ley de Prevención de Riesgos Laborales, comentada y con jurisprudencia*, cit., págs. 440 y 441.

³⁶⁴ Ejemplificando precisamente la obligatoriedad de estas pruebas para un conductor de autobús escolar, PEDROSA ALQUEZAR, S. I.: *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral*, cit, pág. 107, nota 261.

se debe a la negativa del órgano de representación a hacerlo³⁶⁵); de otro, su necesaria vinculación a la protección de la salud, a una política preventiva dirigida a la misma (y que habrá de justificarse en cuanto obligación de resultado³⁶⁶), aludiendo implícitamente a la inviabilidad de un objetivo inmediato situado, por ejemplo, en sancionar a quien desconozca sus obligaciones de no consumir o estar en el trabajo bajo los efectos de estas sustancias, y, también, lo imprescindible de ajustarse a un protocolo que cumpla con todos los requisitos demandados para la obtención y tratamiento de datos sanitarios.

Apuntados los aspectos nucleares de cuanto se abordará en detalle acto seguido, baste ahora tal esbozo, pero no sin indicar cómo estas pruebas no sólo van a resultar importantes durante el desarrollo “ordinario” de la relación laboral, sino que pueden adquirir un interés particular en otros momentos distintos, como el previo o inmediatamente posterior a la contratación y el que afecta a trabajadores especialmente sensibles si puesto en relación con aquellos que previamente han tenido problemas conocidos con el alcohol, drogas u otras sustancias, los cuales, amén de virtualidad por sí mismos, aludirán también a los reconocimientos posibles por modificación de tareas o tras ausencia prolongada por motivos de salud.

3.1.2.1. La evaluación de posibles problemas de alcohol, drogas y otras sustancias con carácter previo a la contratación o en el momento inmediatamente posterior a la contratación.

Situados como uno de los motivos fundamentales que impulsaron el nacimiento y desarrollo de los Planes de Atención al Empleado norteamericanos, el art. 37.3 b) RSP tan sólo alude a una evaluación de la salud inicial después de la incorporación al trabajo, sin mención alguna al proceso de selección, lo cual es de todo punto lógico por cuanto el derecho/deber de prevención únicamente surge con la vigencia de la relación laboral³⁶⁷. No obstante, siempre cabrá argumentar su extensión fuera de la misma conforme prevé el art. 22.5 LPRL, o la responsabilidad *in eligendo* en que incurrirá el empleador de admitir la prestación de alguien que no reúne los requisitos de salud exigidos para desempeñar un determinado quehacer, según demanda de forma paradigmática el art. 196.2 LGSS para cubrir un puesto de trabajo con riesgo de enfermedad profesional, cabe seguir del art. 15.1 d) LPRL al proclamar abiertamente como principio de acción preventiva el de “adaptar el trabajo a la persona”, requiere el art. 16 LPRL como control previo necesario a la hora de proceder a la evaluación inicial de los riesgos o se infiere con claridad del art. 25 LPRL para los trabajadores especialmente sensibles³⁶⁸.

³⁶⁵ Citando la STSJ Castilla y León 27 enero 2011 (no localizada), MUÑOZ RUIZ, A. B.: “Problemas recientes sobre vigilancia de la salud: los casos de las empresas ‘Transports Intercity’ y ‘Servicios integrales KTZ’”, Información Laboral, num. 1, 2015 (BIB 2015/228).

³⁶⁶ SALCEDO BELTRÁN, M. C.: El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, págs. 26–28.

³⁶⁷ GÓMEZ CABALLERO, P.: “Vigilancia y control del estado de salud y respeto al derecho a la intimidad del trabajador”, cit., pág. 706.

³⁶⁸ La argumentación, por extenso, en GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, Madrid (Trotta), 1996, pág. 151 o POQUET CATALÁ, R.: El actual poder de dirección y control del empresario, Cizur Menor (Aranzadi/Thompson), 2013, págs. 107–110.

De este modo, y aun cuando un sector de la doctrina rechaza radicalmente su posibilidad sin ninguna alternativa, preocupado sin duda por el elemento de discriminación que pueden suponer³⁶⁹, y este temor lata también en el parecer del Tribunal Constitucional al afirmar que el reconocimiento médico “no es un instrumento del empresario para llevar un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco es una facultad que se conceda para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar”, cabe anotar que, acto seguido, se ve obligado a acotar su afirmación general afirmando –entre paréntesis– que tal es así “salvo que el tipo de trabajo a realizar lo justifique, cabría precisar”, dejando expedito el camino a su realización cuando causa justa los ampare.

En consecuencia, si bien su utilización como un mero filtro destinado a garantizar un determinado nivel de salud en la empresa puede ser contrario a los principios constitucionales más elementales, y el art. 22.4 LPRL es tajante respecto a que los datos relativos a la vigilancia de la salud no pueden ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del candidato, procederá ser realistas (y se propone una solución parecida a la alemana, que los admite de manera expresa –incluidas las pruebas para la detección de consumo de alcohol, drogas y otras sustancias–, aun cuando excepcional, operando únicamente si el puesto a ocupar requiere requisitos de salud especiales³⁷⁰) y comprender la práctica inutilidad de separar éste momento y aquel inmediatamente posterior de la contratación, por lo normal en el período de prueba (a pesar de los argumentos procesales que invocarse pudieren³⁷¹), en tanto carece de sentido exigir una vinculación “a ciegas” e inmediatamente –de observar la incompatibilidad y la imposibilidad de adaptar el trabajo a la persona– proceder a la extinción.

La cuestión se vuelve a plantear, de nuevo, en términos de necesidad específica, valorando si los riesgos presentes en el trabajo a desarrollar así lo justifican³⁷² –de ahí, también, la peculiar regulación de los reconocimientos a los trabajadores de las empresas de trabajo temporal³⁷³– en los términos del art. 22 LPRL, como bien demuestran los protocolos antes analizados que incluyen tests de alcohol, drogas y medicamentos (de embarque marítimo, empleados de seguridad en ferrocarril,

³⁶⁹ Baste remitir a los contundentes términos utilizados por LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Los límites en la vigilancia de la salud de los trabajadores”, en AA.VV. (ARAMENDI SÁNCHEZ, J. P., Dir.): Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia, cit., pág. 279.

³⁷⁰ RIVERO LAMAS, J. y DEL VAL TENA, A. L.: “Artículo 22. Vigilancia de la salud”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N., Dirs.): Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, cit., pág. 207.

³⁷¹ En principio, esta extinción, y como es bien sabido, eximiría al empresario de la necesidad de alegar causa alguna. No obstante, las notables dificultades que encontrará el trabajador para conseguir el amparo judicial se verán en cierto modo paliadas al trasladar a este supuesto la doctrina constitucional sobre la prueba indiciaria y la consiguiente alteración de las reglas de la carga de la prueba ligadas a la vulneración de derechos fundamentales. Mecanismo probatorio que llevará al empresario a tener que demostrar que su comportamiento es totalmente ajeno a un móvil discriminatorio o a una posible vulneración de derechos fundamentales, en este caso, a buen seguro, la intimidad personal del trabajador, Argumento utilizado por IGARTUA MIRÓ, M. T.: “Comentario al artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Vigilancia de la salud (III)”, en AA.VV.: Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Cizur Menor (Aranzadi), 2010 (BIB/2010/7010), pág. 2.

³⁷² NAVARRO NIETO, F.: “Los reconocimientos médicos como instrumento de vigilancia de la salud: condicionantes legales y jurisprudenciales”, cit., págs. 159 y 160.

³⁷³ PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: La vigilancia de la salud en el ámbito laboral, cit., págs. 91 y 92.

vigilantes que porten armas y trabajadores de centrales nucleares), contemplan distintos convenios colectivos³⁷⁴ y avalan los Tribunales³⁷⁵.

3.1.2.2. Adicciones y trabajadores especialmente sensibles: los reconocimientos con motivo de modificación de tareas y tras prolongada ausencia por motivos de salud. La posibilidad de despido objetivo tras la comunicación al empresario por el médico que realizó el test de su condición de “no apto”

Convertido en “norma escoba”³⁷⁶ por mor de su generalidad, el art. 25.1 LPRL contiene una amplia referencia a quienes denomina trabajadores especialmente sensibles, para prestar atención individualizada a cualquier empleado que “pueda presentar una característica particular que lo haga acreedor de una protección especial, sin distinguir colectivos específicos”³⁷⁷, motivo por el cual las personas con problemas de alcohol, drogas u otras sustancias entran a formar parte de este amplio grupo³⁷⁸.

En este sentido, no cabe duda que les resultará de aplicación todo lo expuesto anteriormente respecto a los tests previos o iniciales destinados a detectar el abuso de consumo o adicción que pudiera hacer incompatible el estado de salud con el puesto al que aspiran, al poner en peligro su salud y seguridad, la de sus compañeros o la de personas relacionadas con la empresa³⁷⁹; o, precisamente, de constatar la aptitud aun conociendo tal característica subjetiva, por tratarse de una opción expresa de favorecer la inclusión laboral de alguien que por aquel motivo se encuentra en situación de riesgo de exclusión social³⁸⁰.

Distinto es el supuesto en que versara sobre un abuso o patología adictiva sobrevenida o de la cual se tenga noticia con posterioridad a la contratación³⁸¹, pues el empresario, según el precepto comentado –siempre y cuando la conozca³⁸²–, ha de adoptar “las medidas preventivas y de protección necesarias”, las cuales habrán de pasar por una evaluación específica, información, planificación de su abordaje y corrección mediante las actuaciones o decisiones oportunas. Carentes en este caso de la “previsión específica” en una norma *ad hoc* que sí existe para otros colectivos (embarazadas, trabajadores nocturnos o empleados que han contraído una enfermedad profesional), procederá estar a cuanto se hubiera

³⁷⁴ MENDOZA NAVAS, N.: “La vigilancia de la salud en la negociación colectiva”, cit., págs. 17–20 y, más recientemente, en *El tratamiento convencional de la salud y seguridad en el trabajo*, cit., Capítulo V en relación con Capítulo IX.

³⁷⁵ STS 28 diciembre 2006 (RJ 1503/2007); más ejemplos en TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *Reconocimientos médicos de los trabajadores y su régimen laboral*, Albacete (Bomarzo), 2011, págs. 34 y ss.

³⁷⁶ LOUSADA AROCHENA, J. F.: “La protección de la salud laboral de los trabajadores especialmente sensibles”, *Revista Técnico Laboral*, núm. 79, 1999, pág. 81.

³⁷⁷ Dentro de las abundantes precisiones sobre su concepto, el literal de la STSJ Cataluña 23 enero 2008 (JUR 138737); entre los autores, convincente el planteamiento de LÓPEZ AHUMADA, J. E.: *Los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, Madrid (Marcial Pons), 2010, pág. 112.

³⁷⁸ Por extenso, STSJ Madrid 11 julio 2001 (AS 1362) y 13 marzo 2006 (AS 1243).

³⁷⁹ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, pág. 55; concluyentes, SSTSJ Canarias/Las Palmas 21 mayo 2001 (AS 4273) y Castilla y León/Valladolid 21 mayo 2005 (AS 442).

³⁸⁰ Una cita de convenios acogiendo tal previsión en AGRA VIFORCOS, B.: “La tutela de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos en el desarrollo de su relación laboral”, *Pecunia*, núm. 7, 2008, pág. 8, nota 32. Con carácter más amplio, GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M. J.: *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, Murcia (Laborum), 2011, págs. 177 y ss.

³⁸¹ Sobre la distinción entre este supuesto y la incapacidad originaria a los efectos aquí estudiados, STSJ Navarra 25 marzo 2009 (AS 1699).

³⁸² Con referentes judiciales sobre este requisito, COS EGEA, M.: “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, *Aranzadi Social*, T. III, núm. 12, 2010, págs. 84 y 93

podido establecer en convenio (de lo cual puede ser paradigmático el ejemplo de RENFE³⁸³) o, en su defecto, si factible y previa evaluación, a la reubicación en otro puesto donde su problema no trascienda como riesgo acudiendo a la modificación de condiciones de trabajo o movilidad funcional –incluida la necesaria movilidad geográfica en su caso³⁸⁴– a un puesto compatible³⁸⁵, al amparo de cuanto prescriben diversos artículos de la LPRL³⁸⁶: art. 14.2 (adaptación de las medidas de prevención a las modificaciones que incidan en la realización de trabajo al amparo de la integración de la acción preventiva en la empresa³⁸⁷), 15.1 d) (adaptación del trabajo a la persona³⁸⁸), 15.1 g) en relación con 4.7º d) (planificación de la prevención que integre la ordenación del trabajo³⁸⁹) o 15.2 (toma en consideración de “las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el momento de encomendarle las tareas”³⁹⁰).

Con el condicionante siempre de la viabilidad³⁹¹, y sea el abuso o la adicción una pura situación transitoria o esté cronificada³⁹², el supuesto encajará dentro de cuanto dispone el art. 37.3 b) 1º RSP, procediendo a las revisiones médicas (“específicas, no genéricas”³⁹³) para adoptar las medidas preventivas que procedan, incluyendo, si fuera menester, la aplicación de un protocolo de seguimiento al efecto³⁹⁴.

En otro caso, de ser imposible actuar en el sentido apuntado³⁹⁵, la opción –además de la extinción por ineptitud sobrevenida³⁹⁶ o por declaración de incapacidad

³⁸³ Sobre el procedimiento a seguir a tal efecto en aplicación de la LPRL, pero con regulación en convenio y en la normativa propia de RENFE, la cuidada exposición de CABRERO, E. “El Servicio Médico de Empresa de la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles en la Comunidad de Valencia”, *Salud Ocupacional*, Vol. 13, 2001, págs. 5–11.

³⁸⁴ SSTSJ Castilla y León/Valladolid 13 octubre 1999 (AS 4484) o Castilla y León/Burgos 24 abril 2001 (AS 2119). Con mayor detalle sobre los pronunciamientos de este Tribunal de Justicia referidos al colectivo, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Supuestos especiales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Grupos específicos de riesgos”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., Dir. Y BARREIRO GONZÁLEZ, G., Coord.): *Compendio de doctrina legal en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., págs. 169–205.

³⁸⁵ La interpretación del concepto puesto compatible, entre muchas, en STSJ Madrid 29 enero 2008 (JUR 114260).

³⁸⁶ GÓMEZ–MILLÁN HERENCIA, M. J.: “Recolocación por razones de enfermedad como deber empresarial en materia de prevención”, *Aranzadi Social*, T IV, núm. 7, 2011, págs. 205–221; de interés el razonamiento general contenido en la STSJ Comunidad Valenciana 5 diciembre 2012 (JUR 158409).

³⁸⁷ Por su interés específico, entre más, SJS núm. 33, Madrid, 14 enero 2005 (AS 1152).

³⁸⁸ STSJ Cantabria 17 junio 2004 (AS 1903).

³⁸⁹ STSJ Madrid 13 marzo 2006 (AS 1243).

³⁹⁰ STSJ Cataluña 30 enero 2008 (JUR 124012); comentando la STSJ Cataluña 20 abril 2012 (AS 2162), CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: “La obligación del empresario de adaptación del puesto de trabajo”, *Aranzadi Social*, T. VI, núm. 7, 2013, págs. 303–315.

³⁹¹ SSTSJ Andalucía/Sevilla 20 diciembre 2012 (JUR 151684) o Comunidad Valenciana 5 noviembre 2013 (JUR 15663/2014).

³⁹² STSJ Cataluña 23 enero 2008 (JUR 138737).

³⁹³ TOSCANI GIMENEZ, D.: “Los reconocimientos médicos de los trabajadores especialmente sensibles”, *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 88, 2011, pág. 19. En su aplicación, STSJ Andalucía/Sevilla 11 diciembre 2014 (AS 1023); en todo caso, no hace falta que lo sea por un especialista en adicciones, bastando con un especialista en Medicina del Trabajo, según aplica, por analogía, la SAN 14 enero 2013 (JUR 85144).

³⁹⁴ BALLESTER PASTOR, M. A.: “Artículo 25. Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, en AA.VV. (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F, Dir., y THIBAUT ARANDA, J., Coord.): *Ley de Prevención de Riesgos Laborales comentada y con jurisprudencia*, cit., págs. 496; sobre su exigibilidad y responsabilidad en caso de ausencia, SSTSJ Canarias/Las Palmas 29 enero 2009 (AS 882), Navarra 22 enero 2010 (AS 1287) o Cataluña 2 marzo 2012 (AS 994).

³⁹⁵ Incluido el supuesto de negarse el trabajador a estar y pasar por el reconocimiento médico, STSJ Andalucía/Sevilla 12 mayo 2008 (AS 964/2009); también el de inadaptación al nuevo puesto, STSJ Comunidad Valenciana 6 febrero 2007 (JUR 116166).

³⁹⁶ Sobre su viabilidad o no, SSTSJ Castilla y León/Valladolid 17 febrero 1997 (AS 5145/1998), Galicia

permanente total o absoluta³⁹⁷ – pasará por la suspensión del contrato –mediando declaración de incapacidad temporal, incapacidad permanente total revisable, suspensión pactada o solicitud de una excedencia voluntaria o especial–, salvo que otra medida establezca el convenio³⁹⁸. En tal supuesto, y tras el lapso interruptivo [amén de la aplicación del seguimiento que permite el art. 37.3 d)], si el trabajador se encuentra en disposición de reintegrarse entrarán en juego las revisiones médicas del art. 37.3 b) 2º para cuantos reanuden su trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud, en las cuales se constate su aptitud plena o con restricciones, recomendando las medidas preventivas adecuadas³⁹⁹.

Incidentalmente se ha dejado noticia de la posibilidad de que el resultado de la prueba de cribaje acompañada de otros reconocimientos médicos llevara a una declaración por el servicio de prevención de “no apto” con carácter definitivo. Obvio es que a tal resultado cabría llegar por la vía indirecta –y más transitada– de que el alcoholismo o dependencia de drogas y otras sustancias hubiera derivado de una inhabilitación profesional (pérdida del carnet de conducir o licencia de armas, por ejemplo), pues amén de que pudiera obrar la vía del despido disciplinario si mediara negligencia profesional del trabajador en tal consecuencia, es unánime la doctrina⁴⁰⁰ y jurisprudencia⁴⁰¹ reconociendo también la alternativa de acudir a la recogida en el art. 52 a) ET. El planteamiento en esta sede va más allá y se adentra en la ineptitud psicofísica no únicamente si es patente⁴⁰², sino cuando su constancia deriva precisamente del parecer de la unidad de vigilancia de la salud del servicio de prevención.

La cuestión ha sido planteada ante los órganos judiciales en contadas ocasiones (pues por lo normal incluso éstos la valoran como motivo de despido disciplinario⁴⁰³); cuando así se ha hecho, siempre tras un período de incapacidad temporal que no concluye con declaración de incapacidad permanente sino

15 octubre 1999 (AS 2967), Cataluña 5 octubre 2004 (AS 3363) y 23 febrero 2006 (JUR 23816), Murcia 15 noviembre 2004 (AS 2113/2005), Comunidad Valenciana 11 abril 2006 (JUR 272821), Madrid 10 mayo 2008 (AS 1507), Navarra 25 marzo 2009 (AS 1699), Asturias 18 diciembre 2009 (AS 201/2010), País Vasco 29 octubre 2013 (AS 1374/2014) o Castilla y León/Burgos 17 diciembre 2014 (JUR 25766/2015).

³⁹⁷ Por todas, STSJ Andalucía/Sevilla 15 marzo 2012 (JUR 157238).

³⁹⁸ Implícitamente, STSJ Canarias/Sta Cruz de Tenerife 4 septiembre 2006 (AS 209/2007).

³⁹⁹ STSJ Navarra 22 enero 2010 (AS 1287).

⁴⁰⁰ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: “Ineptitud sobrevenida, falta de adaptación y absentismo”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, núm. extra 19, 1996, pág. 139; FITA ORTEGA, F.: La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, pág. 43; ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: El despido objetivo por causas atinentes al trabajador: ineptitud, falta de adaptación y absentismo, Cizur Menor (Aranzadi), 2005, págs. 106 y 113 y OTERO VALCARCE, G.: “El despido derivado de inhabilitación profesional”, Aranzadi Social, núm. 12, 2010 (BIB 2010/2148).

⁴⁰¹ Una extensa muestra del pronunciamientos clásicos recogida en RIVERO LAMAS, J.: “La extinción del contrato por causas objetivas: criterios jurisprudenciales”, Revista General de Derecho, núm. 573, 1992, págs. 5492–5494, que cabe ampliar, por ejemplo, con la mención de la STS 2 mayo 1990 (RJ 3937) y las remisiones que la misma efectúa a otros pronunciamientos del Tribunal Supremo. Remozando el elenco, que podría incluir las STSJ Cataluña 16 junio 2003 (AS 2606) o 5 octubre 2004 (AS 3363) y País Vasco 29 septiembre de 2006 (AS 7230), TOSCANI GIMENEZ, D. y ALEGRE NUENO, M.: El despido por ineptitud del trabajador, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, pág. 16, nota 11.

⁴⁰² SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “La ineptitud psicofísica como causa extintiva del contrato de trabajo”, Aranzadi Social, T. I, 1998, pág. 2483, o el profundo examen dogmático de GOÑI SEIN, J. L.: “La ineptitud del trabajador como causa de despido”, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 11, 1982, págs. 442 y ss. En los Tribunales, el claro ejemplo recogido en la STSJ Galicia 4 junio 2002 (JUR 24062).

⁴⁰³ “Pues es claro que tal ineptitud, sin duda existente para la actora, es resultado de [una] toxicomanía que repercute gravemente en el desempeño de la tarea y le es imputable (...), y que no se ha acreditado que la actora esté curada de su afección ni pueda presumirse su curación en virtud de los antecedentes que se reflejan en los hechos probados de la sentencia”, STS 3 noviembre 1998 (RJ 8510).

en alta, el Tribunal Supremo acepta la procedencia del despido, rechazando la alegación de indefensión derivada de que en la carta de despido únicamente figure la calificación de “no apto” a partir del criterio del servicio de prevención, en el entendimiento de que al empresario únicamente se le comunica la idoneidad o no del empleado respecto al puesto que desempeña, sin mayores precisiones por imponerle así la norma de referencia, y se limita a obrar en consecuencia⁴⁰⁴.

Con todo, este parecer –sentado en unificación de doctrina– dista de ser pacíficamente acatado por los Tribunales Superiores de Justicia, los cuales entienden –valga una muestra significativa– que “la declaración de no apto del trabajador afectado por un servicio de prevención, como consecuencia de una revisión a la que puede ser sometido, no es causa automática para que opere el art. 52 a) ET, y se justifique con ello la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo al amparo del citado texto legal, sino (...) que habrá de acreditar la existencia de una clara situación de incapacidad sobrevenida en el trabajador, ajena a su voluntad, que le impida la realización del trabajo que tiene encomendado”⁴⁰⁵.

De este modo, pendientes de resolver quedan algunos interrogantes como los relativos al modo de proporcionar más pruebas sin vulnerar el deber de secreto médico de quien realizar los reconocimientos si sólo puede remitir al empresario las escuetas conclusiones mencionadas en la ley; la forma admitir a alguien con alta para trabajar por haber agotado la incapacidad temporal si el servicio médico advierte sobre el riesgo para la salud y seguridad que supone su incorporación al trabajo; al final, cómo puede ocurrir que alguien sea considerado apto por la Seguridad Social y no apto por los servicios de prevención e incluso que los Tribunales acepten su ineptitud sobrevenida a efectos de una extinción objetiva del contrato⁴⁰⁶.

3.2. Otras normas con incidencia en la materia

De conformidad con cuanto se anticipó y ha ido apareciendo incidentalmente en las páginas precedentes, siendo la normativa de prevención de riesgos laborales la fuente fundamental en la regulación de los tests de despistajes de alcohol, drogas y otras sustancias en el trabajo, ésta debe ser integrada por otra variada cantidad de normas de diferente origen, susceptibles de ser agrupadas por razón de materia en dos grandes grupos: de un lado, aquellas ordenadas a preservar, sobre todo, la intimidad del trabajador; de otro, y dado el acto médico a realizar, la normativa sanitaria. Un análisis de ambos tipos de normas ofrece el siguiente estado de la cuestión.

3.2.1. La protección de la intimidad del trabajador. La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal

A finales del siglo XIX, en un estudio jurídico de inmensa trascendencia posterior⁴⁰⁷,

⁴⁰⁴ STS 22 julio 2005 (RJ 2006).

⁴⁰⁵ Recogiendo el parecer de otros pronunciamientos en igual sentido, STSJ Castilla y León/Burgos 17 diciembre 2014 (JUR 25766/2015).

⁴⁰⁶ Interrogantes que dejan sin respuesta, como tampoco aquí se puede explicar la falta de lógica y descoordinación entre ordenamientos, SEMPERE NAVARRO, A. V. y ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Invocación genérica de la causa de despido por ineptitud por exigencia del respeto a la intimidad del trabajador”, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, T. VII, 2005, págs. 21797-21806.

⁴⁰⁷ WARREN, S. y BRANDEIS, L.: “The right to privacy”, Harvard Law Review, Vol. 4, núm. 5, 1984, del cual existe una traducción magnífica de BALSEGA con introducción de PENDAS, bajo el título El derecho a la intimidad, Madrid (Civitas), 1995.

sus autores desarrollaban la idea de un “derecho a estar solo” (*right to be alone*) para advertir sobre cómo los avances de la técnica podrían entrañar un riesgo de consecuencias impredecibles para las libertades personales del individuo, en particular por cuanto hace a su ámbito más íntimo.

Sobre sus argumentos surgió la convicción en torno a la necesidad de construir un verdadero derecho autónomo fundamental destinado a proteger ese ámbito reservado y privado, preservado de la curiosidad del mundo exterior⁴⁰⁸ y asentado no ya en la propiedad privada, sino en un derecho superior a la inviolabilidad de cada sujeto como elemento absolutamente imprescindible para el desarrollo de su personalidad⁴⁰⁹. Así lo hace el constituyente español, regulándolo en el art. 18.1 junto al honor y la propia imagen, con mención expresa a algunas de sus manifestaciones más importantes como la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones.

3.2.1.1. El primer desarrollo sobre la protección de los datos de la salud: la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen

El derecho constitucional encontró temprano desarrollo a través de la Ley Orgánica 1/1982, en cuyo seno –y por cuanto ahora interesa– el art. 7.4 definía como intromisión ilegítima “la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional y oficial de quien los revela”. Brevísima regulación que sirvió, no obstante, como apoyo a una célebre afirmación del Tribunal Constitucional encargada de aquilatar el derecho, al sostener que “implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana⁴¹⁰”. También a una fértil doctrina judicial que, interpretándola, fue –y sigue– trazando la senda de cuanto había de quedar protegido como privativo de la persona⁴¹¹.

Sin embargo, pronto quedó claro que una previsión “construida sobre cimientos preinformáticos⁴¹² podría ser un pórtico adecuado, pero precisaba de nuevas formas de protección ante los cambios sociales en general y los avances de la técnica en particular, de modo que, en la actualidad, la invocación de esta Ley Orgánica suele tener un componente más bien “ritual”, por “existir otras(s) que protegen el derecho con más exactitud en su desarrollo⁴¹³; en particular, aquélla que acoge la idea de privacidad (anglosajona, forjada fundamentalmente en el Derecho Médico⁴¹⁴)

⁴⁰⁸ DESANTES, J. M.: La intimidad e información: los derechos excluyentes, Madrid (Nuestro Tiempo), 1972, pág. 213 o URABAYEN, M.: Vida privada e información: un conflicto permanente, Pamplona (Aranzadi), 1977, págs. 9 y 10.

⁴⁰⁹ FARIÑAS MANTONI, L. M.: El derecho a la intimidad, Madrid (Trivium), 1983.

⁴¹⁰ SSTCo 209/1988, de 27 de octubre, que se consolida a partir de la reiteración en otros pronunciamientos posteriores, como los contenidos en las SSTCo 197/1991, de 11 de abril y 143/1994, de 9 de mayo.

⁴¹¹ Dando cuenta de manera exhaustiva de aquellos pronunciamientos judiciales que fueron especificando su aplicación a distintos supuestos y, poco a poco, ampliando su ámbito primigenio, CREVILLÉN SÁNCHEZ, C.: Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia, Madrid (Actualidad Editorial), 1995.

⁴¹² MORALES PRATS, F.: La tutela penal de la intimidad: privacidad e informática, Barcelona (Destino), 1984, pág. 20.

⁴¹³ TASCÓN LÓPEZ, R.: “La protección de datos personales de los trabajadores”, Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 10, 2008, pág. 449.

⁴¹⁴ Sobre tales orígenes, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: Utilización y control de datos laborales automatizados, Madrid (Agencia de Protección de Datos), 1997, págs. 173 y ss.

para poner en relación la información con las ideas de confidencialidad, control y reserva⁴¹⁵ y dar pie –según ha quedado escrito– al derecho de autodeterminación informativa⁴¹⁶.

3.2.1.2. La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal

A colmar los vacíos detectados en la Ley Orgánica 1/1982, y a afirmar la autodeterminación informativa como derecho autónomo construido al amparo de cuanto posibilita el art. 18.4 CE, se consagraron la LO 5/1992, de 29 de octubre, primero, y, después, la vigente LO 15/1999, de 13 de diciembre. Proyectar su aplicación respecto a la información a obtener de los tests de despistaje sobre consumo de alcohol, drogas u otras sustancias en el trabajo supone, en primer lugar, ubicar aquella dentro de las categorías de la norma, para, a continuación, aplicar el régimen jurídico que de tal calificación deriva.

A. La consideración de la información relativa a los tests de despistaje de alcohol, drogas otras sustancias como datos de salud

Aun cuando a lo largo del discurso se ha reiterado la calificación de los datos derivados de los reconocimientos médicos como sanitarios o de salud con carácter general, preciso resulta ratificar dicho criterio cuando al aplicar la LOPD se trata.

De la mano de la Agencia de Protección de Datos tal opinión puede ser corroborada y su dimensión verdadera aparece clara, siempre con fundamento en el art. 8 Directiva 95/46/CE, en el apartado 45 de la Memoria Explicativa del Consejo de Europa y en la Recomendación núm. R(97) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Lo hace en la respuesta a una primera consulta sobre la naturaleza del dato de fumador en tanto dato de salud cuando, con referencia también al consumo de alcohol, sienta cómo: “cabe apreciar que tanto el Convenio 108 como la Recomendación 97(5) establecen una diferenciación entre los datos referidos al consumo de tabaco (nicotina, en la terminología de la Recomendación) o alcohol frente al consumo de drogas, en su terminología general. De este modo, según las fuentes citadas, debería considerarse dato directamente vinculado con la salud aquél que reflejase, en relación con las sustancias estupefacientes en general, su mero consumo. Sin embargo, en el caso de consumo de alcohol o tabaco el dato referido al mero consumo, sin especificación de la cantidad consumida, no sería

⁴¹⁵ Acogida precisamente en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal: “La intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona– el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo–; la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado”.

⁴¹⁶ Sobre su génesis a partir de pronunciamientos clave como las SSTCo 254/1993, de 20 de julio y 290 y 242/2000, de 30 de noviembre, VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”, en AA.VV. (FARRIOLS I SOLÁ, A., Dir.): La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo, Madrid (Cinca), 2006, págs. 48 y ss. Como contraste, y muestra de ser de un derecho en fase de consolidación, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa, Madrid (Civitas/Thomson), 2004.

en principio un dato vinculado con la salud, revistiendo tal naturaleza el dato que reflejase la cantidad consumida, en caso de que el mismo significase un consumo abusivo, no siendo esta Agencia Española de Protección de Datos la competente para determinar en qué supuesto concurre tal circunstancia. En consecuencia, el mero dato de ‘fumador’, no unido a otros que establezcan el hábito de consumo del afectado, no implica por sí mismo una información directamente relacionada con la salud del afectado que determine si existe lo que la Recomendación 97 (5) denomina ‘abuso de nicotina’. Por el contrario, en caso de que se indicase la cantidad consumida sí nos encontraríamos ante un dato relacionado con la salud de las personas⁴¹⁷.

La situación aparece aún más contundente en el informe de respuesta a una consulta previa sobre drogodependencia cuando resalta cómo: “el mero hecho de la drogodependencia de la persona, dato necesariamente asociado a la asistencia prestada así como por la indicación de la sustancia consumida, habría de ser considerado un dato relacionado con la salud, por lo que la comunicación de los datos incluiría datos de esta naturaleza, incluso en el supuesto de que el afectado no sufriera ningún tipo de dolencia. En este sentido, debe considerarse que (...) nos encontraríamos ante una cesión de los mencionados datos, incluso aun cuando la transmisión no se produjera en el momento de facilitar sus datos identificativos⁴¹⁸.”

B. Consecuencias fundamentales derivadas de la presencia de datos sensibles y especiales protegidos

Habida cuenta de que los tests de control de consumo de alcohol y drogas tratan precisamente de determinar si se han consumido esas sustancias y en qué cuantía, deben ser considerados datos de salud en el sentido del art. 5.1 g) del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, que contiene el Reglamento de la LOPD (RLOPD), en tanto “informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo⁴¹⁹; por consiguiente, sensibles y especialmente protegidos a partir de una regulación que arranca del art. 7 LOPD, y en su art. 8 (“datos relativos a la salud”) remite a lo contemplado en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad –sin perjuicio de cuanto disponga el art. 11 LOPD respecto de la cesión– para su tratamiento por las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados.

De todo el extenso contenido del art. 7, y sin perjuicio del análisis que ulteriormente se hará de la normativa de sanidad, únicamente procede destacar, por cuanto a este discurso interesa, la previsión del apartado 3 –excepción a la excepción del art. 6.2 LOPD–, a cuyo tenor “los datos de carácter personal que hagan referencia

⁴¹⁷ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: “Informe 0129/2005. Naturaleza del dato de fumador como dato de salud”, en http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentación/informes_jurídicos/index-ides-idphp.php.

⁴¹⁸ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: “Informe 0182/2004. Carácter de dato de salud de los datos sobre drogodependencia”, en http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canal_documentación/informes_jurídicos/index-ides-idphp.php.

⁴¹⁹ Que así acoge cuanto disponen los referentes europeos y se sitúa en la línea de la STJUE 101/01, de 6 de noviembre de 2003, asunto *Linqvist* [su análisis en ARENAS RAMIRO, M.: “El derecho a la protección de datos personales en la jurisprudencia del TJCE”, en AA.VV. (PLAZA PENADÉS, J., Coord.): *Estudios actuales de Derecho y Tecnologías de la Información y Comunicación (TICS)*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2006, págs. 113–119]. Un cuidada definición, abierta a más matices en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: “Datos de salud como datos especialmente protegidos. Comentario al art. 7 de la Ley de Protección de Datos”, en AA.VV. (TRONCOSO REIGADA, A., Dir.): *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Cizur Menor (Civitas/Thomson), 2010, pág. 649.

(...) a la salud (...) sólo podrán ser recabados, tratados o cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente”. Por su parte, el art. 11, en relación con respecto a la comunicación de todos los datos –también los de salud– a un tercero, exige del consentimiento tanto cuando la cesión “esté autorizada por una ley” [apartado 1 letra a)], como cuando “el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros” y la comunicación “se limite a la finalidad que la justifique” [apartado 1 letra c)]. Añade, no obstante, tres previsiones de sustancial importancia: a) “Será nulo el consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero, cuando la información que se facilita al interesado no le permite conocer la finalidad a la que se destinarán los datos cuya comunicación se autoriza” [apartado 3]; b) “El consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal tiene también un carácter de revocable” [apartado 4]; y c) “Aquél a quien se comuniquen los datos de carácter personal se obliga, por el solo hecho de la comunicación, a la observancia de las disposiciones de la presente Ley” [apartado 5].

Con tal bagaje de partida cabrá empezar a trazar la semblanza de cuanto desde la LOPD se presentan como principios básicos de aplicación y derechos del interesado–trabajador.

C. Principios de aplicación

Como tales cabrá aludir a cuatro fundamentales: calidad de los datos, pertinencia, consentimiento del interesado y seguridad.

1º Principio de calidad. Recogido en el art. 4 LOPD como el más importante de todos, impone a su vez un cuádruple requisito:

- a) Existencia de un fin que legitime el tratamiento, el cual habrá de responder a una razón de interés general, salvo que el interesado de manera expresa lo consienta. Por cuanto ahora importa, aquél es patente en la excepción del art. 22.2 LPRL, pues al interés legítimo⁴²⁰ del trabajador de preservar en su esfera íntima el hecho de si ha consumido o no determinadas sustancias y en qué cantidad cabe oponer el colectivo y prevalente de la salud pública⁴²¹, a la cual sirve el empresario en ejercicio de su derecho a conocerlo para organizar adecuadamente la actividad (asignar puestos adecuados a la salud) y cumplir su labor de tutelar la integridad tanto del interesado como de sus compañeros o de terceros⁴²², según reconoce expresamente el Tribunal Constitucional⁴²³.

⁴²⁰ Llamada a ser la regla sobre la que se asienta la voluntariedad en garantía de la intimidad; por extenso, SÁNCHEZ PEGO, F. J.: “La intimidad del trabajador y las medidas de prevención de los riesgos laborales”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1997, págs. 19–31; en igual sentido, por ejemplo, STSJ Andalucía/ Sevilla 19 julio 2007 (JUR 24632/2008).

⁴²¹ MARTÍNEZ FONS, D.: La vigilancia de la salud en la ley de Prevención de Riesgos Laborales, cit., pág. 38; LÓPEZ, P.: Protección de datos de salud. Criterios y plan de seguridad, Madrid (Díaz de Santos), 2001, págs. 13 y ss. o GARCÍA GARNICA, M. C.: “La protección de los datos relativos a la salud de los trabajadores (A propósito de la STC 202/1991, de 8 de noviembre)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14, 2000, pág. 150.

⁴²² HUSBANDS, H.: “Employment testing: an international comparison”, en AA.VV.: *Worker’s privacy: testing in the workplace*, Vol. III, Ginebra (OIT), 1993, págs. 9 y ss.

⁴²³ STCo 68/2008, de 26 de mayo.

- b) Pertinencia. Que significa la relación de medio a fin (“proporcionalidad”⁴²⁴) entre los datos recabados y el propósito (determinado, no genérico⁴²⁵) al cual se dedican; en esta ocasión, la seguridad y salud en la empresa, sin extrapolación posible a otros ámbitos como pudiera ser el ejercicio del poder disciplinario⁴²⁶. Así, habrán de ser adecuados para el objetivo concreto a satisfacer (lo cual alude a la inviabilidad de tests indiscriminados, injustificados o generalizados) y nunca resultar excesivos, vedando el acopio de más información de la imprescindible para la tutela de la salud del trabajador por ese riesgo.
- c) Veracidad y exactitud. Que para el Tribunal Constitucional conlleva la comprobación a través de las oportunas averiguaciones, empleando la diligencia exigible a un profesional⁴²⁷, lo cual, aquí, significa correcta elección en la prueba que asegure un resultado fiable, aplicación estricta del protocolo médico desde la toma de la muestra hasta la obtención de los resultados (con garantía plena de la integridad en la cadena de custodia) y comprobación del primer resultado a través de la oportuna prueba de contraste. Su incumplimiento –o falta de respeto a la exactitud y actualización de tales datos⁴²⁸– supondrá la entrada en juego del art. 16 LOPD y, por tanto, los derechos de rectificación y cancelación.
- d) Lealtad en la recogida. Para destacar que cuando se recaben los datos habrá de hacerse sin engaño o falsedad, conforme insiste el art. 4.7 al prohibir la recolección de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.
- 2º. Principio de transparencia. Regulado en el art. 5 y también denominado principio de publicidad (para así destacar la vinculación a la intimidad en su faceta de derecho de defensa, al facultar al trabajador a saber de cuanto, en su caso, habrá de defenderse y los derechos que puede ejercitar⁴²⁹), el Tribunal Constitucional demanda que el empleado a quien se le va a realizar la prueba conozca que esos datos van a ser objeto de tratamiento y a permanecer en un fichero, la finalidad concreta del examen, el contenido de la información a transmitir al empresario, las consecuencias que pueden derivar tanto de los resultados obtenidos como de la negativa a someterse al examen y de la posibilidad ulterior de acceder a esos datos y, en su caso (a partir de la prueba de contraste), ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición⁴³⁰.

⁴²⁴ En el sugerente planteamiento de GOÑI SEIN, J. L.: “Vigilancia de la salud versus protección de la intimidad del trabajador”, en AA.VV. (MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M., Dirs. y HORTAL IBARRA, J. C., Coord.): *Protección penal de los trabajadores (Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina)*, Madrid (Edisofer), 2009, págs. 58 y 59.

⁴²⁵ SANTOS GARCÍA, D.: *Nociones generales de la Ley Orgánica de Protección de Datos*, Madrid (Tecnos), 2005, pág. 54.

⁴²⁶ Por extenso, APARICIO SALOM, J.: *Estudios sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, 2ª ed., Madrid (Elcano), 2002, pág. 109; de interés, STSJ Galicia, Contencioso-Administrativo, 2 mayo 2013 (RJCA 603).

⁴²⁷ STCo 105/1990, de 6 de junio. Sobre su base, ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M.: *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*, Elcano (Aranzadi), 1999, pág. 31.

⁴²⁸ SAN, Contencioso-Administrativo, 19 abril 2002 (JUR 143504).

⁴²⁹ HERRÁN ORTIZ, A.: *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información*, Bilbao (Universidad de Deusto), 2003, pág. 215.

⁴³⁰ Sobre el contenido de tal principio, STCo 254/1993, de 20 de julio, así como el acertado comentario a la misma de VILLAVERDE MENÉNDEZ, J.: “Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993”, cit., en particular págs. 207, 210, 217 y 223; con una reflexión más amplia, FERNÁNDEZ SALMERÓN, M.: *La protección de datos personales en las Administraciones Públicas*, Madrid (Civitas/Thomson), 2003, págs. 69-83

3º. Principio de consentimiento. Calificado desde los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional como “un valor fundamental”⁴³¹, y concebido en el art. 3 h) LOPD como “toda manifestación de voluntad inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consiente el tratamiento de datos personales que le conciernen”, ha de estar presente en dos momentos fundamentales (sin olvidar el de su conservación, según recuerda aquel pronunciamiento fundamental respecto a la base de datos sobre “absentismo con baja médica”⁴³²): tanto en el de la recogida, o sometimiento en este caso a la prueba de detección del consumo (art. 6), como en el de su cesión o transmisión al empresario (art. 11), teniendo presente que el art. 7.2 no exige para la obtención de estos datos de salud que el consentimiento sea expreso o escrito y que los arts. 6.2 y 11.2 c) LOPD eximen de la necesidad de consentimiento para la cesión si responde a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica (el contrato –o precontrato– que da soporte al encargo de la prueba médica⁴³³) y la comunicación se ciñe a la finalidad que la justifique, en esta ocasión el control del riesgo para la salud y seguridad laborales. Al tiempo, y sin embargo, el art. 5 LOPD demanda, en todo caso, la aquiescencia del interesado si él mismo es la fuente de información⁴³⁴, otorgándole el derecho de oponerse a su tratamiento “cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal” (art. 6.4).

Conocido el parecer del Tribunal Constitucional expresamente centrado sobre estos reconocimientos médicos (recuérdese, cuando se trata de aquéllos voluntarios basta el mero consentimiento tácito, pero éste ha de ser informado), y para salvar la compleja urdimbre de excepciones y excepciones a las excepciones que contempla la ley, procederá atender al criterio autorizado que mantiene la AEPD⁴³⁵ en este punto concreto (y el parecer de quienes se han acercado al mismo o a los fundamentos sobre los cuales se asienta⁴³⁶) y, de este modo, colegir:

⁴³¹ SCo 106 y 223/1998, de 18 de mayo y 24 noviembre o 144/1999, de 22 de julio.

⁴³² STCo 202/1999, de 8 de noviembre. Recordando sus consecuencias con cita de distintos pronunciamientos de la Audiencia Nacional, la Resolución de la AEPD R/00310/2003, de 26 de junio, en http://www.agpd.es/portaleswebAGPD/resoluciones/procedimientos_sancionadores/ps_2003/pdfs/PS-00111-2002_Resolucion_de_fecha-20-06-2003.pdf. Una valoración medida en este punto en GARCÍA MURCIA, J.: “Derecho a la intimidad y bajas médicas: la anotación de las bajas médicas. Comentario a la STCo 202/1999”, Aranzadi Tribunal Constitucional, núm. 13, 2000, págs. 13 y ss o RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La intimidad del trabajador en el uso de diagnósticos médicos informatizados”, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 101, 2000, págs. 176 y ss.

⁴³³ GOÑI SEIN, J. L.: “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos”, en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M. R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords): Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Albacete (Bomarzo), 2004, págs. 55.

⁴³⁴ Sobre tal contraposición de preceptos y éste último elemento fundamental en la recogida de datos de salud, DEL REY GUANTER, S.: “Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la ‘intimidad informática’ del trabajador”, Relaciones Laborales, T. I, 1991, pág. 22; también, SAN, Contencioso-Administrativo, 30 junio 2004 (RJCA 669).

⁴³⁵ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: “Informe 0648/2008”, en http://www.agelp.es/portaleswebAGPD/canaldocumetacion/informes_juridicos/datos_esp_protegidos/common/pdfs/2008-0648_Prevenccion_de_riesgos_laborales.pdf.

⁴³⁶ Entre más, por centrarse en este lo específico del asunto, LÓPEZ CABALLERO, A.: “Protección de datos sanitarios en la relación laboral”, Aranzadi Social, T. III, 2006, págs. 2964-2970 o LÓPEZ ULLA, J. M.: “Principios de protección de los datos especialmente protegidos. El consentimiento del afectado en el tratamiento de datos relativos a la salud”, en AA.VV. (TRONCOSO REIGADA, A., Dir.): Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, cit., págs. 671-688.

- a) Que la norma “no impone ninguna exigencia especial al consentimiento prestado por el empleado para la realización de estas acciones, pudiendo entenderse que dicho consentimiento se derivará de la solicitud del propio trabajador, de su personación en el lugar y fecha en que sea citado para la realización de los reconocimientos o de cualquier otra acción llevada a cabo por el mismo en el sentido de autorizar la realización de las acciones de vigilancia de la salud. En consecuencia, no sería indispensable que el trabajador firmase un documento consintiendo la realización de las acciones de vigilancia de la salud, pudiendo bastar para entender prestado el citado consentimiento [con] la realización por aquél de alguna de las conductas a las que hemos referido”.
- b) Si el reconocimiento fuera voluntario, será trascendental que medie la expresa información arriba expuesta y demandada por el principio de transparencia o publicidad, pues en otro caso no será válido. Por contra, y de ser obligatorio, el trabajador habrá de conocer ya cuanto figure en el convenio o protocolo empresarial para la vigilancia de esta concreta situación de su salud, motivo por el cual con su presencia bastaría para entenderlo dispuesto a cumplir con tal obligación; no obstante lo cual, y por razones de seguridad jurídica, será preferible siempre la firma del documento de consentimiento en el que figuren los aspectos fundamentales de tal protocolo⁴³⁷, pues tal aquiescencia, amén de así derivarse del art. 5 LOPD, presenta como una de las características fundamentales su carácter revocable⁴³⁸.
- c) “El único consentimiento que la LPRL impone es el que el trabajador habrá de prestar para someterse a las acciones de vigilancia de la salud cuando éstas tengan un carácter voluntario. Sin embargo, una vez aceptado el sometimiento al reconocimiento, no será preciso que otorgue consentimiento adicional para el tratamiento, por el personal médico, de los datos relacionados con la salud que resulten de la realización de los reconocimientos, dado que la Ley impone el acceso por el personal médico a dichos resultados”. Además, debe recordarse que el artículo 22.4 prevé el mencionado acceso en relación expresa con “la información médica de carácter personal”, lo cual obviamente implica que los datos objeto de tratamiento como consecuencia de la realización de estas acciones aparecerán vinculados a aquéllos otros que identifican al trabajador sometido a los tests.

Por este motivo, la conclusión a alcanzar de todo cuanto se ha venido indicando es que el empresario (o en su caso el servicio de prevención) no necesita el consentimiento expreso del afectado para el tratamiento de sus datos relacionados con la salud y referidos a las acciones de vigilancia de la misma en el caso de que éste haya consentido en someterse a estas acciones; únicamente será exigible por imperativo de la Ley la anuencia para llevar a cabo respecto de su persona tales acciones⁴³⁹.

⁴³⁷ Más aún a la luz de la última doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la STC 29/2013, de 11 de febrero. En torno a los interrogantes que suscita su fuerza expansiva, SANTANA BELTRÁN, S.: “A vueltas sobre el impacto en las relaciones laborales de la última doctrina constitucional acerca del derecho a la propiedad de datos ex art. 18.4 CE”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 171, 2014, págs. 342-345.

⁴³⁸ Expresando el distinto juego de tal reconocimiento en la prestación y en la cesión, TASCÓN LÓPEZ, R.: El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores, Cizur Menor (Aranzadi/Thomson), 2005, págs. 127 y 128.

⁴³⁹ Vid, en este mismo sentido, la SAN, Contencioso-Administrativo, 31 enero 2008 (RJCA 10).

- d) Particular atención merece la cuestión del tratamiento y comunicación de datos como el analizado cuando se produce un cambio en el servicio de prevención si la empresa hubiera optado –como mayoritariamente se hace– por uno externo que, obviamente, se ha convertido en responsable del tratamiento.

Objeto de específica consulta, la AEPD considera que, habida cuenta de la obligación de poner a disposición del nuevo servicio los datos sanitarios disponibles para así mantener la historia clínico-laboral [art 37.3 c) RLOPD], y teniendo presente la prohibición de transmisión a terceros distintos del personal médico y de las autoridades sanitarias [art 22.4 LPRL], “aquellos datos que se encuentren incluidos en la denominada historia clínico-laboral sólo podrán ser entregados al personal sanitario o cuadro médico encargado de los servicios de prevención y directamente entre los servicios médicos de las empresas de prevención”⁴⁴⁰.

Pero, por otra parte, y en atención a cuanto contemplan los arts 16, 17 y 18 de la Ley 41/2002, la anterior empresa que prestó el servicio de prevención “está obligada a conservar la información médica de sus pacientes durante el período mínimo previsto en la Ley, cinco años, sin perjuicio de lo que, en su caso, puedan establecer otras normas que resulten de aplicación”⁴⁴¹.

- 4º. Principio de seguridad. Pensado para inspirar el almacenamiento y posterior custodia de los datos de salud en el art 9.2 LOPD, la llamada de este precepto al desarrollo reglamentario se traduce en dos decisiones fundamentales: por una parte, los ficheros que contienen esta información han de contar con un nivel de protección alto [art 81.3 a) en relación con el art 79.3 a) RLOPD], lo cual supone garantías reforzadas en los ámbitos de gestión y distribución de soportes, copias de respaldo y recuperación, registro de accesos y telecomunicaciones (arts. 101 al 104 RLOPD)⁴⁴²; por otra, y al margen de protocolos o códigos de conducta, se exigirá la conformación de un documento de seguridad –bajo sanción por infracción grave del art. 44.3 h) LOPD– para que, bajo ningún concepto, los datos de carácter personal puedan llegar a manos de terceros⁴⁴³, motivo por el cual habrá de acreditar el contenido mínimo recogido en el art. 88.3 RLOPD⁴⁴⁴.

D. Derechos del trabajador

Los principios reseñados se completarán con una serie de derechos a favor del interesado –trabajador en este caso– que derivan de aquéllos y tienden a permitirle

⁴⁴⁰ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: “Informe 0391/2006. Cambio de servicio de prevención de riesgos laborales y cesión de datos de salud”, en http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/datos_esp_prottegidos/common/pdfs/2006-0391.pdf.

⁴⁴¹ Por extenso, en el apartado relativo al tratamiento de datos por las mutuas y servicios de prevención, GONZÁLEZ TAPIA, M. L. y GONZÁLEZ CALLEJA, D.: “Tratamiento de datos de salud de los trabajadores: posición jurídica de las mutuas y sociedades de prevención con respecto al empresario”, Datospersonales.org. La Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, núm 55, 2012 y SÁNCHEZ REYERO, D.: “El tratamiento de los datos personales y de salud y la protección de datos”, La Ley, núm 7043, 2008.

⁴⁴² Con superior detalle, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: “Principios de protección de datos: datos especialmente protegidos. Datos de salud”, en AA.VV. (TRONCOSO REIGADA, A., Dir.): Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, cit., págs. 647-671 o SOLAR CALVO, P.: “Régimen jurídico de los datos de salud: acceso a los mismos por personal no sanitario y población en facebook”, La Ley, núm 8036, 2013.

⁴⁴³ SAN, Contencioso-Administrativo, 12 noviembre 2008 (JUR 380 816).

⁴⁴⁴ Con amplitud de detalles, PINEDO GARCÍA, I.: “Protección de datos sanitarios: La historia clínica y sus accesos”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 8, 2013, en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>.

una eficaz defensa frente a posibles abusos, garantizándole la tutela completa de esa “identidad informática” que resulta absolutamente imprescindible en un ámbito como el laboral, en el cual el empresario está legitimado para tratar con amplitud la información de sus empleados, pudiendo prescindir muchas veces de su consentimiento o utilizar su poder de dirección para hacer que la elección aparezca disminuida⁴⁴⁵. Entre ellos, tres cobran especial significado:

- a) Derecho de acceso. Regulado en el art. 15 LOPD y completado por la Instrucción 1/1998 de la AEPD, el trabajador que ha sido objeto de un test de despistaje podrá solicitar al responsable del fichero, en cualquier momento, un conocimiento completo de los datos que en él constan. Trátase, a la postre, de una consecuencia lógica del principio de publicidad y transparencia, que admite la variedad de formas recogidas en el art. 28 RLOPD –incluso otras, como la de acceso pasivo, con informaciones regulares del empresario al efecto⁴⁴⁶– y, en principio –aun cuando la regla case mal con la posible duración temporal breve del contrato⁴⁴⁷–, podrá ejercerse “a intervalos no inferiores a doce meses, salvo que el interesado acredite un interés legítimo al efecto, en cuyo caso podrá ejercerlas [las consultas] antes”, siendo sancionada la falta de contestación a la petición en el plazo previsto (10 días para llevarla a efecto, un mes para responder razonadamente) como infracción grave del art. 44.3 e) LOPD⁴⁴⁸.
- b) Derechos de rectificación y cancelación. Vinculado el primero a la exigencia contenida en el art. 4.3 LOPD de que los datos serán actuales, exactos y veraces, su regulación expresa en el art. 16 de la norma alcanza un sentido concreto en esta ocasión no sólo en la posibilidad de corregir –de oficio o a instancia de parte– los resultados del test que pudieran seguirse de la prueba de contraste o de un documento médico que eventualmente presentara el trabajador y afectara a aquella información, sino también en las acciones destinadas a aclararla, completarla o ponerla al día para evitar su desfase, algo fundamental cuando su “descontextualización” bien pudiera proporcionar un “perfil” falso de trabajadores (o candidatos a serlo) que menoscabara su imagen exterior e, incluso, su valoración en el interior de la empresa⁴⁴⁹.

Por su parte, el derecho de cancelación, como manifestación señera del gráficamente denominado “derecho al olvido”⁴⁵⁰, intenta evitar que los datos obtenidos en estas pruebas de control de alcohol o drogas se perpetúen, convirtiéndose en una

⁴⁴⁵ THIBAUT ARANDA, J.: Control multimedia de la actividad laboral, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006, pág. 134 ó GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo”, en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M. R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, cit., pág. 42.

⁴⁴⁶ THIBAUT ARANDA, J.: “La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales”, Relaciones Laborales, T. II, 2000, págs. 181 y 182.

⁴⁴⁷ CARDONA RUBERT, M. B.: “Tratamiento automatizado de datos personales del trabajador”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 16, 1994, pág. 83.

⁴⁴⁸ El cuadro de responsabilidades en CARDONA RUBERT, M. B.: Informática y contrato de trabajo, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, págs. 358 y ss.

⁴⁴⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: El derecho a la protección de datos de los trabajadores: nuevas perspectivas, Albacete (Bomarzo), 2009, pág. 35.

⁴⁵⁰ En la formulación original de LUCAS, A.: Le droit de l’informatique, París (Presses Universitaires de France), 1987, pág. 149.

etiqueta definitiva para la persona⁴⁵¹; de este modo, el interesado –acudiendo al procedimiento previsto en el art. 32 y a la Instrucción 1/1998 de la AEPD tanto para la rectificación como para la cancelación– podrá instar su supresión, entendida como destrucción física o mero bloqueo de datos (esta última alternativa prevista en el art. 16.3 cuando la destrucción pudiera suponer la pérdida de elementos de prueba para posteriores demandas o procedimientos en los cuales aquéllos se intentaran hacer valer⁴⁵²) si se tratara de un control en fase de selección y el candidato no hubiera sido aceptado, o el posible positivo del trabajador hubiera dejado de ser relevante o hubiera perdido cualquier sentido que permaneciera a disposición del empresario por haber finalizado la relación laboral⁴⁵³.

- c) Derecho de oposición. Sin formulación expresa en la LOPD (aun cuando quepa inferirlo con facilidad de los arts. 6.4, 28, 30 ó 31), a él alude de manera expresa el art. 42 y lo regula el art. 35 RLOPD, consistiendo en la resistencia al trabajador a tratamiento de los datos obtenidos de los tests de despistaje cuando éstos reconocimientos sean obligatorios y hayan podido obtenerse sin su consentimiento informado. Viene a ser concebido como un instrumento garante, preventivo y cautelar del derecho a la intimidad del empleado, por lo cual la AEPD establece como condiciones que una Ley lo prohíba y exista un motivo fundado y legítimo para la oposición al tratamiento⁴⁵⁴.

Por las razones antes expuestas en detalle, su funcionalidad en este ámbito prácticamente queda enervada, dado el condicionante de no existir consentimiento que, en todo caso, se articularía en la práctica con la negativa a someterse el control.

- d) Derecho a la confidencialidad de los datos. Enunciando el art. 10 LOPD como deber de secreto cuanto el art. 22 LPRL califica como confidencialidad⁴⁵⁵, se hace pesar sobre el responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos que surgen del test de despistaje una obligación (correlativo derecho del trabajador) a que, tanto en la recogida de la muestra y proceso para la obtención del resultado, como en su documentación y almacenamiento (“deber de guardarlos” en los términos del precepto) o transmisión al empresario y a los representantes de los trabajadores, los datos se mantengan en el círculo de personas a quienes están destinados, no únicamente durante la vigencia del contrato (tanto de trabajo como, en su caso, con el servicio médico al cual se hubiera encomendado), sino también después de finalizar sus relaciones

⁴⁵¹ SERRANO PÉREZ, M. M.: El derecho fundamental a la protección de datos: Derecho español y comparado, Madrid (Civitas) 2003, pág. 359, con especial interés, en el contexto de este estudio, el ejemplo que recoge en nota 597.

⁴⁵² Sobre la extensión de cuanto es, en principio, una excepción a la regla de la destrucción, GUICHOT, E.: Datos personales y Administraciones Públicas, Madrid (Civitas/Thompson), 2005, pág. 398.

⁴⁵³ STSJ Madrid 13 noviembre 2006 (JUR 68815/2007). En particular sobre el derecho de cancelación en los procesos de selección tanto por el propio empresario como por intermediarios contratados al efecto, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: “Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores”, cit., págs. 26 y ss.

⁴⁵⁴ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: Memoria del año 2000, Madrid (AEDP), 2001, pág. 139.

⁴⁵⁵ Con carácter general, STC 83/2002, de 22 de abril; en detalle, ANDRÉS ÁLVAREZ, M. S.: “La confidencialidad en la prevención de riesgos laborales”, Datospersonales.org. La Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, núm. 30, 2007 o FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J.: “Intimidad de la persona y confidencialidad de datos en el marco de la vigilancia de la salud. El respeto al derecho de los trabajadores en los reconocimientos médicos”, Derecho y Salud, Vol. 16, núm. 1, 2008, págs. 81-108.

con el titular del fichero automático o, en su caso, con el responsable del mismo⁴⁵⁶.

Desde luego, aunque implica el deber de sigilo general de los representantes de los trabajadores (delegados de prevención, por alusión directa del art 30.4 LPRL, pero también de cuantos otros en ejercicio de su cargo pueden tener acceso a tales datos ex art 65.2 ET⁴⁵⁷), y se extiende al empresario como una obligación derivada de ser quien efectúa la encomienda y obtiene las conclusiones, parece claro que su destinatario principal es personal médico que está a cargo de la prueba de cribaje, bajo los términos que desde hace décadas han ido perfilando la normativa y deontología sanitaria⁴⁵⁸.

- e) Derecho a la indemnización por daños y perjuicios. En los términos del art 19 LOPD, el trabajador que viera lesionados sus bienes y derechos por una prueba de control de consumo que conculcara las normas de protección de datos podrá exigir la oportuna reparación civil (art. 1902 CC), si los ficheros fueran de titularidad privada –como normalmente ocurrirá⁴⁵⁹–, o la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas –arts. 134 y ss Ley 30/1992, de 26 de noviembre–, cuando lo fuera de titularidad pública.

Con todo, procede observar cómo esta alternativa no es la única, ni siquiera la más frecuente o utilizada, por cuanto la normativa social contempla otra más expeditiva, dada por el proceso especial de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 177 y ss. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social), a partir del cual no sólo cabe aspirar al resarcimiento, sino al cese de la conducta empresarial o, cuando el incumplimiento alcanzara la necesaria cota de gravedad, incluso a la resolución del contrato a instancias del trabajador prevista en el art. 50 ET⁴⁶⁰.

3.2.2. La normativa sanitaria. El papel del médico en los programas empresariales sobre alcohol, drogas y otras sustancias en la empresa; en particular, en los tests de control de consumo

“Sin perjuicio de lo que dispone el artículo 11 respecto de la cesión, las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acuden o hayan de ser tratados en los mismos de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal”. El tenor literal del art. 8 LOPD podría llevar a pensar que esta Ley asume su papel subsidiario respecto de la normativa sanitaria, donde se encontraría el grueso de disposiciones –salvo en

⁴⁵⁶ En aplicación de esta última previsión, SSTSJ País Vasco, 28 junio 2005 (JUR 203161) y Galicia 8 de junio de 2005 (JUR 221077); en la doctrina, SÁEZ AYARRA, L.: “La confidencialidad y la seguridad de la información de la salud”, Datospersonales.org. La Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, núm. 27, 2007.

⁴⁵⁷ En este punto en concreto, BOUZA PRO, G.: El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1997, pág. 342.

⁴⁵⁸ El razonamiento, con amplitud, en CARDONA RUBERT, M. B.: Datos sanitarios y relación laboral, cit., págs. 32–35 o TOLOSA TRIBIÑO, C.: “El secreto profesional de los médicos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, Relaciones Laborales, núm. 20, 1997, págs. 125 y ss. De interés, AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: “Informe 0240/2009” (JUR 136426).

⁴⁵⁹ Por extenso, GRIMALT SERVERA, P.: La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos, Granada (Comares), 1999.

⁴⁶⁰ En torno a tal alternativa, TASCÓN LÓPEZ, R.: “La protección de datos personales de los trabajadores”, cit., pág. 470.

cuanto a la cesión hace– ordenadoras del tratamiento de la salud y, por tanto, de los tests de despistaje objeto aquí de estudio.

Lejos de tal, y sin negar la indudable importancia que dicha normativa sectorial está llamada a desempeñar⁴⁶¹, lo cierto es que la simple consulta de los Informes y Resoluciones de la AEPD o las sentencias emanadas de los Tribunales de los diferentes órdenes jurisdiccionales muestra una realidad bien distinta: de un lado, la LOPD contiene una regulación mucho más acabada y la legislación sanitaria – que en numerosas ocasiones remite directamente a aquélla, con lo cual cabría afirmar la existencia de un reenvío en ambas direcciones– únicamente adquiere un relieve de peso a la hora de ordenar determinadas singularidades del acto médico (en particular en lo atinente al consentimiento informado, la historia clínica y el deber de secreto)⁴⁶²; de otro, y en cuanto hace a estos singulares reconocimientos médicos, que el tratamiento de tales datos ha de partir de la fuente específica (a cuyo texto también remite para la ordenación de los datos de la salud el art. 7.3 LOPD) dada por la LPRL, a la cual completará la LOPD en punto a su tratamiento, acudiendo a la normativa sanitaria únicamente para integrar los aspectos supra reseñados⁴⁶³.

3.2.2.1. Normativa de sanidad con incidencia en la materia. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Teniendo siempre presente la lectura de fuentes de derecho reseñadas, la primera norma a destacar en punto a cuanto aquí interesa es la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, encargada de establecer el catálogo de derechos básicos de todo usuario de la sanidad, la cual, en su art. 10, establece el marco de referencia fundamental, “la filosofía” en la regulación que luego desarrollará⁴⁶⁴, anticipándose incluso a lo que luego contemplará el art. 10 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto a la aplicación de la Biología y la Medicina, firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997 (“todos tienen el derecho al respeto a su vida privada en el ámbito de la salud”). El apartado 1 del precepto reconoce así, en este ámbito, el derecho “al respeto a su personalidad, dignidad e intimidad sin que [el paciente] pueda ser discriminado (...)”; por su parte, el apartado 3 lo hace del correlativo “a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con la estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público”.

Esta norma ha sido completada, fundamentalmente, a través de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica, reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos

⁴⁶¹ Convenientemente puesta de relieve en el título y planteamiento del ensayo de DE MIGUEL SÁNCHEZ, N.: “Principios de la protección de datos: datos especialmente protegidos. Datos de carácter personal relativos a la salud: una obligada remisión a nivel sectorial”, en AA.VV. (TRONCOSO REIGADA, A., Dir.): Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, cit., págs. 708–734.

⁴⁶² Baste remitir, para comprobarlo, a la reciente y documentadísima aportación efectuada por BARREDA, I.: “Protección de datos de salud: casos judiciales y tendencias normativas”, Actualidad de Derecho Sanitario, núm. 210, 2013, págs. 1009–1027 y núms. 211 y 212, págs 5–13 y 102–111, respectivamente.

⁴⁶³ CALVO SÁNCHEZ, M. D.: “La protección de datos sanitarios personales en la empresa”, Medicina y Seguridad del Trabajo, Vol. 51, núm. 201, 2005, págs. 1 y 2.

⁴⁶⁴ PÉREZ LUNA, A. E.: “La protección de los datos personales de carácter sanitario”, en AA.VV. (SÁNCHEZ BRAVO, A. A., Dir.): Derechos humanos y protección de datos personales en el siglo XXI, Sevilla (Punto Rojo), 2014, pág. 115.

y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP); no obstante lo cual, cabe dar cuenta, antes de volver sobre aquélla como regulación más importante, de otros cuatro referentes con incidencia en la cuestión aquí abordada:

- a) El art. 55.3 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, declara el derecho a la protección de datos personales al disponer que “la cesión de datos, incluidos aquellos de carácter personal necesario para el sistema de información sanitaria, estará sujeta a la legislación en materia de protección de datos de carácter personal y a las condiciones acordadas en el Consejo Internacional del Sistema Nacional de Salud”.
- b) El apartado f) del art. 5 Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, recoge dentro de los “principios generales de la relación entre profesionales sanitarios y las personas afectadas por ellos”, que los “pacientes tienen derecho a recibir información de acuerdo con lo establecido en la Ley 41/2002” y, para garantizar este ejercicio, “los colegios profesionales, consejos autonómicos y consejos generales, en sus respectivos ámbitos territoriales, establecerán registros públicos de profesionales que, de acuerdo con los requerimientos de esta Ley, serán accesibles a la población y estarán a disposición de las Administraciones sanitarias. Los indicados registros, respetando los principios de confidencialidad de los datos personales contenidos en la normativa de aplicación, deberán permitir conocer el nombre, titulación, especialidad, lugar de ejercicio y los otros datos que en esta ley se determinen como públicos”.
- c) Abordando la salud laboral como parte de la prestación de salud pública, y procediendo a la derogación de los arts. 21 y 22 de la Ley General de Sanidad, La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Sanidad Pública (tras un art. 7 en el cual reitera que “todas las personas tienen derecho al respeto de su dignidad e intimidad en relación con su participación en actuaciones de salud pública” –apartado 1–, así como remitiendo respecto a la información utilizada en tales actuaciones a la normativa administrativa –apartado 2–), asume el reto de promover una compilación del sentido de la vigilancia de la salud laboral que va más allá de una mera responsabilidad interna de los empleadores, para llevar a entender que el modo de efectuar los controles médicos, la promoción de la salud, formación y coordinación pasarán a formar parte del ámbito de la política sanitaria del Estado⁴⁶⁵.

De ello da cuenta el hecho de que el art. 12.2.4º contemple que la vigilancia de la salud pública ha de tomar en consideración, como uno de los factores que constituyen suelo mínimo, “los riesgos relacionados con el trabajo y sus efectos en la salud” y, en concreto, por cuanto ahora interesa, recoge los siguientes preceptos de interés⁴⁶⁶:

⁴⁶⁵ JÁUREGUI APELLÁNIZ, J. J.: “Vigilancia de la salud. Precisiones y acotaciones en torno a su voluntariedad y otras consideraciones de interés”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 38, 2014, pág. 206.

⁴⁶⁶ Con gran detalle, ARETA MARTÍNEZ, M.: “La protección y promoción de la salud laboral” en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V. y KAHALE CARRILLO, D. T., Coord.): *Reforma de la Salud pública y asistencia sanitaria*, Cizur Menor (Aranzadi/Thompson), 2012 (BIB 2013/10351).

- Art. 20.4: “La normativa laboral puede prever la realización de pruebas de cribado para detectar estrictamente los riesgos específicos y enfermedades derivadas del trabajo, de conformidad con lo establecido en esta Ley”.
- Art. 21.1: “Sólo se podrán realizar reconocimientos sanitarios previos a la incorporación laboral cuando así lo disponga la normativa vigente. Cuando se requiera la práctica de pruebas de detección precoz de enfermedad, ésta debe ser justificada explícitamente en base a los riesgos laborales específicos y debe atenerse a los principios establecidos en el Capítulo II de esta Ley y a los criterios científicos que fundamenten el cribado”.
- Art. 23: “Las Administraciones sanitarias adoptarán las medidas necesarias para que los servicios asistenciales y los de salud pública establezcan una coordinación efectiva para desarrollar las siguientes acciones (...) c) Desarrollar los mecanismos de coordinación necesarios entre atención primaria y atención especializada con los dispositivos de prevención de riesgos laborales en las Áreas de Salud”.
- Art. 32: “La salud laboral tiene por objeto conseguir el más alto grado de bienestar físico, psíquico y social de los trabajadores en relación con las características y riesgos derivados del lugar de trabajo, el ambiente laboral y la influencia de éste en su entorno, promoviendo aspectos preventivos, de diagnóstico, de tratamiento, de adaptación y rehabilitación de la patología producida o relacionada con el trabajo”.
- Art. 33: “1. La actuación sanitaria en el ámbito de la salud laboral se desarrollará de forma coordinada con los empresarios y los representantes de los trabajadores y comprenderá los siguientes aspectos: a) Promoción, con carácter general, de la salud integral de los trabajadores. b) Vigilancia de la salud de los trabajadores, individual y colectivamente, para detectar precozmente los efectos de los riesgos para la salud a los que están expuestos. c) Desarrollo y actuación en los aspectos sanitarios de la prevención de los riesgos laborales. d) Promoción de la información, formación, consulta y participación de los profesionales sanitarios, de los trabajadores y sus representantes legales y de los empresarios en los planes, programas y actuaciones sanitarias en el campo de la salud laboral.

2. La autoridad sanitaria, de forma coordinada con la autoridad laboral, llevará a cabo las siguientes actuaciones además de las ya establecidas normativamente: a) Desarrollar un sistema de información sanitaria en salud laboral que, integrado en el sistema de información de salud pública, dé soporte a la vigilancia de los riesgos sobre la salud relacionados con el trabajo. b) Establecer un sistema de indicadores para el seguimiento del impacto sobre la salud de las políticas relacionadas con el trabajo. c) Impulsar una vigilancia de la salud de los trabajadores, a través de la elaboración de protocolos y guías de vigilancia sanitaria específica en atención a los riesgos a los que estén expuestos. d) Desarrollar programas de vigilancia de la salud post-ocupacional. e) Autorizar, evaluar, controlar y asesorar la actividad sanitaria de los servicios de prevención de riesgos laborales. f) Establecer mecanismos para la integración en los sistemas de información públicos del Sistema Nacional de Salud de la información generada por las actividades sanitarias desarrolladas por los servicios de prevención de riesgos laborales y por las mutuas de accidentes

de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en relación con la salud de los trabajadores. g) Fomentar la promoción de la salud en el lugar de trabajo, a través del fomento y desarrollo de entornos y hábitos de vida saludables (...). h) Cualesquiera otras que promuevan la mejora en la vigilancia, promoción y protección de la salud de los trabajadores y la prevención de los problemas de salud derivados del trabajo. i) Promover la formación en salud laboral de los profesionales sanitarios de los sistemas sanitarios públicos”.

- Art. 34: “Los empresarios y trabajadores, a través de sus organizaciones representativas, participarán en la planificación, programación, organización y control de la gestión relacionada con la salud laboral, en los distintos niveles territoriales”.

d) Por último, y con el valor jurídico relativo que ostenta (ético, pero de profundo significado en la ordenación de la profesión a través de las potestades de control y sancionador que habilita el ejercicio de poder de autorregulación, así como del peso que pueden adquirir si invocados en un pleito), cabe significar algunas aportaciones que derivan del vigente Código de Deontología Médica de 2011 –con expresiones autonómicas, como el Código de Deontología y Ética Médica del Consejo de Médicos de la Generalitat de Cataluña, o locales–, entre cuyas previsiones destacan:

- El derecho del paciente a decidir libremente después de recibir la información adecuada, suficiente y necesaria para que pueda tomar decisiones, respetando el rechazo total o parcial y debiendo transmitirle las consecuencias que pueden derivar de su negativa, dejando constancia de ello en la historia clínica (art. 12. 1 y 2), cuidando de que esté en condiciones de comprender la información para así emitir un consentimiento válido (art. 13.1), para lo cual se asegurará (personalmente –art. 16.1–) de que sea comprensible veraz, ponderada y prudente (art. 15.1).
- El consentimiento se prestará habitualmente de forma verbal, pero cuando las medidas así lo exijan se obtendrá por escrito (art. 16.2).
- El lugar donde se preste la asistencia deberá ser acorde con la dignidad y el respeto que merece el paciente y contará con los medios adecuados para los fines que ha de cumplir (art. 18).
- Los actos médicos quedarán reflejados en la historia clínica, que incorporará la información considerada relevante. Esa historia será redactada con el fin principal de asistir al paciente, y tanto el médico como la institución para la que trabaja deben conservarla durante el tiempo que dispone la Ley. El facultativo tiene el deber de facilitar, al paciente que lo pida, la información contenida en su historia clínica y las pruebas diagnósticas realizadas, no así de las anotaciones subjetivas que introduzca, que son de su exclusiva propiedad. La historia clínica electrónica sólo es conforme a la ética cuando se asegura la confidencialidad de la misma, siendo deseables los registros en bases descentralizadas (art.19).
- Cuando proceda, o el paciente lo solicite, es deber del médico proporcionar un informe o certificado sobre la asistencia prestada o sobre los datos

de la historia clínica. Su contenido será auténtico y veraz y habrá de ser entregado únicamente al paciente, a la persona por él autorizada o a su representante legal (art. 20.1).

- El médico tiene el deber de prestar una atención médica de calidad humana y científica (art. 21.1).
- Los actos médicos especializados deben quedar reservados a los facultativos que posean el título correspondiente (art. 24).
- El secreto médico es uno de los pilares sobre los cuales se fundamenta la relación médico-paciente, basada en la mutua confianza (art. 27.1). Comporta la obligación de mantener la reserva y la confidencialidad de todo aquello que el paciente le haya revelado y confiado, lo que haya visto y deducido como consecuencia de su trabajo y tenga relación con la salud y la intimidad del paciente, incluyendo el contenido de la historia clínica (art. 27.3). En las instituciones sanitarias informatizadas los médicos directivos velarán por una clara separación entre la documentación clínica y la administrativa (art. 27.4). El facultativo no podrá colaborar en ninguna base de datos sanitarios si no está garantizada la preservación de la confidencialidad de la información depositada en la misma (art. 27.7).
- El médico debe exigir a sus colaboradores sanitarios y no sanitarios absoluta discreción y observancia escrupulosa del secreto profesional (art. 29.1).
- Los resultados de los exámenes exigidos por la Ley deben ser explicados a la persona reconocida. Sólo se informará a la empresa pertinente respecto de la aptitud laboral o de las limitaciones o riesgos para la asignación del trabajo (art. 31.1). Los resultados de los exámenes practicados en el marco de la vigilancia de la salud se comunicarán exclusivamente a la persona afectada; no obstante, el médico de un centro de medicina preventiva o de medicina del trabajo debe transmitir cualquier resultado que sea útil para el paciente, con su consentimiento, a su médico responsable (art. 31.2).

Pero, conforme ha sido anticipado, la referencia legal fundamental viene dada por la LAP, que ha cumplido un papel fundamental en este ámbito pues, partiendo del reconocimiento de los derechos de los pacientes en las relaciones clínico-asistenciales, fue la encargada de completar y adoptar –junto con las distintas normas autonómicas que desarrollan su contenido básico (disposición adicional 1ª)– las previsiones de la Ley General de Sanidad con relación al derecho a la intimidad, el derecho a la confidencialidad de los datos y el deber de secreto profesional, aclarando de esta manera la situación jurídica y los derechos y obligaciones de los profesionales sanitarios, de los ciudadanos y de las instituciones sanitarias⁴⁶⁷.

A partir de los principios básicos enunciados en el art. 2, su contenido aborda dos aspectos de gran interés para este estudio (que en algunas Comunidades Autónomas merecen una detallada regulación de desarrollo, como, por ejemplo, Ley 3/2005, de 7 de marzo, de la Comunidad de Galicia, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes):

⁴⁶⁷ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: “El derecho fundamental a la protección de los datos relativos a la salud”, 2005, en <http://www.apd.cat/media/311.pdf>, pág. 6–8.

- A. Consentimiento informado. Recogido en su art. 8 (con los límites del art. 9, las condiciones de la información y el consentimiento por escrito del art. 10 y las instrucciones previas del art. 11, aquí de menor interés), para destacar la necesidad de que el médico constate que la aquiescencia al control de consumo de alcohol, drogas u otras sustancias se ha prestado de manera libre y voluntaria; por lo general bastará con su otorgamiento de forma verbal (apartado 2)⁴⁶⁸, pudiendo revocarlo en cualquier momento (apartado 5)⁴⁶⁹.

Elemento clave para su validez –amén de la ausencia de vicios mentada– será el cumplimentar adecuadamente el deber de información regulado en el art. 4 (salvo que el trabajador manifieste su derecho a no ser informado o “derecho a no saber”⁴⁷⁰). Proporcionada, como regla, verbal y directamente al empleado como titular del derecho (art.5), y dejando constancia del acto en la historia clínica, de ella se predica que habrá de comprender, como mínimo, la finalidad de la prueba, los rasgos básicos en los que consiste y sus consecuencias; todo ello de manera comprensible y adecuada a sus circunstancias, para que así le ayude a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad⁴⁷¹.

He aquí, por tanto, un rasgo fundamental que da sentido a cuanto se afirmara al analizar la LOPD, mucho más genérica en este punto y que, para ajustarse a cuanto demanda el Tribunal Constitucional, debe ser completada con esta previsión específica incluso si el test es obligatorio en aplicación de las excepciones contenidas en el art. 22 LPRL⁴⁷².

- B. Historia clínica. Entendida –a partir de cuanto previenen los arts. 3 y 14.1–, como el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre el estado del paciente a lo largo de proceso asistencial, y con el contenido que contempla el art. 15, se convierte el segundo elemento fundamental en esta específica actuación médica como vía para asegurar el derecho a la intimidad del donante de la muestra reconocido en el art. 7⁴⁷³, bajo cuyo tenor: “1.– Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley. 2.– Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaboración cuando proceda, de las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes”. La proclamación general expuesta viene a quedar concretada en los siguientes aspectos relevantes:

- a) Deber de custodia del responsable “cualquiera que sea el soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo en el que consten, de manera

⁴⁶⁸ No obstante lo cual, procederá disponer de los medios de prueba sobre su prestación, porque al trabajador le bastará sin más con negarlo, según enseña la SAN, Contencioso-Administrativo, 9 junio 2009 (JUR 363726).

⁴⁶⁹ GARCÍA ÁMEZ, J.: “La protección de datos del usuario de la sanidad: derecho a la intimidad y asistencia sanitaria”, *Derecho Social*, Vol. 20, núm. 1, 2010, págs. 56–58.

⁴⁷⁰ Que bien pudiera ser un “derecho a no saber más”, en los acertados términos que pone de manifiesto GUILLOD, O: *Le consentement clairé du patient*, Neuchatel (Ides et Calendes), 1986, pág. 130.

⁴⁷¹ En aplicación de tales exigencias, STSJ Cataluña 3 diciembre 2012 (AS 1016/2013).

⁴⁷² DE MIGUEL SÁNCHEZ, N.: “Principios de la protección de datos: datos especialmente protegidos. Datos de carácter personal relativos a la salud: una obligada remisión a la normativa del sector sanitario”, *cit.*, págs. 715–716.

⁴⁷³ AYERRA LAZCANO, J. M.: “Regulación general de la historia clínica”, *Derecho y Salud*, Vol. 11, 2003, pág. 25.

que queden garantizadas su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información” (art. 14.2), estableciendo los mecanismos destinados a asegurar la autenticidad de su contenido y los cambios producidos en ella (art. 14.3), así como su protección para evitar la distracción o pérdida accidental de la misma (art. 14.4). El art. 19 recoge el correlativo derecho del donante al establecimiento de “un mecanismo de custodia activa y diligente [que] (...) permita la recogida, la integración, la recuperación y la comunicación de la información sometida al principio de confidencialidad”.

- b) Deber de conservación de toda la documentación clínica por el servicio sanitario⁴⁷⁴, para así garantizar su correcto mantenimiento y seguridad, aunque no sea en soporte original, durante al menos cinco años (art. 17.1). Ello incluye esa preservación a posibles efectos judiciales, siendo tratada de forma apropiada en orden a evitar en lo posible la identificación del personal afectado (art. 17.2 en relación con art. 16.3).
- c) Derecho de acceso por el trabajador donante –o por representante debidamente acreditado– a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuren en ella (art. 18.1 y 2)⁴⁷⁵; no obstante lo cual, no se facilitará información sobre las anotaciones subjetivas de los profesionales (art. 18.3 in fine). En congruencia con lo anterior, y cuando fuere menester, también ostentará el derecho a que se le faciliten certificados acreditativos de su estado de salud (art. 22).
- d) Derecho a la confidencialidad, lo cual lleva a que únicamente los profesionales que participen en el proceso tenga acceso a la historia (art. 16.1)⁴⁷⁶ y que el personal de administración y gestión sólo pueda acceder a los datos de la aquélla relacionados con sus propias funciones (art. 16.4)⁴⁷⁷. Como garantía última, el personal que accede a los datos de la historia en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto (art. 16.6)⁴⁷⁸ que, para cohenestarlo con aquella confidencialidad –y evitar filtraciones

⁴⁷⁴ ÁLVAREZ HERNANDO, J.: “Tratamiento de datos personales relacionados con la salud”, en ÁLVAREZ HERNANDO, J. y CAZURRO BARAHONA, V.: Practicum protección de datos 2015, Cizur Menor (Aranzadi/Thompson), 2014, Capítulo 17. Vid, igualmente, AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: “Informe 0443/2010. Cuestiones relacionadas con la conservación de historias clínicas”, en http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentación/informes_jurídicos/datos_esp_protegidos/coman/pdfs/2010-0443_Cuestiones-relacionadas-con-la-conservación-de-historias-clínicas.pdf.

⁴⁷⁵ SAN, Contencioso-Administrativo, 6 noviembre 2013 (RJCA 32/2014).

⁴⁷⁶ Sobre la interpretación del acceso por personal sanitario distinto al médico, AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: “Informe 0656/2008. Acceso a historia clínica por personal de enfermería”, en http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldeocumentación/informes_jurídicos/datos_esp_protegidos_/common/pdfs/2008-0656_Acceso-a-historia-clínica-por-personal-de-enfermería.pdf

⁴⁷⁷ En torno a los retos pendientes a partir de tal regulación, ETREROS HUERTA, J.: “Proyecto de historia clínica digital del Sistema Nacional de Salud”, en AA.VV.: Historia clínica electrónica, confidencialidad y protección de información, Pontevedra (Escuela Gallega de Administración Sanitaria), 2008, págs. 30 y ss. Una interpretación ilustrativa del precepto en STSJ Castilla y León/Valladolid 21 marzo 2005 (AS 442) o STSJ, Canarias/Las Palmas, Contencioso-Administrativo, 5 septiembre 2013 (RJCA 299/2014).

⁴⁷⁸ Tema clásico y objeto de múltiples estudios, pudiendo destacar, por ejemplo, los de DE MIGUEL SÁNCHEZ, N.: El secreto médico, confidencialidad e información sanitaria, Madrid (Marcial Pons), 2002, págs. 143 y ss.; SÁNCHEZ CARAZO, C.: La intimidad y el secreto médico, Madrid (Díaz Santos), 2000, págs. 33 y ss.; o GÓMEZ PIQUERAS, C.: “Experiencia y aclaraciones de la Agencia Española de Protección de Datos en casos de vulneración del deber de secreto en el ámbito sanitario”, Informática y Salud, núm. 81, 2010, págs. 15–18; su proyección específica en el ámbito laboral en TOLOSA TRIBIÑO, C.: “El secreto profesional de los médicos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, cit., especialmente, por cuanto ahora respecta, págs. 493–495.

interesadas⁴⁷⁹–, llevaría a requerir cuatro principios básicos: transparencia (informar al paciente de qué se anota, quién podrá acceder a ello y bajo qué condiciones), parquedad (recabar y anotar sólo la información estrictamente necesaria), responsabilidad (cuidado y diligencia en el manejo de la información estrictamente necesaria) y universalidad (las medidas de seguridad de protección de datos sanitarios se han de cumplir siempre, en todos los lugares y para todos)⁴⁸⁰.

En este caso, y según ya se conoce, este deber secreto lleva que al empresario únicamente puedan notificársele las conclusiones –art. 22.4 LPRL y 11.2 LOPD–, sin margen alguno para una información ampliada con amparo en el principio de unidad de historia clínica⁴⁸¹.

3.2.2.2. El papel del médico en el eventual protocolo de intervención empresarial sobre consumo de alcohol, drogas y otras sustancias. En particular, en los tests de despistaje.

Sin perjuicio del relevante papel que está llamado a asumir en cualquier programa voluntariamente llevado a cabo por el empresario o negociado con los representantes de los trabajadores (asesoramiento en su diseño e implantación, colaboración en la información y formación o seguimiento si se hubiere contemplado un programa asistencial y/o de reincorporación), el papel del médico será clave en el diseño de los tests de control de consumo en tres momentos fundamentales: selección del biomarcador, elección de la muestra y procedimiento a seguir:

A. La selección del biomarcador

El parecer médico será decisivo a la hora de elegir el biomarcador a partir del cual proceder a constatar si un trabajador ha consumido alcohol, drogas y otras sustancias.

Acudiendo a los de estado o situación (*statemarkers*) y desechando los de riesgo o susceptibilidad (*trait markers*, más propios de actuaciones estrictamente preventivas o de seguimiento)⁴⁸², habrá de tomar en consideración las concretas características de cada uno bajo la idea de acercarse al patrón ideal, susceptible de ser así considerado a partir de 10 notas⁴⁸³): 1) Objetivo, es decir, biológico o analítico; 2) no invasivo; 3) barato y fácil de realizar en cualquier laboratorio; 4) de alta sensibilidad (que discrimine perfectamente los falsos negativos); 5) de alta especificidad (que

⁴⁷⁹ Ejemplo preclaro de las cuales en el ámbito laboral puede ser la que muestra la SAN, Contencioso-Administrativo, 9 junio 2009 (JUR 363726).

⁴⁸⁰ SANTANDER, F. y DEL CASTILLO, C.: “El respeto a la confidencialidad en el contexto sanitario”, Norte de Salud Mental, Vol.5, núm. 16, 2003, pág. 19.

⁴⁸¹ En cuanto esta cesión de conclusiones constituye una excepción, “y las excepciones, como es bien sabido, han de ser interpretadas restrictivamente. En este supuesto, además, ello resulta reforzado por una consideración teleológica innegable: si lo que debe protegerse ante todo es la confidencialidad de la información sanitaria relativa a los trabajadores, no tiene sentido afirmar que cabe comunicar a los empresarios cualquier dato que exceda la mera ‘conclusión’ sobre la idoneidad del trabajador para el puesto de trabajo; es decir, la mutua sólo puede decir al empresario si resulta apto el trabajador, sin importarle ninguna otra información adicional”, STS, Contencioso-Administrativo, 20 octubre 2009 (RJ 7551).

⁴⁸² Una presentación acabada sobre sus diferencias y usos en GIRÓN GARCÍA, S. y LUQUE PÉREZ, F.: “Aspecto médico de los tratamientos por consumo de alcohol”, en AA.VV.: Guía clínica para el abordaje de los trastornos relacionados con el consumo de alcohol, Sevilla (Consejería de Igualdad y Bienestar Social. Junta de Andalucía), 2007, págs. 47 y 56.

⁴⁸³ Al respecto, MARCOS MARTÍN, M.; PASTOR ENCINAS, I. y LASO GUZMÁN, F. J.: “Marcadores biológicos del alcoholismo”, Revista Clínica Española, Vol. 205, núm. 9, 2005, págs. 443–445.

discrimine perfectamente los falsos positivos); 6) que permita diferenciar entre consumo moderado y excesivo; 7) no influenciado por hábitos alimenticios, otra enfermedad o fármacos; 8) que persista inalterado durante unos días después de la abstinencia, con vida media predecible y se altere más tarde con las recaídas; 9) de adecuada correlación con la intensidad y duración de la ingesta; y 10) que no esté condicionado por la medicación utilizada en el tratamiento del problema.

De entre la variadísima oferta de los que ya se están aplicando (o en estudio)⁴⁸⁴, cabría destacar el masivo recurso a la GGT (Gamma-GlutamilTranspeptidasa), si bien resulta más útil para el control de la abstinencia en alcohólicos reconvertidos, pues mide la bebida excesiva durante largo tiempo⁴⁸⁵; CDT (Transferina Deficiente en Carbohidratos), otra proteína en sangre que incrementa su concentración en consumos de drogas más cercanos en el tiempo –1 o 2 semanas– y no suele alterarse por enfermedades o por el consumo de fármacos y otras sustancias⁴⁸⁶, la cual, aun cuando se considera la prueba más específica para determinar el consumo de riesgo y valorar la evolución del alcohólico en tratamiento⁴⁸⁷, dista igualmente de serlo para medir un consumo puntual; por último, el MCV (Volumen Corpuscular Medio Eritrociario) que, a partir del índice de glóbulos rojos, permite un análisis de consumo de 4 a 8 semanas y presenta una gran especificidad, lo cual lo hace aconsejable para detectar prontamente el consumo de alcohol después de un largo período de abstinencia, aun cuando su baja sensibilidad no lo hace recomendable como único marcador, y menos para una prueba de detección concreta⁴⁸⁸.

Según cabe constatar, los biomarcadores más utilizados sólo de manera indirecta indican un consumo actual y su posible grado (según ocurre con otros también indirectos, como el GOT, GPT, ASAT, ASAT/ALAT, etc.), motivo por el cual, en combinación con los anteriores o a través de la utilización de cocientes de varios de ellos⁴⁸⁹, resulta preferible acudir al 5-HIAA (5-Hidroxitriptofol), más fiable en el consumo reciente y no relacionado con la dependencia, pues sus resultados varían en función de la dosis de alcohol o de la cantidad de droga en el momento de realizar el examen y su excreción no se normaliza hasta varias horas después de que los niveles de sangre hayan vuelto a la línea base⁴⁹⁰; en paralelo, el etilglucoronido

⁴⁸⁴ Para una acabada presentación de los unos y los otros expresando su sensibilidad, especificidad y posible o vigente uso, así como su concreta operatividad, PETERSON, K.: "Biomarkers for alcohol use and abuse. A summary", *Alcohol Research and Health*, Vol. 28, núm. 1, 2004/2005, págs. 30–37.

⁴⁸⁵ Resulta ser el más usado por su sensibilidad, sencillez y bajos costes, aun cuando no sea el más apropiado para el objetivo aquí pretendido, salvo en orden a mostrar la habitualidad; además, resulta relativamente poco específico. Aclaradas las explicaciones de ALLEN, J. P. y LITTEN, R. Z.: "The role of laboratory test in alcoholism treatment", *Journal of Substance Abuse Treatment*, Vol. 20, núm. 11, 2001, págs. 81–85.

⁴⁸⁶ AVIVAR, I. et alii: "Utilidad de la Transferina Deficiente en Carbohidratos (CDT) para la valoración del abuso y la abstinencia en el alcoholismo crónico", *Anales de Medicina Interna*, Vol. 17, núm. 11, 2000, págs. 572–575.

⁴⁸⁷ Aun cuando resulte un método muy caro y muestre escasa sensibilidad en mujeres y adolescentes, PASCUAL CORTÉS, F.; CORTÉS, M. T. y SASTRE, J.: "Utilización de la Transferina Deficiente en Carbohidratos (CDT) en el diagnóstico y seguimiento de la dependencia alcohólica", *Adicciones*, Vol. 14, núm. 1, 2002, págs. 4–55.

⁴⁸⁸ HELANDER, A.: "Biological markers of alcohol use and abuse in theory and practice", en AA.VV. (AGARWAL, D. P. y SEITZ, H. K., Eds.): *Alcohol in health and disease*, Nueva York (Marcel Dekker), 2001, págs. 117–205, en particular, págs. 170–172.

⁴⁸⁹ CABRERO, E. et alii: "Estudio de un muestreo de alcohol exhalado en aire alveolar en una población de la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles", *Adicciones*, núm. 6, 1994, págs. 15–22.

⁴⁹⁰ LUQUE, F.: "Aspectos médicos de los tratamientos por consumo de alcohol clínico. Criterios de evaluación y diagnóstico", en AA.VV.: *Guía para el abordaje de trastornos relacionados con el consumo de alcohol*, cit., pág. 34.

(EtG) parece constituir una alternativa igualmente válida como marcador biológico de resultados más seguros sobre todo cuando se trata de análisis de saliva.

B. La selección de la muestra

La variedad teórica de muestras utilizadas en campañas o como medio de investigación primario, incluso la popularidad alcanzada y su uso cotidiano, no viene acompañada por el correlativo reconocimiento en las distintas Directrices elaboradas por las más prestigiosas asociaciones o comités científicos, los cuales formulan serias objeciones en atención a distintos criterios sobre los cuales existe una literatura muy extensa. He aquí, por tanto, un motivo de peso para pedir tiento a la hora de elegir, pues sus resultados pueden ser firmemente cuestionados a través de pericial oportuna ante los órganos judiciales⁴⁹¹, en tanto no todas sirven para todo (por ejemplo, detectar sólo el alcohol o también otras sustancias) y no todos los métodos presentan el mismo nivel de intromisión en la intimidad del trabajador⁴⁹².

a. Aire espirado

La impresión precedente se constata de manera paradigmática con la que más difusión tiene en España: la prueba de aire espirado. Aconsejada y usada como método de control (y finalidad disuasoria) al acudir al trabajo o durante su desempeño⁴⁹³, fundando la elección en su sencillez, rapidez y bajo coste⁴⁹⁴, presenta tres puntos débiles que siempre habrían de ser considerados: el primero, que sólo sirve para controlar el alcohol, pero no otras drogas o sustancias; el segundo, su carácter poco conclusivo, dada su falta de especificidad y sensibilidad, por lo que sus resultados finales pueden ser fácilmente discutidos; el tercero y último – derivado del anterior –, que podrá servir como un primer índice o indicio de consumo, lo cual puede ser suficiente para adoptar medidas cautelares, pero nada más (y nada menos, dada la finalidad pretendida), debiendo venir acompañada, siempre, de la necesaria corroboración a través de otros métodos. Ello hace que, si utilizada, requiera de medios humanos cualificados para pasar, en un lapso temporal apropiado (la demora excesiva podría llevar a una alteración del resultado) y con todas las garantías, a la prueba de contraste seleccionada⁴⁹⁵.

b. Parches de sudor

Por su parte, los parches de sudor, si bien suponen un medio no invasivo disponible para obtener una estimación de la droga acumulada de hasta 21 días, y proporcionan una vía de seguimiento más continuado a la exposición de drogas que el aleatorio derivado de las muestras de orina y sangre⁴⁹⁶, su análisis es susceptible de

⁴⁹¹ CAPLAN, Y. H. y GOLDBERGER, B. A.: "Alternative specimens for workplace drug testing", *Journal of Analytical Toxicology*, Vol. 25, núm. 5, 2001, págs. 396-399.

⁴⁹² TOPP, L.: "Drug testing: how it's done", *Of Substance*, Vol. 7, núm. 2, 2009, pág. 24.

⁴⁹³ CABRERO, E. y LUNA, A.: "Alcohol y drogas en las empresas de la Unión Europea", *Adicciones*, Vol. 13, núm. 3, 2001, pág. 249.

⁴⁹⁴ De ahí su utilización en campañas o como método de investigación primario, GONZÁLEZ, J. C. y SALGADO, E.: "Campaña de prevención de alcoholismo y drogodependencia en el medio laboral, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales: la experiencia del sector de estiba del puerto de Barcelona", *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, Vol. 3, núm. 3, 2000, págs. 131 y ss.

⁴⁹⁵ COWAN, J. M. (Jr.) et alii: "Determination of volume of distribution for ethanol in male and female subjects", *Journal of Analytical Toxicology*, Vol. 20, núm. 5, 1996, págs. 287-290.

⁴⁹⁶ KINTZ, P.: "Drug testing in addicts: a comparison between urine, sweat and hair", *Therapeutic Drug Monitoring*, Vol. 18, núm. 4, 1996, págs. 450-455 o HUESTIS, M. A. et alii: "Sweat testing for cocaine, codeine and metabolites by gas chromatography-mass spectrometry", *Journal of Chromatography B: Biomedical Sciences and Applications*, Vol. 733, núms. 1-2, 1999, págs. 247-264.

interpretaciones incorrectas por varias razones: es difícil excluir la contaminación tópica, la cantidad de sudor disponible varía en función de condiciones ambientales y fisiológicas, resulta escasa la información hasta ahora existente sobre las características de la excreción de drogas por el sudor en situaciones de control de la dosis y, sobre todo, no sirve para medir la cantidad de droga ingerida en un momento dado⁴⁹⁷. A la vista de tales datos, no es extraño que tanto estas muestras como las precedentes sean ignoradas en las Directrices europeas; tampoco que la de parches de sudor, sí contemplada en las estadounidenses, venga limitada a los programas de seguimiento, dada la “ventana abierta al tiempo” que su información revela, sin aportar apenas nada en torno al consumo actual⁴⁹⁸.

c. Sangre

Distinto es el supuesto de las muestras de sangre, igualmente ignoradas en ambos instrumentos (aunque recogidas en algunas guías nacionales, como –y por las razones que aporte– en la finlandesa). La razón en este caso no radica en su fiabilidad, pues es considerada como la más útil para la identificación de alcohol y drogas en análisis cuantitativos⁴⁹⁹ y, dado que las sustancias psicoactivas testadas a menudo abandonan la sangre rápidamente, también para identificar su consumo reciente⁵⁰⁰; su escasa utilización en los controles en el lugar de trabajo (salvo cuando se trate de muestras externas) trae causa en el hecho de suponer una invasión a la intimidad muy superior a la derivada de utilizar otras alternativas que permitirían alcanzar el mismo fin, motivo por el cual acudir a la donación de sangre supondría una evidente ruptura del principio de proporcionalidad⁵⁰¹. En consecuencia, su postergación inicial y recuperación como ulterior alternativa viene naturalmente asociada a la insuficiencia final de la prueba de aire espirado, buscando en su combinación la vía de llevar a la fórmula preferida: el aire espirado como indicio, la sangre para confirmación. Con todo, menester será advertir sobre dos aspectos importantes: de un lado, la relativa inmediatez a exigir entre una y otra para evitar falsos negativos; de otro, el escrupuloso respeto al procedimiento a seguir en la toma de la muestra, la cadena de custodia y la verificación del resultado.

d. Pelo

La utilización de pelo del cuero cabelludo es una propuesta reciente de éxito⁵⁰²,

⁴⁹⁷ Problemas insolubles, conforme ya apuntaron CONE, E. J. et alii: “Sweat testing for heroin, cocaine and metabolites”, *Journal of Analytical Toxicology*, Vol. 20, núm. 6, 1994, págs. 298–305. La confirmación de tal impresión con el transcurso del tiempo en GALLARDO, E. y QUEIROZ, J. A.: “The role of alternative specimens in toxicological analysis”, *Biomedical Chromatography*, Vol. 22, núm. 8, 2008, págs. 797–801.

⁴⁹⁸ STRANG, J. et alii: “Hair analysis for drugs: technological breakthrough or ethical quagmire?”, *Addiction*, Vol. 28, núm. 2, 2006, pág. 163.

⁴⁹⁹ En una última muestra cabe aludir al sugerente ensayo de KIRSCHBAUM, K. M. et alii: “Optimization and validation of CEDIA drugs of abuse immunoassay test in serum of Hitachi 912”, *Forensic Science International*, Vol. 212, núms. 1–3, 2011, págs. 252–255.

⁵⁰⁰ En defensa de su utilización por esas razones– y otras de carácter más técnico–, entre muchos más, el convincente ensayo de KRAEMER, T. y PAUL, L. D.: “Bioanalytical procedures for determination of drug of abuse in blood”, *Analytical and Bioanalytical Chemistry*, Vol. 388, núm. 7, 2007, págs. 1415–1435.

⁵⁰¹ GJERDE, H. et alii: “Use of alcohol and drugs by Norwegian employees: a pilot study using questionnaires and analysis of oral fluid”, *Journal of Occupational Medicine and Toxicology*, Vol. 5, núm. 13, 2010, en <http://www.occup-med.com/content/5/1/13>.

⁵⁰² DUPONT, R. L. y BAUMGARTNER, W. A.: “Drug testing by urine and hair analysis: complementary features and scientific issues”, *Forensic Science International*, Vol. 70, núms. 1–3, 1995, págs. 63–76; su adaptación al ámbito laboral en “Workplace drug testing by hair analysis: advantages and issues”, en AA.VV. (MIECZKOWSKY, T., Ed.): *Drug testing technology: assessment of field applications*, Tampa (CCR Press), 1999, págs. 341 y ss.

fundada en que revela mejor un mayor consumo⁵⁰³, origina menos falsos negativos que la orina –si bien cabe su adulteración mediante peróxidos presentes en algunos tintes capilares, la concentración de drogas fijadas en cabellos oscuros es mucho mayor que en los claros y es precisa mucha experiencia y destreza para la toma de la muestra⁵⁰⁴– y resulta un indicador más fiable sobre la ausencia de consumo de drogas⁵⁰⁵; no obstante, para la finalidad estudiada no dejará de ser un mero complemento a la hora del despistaje –muy adecuado eso sí– en orden a poder obtener un patrón en el consumo⁵⁰⁶, pues su verdadero valor queda situado en los procesos de seguimiento (prueba de habitualidad de consumo), al permitir una retrospectiva mucho más amplia que la sangre o la orina, pudiendo retroceder en el historial de 1 a 3 meses⁵⁰⁷.

e. Orina

Desde los años 70 y hasta la actualidad el test de orina ha sido el método más común en otros países (no así en España) para detectar el uso de alcohol y drogas en el trabajo, quizá por tratarse de una tecnología bien conocida y en la cual la mayoría de los problemas han sido descubiertos y resueltos o, por lo menos, definidos; además, la muestra es fácil de recoger en diversos medios y las drogas y/o sus metabolitos suelen estar presentes en concentraciones relativamente altas⁵⁰⁸ (de ahí, por ejemplo, la elección de la norma italiana como único test considerado y su preponderancia clara en Europa⁵⁰⁹); no obstante, presenta el notable inconveniente de ser un fluido fácil de adulterar con sustancias químicas (jabón líquido, vinagre, lejía, etc.)⁵¹⁰ y de diluir⁵¹¹; óbice sólo parcialmente soslayable controlando la temperatura, el pH y el nivel de creatina de un peso específico en una orina recogida recientemente⁵¹².

⁵⁰³ MUSSHOF, F. et alii: "Results of hair analysis for drugs of abuse and comparison with self reports and urine test", *Forensic Science International*, Vol. 156, núms. 2-3, 2006, págs. 118-123.

⁵⁰⁴ OTERO DORREGO, C.: "Drogodependencias en el lugar de trabajo. Pautas generales de intervención desde la Medicina del Trabajo", *Medicina y Seguridad en el Trabajo*, Vol. 35, núm. 3, 2010, pág. 165.

⁵⁰⁵ CAIRNS, T.; SCHAFFER, M. y HILL, V.: "Workplace drug testing using hair samples", en AA.VV. (KINTZ, P., Ed.): *Analytical and practical aspects of drug testing in hair*, Boca Ratón (Taylor & Francis), 2007, págs. 325-340.

⁵⁰⁶ TSANACLIS, L. M.; WICKS, J. F. C. y CHASIN, A. A. M.: "Workplace drug testing, different matrices, different objectives", *Drug Testing and Analysis*, Vol. 4, núm. 2, 2012, págs. 83-88. Cuestión distinta puede ser la contaminación de la cara externa del pelo, que podría dar lugar a falsos positivos exógenos, así como otros factores que analizan ROMANO, G. et alii: "Determination of drugs of abuse in hair: evaluation of external heroin contamination and risk of false positives", *Forensic Science International*, Vol. 131, núms. 2-3, 2003, págs. 98-102. Sobre su implementación práctica muy ilustrativas las Directrices de la EWDTs: "Drug and alcohol testing in hair, collection and analysis" 2011, en <http://www.ewdts.org/ewdts-guidelines.html>.

⁵⁰⁷ MUSSHOF, F. et alii: "Results of hair analysis for drugs of abuse and comparison with self reports and urine test", cit., págs. 121 y 122.

⁵⁰⁸ WOLFF, K. et alii: "Revisión de los indicadores biológicos de uso ilegal de drogas, consideraciones prácticas y utilidad clínica", *RET. Revista de Toxicomanías*, núm. 28, 2001, pág. 8.

⁵⁰⁹ También que sea el punto de partida de la EWDTs ("European guidelines for workplace drug testing in urine", 2015, en <http://ewdts.org/data/uploads/documents/ewdts-urine-guideline-2015-05-29-v02.pdf>) y el único referente que aparece en el documento de la AGSA (Grupo Suiza de Trabajo para las Directrices de Tests de Abuso de Drogas), "Drugs of abuse Testing Guidelines" (2003), con parcial rectificación en su documento "Ethical issues in workplace drugtesting in Europe"; así como en del Steening Group UK en su "United Kingdom laboratory guidelines for legally defensible workplace drugtesting. Urine drugtesting. Versión 1.0". Igualmente es la muestra tomada como referente por la Agencia Mundial Antidopaje. Con más detalle, PENDERS, J. y VERSTRAETE, A.: "Laboratory guidelines and standards in clinical and forensic toxicology", cit., pág. 286.

⁵¹⁰ Según ya mostraran MIKKELSEN, S. L. y ASH, K. O.: "Adulterants causing false negatives in illicit drug testing", *Clinical Chemistry*, Vol. 34, núm. 11, 1988, págs. 2333-2336.

⁵¹¹ FINKLE, B. S. et alii: "Analysis for commonly abused drugs in urine at selected threshold (cut-off) concentrations", *Clinical Chemistry*, Vol. 37, núm. 3, 1991, págs. 586 y 587.

⁵¹² DE LA TORRE, R. et alii: "Recommendations for the reliable detection of illicit drugs in urine in the European Union with special attention to the workplace", *Annals of Clinical Biochemistry*, Vol. 34, núm. 4, 1997, págs. 339-344.

Si a los datos anteriores se une su baja especificidad (falsos positivos por identificación incorrecta de un componente determinado o la presencia de drogas en condimentos, preparados analgésicos o medicaciones químicamente similares a una droga) y sensibilidad (toma de muestras tardías, productos en el mercado diseñados para dar falsos positivos o adulteraciones de muestra que pueden producirse tomando, por ejemplo, una simple aspirina), así como el hecho de que encontrar alcohol o drogas en la orina no indica una situación de deterioro personal por su consumo al tiempo de realizar la prueba, sino que únicamente pone de manifiesto que la droga ha sido utilizada dentro de un período de tiempo de varios días o más antes del test (y que, por tanto, puede no afectar directamente a la productividad y a la seguridad y salud en el trabajo, proporcionando más información de la necesaria)⁵¹³, no es extraño que se afirme su utilidad⁵¹⁴, pero en unión de otros tests, pues “no puede por sí sola continuar garantizando un lugar de trabajo libre de drogas”⁵¹⁵.

f. Saliva

Las mayores esperanzas aparecen puestas, para el propósito ahora analizado, en el análisis de fluido oral⁵¹⁶ (mejor, en el combinado con otros)⁵¹⁷. Relativamente nueva, y poco a poco perfeccionada⁵¹⁸, constituye una técnica en lo fundamental orientada a detectar y controlar precisamente el uso reciente de alcohol (por ejemplo, durante las últimas 12 horas) y drogas (durante el último o dos últimos días)⁵¹⁹ a la sazón utilizado como control en el lugar de trabajo cada vez de manera más creciente. En verdad todavía en algunas sustancias psicoactivas no se ha determinado la correlación entre las concentraciones en saliva y plasma, el conocido como índice S/P (aun cuando, una vez la droga ha sido eliminada de la cavidad bucal, parece que para muchas sustancias existe, con la ventaja que ello supone de una medición más objetiva y la posibilidad de corroborar fácilmente los cuestionarios y autoinformes⁵²⁰), y la ausencia de fluido bastante por razones fisiológicas, así como el intento de conseguirlo a través de alimentación y otras técnicas (utilizar chicle, ejercicios de mandíbula, etc.) pueden afectar a la concentración apropiada de drogas⁵²¹. Sin embargo, lo cierto es que destaca

⁵¹³ GJERDE, H. et alii: “Use of alcohol and drugs by Norwegian employees: a pilot study using questionnaires and analysis of oral fluid”, cit., pág. 2.

⁵¹⁴ En su defensa, a partir de un estudio bien documentado, EL-HELALY, M. y EL-HAWARY, A.: “Workplace drug testing among security guards using urine drug tests, cross-section study”, *Scholaris Academic Journal of Pharmacy*, Vol. 4, núm. 1, 2015, págs. 42-47.

⁵¹⁵ La reivindicación en LANGMAN, L. J.: “Sensitive method for detection of cocaine and associated analytes by liquid chromatography-tandem mass spectrometry in urine”, *Journal of Analytical Toxicology*, Vol. 33, núm. 8, 2009, págs. 445-447.

⁵¹⁶ EWDTS: “European guidelines for workplace in oral fluid”, 2015, en <http://www.ewdts.org/data/uploads/documents/ewdts-oral-fluid-2015-05-29-v02.pdf>.

⁵¹⁷ CONE, E. J.: “Legal, workplace, and treatment drug testing with alternate biological matrices on a global scale”, *Forensic Science International*, Vol. 121, núms. 1-3, 2001, págs. 7-15; en igual sentido, WILLE, S. M. R. et alii: “Trends in drug testing in oral fluid and hair as alternative matrices”, *Bioanalysis*, Vol. 6, núm. 17, 2014, págs. 2193-2209.

⁵¹⁸ Sobre sus orígenes y rápida y segura evolución, SPIEHLER, V.: “Drugs in saliva”, en AA.VV. (MOFFAT, A. C.; OSSELTON, M. D. y WIDDOP, B., Eds.): *Clarker’s analysis of drugs and poisons*, 3ª ed., Londres (Pharmaceutical Press), 2004, págs. 109-123.

⁵¹⁹ El análisis de los tiempos o plazos en VERSTRAETE, A. G.: “Detection times of drug in blood, urine and oral fluid”, *The Drug Monitoring*, Vol. 26, núm. 2, 2004, págs. 200-205.

⁵²⁰ CHOO, R. E. y HUESTIS, M. A.: “Oral fluid as diagnostic tool”, *Clinic Chemistry and Laboratory Medicine*, Vol. 42, núm. 11, 2004, págs. 1273-1287.

⁵²¹ DRUMMER, O. H.: “Drug testing in oral fluid”, *Clinical Biochemical Review*, Vol. 27, núm. 3, 2006, págs. 147-159.

comparativamente frente a las otras por varias razones⁵²²: 1) A diferencia de la sangre, se puede acceder con métodos no invasivos, sin intromisión en la intimidad del empleador⁵²³. 2) Por contraposición a cuanto ocurre con la orina, son muy pocas las posibilidades de adulteración. 3) Refleja mejor que la orina –y, por supuesto, que el pelo– si el sujeto está afectado por el alcohol o la droga al tiempo de la toma de la muestra y presenta un tiempo para la detección del consumo de alcohol y drogas similar al de la sangre, a la cual puede –en cierto modo– sustituir, siendo probablemente el único fluido que ofrece en la averiguación de tal consumo el mismo rendimiento que aquella⁵²⁴, incluso a veces más, pudiendo detectarlo –en particular cuando del alcohol se trata– bajo ciertas circunstancias cuando en la sangre no es factible, utilizando como marcador biológico, según ha quedado apuntado, el etilglucoronido (EtG)⁵²⁵.

g. Pruebas técnicas de contraste

Si importante resulta seleccionar la muestra apropiada (y en el caso del aire espirado incluso la de verificación ulterior, dadas sus limitaciones), no menos trascendental será tener siempre presente que una mayor seguridad aconseja acudir a las pruebas complementarias oportunas para el caso de resultados positivos. En esta ocasión la opinión de los científicos es unánime: la cromatografía de gases, junto con la espectrometría de masas, son las técnicas disponibles en la actualidad más fiables⁵²⁶.

C. Procedimiento a seguir en la toma, examen de muestras y utilización de resultados: de los “Principios rectores para pruebas destinadas a detectar el consumo de alcohol y drogas en el trabajo” de la OIT a las “Directrices para pruebas de drogas en el trabajo legalmente defendibles” de la Sociedad Europea

En la reunión tripartita de expertos de la OIT celebrada en Oslo (Honefoss) en 1993 se abordó, por primera y única vez en el seno de tan cualificado organismo internacional, la tarea de orientar y aconsejar científicamente sobre cómo proceder en la realización de tests de despistaje (los denominados “Principios Rectores”⁵²⁷). Sobre su fundamento, y años más tarde, la Sociedad Europea para tests de drogas en el trabajo ha proporcionado un referente que el servicio médico de la empresa ha de sopesar –por su autoridad incuestionable– a la hora

⁵²² MENA-BRAVO, A. y LUQUE DE CASTRO, M. D.: “Sweat: a sample with limited present applications and promising future in metabolomics”, *Journal of Pharmaceutical and Biomedical Analysis*, Vol. 90, 2014, págs. 139–147.

⁵²³ Sobre tal nota, con firmes argumentos jurídicos, KADEHJIAN, L.: “Legal issues in oral fluid testing”, *Forensic Science International*, Vol. 150, núm. 2, 2005, págs. 151–160.

⁵²⁴ SAMYN, N. et alii: “Analysis of drugs of abuse in saliva”, *Forensic Science Review*, Vol. 11, núm. 1, 1999, págs. 1–19. Tal es así que resulta ser la matriz elegida en proyectos internacionales tan conocidos como el ROSITA o el DUID; sobre las razones – en términos de resultados comparativos frente a la prueba de sangre –, KELLEY-BAKER, T. et alii: “Comparing drug detection in oral fluid blood: data from a national sample of night time drivers”, *Traffic Injury Prevention*, Vol. 15, núm. 2, 2014, págs. 111–118 o ARROYO, A. et alii: “Driving under the influence (DUID): prevalence of drugs in oral fluid”, *European Journal of Forensic Sciences*, Vol. 1, núm. 1, 2014, págs. 13–17.

⁵²⁵ GJERDE, H. et alii: “Use of alcohol and drugs by Norwegian employees: a pilot study using questionnaires and analysis of oral fluid”, cit., pág. 2.

⁵²⁶ Sobre su justificación con resultados que no dejan lugar a duda, ZAPATER, G. et alii: “Estudio de 156 casos de accidentes laborales mortales en la Comunidad de Madrid. Análisis de alcohol etílico y otras sustancias psicoactivas”, *Revista de Toxicología*, Vol. 20, núm. 2, 2003, pág. 146.

⁵²⁷ Una versión adaptada y útil de los mismos en OIT: Tratamiento de cuestiones relacionadas con el alcohol y las drogas en el trabajo, Ginebra (OIT), 1996, págs. 5 y 6.

de diseñar cualquier protocolo de actuación a este respecto: las “Directrices para pruebas de drogas en el trabajo legalmente defendibles. Procedimiento para la recogida de muestras”.

Haciendo acopio de ambos referentes, e integrándolos con cuanto se contempla para los reconocimientos médicos en el ordenamiento español, varias premisas parecen indeclinables:

1. Quien recoge la muestra ha de ser consciente de que el donante no está nervioso, ni presionado, accediendo voluntariamente a su toma y siendo consciente de las implicaciones del proceso, que puede llevar –en su caso– a la solicitud de un análisis confirmatorio. En consecuencia, habrá de comprender la razón por la que se le realiza la prueba y sus resultados (como también las derivadas de una negativa a someterse a la misma), así como que ésta podrá determinar la sustancia usada; también que si el resultado es “no negativo” será enviada para su contraste a través de un análisis efectuado por un laboratorio. De igual modo, habrá de acreditar prueba suficiente de su consentimiento, aunque sea verbal, para evitar cualquier conflicto posterior.
2. De conformidad con los estándares normativos nacionales e internacionales, la prueba –incluso si fuera aleatoria– habrá de ser notificada oportunamente al servicio de prevención, cuando lo hubiere, y a los representantes de los trabajadores (de existir), debiendo ser realizada por profesionales sanitarios cualificados. Éstos se convierten en garantes del proceso en un doble sentido⁵²⁸: en primer lugar, velando por el escrupuloso cumplimiento de los protocolos al efecto; en segundo término, tratando la información obtenida conforme exigen tanto el secreto médico⁵²⁹, como la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica⁵³⁰.
3. Parte fundamental en ese protocolo a observar es el respeto a la dignidad e intimidad en el momento de la donación. Ello supone, de conformidad con cuanto propugna la doctrina más solvente: primero, su realización individuo por individuo para prevenir cualquier confusión; segundo, la presencia únicamente del donante y de quien(es) efectúa(n) la toma, salvo que aquél solicite el acompañamiento de un tercero.
4. La certidumbre de un respeto máximo a la cadena de custodia resulta condición sine qua non para poder acreditar que la muestra es fresca y proviene de un individuo perfectamente identificado, así como que los resultados notificados se refieren, más allá de cualquier duda, a esa toma concreta. A la postre, el objetivo radica en garantizar su integridad (imposible manipulación), de lo

⁵²⁸ NICHOLSON, P.; MAYLO, G. y SHARP, Ch.: Alcohol, drugs and the workplace (The role of medical professional), Londres (BMA), 2014, págs. 22–26; EDWARDS, C. E.: Lugares de trabajo libres de drogas. Establecimiento de una política y programa, cit., págs. 17 y ss. o, en igual sentido, OIT: “Estar limpio: controles de consumo de drogas y alcohol en el lugar de trabajo”, Revista de Trabajo, núm. 57, 2006, págs. 3 y 4.

⁵²⁹ TOLOSA TRIBIÑO, C.: “El secreto profesional de los médicos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, cit., págs. 195 y ss.

⁵³⁰ OTERO DORREGO, C.: “Drogodependencias en el lugar de trabajo. Pautas generales de intervención desde la Medicina del Trabajo”, cit., págs. 147, 154 y 165.

cual ha de ser responsable quien la extrae durante todo el desarrollo de la prueba⁵³¹.

5. Para mayor seguridad sobre el resultado final, el trabajador deberá ser invitado a descubrir si últimamente ha tomado algún medicamento (en orden a descartar falsos positivos por esta causa, lo cual hará que varíe la escala temporal en función del tipo de fármaco). Si afirmara que no, o se negara a proporcionar dicha información, procederá dejar oportuna reseña de tal noticia; en otro caso, se tomará nota de la información sobre la concreta medicación, pero sin revelar la concreta identidad de los fármacos en cuestión.
6. En igual sentido, el contraste o verificación de la confirmación de un resultado “no positivo” (preferiblemente en laboratorio distinto, y en todo caso acreditado –advirtiendo sobre cómo son muchos a día de hoy los que se ofertan al efecto sin tal distintivo y, por tanto, no garantizan ni que no se han utilizado de sub-productos de la abundante gama que presentan proveedores de la más variada procedencia, ni la profesionalidad necesaria en quien realiza la prueba–), proporciona una mayor seguridad, existiendo un consenso prácticamente unánime, según ha quedado anticipado, sobre el hecho de que la GC (cromatografía de gases) y GC-MS (espectrometría de masas) son las más fiables en la actualidad.
7. Por último, procederá asegurar la confidencialidad de los datos obtenidos, que serán tratados como datos sensibles según demanda la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos Carácter Personal⁵³². Ello supone, en breve, que al empresario y a las personas y órganos con responsabilidad en materia de prevención –sobre quienes pesa el deber de sigilo profesional– sólo se les proporcionará acceso a las conclusiones obtenidas, para que, conforme establece la ley, “puedan desarrollar correctamente sus funciones” (art. 22.4 LPRL).

⁵³¹ Sobre el principio de integridad, BORNEY, D.: “Analytical techniques” y GEORGE, C.: “Specimen adulteration”, en AA.VV. (VERSTRAETE, A., Ed.): *Workplace drugtesting*, Londres (Pharmaceutical/Press), 2011, Caps. 8 y 9.

⁵³² Sobre tal calificación y sus implicaciones, entre muchos, DE MIGUEL SÁNCHEZ, N.: “Investigación y protección de datos de carácter personal: una aproximación a la ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica”, *Revista Española de Protección de Datos*, núm. 1, 2006, págs. 146 y 147 o FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M.: “El derecho fundamental a la protección de datos personales. Obligaciones que derivan para el personal sanitario”, *Derecho y Salud*, núm. extraordinario (XI Congreso de Derecho y Salud), 2003, págs. 42 y ss.

