

LOS EFECTOS DE LA PROHIBICIÓN DE FUMAR EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES

Fco. Javier Fernández Orrico

*Doctor en Derecho. Profesor del Área de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social (UMH). Subinspector de Empleo y Seguridad Social*

Sumario: *I. Introducción.- II. Fundamento y estructura de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre. II.1 Fundamento. II.2 Estructura.- III. La forma de regular la prohibición de fumar y su incidencia en el ámbito laboral. III.1 Regulación formal. III.2 Incidencia en el ámbito laboral.- IV. Aspectos laborales de la prohibición total de fumar en espacios cerrados. IV.1 Límites de la prohibición. IV.2 Cláusulas contractuales relacionadas con la prohibición. IV.3 Competencia para hacer efectiva la prohibición de fumar en los centros de trabajo. IV.3.1 La autoridad competente para aplicar la Ley 28/2005. IV.3.2 La competencia de la autoridad laboral: supuestos concretos. IV.3.3 Incidencia de la Ley 28/2005 en la normativa de prevención de riesgos laborales.- V. Síntesis.- VI. Bibliografía.*

LOS EFECTOS DE LA PROHIBICIÓN DE FUMAR EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES

Sumario: *I. Introducción.- II. Fundamento y estructura de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre. II.1 Fundamento. II.2 Estructura.- III. La forma de regular la prohibición de fumar y su incidencia en el ámbito laboral. III.1 Regulación formal. III.2 Incidencia en el ámbito laboral.- IV. Aspectos laborales de la prohibición total de fumar en espacios cerrados. IV.1 Límites de la prohibición. IV.2 Cláusulas contractuales relacionadas con la prohibición. IV.3 Competencia para hacer efectiva la prohibición de fumar en los centros de trabajo. IV.3.1 La autoridad competente para aplicar la Ley 28/2005. IV.3.2 La competencia de la autoridad laboral: supuestos concretos. IV.3.3 Incidencia de la Ley 28/2005 en la normativa de prevención de riesgos laborales.- V. Síntesis.- VI. Bibliografía.*

Resumen: Nadie podría pensar hace veinte años que en España se promulgaría una ley que prohibiera fumar por lo arraigado de este hábito en aquellos tiempos. Sin embargo, la realidad acerca de los efectos altamente perjudiciales que provoca el acto de fumar no sólo en quien fuma sino en las personas de su alrededor (sobre todo en lo que concierne al humo del tabaco), ha encendido las luces rojas y se han adoptado diversas medidas en el ámbito jurídico para atajar sus efectos nocivos, la más importante la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, objeto del presente comentario, del que quisiera anticipar dos interrogantes: primero, ¿ha sido adecuado el modo en que se ha hecho efectiva la prohibición? y segundo, ¿a quién compete su vigilancia y control?. Esto y muchas otras cuestiones de interés serán objeto del análisis de las páginas que siguen a continuación. No obstante, los impacientes, pueden encontrar una respuesta a los citados interrogantes en la síntesis que figura al final de este comentario.

Palabras clave: fumar, prohibición, competencia, laboral, prevención.

I. Introducción.

Dando vueltas a algún tema que pudiera incluirse en el tema genérico del número 4 de la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Miguel Hernández, sobre el “Medio Ambiente”, se me ocurrió que el humo del tabaco de los fumadores afecta en

alguna medida al medio ambiente. Si bien, es verdad, existen otras amenazas más peligrosas como los gases de cualquier vehículo de motor (aviones, barcos, automóviles...), calefacciones, aires acondicionados, neveras, etcétera, que contribuyen en buena medida a que se deteriore la naturaleza en aspectos tan palpables como por ejemplo, la capa de ozono que rodea nuestro planeta que sirve de filtro a los perjudiciales efectos de los rayos del sol.

A pesar de todo ello, estoy convencido que el humo de los cigarrillos no produce ningún efecto relevante en el medio ambiente de la naturaleza, pero sí en cambio, en el ambiente habitual en el que se desenvuelven las personas. No sólo por la molestia que ejerce sobre quienes no fuman, sólo esta razón ya es importante (todos recordamos el agobio que se puede sufrir en reuniones cargadas de humo, el olor a tabaco, incluso a posteriori el “aroma” que deja en la ropa), sino sobre todo, por los perniciosos efectos que producen en la salud de los fumadores, en particular, si además se trata de una mujer en período de gestación, y también en quienes se encuentran en torno al fumador. De modo que ya no es sólo el fumador sino que terceros pueden verse gravemente perjudicados.

Sobre esta cuestión el legislador ha querido tomar cartas en el asunto, y ha publicado la *Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y regulación y de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco* (BOE del 27).

Sólo el título del precepto da una idea de la amplitud de medidas con que se afronta el problema, pues como señala su exposición de motivos, «por un lado, aquellas que inciden sobre el consumo y la venta, con el aumento de los espacios sin humo, la limitación de la disponibilidad y accesibilidad a los productos del tabaco, especialmente a los más jóvenes y la garantía de que el derecho de la población no fumadora a respirar aire no contaminado por el humo del tabaco prevalece sobre el de las personas fumadoras» (...) por otro lado, «se hace necesario incidir limitativamente en todas las clases y medios de publicidad, ya sean impresos, radiofónicos, televisivos, electrónicos o cinematográficos». Digamos que se quiere abordar el problema en todos los frentes posibles.

A este respecto, se toma una clara y decidida posición, según la cual se impone el derecho de las personas no fumadoras «a respirar aire no contaminado por el humo del tabaco», frente al derecho al placer de fumar un cigarrillo. Cuestión tantas veces debatida por los rincones de España.

II. Fundamento y estructura de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre.

II.1 Fundamento.

El primer aspecto fundamental de la Ley 28/2005 que debe resaltarse, es que no se trata de una ley laboral que pretenda regular la conducta de empresarios y trabajadores con respecto

al problema del tabaco, es una norma más amplia dirigida a todas las personas, una ley sanitaria que tiene como objetivo la reducción de los índices de mortalidad a causa del consumo del tabaco¹.

Como presupuesto de toda norma jurídica en España, la Ley 28/2005, se fundamenta en la Constitución Española cuyo artículo 43 reconoce el derecho a la protección de la salud, y encomienda en su apartado 2 a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas. En desarrollo a ese derecho, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, estableció la obligación de las Administraciones públicas sanitarias de orientar sus actuaciones prioritariamente a la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades, evitar las actividades y productos que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud y regular su publicidad y propaganda comercial.

Conviene dejar sentado, respecto al fundamento constitucional del precepto, que la Ley 28/2005 (disposición final primera), se ha dictado con carácter básico al amparo del artículo 149.1.1^a, 16^a, 18^a y 27^a de la Constitución. Lo que significa que el Estado tiene competencia exclusiva en materias tales como la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, las bases y coordinación de la sanidad, legislación sobre productos farmacéuticos, las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y las normas básicas de los medios de comunicación². Correspondiendo a las Comunidades Autónomas, en su respectivo ámbito territorial, aprobar las normas de desarrollo y ejecución de la Ley 28/2005.

Con respecto a legislación existente sobre aspectos generales relacionados con el tabaco, la propia exposición de motivos reconoce su carácter disperso y asistemático³. Por otro

¹ Cfr. GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., «Capítulo III, Empresarios y trabajadores ante la prohibición de consumo de tabaco: los aspectos laborales de la ley 28/2005», (VV.AA.) *Comentarios de urgencia a la ley de medidas frente al tabaquismo*. Ignacio García-Perrote Escartín (Coordinador). Editorial Lexnova, Valladolid. 2006, pág. 171.

² Interesa reparar desde un primer momento, que la legislación constitucional del artículo 149.1, en que se basa el precepto, no se fundamenta ni en materia de legislación laboral (artículo 149.1.7^a), ni de Seguridad Social (artículo 149.1.17^a).

³ Entre otros, véase el Real Decreto 192/1988, de 4 de marzo, y su modificación posterior, operada mediante el Real Decreto 1293/1999, de 23 de julio, sobre limitaciones en la venta y uso del tabaco para la protección de la salud de la población; el Real Decreto 510/1992, de 14 de mayo, por el que se regula el etiquetado de los productos del tabaco y se establecen determinadas limitaciones en aeronaves comerciales; el Real Decreto 1185/1994, de 3 de junio, sobre etiquetado de productos del tabaco distintos de los cigarrillos y por el que se prohíben determinados tabacos de uso oral y se actualiza el régimen sancionador en materia de tabaco; el Real Decreto 1079/2002, de 18 de octubre, por el que se regulan los contenidos máximos de nicotina, alquitrán y monóxido de carbono de los cigarrillos, el etiquetado de los productos del tabaco, así como las medidas relativas a ingredientes y denominaciones de los productos del tabaco, y el Real Decreto 2198/2004, de 25 de noviembre, por el que se determinan los colectivos a los que se dirigen las políticas de cohesión a efectos de su financiación por el Fondo de cohesión sanitaria durante el ejercicio 2004.

lado, la legislación vigente también aborda la regulación de los aspectos publicitarios del fenómeno del tabaco, si bien prohíbe únicamente la publicidad televisiva⁴.

En el ámbito autonómico, en función de las competencias estatutarias en materia de salud pública, desde muy pronto se sintió la necesidad de abordar la regulación de estas cuestiones; baste citar, a título de ejemplo, la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 20/1985, de 25 de julio, de Prevención y Asistencia en materia de Sustancias que puedan generar Dependencia. Hoy puede decirse que la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas ha legislado, bien aprobando normas específicas sobre tabaco, como es el caso de Galicia con el Decreto 75/2001, de 22 de marzo, sobre control sanitario de la publicidad, promoción, suministro, venta y consumo de productos del tabaco, y de la Comunidad Foral de Navarra, con la aprobación de la Ley Foral 6/2003, de 14 de febrero, de Prevención del Consumo de Tabaco, de Protección del Aire Respirable y de la Promoción de la Salud en relación al Tabaco, bien en el marco de regulaciones más amplias, generalmente vinculadas a fenómenos de drogodependencias y otros trastornos adictivos, en el caso de las demás Comunidades Autónomas: Andalucía, Aragón, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, Madrid, Región de Murcia, La Rioja, Comunidad Valenciana y País Vasco.

II.2 Estructura.

Como paso previo al comentario de las características de la Ley, puede resultar ilustrativo comentar algo acerca de su estructura y distribución:

Esquemáticamente, la Ley 28/2005, comienza con una exposición de motivos en donde se argumenta las razones por las que se han adoptado de forma global una enorme cantidad de prohibiciones y limitaciones que justifican su objeto que aparece en su artículo 1:

«a) Establecer, con carácter básico, las limitaciones, siempre que se trate de operaciones al por menor, en la venta, suministro y consumo de los productos del tabaco, así como regular la publicidad, la promoción y el patrocinio de dichos productos, para proteger la salud de la población.

b) Promover los mecanismos necesarios para la prevención y control del tabaquismo».

De todo ello, lo que más afecta al conjunto de los ciudadanos es la limitación al consumo, por lo que tiene de fumar en determinados lugares, y en lo que nos atañe, en los centros de trabajo.

⁴ La actual regulación se halla contenida básicamente en las Leyes 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, y 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, así como en la Ley 22/1999, de 7 de junio, que modifica la anterior.

A continuación el artículo 2 redefine conceptos que ya se contemplan en los diccionarios, sin duda para aproximarlos a la acepción específica del problema, como son: productos del tabaco, publicidad, patrocinio, y promoción.

Con respecto a la venta y suministros de tabaco, el artículo 3 prevé una gran batería de prohibiciones, la principal, la que se refiere a la venta y suministro al por menor de tabaco, que sólo podrá realizarse en la red de expendedurías de tabaco y timbre o a través de máquinas expendedoras, ubicadas en establecimientos que cuenten con las autorizaciones administrativas oportunas, para la venta mediante máquinas, prohibiéndose expresamente en cualquier otro lugar o medio.

Se regula minuciosamente en el artículo 4, la forma en que debe realizarse la venta a través de máquinas expendedoras. En el artículo 5, se prohíbe el consumo y suministro de tabaco en determinados lugares, como centros docentes, sanitarios, culturales, deportivos, y en el artículo 6, se explica como debe entenderse la limitación del consumo de tabaco diciendo que «el consumo de productos del tabaco deberá hacerse exclusivamente en aquellos lugares o espacios en los que no esté totalmente prohibido o en los especialmente habilitados para ello. A tales efectos, se distingue entre los lugares en los que está totalmente prohibido fumar y aquellos otros en los que, pese a esa prohibición, se permite la habilitación de zonas para el consumo del tabaco».

Parece según esta clasificación que no existen lugares que no estén, simplemente permitidos, pues el grado máximo de permisividad es el de que “no estén totalmente prohibidos”, como si el hecho de fumar en estos lugares pueda suponer una prohibición con condiciones, lo que en mi opinión, no es del todo correcto. Creo que habría que añadir un tercer tipo de lugares, el de aquellos que no están prohibidos o simplemente permitidos, de lo contrario podrían presentarse situaciones de cierta inseguridad jurídica.

No obstante, la Ley enumera en los siguientes artículos, el 7 y el 8 respectivamente, lugares en los que se prohíbe fumar totalmente y aquellos en los que es posible habilitar algunas zonas para ello.

Se observa que entre ambos, existen lugares que pese a estar totalmente prohibido, sin embargo, es posible habilitar un espacio para fumar. Esto sucede entre otros, en centros de atención social, hostelería, espectáculos públicos que se realizan en espacios cerrados. Sin embargo, hay lugares que excluyen totalmente esa posibilidad, y aquí aparece por vez primera la vertiente laboral del asunto. En efecto, entre los lugares donde se prohíbe fumar de forma absoluta encabezan la lista, los «centros de trabajo públicos y privados, salvo en los espacios al aire libre» (artículo 7.1.a) Ley 28/2005). Lo que significa que no es posible en los centros de trabajo habilitar espacios para fumar, ni tan siquiera en los aseos, a escondidas, como hacían los niños de mi época. Necesariamente deben salir a la calle para este menester, lo que añade nuevos problemas laborales a la ya recargada conflictividad existente entre empresas y

trabajadores. A ello, pueden añadirse posibles protestas por parte de los trabajadores no fumadores que pudieran sentirse discriminados por otorgarles la empresa a sus compañeros fumadores esporádicas y en ocasiones agónicas salidas a la puerta del centro de trabajo para satisfacer su imperante necesidad.

A pesar de esa “total prohibición” en los centros de trabajo, de la lectura del artículo 8 se desprende que esa prohibición puede ser mitigada, cuando en esos centros se realizan actividades relativas a la industria del ocio y el turismo, como son los centros de atención social, hostelería, espectáculos públicos, que puedan constituir un centro de trabajo. En todos esos casos, es posible habilitar algunas zonas reservadas para fumar, si bien con unos requisitos moderadamente exigentes y detallados⁵.

Sobre esta cuestión no puedo evitar que me vengan a la cabeza diversos interrogantes, como son: si los trabajadores podrían fumar en esos espacios o si están obligados a transitar por esas zonas habilitadas para fumar. Aspectos que analizaré detenidamente, en un apartado posterior.

A continuación, el Capítulo III regula la publicidad, promoción y patrocinio de los productos del tabaco, a través de ciertas limitaciones (artículo 9) y reglas aplicables a denominaciones comunes.

El Capítulo IV, destina su articulado al establecimiento de medidas de prevención del tabaquismo, de promoción de la salud y de facilitación de la deshabituación tabáquica. Aspectos que no se han atendido lo suficiente como luego veremos.

⁵ Concretamente, los requisitos que se exigen para que puedan habilitarse zonas para fumar se contienen en el artículo 8 apartados 2 y 3 Ley 28/2005 y son los siguientes:

- «a) Deberán estar debida y visiblemente señalizadas, en castellano y en la lengua cooficial, con las exigencias requeridas por las normas autonómicas correspondientes.
- b) Deberán estar separadas físicamente del resto de las dependencias del centro o entidad y completamente compartimentadas, y no ser zonas de paso obligado para las personas no fumadoras, salvo que éstas tengan la condición de trabajadoras o empleadas en aquéllas y sean mayores de dieciséis años.
- c) Deberán disponer de sistemas de ventilación independiente u otros dispositivos o mecanismos que permitan garantizar la eliminación de humos.
- d) En todo caso, la superficie de la zona habilitada deberá ser inferior al 10 por 100 de la total destinada a clientes o visitantes del centro o establecimiento, salvo en los supuestos a que se refieren las letras b), c) y d) del apartado anterior, en los que se podrá destinar, como máximo, el 30 por 100 de las zonas comunes para las personas fumadoras. En ningún caso, el conjunto de las zonas habilitadas para fumadores en cada uno de los espacios o lugares a que se refiere el apartado 1 de este artículo podrá tener una superficie superior a trescientos metros cuadrados.

En los lugares designados en la letra b) del apartado 1 de este artículo, se podrá reservar hasta un 30 por 100 de habitaciones para huéspedes fumadores.

- e) En los establecimientos en los que se desarrolle dos actividades, separadas en el espacio, de las enumeradas en este artículo, la superficie útil se computará para cada una de ellas de forma independiente, excluyendo del cómputo las zonas comunes y de tránsito, en las que, en ningún caso, se permitirá el consumo de tabaco.

En todos los casos en que no fuera posible dotar a estas zonas de los requisitos exigidos, se mantendrá la prohibición de fumar en todo el espacio.

- 3. En las zonas habilitadas para fumar de los establecimientos a que se refiere el presente artículo no se permitirá la presencia de menores de dieciséis años».

Finalmente, el Capítulo V, lo dedica al régimen de infracciones y sanciones, en donde especifican las conductas tipificadas como infracción, así como las sanciones, las personas responsables de tales conductas y destinatarias de las sanciones, así como la Administración competente en el ejercicio de las funciones de Inspección, control, así como la instrucción de expedientes sancionadores e imposición de sanciones.

Finaliza la Ley, con una serie de disposiciones adicionales sobre determinadas actividades específicas, así como disposiciones transitorias, sobre la gradual aplicación del precepto, una derogación normativa y tres disposiciones finales.

III. La forma de regular la prohibición de fumar y su incidencia en el ámbito laboral.

Una vez ojeado el contenido de la Ley, parece posible el comentario de algunas de sus características, en especial, de cómo se ha llevado a cabo su regulación, en el sentido de su mayor o menor rigurosidad respecto a la situación existente y su incidencia en el marco laboral.

III.1 Regulación formal.

Parece llegado el momento del triunfo total de los no fumadores sobre los fumadores, habida cuenta de la cantidad de prohibiciones y limitaciones que los han desplazado finalmente a la calle (literal). Aunque, tales medidas, es verdad, no han sido capricho del legislador, y tienen su fundamento. Así lo explica la exposición de motivos de la Ley 28/2005: «según los datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que el consumo de tabaco es responsable del 90 por 100 de la mortalidad por cáncer de pulmón, del 95 por 100 de las muertes por enfermedad pulmonar obstructiva crónica, del 50 por 100 de la mortalidad cardiovascular y del 30 por 100 de las muertes que se producen por cualquier tipo de cáncer. En España fallece cada año como consecuencia del consumo de tabaco un número de personas que representa el 16 por 100 de todas las muertes ocurridas en la población mayor de treinta y cinco años. Asimismo, hay evidencias científicas de que el humo del tabaco en el ambiente (consumo pasivo o involuntario de tabaco) es causa de mortalidad, enfermedad y discapacidad. La Agencia Internacional de Investigación del Cáncer de la OMS ha determinado que la exposición al aire contaminado con humo del tabaco es carcinogénica en los seres humanos». La consecuencia de todo ello –sigue la exposición de motivos-, es que «el consumo de tabaco, como factor determinante de diferentes patologías y como causa conocida de muerte y de importantes problemas sociosanitarios, constituye uno de los principales problemas para la salud pública; de ahí, pues, la necesidad de implantar medidas dirigidas a su prevención, limitar su oferta y

demandar y regular su publicidad, promoción y patrocinio».

La cuestión es si las medidas son las adecuadas, no sólo en su contenido sino también en la forma y en el procedimiento empleado. Y es que, el legislador se ha decidido por aplicar las medidas más tajantes.

Quizá hubieran sido más efectivas medidas de concienciación dirigidas a la población, durante un período gradual, en lugar de estrictas normas prohibitivas a fecha cierta. En ese sentido, el Consejo de Estado (Dictamen 366/2005) criticó el establecimiento de las medidas de carácter prohibitivo y represivo, sin que se hubieran incorporado otras exigencias del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, hecho en Ginebra el 21 de mayo de 2003 y ratificado por España el 30 de diciembre de 2004, relacionadas con la educación, comunicación formación y concienciación del público, o las que se refieren a promover el abandono del consumo del tabaco y el tratamiento de la dependencia del tabaco.

Sobre esta cuestión, no dejaré de insistir en la necesidad de que se adopten medidas de prevención contra el tabaquismo, que responde más a una cultura del hábito de fumar, que debe encontrar la solución más en la educación y en la formación, que en medidas represivas. En esa línea el Consejo Económico Social, también criticó que el «contenido del Anteproyecto se desarrolla desde una perspectiva casi exclusivamente de salud pública y con un enfoque eminentemente prohibitivo y sancionador, siendo residual la mención a las políticas preventivas que se realiza en el mismo⁶. De alguna manera, esta orientación coercitiva entra en contradicción con la importancia que ya desde la Ley General de Sanidad se pretende otorgar a la prevención y la educación en salud, como pilares de las políticas de salud pública. Hay que tener en cuenta que el consumo de tabaco en España ha pasado de la aceptación social al rechazo y la prohibición, cuando la transición de un enfoque a otro debería ser más pausada y acompañada de las necesarias políticas preventivas, educativas y sanitarias»⁷.

III.2 Incidencia en el ámbito laboral.

Como queda dicho, la Ley 28/2005 se dirige a todos los ciudadanos del Estado, con independencia del lugar de residencia. Por tanto es común a todos ellos, sin perjuicio de desarrollo por las Comunidades Autónomas, tal como señala su disposición final primera.

⁶ A este respecto por lo que se refiere al ámbito laboral «el CES considera que la prohibición total de fumar en centros de trabajo establecida no es la medida más eficaz, generando conflictividad en el ámbito laboral, por ello considera que debiera suprimirse, ya que el tratamiento de esta cuestión viene siendo abordado conjuntamente por las empresas y sus trabajadores» (Dictamen 2/2005, sobre el anteproyecto de ley reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco pag. 9).

⁷ Consejo Económico Social, Dictamen 2/2005, sobre el anteproyecto de ley reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco pag. 6.

Y es que, la Ley 28/2005, se enfrenta de un modo global a las consecuencias del tabaco, como un riesgo fundamental para la salud de los ciudadanos⁸.

Consecuencia de todo ello, es precisa la confección de una norma trasversal, en el sentido de que afecte a varios departamentos ministeriales y a las CCAA.

De acuerdo con ello, el artículo 14 prevé que «el Ministerio de Sanidad y Consumo establecerá, en coordinación con las Comunidades Autónomas y las sociedades científicas correspondientes, los criterios y protocolos definitorios de las unidades de prevención y control del tabaquismo». Asimismo, el artículo 16, establece que «se creará en el seno del Ministerio de Sanidad y Consumo, y en colaboración con las Comunidades Autónomas, sociedades científicas, asociaciones de consumidores y organizaciones no gubernamentales, el Observatorio para la Prevención del Tabaquismo. Sus funciones, entre otras, serán:

- 1) Proponer las iniciativas, programas y actividades a realizar para lograr los objetivos de la Ley.
- 2) Establecer los objetivos de reducción de la prevalencia del tabaquismo.
- 3) Elaborar un informe anual sobre la situación, aplicación, resultados y cumplimiento de esta Ley».

También el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en materia de Inspección y Sanción asume, de acuerdo con el artículo 22.4 segundo párrafo, las funciones para garantizar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley 28/2005 en aquellos supuestos en los que no sea competente la Comunidad Autónoma respectiva, como por ejemplo, en el ámbito del transporte aéreo, marítimo o terrestre, cuando éstos se desarrollen en el marco supraautonómico o internacional, así como en los servicios de televisión y radio que no sean competentes las Comunidades Autónomas.

Quizá pudiera llamar la atención la ausencia de cometidos del Ministerio de Trabajo. Esto se explica, por la vocación universal que se dirige a todos los ciudadanos, incluidos los trabajadores, por lo que no se distingue entre trabajadores y no trabajadores. Sin embargo, es verdad que incide de alguna forma en el ámbito laboral. Así, la citada prohibición “total” de fumar en los centros de trabajo del artículo 7, o cuando la disposición adicional séptima, sobre normativa sobre prevención de riesgos laborales, recuerda que «lo establecido en esta Ley se entiende sin perjuicio de las demás limitaciones y prohibiciones al consumo de tabaco contenidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales».

Luego, la Ley 28/2005, se dirige también al ámbito laboral por formar parte de las comunes obligaciones de los ciudadanos en esta materia. Además, tratándose de una norma

⁸ Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La prohibición de fumar en los centro de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 3, febrero 2006, pág. 2.

básica no deja margen a las Comunidades Autónomas para “levantar” esa prohibición absoluta de fumar en los centro de trabajo, pues «no podrán desarrollar legislativa ni reglamentariamente temas directamente laborales ni tampoco encomendar a las partes sociales que en la negociación colectiva completen la muy escueta regulación existente»⁹.

Al hilo de lo que señalé al principio, pienso, en lo fuertemente arraigado que se encuentra en nuestra sociedad el consumo del tabaco, la enorme dependencia que produce en aquellos que llevan mucho tiempo fumando y lo complicado que resulta deshabituarse. Por lo que sin duda, esta forma ciertamente represiva de legislar, sin duda creará problemas en el ámbito de las relaciones empresa-trabajadores, hasta el punto de señalarse que si un trabajador fumador sufriera el *síndrome de abstinencia*, debido a la prohibición de fumar, cabría la posibilidad de obtener la baja por incapacidad temporal, suspendiéndose el contrato de trabajo durante el tiempo de la misma¹⁰. Piénsese lo peligroso que sería este precedente, a los efectos de utilizarlo como pretexto de absentismo laboral. Sería la alternativa al “estrés laboral”, que tantas bajas médicas ha propiciado hasta el momento y, en muchos casos la propia prohibición podría ser causa directa de tal “estrés”.

Según esto, si la prohibición se llevara hasta sus últimas consecuencias, ni siquiera podrían fumar los trabajadores en aquellas zonas que pudieran eventualmente habilitarse en determinadas actividades descritas en el artículo 8 y con los requisitos exigidos para ello, pues del contenido de la norma se desprende que tales lugares, están pensados para los clientes y no para los trabajadores que prestan servicios en los mismos. Más tarde profundizaremos en esta diferencia de trato de un mismo lugar (el habilitado para fumadores), según se trate de clientes o de trabajadores del establecimiento.

IV. Aspectos laborales de la prohibición total de fumar en espacios cerrados.

IV.1 Límites de la prohibición.

La prohibición total de fumar en los centros de trabajo, se entiende según el artículo 7.a) Ley 28/2005, de forma absoluta con la excepción de los denominados “espacios al aire libre”. Con ello debemos entender que si el lugar de trabajo se encuentra en el exterior de un recinto cerrado, no existe inconveniente en fumar, salvo que existan otras circunstancias que justifiquen la prohibición, como podría ser la prohibición expresa del empresario.

⁹ Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., cit., pág. 7.

¹⁰ Cfr. SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS MORENO, A., *Aspectos laborales de la ley antitabaco*. Tirant Lo Blanch, laboral práctico núm. 5. Valencia, 2006, pág. 101.

Ese es el criterio seguido por la STSJ de Cantabria, de 5 de diciembre, que resolvió en contra de la posibilidad de fumar en espacios al aire libre en un centro de trabajo, cuya cuestión se centraba en determinar si la orden de la Dirección de la empresa «en virtud de la cual prohibió fumar en toda las dependencias de la empresa se corresponde con el ejercicio regular de sus funciones por disponerlo así el art. 7.s) de la Ley 28/2005, cuando prevé la prohibición total de fumar, no sólo por la propia Ley y otra norma, sino también *por decisión de su titular* o, por el contrario como sostenían los representantes de los trabajadores, se trató de una decisión desproporcionada y carente del necesario apoyo legal, toda vez que lo que la Ley prohíbe es fumar en espacios cerrados, como medida de protección de la salud de los no fumadores, pero tal prohibición no alcanza a los espacios al aire libres, como claramente se desprende del apartado a) de aquel precepto, y siendo así que en el interior del recinto fabril existen espacios al aire libre en los que los fumadores no perjudican a otras personas y en los que desde siempre se ha venido fumando, no existen razones legales ni de seguridad que avalen la orden cuestionada» (f. d. segundo).

Pues bien, así planteada la cuestión, la citada Sentencia señala que, «es cierto que el art. 8.1.i) prevé expresamente que en aquellos espacios en los que no esté legalmente prohibido fumar, como es el caso de los espacios al aire libre aquí debatidos, el empresario titular del establecimiento pueda establecer zonas habilitadas para fumadores, que es en definitiva lo que se pide en la demanda; se trata en todo caso de una facultad del empresario y cabe también, como en todo conflicto laboral, que la materia se regule por la vía de la negociación colectiva o por acuerdo de empresa, pero en tal caso ya no estaríamos ante un conflicto jurídico, sino ante un conflicto de intereses o de regulación» (f. d. segundo).

Asimismo, la prohibición debe tener en cuenta las siguientes cuestiones¹¹:

1º.- Los destinatarios de esta norma son todas las personas y no sólo los trabajadores. Esto es especialmente importante en los centros de trabajo, porque no sólo han de respetar las prohibiciones los trabajadores, sino también terceros que accedan a estos sitios, como por ejemplo, clientes, proveedores o trabajadores de terceras empresas.

2º.- Se trata de una prohibición en el centro de trabajo, y no en el puesto de trabajo, cuestión que hubiera variado totalmente el contenido de la actuación de los empresarios, ya que, en caso de haber aceptado esta opinión, se podrían haber instalado zonas para fumadores en los centros de trabajo.

3º.- Esta prohibición va a aplicarse en todos los momentos, por tanto, con independencia de si es o no tiempo de trabajo.

¹¹ GARCÍA VIÑA, J., «¿Existe el derecho a fumar en los centros de trabajo?», (Westlab) *Aranzadi Social*, Paraf. 83/2006 (presentación), pág. 3

Otra cuestión, es si el trabajador-fumador puede salir a fumar a lugares abiertos al aire libre. En principio existe una prohibición absoluta para fumar en los centro de trabajo, marcada por la Ley 28/2005. No obstante, el empresario, ya sea por decisión unilateral o por acuerdo colectivo, podría autorizar que el trabajador-fumador fume, siempre que lo realice en lugares al aire libre bien sean del centro de trabajo o, incluso como se ve frecuentemente en el umbral del centro de trabajo.

Pero ahí no termina el problema, pues tal conducta del empresario puede provocar conflictos entre trabajadores no fumadores, al no disfrutar ese tiempo de descanso¹². Y no sólo eso, pues también provoca pérdidas de tiempo de trabajo, que puede resentir la productividad de la empresa. Lo que no debe llevar al empresario a la no contratación de trabajadores fumadores, porque tal conducta supondría una discriminación contraria al principio de igualdad y no discriminación propugnados por el artículo 14 de nuestra Constitución de 1978.

Para resolver estos y otros problemas que sin duda se plantearán en el futuro como consecuencia de la entrada en vigor de Ley 28/2005, quizá se pueda acudir a una de las fuentes del Derecho del Trabajo, la más propia del mismo como es el convenio colectivo, mediante la negociación colectiva entre empresarios y trabajadores, en donde se contemple la salida a los posibles conflictos que puedan producirse a causa de la prohibición de fumar en los centros de trabajo.

IV.2 Cláusulas contractuales relacionadas con la prohibición.

Dentro de los márgenes respecto a la prohibición de fumar en el centro de trabajo, serían posibles ciertos compromisos, que pueden concretarse del siguiente modo en el contrato de trabajo¹³:

- a) Es válida la prohibición establecida en el contrato de trabajo de fumar en el centro de trabajo incluso en lugares al aire libre o lugares habilitados para clientes fumadores, en cuyo caso queda clara la decisión del empresario.
- b) También es válida, la previsión contractual por la que la empresa permite al trabajador fumar en los espacios en los que se permite fumar (aire libre por ejemplo), lo que vincula a la empresa a mantener tal permiso en tales espacios, que en caso de producirse posteriormente la prohibición, podría plantearse ese cambio como una modificación

¹² A este respecto, parte de la doctrina (SALA FRANCO, T, y PEDRAJAS MORENO, A., *cit.*, págs. 100-101), entiende que no es una conducta discriminatoria respecto de los trabajadores no fumadores, pues los artículos 4.2.c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, tan sólo prohíben las discriminaciones que se reflejan en tales artículos, entre las que no se encuentra el consumo o no de tabaco. Sin embargo, es comprensible el malestar que puede ocasionar esa diferencia de trato, que podría compensarse, bien mediante la reducción de la retribución o bien mediante la aumento de la jornada, proporcional al tiempo no trabajado para salir a la calle a fumar.

¹³ Cfr. SALA FRANCO, T, y PEDRAJAS MORENO, A., *cit.*, págs. 97-100.

sustancial de condiciones de trabajo del artículo 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores¹⁴. Lo mismo que a la inversa, es decir, que el trabajador fue contratado en una empresa en la que se prohíbe fumar, y posteriormente se permitiera.

- c) También serían válidas las cláusulas del contrato que contemplen la posibilidad de que el trabajador no pueda ausentarse de su puesto en horas de trabajo para fumar o lo contrario, es decir, que sí pueda ausentarse en determinadas condiciones.
- d) Desde luego, serían inválidas (por atentar a la intimidad personal del trabajador) las cláusulas contractuales que condicione la vigencia de un contrato de trabajo a que el trabajador mantenga la condición de no fumador en su vida privada.
- e) Tampoco sería válida, por abusiva, una cláusula resolutoria del contrato, por el hecho de que el trabajador fumase durante el trabajo. En tal caso, lo razonable sería aplicar la tabla de faltas y sanciones del convenio colectivo aplicable.

IV.3 Competencia para hacer efectiva la prohibición de fumar en los centros de trabajo.

Pese a que la Ley 28/2005, no hace mención especial a la competencia de la autoridad laboral (Inspección de Trabajo y Seguridad Social) sobre la vigilancia del cumplimiento de la prohibición de fumar en los centros de trabajo, tampoco la restringe ni limita su competencia, pues los incumplimientos de tal prohibición en los centros de trabajo cerrados podrían en determinados casos considerarse como un problema de seguridad y salud, de prevención de riesgos laborales. Así parece desprenderse de la lectura de la disposición adicional 7^a Ley 28/2005, cuando señala que «Lo establecido en esta Ley se entiende sin perjuicio de las demás limitaciones y prohibiciones al consumo de tabaco contenidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales».

Sobre esta cuestión, ya se señaló al inicio que la Ley 28/2005, presenta una dimensión de política sanitaria general y no constituye, en cuanto tal, una norma propia de prevención de riesgos laborales, cuya vigilancia y exigencia de cumplimiento corresponda a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Y así, las limitaciones al consumo de productos del tabaco establecidas en la Ley, incluida la prohibición de fumar en los centros de trabajo públicos o privados, tienen por objeto proteger la salud de la población y garantizar el derecho de los no

¹⁴ Sobre la condición más beneficiosa, caso de que el trabajador viniera disfrutando de la autorización para fumar, por parte del empresario una vez entrada en vigor la ley, y en un momento dado decide prohibir fumar, GARCÍA VIÑA, J., (en op. cit., pág. 4) se pregunta: «¿Este paso del tiempo ha creado una condición más beneficiosa? La respuesta a esta pregunta ha de ser necesariamente doble:

Si la conducta de los trabajadores se lleva a cabo en un lugar al aire libre dentro del centro de trabajo, el empresario, en virtud de la habilitación de la propia norma puede, en cualquier momento, prohibir dicha conducta, sin que se genere ningún tipo de derecho.

En cambio, si los trabajadores venían disfrutando de un tiempo para salir a fumar fuera del recinto de la empresa, al no existir la citada prohibición, puede llegar a convertirse en una condición más beneficiosa, si se dan las condiciones exigidas por la jurisprudencia».

fumadores a respirar aire no contaminado por el humo del tabaco, ya que la finalidad básica de la Ley es la de proteger a los ciudadanos, sean o no trabajadores.

Pero dicho lo anterior, la no observancia de la prohibición de fumar en un centro de trabajo, con independencia del régimen administrativo que contempla las infracciones y sanciones del capítulo V de la Ley 28/2005, podría en algunos supuestos configurarse también como una infracción en materia de prevención de riesgos laborales.

Lo que intento explicar es que confluyen dos normativas que se dirigen a distintos colectivos (público en general y trabajadores en particular que confluyen en un espacio habilitado para fumar), que podrían colisionar. Así, por ejemplo, «el artículo 8 de la Ley prevé la posibilidad de que se habiliten zonas para fumar en determinados locales de pública concurrencia: centros de atención social; hoteles, hostales y establecimientos análogos; bares, restaurantes y demás establecimientos de restauración cerrados con una superficie útil destinada a clientes o visitantes igual o superior a cien metros cuadrados; salas de fiesta, establecimientos de juego o de uso público en general, durante el horario o intervalo temporal en el que no se permita la entrada a menores de dieciocho años; salas de teatro, cine y otros espectáculos públicos que se realizan en espacios cerrados; aeropuertos; estaciones de autobuses; estaciones de transporte marítimo y ferroviario.

Estos locales constituyen el centro de trabajo para aquellos trabajadores que prestan servicios en los mismos y que, por razón de su trabajo, tienen que acceder también a las zonas habilitadas para fumar. La Ley en su artículo 8.2 b) establece las medidas a adoptar en relación con estas zonas al disponer que “deberán estar separadas físicamente del resto de las dependencias del centro y adecuadamente compartimentadas, y no ser zonas de paso obligado para las personas no fumadoras, *salvo que éstas tengan la consideración de trabajadoras o empleadas en aquellas y sean mayores de 16 años*”. Es decir, la norma prevé que los trabajadores que prestan servicios en tales establecimientos y locales, con independencia de que se trate de fumadores o no, no van a estar protegidos frente al humo del tabaco al primar la consideración de la actividad o sector en el que prestan sus servicios, y no contemplarse medidas técnicas u organizativas de protección alternativas»¹⁵.

En suma, y con base en el citado artículo 8.2.b), un trabajador puede ser obligado a acceder a las zonas habilitadas para fumar, siempre que lo requiera su prestación de servicios, mientras que un cliente o usuario nunca puede verse obligado a transitar por zonas habilitadas para fumadores¹⁶.

¹⁵ *Criterio Técnico N° 44/2006 sobre posición de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con la Ley 28/2005 de medidas sanitarias frente al tabaquismo*, de 8 de febrero de 2006, pág. 5.

¹⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., «Capítulo III, Empresarios y trabajadores ante la prohibición de consumo de tabaco: los aspectos laborales de la ley 28/2005», cit., pág. 195.

Con ello, se produce la paradoja de que, mientras se protege al usuario no fumador del establecimiento que es al mismo tiempo centro de trabajo, sin embargo, al trabajador del mismo, sobre todo si no es fumador no se le exime de atravesar tales zonas habilitadas para fumar, lo que en determinadas circunstancias podría dejar desprotegido al trabajador, pese a dirigirse esta protección a toda la población, salvo que tal situación pudiera afectar al trabajador en algún aspecto de la prevención de riesgos laborales.

En consecuencia, no resulta aceptable este planteamiento desde el punto de vista preventivo laboral, lo que confirma la apreciación de que la Ley 28/2005 persigue una finalidad diferente a la prevención de riesgos laborales.

Otra cuestión que puede plantearse es si le está permitido al trabajador fumar en las zonas habilitadas para ello. En principio, no habría inconveniente por parte de la Ley 28/2005, que considera iguales a todos sean o no trabajadores. Desde el punto de vista laboral, habría que estar a las instrucciones del empresario o de lo que se pacte en la negociación colectiva.

Vemos pues, a la vista de las situaciones que se han descrito, que con relación a la prohibición de fumar, confluyen dos regulaciones legales, y que a cada una le compete unas responsabilidades distintas, si bien, en ocasiones podrían confluir en un mismo sujeto. Lo que a cada una de las administraciones (sanitaria o laboral) compete se analiza en los dos epígrafes siguientes

IV.3.1 La autoridad competente para aplicar la Ley 28/2005.

Así, pues, a la pregunta de a quien compete la inspección así como la imposición de sanciones sobre las conductas prohibidas en la Ley 28/2005, el artículo 22.2 de la misma establece que, dentro de sus respectivos marcos competenciales, «la Administración General del Estado y a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y ciudades con Estatuto de Autonomía, en su caso, ejercerán las funciones de control e inspección, de oficio o a instancia de parte, así como la Instrucción de expedientes sancionadores e imposición de sanciones»¹⁷.

Cuando se alude a los órganos competentes hay que entender que se refiere a las “autoridades sanitarias” y en ningún caso a las “autoridades laborales” materializada en la Inspección de Trabajo, y ello, porque a lo largo de toda la tramitación parlamentaria las referencias siempre se realizaban respecto de dichas autoridades sanitarias. Pero además, por las siguientes razones:

«En primer lugar, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social esta adscrita con carácter funcional a las CC.AA. para el ejercicio de las competencias de vigilancia y control en materia

¹⁷ Acerca del régimen sancionador previsto por la Ley 28/2005, resulta de interés por su incidencia en la relación laboral, el comentario de VALVERDE ASENCIO, A. J., «Infracciones y sanciones de trascendencia laboral en la Ley de Medidas Sanitarias frente al Tabaquismo», *Relaciones Laborales*, núm. 3 febrero 2006, págs. 67-108.

de prevención de riesgos laborales, y no para la vigilancia y control de la normativa relativa a la salud pública.

En segundo lugar, el régimen de infracciones y sanciones previsto en el capítulo V de la Ley 28/2005 no se ajusta a los principios y criterios reguladores establecidos en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social en materia de prevención de riesgos laborales, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (BOE del 8) (en adelante TRLISOS), como se refleja en los supuestos siguientes:

1º. El artículo 2.8 del TRLISOS identifica como sujetos responsables de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales a los empresarios titulares del centro de trabajo, los promotores y propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia que incumplan las obligaciones que se derivan de la normativa de prevención de riesgos laborales; en ningún caso son exigibles responsabilidades en vía administrativa a los trabajadores por cuenta ajena por las infracciones normativas. Sin embargo, según el régimen de infracciones y sanciones previsto en la Ley 28/2005, los trabajadores por cuenta ajena, (e incluso los usuarios que accedan a un centro de trabajo o a un local de pública concurrencia en el que está prohibido fumar) pueden ser objeto de sanción en caso de que sean autores del incumplimiento de la prohibición de fumar.

Resultaría una anomalía contraria a la equidad, que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, poniendo fin a una práctica consolidada, propusiera sanciones en aplicación de esta Ley a trabajadores asalariados¹⁸ por vulnerar la prohibición de fumar y no lo hiciese, por imposibilidad legal, ante supuestos en que pusiesen en peligro a compañeros de trabajo como consecuencia de un incumplimiento grave de la normativa de prevención.

2º. Aún en el caso de que se pudieran considerar algunas infracciones como típicas de los empresarios, como no señalizar adecuadamente las zonas habilitadas para fumar, permitir fumar en el centro de trabajo o habilitar zonas para fumar en establecimientos o lugares donde no esté permitido o no reúnen los requisitos de separación o ventilación, los criterios de graduación que se establecen en el artículo 20.2 son diferentes a los previstos para las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales en el artículo 39.3 del TRLISOS.

Asimismo el tratamiento de la reincidencia, al establecerse en la Ley la posibilidad de modificarse la calificación de una infracción por acumulación de varias infracciones de grado inferior no está prevista en la normativa sancionadora laboral.

3º. Finalmente la cuantía de las sanciones previstas en el artículo 20.1 de la Ley, son diferentes a las previstas en el artículo 40 del TRLISOS.

¹⁸ Según establece el artículo 21.1 Ley 28/2005, «De las diferentes infracciones será responsable *su autor*, entendiendo por tal la persona física o jurídica que cometa los hechos tipificados como tales». Lo que significa que quien infrinja la prohibición de fumar, deberá responder con independencia de que se trate de trabajadores o empresarios.

A mayor abundamiento hay determinadas infracciones, tales como las tipificadas en las letras c) y f) del apartado 1 y letra d) y siguientes del apartado 2 del artículo 19 de la Ley cuya observancia no guarda relación con el ámbito de la relación laboral ni afectan a normas del orden social, por lo que su vigilancia y exigencia de cumplimiento quedaría excluido del ámbito de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Esta tesis se ve ratificada en la propia Ley al determinar en su Art. 22. 3.4. y 5 los órganos y la normativa competente para sancionar las infracciones que en ellos se detallan.

En consecuencia, por todas las razones expuestas se concluye con claridad que no corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la vigilancia y control del cumplimiento de la prohibición de fumar en los centros de trabajo tanto públicos como privados»¹⁹.

En definitiva, esa competencia corresponde, como decía, a las autoridades sanitarias correspondientes, sean del Estado o de las CCAA.

IV.3.2 La competencia de la autoridad laboral: supuestos concretos.

Si bien, la genérica prohibición de fumar no es cosa laboral, y como se ha visto su control compete a la administración sanitaria correspondiente, en determinadas circunstancias, el hecho de fumar puede incidir en conductas que se encuentran tipificadas en la legislación sobre prevención de riesgos laborales, como se desprende de lo dispuesto por la disposición adicional 7^a Ley 28/2005.

Si la Ley 28/2005, se aplica, sin perjuicio de la legislación sobre prevención de riesgos laborales, se plantea la cuestión de hasta donde alcanza en este campo «el deber de protección eficaz en el trabajo» en orden a «garantizar la seguridad y salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo» (artículo 14 LPRL).

En otras palabras, hasta qué punto se podrá contemplar como riesgo el humo del tabaco en la correspondiente evaluación de riesgos laborales y posterior plan de prevención en aquellos centros de trabajo (como bares y similares) para proteger el derecho a la salud de los trabajadores no fumadores (y, acaso también de los fumadores) donde la Ley 28/2005 permite que el empresario decida que se fume²⁰.

Sobre esta cuestión debe dejarse constancia de que se mantienen las disposiciones que se encontraban vigentes al tiempo de la publicación de la Ley 28/2005, que hacen alusión a la prohibición de fumar en los centro de trabajo, muchas de ellas relacionadas con el riesgo derivado de los cigarrillos como fuente de ignición y otras con las medidas de higiene personal

¹⁹ *Criterio Técnico N° 44/2006, cit.*, págs. 6-8.

²⁰ Cfr. SALA FRANCO, T, y PEDRAJAS MORENO, A., *cit.*, pág. 113.

en trabajos con especiales riesgos por inhalación o contacto con sustancias o productos nocivos para la salud.

Más concretamente, se pueden distinguir dos tipos de causas:

A) Objetivas, es decir, aquellos supuestos en los que el consumo de tabaco, como foco de ignición o por el contacto con determinados productos y substancias o con la piel o mucosas del trabajador, genera un riesgo para la seguridad o salud que es necesario evitar o controlar²¹.

B) Subjetivas: existen colectivos de trabajadores que por sus especiales características personales resultan especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo y requieren una protección específica.

En relación con el consumo de tabaco, los principales supuestos serían los siguientes:

1) Trabajadores sensibles a determinados riesgos, que por su estado biológico (artículo 25.1 de la LPRL) se encuentren en estados de especial sensibilidad, situaciones de especial peligro o determinen la potenciación o agravación de patologías preexistentes como consecuencia de la inhalación del humo del tabaco.

2) Trabajadoras embarazadas (artículos 25.2 y 26 de la LPRL) en relación con la incidencia sobre el feto de la exposición de la mujer gestante, en cuanto fumadora pasiva, al humo del tabaco en el ambiente.

3) Menores, trabajadores entre 16 y 18 años (artículo 27 de la LPRL, en relación con el artículo 2º del Decreto de 27 de julio de 1957 (BOE 26 de agosto) en los que la evaluación de riesgos debe contemplar todos los riesgos específicos para su seguridad y salud como consecuencia de su desarrollo todavía incompleto²².

Es en estos supuestos, cuando la competencia corresponde, qué duda cabe, a la autoridad laboral, mediante la correspondiente actuación de la Inspección de Trabajo.

IV.3.3 Incidencia de la Ley 28/2005 en la normativa de prevención de riesgos laborales.

Al mismo tiempo, no puede desconocerse que la Ley 28/2005, ha incidido inevitablemente en la regulación de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Así, la previsión contenida en el Anexo V, apartado 3, nº 6, del Real Decreto 486/97, de 14 de abril, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares

²¹ Así, por ejemplo, RD 681/2003, de 12 de junio sobre riesgos derivados de atmósferas explosivas (artículo 5º: evitar fuentes de ignición); RD 374/2001, de 6 de abril, sobre riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo (artículo 5.3: evitar fuentes de ignición en presencia de sustancias inflamables o químicamente inestables); RD 486/97 de 14 de abril sobre lugares de trabajo (Anexo I ap.11: condiciones de protección contra incendios) en relación con la normativa específica; RD 485/ 97 sobre señalización en materia de seguridad y salud en el trabajo (anexo III 3.2 señales de prohibición de fumar); OM 31 marzo 1980 prevención incendios en establecimientos turísticos (artículo 1º: prohibición de fumar en los lugares con peligro de incendios y señalización).

²² Criterio Técnico N° 44/2006, cit., págs. 9-10.

de trabajo (BOE del 23), en donde se señala que tanto en los locales de descanso como en los servicios higiénicos y sanitarios “deberán adoptarse medidas adecuadas para la protección de los no fumadores contra las molestias originadas por el humo del tabaco” debe interpretarse en el sentido de que en dichas zonas estará prohibido el consumo de tabaco, salvo que se trate de zonas al aire libre.

O, en el caso de centros e instalaciones, a las que se refiere el artículo 8.1 de la Ley 28/2005, podrán existir y utilizarse por los fumadores las zonas habilitadas al efecto con los requisitos previstos en su apartado 2.

Asimismo la disposición contenida en el anexo III 3 apartado d) del referido RD 486/97, relativa a la renovación del aire en los locales de trabajo, no debería tener en cuenta la contaminación del ambiente viciado por el humo del tabaco, dado que por imperativo legal está prohibido fumar en los centros de trabajo²³.

En esencia, se podría sintetizar todo lo anterior, diciendo que la vigilancia y el control de la prohibición de fumar en los centros de trabajo, establecida por la Ley 28/2005, corresponde con carácter general a los órganos competentes de la inspección sanitaria de las CCAA. La Inspección de Trabajo sólo actúa en aquellos casos en que exista un riesgo específico en el ámbito laboral y conforme a una norma específica aplicable en materia de prevención de riesgos laborales. En consecuencia, la Inspección de Trabajo sólo promueve propuestas de sanción conforme a la legislación específica, es decir, el TRLISOS, y no conforme a los tipos previstos en la Ley 28/2005.

De cualquier forma, es de sentido común que las distintas administraciones deberán ponerse de acuerdo, para que sus actuaciones no incidan en el mismo sujeto por la misma causa, al objeto de que se cumpla el principio general *non bis in idem*, de modo especial si el resultado es la propuesta de sanciones por incumplimiento de la normativa de no fumar.

En ese sentido, el artículo 20.4 Ley 28/2005, señala que «si un mismo hecho u omisión fuera constitutivo de dos o más infracciones, tipificadas en ésta u otras Leyes, se tomará en consideración únicamente aquella que comporte la mayor sanción».

Y además el apartado 5 del citado artículo, prevé que «cuando, a juicio de la Administración, la infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, el órgano administrativo dará traslado al Ministerio Fiscal y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de la administrativa».

V. Síntesis.

²³ Cfr. *Criterio Técnico N° 44/2006, cit.*, pág. 10.

Pienso en quienes tiene interés por conocer el núcleo de la conexión existente entre la genérica prohibición de fumar y su concreción en el mundo laboral, y que no están dispuestos a leer todo lo anterior por falta de tiempo o cualquier otra razón.

Para ellos, podría sintetizarse la cuestión con dos breves ideas.

La primera, es que la Ley 28/2005, que limita extraordinariamente la posibilidad de fumar es una cuestión de salud pública, y va dirigida a todas las personas, con independencia de que sean o no trabajadores. Lógicamente, también afecta a los trabajadores que se encuentran en los centros de trabajo, pero eso no significa que deba ser la legislación laboral la que regule la prohibición. La competente en vigilar que se cumpla la prohibición será la administración autonómica o estatal que corresponda. Y ello, sin perjuicio de que el humo del tabaco o el peligro de fumar pueda afectar a la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, en cuyo caso, deberá ser la autoridad laboral quien ejerza su función.

En segundo lugar, entre las diversas posibilidades de legislar la prohibición de fumar, se ha elegido a mi modo de ver la más traumática. Quizá se ha pensado que la forma más efectiva de hacer cumplir la norma es una prohibición tajante y sin paliativos del acto de fumar.

Con la perspectiva de los tres años desde que se publicó la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, creo que debería haberse elegido un camino más enriquecido con medidas preventivas, de esfuerzo en una educación en la que se disuada a los fumadores sobre los efectos nocivos del tabaco, y todo esto requiere tiempo, un período más o menos amplio que le dé ocasión al ciudadano para cumplir la prohibición con la convicción de estar cumpliendo algo que es positivo y bueno para su salud, en lugar de verlo como algo negativo que coarta su libertad, como desgraciadamente se observa en algunos lugares.

Estas dos, son las ideas madre que quería transmitir. No obstante, no estaría de más la lectura del resto de este comentario, pues su interés radica en que se abordan problemas reales, en particular del ámbito jurídico laboral, a los que se ha intentado dar una respuesta adecuada, ayudándome tanto de la doctrina judicial como de las observaciones de la doctrina.

VI. Bibliografía.

Consejo Económico Social, Dictamen 2/2005, sobre el anteproyecto de ley reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

GARCÍA VIÑA, J., «¿Existe el derecho a fumar en los centros de trabajo?», (Westlab) *Aranzadi Social*, Paraf. 83/2006.

GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., «Capítulo III, Empresarios y trabajadores ante la prohibición de consumo de tabaco: los aspectos laborales de la ley 28/2005», (VV.AA.) *Comentarios de urgencia a la ley de medidas frente al tabaquismo*. Ignacio García-Perrote Escartín (Coordinador). Editorial Lexnova, Valladolid. 2006.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La prohibición de fumar en los centros de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 3 febrero 2006.

SALA FRANCO, T, y PEDRAJAS MORENO, A., *Aspectos laborales de la ley antitabaco*. Tirant Lo Blanch, laboral práctico núm. 5. Valencia, 2006.

VALVERDE ASENCIO, A. J., «Infracciones y sanciones de trascendencia laboral en la Ley de Medidas Sanitarias frente al Tabaquismo», *Relaciones Laborales*, núm. 3 febrero 2006.

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO, de nacionalidad española, es en la actualidad, Subinspector de Empleo y de la Seguridad Social. Doctor en Derecho. Profesor Asociado del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Miguel Hernández. Asimismo es Gestor Administrativo (no ejerciente) y ha publicado cinco libros relacionados con la materia de Derecho de la Seguridad Social. Ha participado en la elaboración de cerca de cincuenta libros colectivos, y, además de los anteriores números 1, 2 y 3 de la Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández, ha publicado más de sesenta artículos en revistas especializadas tales como la “Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales”, “Aranzadi Social”, “Tribuna Social”, “Información Laboral”, “Revista de Trabajo y Seguridad Social”, “Relaciones Laborales”, y “Foro de Seguridad Social”.