



INCIDENCIA DE LA PROHIBICIÓN DEL TABACO EN LA RELACIÓN LABORAL

CARMEN CARRERO DOMÍNGUEZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Carlos III de Madrid

EXTRACTO

La Ley de medidas sanitarias frente al tabaquismo va a suponer cambios importantes en los ámbitos sociales, económicos y medio ambientales. En efecto, por fin se aborda la problemática del tabaco desde la perspectiva de derecho a la salud de los ciudadanos. Son ya bastantes los países que han endurecido sus legislaciones en materia de venta, consumo, publicidad y patrocinio de los productos del tabaco. En nuestro país el hecho de fumar está muy arraigado en la sociedad, ya no sólo por tratarse de una sustancia nociva y que crea dependencia sino también porque se había convertido en un elemento estructural de las relaciones sociales.

Aún cuando ya existía una normativa dispersa y prohibitiva del tabaco desde el año 1988, sin embargo, ha sido la tolerancia la nota que marcado el iter del fumador hasta ahora. El panorama que se presenta con la nueva Ley es distinto. Es una norma radical y restrictiva; se prohíbe fumar totalmente en los lugares cerrados y se marcan algunas zonas posibles para habilitarlas a fumadores.

Esta prohibición afecta, por supuesto, a los lugares públicos pero también a muchos privados, entre los que se encuentran los centros de trabajo. De esta manera, en las empresas se configura una prohibición total de fumar y no cabe posibilidad de establecer zonas donde los trabajadores puedan hacerlo. La ley es muy escueta en materia laboral; solamente se impone la prohibición, sin señalar la regulación necesaria para resolver los problemas aplicativos de la norma en el campo laboral.

El objeto de este trabajo se centra, esencialmente, en las posibles consecuencias que sobre el desarrollo del contrato de trabajo, en el ingreso al trabajo e, incluso, sobre la propia persona del trabajador van a producirse con la aplicación de la ley. La intercomunicación necesaria entre la nueva Ley y otras normas de naturaleza laboral va a ser imprescindible; señálese a modo de ejemplo la Ley de prevención de riesgos laborales, la Ley de infracciones y sanciones en el orden social o el propio Estatuto de los Trabajadores. Asimismo, la negociación colectiva se va a convertir en el instrumento más idóneo para resolver las controversias que, sin lugar a dudas, va a producir la aplicación de esta Ley en las empresas.

En este orden de cosas, los empresarios y trabajadores se plantean las dificultades que les puede suponer llevar a la práctica las prescripciones normativas. Entre otras, las responsabilidades que tienen asumir ambos, desde el plano administrativo y, del lado del trabajador, la disciplinaria.

ÍNDICE

1. LA LEY 28/2005: UN AVANCE PARA LA LIMITACIÓN DEL CONSUMO DEL TABACO
 - 1.1. Contenido y materias reguladas
2. LA PROYECCIÓN DE LA LEY EN EL MEDIO LABORAL
 - 2.1. La condición de fumador como condicionante del acceso al empleo
 - 2.2. El impacto de la Ley 28/2005 sobre las condiciones de trabajo
 - 2.2.1. El desarrollo de la prestación de servicios en empresas donde existan zonas habilitadas para fumar
 - 2.2.2. Incidencia de la prohibición de fumar en el tiempo de trabajo
 - 2.2.3. El tabaco como riesgo laboral
3. EL RÉGIMEN SANCIONADOR Y SU INCIDENCIA EN EL CONTRATO DE TRABAJO
 - 3.1. Visión general
 - 3.2. Repercusión de las sanciones sobre la relación laboral
 - 3.3. Competencias sancionadoras

1. LA LEY 28/2005: UN AVANCE PARA LA LIMITACIÓN DEL CONSUMO DEL TABACO

La Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco ¹ supone el acercamiento de nuestra regulación a las que progresivamente se han ido produciendo en los países de nuestro entorno y a la normativa comunitaria ², en este último caso, en lo que se refiere a la publicidad del tabaco y su patrocinio.

Es una clara preocupación mundial establecer las regulaciones que limiten el consumo y la fabricación de cigarrillos dado el aumento de personas que consumen dichos productos. Desde la propia Organización Mundial de la Salud se ha manifestado y, por ello, en esta línea, aprobado un Convenio ³, la necesidad de que los países, sobre todo los denominados de-

¹ BOE de 27 de diciembre de 2005.

² Entre otras, Directiva 2003/33/CE, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco.

³ Véase el Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco, de 21 de mayo de 2003, ratificado en España mediante Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de 10 de febrero de 2005. Se trata de un Convenio que intenta establecer pautas generales en los distintos países de manera homogénea para el control y disminución del consumo del tabaco, de su publicidad o patrocinio. Por ello, propone medidas no sólo dirigidas a las políticas de precios o tributarias que se consideran importantes, en tanto que son un medio eficaz para desmotivar parcelas de la población, sobre todo, de la más joven. También se alientan políticas integradas que integran programas educacionales de concienciación sobre los efectos perjudiciales del tabaco y de la exposición al humo del mismo, hasta la sensibilización de la ciudadanía mediante formación e información adecuadas. Muy especialmente si se trata profesionales de la salud, educadores o trabajadores sociales. La mayor incidencia en cuanto al contenido



sarrollados, tomen conciencia de las consecuencias que para la salud pública supone el consumo o exposición al humo del tabaco. Consecuencias que no sólo son sanitarias sino que tienen una incidencia importante en los ámbitos económicos, sociales y medioambientales. Además, no sólo se trata de limitar o prohibir en algunos casos el consumo de tabaco sino, también, por la incidencia que tiene sobre el mismo, controlar el impacto de la publicidad y patrocinio de este producto. Es claro, que estos instrumentos de información o acción comercial suponen un aliciente para muchos jóvenes para fumar cigarrillos cada vez a edad más temprana⁴.

La Ley que ha entrado en vigor el 1 de enero se puede considerar como una de las más restrictivas para el consumo de tabaco junto con la de Irlanda e Italia. Esta norma prohibitiva tiene su principal fundamento en el derecho de los ciudadanos a respirar un aire no contaminado; de tal manera que es el derecho a la salud del art. 43 de la Constitución el que se convierte en el soporte jurídico-constitucional de la norma. En efecto, en el preámbulo de la Ley se dice con meridiana claridad que el derecho de la población no fumadora prevalece sobre el de las personas fumadoras. Se justifica, así, la necesidad de garantizar el control de cualquier sustancia que como el tabaco tenga consecuencias negativas sobre la salud de los ciudadanos y de regular su publicidad y patrocinio.

Esta disposición legal tiene, sin duda, un reflejo en la sociedad y en la vida más cotidiana de los ciudadanos. Es verdad que toda norma jurídica regula un hecho social y ésta es su función principal; de ahí que, la denominada ley antitabaco regule el hecho de que los ciudadanos necesitan de un medioambiente libre de contaminantes como es el humo del tabaco. No sólo porque se convierta en un derecho de los ciudadanos sino porque también supone un coste bastante importante para el Estado. Desde esta perspectiva, no se está regulando y garantizando únicamente el derecho de los ciudadanos a la salud sino que también se regula un hecho social muy arraigado en nuestra sociedad, el hecho de fumar como necesidad y como acto de relación social con otros sujetos. Esto tiene su importancia en tanto que puede conllevar la contraposición de derechos, sobre la base de un producto que

del convenio, sin duda, se reflejar la necesidad de que los países tengan una regulación absolutamente prohibitiva de la venta de tabaco a los menores de 18 años. Este Convenio es fundamentalmente sanitario ya que se persigue la eliminación de legislaciones permisivas desde la perspectiva de la salud pública por la nocividad conocida y declarada del tabaco. Aunque no olvida la incidencia que la publicidad y patrocinio de productos del tabaco tiene el consumo e, incluso, en la iniciación cada vez más temprana en el mismo.

⁴ A estas consideraciones habría que añadir las prácticas que muchas empresas tabacaleras utilizan para crear una mayor adicción, como es el añadir amoniaco, sustancia ésta que se ha demostrado crea una mayor dependencia al consumo de las personas fumadoras.

es nocivo⁵, pero cuya venta y consumo, sin embargo, no está prohibida aunque sea en lugares especialmente designados para esto. De lo que se está hablando es de la libertad de fumar y del derecho a la salud pública. Parece difícil compensar dicha contradicción sin producir alteraciones y conflictos en los distintos ámbitos sociales. No obstante, lo claro es que el derecho a la salud prevalece, según establece la ley, sobre la libertad de fumar.

El objeto de estudio de este trabajo no es otro que analizar las incidencias de estas contradicciones y conflictos en un campo muy concreto como es el de la relación laboral, intentando señalar los problemas que se pueden plantear —sobre todo porque la norma es muy escueta cuando se refiere a esta materia— y algunas de sus posibles soluciones. No obstante, antes de entrar en el análisis de estas cuestiones es preciso señalar el ámbito de regulación de la Ley y cuáles son sus previsiones más importantes, aunque sea someramente.

1.1. Contenido y materias reguladas

La Ley 28/2005 se compone por cinco capítulos y varias disposiciones adicionales y transitorias. El cuerpo principal de la norma se refiere a: disposiciones generales; limitaciones a la venta, suministro y consumo de los productos del tabaco; a la regulación de la publicidad, promoción y patrocinio de estos productos; a las medidas de prevención del tabaquismo, de promoción de la salud y de facilitación de la deshabituación tabáquica y, por último, al régimen de infracciones y sanciones. Como ahora se verá, todos los capítulos tienen una incidencia importante en los ámbitos que regula. En primer lugar, se puede señalar que dentro de las limitaciones y prohibiciones hay dos vertientes, por un lado, con respecto a la venta o suministro; y, por otro, al consumo. En relación con la primera, la Ley prohíbe la venta del tabaco en cualquier lugar menos en las expendedurías de tabaco y timbre y en máquinas expendedoras de establecimientos que estén debidamente autorizados por la Administración. Asimismo, se subraya de manera muy tajante, que no pueden venderse productos de tabaco o cualquier otro que se asemeje o imite y que pudiera inducir a fumar a los menores de 18 años. Esta previsión normativa da cumplimiento exacto a las normas comunitarias e internacionales que contienen prescripciones en este sentido. Tampoco se puede suministrar gratuitamente o con rebaja en el precio, ningún pro-

⁵ Declaración de nocividad para la salud de la persona que ya partía de la Ley General de Sanidad, Ley 14/1986 de 25 de abril (art. 25) y por el RD 192/1988 de 4 de marzo por el que se limita la venta y el uso del tabaco para protección de la salud de la población, (art. 1) modificado por el RD 1293/1999 de 23 de julio.



ducto de tabaco. Finalmente, se establece un listado de lugares donde en ningún caso se podrá vender o suministrar tabaco⁶.

En cuanto a las prohibiciones a fumar la norma establece una distinción entre los lugares donde la prohibición es total (art. 7) y los lugares que podrán existir zonas habilitadas para fumadores (art. 8). Son lugares donde se prohíbe fumar los siguientes: centros privados y públicos de trabajo; dependencias de las Administraciones Públicas; centros y establecimientos sanitarios; centros docentes y formativos; instalaciones deportivas; zonas de atención al público; centros comerciales; centro de atención a menores; centros culturales y de ocio; salas de fiestas o de uso público donde se permita la entrada a menores de 18 años; cabinas telefónicas o cajeros automáticos; establecimientos donde se manipulen o vendan alimentos; ascensores; vehículos de transporte público, urbanos, interurbanos o suburbanos; transporte ferroviario o aeronaves; estaciones de servicio. Concluyendo con una cláusula de cierre conforme a la cuál se establece que cualquier otro lugar que por esta ley u otra norma se establezca o bien, porque el propietario o titular de dicho establecimiento así lo decida.

Aunque existe una prohibición genérica de fumar, el art. 8 establece que se pueden habilitar zonas tales como: centros de atención social; hoteles, hostales y establecimiento análogos; bares restaurantes y demás lugares de restauración cerrados, siempre que la extensión de los mismos sean al menos de 100 metros cuadrados; salas de fiestas en horario donde no se permita la entrada de menores; salas de teatro, cine o espectáculos públicos; aeropuertos, estaciones de autobuses o de transporte marítimo y ferroviario; se cierra el listado añadiendo que también se permitirá en cualquier otro lugar, donde no existiendo prohibición de fumar, el titular del mismo lo decida, y en los lugares donde las Comunidades Autónomas lo establezcan. Obviamente, estas zonas deben estar debidamente señalizadas y separadas físicamente de las de no fumadores, así como tener sistemas de ventilación y eliminación de humos independientes y adecuados a la función que deben cumplir. La Ley 28/2005, también limita la extensión de la zona que se habilite, que en ningún caso puede ser superior al 10 por ciento de la extensión total del establecimiento, con excepción de los establecimientos hosteleros o de restauración o salas de fiestas o juegos donde la extensión permitida se incrementa hasta el 30 por ciento. En todo caso, la norma reitera la prohibición de entrada de menores de 16 años a las zonas habilitadas para fumar.

⁶ A tenor del art. 5 de la Ley 28/2005, estos lugares son, entre otros, los centros y dependencias de la Administraciones; lo centros educativos y docentes, los centros sanitarios o sociales, las instalaciones deportivas o culturales.

Los dos capítulos siguientes se dedican a las limitaciones de la publicidad y patrocinio de los productos del tabaco⁷ y al establecimiento de medidas de prevención del tabaquismo⁸. En estos casos existe una prohibición del patrocinio y publicidad de este tipo de productos. Solamente se admiten como excepciones las publicaciones dirigidas a profesionales que intervienen en el comercio del tabaco, los profesionales del sector siempre que no vayan dirigidas a menores. No obstante, cuando esta publicidad esté impresa o editada en otros países que no pertenezcan a la Unión Europea, se permite su distribución siempre que no vaya destinada a los menores de edad. También se prohíbe el empleo de nombres, marcas, símbolos u otros signos que identifiquen productos de tabaco⁹. En otro orden de cosas, la Ley 28/2005 exige a las Administraciones Públicas promover directamente acciones y programas de educación e información sanitaria para la prevención del tabaquismo; creando un observatorio para su prevención en colaboración con las Comunidades Autónomas para la promoción de iniciativas para el mejor cumplimiento de la norma.

El último capítulo es el que se dedica al régimen sancionador. La Ley 28/2005 establece la responsabilidad administrativa de aquellos que incumplan la norma haciéndola compatible con otras responsabilidades civiles, penales o de cualquier otro tipo que pudieran concurrir; desde luego respetando el principio non bis in ídem, es decir, la sanción penal excluirá la sanción administrativa siempre que concurra la triple identidad, de sujetos, hechos y fundamento¹⁰. Se añade, por lo que se refiere al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, que en los supuestos sustanciación de procedimientos sancionadores graves o muy graves se podrán adoptar medidas accesorias (art. 18) que conlleven el cese de la comisión de la infracción y para asegurar el cumplimiento de la resolución definitiva que ponga fin a dicho procedimiento. Entre otras la suspensión temporal de las actividades —en el caso de las muy graves— o el precinto, depósito o incautación de los productos de tabaco así como el advertir y poner en conocimiento del público la comisión de posibles conductas infractoras y la apertura del procedimiento administrativo sancionador. Aunque el precepto señala que la adopción de dichas medidas no puede afectar a derechos como la intimidad personal y familiar, o los datos personales o la libertad de expresión e información. Estas medidas pueden, incluso, adoptarse previamente, si fuera necesario, a la iniciación del procedimiento

⁷ Art. 9 de la Ley 28/2005.

⁸ Arts 11 y ss de la Ley 28/2005.

⁹ Art. 10 de la Ley 28/2005.

¹⁰ Arts. 18 y 20.5 de la Ley 28/2005.



sancionador y, si el presunto infractor, no las cumple pudiera ser sancionado, al margen de lo que resultara del expediente sancionador, con una multa adicional de hasta 6000 euros. En este aspecto, es necesario puntualizar que la adopción de medidas provisionales pueden provocar, en algunos casos, problemas jurídicos; en concreto, los relacionados con el cumplimiento de las garantías constitucionales del derecho al procedimiento y a la presunción de inocencia. En este sentido, no se pone en duda la posibilidad de adoptar este tipo de medidas que, como en cualquier otro proceso o procedimiento son viables, sino la eventualidad de dar conocimiento al público de las mismas y la posible influencia que pudiese tener sobre los derechos anteriormente mencionados ¹¹.

Hay que tener en cuenta que es el procedimiento sancionador el que depura las responsabilidades de los distintos presuntos sujetos responsables. La posibilidad de informar o advertir de la comisión de infracciones, aún con un tratamiento de posibilidad, podría vulnerar la presunción de inocencia del sujeto implicado en dicho expediente provocando otras posibles vulneraciones a sus Derechos Fundamentales, como a la propia imagen o a la intimidad. Es muy difícil la delimitación de la frontera de estos derechos y parece que la Ley se ha excedido en el establecimiento de esta prescripción. Otra cosa hubiera sido que los que pusiera en conocimiento de los ciudadanos fueran los sujetos sancionados por resolución firme por la comisión de infracciones y sanciones graves o muy graves. Posibilidad ésta ya contemplada en otras materias como es la de prevención de riesgos laborales ¹².

La norma establece la calificación de las infracciones como leves, graves y muy graves estableciendo la tipificación de las mismas. Como toda norma sancionadora y para dar cumplimiento a los principios de tipicidad y legalidad se establece igualmente los sujetos responsables que serán aquellos que cometan o permitan que se cometa la infracción (se volverá sobre este asunto cuando se trate la materia en el ámbito laboral) y las sanciones correspondientes a cada una de las calificaciones tipificadoras añadiendo los criterios de graduación que vienen establecidos teniendo en cuenta: el riesgo para la salud generado, la capacidad económica del infractor, la repercusión

¹¹ En el supuesto de prevención de riesgos laborales cabe la posibilidad de este tipo de medidas provisionales como la suspensión de actividades o cierre del establecimiento cuando la gravedad de las infracciones en esta materia lo requiera, arts. 44 y 53 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales (LPRL) y 26 del RD 928/1998 de 14 de mayo por el que se prueba el reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social.

¹² Véase art. 40.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social.

sión social de la infracción, el beneficio obtenido por el presunto infractor y la reincidencia en la comisión de incumplimientos de esta ley¹³.

2. LA PROYECCIÓN DE LA LEY EN EL MEDIO LABORAL

Una vez realizadas las consideraciones generales sobre el contenido de la Ley 28/2005 y para un mejor conocimiento del alcance de la misma, es el momento de abordar la incidencia que dicha ley va a tener en las empresas. Como se ha podido comprobar la norma se caracteriza por el laconismo legal en lo que se refiere al ámbito de la empresa; en efecto, solamente regula la prohibición total de fumar en los centros de trabajo, eso sí, con alguna excepción cuando se trate de empresas que se dedican a la hostelería y restauración, donde se tolera la habilitación de zonas donde se permite fumar. Esta brevedad en la regulación de la acción de fumar en las empresas plantea bastantes problemas desde la perspectiva de la relación laboral y, además, serán diferentes dependiendo del tipo de centro del que se trate. No son iguales los problemas que se generan en un centro de trabajo donde la prohibición es total, que los de un centro de trabajo donde —aún coincidiendo problemas comunes— hay zonas para fumadores y el trabajador puede prestar servicios en las mismas, con lo que puede generar un conflicto entre el trabajador que puede exigir un lugar libre de riesgos (y aquí entraría en juego la normativa en prevención de riesgos laborales) y el empresario que le exigirá el cumplimiento de su prestación laboral. Por eso parece necesario que se aborde por un lado, todas las dificultades que se pueden plantear y que sean comunes a ambos supuestos y, de manera más específica, los que se generen como particulares en los hoteles, bares, restaurantes y similares.

La Ley 28/2005 genera dudas en su aplicación en todos los momentos de la relación laboral, desde el ingreso pasando por el desarrollo del contrato e incidiendo en determinadas condiciones o aspectos del mismo, sobre todo, en lo que se refiere a jornada y, por último, la propia extinción del contrato, en el caso del despido, desde cualquiera de sus perspectivas, derivado del hecho de fumar.

2.1. La condición de fumador como condicionante del acceso al empleo

No se cuenta nada nuevo al afirmar que ningún ciudadano debe sufrir ningún tipo de discriminación en el momento de acceder al empleo siempre

¹³ Art. 20 de la Ley 28/2005.



y cuando tenga la profesionalidad suficiente y adecuada para ejercer las funciones para las que va a ser contratado. El problema que se suscita con la Ley 28/2005 es si el empresario puede establecer como condición de acceso al empleo que el trabajador sea no fumador. El ET establece que nadie puede ser discriminado en el momento de la contratación por razones sexo, edad, estado civil, raza, condición social, ideas políticas o religiosas, afiliación o no a un sindicato o por la lengua que hable dentro del Estado español¹⁴. Esta prescripción no es nada más que el cumplimiento constitucional del principio de igualdad establecido por el art. 14 de la CE¹⁵. Pudiera parecer al observar las discriminaciones prohibidas por el ET que la condición de ser fumador para suscribir un contrato de trabajo no es encajable en las mismas. Desde esta perspectiva, no podría considerarse técnicamente como «discriminación» que el empresario dentro de su poder «in eligendo» del trabajador pudiera establecer dentro de las cualidades exigidas al mismo para su incorporación en la empresa, que no sea fumador. Y esto por varias razones.

Entre otras y en primer lugar, porque la empresa quiere evitar fuentes de conflicto laboral entre trabajadores generados por el hecho de que, aunque existe una prohibición total de fumar en los centros de trabajo, el trabajador fumador tenga la necesidad de ausentarse con diferente frecuencia a fumar siempre y cuando la empresa fuese tolerante ante estas pausas. Los demás compañeros pueden exigir el mismo tiempo para otro tipo de acciones —sobre esta materia hablaremos más adelante cuando se trate del tiempo de trabajo—. En segundo lugar, si la empresa cumple en sus estrictos términos la ley y no permite pausas para fumar, este hecho puede generar ansiedad y estrés sobre el trabajador fumador que puede provocar deficiencias en su rendimiento. En tercer lugar, el hecho de la prohibición de fumar puede conllevar alteraciones sobre el carácter del trabajador que a su vez

¹⁴ Art. 17 del ET donde expresamente se señala que: «Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contenga discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo ... por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y sus acuerdos, vínculo de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado Español».

¹⁵ Así como la Directiva 2000/78 del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En esta norma se establece en el art. 1 que su objeto es «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y de la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato».

puede tener una incidencia negativa a la hora de relacionarse con el resto de sus compañeros y con el propio empresario o superior inmediato. El trabajador, así, se convierte en un elemento discordante que puede alterar el funcionamiento normal de la actividad empresarial. Estas consideraciones que pueden plantearse las empresas justificarían, desde su punto de vista, el hecho de que se exija que el trabajador sea no fumador. Ahora bien, a nuestro juicio, lo único que se puede exigir es que no fume en el trabajo ya que en su vida privada puede hacer lo que quiera.

En este sentido y como se ha mencionado, el problema que se plantea es si existe inconveniente para poder establecer en las ofertas de empleo el requisito de ser no fumador como condición sine qua non para la contratación. Si se diera una contestación afirmativa, se estaría creando una nueva categoría que se uniría a las de sexo, raza, religión etc. que sería la de trabajadores fumadores¹⁶. Estos sujetos tendrían como rasgo común esa condición de ser consumidores de tabaco. Entonces, se debería plantear si hay una relación de causalidad entre los siguientes parámetros: a igualdad de profesionalidad, siendo fumador no se contrata (por lo tanto, diferencia de trato por el mero hecho de pertenecer al grupo social de «fumadores»). Se estaría exigiendo que el hecho de no fumar, es un factor que justifica la profesionalidad o capacidad para el trabajo; de tal manera que convertiríamos una condición en una categoría personal o social, ampliando los factores de discriminación del art. 14 de la CE. En este sentido, la relevancia, a efectos de una posible discriminación, vendrá marcada precisamente en si se exige no fumar durante el trabajo o se va más allá abarcando el ámbito personal del trabajador. Aún, cuando se haya objetivizado la causa, es decir, el ser fumador, que podría por tanto justificar el trato desigual, no se puede mantener que un hábito lícito que se deriva de una opción personal, pueda colocar al trabajador fumador en una posición desventajosa para acceder al empleo porque puede afectar, incluso, a su dignidad personal¹⁷. Por tanto, hay que realizar una interpretación ampliatoria del art. 14 de la CE, de forma que el principio de igualdad junto con el respeto a la dignidad personal (art. 10 de la CE) queden vinculados a otros Derechos Fundamentales del trabajador fumador como es el derecho a la intimidad, ya que la condición de fumar es algo que pertenece a la esfera privada de los ciudadanos. En conclusión, como ya ha establecido el Tribunal Constitucional, el que una condición personal —en este caso ser fumador— no figure como discriminación prohibida no quiere decir que no pueda encontrarse entre las

¹⁶ ÁLVAREZ ALONSO, D. y ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A. «Hacia una noción “reflexiva” de discriminación en Derecho del Trabajo». *REDT/2006*, (en prensa).

¹⁷ STC 182/2005 de 4 de julio.

condiciones o circunstancias personales o sociales, que genéricamente señala el art. 14 en su último inciso y por lo tanto, tenerse en consideración y ser relevante a efectos del principio de igualdad¹⁸.

En este orden de cosas, cabe preguntarse que ocurre si el trabajador cumple con la profesionalidad que exige la empresa para acceder al empleo, siendo fumador y declarándose como tal, de buena fe, y se compromete a no fumar durante la jornada laboral y a no causar ningún tipo de alteración por esta circunstancia en el desarrollo normal de su prestación. En estas condiciones el trabajador debe ser contratado. Es claro que nos movemos dentro de la buena fe y de la libertad de empresa, pero en lo que también no cabe duda, es que el trabajador tiene la libertad y el derecho a fumar en su vida privada y este hecho no debiera ser controlado o fiscalizado socialmente por el empresario ni tiene porqué tener incidencia en su vida laboral. Por otra parte, no se sabe hasta que punto la empresa puede preguntar sobre aspectos que pertenecen a la vida privada del trabajador como es el hecho de fumar (por supuesto, siempre que no tenga reflejo en lo laboral), y no afectar a su derecho a la intimidad.

En principio, se podría decir que no debe existir problema alguno en que la empresa conozca que se trata de un trabajador fumador ya que existe una prohibición legal total de fumar y el empresario podría tener derecho a estar informado de este dato, sobre todo, desde la perspectiva de ET donde se reconoce el derecho del empresario a adoptar las medidas necesarias para vigilar y controlar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales (art. 20); téngase en cuenta que el régimen sancionador establecido por la norma reconoce al empresario como sujeto responsable en tanto que titular del establecimiento donde se produce la infracción. Por tanto, al empresario se le impone un deber de vigilancia muy diligente a la hora de exigir el cumplimiento de la norma de las personas que dependen y están subordinadas a él, desde un punto de vista laboral. Ahora bien, el trabajador también está en su derecho de negarse a contestar a la pregunta empresarial de si es fumador, porque como ya se ha puesto de manifiesto pertenece a la esfera personal. De todas maneras esto no debe ocasionar ningún problema para el empresario porque si el trabajador incumple la prohibición de fumar durante la jornada laboral, aquel podrá ejercer su potestad disciplinaria y utilizar los instrumentos disciplinarios establecidos por la desobediencia cometida.

Por consiguiente, se podría considerar lícito que el empresario establezca como requisito que el trabajador no fume durante la jornada laboral pero no

¹⁸ Entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1993 de 31 de mayo, (RTC 1993/184).

lo es que le exija que tampoco sea fumador en su vida privada. De hecho, el RD 192/1988 y otras normas reglamentarias de naturaleza prevencionista ya establecían lugares donde no se permitía fumar y, dentro de cualidades personales del trabajador para la prestación de servicios que va a realizar y que se podrían exigir podría estar la de no fumar en el trabajo y no por eso, necesariamente se estaría produciendo una discriminación en acceso al empleo. Tampoco lo sería, aunque no es preciso desde un punto de vista jurídico por la existencia de la Ley, que se incluyeran en los contratos cláusulas en las que como condición de mantenimiento del empleo se cumpla estrictamente la prohibición de fumar, siempre y cuando esta sólo afecte a la jornada laboral. No parece que el establecimiento de estas cláusulas consignadas en el contrato puedan ser atentatorias de derechos porque tienen como apoyo la Ley 28/2005 y porque sólo afectarían al ámbito laboral.

Otro supuesto sería el de que el empresario pudiese conocer si el trabajador es fumador o no, independientemente de cómo éste se hubiera declarado, a través de los reconocimientos médicos que se pudieran realizar previamente a la contratación laboral. Tanto el ET, ex art. 20, como la LPRL, art. 22, disponen que la adopción de cualquier medida, entre ellas, la vigilancia de la salud del trabajador debe realizarse respetando la dignidad y la intimidad del mismo y, siempre, con su consentimiento¹⁹. Partiendo de esta premisa, parece lógico que el empresario pueda solicitar al trabajador el reconocimiento previo a la contratación, ahora bien, si lo que se persigue con el mismo es conocer si el trabajador consume tabaco o no, es imprescindible que se ponga en conocimiento de aquel para que de su consentimiento. Lo que en ningún caso podría pasar es que la empresa ocultara que las pruebas diagnósticas que se están realizando persiguen entre otros objetivos el determinar los niveles de nicotina del trabajador. Recientemente, el Tribunal Constitucional, a raíz de una sentencia donde se trataba de un reconocimiento médico y el consumo de drogas, en concreto, cannabis y donde la trabajadora fue despedida, ha dicho que el trabajador en todo momento debe conocer y prestar consentimiento a la pruebas que se le van a realizar, sobre todo, si son específicas y particulares para conocer aspectos de la salud del trabajador que van más allá de lo razonable. Es decir, de que la empresa

¹⁹ Véase la STSJ de Castilla-León de 21 de marzo de 2005 (Recurso de Suplicación núm. 372/2005). La Sentencia trata del despido de un trabajador que es contrario al derecho fundamental reconocido en el art. 18.1 de la Constitución porque la decisión empresarial de despedir al trabajador se basa en que éste no proporcionó a la empresa información sobre su estado de salud, lo que implica que se le sanciona por ejercicio de un derecho fundamental, ya que «el objeto de la información cuya omisión se le imputa forma parte de la intimidad del trabajador; y por que la empresa accedió a datos sanitarios del trabajador sin su consentimiento, cuya información fue causa para el despido de éste».



conozca que el estado de salud del empleado es compatible con la prestación de servicios que va a realizar²⁰.

2.2. El impacto de la Ley 28/2005 sobre las condiciones de trabajo

Con la nueva norma el espacio normativo vigente en este momento, en cuanto al derecho de los trabajadores a un medio ambiente laboral, sin humos ha cambiado. En efecto, la prohibición total de fumar en los centros de trabajo da fiel cumplimiento al Convenio marco de la OMS, ya citado, donde se establece en su art. 8 que los Estados están obligados a adoptar y a aplicar las normas que sean necesarias para que se apliquen medidas que sean eficaces y contribuyan a la «protección contra la exposición del humo del tabaco en los lugares de trabajo interiores». Anteriormente a la aprobación de la Ley 28/2005, contábamos en nuestro ordenamiento jurídico con normas dispersas que regulaban el consumo del tabaco como el RD 192/1988 donde había ya una lista de lugares en los que no se permitía fumar en los lugares donde la combinación del tabaco con la utilización de determinados productos (sobre todo químicos o biológicos) en las empresas o actividades industriales que se manejaran contaminantes industriales produjesen un perjuicio o mayor riesgo para la salud del trabajador; o bien fueran áreas donde trabajasen mujeres embarazadas (art. 7.1). Añadiendo otros como centros de atención social, centros docentes, oficinas de la administración donde se atendiera al público, centros sanitarios, locales comerciales cerrados o teatros, cines o instalaciones deportivas etc. Aunque el RD era tolerante en cuanto a en todos estos lugares menos los dos primeros mencionados, se permitía zonas para fumar y desde luego en las oficinas y despachos particulares de los trabajadores. En el ámbito laboral, la LPRL y los reglamentos de desarrollo constituían el soporte normativo que regulaba parcialmente el consumo del tabaco.

²⁰ La Sentencia del Tribunal Constitucional de 196/2004 de 15 de noviembre establece que desde la perspectiva de la intimidad «el acto de libre determinación que autoriza una intervención sobre los ámbitos de la intimidad personal, para ser eficaz, requiere que el trabajador sea expresamente informado de las pruebas médicas especialmente invasoras de su intimidad.... Es preciso también un acto expreso de información si en el reconocimiento médico fueran a realizarse pruebas que, aún sin afectar a la intimidad corporal del trabajador, sí conciernan en cambio al derecho más amplio a la intimidad personal de la que aquella forma parte, al tener por objeto datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad». Señalando además que la importancia de la información previa es esencial cuando las pruebas diagnósticas que se vayan a practicar sean ajenas a la finalidad normativa de vigilancia de la salud en relación con los riesgos inherentes al trabajo.

La LPRL no contiene ninguna prohibición expresa de fumar en los centros de trabajo, con carácter general. Es cierto que conforme al deber de seguridad exigido al empresario de proporcionar un lugar libre de riesgos —y el tabaco y la inhalación del humo del mismo es un riesgo para la salud de los trabajadores, fumadores o no— se podría considerar que dicha prohibición esta integrada en la deuda de seguridad. Por estas razones o por otras, existen algunas empresas cuya prohibición ya está instaurada desde hace años. No obstante, la realidad general ha sido la tolerancia en este aspecto. Lo que sí ha existido son normas reglamentarias que han establecido limitaciones al uso del trabajo dependiendo o del lugar de la prestación o de las sustancias o actividades que se realicen o a las que se dedique la empresa. Así, los reglamentos de agentes químicos o cancerígenos, o de disposiciones mínimas en los lugares de trabajo. Sobre estos aspectos se volverá cuando se analice el consumo del tabaco desde la perspectiva prevencionista.

Como se ha señalado, en estos momentos la situación es otra, se dispone de una legislación única de prohibición total con algunas excepciones. De forma que el humo se ha convertido en un riesgo laboral de carácter absoluto y, por ello, el grado de tolerancia que se exige es cero. No obstante, la ley crea no pocas incertidumbres en materia laboral porque aunque se ha laboralizado esta materia, no contiene ninguna regulación específica que aclare como se va a aplicar la norma y como se pueden solucionar los problemas más importantes que genera. A continuación se abordarán los más significativos.

2.2.1. El desarrollo de la prestación de servicios en empresas donde existan zonas habilitadas para fumar

Uno de los aspectos que se plantean es si el trabajador, a la hora de ser contratado o durante su relación laboral, en una empresa cuya actividad es la hostelería o restauración y establecimientos similares, puede negarse a prestar servicios en las zonas habilitadas para que fumen los clientes. Esta posibilidad, desde nuestro punto de vista, es un derecho porque dando fiel cumplimiento al art. 14 y 15 de la LPRL el empresario tiene el deber de proporcionar un lugar libre de riesgos a sus trabajadores y está demostrado que la inhalación de humo por fumadores pasivos es un riesgo para su salud, con lo que con la normativa en la mano el empresario no podría obligar a un trabajador a realizar su prestación de servicios en esta zona. Y de nuevo, se plantearía la duda de si un trabajador puede no ser contratado por negarse a prestar servicios en esas condiciones o pueda ejercer un derecho de resistencia al cumplimiento de las órdenes del empresario. Sobre la primera cuestión habría que considerar que el empresario que quiera contratar porque necesita precisamente trabajadores que presten servicios en zonas



de fumadores deberá informar de las condiciones en las que se va a desarrollar el trabajo, y el trabajador será el que voluntariamente acepte o no dicho empleo. Se podría señalar que ni el trabajador puede obligar al empresario a contratarle, aún cuando cuente con la capacidad profesional necesaria si es que el lugar de la prestación se va a producir en un lugar habilitado para fumar y el empresario necesite empleados para cubrir puestos en esas zonas. Por ello, las empresas deberán ir pensando en incentivos a la contratación para cubrir estos puestos de trabajo o como será lo más habitual, de nuevo, la negociación colectiva cubrirá los vacíos provocados la normativa, estableciendo pautas y criterios a seguir para la contratación de estos trabajadores, incluyendo en el régimen remunerativo, quizás, plusones por exposición e inhalación de humo del tabaco.

Con respecto a la segunda cuestión que se plantea, es decir, si el trabajador puede negarse a prestar servicios una vez contratado en las zonas habilitadas, la materia es más complicada. Y aún lo sería más si en todo el establecimiento se permitiera fumar, asunto éste que ya tendría directamente que relacionarse con la protección que se le debe otorgar en materia de salud laboral. En efecto, la legitimidad del derecho de resistencia reconocido a los trabajadores con respecto a las órdenes del empresario tiene que basarse en que se trate de un riesgo objetivo y grave, es decir, tiene que tener una entidad suficiente para poner en peligro la salud del trabajador y, además innecesario no habiéndose adoptado las medidas necesarias que lo evite o atenúe²¹. No obstante el trabajador tiene que comunicar su decisión al empresario; es obvia la necesidad de justificar la desobediencia. Bien estos requisitos que se acaban de exponer hay que apreciarlos cuando el trabajador está expuesto a la inhalación del humo del tabaco, a saber: es un riesgo grave y objetivo ya que se trata —científicamente— de una sustancia nociva, aunque no es grave ni inminente, ya que los efectos del tabaco sobre las personas no son los mismos y el tiempo en que se manifiestan suele ser, en la mayoría de los casos, a medio plazo; y, finalmente, el empresario podría haber adoptado las medidas necesarias para atenuar este riesgo (ventilaciones adecuadas para la renovación del aire etc.). Si se aceptan estas circunstancias no se podría aprobar el derecho de resistencia del trabajador, por lo que éste debería cumplir con las ordenes del empresario. Parece que aquí la exigencia de la voluntariedad del trabajador para prestar servicios en zonas de fumadores queda desvirtuada.

²¹ Véase en este sentido, CÁMARA BOTÍA, A. «El derecho del trabajador a interrumpir el trabajo en caso de riesgo grave e inminente para su vida y salud: un apunte sobre sus precedentes normativos y jurisprudenciales». *Aranzadi Social* Vol. I, 1996; Parte Estudio. Págs. 2759-2770.

2.2.2. Incidencia de la Prohibición de fumar en el tiempo de trabajo

La prohibición de fumar en las empresas es tan tajante que no cabe la posibilidad de hacerlo ni siquiera en los despacho privados o particulares, siendo únicamente posible en los lugares al aire libre y esto no quiere decir, obviamente, que se convierta en una obligación empresarial de habilitar estos espacios al aire libre para los fumadores. En los centros que no los posean o, aún poseyéndolos, formen parte del centro y zona de paso de otros trabajadores, cuando el empresario decida que por razones higiénicas o de otra índole (como puede ser la propia imagen de la empresa), no se puede fumar, sólo quedaría la calle como lugar posible para hacerlo. Además, tampoco se permite habilitar zonas para que los trabajadores fumadores puedan hacerlo, ya que dentro de las zonas permitidas para fumar contempladas en el art. 8 no se encuentran lugares o espacios concretos dentro de las empresas. Esta situación tan extrema provoca no pocos interrogantes acerca de cómo los trabajadores que fuman y que hasta el 1 de enero lo han venido haciendo durante la jornada laboral van a adaptarse de forma inmediata sin que ello tenga consecuencias conflictivas para el medio laboral al que pertenezcan. Hay que subrayar además que tampoco se podría alterar el tenor de la norma por vía de convenio colectivo ya que la prohibición es tajante en este sentido y no se deja espacio a la voluntad colectiva para que pueda pactar en los convenios zonas o espacios para fumar dentro de las empresas.

En términos generales, se puede decir que quien no está convencido de la necesidad de dejar de fumar, hacerlo sólo por causa de una prohibición puede generarle estrés, ansiedad y angustia que puede incidir negativamente en el trabajo, desde la perspectiva del rendimiento y de las relaciones con los compañeros²². Por esta razón es un tema de interés en los medios de comunicación la posibilidad de establecer pausas para fumar durante la jornada laboral. Lo primero que se debe señalar es que con la norma en la mano el empresario no tiene obligación de permitir pausas para que los trabajadores fumadores puedan calmar su ansiedad. En principio, solamente en el tiempo de descanso (el llamado descanso por bocadillo) y siempre al aire libre podría hacerlo. No se puede negar que las situaciones, sobre todo, en estos momentos de adaptación a la norma, que se pueden generar son complicadas para las empresas a la hora del mantenimiento de la paz social en los centros de trabajo.

Al hilo de lo anteriormente mencionado, se plantean cuestiones como las siguientes: si el empresario es tolerante y concede pausas para que los trabajadores puedan salir a fumar, cuál sería el número adecuado; si esto es

²² AAVV., (Editor Elisardo Becoña). «Monografía tabaco». *Adicciones*, vol. 16/2004, suplemento 2; subvencionado por la Delegación de Gobierno para el plan Nacional de Drogas.



así podrían producirse desajustes productivos y pérdidas de tiempo de trabajo que el empresario podría plantearse el exigir su recuperación; los demás trabajadores que no fumen, quizás hasta ahora tolerantes con el humo de sus compañeros pero, en estos momentos con el soporte de la Ley 28/2005, pueden empezar a reclamar que: o bien, ellos también quieren pausas de descanso para otras cosas que no sea el fumar, o bien se les compense por el tiempo de trabajo que realizan de más con respecto a sus compañeros fumadores. Hay que tener en cuenta que debe existir una igualdad de jornadas entre fumadores y no fumadores. Se tiene que volver a reiterar que el empresario no tiene obligación de establecer este tipo de pausas para fumar y podría negarse, por lo tanto, a cualquier tipo de iniciativa en este sentido por parte de los trabajadores. Además, los cambios de los horarios de los trabajadores que quieren tener pausas para fumar y concedidas por el empresario constituye una modificación de las condiciones de trabajo, en este caso de su horario (aún cuando hay un mutuo acuerdo de las partes) y debería plantearse mediante la aplicación del art. 41 del ET. En este sentido si que parece que la negociación colectiva pueda jugar un papel importante en la adaptación del tiempo de trabajo para conjugar las posibilidades de fumar y el derecho de todos los trabajadores a tener una jornada de trabajo igual.

Varios serán los elementos que los interlocutores sociales tendrán que tener en cuenta a la hora de establecer mecanismos que consigan la igualdad de jornada y la posibilidad de fumar. Uno de ellos será, dependiendo de la actividad de las empresas y sus procesos productivos, por lo tanto, del ámbito funcional del convenio, el cómo va a afectar las pausas al funcionamiento normal de la actividad. Es por esto que no puede haber una homogeneidad general para todos los sectores de los intervalos y de la frecuencia para fumar porque se tendrá que tener cuenta las alteraciones en el rendimiento de los trabajadores y del proceso de producción y de los costes económicos que pueden acarrear para las empresas. Incluso puede llegar el caso de que sea imposible regular espacios temporales para dicho fin. Con lo que los trabajadores fumadores deberán aceptar la prohibición en todos sus términos e intentar hacer cursos de deshabituación del consumo del trabajo (sobre este asunto se volverá en páginas posteriores).

En el supuesto de que se pudieran establecer pausas, lo cierto es que deberían ser recuperables del tiempo de trabajo perdido ya que no pueden ser consideradas como tales salvo que se establecieran para todos los trabajadores y éstos las utilizaran para los fines personales que estimaran oportunos. Si no es así, el convenio deberá contener fórmulas de compensación entre el tiempo que se dedica a fumar y el de los otros empleados que no lo usan. Bien exigiendo al final de la jornada la recuperación de los trabajadores fumadores del tiempo dedicado a fumar, o si es que no se quiere o no se puede prolongar la jornada por distintas razones, sean económicas, productivas o de otra naturaleza, compensar a los que no fuman con períodos de

descanso semanal o acumulable al tiempo de vacaciones. Lo que si tendrá que tener el convenio colectivo es que aún si modificar la jornada laboral de los trabajadores a los que les afecte, en relación al número de horas que deben cubrir con la prestación de servicios, la distribución de la misma tendrá pequeñas variaciones que son las que darán cobertura a los descansos para fumar o para realizar cualquier otra actividad personal.

No obstante, no se debería olvidar que, es probable, que el resto de trabajadores no fumadores no quieran aceptar pausas dedicadas a lo que estimen pertinente porque prefieren no sufrir alteraciones en su horario que pudiera verse prolongado por la introducción de estos cambios, manteniendo, por tanto, el horario previo a la entrada de la Ley 28/2005. Esto tendría una consecuencia directa sobre la regulación del tiempo de trabajo determinado en el convenio, que debería contemplar distintas posibilidades, a saber, que todos los trabajadores de una empresa acepten los lapsos de tiempo dedicándolos a lo que quieran, que no lo acepten o, incluso, que unos los acepten y otros no.

Estas posibles situaciones pueden producir, sin lugar a dudas, muchas dificultades y disfuncionalidades para las empresas; va a ser una cuestión ardua para éstas poder compaginar las posibilidades que la negociación colectiva puede plantear y ya no sólo por el coste económico que puede suponer sino por las propias implicaciones que puede tener en la actividad productiva.

En definitiva, no parece fácil articular laboralmente lo que antes se ha expuesto, hay que tener en cuenta que las variables que determinan las actividades de las empresas aún perteneciendo al mismo sector son muy diferentes. El problema surgirá cuando, desde el punto de vista empresarial, el convenio colectivo establezca intervalos y frecuencias para fumar y el empresario no esté de acuerdo en permitir que se haga en sus centros de trabajo. Este podría alegar que normativamente, tiene derecho a negarse ya que la Ley 28/2005 no deja resquicio en cuanto a la prohibición y dentro de la libertad de organización del empresario estaría y cabría esta posibilidad. Aún más si estas pausas puede suponer alteraciones en los sistemas de rendimiento instaurados en las empresas. No obstante, si esta regulación apareciese en un convenio colectivo al empresario no le quedaría más remedio que cumplirlo. Por otra parte hay que señalar que la Ley va a tener repercusión sobre la viabilidad de la empresa. Por supuesto, que en las medianas y las grandes empresas la incidencia será menor y más soportable, desde un punto de vista económico pero en los establecimientos de hotelería o restauración de pequeñas dimensiones la situación es diferente. Si el titular decide no permitir fumar puede perder clientes y eso tener una proyección sobre los empleos de los trabajadores que pueden verse inmersos en despidos a través de amortización de puestos de trabajo por causas objetivas o despidos colectivos dependiendo de la dimensión de la plantilla.



2.2.3. *El tabaco como riesgo laboral*

La declaración del tabaco como sustancia nociva para la salud de las personas que hizo el RD 192/1988 junto con la constatación de que se trata de una sustancia potencialmente cancerígena²³, supuso la apertura del listado sustancias que las empresas tienen que tener en cuenta a la hora de enfrentarse a los riesgos laborales. La LPRL no contiene una mención expresa al tabaco y su consumo, sin embargo es el fundamento normativo para la determinación de cómo debe tratarse este producto. Aún cuando esto es así, la LPRL, en el art. 14, establece la obligación del empresario de proporcionar protección de los riesgos laborales y el tabaco se convierte en un riesgo laboral cuando se consume en el lugar de trabajo poniendo en peligro la salud del trabajador fumador y de los compañeros que inhalan el aire contaminado que provoca su humo. De esta manera, como no existía una prohibición absoluta del consumo en los centros de trabajo, las evaluaciones de riesgos se configuraban con el instrumento esencial para la determinación o no de si se limitaba o prohibía del consumo del mismo en los centros de trabajo. Por ello, la casuística podría llegar a ser muy variada dependiendo del sector y de las sustancias y circunstancias ambientales en las que se prestaba servicios. Por otra parte, el RD de los servicios de prevención²⁴ establece que éstos (conforme al art. 10 de la LPRL) deben coordinarse y colaborar con las Administraciones sanitarias en todo lo referente al diagnóstico, tratamiento, información a los trabajadores, campañas de concienciación sanitarias, etc.

No obstante, antes de la Ley 28/2005 existían normas preventivas específicas en las que se regulaba o limitaba dicho consumo. De hecho en los locales y lugares de descanso el empresario debe llevar a cabo las medidas que fuesen necesarias para que los trabajadores que no fuman no tengan por qué soportar las molestias debidas al humo del tabaco y además deben ventilarse con aire limpio los centros de trabajo cerrados contaminados con humo de tabaco²⁵. Además, se podría añadir que hay empresas en las que por cues-

²³ RD 665/1997 de 12 de mayo de protección contra los riesgos por exposición a agentes cancerígenos, modificado por el RD 349/2003 de 21 de marzo. En este reglamento se establece la obligación de las empresas de formar e informar sobre los riesgos potenciales para la salud incluido los riesgos adicionales debidos al consumo del tabaco.

²⁴ RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el reglamento de los servicios de prevención, art. 38.

²⁵ El anexo V del RD 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo establece que: «5.º Los lugares de trabajo en los que sin contar con locales de descanso, el trabajo se interrumpa regular y frecuentemente, dispondrán de espacios donde los trabajadores puedan permanecer durante esas interrupciones, si su presencia durante las mismas en la zona de trabajo supone un riesgo para su seguridad o salud o para la de terceros.

tión no tanto de seguridad y salud laboral sino también de imagen han ido prohibiendo fumar en sus centros de trabajo.

Varias son las normas que pueden ponerse como ejemplo a estos efectos, entre otras, el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción; el Real Decreto 1389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en las actividades mineras; el Real Decreto 1216/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo a bordo de los buques de pesca y las anteriormente señaladas sobre lugares de trabajo o agentes cancerígenos. En todas estas normas se establece alguna mención concreta sobre el hábito de fumar y el derecho de los no fumadores a no sufrir molestias por el humo del tabaco. No obstante, salvo prohibiciones taxativas, la política prevencionista en este sentido ha sido la tolerancia.

A partir de la Ley 28/2005 la situación cambia, existiendo una prohibición total de fumar en los centros de trabajo, se facilita —con alguna excepción que ahora se mencionará— la aplicación de las medidas de seguridad y salud en el trabajo aunque en los primeros momentos de aplicación de la LPRL se dirija más a la promoción de campañas de deshabituación del tabaco. El papel que deben jugar los servicios de prevención, los delegados de prevención y el comité de seguridad y salud laboral es fundamental; no sólo para llegar a acuerdos para establecer ayudas a los trabajadores para alcanzar un ámbito laboral libre de humos sino también de información sobre las consecuencias laborales de toda índole que puede producir el hecho de consumir tabaco, sean de salud laboral, sean disciplinarias sean de desarrollo de la relación laboral etc. Además, por ello, el empresario tiene la obligación de hacer cumplir la prohibición de fumar, si no lo hiciera podría verse abocado a tener que asumir más responsabilidades; nos referimos a que los trabajadores no fumadores podría exigir al empresario responsabilidades por sufrir enfermedades relacionadas con el tabaco al estar expuestos en el ambiente laboral. Partiendo de esta premisa general, es necesario, sin embargo, realizar algunas consideraciones acerca de las consecuencias que puede tener la Ley 28/2005 en la materia y para algunos colectivos de trabajadores.

En efecto, son bastantes los problemas que pueden surgir en el ámbito de la hostelería y la restauración donde se permite que existan zonas habili-

6.º Tanto en los locales de descanso como en los espacios mencionados en el apartado anterior deberán adoptarse medidas adecuadas para la protección de los no fumadores contra las molestias originadas por el humo del tabaco.



tadas para fumar. Problemas que pueden ser más importantes en los pequeños establecimientos, como los bares, en donde el titular decide permitir fumar a los clientes en todo el espacio físico que ocupa. Algunas de estas cuestiones se centran, esencialmente, en la posibilidad de que los trabajadores se nieguen a prestar servicios en las zonas de fumadores y en que medidas de seguridad se pueden adoptar para salvaguardar la salud de estos trabajadores expuestos total o parcialmente al humo del tabaco. La primera cuestión es de difícil solución, porque entra dentro del poder de organización del empresario el que un trabajador pudiera estar o no adscrito a dicha zona o si sería posible una rotación de trabajadores, de tal manera, que todos estuvieran expuestos temporalmente a dicho humo. Lo que ocurre es que la cuestión es diferente, desde el punto de vista del poder de dirección de la empresa, al hecho de que el trabajador tenga que obedecer a las órdenes del empresario de no fumar ya que aquí el trabajador está expuesto a un riesgo para su salud. Algún autor ha propuesto que se podría alegar el art. 50 del ET y extinguir la relación laboral por incumplimiento grave de las obligaciones empresariales, en este caso de salud laboral²⁶. Es cierto que podrían darse los presupuestos establecidos en el art. 50 porque el empresario no cumple con las obligaciones de seguridad y salud laboral de ofrecer al trabajador de un lugar libre de riesgos, no obstante, la Ley 28/2005 le ofrece la probabilidad de tener una zona de fumadores o que decida —siendo un local de menos de 100 metros— si se fuma o no, con lo que es difícil probar que existe tal incumplimiento grave, por otra parte las obligaciones en esta materia quedarían resueltas si el empleador adoptara las medidas prevención de riesgos laborales. La cuestión sería ahora determinar cuáles son esas medidas.

Otra cosa sería la utilización del art. 50 del ET para evitar situaciones de tolerancia empresarial a fumar, pues los trabajadores fumadores si que podrían solicitar la extinción del contrato de trabajo; téngase en cuenta, (como luego después señalaremos con más detenimiento) que el empresario va a responder de algunas de las infracciones que cometan sus trabajadores; la principal, permitir fumar en zonas donde exista prohibición total o no estén habilitadas, de tal manera que se convierte en garante del cumplimiento de la Ley por sus empleados, entre otras cosas porque luego va a responder por los hechos que éstos cometan en esta materia. Además, este incumplimiento es considerado por la ley con la calificación de grave. Por tanto estaría incumpliendo, quizás, sus obligaciones y podría habilitar a la extinción del contrato por voluntad del trabajador²⁷.

²⁶ AAVV. «Implicaciones jurídicas del consumo de tabaco en el ámbito de las relaciones laborales: ¿Quo Vadis? CEF, 68/2005, págs. 3 y ss.

²⁷ Arts. 19.3.b en relación con el 21.5 de la Ley 28/2005.

Volviendo sobre lo que anteriormente se había mencionado acerca de las responsabilidades del empresario, cabría preguntarse si se puede demandar a un empresario que ha decidido habilitar zonas para fumar total o parcialmente en el establecimiento del que es titular, por parte del trabajador que padece una enfermedad grave o que sufre daños en su salud por las consecuencias que le están acarreado inhalar humo de tabaco. Es claro, que no es fácil demostrar la relación de causalidad directa entre la causa alegada y el daño producido sin que existan condicionantes externos al medio laboral que hubieran influido en la enfermedad pero, no es descabellado pensar que pudiera ser así, ya que es de aplicación directa la Ley 28/2005 y la LPRL donde se hace prevalecer el derecho a la salud y su garantía sobre cualquier otro derecho y, fundamentalmente, al de fumar²⁸. Es más si se demostrase ante los Tribunales que es una enfermedad del trabajo y que su origen está en no haber cumplido con la prohibición de fumar y adoptado cuantas medidas fueran necesarias para garantizar la salud, cabría, no sólo la indemnización por daños sino también el posible recargo de prestaciones conforme al 123 de la LGSS.

Entrando en la segunda cuestión, se puede señalar que son complicadas las medidas que pudieran adoptarse. Las principales serían el establecimiento de sistemas adecuados de ventilación e, incluso, cabría pedir a los trabajadores que presten servicios con mascarillas que les protejan del humo si es que esta fuera la fórmula de protección. En éste último caso, sería algo absurdo atender a los clientes con este tipo de equipos de protección individual. Por ello, la tendencia debe ser el establecer protocolos y métodos que permitan proteger a estos trabajadores. Se tiene que tener en cuenta que estamos exponiendo a los trabajadores durante, en algunos casos, 8 horas o más a la inhalación de humo. No se puede caer en la contradicción, y aún más desde la salud laboral, de establecer normas radicales y prohibitivas justificando políticas de salud y de defensa de los ciudadanos y, al mismo tiempo, aprobar que existan otro tipo de trabajadores que si pueden estar expuestos al riesgo, debido más a razones económicas o sociales que prevalecen sobre las sanitarias. Desde esta perspectiva, se encuentra lógico un derecho de resistencia de estos trabajadores a cumplir con la organización empresarial, aún cuando fueran fumadores. No se puede establecer, por pocos que sean y en España son muchos, porque la mayoría de los establecimientos han decidido permitir fumar por no perder clientes, ciudadanos de primera y segunda clase si partimos que es una cuestión de salud pública.

²⁸ Véase en este sentido SAMPERE VILLAR, I. «Los efectos laborales del proyecto de Ley de prevención del tabaquismo». <http://www.hispajuris.es/doc/los20efectos%20laborales%20leg%20prevención%20tabaquismo.pdf>. Documento obtenido el 25 de enero de 2006.



Y siendo un riesgo laboral evitable o al menos susceptible de ser atenuado, aplicando directamente el principio preventivo de eliminar los riesgos que puedan serlo o atenuar los inevitables, se deberían aplicar políticas menos restrictivas en esta materia. De hecho, una vez que el empresario ha conocido que un trabajador puede sufrir o sufre algún tipo de riesgo que tenga consecuencias nocivas por su naturaleza y duración y que pudiera venir causado por factores directamente relacionados con el trabajo o su medio, debe actuar contra él en el marco de las obligaciones genéricas de protección de la seguridad y salud en el trabajo²⁹.

Las empresas deben plantearse muy seriamente políticas que eviten, atenuen y eliminen el riesgo del consumo del tabaco en sus centros de trabajo, porque hay que subrayar, de nuevo, que la tolerancia no exime de responsabilidad a la empresa, por lo que se hace preciso desde el primer momento que los trabajadores conozcan cuál es la estrategia que la empresa va a seguir en la aplicación de la Ley 28/2005 y que, incluso se les pudiera exigir la suscripción de un compromiso individual de no contravenir la norma durante la jornada laboral y en las instalaciones cerradas de la empresa o lugares al aire libre pero dentro del recinto empresarial donde el empresario haya decidido prohibir esta conducta. Abundando más sobre estas políticas, se ha dicho que el consumo del tabaco y la inhalación de su humo es un riesgo laboral, no obstante, la prohibición de fumar puede suponer la aparición de otros riesgos laborales de naturaleza psicosocial, como es el estrés, cansancio, ansiedad, alteraciones del carácter influidas por el medio de trabajo etc. El empresario debe velar por la salud de todos los trabajadores, incluidos los fumadores, por lo que los programas o políticas que se instauren en la empresa se deberán también dirigir a la evitación de estos riesgos que van a aparecer, ahora, con más habitualidad.

Una vez más deberá ser la negociación colectiva la que establezca obligaciones empresariales en este sentido, como ya se ha dicho mediante incentivos, pluses de toxicidad, rotaciones de trabajadores etc. También cumplirán un papel muy importante las representaciones legales de los trabajadores, en las empresas donde haya, ya que éstos pueden incentivar muy activamente a las empresas para instaurar políticas idóneas contra el tabaquismo y además servirán de eslabones de información sobre las consecuencias que pueden acarrear los incumplimientos de estas prohibiciones tan taxativas. Las actuaciones son diferentes al supuesto de los trabajadores fumadores porque en este, tanto el servicio de prevención, y muy especialmente el médico especialista en el trabajo, junto con los comités de seguridad y salud laboral pueden establecer estrategias fundamentalmente dirigidas a progra-

²⁹ STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2005 (Sentencia número: 796/2005-P)

mas de ayuda psicológica y de otra índole que les permita dejar de consumir tabaco o les haga más llevadero y con menos ansiedad las horas de trabajo donde no pueden fumar. En este caso, se trata de los clientes y de la decisión de permitir fumar en todo o en parte del local.

Las intervenciones empresariales en este caso son limitadísimas salvo las que recaen en la decisión de prohibir totalmente el consumo del tabaco aún a riesgo de perder clientela. Menos problemas pueden aparecer en los supuestos de trabajadores que se encarguen de la limpieza de habitaciones o zonas de fumadores porque la actividad de higiene y limpieza es intrínseca a la prestación de servicios salvo, que exista tolerancia y permisividad en permitir fumar en residencias de estudiantes u otros tipos de edificios de similar naturaleza donde está prohibido totalmente por decisión de la dirección y no hay reserva de habitaciones para estudiantes fumadores.

3. EL RÉGIMEN SANCIONADOR Y SU INCIDENCIA EN EL CONTRATO

Una de las materias más significativas en el tema que se está tratando es, sin duda, la determinación del sujeto responsable de la infracción conforme la Ley 28/2005 de la prohibición de fumar y su posible proyección sobre otros sujetos que no son los autores directos de la conducta constitutiva de la misma. Esto tiene una gran importancia cuando lo ponemos en contacto con la relación laboral trabajador-empresario. Se debe añadir, igualmente, que la Ley establece un sistema de compatibilidad de responsabilidades de cualquier naturaleza, civiles, administrativas, penales o de otra índole, donde se entendería incluidas las laborales. Obviamente, respetando siempre la primacía del orden penal sobre el administrativo.

3.1. Visión general

La norma establece que son sujetos que deben responder de los incumplimientos descritos en primer lugar el sujeto que la cometa a título de autor, persona física o jurídica que cometa los hechos tipificados. Ahora bien, a los efectos que nos interesan, es decir, las infracciones que se comentan dentro del ámbito de la empresa por trabajadores fumadores, hay que señalar que el art. 21.5 establece que en el supuesto de la conducta contenida en el art. 19.3.b —permitir fumar en los lugares en que exista prohibición total, o fuera de las zonas habilitadas a tal efecto— será sujeto responsable «el titular del local, centro o establecimiento en el que se cometa la infracción o, en su defecto, el empleado que estuviese a cargo del establecimiento o centro en el momento de cometerse la infracción».



Esta regulación significaría que el empresario o persona en quién hubiese delegado deberá responder si los trabajadores llevasen a efecto la conducta tipificada de fumar en las zonas prohibidas según la Ley 28/2005 y lo tolerara. Con lo que se estaría respondiendo en lugar de otro, el empresario por el autor de la infracción que sería el trabajador. Así y de manera inmediata surge el problema de cómo se va a repercutir por el empleador las posibles sanciones que tuviera que hacer efectivas sobre la relación laboral del trabajador-infractor. Además, hay que subrayar que la infracción cometida por el trabajador de fumar en los lugares en que exista prohibición total o fuera de las zonas habilitadas para ello es calificada como leve mientras que la infracción del empresario de permitir fumar en dicho lugares es calificada como grave. Por lo que a su vez las cuantías de las sanciones también serán diferentes, siendo más elevadas las que pague el empresario que el trabajador. De esta manera la ley concede más importancia al hecho de la permisividad que al de fumar, que es lo que realmente se reprueba por la norma. Hay que añadir además que el deber de vigilancia del empresario para que los empleados cumplan con las normas no puede llegar al extremo de convertirse en una persecución, primero porque es imposible y segundo porque puede atentar contra otros derechos de los trabajadores e, incluso llegar al acoso³⁰.

Como se ha mencionado anteriormente las sanciones, a tal efecto, son también diferentes, a saber, en el caso del trabajador sería el pago de una multa de hasta 30 euros si es aislada y hasta 600 en los demás casos y, en el caso del empresario iría de 601 euros hasta 10.000. Para la determinación de estas cuantías, es necesario aplicar los correspondientes criterios de graduación, la habitualidad o continuidad en la comisión de la infracción, la capacidad económica del infractor —asunto éste que interesa mucho a los empresarios—, la repercusión social y la reincidencia en los comportamientos infractores. Las competencias de control y sancionadoras recaen sobre las Comunidades Autónomas, reservándose al Estado los ámbitos de transporte terrestre, marítimo o aéreo cuando superen el nivel autonómico o sean de nivel internacional, así como los recintos o establecimientos que superen, igualmente, el ámbito de la Comunidad Autónoma o ciudades con Estatuto

³⁰ Como establece la STSJ Madrid de 16 mayo 2005, la vigilancia constante, adscribiendo un vigilante por cada trabajador exigiría un despliegue de medios [...] pero no hay que llevar tal vigilancia al extremo de comprobar en cada una de las labores que ejecuten sus operarios que utilizan las prendas de protección y que lo hacen adecuadamente, dado que esta intromisión en la vida profesional de los operarios podría afectar al respeto que merece su dignidad humana. [...] a salvo de trabajadores que no tengan la necesaria experiencia, antigüedad y cualificación profesional, el deber de vigilancia ha de interpretarse no como una obligación de control permanente de todas y cada una de las actividades productivas sin más bien como un deber de control periódico.

de Autonomía. Además, existen algunas otras especialidades cuando se trate de infracciones cometidas a través de la televisión o la radio.

3.2. Repercusión de las sanciones sobre la relación laboral

Se debe partir de la premisa de que el empresario, dentro de su poder de dirección ordinario (art. 20 del ET), puede y debe prohibir fumar en su centros de trabajo, no ya sólo en los cerrados que desde luego, sino también podría hacerlo en lo que se encuentren al aire libre pero pertenezcan al ámbito físico de la empresa, sean por razones de imagen o por otras diferentes. Esta decisión, con la Ley 28/2005 está suficientemente avalada y justificada. Anteriormente a esta norma, también podría haber aplicado esta política antitabaco y se debería haber cumplido por los trabajadores. En fin, no existen más obstáculos para aplicar la norma que las propias dificultades que dimanen de ella misma por la parquedad de sus prescripciones en lo que se refiere al ámbito empresarial. Por supuesto, fuera de las instalaciones empresariales fumar no puede tener ningún reproche, ni el trabajador debe cumplir órdenes del empresario en este sentido.

Siendo esto así, las cuestiones que deben aclararse son: a) en primer lugar, cómo va a repercutir el empresario la sanción que se le ha impuesto como consecuencia de acciones imputables a los trabajadores; b) en segundo lugar, qué tipo de responsabilidades se le van a exigir al trabajador; c) en tercer lugar, si el empresario va a responder por otro tipo de responsabilidades aparte de la administrativa; d) en cuarto lugar, cuál es la gravedad de la sanción laboral cometida por el trabajador ¿podría llegar a un despido disciplinario?; e) por último, cuál será la probable decisión final de los empresarios ante las incertidumbre que genera la norma.

La conducta infractora de un trabajador conlleva de manera automática la responsabilidad de la empresa que no ha hecho todo lo suficiente para hacer cumplir la prohibición. Se podría decir que se trata de una responsabilidad objetiva. Hay que tener en cuenta que la empresa asume la responsabilidad de hacer frente a los actos que cometen sus empleados porque a ella le incumbe la obligación de vigilar el cumplimiento de las normas en sus instalaciones. El empresario es el garante de que se cumpla la Ley 28/2005 en sus centros de trabajo. Para que funcione este juego de responsabilidades, es imprescindible que éstos sean conscientes de la prohibición y, desde luego, no puede haber ningún tipo de tolerancia en este sentido, por tanto, incluso el empresario después de haber informado al trabajador sobre la prohibición de fumar puede solicitarle que firme una cláusula que entrará a formar parte del contrato en la que el empleado asuma como condición laboral no fumar. De esta forma, se podrá aplicar el régimen disciplinario por parte del empresario. Refiriéndonos a éste, hay que decir que la



tipificación de la conducta debiera aparecer claramente descrita en los convenios colectivos así como la sanción correspondiente. El problema que surge es el de la proporcionalidad entre el incumplimiento laboral y la sanción impuesta, es decir, la aplicación de criterios que gradúen dicha sanción y esencialmente si la conducta del trabajador es aislada o repetida en el tiempo, si la ha realizado en varias ocasiones, el número de éstas será importante a la hora de determinar su gravedad³¹. Obviamente, esta gravedad podría marcar incluso la posibilidad del despido disciplinario incardinando la conducta en la causa de desobediencia a las órdenes del empresario o en la de embriaguez o toxicomanía. En todo caso, ésta última causa, en nuestro juicio, no es idónea para dar legitimidad a la decisión extintiva del empresario

Dos son las cuestiones a dilucidar, por un lado, el ejercicio del poder disciplinario sobre el trabajador y, por otro, la repercusión de la sanción administrativa impuesta al empresario sobre aquel. En el primer caso, parece más loable admitir que cuando la conducta del trabajador es repetitiva y desafiante a la prohibición de fumar, habiéndosele proporcionado la posibilidad de adherirse a cursos de deshabituación, que se trata de un despido disciplinario del 54.2.b) del ET. Más difícil es mantener, como ya se ha señalado anteriormente, que a través de la causa del 54.2.f) se pudiera despedir al trabajador. Aún cuando se pudiese considerar que el tabaco es una droga lo que está claro es que no repercute negativamente en la relación laboral con tanta gravedad como otras drogodependencias. Es más, el tabaco está calificada como sustancia nociva pero es legal su venta y consumo, otra cosa es que el mismo esté prohibido en ciertos lugares como son los centros de trabajo. Por esta razón, se entiende que ésta no sería una causa idónea o que legitimaría un despido de estas características. Desde luego, el empresario ha debido ser claro en las instrucciones acerca de la prohibición de fumar lo mismo que la desobediencia del trabajador debe manifestarse de forma abierta y terminante, siendo consciente de la indisciplina que está cometiendo³².

El despido disciplinario del trabajador puede sobrevenir por dos causas distintos, o dicho de otra manera, puede ser la consecuencia de dos po-

³¹ El 25 de enero de 2006 apareció como noticia en <http://www.abc.es> que una empresa de Cantabria había impuesto la primera sanción a un trabajador por fumar en el centro de trabajo, esta sanción ha sido de suspensión de empleo y sueldo de dos días. Lo que no menciona la noticia es donde estaba tipificada la infracción, que se supone debe ser por incumplimiento a las órdenes del empresario y en el convenio colectivo aplicable. Lo que si dice la noticia es que la empresa había informado a los trabajadores de la entrada en vigor de la ley y les había solicitado que firmaran un documento donde reconocían estar informados de la normativa y de las consecuencias de su incumplimiento. No todos los trabajadores estuvieron de acuerdo y no firmaron el escrito.

³² Ver la ya antigua STS de 29 de enero de 1987.

sibilidades. La primera la que se acaba de describir, como sanción a una infracción grave de naturaleza laboral del empresario sobre su subordinado por incumplimiento de sus órdenes. La segunda como repercusión de una sanción administrativa impuesta por las autoridades públicas al empresario por conculcar el art. 19.3.b y permitir fumar en el centro de trabajo. La denuncia que haya dado origen a esta multa ha podido ser interpuesta por cualquier otro trabajador, por las autoridades que tengan la competencia de inspeccionar o, aunque más raramente, por el propio empresario. Así, el trabajador debería asumir dos responsabilidades, por un lado, la administrativa (de hasta 30 euros) y por otro lado la laboral (el despido disciplinario); desde luego el grado de proporcionalidad de ambas no es parejo ni mucho menos. Sin embargo, como se viene señalando repetidamente van a ser los convenios colectivos los que tendrán la función de delimitar los incumplimientos y sus correspondientes consecuencias. Entre ellas estaría la de precisar la desobediencia de fumar como causa de despido. Es muy pronto ahora para afirmar que con una sola vez que se haya sorprendido al trabajador fumando un cigarrillo pueda ocasionarle la salida de la empresa. Además, habrá que tener en cuenta la categoría del trabajador y las actividades que presta, porque cuanto mayor sea la gravedad de la actividad que realiza en contacto con el tabaco mayor deberá ser la sanción, utilizándose como criterio de graduación. A modo de ejemplo, el caso en el que el trabajador esté en contacto con sustancias químicas, trabajo en refinerías o sustancias biológicas en laboratorios, manipulación de alimentos etc.

Otra cuestión oscura es si el trabajador puede ausentarse de su puesto de trabajo para fumar fuera del centro de trabajo. La contestación debe ser negativa porque supone un abandono del puesto de trabajo sin justificación razonable alguna. Hacerlo sin el consentimiento del empresario y asumiendo las circunstancias que lo permitan, constituiría un incumplimiento laboral sancionable de nuevo en la órbita disciplinaria. En un primer momento, la sanción podría ser una mera amonestación, pero podría llegar a convertirse en una suspensión de empleo y sueldo o, incluso, si el abandono el puesto de trabajo persiste, el despido.

En este orden de cosas, se debe añadir que el trabajador también podría ser sujeto de responsabilidad por daños y perjuicios causados al empresario, ya que la posible multa administrativa que éste deba asumir le puede producir menoscabos en la imagen de la empresa así como los propios que cualquier procedimiento administrativo produce a quién se ve incurso en él. Por lo que hace al empresario aparte de ser sujeto responsable a efectos administrativos, como ya se ha mencionado anteriormente en otro epígrafe, podría tener que hacer frente a las posibles responsabilidades por daños a los trabajadores no fumadores afectados por la inhalación del humo del tabaco así como de seguridad social en caso de que se probara la relación de causalidad en ente el tabaco y el daño a la salud y fuera calificada como



enfermedad del trabajo. Este supuesto es más probable en los centros donde está permitido fumar o hay zonas habilitadas como es el caso de los hoteles, restaurantes, bares o centros similares. Los trabajadores expuestos al humo por prestar servicios en estos lugares podrían incoar todo este abanico de posibilidades desde la Ley 28/2005 y desde la LPRL, que son compatibles entre sí. Esto sin contar con las situaciones extremas, difíciles de producirse, de aquellas empresas que no proporcionan ningún tipo de medida de protección a sus trabajadores no fumadores que prestan servicios en zonas permitidas o habilitadas donde incluso podría darse indicios de delito por el 316 y ss. del Código Penal.

3.3. Competencias sancionadoras

Ya se ha mencionado con anterioridad que la Ley 28/2005 otorga a las Comunidades Autónomas las competencias sancionadoras en materia de incumplimientos de sus disposiciones. Por ello, son éstas las que deben aprobar las correspondientes normas de desarrollo y ejecución a efectos del establecimiento de aplicación de la Norma y de procedimientos sancionadores. Poco más dice el legislador en esta materia, sobre todo, a efectos de que exista una homogeneidad entra los distintos territorios. Parece que cada Comunidad va a tener autonomía para legislar como estime oportuno aparte de que también podrán adoptar una regulación más estricta. Lo cierto es que es más coherente que las Comunidades Autónomas junto con las autoridades sanitarias y las de trabajo establezcan relaciones de coordinación que intenten de alguna manera homogeneizar este ámbito.

Las Autonomías no sólo tienen potestad sancionadora sino que también deben controlar e inspeccionar el cumplimiento de la Ley. Para ello, tendrán que empezar a pensar en proporcionar los recursos humanos y materiales necesarios para llevar a buen fin dichas funciones otorgadas por la norma. La primera decisión es qué personal es al que se le va a otorgar la potestad de control, vigilancia y sanción aparte de las autoridades policiales que, por supuesto, pueden ejercer estas competencias.

En el ámbito laboral, se cuenta con los Inspectores de trabajo y de Seguridad Social. No parece incoherente o irrazonable que puedan asumir la vigilancia y control en los centros de trabajo que visitan. La ley nada dice al respecto, ni siquiera, menciona al inspector de trabajo para que asuma estas funciones. Lo cierto es que la Ley 28/2005 no es una norma laboral, no obstante sí que tiene una incidencia importante en dicho ámbito y debe entenderse integrada en él para lo que le afecte. Por lo tanto, parece normal que el inspector de trabajo pudiera asumir estas funciones, quizás en concepto de la vigilancia de una materia de prevención de riesgos laboral —aún cuando no esté incluida expresamente en el ámbito sancionador de

los arts. 11 a 13 de la LISOS—. En todo caso, como ocurre cuando se comete cualquier infracción laboral, es también la Comunidad Autónoma quién tiene competencias sancionadoras. Otra cosa será, determinar la norma aplicable al procedimiento administrativo sancionador, ya que la Ley 28/2005 deja en manos de aquellas el establecimiento de este procedimiento, mientras que en materia laboral (que es legislación básica del Estado) se aplica el RD 928/1998.

La pregunta que surgiría es si es de aplicación esta norma reglamentaria o, sin embargo, habría que esperar a que cada Autonomía estableciese el correspondiente procedimiento. Las labores del inspector quedarían ceñidas al control e inspección pero no a la propuesta de sanción, estableciéndose una relación de coordinación dentro de las instituciones públicas. Salvo, claro está, que se articularan como infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, donde se puede entender que existe un reenvío tipificador de normas con rango de Ley que nada impediría el ejercicio de las funciones del Inspector. En ese caso, la conducta infractora se subsumiría en las cláusulas en blanco que existen en los preceptos anteriormente mencionados de la LISOS y, en concreto, para el empresario, el art. 12 donde se califican las infracciones graves. Lo que ocurre es que las sanciones establecidas no se corresponden con las establecidas en la Ley 28/2005, por lo que sería difícilmente encajables; solamente serían susceptibles de serlo como incumplimientos de las medidas de seguridad y salud, pero no como incumplimiento de la prohibición de fumar.

Este tema plantea muchas dudas sobre la aplicación efectiva de la ley en los centros de trabajo, ya que por un lado, el empresario si que puede ejercer su poder de dirección y disciplinario sobre el trabajador de manera inmediata a la comisión del incumplimiento, mientras que su responsabilidad quedaría a expensas del establecimiento de un procedimiento adecuado por la Comunidad Autónoma para poder incoar un expediente administrativo sancionador por haber permitido fumar en su establecimiento o empresa.

En todo caso por razones evidentes de seguridad jurídica, lo más conveniente será esperar al desarrollo normativo que lleven a cabo las Comunidades Autónomas.