

**MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ**

*Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad  
Social. Universidad de Jaén*

**Extracto:**

**EN** el BOE de 27 de diciembre de 2005 se publicó 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, más conocida como Ley Antitabaco, la cual, desde antes incluso de su entrada en vigor, el 1 de enero de 2006, ha suscitado un importante debate desde todos los sectores sobre el alcance que aquélla habrá de tener con relación a múltiples aspectos que configuran la vida diaria. Aunque formalmente no es una Ley «laboral», sino pretendidamente «sanitaria», en el contexto laboral las prohibiciones establecidas por la Ley 28/2005 tienen especial incidencia, lo que exige una valoración de su impacto en la gestión de las relaciones de trabajo.

Estos efectos laborales, como se pondrá de relieve, no se ceñirán en exclusiva a lo que de manera explícita el legislador ha establecido acerca del consumo y la venta de productos del tabaco en los centros de trabajo. Igualmente el alcance jurídico de tales prohibiciones provocará de seguro un efecto «cascada» que determinará relevantes consecuencias tanto en la relación individual de trabajo, en materia de Seguridad Social y reparadora, como en el propio papel que la autonomía colectiva viene jugando en el tratamiento del consumo del tabaco y de otras sustancias adictivas en los acuerdos y convenios colectivos. Sin duda la vigencia de la nueva Ley 28/2005 provocará un antes y un después en la consideración del tabaco como un «uso social» plenamente consentido y aceptado por la sociedad, aun cuando los ámbitos de ejercicio de tal hábito empezaban a reducirse de manera sustancial.

.../...

.../...

Sin embargo, el salto cualitativo que se pretende dar con esta Ley queda fuera de dudas. Hay una clara opción de política jurídica que apuesta por la creación de espacios de convivencia social caracterizados por la ausencia de humos procedentes del consumo del tabaco. Y ello, proyectado a las relaciones laborales, adquiere dimensiones de una entidad considerable, que a buen seguro se irán planteando a lo largo de una, adelantamos, lenta implantación, y que poseen una riqueza de aspectos jurídicos, económicos y organizacionales que hay que reseñar en todo caso, empleándonos aquí en poner de relieve los que consideramos de mayor calado.

---

## *Sumario:*

---

- I. Introducción.
- II. Situación legal que antecede a la Ley 28/2005: el lento camino hacia la prohibición general.
- III. Las razones de la Ley 28/2005: su contextualización político-jurídica y normativa.
- IV. Objetivos y carácter jurídico de la Ley 28/2005: una ley sanitaria con efectos en el ámbito laboral «imprevistos».
- V. Dimensión jurídico-laboral de la ley antitabaco: la incidencia de la regulación del consumo del tabaco en la relación laboral.
  1. La vertiente prohibicionista sobre el centro de trabajo.
  2. Las incidencias jurídicas de las previsiones legales derivadas de la Ley 28/2005 respecto a la relación individual de trabajo.
  3. El papel de la autonomía colectiva en el ámbito de la Ley 28/2005.
- VI. Las consecuencias jurídicas de la ley antitabaco en materia de seguridad social.
- VII. Reflexión final.

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley 28/2005, de 26 de diciembre, denominada de «medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco», aunque más popularmente conocida como «Ley Antitabaco», viene suscitando un importante debate desde un amplio sector de la sociedad española en razón a una diversidad de motivaciones de toda índole –económicas, sociales, políticas, jurídicas, ambientales, etc.–. Las polémicas generadas por esta norma legal se produjeron tanto en la fase previa de aprobación parlamentaria como en la posterior de aplicación, como pone de relieve el que apenas un mes y medio después de su entrada en vigor ya se haya introducido la primera reforma, mediante el socorrido instrumento del «Decreto-Ley». Asimismo, los futuros desarrollos reglamentarios a realizar por las Comunidades Autónomas prometen también conflictos, como evidencia el proyecto de reglamento de desarrollo de la Comunidad de Madrid, que pretende restablecer algunas vías para permitir fumar en los centros de trabajo que fueron expresamente rechazadas, no sin discusión, por el proceso legislativo.

El categórico rechazo, de un lado, y la plena aceptación, de otro, parecían haberse convertido en las únicas posturas que podían definir la lectura de aquélla por los destinatarios a los que va dirigida. Un panorama de conflicto que pone de relieve un dato básico a la hora de comprender cuál es el alcance que se le pretende conceder desde diferentes sectores a esta Ley. Así, sin lugar a dudas, su incidencia en las relaciones sociales, económicas y jurídicas va a ser de un relieve significativo, pero con una disímil proyección tanto en sus términos como, a nuestro modo de ver más importante, su proyección de presente y de futuro. En el presente lo tangible se encuentra en las diferentes prohibiciones que se establecen en el texto legal, y que son a fin de cuentas lo que se viene valorando por los diferentes sectores de población a los que afecta la misma. Pero, sin embargo, los concretos términos en que ha quedado fijado el régimen regulador que introduce, tal como tendremos ocasión de analizar más adelante, constituyen los elementos quizás de más trascendencia y calado que planteará en el futuro la Ley 28/2005.

En todo caso, la improvisación de la norma, no obstante su dilatado proceso de tramitación, y su carácter incierto han quedado en evidencia con la referencia a la reforma legislativa recientemente sufrida por esta Ley. Se trata del Decreto Ley 2/2006, de 10 de febrero, que autoriza a los quioscos de prensa a volver a vender tabaco siempre que instalen una máquina expendedora en su interior.

Dejada ahí reseñada esa circunstancia, en cuanto a lo que aquí nos ocupa, resulta un lugar común el afirmar que la proyección de la Ley 28/2005 en el ámbito de las relaciones laborales es quizás uno de los elementos que más han singularizado esta norma. La incidencia que las prohibiciones contenidas en la misma tienen respecto a los centros de trabajo ha venido a constituirse en el eje sobre el que ha girado buena parte del debate socio-político de aquélla.

Partiendo del dato de que cerca de 8 millones de trabajadores, que representan algo más del 47 por 100 de las plantillas de las empresas españolas, se declaran como fumadores, y que hasta el momento previo a la entrada en vigor de la Ley 28/2005 había una cultura de consumo del tabaco ampliamente extendida en los centros de trabajo, salvo en contadas ocasiones en las que la empresa había adoptado una clara política empresarial de «tolerancia cero» con el consumo del tabaco apostando así por la creación de los denominados «espacios libres de humo», se puede fácilmente llegar a la conclusión de que la prohibición de fumar en los centros de trabajo a partir del día 1 de enero de 2006 se conforma como una circunstancia de especial trascendencia que para los analistas más catastrofistas se presentaba como el inicio de una nueva era de conflictividad en el seno de las empresas. Sin embargo, la realidad ha sido menos dramática, acogiéndose las prescripciones legales con diferente grado de satisfacción, pero sin plantear grandes alharacas en su dimensión aplicativa, aunque ya son centenares las denuncias planteadas por incumplimientos de las prescripciones legales.

No obstante, esta nueva situación incidirá sin duda sobre aspectos centrales y básicos de las tres posibles fases que se pueden diferenciar en las relaciones jurídico-laborales: la de acceso al puesto de trabajo, la de desarrollo de la relación laboral y, en fin, la de finalización de ésta. Estadios todos ellos en los que la Ley 28/2005, sin explicitarlo taxativamente, incidirá de una forma realmente importante. Lo veremos.

Pero además, los efectos de la mencionada Ley no quedarían en su vertiente jurídico-laboral individual. Las conexiones se darán con otros ámbitos normativos, como serán los de prevención de riesgos laborales o la propia Seguridad Social. La interacción de aquélla con éstos está llamada a determinar un cambio drástico en el tratamiento legal y judicial de toda la cuestión relacionada con el consumo del tabaco, tanto en el puramente ámbito laboral como en el más genérico ámbito social, donde hasta la actualidad no se han acogido los argumentos de los demandantes frente a los daños ocasionados por el consumo del tabaco o por la exposición al humo del mismo.

En fin, ahora entendemos que se puede afirmar que el legislador, con la aprobación de la Ley 28/2005, pretende dar un paso de gigante en materia de control del tabaco en todas sus vertientes, y que podría calificarse de histórico, en tanto que con ella se articula todo un arsenal de medidas –casi en su totalidad de carácter prohibicionista y sancionador– que se podrían calificar como de incentivadoras y creadoras de un «cambio cultural». Y en este sentido, se puede fácilmente comprender cómo frente al consumo del tabaco, considerado como un uso social consentido y tolerado, e incluso aceptado –con mayor o menor agrado, pero aceptado en todo caso– por buena parte de la población, se transita hacia un nuevo modelo de comportamiento y actitud social diametralmente diferente por el que el hábito de fumar se considera inaceptable, así como el propio riesgo que conlleva tal actitud.

Los cambios de toda índole que se plantean de inmediato y los que en un futuro a medio y largo plazo se plantearán, nos pondrán de relieve el necesario enfoque de larga distancia o a largo plazo que hay que adoptar para alcanzar a comprender la auténtica virtualidad de las previsiones que en ella se encierran. Como todo cambio normativo que promueve la introducción de una «nueva óptica» pro-activa, en este caso frente al consumo del tabaco y la problemática que el mismo plantea a la sociedad en su conjunto, requiere un proceso de implantación gradual y progresiva, y no tanto de sus propias previsiones, sino de sus propios objetivos: del cambio cultural que plantea y que ambiciona. Es la sociedad en todas sus dimensiones la que está llamada a adoptar una clara responsabilidad social a fin de la consecución de cuanto en la Ley se explicita o no. E interesa aquí recalcar que se requiere la colaboración y participación de todos para alcanzar el fin pretendido. Constituye una cultura que ha de ser asumida por la generalidad de los ciudadanos; un fin que atañe realmente a la propia salud de todos y cada uno de los sujetos que integran la sociedad, y que de una manera u otra afecta a todos, bien económicamente, bien socialmente.

## II. SITUACIÓN LEGAL QUE ANTECEDE A LA LEY 28/2005: EL LENTO CAMINO HACIA LA PROHIBICIÓN GENERAL

El verdadero alcance de la Ley 28/2005 se comprende si la comparamos con la regulación del consumo del tabaco con anterioridad a su vigencia y las consecuencias de la aprobación que ésta tendrá respecto del ejercicio de tales actividades. A tales efectos, la principal conclusión que se puede extraer de ello es su novedad respecto de trabajadores y empresarios que consuman tabaco en los centros de trabajo.

Sin embargo, es necesario realizar a esta primera conclusión una doble matización. En efecto, la realidad que determina los términos de la nueva ley no son tan diametralmente diferentes y novedosos como se podría entender.

La primera matización que relativiza la novedad se puede formular del siguiente modo. Antes de la Ley que aquí se comenta nos encontrábamos con una serie de previsiones legales referidas, directa o indirectamente, al consumo de tabaco en los centros de trabajo que, de manera muy gráfica, se podría decir que vienen establecidas desde un doble orden de normas: unas, las de carácter genérico sobre las limitaciones en la venta y uso del tabaco para la protección de la salud de la población; otras, específicas para el ámbito laboral y que vienen basadas en la normativa sobre seguridad y salud laboral.

Respecto de la *normativa general sanitaria*, y en desarrollo de lo establecido en el artículo 25.2 de la Ley General de Sanidad por el que se venía a prever la necesaria acción legal de toda una serie de prohibiciones y requisitos mínimos para el uso y tráfico de los bienes cuando supongan un riesgo o daño para la salud, se contaba con las previsiones establecidas en el Real Decreto 192/1998, de 4 de marzo, modificado por el Real Decreto 1293/1999, de 23 de julio, en las que se establecen las limitaciones sobre la venta y consumo del tabaco. En aquél se declara al tabaco como sustancia nociva

(art. 1.1), de lo que deviene como principio fundamental, a tener en cuenta en el supuesto de plantearse un conflicto entre el derecho a la salud de los no fumadores y el derecho de los fumadores a consumir tabaco, que habrá de prevalecer, en todo caso, el derecho de los primeros siempre que por las circunstancias o los lugares donde se pretenda fumar pueda afectar al derecho a la salud de éstos.

De otro lado, esta norma vino a establecer la prohibición de fumar respecto de una serie de lugares y espacios, de cuya concreción se deduce que no existe una prohibición general de consumo de tabaco en los centros de trabajo, a salvo de las referencias expresas a los supuestos específicos de los lugares donde presten servicios las mujeres embarazadas y en los que exista mayor riesgo para la salud de los trabajadores por la combinación de los factores nocivos del tabaco y la propia actividad –o contaminante– industrial [art. 7.1 a) y b)]. No obstante ello, de la determinación de tales espacios donde regía la prohibición de fumar, aunque de una forma indirecta, se podía concluir que ésta conllevaría que, en buena parte de los casos previstos, los trabajadores ocupados en tales lugares quedarían bajo la prohibición de fumar al igual que el resto de personas que se encontraran en ellos.

A este panorama normativo derivado de la mencionada normativa general, por otro lado había que añadirle las previsiones que venían establecidas desde las Comunidades Autónomas cuyo expediente competencial se incardinó en la *política autonómica de prevención y erradicación de la drogodependencia*. Esta densa regulación legal ha supuesto nuevas y añadidas limitaciones respecto de la venta, publicidad y consumo del tabaco. La tónica general de esta legislación viene marcada por la no determinación de nuevas limitaciones –sólo se establecían concreciones al régimen general previsto en la normativa estatal– respecto de los centros de trabajo, reproduciéndose, por tanto, en gran parte las limitaciones ya referidas a nivel estatal. Sin embargo, como excepción a esta situación, se encontraba la normativa emanada de la Comunidad Foral de Navarra (Ley 6/2003, de 14 de febrero), que establecía la prohibición expresa de fumar en los espacios laborales, no obstante la posibilidad de habilitar espacios separados para fumar (art. 21.2.1 de la Ley 6/2003).

Aun en el régimen jurídico descrito, tanto nacional como autonómico, la realidad venía a poner en evidencia la escasa aplicación de aquél, alcanzándose para algunos supuestos contemplados un porcentaje de incumplimientos de hasta el 75 por 100. Así sucedió en espacios tales como hospitales, centros de enseñanza, centros de la Administración Pública, centros comerciales y estaciones de transporte <sup>1</sup>.

De otro lado, se contaba con un conjunto de *previsiones legales en materia de seguridad y salud en el trabajo* que, aunque desde una óptica general, podían ser aplicadas al riesgo del tabaquismo en razón a la consideración del aspecto nocivo y de riesgo para la salud del consumo del tabaco para con los denominados fumadores pasivos. También contaríamos con algunas prohibiciones específicas con relación a determinados colectivos de trabajadores.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) se ha venido tratando como el único instrumento normativo donde hallar normas generales aplicables al «riesgo de adicción al

<sup>1</sup> Vid. GARCÍA VIÑA, J.: «¿Prohibido fumar? La eliminación del tabaco en el lugar de trabajo. Un mecanismo para proteger la salud laboral». Edit. Tecnos, Madrid, 2005, pág. 85.

tabaco». Éstas quedarían comprendidas en los aspectos concretos de la evaluación de riesgos laborales en la empresa, la planificación de la prevención y los derechos y deberes de empresarios y trabajadores en materia preventiva. Y más allá de esta normativa general, se encontraría una normativa sobre riesgos específicos en el trabajo en la que de hecho sí que se prevén aspectos concretos sobre el consumo del tabaco en relación a determinados ambientes laborales.

Entre estas normas cabe destacar:

- Real Decreto 1389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y salud de los trabajadores en las actividades mineras.
- Real Decreto 1216/1997, de 18 de julio, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y salud en el trabajo a bordo de los buques de pesca.
- Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y salud en los lugares de trabajo.
- Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y salud en las obras de construcción.
- Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo.
- Real Decreto 2177/1996, de 4 de octubre, por el que se aprueba la norma básica de edificación «nbe-cpi/96»: condiciones de protección contra incendios de los edificios.
- Real Decreto 150/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica el artículo 109 del Reglamento General de normas básicas de Seguridad Minera; y
- Real Decreto 863/1985, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de normas básicas de Seguridad Minera.

La segunda de las matizaciones a la pretendida novedad radical de la prohibición total del consumo del tabaco en los centros de trabajo es requerida ante las prácticas «anti-tabaco», o de control y deshabituación tabáquica, llevadas a cabo en algunas empresas españolas (ej. IBM, Sanitas, SAS, Ayuntamiento de Murcia, Pegaso-Iveco, Mutua «Ibermutuamur», etc.). En ellas se ha establecido una obligación de no fumar en las dependencias de la misma, aun creándose espacios específicos para fumar. Esta situación se materializó en muchos de los supuestos a través del ejercicio de la autonomía colectiva (convenios o acuerdos colectivos de empresa), o bien a través de órdenes o instrucciones empresariales en el ejercicio regular de sus facultades de dirección <sup>2</sup> por la que se optaba por la creación de la empresa como un espacio libre de humos procedentes del consumo del tabaco.

<sup>2</sup> Órdenes empresariales que en muchos casos venían así a acoger la posibilidad prevista en la disposición adicional 2.ª del Real Decreto 192/1988 que disponía que «el titular de un centro o local, cualquiera que sea su destino, que esté abierto al público, podrá establecer prohibiciones para fumar en el mismo». Sin embargo, se planteó la duda de si ellas estaban legalmente justificadas cuando la empresa o el lugar de trabajo no estaba abierto al público. Una respuesta positiva en OJEDA AVILÉS, A.: «El tabaco y el Derecho del Trabajo: algunas preguntas sobre la política antitabaco en España», *Relaciones Laborales*, Vol. I, 2004, pág. 1.242.

Por tanto, aun con las salvedades reseñadas, se puede concluir que la situación legal que se abre con la entrada en vigor el 1 de enero de 2006 de la Ley 28/2006, podría considerarse como de cambio fundamental en el tratamiento que en las empresas españolas se venía haciendo sobre el consumo del tabaco en los centros de trabajo, y que conlleva una necesaria reformulación de los planteamientos empresariales mantenidos hasta el momento. En muchas ocasiones esta entrada en vigor planteará importantes problemas organizativos, de gestión, disciplinarios, etc., sobre los cuales la Ley 28/2005 no ha previsto nada al respecto, dada su pretendida naturaleza puramente «sanitaria». La práctica exigirá, pues, aportar una solución a los mismos desde diferentes sedes –poder unilateral de dirección del empresario, autonomía colectiva de las partes–, entendiéndose que deberá ser la vía negociada colectiva la que enfrente de manera decidida la regulación de todas las implicaciones jurídicas, sociales y económicas que conlleva la aplicación de las nuevas previsiones legales sobre el consumo y la venta de tabaco en los centros de trabajo.

### III. LAS RAZONES DE LA LEY 28/2005: SU CONTEXTUALIZACIÓN POLÍTICO-JURÍDICA Y NORMATIVA

La toma de postura del legislador en relación al tabaquismo, la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco no es una acción desconectada o aislada. Al contrario, pretende ser más bien un elemento más dentro de la política normativa que se viene demandando principalmente desde el plano internacional. La Ley da pábulo, no sé bien con qué conciencia real, a las conclusiones de diferentes Foros (médico-sanitarios, políticos, económicos, culturales, medioambientales...), en los que parecen darse por indubitadamente demostrados los beneficios que a medio y largo plazo suponen el no consumo de los productos del tabaco para la población. De ello que se venga postulando la necesaria adopción de medidas de diferente índole –culturales, educacionales, sanitarias, normativas– a fin de controlar e incluso, a largo plazo, erradicar el hábito social de consumir tabaco.

Tres son los planos normativos donde se han venido produciendo diferentes instrumentos en materia de consumo de tabaco. Éstos son, a fin de cuentas, los que explican –y justifican en cualquier caso– la acción de política jurídica emprendida por la Ley 28/2005. A saber: internacional, comunitario y nacional.

En ellos se han ido adoptando diferentes instrumentos jurídicos, así como se han ido aquilando diferentes acciones de política jurídica, cuya única finalidad viene centrada en el tratamiento del que quizás sea uno de los principales problemas sanitarios y de salud de nuestro siglo: el consumo del tabaco. En este sentido, desde el *plano internacional*, de crucial importancia para entender, en buena parte, las motivaciones de política legislativa para la aprobación de la presente Ley, las encontremos principalmente en una dualidad de instrumentos de acción:

- De un lado debemos resaltar la Estrategia Europea para el Control del Tabaquismo de 2002, elaborada para la Región Europea de la Organización Mundial de la Salud (OMS), y en el que se plantean una serie de actuaciones desde diferentes ámbitos a fin de crear los medios y mecanismos adecuados para el control del consumo de los productos del tabaco.



- De otro, el de las actuaciones previstas en el 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 (BOE de 10 de febrero de 2005), con el que se articulan una diversidad de medidas a adoptar por los Estados firmantes acerca del control sobre el tabaco a nivel nacional e internacional.

En este sentido, hay que resaltar el que se venga a reconocer en el Preámbulo de este Convenio que el tabaquismo se conforma en las sociedades actuales como una verdadera epidemia con relevantes consecuencias en la salud pública mundial, haciéndose en consecuencia necesario la articulación de toda una serie de mecanismos para afrontar sus consecuencias sociales, sanitarias, económicas y medioambientales. A este fin, se impulsa desde la OMS una serie de medidas para la reducción de la oferta y demanda de tabaco, cuyo consumo y la exposición al humo que el mismo produce se reconoce que determina indubitadamente y son causa directa, tal como ha demostrado inequívocamente la comunidad científica, de «mortalidad, morbilidad y discapacidad».

E igualmente se evidencia que en el tratamiento industrial al que se somete el tabaco, su elaboración para el consumo, se utilizan productos y sustancias «diseñados de manera muy sofisticada» (*sic*) a fin de crear y mantener la dependencia al consumo de las labores del tabaco. Ambas declaraciones, aun recogidas en el Preámbulo, no han de dejarnos indiferentes, puesto que ello determina que desde este mismo instante se reconoce legalmente dos de los elementos de convicción que, sin lugar a dudas, provocarán un cambio en las respuestas judiciales a las demandas que se produzcan por consumo del tabaco.

Todo ello, tal como el propio legislador ha tenido la oportunidad de recoger en la Exposición de Motivos de la Ley 28/2005 trasladando así las propias declaraciones recogidas en el Preámbulo del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, determina el que se trate legalmente, y de manera que no deja lugar a dudas, al tabaquismo como un riesgo para la salud con evidencias científicas sobradamente demostradas. De ahí que se mencione de manera expresa que «*los riesgos que conlleva el consumo del tabaco para la salud de la población es concluyente*», además de que «*el humo del tabaco en el ambiente (consumo pasivo o involuntario del tabaco) es causa de mortalidad, enfermedad y discapacidad*».

Ambas referencias ponen de relieve una óptica de tratamiento del consumo de tabaco diametralmente diferente a la que había imperado hasta el momento, de permisividad y tolerancia –«actividad socialmente tolerada»–. Ello, a nuestros efectos, y como hemos puesto de relieve, no es en absoluto baladí, pues de tal circunstancia se han de derivar importantes consecuencias jurídico-prácticas, ya que estas afirmaciones conllevan un cambio radical de cuanto hasta el momento se había venido manteniendo desde diferentes instancias, esto es, en la ausencia de relación de causalidad entre el consumo del tabaco y la enfermedad o muerte del sujeto. Ello determinará, a nuestro modo de ver, que, a no muy largo plazo, el sentido de las resoluciones judiciales sobre el consumo de tabaco y los efectos derivados del mismo cambien en razón a esta nueva óptica legal y en última instancia científica, en relación a las demandas por daños y para el reembolso a la sanidad pública de los gastos hospitalarios ocasionados por usuarios con enfermedades relacionadas

por consumo del tabaco, o, en el ámbito jurídico-laboral, las demandas frente a empresarios involucrados en supuestos de responsabilidad por enfermedades de sus trabajadores que tengan relación con el tabaco.

Igualmente esta Ley encuentra asimismo su plena justificación en los propios compromisos que para los Estados firmantes del Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco establece. Así, en razón a la decisión de todos ellos de «promover medidas de control del tabaco basadas en consideraciones científicas, técnicas y económicas actuales y pertinentes» (Preámbulo) «cada Parte adoptará y aplicará, en áreas de la jurisdicción nacional existente y conforme determine la legislación nacional, medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/u otras medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco en los lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados y, según proceda, otros lugares públicos» (art. 8.2).

Todo lo cual no deja dudas acerca del propio compromiso del Estado español de aprobar una normativa sobre esta materia aún más restrictiva que la hasta en ese momento en vigor. Al mismo tiempo se trataba de acometer con ello una labor de sistematización y, en fin, articular medidas de política asistencial de carácter sanitario, de prevención del tabaquismo y promoción de la salud.

En cuanto al segundo de los planos normativos mencionados, nos hemos de referir al ámbito o plano de la *Unión Europea*. En este ámbito la labor legislativa se ha centrado sobre las cuestiones de la publicidad y el patrocinio de los productos del tabaco y que ha suscitado importantes reservas ya no sólo de la empresa tabaquera, sino también de los propios Estados, e incluso de las actividades deportivas financiadas básicamente por las grandes multinacionales tabacaleras –Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, 2003/33/CE, 26 de mayo de 2003–. Pero no cabe desconocer otras específicas referencias al consumo del tabaco<sup>3</sup>, además de las más concretas referidas en diferentes Directivas sobre aspectos determinados en materia de seguridad y salud (ej. Directivas 1989/391/CE, 1989/654/CEE, 1992/57/CEE, 1992/85/CEE, 1992/91/CEE, 1992/104/CEE o 2004/37/CE). Con estos instrumentos normativos –los más sin carácter vinculante– se pone de relieve la necesaria articulación por los Estados miembros de disposiciones y medidas que garanticen la protección contra el humo a fin de crear un «medioambiente laboral seguro» (*sic*).

En definitiva, queda clara la voluntad política de las instituciones comunitarias de impulsar la lucha contra el tabaquismo pasivo en los lugares de trabajo. Este proceso se traduce en dos hechos de extraordinaria importancia a estos efectos. Primero, la intervención de la Comisión en las negociaciones del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, que llevó a recoger en su artículo 8 idénticos términos sobre el consumo del tabaco en los centros de trabajo que los mencionados en la Recomendación de 2 de diciembre de 2002. Segundo, la Decisión 2004/513/CE de la Comi-

<sup>3</sup> Ejemplo. Resoluciones de 26 de noviembre de 1996, del Consejo, sobre la reducción del consumo del tabaco en la Comunidad Europea; de 18 de diciembre de 1997, del Parlamento Europeo, de lucha contra el consumo del tabaco; de 2 de diciembre de 2002, del Consejo, de prevención del tabaquismo e iniciativas destinadas a mejorar la lucha contra el tabaco. O, en fin, la Comunicación de la Comisión de 11 de junio de 2003 y la Conclusión del Consejo de 7 de noviembre de 2003, ambas sobre la Estrategia europea de medioambiente y salud.

sión, 2 de junio de 2004, de ratificación por la Comunidad del mencionado Convenio Marco, y por la que se remarca a su vez la conveniencia de que los Estados miembros se conviertan en partes del mismo <sup>4</sup>.

Y, en fin, un tercer plano normativo que nos podrá arrojar alguna luz más sobre las motivaciones últimas de esta nueva tendencia de acción de política legislativa, la encontramos en el plano del derecho interno de los diferentes Estados de nuestro entorno social, político y cultural en el que se aprecia una evidente línea político-jurídica de cambio cultural respecto al consumo, la venta y la publicidad de los productos del tabaco. En este sentido conocidos son los supuestos de derecho comparado en los que se puede decir que existe una opción de prohibir de manera absoluta el consumo del tabaco en la casi totalidad de los centros donde se concentren las personas, y específicamente en materia laboral en los centros de trabajo. Paradigmático es el supuesto de Irlanda en la que desde el 29 de marzo de 2004 quedaba prohibido fumar en todos los centros de trabajo que no tengan la consideración de espacio al aire libre (art. 16), o bien el caso de Italia que en enero de 2005, momento en el que adquiere plena vigencia la Ley 3/2003, se prohíbe fumar en el lugar de trabajo, todo lo cual nos pone de relieve una clara tendencia de diferentes países a progresar hacia la adopción de medidas antitabaco, abriéndose en ellos un debate político y social sobre el nivel de tolerancia socialmente «aceptable» del consumo del tabaco <sup>5</sup>.

Y además, igualmente en este mismo plano habría que entender e interpretar del mismo modo esta Ley desde el denominado Plan Nacional de Prevención del Tabaquismo 2003-2007, en el que se recogen todos los aspectos que se consideran fundamentales para acometer de manera global el hábito del tabaco. En el mismo se impulsan programas que eviten la incorporación al consumo del tabaco, así como todas aquellas actividades que sirvan para disminuir la prevalencia del tabaquismo, facilitando la deshabitación tabáquica, lo que se concretará en tres grandes objetivos:

- Disminuir la prevalencia tabáquica.
- Proteger la salud de la población del aire contaminado por humo del tabaco.
- Potenciar la coordinación y participación.

Estos objetivos se pretenden materializar a través de una estrategia de carácter integral y global por la que se desarrollen medidas de todo tipo. Destacan de entre ellas las legislativas que garanticen el derecho de la población no fumadora a respirar aire no contaminado por el humo del tabaco, aun cuando habrán de ponerse en marcha otra serie de medidas como las de carácter informativo o asistencial.

<sup>4</sup> Vid. AGOTE EGUIZABAL, R. y OTAEGUI OCHOA, E.: «La normativa comunitaria e internacional básica en materia de consumo de tabaco en los centros de trabajo», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *El tabaco en los centros de trabajo*. Edit. La Ley, Cuatrecasas y Recoletos-Grupo de Comunicación, S.A., Madrid, 2006, pág. 236.

<sup>5</sup> Para un análisis de derecho comparado vid. AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *El tabaco en los centros de trabajo*, op. cit., págs. 191 y ss.

En esta línea se puede destacar el engarce que dentro de este Plan tiene a todas luces la Ley 28/2005. Precisamente, la titular del Ministerio de Sanidad la ha presentado como parte del desarrollo específico de aquél, y particularmente dentro del objetivo específico de potenciación de los espacios sin humo.

#### IV. OBJETIVOS Y CARÁCTER JURÍDICO DE LA LEY 28/2005: UNA LEY SANITARIA CON EFECTOS EN EL ÁMBITO LABORAL «IMPREVISTOS»

Conforme a su artículo 1, la Ley se plantea cumplir un doble objetivo:

- De un lado, el «establecer, con carácter básico, las limitaciones... 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» [letra a)].
- De otro, «promover los mecanismos necesarios para la prevención y control del tabaquismo» [letra b)].

Esta delimitación está en plena sintonía con los criterios marcados desde instancias internacionales, así como del propio Plan Nacional de Prevención y Control del Tabaquismo (2003-2007). La pretensión es la de articular una línea de acción múltiple y global materializada a través de una tripleta de medidas: informativas, asistenciales y legislativas. Todas ellas que habrán de tener su reflejo en el propio texto de la Ley, aunque bien es cierto que con diferente calado y trascendencia, pues es evidente la descompensación de contenidos y alcances entre las mismas, tal como tendremos ocasión de comprobar seguidamente.

Una de las características de la Ley es su sentido marcadamente prohibicionista y sancionador. Más marginal ha quedado, pues, uno de los pilares básicos sobre los que debería descansar el «edificio» entero para la prevención y el control del consumo y venta del tabaco: la vertiente de política asistencial de carácter sanitario, y la vertiente prevencionista. Esta crítica ha sido quizás la que, dentro del debate que ha supuesto esta Ley, ha tenido una menor relevancia, o al menos no tanto como la suscitada por las pretendidas «agresiones» a diferentes intereses –derecho a fumar, derecho a la libertad de empresa, derecho a la negociación colectiva, etc.– de los distintos colectivos que se han visto implicados por la nueva norma <sup>6</sup>.

Este enfoque «represivo» contrasta sobremanera con la propia importancia que, desde los comentados instrumentos internacionales y comunitarios de referencia, así como en la Ley General de Sanidad, se otorga a la prevención y a la educación en salud. También se desmarca en parte de los términos en los que viene a concretarse el Plan Nacional de Prevención y Control del Tabaquis-

<sup>6</sup> Vid. Dictamen sobre el anteproyecto de ley reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco del Consejo Económico y Social, en especial págs. 5, 6, 12 y 16; e igualmente el Dictamen del Consejo de Estado n.º 366/2005, pág. 18.

mo (2003-2007) y asumidos por el Gobierno de la Nación de adopción de medidas informativas y asistenciales que evidencien los riesgos que representa el tabaco para la salud y faciliten el abandono de la dependencia tabáquica.

Un buen ejemplo de este sesgo de la Ley es la marginalidad y ambigüedad con que ha delimitado el contenido del Capítulo IV acerca de las «medidas de prevención del tabaquismo, de promoción de la salud y de facilitación de la deshabituación tabáquica». Siendo además un capítulo que sólo adquirió cuerpo en el texto articulado durante el propio proceso de aprobación de la Ley 28/2005, puesto que en el Anteproyecto de ley presentado por el Ministerio de Sanidad quedaba relegado su contenido a una disposición adicional –la cuarta–. No creo que merezca mayor comentario para dejar bien claro cuál era la principal motivación y objetivo de la acción de política de salud pública que se pretendía poner en práctica <sup>7</sup>.

Por consiguiente, de la panoplia de objetivos mencionados en el artículo 1 de esta Ley, sólo a unos de ellos se les articula un instrumental normativo a fin de su puesta en práctica, en concreto, «las limitaciones... 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» –letra a)–. El resto queda, pues, en un segundo plano, la promoción de los «mecanismos necesarios para la prevención y control del tabaquismo» –letra b)–. En consecuencia, su puesta en acción dependerá de la voluntad política de los responsables en materia sanitaria de los gobiernos, central y autonómicos, de turno.

En esta línea, y en relación a la perspectiva jurídico-laboral, el primero de estos objetivos, la limitación del consumo del tabaco, tiene especiales repercusiones, pues se derivan unas específicas obligaciones para trabajadores y empresarios. Se formula una prohibición para con una de las variantes del consumo del tabaco –el fumar– en los centros de trabajo cerrados, lo cual se debe interpretar desde una clara perspectiva de protección de la salud de los trabajadores.

Ello, a su vez, determinará que entre a jugar, aun con las limitaciones que hemos resaltado anteriormente, el segundo de los objetivos de la Ley 28/2005: la promoción de su prevención y el impulso de medidas de deshabituación tabáquica en los centros de trabajo. Por tanto, como se puede apreciar, hay una patente incidencia de estos objetivos legales en materia de control del tabaquismo en las relaciones laborales, lo cual habrá de valorarse oportunamente a fin de determinar cuál es el alcance y contenido de estas prescripciones legales en la materia.

Al hilo de estos planteamientos se hace necesario abordar, con carácter previo, una cuestión básica o elemental, que inicialmente puede parecer baladí pero que no lo es, porque nos facilitará comprender mejor la trascendencia de la Ley 28/2005 en el ámbito laboral. Nos estamos refiriendo a la pregunta sobre el carácter de la presente Ley, y concretamente saber si ésta tiene dimensión laboral o no. La cuestión se plantea porque siendo evidente la dimensión «sanitaria» de la Ley, aun con el matiz referido a su extremado celo prohibitivo, y también la ausencia de un carácter formalmen-

---

<sup>7</sup> *Ibidem*.

te «laboral», la incidencia que está llamada a tener en el ámbito de las relaciones laborales –y de protección social– bien hubiera merecido alguna previsión al respecto, más allá de la regla de indiferencia respecto de la legislación de prevención de riesgos laborales.

A este respecto, la EM es clara al enfatizar que se trata de una norma marcadamente de carácter sanitario y salud pública<sup>8</sup>. De ahí, que sus fundamentos constitucional y legal se encuentren, por este orden, en los artículos 43 de la Constitución Española –que reconoce el derecho a la protección de salud y encomienda a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios– y 25.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad –sobre el establecimiento de prohibiciones y requisitos mínimos para el uso y tráfico de los bienes cuando supongan un riesgo o daño para la salud, como es el caso del tabaco–. Pero además se deja ello remarcado en otra serie de indicaciones, que si se interconectan entre sí no parece dejar margen alguno para la duda respecto a su carácter sanitario.

De ellas se pueden destacar la propia denominación de la Ley cuando se hace referencia a «... medidas sanitarias...». O el artículo 20.6, que establece la compatibilidad de las responsabilidades administrativas con las de cualquier otro orden en las que se pudieran incurrir. También la disposición adicional séptima por la que se determina que «*lo establecido en esta Ley se entiende sin perjuicio de las demás limitaciones y prohibiciones al consumo del tabaco contenidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales*»; o, en fin, las propias potestades normativas de las Comunidades Autónomas que se vienen poniendo de relieve en el propio texto legal.

En vista a esta delimitación, por tanto, habría que descartar el que estuviéramos ante una norma de carácter laboral en general, o de prevención de riesgos laborales en particular. Esta afirmación está cargada de consecuencias en el orden jurídico-laboral, en materias tales como las competencias inspectoras, las de sanción desde la vertiente laboral, de prevención de riesgos laborales, etc.

Ahora bien, que una Ley no tenga «naturaleza laboral», a los efectos del ejercicio de las competencias normativas conforme a la distribución constitucional, en modo alguno significa que carezca de «efectos» en el ámbito laboral. Y ello por cuanto que dentro de esa general política de salud en la que están basadas las medidas para impulsar esta Ley, se producirán en todo caso intersecciones entre grupos normativos, y en concreto quedarán implicados algunos de aquéllos, tales como el de la propia seguridad y salud en el trabajo. No se trata tanto con esta Ley de normar en materia de prevención de riesgos laborales, sino del tema más amplio de seguridad y salud laboral, quedando inscritos en el mismo cuestiones como las de los trastornos que se produzcan en los trabajadores no fumadores que desempeñen su actividad en un ambiente con humos, o el propio de las adiciones al tabaco.

El hecho de constituirse el humo ambiental en uno de los riesgos existentes en el medio laboral, pone de relieve que el riesgo genérico para la salud que constituye el humo del tabaco, si se tras-

<sup>8</sup> En igual sentido, *vid.* DEL REY GUANTER, S.: «Antecedentes y objetivos de la Ley», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *El tabaco en los centros de trabajo*, *op. cit.*, págs. 22 y ss.; LANZADERA ARENCIBIA, E.: «Aspectos generales e implicaciones laborales de la Ley del Tabaco», CEFGestión, n.º 89, enero 2006, pág. 77; BENEYTO CALABUIG, D.: «Incidencia de la Ley antitabaco en las empresas». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. N.º 275, febrero 2006, págs. 207 y ss. y 218 y ss.

lada al ámbito de prestación del trabajo, pasa a convertirse en un riesgo eminentemente laboral. Y este hecho no debe dejarnos indiferentes. Los incumplimientos de las prescripciones legales en materia de consumo de tabaco, desde el momento en el que entran a afectar plenamente a la salud de los trabajadores, determinan la puesta en acción del instrumental normativo en materia de salud laboral, además del propiamente administrativo-sanitario de esta Ley. Con ello se abren importantes interrogantes en temas tales como el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la materia, aunque ésta ya se haya precipitado en «quitarse» de encima el problema.

En conclusión, aun el indudable carácter sanitario y de salud pública de la Ley 28/2005, dada la trascendencia e implicaciones de esta norma en el ámbito de las relaciones laborales, así como las enormes dificultades para deslindar entre lo que constituyen normas de sanidad y normas en materia de seguridad y salud laboral, desde estas intersecciones entre los citados grupos normativos ello determinará que disposiciones concretas pueden calificarse según varias de dichas acepciones, lo cual no afectará, sin embargo, a la materia de infracciones y sanciones laborales<sup>9</sup>. Por tanto, las exclusiones a la intervención en materia de vigilancia para el cumplimiento de esta Ley, aun cuando se evidencia implícitamente una más que restrictiva delimitación legal, sin embargo entendemos que en su accionamiento estarían plenamente habilitadas las representaciones de los trabajadores –sindicales, unitarias genéricas y unitarias específicas en materia de prevención de riesgos–, los servicios de prevención, y, en fin, la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>10</sup>.

## V. DIMENSIÓN JURÍDICO-LABORAL DE LA LEY ANTITABACO: INCIDENCIA DE LA REGULACIÓN DEL CONSUMO DEL TABACO EN LA RELACIÓN LABORAL

Aunque el legislador ha debido pensar otra cosa bien distinta, hasta el punto de silenciar el problema, venimos insistiendo en que la Ley 28/2005 no sólo tiene relevancia en el ámbito de las relaciones laborales, sino que en este ámbito sus efectos son de trascendencia notable y notoria. El aluvión de comentarios que está generando esta Ley por parte de los especialistas de esta rama del ordenamiento así lo acreditaría inequívocamente. En consecuencia, es ineludible destacar los aspectos más relevantes que, a nuestro juicio, plantean los términos legales utilizados, como aportar posibles criterios de solución que se pueden manejar para dar cumplida respuesta a cuantas cuestiones se deriven de la determinación de aquéllos.

<sup>9</sup> Poniendo de relieve esta circunstancia, *vid.* BLASCO LAHOZ, J.F. y LÓPEZ GANDÍA, J.: «Comentario al artículo 6 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., Dir.): *Comentarios a la LPRL y desarrollos reglamentarios*, Comares, Granada, 2004, págs. 68 y ss.

<sup>10</sup> No obstante ello, la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha adelantado una posición en principio contraria a la intervención en materia de cumplimiento y control de la prohibición de fumar, aun cuando justifica su intervención en los supuestos en los que existan riesgos específicos derivados de este incumplimiento en el ámbito laboral.

## 1. La vertiente prohibicionista sobre el centro de trabajo.

### a) La dualidad de actividades prohibidas sobre el tabaco en los centros de trabajo.

Con la entrada en vigor de la Ley 28/2005 hemos de determinar cuáles son las actividades relacionadas con el tabaco que vienen a prohibirse en los centros de trabajo. Sin lugar a dudas, la prohibición total de fumar en los centros de trabajo [art. 7 a)] se ha conformado como el principal elemento de prohibición que viene impuesto por el legislador a partir del 1 de enero de 2006. Esta imagen es lógica en tanto que fumar constituye la actividad que mayor relieve tiene dentro de las prohibidas, ya que afectará a más de ocho millones de trabajadores.

Sin embargo, se prevén dos tipos de prohibiciones en el centro de trabajo:

- La prohibición de fumar [art. 7 a)] y
- La prohibición de suministro y venta de productos del tabaco –art. 5 a) y g)–.

En relación a la prohibición de fumar en los centros de trabajo –art. 7 letra a)–, y sin perjuicio de que lo que se dirá de inmediato en lo que se refiere a la perspectiva funcional-geográfica que adopta el legislador para establecer la prohibición, hemos de poner de relieve que el legislador no parece haber establecido una prohibición total de «consumo» de productos del tabaco en los centros de trabajo. El tenor literal de la prohibición establecida se circunscribe a una sola de las modalidades de consumo de los productos del tabaco, como es la de *fumar*. En consecuencia, podría pensarse que queda expedito el camino para la licitud de *otras formas de consumo*, que se expresan por la propia norma: inhalados, chupados o masticados [art. 2 a)].

Ello no deja de llamarnos la atención en tanto que de esta delimitación parece desprenderse sin duda que la presente Ley no adopta una visión preventiva frente a toda la población, sean fumadores o no, quedando circunscrita a uno solo de los colectivos, el de no fumadores. Lo cual viene a contradecirse con el argumento medular de toda esta normativa, y que se convierte en el eje central de actuación político-jurídica: «*la evidencia científica sobre los riesgos que conlleva el consumo del tabaco para la salud de la población*» (EM). Esta Ley no pretende en consecuencia incidir –previniendo y asistiendo sanitariamente para su abandono– acerca del hábito tabáquico de los trabajadores fumadores, sino crear «espacios libres de humo» del tabaco en los centros de trabajo, de modo que con ello se preserve el derecho de los no fumadores a no verse afectados por las consecuencias nocivas que conllevan el respirar el humo del tabaco y, por tanto, preservar su derecho a la salud. El efecto de tutela se produce, pues, para los trabajadores no fumadores –o fumadores pasivos–, lo cual no obsta a que, éstos, en ciertas circunstancias, también se encuentren desprotegidos frente al humo –ej. establecimientos de hostelería y restauración–.

Quizás una lectura *a sensu contrario* del artículo 6 de la Ley 28/2005 pudiera abrir una vía diferente y más acorde con una interpretación sistemática y teleológica de la norma. En efecto, el



«consumo de productos» debe hacerse «exclusivamente» en lugares o espacios donde «no esté totalmente prohibido», o en los que estén «especialmente habilitados para ello». Pero conforme al artículo 7 a), los centros de trabajo, son lugares en los que rige «la prohibición total de fumar».

Los términos no parecen, sin embargo, claros, lo que atendiendo al principio de favor por la interpretación más favorable a la «libertad», entiendo que la lectura más coherente de la Ley es la que prohíbe sólo el fumar, pero no la posibilidad del consumo de tabaco en otras modalidades. Ciertamente que son bastante menos comunes, casi residuales en la actualidad, pero en todo caso posibles, como evidencia que en otros países comunitarios en los que rige la prohibición de fumar estas otras formas menos negativas se acepten (ej. los inhaladores de tabaco en Suecia). En todo caso, cabe la posibilidad de exclusión de estas otras formas por determinación de las Comunidades Autónomas, mediante una normativa más restrictiva que la estatal, o bien que sea el propio empresario individualmente o a través de acuerdo colectivo con los representantes de los trabajadores los que vengan a imponer la total prohibición de consumo de productos de tabaco en la empresa en razón a una expresa medida en materia de seguridad y salud de los trabajadores de la empresa.

Por otro lado, en cuanto a la segunda de las prohibiciones señaladas, la prohibición de suministro y venta de productos del tabaco [art. 5 letras a) y g)], es importante reseñar que la misma, en orden a la propia determinación legal que se viene a utilizar, es aún más amplia que la prohibición de fumar establecida en el artículo 7, y ello desde un doble punto de vista:

#### 1. Desde el ámbito funcional-geográfico que delimita la prohibición.

Éste alcanza tanto al centro de trabajo como a los espacios al aire libre. Para el primero rige la prohibición de llevar a cabo actividades de suministro y de venta de productos del tabaco, sin posibilidad de excepción. Para los segundos el artículo 7 a) prevé un régimen especial de excepción.

#### 2. Desde el ámbito de los productos que quedan prohibidos.

En la prohibición de suministro y venta se acoge a cualquier producto del tabaco en el sentido descrito en el artículo 2 a) de la Ley –fumados, inhalados, masticados o chupados–. En cambio, la prohibición descrita en el artículo 7 a) se ciñe sólo a una modalidad de consumo de los productos del tabaco: la de fumar.

A esta delimitación general de la prohibición de suministro y venta de productos del tabaco, la Ley viene a establecer una serie de excepciones:

- La prevista en la disposición adicional sexta por la que establece un régimen especial para las expendedurías de tabaco radicadas en los centros penitenciarios.
- La dispuesta por la disposición transitoria primera que establece un régimen transitorio para las expendedurías que estén radicadas en los lugares y espacios previstos en el artículo

lo 5 g) de la Ley, a las que se les permite continuar vendiendo hasta la extinción de la concesión administrativa correspondiente. Previéndose para el resto el plazo de un año para solicitar un nuevo emplazamiento.

Para estos supuestos de excepción el legislador ha tenido presente un hecho sobre el que los críticos a esta norma han incidido sobremanera, y es el intento de evitar eventuales costes a la Administración, tanto en relación al lucro cesante como al daño emergente. Así, con la habilitación de tales excepciones, y en especial la recogida en la disposición transitoria primera, se ha intentado y conseguido, por un lado, seguir posibilitando la presencia de tales expendedurías en todos los centros y dependencias de la Administración Pública donde venían desarrollando su actividad. Por otro, evitar que los actuales concesionarios de las mismas en vista a tal prohibición solicitaran la indemnización por los daños y perjuicios que la misma les ocasionara y que les llevara a la extinción *ante tempus* de la concesión administrativa de la que eran titulares. La preocupación por no afectar negativamente la «facturación» de microempresas ha estado presente en la recordada modificación del apartado b) del artículo 4 de la Ley, mediante el Real Decreto-Ley 2/2006, al objeto de permitir a los quioscos de prensa instalar máquinas expendedoras.

*b) Alcance de la prohibición para los centros de trabajo y sus excepciones.*

Un dato que evidencia la inevitable repercusión laboral de esta Ley eminentemente sanitaria es el recurso, para la delimitación del alcance de la prohibición de fumar, a conceptos forjados en las normas laborales, como es el centro de trabajo. En efecto, el legislador no se ha referido expresamente a una colectividad de personas –los no fumadores, los fumadores o ambos colectivos–, sino que ha recurrido a una delimitación geográfica-funcional <sup>11</sup>, que relaciona esta prohibición con un espacio concreto: el centro de trabajo.

En tal sentido, el artículo 7 dispone que «*se prohíbe totalmente fumar... en: a) centros de trabajo públicos y privados*». Tal como se puede observar, la prohibición de fumar se eleva a su máximo grado en tanto que utiliza el término de «totalmente», lo que no deja duda en cuanto al alcance que se le pretende imprimir a la interdicción de consumo de tabaco en los centros de trabajo.

No obstante, a esta delimitación se le viene a establecer una excepción que circunscribe a un espacio físico concreto la acción de tal prohibición: en principio, todos los espacios físicos del centro de trabajo, «*salvo los espacios al aire libre*». Esta descripción legal de los espacios de dónde rige la prohibición y dónde no, en principio parece que no debiera plantear problema alguno, aun cuando deja sin respuesta muchos aspectos que pueden plantear una problemática aplicativa práctica digna de ponerse de relieve.

<sup>11</sup> Vid. DEL REY GUANTER, S.: «La prohibición "total" de fumar en los centros de trabajo», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *El tabaco en los centros de trabajo*, op. cit., pág. 27.

Partiendo pues de esta primera concreción de la prohibición total de fumar en determinados espacios que lleva a cabo la Ley 28/2005 en su artículo 7 a), y que se viene a definir como se ha dicho respecto de los centros de trabajo, consideramos que es sin lugar a dudas la determinación sobre el consumo de tabaco y sus limitaciones legales que más importancia tiene en relación al ámbito laboral. Sin embargo, tal concreción plantea un considerable cúmulo de cuestiones que en todo caso hay que destacar.

En primer lugar, una de las principales dudas que nos asalta es la de qué concepto es el que maneja el legislador cuando viene a referirse a «centro de trabajo». En este sentido, se puede entender desde un doble punto de vista al término «centro de trabajo»:

- Bien considerando que tal mención se vincula al concepto de «centro de trabajo» que viene establecido en el artículo 1.5 ET, por el que se entiende a éste como la «unidad productiva con organización específica que sea dada de alta como tal ante la autoridad laboral».
- Bien estimando que el término «centro de trabajo» se viene a utilizar por el legislador en un sentido vinculado al lugar donde se presta la relación laboral, por tanto, desde un punto de vista más amplio y genérico que el especificado por el artículo 1.5 ET y muy próximo al término utilizado en la normativa de prevención de riesgos laborales de «lugar de trabajo».

Acerca de esta disyuntiva que se nos plantea, y que en ningún caso es una cuestión baladí, pues de tal delimitación dependerá en muchas ocasiones el que rija o no la prohibición de fumar en un espacio donde se preste una actividad laboral u otro, entendemos que para dar cumplida respuesta a la misma habría en todo caso que partir de un dato que es muy esclarecedor: el que no sea una norma de carácter laboral. Esta circunstancia nos debe llevar sin lugar a dudas a comprender que la acepción de «centro de trabajo» expresada en esta Ley no es la que se viene a determinar en el artículo 1.5 ET, sino que es aquella más genérica que supone vincular tal término a todo aquel lugar, espacio o área donde el trabajador por razón de su relación laboral deba y pueda tanto acceder, como permanecer en él <sup>12</sup>. Y, por tanto, más próximo al concepto de «lugar de trabajo» que se maneja en la mencionada legislación sobre prevención de riesgos laborales, y especialmente en el artículo 2 del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, de disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo <sup>13</sup>. Y es más, a este entendimiento coadyuva igualmente la consideración que se ha resaltado con anterioridad acerca de la indudable dimensión de esta Ley en materia de seguridad y salud de los trabajadores, siendo en consecuencia obligado que los términos que en este ámbito se manejen sean los que hayan igualmente que tener en cuenta a la hora de aplicar las previsiones legales de la Ley 28/2005 en el específico campo de las relaciones laborales.

<sup>12</sup> En igual sentido, *vid.* BENEYTO CALABUIG, D.: «Incidencia de la Ley antitabaco en las empresas», *op. cit.*, pág. 210; DEL REY GUANTER, S.: «La prohibición "total" de fumar en los centros de trabajo», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *El tabaco en los centros de trabajo*, *op. cit.*, págs. 27 y ss.

<sup>13</sup> En él se define al «lugar de trabajo» como «las áreas del centro de trabajo, edificadas o no, en las que los trabajadores deban permanecer o a las que puedan acceder por razón de su trabajo. Y se considerarán incluidos los servicios higiénicos, los locales de descanso, los locales de primeros auxilios y los comedores».

En otro orden de cosas, aunque vinculado a la delimitación espacial en la que se proyecta la limitación legal de fumar tabaco, encontramos dos interrogantes añadidos a tal delimitación:

- a) Qué consecuencias habría que reconocer al hecho de que se especifique en la Ley que tal prohibición recae sobre los centros de trabajo «*públicos y privados*».
- b) Cuál es el alcance que hay que reconocer a la excepción a esta prohibición concretada en que no rige en «*los espacios al aire libre*».

En relación a la primera de las cuestiones planteadas, se podría entender que cuando se viene a utilizar por el legislador los términos «*públicos y privados*» en relación a los centros de trabajo, está haciendo referencia a la naturaleza jurídica de la persona física o jurídica que consta como titular de tal centro.

Sin embargo, por otro lado, también cabría pensar que lo que se viene a hacer mención no es tanto a la titularidad del mismo, sino a la finalidad o uso que del centro de trabajo se vaya a hacer, esto es, si el mismo tiene como finalidad prestar un servicio al que pueda acceder el público en general, o está restringido única y exclusivamente a los trabajadores para la realización efectiva de su prestación laboral <sup>14</sup>.

En apoyo de una u otra acepción gira un argumento común: el que en otros apartados del mismo precepto se viene a hacer referencia a aspectos específicos de concretos espacios que harían pensar que por contraposición excluirían tal solución interpretativa. En concreto, nos estamos refiriendo a que juega en contra de la primera opción planteada el que la letra b) del artículo 7 se refiera como otro espacio donde rige la prohibición total de fumar a «*centros y dependencias de las Administraciones Públicas y entidades de Derecho público*», lo cual se podría entender que también engloba a los centros de trabajo públicos y que, por tanto, de optarse por la primera de las opciones planteadas, nos llevaría a tener que mantener que el legislador cae en una pura redundancia si se leen conjuntamente ambos apartados.

Sin embargo, tal argumento es igualmente aplicable a la segunda de las opciones descritas –carácter público o privado en función de su destino o uso–, pues, como se puede comprobar, se recogen en el mencionado artículo 7 otros diferentes supuestos –establecimientos sanitarios, zonas deportivas, centros comerciales o de restauración, etc.– en los que la dimensión de uso público del espacio al que se le establece la prohibición de fumar haría innecesaria la concreción legal de la letra a) de este artículo 7 referida al centro de trabajo.

A este respecto, entendemos que la opción interpretativa no está tanto en si el destino o la titularidad del centro, más bien ello se ha de entender como una nota más del escaso carácter técnico

<sup>14</sup> Poniendo de relieve ambas opciones *vid.* BENEYTO CALABUIG, D.: «Incidencia de la Ley antitabaco en las empresas», *op. cit.*, págs. 210 y ss.; DEL REY GUANTER, S.: «La prohibición "total" de fumar en los centros de trabajo», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *El tabaco en los centros de trabajo*, *op. cit.*, págs. 28 y ss.

con el que se ha redactado la presente Ley. En ningún caso el legislador se ha querido referir de manera precisa a una u otra de las opciones que se vienen aquí planteando, más bien, lo que el propio legislador ha pretendido es que de la relación de espacios que se describen no se pudiese desprender que se excluye de su aplicación colectivos sobre los que en bastantes ocasiones se ha establecido una excepción aplicativa de la norma –ej. en materia de prevención de riesgos laborales respecto de concretos colectivos de funcionarios, art. 3 LPRL–, o sobre espacios en concreto en los que por su uso privado excluiría una aplicación de la norma. La letra a) del artículo 7 en todo caso lo que viene a concretar es que en todo espacio en el que se realice una actividad productiva regirá la prohibición total de fumar tabaco <sup>15</sup>.

En cuanto a la cuestión referida al alcance que habría que reconocer a la excepción impuesta a la prohibición de fumar en los centros de trabajo que se viene a concretar en que aquélla no rige en «los espacios al aire libre», a nuestro modo de ver, de ello cabrían extraerse las siguientes consecuencias:

a) De tal excepción se debe entender que el legislador no ha establecido una prohibición total de fumar en el centro de trabajo, sino sólo de fumar en los espacios que no estén al aire libre. Por tanto, en todo lugar o espacio que estructuralmente esté conformado por elementos constructivos que lo aíslen del exterior –espacio cerrado– se considerará que rige la prohibición total de fumar. Y, por el contrario, los que estén en contacto con el aire libre, en cuanto que carecen de elementos constructivos que impidan esta circunstancia, se considera que cabe fumar por parte de los trabajadores y demás personas que estuvieren en el centro de trabajo. Sin embargo, se nos plantea la duda de cuál debe de ser el grado de apertura de tales espacios para que se entienda que pueden calificarse como al «aire libre». ¿Cabe sólo para los supuestos de espacios sin ningún tipo de elemento que bien lo circunde, o bien lo cubra? ¿Se debe exigir que no haya una continuidad total entre el espacio al aire libre y el cerrado? ¿Sería posible considerar espacio cerrado a aquel que aunque se encuentre al aire libre, sin embargo por las corrientes de aire el humo podría entrar en el espacio cerrado?

A todas estas cuestiones no se aporta respuesta precisa en el texto de la Ley, sin embargo sí contamos con algún elemento de extraordinaria valía para al menos excluir determinadas opciones interpretativas. En concreto, el hecho de que en la letra o) de este artículo 7 se haga referencia a «espacios que se encuentren por completo al aire libre» nos debe llevar a entender que el legislador tiene presente que existirán espacios completamente al aire libre, y otros cuya exposición al aire libre no sea total, bien porque los circunden elementos constructivos, bien porque éstos los cubran, y para ambos casos ello podrá ser de manera total o parcial.

En todo caso, y aun cuando las respuestas que se han aportado por parte de las autoridades sanitarias han sido contrarias a la consideración de espacio al aire libre de determinados elementos

<sup>15</sup> En similares términos, *vid.* DEL REY GUANTER, S.: «La prohibición "total" de fumar en los centros de trabajo», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *El tabaco en los centros de trabajo*, *op. cit.*, pág. 29. En contra, manteniendo la opción interpretativa del uso del centro, *vid.* BENEYTO CALABUIG, D.: «Incidencia de la Ley antitabaco en las empresas», *op. cit.*, pág. 211.

estructurales de los edificios en los que se ubican los centros de trabajo –ej. balcones–<sup>16</sup>, sin embargo entendemos que tales supuestos se habrán de resolver en todo caso partiendo de la aplicación del principio que viene a dar sentido a esta limitación: la preservación a todos los trabajadores –no fumadores, principalmente, pero fumadores por añadidura– de un espacio definido por la ausencia total de humo de tabaco. Además, partiendo de ello, se irán resolviendo los supuestos que se planteen en todo caso cuando se cuente con la normativa de desarrollo que corresponde aprobar a las autoridades sanitarias de las Comunidades Autónomas. Y, por último, ello no se planteará en los supuestos, todos ellos previstos en la letra s) del artículo 7, en los que se dicte una normativa más restrictiva en la materia –se está pensando en la que proceda de las Comunidades Autónomas, pero no habría que descartar acciones legislativas estatales– o para los casos en los que el empresario de manera unilateral haga uso de la posibilidad que la mencionada letra s) cuanto dispone que se prohibirá totalmente fumar «en cualquier otro lugar en el que por decisión de su titular se prohíba fumar», o en fin cuando rijan una norma que prohíba de manera expresa fumar en otros lugares a los no previstos o a los excluidos de la prohibición total de fumar de la Ley 28/2005 –principalmente será en el ámbito laboral la normativa específica en materia de prevención de riesgos laborales–.

b) Una segunda consideración en relación a los espacios al aire libre sería si tales espacios deben estar integrados en el centro de trabajo, ser parte de él, o cabe entender por tales también a los que no pertenezcan al mismo. Ésta de presente y de futuro se constituirá como uno de los elementos que más conflictividad laboral pueda plantear, puesto que si por espacios al aire libre se entienden igualmente los que no pertenecen al centro de trabajo se plantearía la situación de parecer que el legislador estuviere habilitando para que los trabajadores fumadores pudieran hacer uso de ellos. A nuestro modo de ver, en ningún caso el legislador se está refiriendo a esta posibilidad, más bien lo que pretende es remarcar que en los espacios que reúnan tal condición no regiría la prohibición de fumar, sin pretender circunscribir los mismos a una u otra de las posibilidades aquí planteadas.

Por tanto, habrá de ser el empresario de manera unilateral o bien de manera concertada con los representantes de los trabajadores –opción esta más apropiada– quien o quienes habrán de determinar cuáles son los espacios que pueden ser utilizados para fumar tabaco –con independencia de su titularidad, aun cuando habrá que estar a las directrices que se marquen por los titulares de los mismos– y, más importante, cuál será su régimen de uso.

<sup>16</sup> A este respecto en consideración a las competencias legislativas en materia sanitaria que tienen reconocidas las Comunidades Autónomas, lo cual avala la potestad de desarrollo de la Ley 28/2005, siendo así advertido de manera expresa en la disposición final primera de esta Ley, ya se ha manifestado alguna Comunidad Autónoma –v. gr. la Comunidad Autónoma de Madrid– en el sentido de que en el futuro reglamento de desarrollo se permitirá fumar en espacios del centro de trabajo tales como los balcones y terrazas, lo cual contrasta con las propias indicaciones del Ministerio de Sanidad que excluía al menos la posibilidad de fumar en los balcones de los centros de trabajo. En todo caso, y a pesar de estas cuestiones de desarrollo de los términos legales que parecen responder más a motivaciones de enfrentamiento político, que a las puramente de orden aplicativo e interpretativo de las disposiciones legales, entendemos que en todo caso el margen de actuación que las Comunidades Autónomas tendrían en esta materia se circunscribe a una labor de desarrollo dentro de la configuración legal de la prohibición y sus excepciones establecidas, y que, por tanto, no podrían establecerse exclusiones a la prohibición para espacios en los que de manera indubitada no se pudiera calificar como «espacio al aire libre» que imposibilite que el humo del tabaco pueda ser inhalado de cualquier forma –voluntaria o involuntaria– por otros trabajadores del centro.

c) Al hilo de lo anterior nos surge la cuestión de determinar cuál o cuáles serían las obligaciones del empresario en relación a tales espacios al aire libre y su uso. En principio entendemos que no cabe duda de que el legislador en todo caso ha entendido que el empresario tiene plena libertad a la hora de decidir en esta materia, y por tanto no recae sobre él ninguna obligación de habilitar un espacio al aire libre en el centro de trabajo, o, en el supuesto de que éste ya existiera, permitir que fuera utilizado para fumar por los trabajadores. Y de ello es sintomática la propia previsión recogida en la letra s) del artículo 7 en cuanto se determina que se prohíbe totalmente fumar «*en cualquier otro lugar en el que... por decisión de su titular, se prohíba fumar*» lo cual no deja pie a ninguna duda en cuanto a entender que se establecen obligaciones para el empresario en esta materia.

No obstante, entendemos que aun no viniendo prevista esta posibilidad, sin embargo, cabría que el empresario pudiera acordar con la representación de los trabajadores a través de acuerdo o convenio colectivo los términos que vinieran a referirse a los espacios al aire libre del centro de trabajo, su habilitación, su régimen de uso, y cuantos aspectos tuvieran una relación directa con esta temática. Manteniéndose además que si ya existieren acuerdos o convenios colectivos previos a la entrada en vigor de la Ley 28/2005 y que vinieran a establecer previsiones sobre la materia, no habría ningún obstáculo para entender su plena aplicación jurídica en la actualidad, aunque, eso sí, siempre que no se opusiera a lo previsto en aquella norma.

d) Una última consecuencia de la delimitación del espacio en el que rige la prohibición total de fumar y aquellos donde no, la encontramos de nuevo en que tal como aquella se ha realizado ello pone de relieve cuál es la verdadera motivación del legislador a la hora de haber optado por prohibir el hábito social de fumar. Esta prohibición no se realiza en orden a una buscada lucha contra un hábito social que es nocivo para la salud de quien lo realiza y de quienes involuntariamente aspiran las sustancias que producen los hábitos de aquéllos, sino sólo respecto de uno de estos dos colectivos: los fumadores pasivos, preservándose de este modo su derecho a respirar un aire libre de humos de tabaco. Ello demuestra a las claras cómo la pretendida visión de lucha integral desde los poderes públicos frente a una actividad que provoca grandes pérdidas humanas y sociales y cuantiosos costes económicos, sólo se decanta por uno de los dos colectivos afectados, estigmatizándose al otro, lo cual lleva a afirmar que se desconoce, o al menos así se plantea, que no existe una voluntariedad real de tales sujetos respecto de la realización del hábito de fumar. La dimensión de la adicción como enfermedad real se rechaza, proscribiendo y recluyendo a quienes la padecen.

Otra de las cuestiones que tienen expresa relación con el tema que nos ocupa sobre la delimitación del alcance de la prohibición de fumar en el ámbito de las relaciones laborales, hemos destacado cómo a este fin el legislador no se ha referido expresamente a una colectividad de personas –los no fumadores, los fumadores o ambos colectivos–, sino que lo ha hecho depender respecto de una delimitación geográfica-funcional por la que se relaciona a esta prohibición con un espacio concreto: el centro de trabajo. Ello determina que desde el momento en el que no se hace referencia a un colectivo específico de personas para la aplicación de tal prohibición, habrá de entenderse, en todo caso, que lo determinante para entender quién o quiénes quedarán afectados por tal prohibición se habrá de realizar a través de los sujetos que puedan concurrir en el espacio al que se le vincula tal prohibición.

En consecuencia, se ha de entender que la prohibición de fumar alcanzará a todas las personas que puedan acceder en la condición jurídica que fuere al centro de trabajo: todos los que presen un trabajo con independencia del vínculo jurídico que tuvieren, los que asumieren la dirección del centro, los titulares jurídicos del mismo, proveedores, los usuarios y clientes del centro, todo el personal perteneciente a los Cuerpos de Inspección y Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, visitantes, etc. Por tanto, los términos en los que se formula tal prohibición ponen de nuevo de relieve que el espíritu de esta Ley en relación a las relaciones laborales es claramente de creación y preservación de un ámbito o espacio no contaminado por el humo del tabaco, sin pretender establecer diferencias algunas entre los colectivos de personas que pudieren concurrir y coincidir a un mismo tiempo en un espacio catalogado de centro de trabajo. Lo cual habrá de entenderse como criterio general en la materia, a salvo de las excepciones que se verán de inmediato.

Otro tema importante dentro de la delimitación del alcance de la prohibición de fumar en el ámbito de las relaciones laborales lo tenemos en el hecho de que el propio artículo 7 viene a señalar, en el resto de apartados del mismo, determinados lugares que reúnen en todo caso una doble condición: de centro de trabajo y de lugar donde accede el usuario del servicio o el cliente del establecimiento. Para tales supuestos, hay que destacar que en ciertas ocasiones se permite fumar en espacios al aire libre –letras e), g), i), o) y r)– y para el resto no se prevé tal excepción a la prohibición total de fumar en tales espacios. Lo cual nos plantea la duda de qué consideración habrá que otorgarle a tales espacios donde no se prevé la mencionada excepción: ¿el régimen a seguir por los trabajadores de tales establecimientos sería el previsto en términos generales en la letra a) para los centros de trabajo, o habría que estar en cada caso a lo previsto de manera específica en el apartado correspondiente?

A este respecto, entendemos que las previsiones recogidas en el resto de apartados del artículo 7 no están previstas en su dimensión laboral, esto es, en su condición de centro de trabajo, sino sólo desde el punto de vista del usuario o cliente del mismo, por tanto, habría que aplicar en tales supuestos la determinación legal específica para los centros de trabajo que viene establecida en el apartado a) del artículo 7, quedando, en consecuencia, habilitada para fumar toda zona o espacio que cumpla la condición legal para aplicar la excepción a la prohibición de fumar, esto es, ser un espacio al aire libre.

Entendemos que otra interpretación resulta, cuanto menos, ilógica, en tanto que, primero, no se alcanza a comprender motivo alguno por el que se establezca una diferenciación entre un centro u otro; y, segundo, porque de mantener que no sólo el apartado a) del artículo 7 es el que rige para los trabajadores, ello nos llevaría a mantener que lo dispuesto en el artículo 8.1 c) de esta Ley habilitaría a crear zonas para fumar los trabajadores en los bares, restaurantes y demás establecimientos de restauración cerrados con una superficie útil destinada a clientes o visitantes igual o superior a cien metros cuadrados, o, en fin, que en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional segunda, el titular de los establecimientos en ella descritos podría a su libre voluntad decidir si sus trabajadores pueden fumar o no en el centro de trabajo <sup>17</sup>.

<sup>17</sup> En igual sentido, *vid.* DEL REY GUANTER, S.: «La prohibición "total" de fumar en los centros de trabajo», en AA.VV. (*idem.* dir.): *El tabaco en los centros de trabajo, op. cit.*, pág. 35.



Por último, en este tema de delimitación del ámbito espacial donde rige la prohibición total de fumar nos interesa destacar dos cuestiones:

1. Se establece para determinados establecimientos, que a su vez son centros de trabajo, un régimen que podríamos denominar de especial, y que se viene a concretar en el artículo 8 de la Ley.

En los mismos se permite habilitar zonas para fumadores, debiendo éstas, en cualquier caso, cumplir una serie de condicionantes físicos, estructurales, espaciales, informativos y de ventilación, así como de restricción de acceso y paso a los menores de dieciséis años, todos ellos establecidos en los párrafos 2 y 3 del propio artículo 8. De tal previsión legal se nos plantea un interrogante, pues en ningún caso se hace referencia a si ello nos permitiría entender que para los concretos supuestos previstos en este caso se está haciendo referencia en exclusiva a los usuarios o clientes de los mismos y/o también a los trabajadores que prestan sus servicios en dichos establecimientos o lugares.

Consideramos que, desde una interpretación sistemática de los artículos 7 y 8 de la Ley, no cabe más respuesta que entender que la permisión legal de crear zonas para fumar en tales establecimientos está referida en exclusiva para los clientes o usuarios que los frecuenten, y no para con los trabajadores. La razón es que el régimen jurídico sobre el consumo de tabaco en los centros de trabajo en todo caso viene establecido de manera global en el apartado a) del artículo 7, sólo pudiéndose exceptuar cuando ello se prevea de manera expresa por otra disposición legal.

E igual consideración merecen los regímenes especiales establecidos para los pequeños establecimientos de hostelería y restauración previstos en la disposición adicional segunda, o para los establecimientos penitenciarios de la disposición adicional sexta, o, en fin, para los clubes privados de fumadores de la disposición adicional novena. En todos ellos, la referencia a las zonas para fumar y su posible creación en los mismos, viene referida en exclusiva para el uso de los clientes, reclusos y/o visitantes, o socios, respectivamente, coadyuvando a lo aquí mantenido el que para un caso enormemente similar a los aquí descritos el legislador sí ha especificado quiénes pueden ser los usuarios de tales zonas para fumar; nos estamos refiriendo al supuesto de los centros, servicios o establecimientos psiquiátricos previstos en la disposición adicional octava donde de manera expresa se indica que *«se podrán habilitar zonas (para fumar) para los pacientes a quienes, por criterio médico, así se determine»*.

2. Quedan sin definir en orden a la prohibición impuesta por el artículo 7 a) una serie de espacios que son o que pertenecen al centro de trabajo o bien la maquinaria y vehículos en los que se presta la relación laboral, y sobre los que se podría interrogar hasta qué punto quedan afectos a la prohibición descrita en aquel precepto.

Únicamente el legislador se ha venido a referir a uno de estos supuestos en cuanto a los «vehículos de transporte de la empresa» –art. 7 ñ)–, para los que sí determina la prohibición total de fumar en los mismos. Pero surge la pregunta de qué se entiende por tales vehículos. Una primera opción sería la de entender que, a falta de mayor concreción legal, por tales se entiende a todo aquel cuya finalidad sea transportar cualquier tipo de producto, mercancía o incluso personas. Sin embargo, otra opción posible sería aquella que se deriva de una interpretación contextualizada de tal previsión, pues

en el mencionado apartado ñ) del artículo 7 se incluyen otros medios de transporte que en principio parecen estar referidos todos ellos al transporte de personas –«vehículos o medios de transporte urbano e interurbano... taxis, ambulancias, funiculares y teleféricos»– por tanto, ello nos llevaría a entender que en tal caso la referencia es a los vehículos de transporte colectivo de empresa.

En todo caso, y aun a pesar de esta poco clara delimitación legal, entendemos que habría que optar por la primera de las posibilidades interpretativas referidas, pues con ello se viene a dar un tratamiento unitario a la actividad de fumar tabaco por los trabajadores en los centros de trabajo.

Sin embargo, aún quedan supuestos para los que no se aporta legalmente solución alguna, como los casos de determinada maquinaria que se utiliza al aire libre en el centro de trabajo, o los supuestos de las cafeterías y comedores de empresa, vestuarios, zonas de descanso, zonas comunes donde no se desarrolle actividad laboral, zonas de uso específico de un solo trabajador, y, en fin, el régimen aplicable a los empleados de hogar, el teletrabajo y el trabajo a domicilio.

Respecto de la maquinaria al aire libre, entendemos que si estuviere utilizada por un solo trabajador, éste podría fumar tabaco en tanto que con ello no se afectaría al derecho a respirar un aire libre de humos de los no fumadores, aplicándosele aquí igual excepción que la prevista en general para los centros de trabajo –fumar en espacios al aire libre–.

En relación a las cafeterías y comedores de empresa, entendemos que rige la prohibición total de fumar, tanto en aplicación del apartado l) del artículo 7 cuando se refiere a «áreas o establecimientos donde se elaboren, transformen, preparen, degusten o vendan alimentos», como en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.1 c) que excluye de la posibilidad de crear zonas para fumar en los bares, restaurantes y demás establecimientos de restauración cerrados si están ubicados en centros en los que por el artículo 7 se prohíba fumar.

En cuanto a los vestuarios, zonas de descanso, zonas comunes donde no se desarrolle actividad laboral, zonas de uso específico de un solo trabajador, pasillos, corredores, etc., entendemos que para ellos rige igualmente la prohibición total de fumar en los mismos, bien por aplicación del artículo 7 n) cuando se refiere a espacios de uso público reducido –menos de cinco metros cuadrados–, bien por tratarse de zonas de atención al público –art. 7 f)–, o en fin, por ser parte estructural del centro de trabajo, y estar cerrada, ya que, tal como se mantuvo, cuando el legislador utilizó el término «centro de trabajo» lo vino a hacer en su acepción común o genérica y no en la estrictamente jurídico– laboral, incluyendo en consecuencia a todos los espacios que componen al centro.

Por último, tenemos los supuestos de los empleados de hogar, el teletrabajo realizado en el domicilio del trabajador y el trabajo a domicilio. Todos ellos tienen como elemento común que el lugar donde efectivamente se prestan los servicios es una residencia privada. En tales supuestos se nos plantea la siguiente cuestión: ¿se podría considerar tal residencia como centro de trabajo desde el punto de vista de la Ley 28/2005? A este respecto, cuatro apreciaciones habría que hacer <sup>18</sup>:

<sup>18</sup> Vid., en este sentido, DEL REY GUANTER, S.: «La prohibición "total" de fumar en los centros de trabajo», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *El tabaco en los centros de trabajo*, op. cit., págs. 29 y ss.

La primera es que el término centro de trabajo utilizado en esta Ley no es el previsto en la normativa jurídico-laboral, sino el de la genérica y común acepción de centro de trabajo como lugar de trabajo. La segunda, que aun manteniendo que el término utilizado de «centro de trabajo» es el laboral, para estos trabajadores la residencia privada es sin lugar a dudas su centro de trabajo a efectos jurídico-laborales –v. gr. art. 1.2 RD 1424/1985, art. 13 ET–.

La tercera, que aun habiéndose excluido para los empleados de hogar la aplicación de la LPRL, el propio artículo 3.4 prevé que el titular del hogar está obligado a cuidar que se presten los servicios en las debidas condiciones de seguridad e higiene, así como el artículo 13 ET para el trabajo a domicilio determina que habrá de hacerse constar el lugar donde se preste el trabajo a fin de poder exigir las oportunas medidas de seguridad e higiene. La cuarta, que en ningún caso la Ley 28/2005 excluye de su ámbito de aplicación a las residencias privadas como tales.

En consecuencia, se mantendría que para estos supuestos rige sin duda la prohibición total de fumar tanto para estos trabajadores como para los que viven o estuvieren en tal domicilio mientras estén prestando el trabajo concertado, no obstante, de reconocer la dificultad práctica de hacer efectiva esta prohibición.

Como cierre de todas estas previsiones sobre la prohibición total de fumar en los centros de trabajo, hay en fin que resaltar que la misma regirá –art. 7 s)– en tales términos y con tal alcance salvo que se estableciere, entendemos que de manera adicional y no restringiendo el alcance de las prohibiciones y limitaciones de la Ley 28/2005 que ostenta, tal como se determina en la disposición final primera, párrafo 1.º, el carácter de norma básica en la materia, cualquier otro lugar en el que se prohíba fumar por mandato de otra norma. Comprendiéndose dentro de éstas, tanto las que puedan aprobarse por los Órganos Legislativos de las Comunidades Autónomas <sup>19</sup> en orden a las competencias de desarrollo y ejecución de las previsiones de la Ley 28/2005 (disp. final 1.ª, párrafo 2.º), como las que especialmente se deriven de lo establecido en la normativa específica de prevención de riesgos laborales a la que se refiere de manera expresa la disposición adicional 7.ª, lo cual a estos efectos determina que será aplicable a determinados centros de trabajo una normativa aún más restrictiva para el consumo de tabaco en los mismos <sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Entendemos, tal como se ha destacado, que el margen de actuación legal autonómico debe ser precisamente de incrementar los lugares donde rija la prohibición, o especificar los ya previstos por la normativa básica legal, planteamiento que, sin embargo, no parece ser el que pretende adoptarse por parte de determinadas Comunidades Autónomas tal como se desprende del borrador de Reglamento que maneja la Comunidad Autónoma de Madrid.

<sup>20</sup> Tal como se desprende de las previsiones recogidas en los siguientes Reales Decretos: 1389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y salud de los trabajadores en las actividades mineras; Real Decreto 1216/1997, de 18 de julio, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y salud en el trabajo a bordo de los buques de pesca; Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y salud en los lugares de trabajo; Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y salud en las obras de construcción; Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo; Real Decreto 2177/1996, de 4 de octubre, por el que se aprueba la norma básica de edificación «nbe-cpi/96»: condiciones de protección contra incendios de los edificios; Real Decreto 150/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica el artículo 109 del Reglamento General de normas básicas de Seguridad Minera; y Real Decreto 863/1985, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de normas básicas de Seguridad Minera.

Y, en fin, igualmente, por decisión de su titular, bien unilateralmente o bien acordado ello a través de procesos de negociación colectiva, se podrán establecer otros lugares adicionales para los que rija la prohibición total de fumar e incluso de consumir productos derivados del tabaco. No siendo necesario que estas decisiones tengan una motivación específica de medida dirigida a la preservación de la salud de los trabajadores, cupiendo, en consecuencia, motivaciones de toda índole, tal como la imagen de la empresa, la organización de la misma, o incluso la mera opción de no permitir la realización de este hábito por parte de quienes accedan, estén o transiten al centro de trabajo. En cambio, lo que en todo caso no queda respaldado por esta habilitación legal sería la prohibición de fumar para un colectivo específico de trabajadores, o para un solo trabajador, pues en tal situación habría claramente una prohibición con motivaciones subjetivas y discriminatorias que determinaría la eventual acción judicial a fin de que se preserven los derechos fundamentales de aquéllos frente a lesiones derivadas de la decisión del titular del centro de trabajo –con ello se estarían excluyendo actitudes prohibicionistas que encubran actos de hostigamiento psicológico sobre el trabajador–.

*c) El régimen de infracciones y sanciones administrativas y las competencias inspectoras y sancionadoras.*

En relación al régimen de infracciones y sanciones administrativas, éste viene a establecerse en el Capítulo V de la Ley 28/2005, conformándose como un régimen administrativo propio en el que destaca sobremanera el salto cualitativo que supone el que en el mismo, y a diferencia de la normativa que le precede, se sancione el consumo del tabaco.

Desde el punto de vista laboral, se pueden desglosar las infracciones en función del sujeto que se considere responsable de éstas:

1. El que fume en los lugares en los que rija la prohibición total de fumar o fuera de las zonas habilitadas al efecto [art. 19.2 a)].
2. El titular del establecimiento que:
  - No informe a la entrada del establecimiento de la prohibición de fumar [art. 19.2 d)].
  - No señalice las zonas habilitadas para fumar [art. 19.2 e)].
  - Habilite zonas para fumar en establecimientos o lugares donde ello no esté permitido [art. 19.3 a)].
  - Permita fumar en los centros o lugares en los que exista prohibición de fumar o fuera de las zonas habilitadas al efecto [art. 19.3 b)].

En consecuencia, se puede observar cómo a la vista de estas previsiones se conforma al empresario como destinatario directo de la Ley, el cual deberá vigilar, en especial, respecto de que no se fume en el centro de trabajo del que es titular.

En cuanto a las sanciones, se vienen a establecer en el artículo 20 de la Ley, siendo éstas de naturaleza económica, y oscilan entre una cuantía mínima de 30 euros para las sanciones leves hasta alcanzar los 600.000 euros para las faltas muy graves, aunque para el ámbito laboral, en todo caso, las infracciones establecidas son leves y graves, lo cual supondrá el que su cuantía oscile entre 30 y 10.000 euros.

Igualmente destacable en esta materia es lo previsto en el artículo 20.6 por el que se establece un régimen de compatibilidad entre las responsabilidades administrativas que se viene a establecer por la misma con otras responsabilidades, entre las que, aun no mencionándose, estaría sin duda la disciplinaria que impusiere el empresario en caso de incumplimiento del trabajador, aunque con el alcance que veremos más adelante.

Del mismo modo, de especial interés, por cuanto la incidencia que ello pueda tener en el ámbito de las relaciones laborales, es el tema de la capacidad de denuncia y personación que puede tener en relación a hacer cumplir lo dispuesto en la Ley 28/2005. Y así, tal como viene a establecer la misma en el artículo 23.1, se ha de entender que tal posibilidad se ha de atribuir a cualquier persona que conozca los hechos que puedan ser objeto de sanción, debiendo en todo caso acreditar un interés legítimo, incluso difuso. Ello nos debe llevar a entender que se habrán de considerar como tales tanto a los trabajadores, como al empresario, e igualmente los órganos de representación de los trabajadores, lo cual solucionaría el importante vacío que la Ley 28/2005 había creado respecto de la función fiscalizadora que venía prevista para ellos en el Real Decreto 192/1988.

Por último, en cuanto a la competencia inspectora y sancionadora, la Ley, en su artículo 22, establece, si bien desde el punto de vista geográfico, quiénes son los órganos competentes en la materia, concretándolos en los que determinen las Comunidades Autónomas (entendemos que cabría tanto la autoridad sanitaria de la propia Comunidad o incluso las fuerzas de seguridad autonómicas y/o locales) <sup>21</sup>. Este planteamiento plantea el interrogante de la eventual actuación en materia fiscalizadora de esta Ley de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. A ella habría que responder, en principio, que no cabe actuación alguna de éstos en materia de control de aplicación de la Ley 28/2005, aun cuando se trate de prohibiciones que recaen en el concreto ámbito de las relaciones de trabajo. Lo cual no quiere decir, sin embargo, que la Inspección de Trabajo quedaría excluida de cuantas infracciones pudieran realizarse en materia de consumo de tabaco en los centros de trabajo. Sin lugar a dudas, en cuanto que de tal consumo se desprenda una evidente afectación para la salud y seguridad de los trabajadores del mismo, así como un manifiesto incumplimiento del deber impuesto al empresario de vigilancia y control del consumo de tabaco, estará más que justificada la actuación de la propia Inspección, en el sentido no de la aplicación de los tipos de la Ley 28/2005, sino los previstos en materia de prevención de riesgos y seguridad y salud, además de los laborales en sentido estricto, pudiéndose entender que, en este caso, la Inspección además estaría legitimada para ejercer las acciones tendentes a hacer efectivas las disposiciones en materia de consumo de tabaco previstas en la Ley 28/2005.

<sup>21</sup> En este sentido, *vid.* VALVERDE ASENCIO, A.J.: «Infracciones y sanciones de trascendencia laboral en la Ley de Medidas Sanitarias frente al Tabaquismo», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *El tabaco en los centros de trabajo, op. cit.*, pág. 131.

## 2. Las incidencias jurídicas de las previsiones legales derivadas de la Ley 28/2005 respecto a la relación individual de trabajo.

Además de las previsiones legales derivadas de lo dispuesto en la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, en relación a la prohibición total de fumar y de suministrar y vender productos del tabaco en los centros de trabajo, así como las excepciones a las mismas, esta Ley igualmente determina específicas disposiciones que inciden de manera especial sobre lo que se podría definir como la relación individual de trabajo. El marco legal que se viene a establecer acerca del consumo, la venta, el suministro y la publicidad de los productos del tabaco crea determinadas limitaciones, así como específicas incidencias en todas las fases que integran la relación individual de trabajo: en el acceso, en su desarrollo, y en la finalización de ésta. Por tanto, en orden a tales consecuencias, hemos de reflexionar y, al menos, marcar a grandes rasgos los aspectos más importantes que habrán de derivarse de tales previsiones legales respecto de la relación jurídico-laboral.

### *a) Su incidencia en la fase de acceso al empleo.*

En esta fase de acceso al empleo, se puede destacar que la Ley 28/2005 ha incidido especialmente sobre dos cuestiones: en relación a la determinación de los sujetos que pueden ser parte de una relación laboral, y, por otro lado, en cuanto a los condicionantes que se pudieren establecer en el proceso de selección para ser contratado.

En cuanto a la primera cuestión, se puede concluir que la Ley 28/2005 ha venido a crear una nueva prohibición de trabajo para un colectivo de trabajadores, como son el de los que cuenten con una edad comprendida entre los 16 y 18 años. Y ello es así en tanto que de las previsiones legales acerca de la venta, distribución y consumo de productos del tabaco se observa cómo el legislador ha venido a «trasponer» a la normativa interna las previsiones que, sobre los menores y las medidas de protección a adoptar frente al tabaco, se establecen en el Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco de 21 de mayo de 2003. En el mismo, de manera expresa se indica que de entre todas las acciones a emprender en esta materia una de ellas deberá ser adopción en materia de comercialización, venta y oferta del tabaco de «medidas eficaces para prohibir la venta de productos de tabaco por personas de una edad menor a la establecida en la legislación interna, la legislación nacional o por menores de 18 años» (art. 16.7 del Convenio Marco OMS); y, de otro lado, en materia de protección contra la exposición al humo de tabaco, se establece de manera genérica para todas las personas la ineludible necesidad de conformar «medidas eficaces de protección contra la exposición al humo del tabaco en lugares de trabajo interiores...» (art. 8.2 del Convenio Marco OMS). Ambas obligaciones llevadas al plano normativo interno explican el contenido de los artículos 3.2 y, en parte, del 8.2 b) en cuanto se viene a establecer, como se ha puesto de relieve, una prohibición más de trabajo para menores, adicicionable, en consecuencia, a las ya prevenidas por el artículo 6 del ET para los trabajos que reglamentariamente se consideren insalubres, penosos, nocivos o peligrosos.

De este modo, en tanto que en derecho interno español la consideración actual del tabaco ha sufrido un nuevo giro de tuerca, por el que se reconoce explícitamente la relación causal entre su

consumo y la afectación de la salud, ello trasladado al ámbito de las relaciones laborales no puede provocar más que una consecuencia en relación al trabajo de menores de edad: el de que en aquellos trabajos en los que estuvieren presentes productos del tabaco, y dado su reconocido legalmente carácter de sustancia nociva e insalubre, quedarán vedados para los menores de 18 años cualquiera que fuere el tipo de trabajo que tuviera contacto con los productos del tabaco bien en su modalidad de venta o distribución –perspectiva prevencionista frente a los hábitos de consumo–, bien en la de consumo de los mismos en los lugares donde se presta la relación laboral –perspectiva de preservación de la integridad física del menor–.

En consecuencia, en la actualidad, al menor le quedaría vedada la posibilidad de suscribir un contrato, en cualquiera de sus modalidades, cuyo objeto fuere prestar sus servicios para la venta o distribución de tabaco (entendiendo dentro de tal expresión legal a cualquiera que fuere el producto de tabaco objeto de venta o distribución) –art. 3.2–, o bien prestar su trabajo en las zonas para fumar de aquellos centros a los que la Ley –art. 8.1– habilita para su creación –prohibición contenida en el art. 8.2–. Si bien para este último supuesto, de los términos previstos en el art. 8.2 c) parece venir a permitirse el trabajo en tales zonas por menores de edad pero mayores de dieciséis años, puesto que se nos dice que «salvo que éstas tengan condición de trabajadoras o empleadas en aquéllas y sean mayores de dieciséis años», en consecuencia, los que tuvieren diecisiete o más años podrán trabajar en estas zonas, lo cual contrasta por contradictorio con el espíritu de esta norma.

En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas, referida a los posibles condicionantes que se pudieren establecer en el proceso de selección para ser contratado, a raíz de la aprobación de la Ley 28/2005 se nos plantea el problema de si se pueden considerar factibles jurídicamente dos situaciones posibles en relación a la oferta de empleo: utilizar como criterio de selección la condición de no fumador del candidato; y, excluir directamente de la oferta de empleo a los candidatos que sean fumadores.

Ambas situaciones expuestas son diferentes en cuanto que en la primera la condición de no fumador no se configura de manera expresa en el proceso de selección como condición esencial para ser contratado, mientras que en la segunda situación descrita quedarían encuadradas todas aquellas ofertas de empleo de empresas que restrinjan de manera explícita la contratación de fumadores en razón a una presunta salvaguarda de la imagen o ideario de la misma.

En cuanto al primero de los supuestos planteados, el proceso de selección viene regido por la libertad del empresario –art. 38 CE– de optar por un candidato de entre todos los que hubieren concurrido al mismo, siempre que con tal decisión no se encubrieren actuaciones que transgredieran los derechos del candidato que le vienen reconocidos en los artículos 9.2, 14, 16.2, 18.1 y 35 CE. En consecuencia, se viene a garantizar principalmente a este candidato los derechos de igualdad y no discriminación en la fase de acceso al empleo, los cuales actúan en este caso como límites al ejercicio de la libertad de empresa. Ello determina que, en todo caso, el proceso de selección deberá establecer criterios neutros para llevar a cabo la finalidad para la que se ha formalizado.

Partiendo de todos estos condicionantes para el proceso de selección, se nos plantea el interrogante de la posibilidad de que se utilice el mismo para conocer la condición de fumador del candidato a fin de excluirlo de la lista de seleccionables para el puesto ofertado, y en última instancia, para no escogerlo para el puesto aun su posible idoneidad.

Como sabemos, en la práctica totalidad de los procesos de selección una de sus fases está centrada en la realización de una entrevista personal en la que se valoran determinadas actitudes y aptitudes del candidato que merecen especial consideración a juicio de los seleccionadores. En esta fase de entrevista, por tanto, lo lógico es que se planteen preguntas al candidato a fin de valorar la realidad y el alcance de las mencionadas características del mismo, siendo en ella donde se pueden plantear cuestiones que incidan en el ámbito personal e íntimo del candidato, entre las cuales pueden entrar sin duda las del hábito de fumar. En este punto, y dado el alcance que se le puede otorgar por parte de las empresas al condicionante organizativo y económico que para su organización pueda acarrear la circunstancia personal de ser fumador, se pueden crear los filtros de exclusión para la contratación de tales sujetos. Surgiendo de inmediato la cuestión acerca de la legalidad de tales medidas diferidas que eviten el acceso al empleo de trabajadores fumadores.

Entendemos que en ningún caso la condición de fumador puede ser elemento de juicio suficiente y valorable a fin de excluir de la oferta a un candidato. De producirse ello, sería plenamente amparable la petición de que sea declarada como ilegal tal selección por los tribunales de justicia en orden a los principios de igualdad y no discriminación que asisten al candidato durante el proceso de selección <sup>22</sup>.

Sin embargo, se planteará el obstáculo, en la práctica totalidad de las ocasiones, de demostrar que existe una relación de causalidad entre la condición de fumador y el motivo de la exclusión, lo cual nos lleva a plantear una nueva pregunta: ¿cabría negarse a contestar acerca de la condición o no de fumador?, y yendo más allá, ¿cabría mentir u omitir la condición de fumador?

Ante ello, se debe poner de relieve, en cualquier caso, que en el proceso de selección las partes que intervengan en el mismo quedan en todo caso bajo los condicionantes que el principio de buena fe impone en la materia, lo cual, en principio impediría cualquier actuación que tratase de falsear, mentir u ocultar datos al entrevistador a fin de la consecución del puesto ofertado. Pero, sin embargo, entendemos que tales acciones de falseo de datos sólo quedan impedidas si de lo que se trata es de ocultar datos esenciales y básicos que se consideren fundamentales para la concertación entre las partes de la relación laboral, de modo que si se trata de indagar sobre hábitos del candidato que quedan reducidos a su esfera personal e íntima, en tal caso cabría ocultar esta situación <sup>23</sup>.

<sup>22</sup> En el mismo sentido, *vid.* MOLINA VEGA, J.: «Incidencia de la Ley 28/2005 y contrato de trabajo», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *El tabaco en los centros de trabajo*, *op. cit.*, pág. 186.

<sup>23</sup> Manteniendo una igual posición, *vid.* MOLINA VEGA, J.: «Incidencia de la Ley 28/2005 y contrato de trabajo», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *El tabaco en los centros de trabajo*, *op. cit.*, pág. 186.



Otro tanto habría que decir para los supuestos en los que se produzca una negativa a la respuesta ante tales preguntas, pues en este caso quedaría amparado el trabajador en base al derecho constitucional a la intimidad que le asiste durante todo el proceso de selección.

Por último, en cuanto a los condicionantes que se pudieren establecer en el proceso de selección para ser contratado, se plantea la cuestión de valorar la legalidad de la exclusión expresa de la oferta de empleo para los candidatos que fueren fumadores<sup>24</sup>. Ante ella cabe hacer dos apreciaciones: por un lado, si estuviéramos en presencia de una empresa que establezca esta condición sin motivaciones más allá de la mera exclusión por conveniencia económica, social o de imagen, en tales casos entendemos que no cabe la admisión de tal práctica prohibicionista de contratación, en tanto que supone una patente limitación del ámbito privado del trabajador, el cual prevalecerá frente al interés empresarial<sup>25</sup>. En cambio, si quien plantea tal exclusión es una empresa de las denominadas «de tendencia», defensora de hábitos de vida saludables y contrarios en este caso al consumo de tabaco, en tal caso sí que cabría admitir la legalidad de tales exclusiones a la contratación aunque en todo caso sólo para aquellos puestos de trabajo que se consideren «tareas de tendencia o ideológicas» (STC 106/1991), excluyéndose para el resto de puestos la posibilidad de establecer exclusiones a la contratación de manera genérica<sup>26</sup>.

*b) La fase de desarrollo de la relación laboral y la prohibición total de fumar.*

Durante la fase de desarrollo efectivo del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación jurídico-laboral que vincula a empresario y trabajador, la incidencia de la Ley 28/2005 sobre la misma vendrá a centrarse, especialmente, sobre materia de descansos y pausas para fumar, el posible derecho al cambio de puesto de trabajo que pudieren tener los trabajadores que estén destinados en zonas donde la Ley habilita para fumar, la cuestión de la entrega, en cualquier concepto, de productos del tabaco a los trabajadores y, en fin, sobre los eventuales incumplimientos de la prohibición de fumar en los centros de trabajo y las repercusiones que puedan tener sobre el trabajador.

En cuanto al tema de los descansos y pausas a las que eventualmente pudieran recurrir los trabajadores para fumar tabaco durante las horas de prestación efectiva de trabajo, hay que partir de que éste ha sido un tema, quizás uno de los centrales dentro de la acción de contestación que se ha promovido especialmente por las organizaciones empresariales contra esta Ley, que más se ha utilizado para poner de relieve la falta de valoración y cálculo por el legislador de las consecuencias de orden económico, organizativo y de paz social que las disposiciones legales sobre la prohibición de fumar en los centros de trabajo de inmediato van a provocar en la empresa española. De un lado, las pérdidas económicas<sup>27</sup> que suponen las pausas para fumar para cuya realización no sólo se nece-

<sup>24</sup> En este sentido se ha manifestado la OMS destacando que en las futuras ofertas de puestos de trabajo que venga a plantear establecerá como condición para poder acceder a los mismos el que no se sea fumador/a.

<sup>25</sup> Así, *vid.* DEL REY GUANTER, S.: «Antecedentes y objetivos de la Ley», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *El tabaco en los centros de trabajo*, *op. cit.*, pág. 19.

<sup>26</sup> En igual sentido, MOLINA VEGA, J.: «Incidencia de la Ley 28/2005 y contrato de trabajo», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *El tabaco en los centros de trabajo*, *op. cit.*, pág. 189.

<sup>27</sup> Se ha calculado que el coste para una empresa por permitir hacer tres pausas al día para fumar supone una pérdida en jornadas de trabajo efectivas de ocho, lo que equivaldría a un total de 67 horas al año. *Vid.* BENEYTO CALABUIG, D.: «Incidencia de la Ley antitabaco en las empresas», *op. cit.*, pág. 228.

sita el tiempo de consumo de un cigarrillo, sino también el de desplazamiento a los lugares al aire libre de la empresa o fuera de ella en los que cabe realizar esta actividad; de otro, las consecuencias de orden organizativo que conllevan el que los trabajadores fumadores puedan ausentarse de su puesto de trabajo y que se desplacen por la empresa a fin de acceder a los mencionados lugares donde no está vedado fumar; y, en fin, los posibles conflictos que se pudieren plantear a consecuencia del reconocimiento de las pausas para fumar a un sector de trabajadores, mientras que para los no fumadores no se les venga a reconocer un tiempo equivalente, son todos ellos aspectos que conforman la verdadera dimensión del problema de establecer pausas para fumar durante la jornada de trabajo.

A consecuencia de este análisis, se comprende el porqué de la taxativa negativa de la patronal<sup>28</sup> a tratar el tema en las mesas de negociación colectiva y a que se permita la realización de estas pausas en las empresas, desoyendo los argumentos que juegan a favor de esta prohibición y que inciden en los beneficios económicos y sociales que reportará a las empresas a corto y medio plazo (reducción de costes sobre renovación de aire en los lugares de trabajo –sólo 30 metros cúbicos frente a los 50 para atmósferas con humo de tabaco–, por reducción de primas de seguros de incendios, por bajas laborales, incapacidades, gastos sanitarios...).

Ante esta situación, la primera de las cuestiones a solventar está en determinar si la Ley 28/2005 establece un derecho de los fumadores, y en nuestro caso de los trabajadores fumadores, para que puedan realizar las pausas necesarias a fin de llevar a cabo la acción de fumar. Y al respecto se puede afirmar que en ningún caso en la Ley se establece derecho alguno en este sentido, más bien todo lo contrario, pues posibilita el que por decisión unilateral del titular del centro se pueda prohibir fumar en cualquier otro lugar que no esté previsto por esta Ley, pudiéndose alcanzar, en consecuencia, a aquellos espacios al aire libre de los centros de trabajo en los que la Ley ha excepcionado la prohibición de fumar.

Con este panorama normativo no queda otra opción más que la decisión unilateral del empresario de establecerlas en orden al poder de dirección y organización del trabajo, o bien el que sea a través de un acuerdo puntual con el empresario la manera como se venga a determinar el régimen de pausas y descansos para fumar así como la eventual recuperación de las mismas. Acuerdo que entendemos que en todo caso habrá de tener un origen colectivo<sup>29</sup> en orden a dos motivos: puesto que la afectación del ejercicio de las pausas en la gran mayoría de las ocasiones tendrá un alcance generalizado para toda la organización productiva de la empresa, exigiéndose una coordinación glo-

<sup>28</sup> Así se manifiesta la Nota de 12 de enero de 2006, emitida por la CEOE, acerca de la «incidencia en los centros de trabajo de la Ley 28/2005», en la que se dice «no tratar esta materia en el marco de la negociación colectiva... no se trata de una norma que contemple derechos de los fumadores, no debería alterarse por este motivo el desarrollo de la actividad normal de la empresa mediante la autorización de pausas o permisos para fumar que, de otro lado, podría generar situaciones de trato diferencial frente a los no fumadores», pág. 5.

<sup>29</sup> En este sentido ya contamos con ejemplos de acuerdos colectivos de empresa en los que se viene a establecer un régimen específico de descansos y pausas para fumar durante la jornada de trabajo. Vid. el acuerdo colectivo de empresa firmado por la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales «Fraternidad-Muprespa» con el Comité Intercentros, en el que se establece un régimen transitorio sobre medidas antitabaco en la empresa, determinando una serie de plazos –durante los tres primeros meses desde la entrada en vigor de la Ley 28/2005, desde el cuarto al sexto mes, y desde el séptimo en adelante– para los que se prevén una serie de pausas para fumar recuperables al finalizar la jornada.

bal entre el ejercicio de las pausas y la propia prestación del trabajo del conjunto de la plantilla; y, en tanto que la determinación de las mismas ha de establecerse sin que ello suponga un agravio comparativo entre trabajadores fumadores, o bien entre éstos y los trabajadores no fumadores.

En relación al segundo de los aspectos que queremos resaltar, el derecho al cambio de puesto de trabajo que pudieren tener los trabajadores que estén destinados en zonas donde la Ley habilita para fumar los clientes del establecimiento, hay que partir de poner de relieve cómo la habilitación legal a la creación de zonas para fumar los clientes de determinados establecimientos supone una quiebra evidente en la forma con la que la Ley 28/2005 ha afrontado el problema del tabaquismo en los centros de trabajo: desde su vertiente de protección de los trabajadores no fumadores. Esta excepción a la prohibición, en consecuencia, determina que el principio del que parte el legislador, que viene a entender el tabaquismo como riesgo para la salud, se desconoce para los trabajadores que deban prestar sus servicios en dichas zonas habilitadas para fumar.

En tales casos se plantea una doble casuística: la que se puede originar con los trabajadores destinados a tales zonas; y la que se pueda dar con los trabajadores especialmente sensibles.

En cuanto a los trabajadores que vengan a prestar su trabajo en las zonas habilitadas para fumar en los términos del artículo 8 de la Ley, en todo caso, y partiendo de la reconocida legalmente relación causal entre el humo del tabaco en los ambientes de trabajo y los daños que de aquél se deriva para la salud, entendemos que el trabajador tendría un derecho a la readecuación de su puesto de trabajo que evitara la prestación de sus servicios en tales espacios, y, en el supuesto en el que ello no fuere posible, cabría en fin el expediente de la extinción objetiva de la relación laboral<sup>30</sup>. En todo caso no huelga resaltar que sobre el empresario sigue recayendo el deber de protección frente a los riesgos del trabajo, entre los que resalta concretamente el tabaco, lo que le obligará en relación a estas zonas a aplicar la normativa específica sobre el tabaco en materia de prevención de riesgos laborales, así como integrar la circunstancia del consumo de tabaco en la evaluación de riesgos, las especiales medidas que haya que adoptar en relación a la vigilancia de la salud, los medios de protección, etc.

Respecto de los colectivos de trabajadores especialmente sensibles, previstos en los artículos 25 a 27 de la LPRL, que presten servicios en las zonas habilitadas para fumar, hay que poner de relieve cómo la Ley 28/2005 ha desconocido por completo aquellos colectivos que dadas sus especiales características personales, físicas, psicológicas o biológicas que determinan una especial sensibilidad respecto a los riesgos que se puedan derivar del tabaquismo, en concreto los menores, las mujeres embarazadas o en período de lactancia, o todos aquellos que quedaran bajo la denominación de «trabajador especialmente sensible a determinados riesgos» del artículo 25 LPRL. Lo cual nos deja perplejos, y especialmente el que ello se plantee así respecto de los menores, pues el artículo 8.2 c) parecería que permite el trabajo en tales zonas de menores de edad pero mayores de dieciséis años, por tanto los que tuvieren diecisiete o más años, lo cual contrasta con el espíritu de esta norma cuando de menores se trata que la lleva inclusive a establecer la prohibición de que vendan o suministren tabaco.

<sup>30</sup> En similares términos, *vid.* LUQUE PARRA, M.: «La Ley 28/2005 y el derecho de la seguridad y la salud», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *El tabaco en los centros de trabajo*, *op. cit.*, pág. 106.

Ante aquella circunstancia, entendemos que cabe entender en todo caso que dadas las especiales características de estos colectivos habría que afirmar la imposibilidad de que presten sus servicios en las zonas para fumadores, y que de venir prestándolos se habiliten los medios para llevar a cabo una adaptación del puesto de trabajo a sus especiales características.

Una tercera cuestión que cabe plantearse en esta fase de desarrollo de la relación laboral es la de si se puede entender o no que se ajusta plenamente a las previsiones legales establecidas por la Ley 28/2005 la práctica empresarial de entrega a los trabajadores de productos del tabaco. Ésta es una cuestión que, sin lugar a dudas, vendrá a plantear importantes problemas, y que en este sentido dichas empresas ya han comenzado a adoptar medidas destinadas a adaptarse, eso sí a su juicio, a las prohibiciones establecidas en la Ley Antitabaco <sup>31</sup>. Como sabemos existe una práctica empresarial, principalmente de las empresas tabacaleras, de entrega a sus trabajadores de productos del tabaco bien con la naturaleza jurídica de salario en especie, bien como gratificación extrasalarial, o, en fin, en concepto de beneficios sociales <sup>32</sup>. Lo cual resulta ser un uso que ha venido siendo habitual desde los mismos comienzos de la manufactura en centros fabriles de los productos del tabaco, y que mantiene su vigencia hasta hoy en día.

Para dar respuesta al interrogante que aquí se nos plantea, hemos de partir de lo previsto en los artículos 3 párrafos 1.º, 5.º y 6.º, y 5 letra g) de la Ley. El primero de ellos establece la prohibición de venta y suministro al por menor de productos del tabaco fuera de la red de expendedurías de tabaco o máquinas expendedoras. Seguidamente, el párrafo 5.º prohíbe en el ejercicio de una actividad comercial o empresarial la entrega, suministro o distribución de muestras de cualquier producto del tabaco, sean o no gratuitas, así como la venta de tabaco al descuento. Presumiendo que la entrega, suministro o distribución de muestras de cualquier producto del tabaco tiene lugar en el ejercicio de una actividad comercial o empresarial cuando se efectúe directamente por el fabricante, productor, distribuidor, importador o vendedor. Y, en fin, el párrafo 6.º prohíbe la venta o suministro por cualquier método que no sea la venta directa personal o a través de máquinas expendedoras. De otro lado, el artículo 5 letra g) establece que «*queda prohibida la venta y suministro de productos del tabaco*» en los lugares, centros o establecimientos en los que esté prohibido su consumo, lo cual no deja dudas de que tal prohibición incluye a los centros de trabajo.

A la vista de ello, habría que valorar cuál es la naturaleza de las actuaciones empresariales de entrega de dichos productos o labores a los trabajadores, a fin de saber si sería posible subsumir las mismas en las prohibiciones que se establecen en los preceptos reseñados. Generalmente las entregas de productos de tabaco por parte de la empresa se han considerado como salario en especie, otras como gratificación extrasalarial, también como beneficio social o labor promocional. Pero aún la diferente naturaleza jurídica con la que se puede calificar a cada forma de entrega, en todas concurren dos elementos que consideramos de especial relevancia para alcanzar respuesta a la cuestión que nos hemos

<sup>31</sup> De hecho, por parte de la Dirección de una importante empresa dedicada a la producción de labores de tabaco, se mantienen en esta fecha reuniones con los órganos de representación de los trabajadores a fin de modificar el sistema de entrega de los productos que por ella se fabrican, habiéndose optado, al parecer, por evitar la entrega directa en el centro, situación que era la normal hasta la fecha, y acoger la opción de entrega de vales canjeables en los estancos y expendedurías de tabaco.

<sup>32</sup> En este sentido, *vid.* artículo 36 del Convenio Colectivo de la empresa «Altadis, S.A.» (BOE de 13 de agosto de 2002).

planteado. En concreto, en todas ellas existe por parte de la empresa un suministro de un producto, y además, este suministro o entrega se realiza en ejercicio de una actividad empresarial en el sentido descrito en el párrafo 5.º del artículo 3, esto es, que se efectúa directamente por el fabricante, productor, distribuidor, importador o vendedor del producto. Y además, es interesante destacar que en este último precepto indicado se amplían los tipos o formas de acceso a los productos del tabaco, en tanto que ya no se refiere únicamente a venta, distribución o suministro, sino que también se nos habla de «entrega», cuyo significado amplía aún más las limitaciones que recaen sobre tales actividades.

En consecuencia, no cabe la menor duda de que con la entrega, en la forma que fuere, por parte de la empresa a los trabajadores de productos del tabaco, se está incurriendo en al menos uno de los tipos prohibitivos reseñados, en concreto, el referido en el artículo 3.5. Pues aunque, tal como hemos reseñado, cabría también entender que el resto de prohibiciones descritas igualmente serían aplicables al supuesto, ya que giran todas ellas en la imposibilidad de venta o distribución fuera de la red de expendedurías de tabaco o máquinas expendedoras, o bien en los centros donde esté totalmente prohibido fumar, sin embargo ello podría ser burlado a través de la entrega de vales para la retirada de tal producto en los lugares habilitados por la Ley y, en todo caso, fuera del centro de trabajo<sup>33</sup>. Todo lo cual nos llevará a concluir que son, por tanto, ilegales tales actuaciones empresariales, de modo que, de mantenerse, cabría aplicarles las sanciones previstas en el artículo 20.3 f), calificándose a la misma falta grave.

Por último, en relación a los eventuales incumplimientos de la prohibición de fumar en los centros de trabajo y las repercusiones que puedan tener sobre el trabajador, aparte de las ya referidas sanciones de índole administrativa que se viene a establecer en el Capítulo V de la Ley, hay que referirse a la perspectiva o dimensión laboral de tales incumplimientos. A este respecto hay que partir de que la propia Ley 28/2005 aclara que «la exigencia de responsabilidades administrativas será compatible con las civiles o de otro orden que pudieran concurrir» (art. 20.6), lo cual no deja lugar a dudas de que el legislador tenía presente la posible imposición de sanciones disciplinarias en los supuestos de incumplimientos de lo preceptuado por ella. Y ello es así, lógicamente, en tanto que aun no explicitándose, tiene en todo caso presente que para el ámbito laboral, el destinatario directo para el efectivo cumplimiento de los términos de esta Ley es el empresario, al cual se le impone un deber de vigilancia sobre la observancia de la obligación de no fumar en el centro del que es titular<sup>34</sup>.

Y en razón a ello cabrá entender el que se puedan sancionar cuantas infracciones se realicen de los deberes de no fumar que se imponen tanto para el centro de trabajo como para el resto de lugares que se puedan determinar. Infracciones sancionables además de en su dimensión administrativa, la cual habrá de sustanciarse en los términos y con el contenido que el mencionado Capítulo V prevé, igualmente en su dimensión laboral. Lo cual vendrá a establecerse a través del régimen disciplinario previsto por el convenio colectivo aplicable al ámbito donde el trabajador-infractor venga desarrollando su prestación laboral.

<sup>33</sup> Lo cual viene a ser, de otro lado, la opción adoptada en la actualidad por las empresas que venían realizando estas prácticas.

<sup>34</sup> En contra, *vid.* VALVERDE ASENCIO, A.J.: «Infracciones y sanciones de trascendencia laboral en la Ley de Medidas Sanitarias frente al Tabaquismo», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *El tabaco en los centros de trabajo, op. cit.*, pág. 170.

Aquel régimen disciplinario previsto por convenio colectivo tendrá, sin lugar a dudas, un cierto carácter complementario al sancionador administrativo, ejerciendo como una eficaz vía para el cumplimiento efectivo de los fines contemplados en la Ley 28/2005. Y sólo a su través las prescripciones de esta Ley se podrán incorporar al ámbito laboral <sup>35</sup>.

Como última aclaración del tema interesa resaltar que todo lo mantenido aquí habrá de entenderse sin perjuicio de la dimensión disciplinaria del consumo de tabaco que venga vinculada a la seguridad en el trabajo, la cual tiene su apoyatura jurídica en la normativa de seguridad y salud laboral, y que viene siendo en exclusiva la perspectiva tratada en la negociación colectiva de la actualidad.

*c) Aspectos de la Ley 28/2005 que pudieren influir en la fase de finalización de la relación laboral.*

En relación a esta fase que denominamos de «finalización de la relación laboral», la incidencia que las previsiones de la Ley 28/2005 puedan tener sobre ella, podemos sintetizarlas en función de la causa que dé origen a la finalización de tal relación en dos grupos:

- a) Finalización derivada de la voluntad del trabajador. En vistas a las obligaciones que le vienen impuestas al empresario en relación a la prohibición de fumar por parte de cualquier persona que se encuentre en los centros de trabajo de los que éste es titular, nos podemos interrogar si cabe que el trabajador pueda instar la extinción del contrato de trabajo con fundamento en este incumplimiento. A nuestro juicio, no cabría ninguna objeción a que el trabajador que se sintiere lesionado en su derecho a respirar un aire libre de humos de tabaco, no pudiendo realizarse de manera efectiva el mismo en tanto que el empresario incumple su obligación de vigilar el que se cumpla la prohibición de fumar, pueda en consecuencia instar la extinción de su contrato con fundamento en un incumplimiento grave de las obligaciones del empresario [art. 50.1 c) del ET], en el sentido expresado por la jurisprudencia (entre otras STS 6 de junio de 1991) de incumplimiento grave –entendido como perjuicio al trabajador– y culpable –voluntad rebelde del empresario para forzar a abandonar al trabajador. En muchos casos ésta será la única vía posible de la que disponen los trabajadores para preservar su derecho a la expresa protección de la salud de los no fumadores en los centros de trabajo frente a actitudes obstruccionistas y reticentes de los empresarios a hacer efectivas las prescripciones legales en la materia.
- b) Finalizaciones derivadas de incumplimientos graves y culpables del trabajador. Dentro de este segundo grupo de supuestos de los que se puede derivar la extinción del contrato a consecuencia del despido del trabajador en razón a incumplimientos del mismo, se pueden vincular a las previsiones legales establecidas en la Ley 28/2005 dos de los supuestos legales previstos –disciplinario y objetivo– para situaciones que lleven al incumplimiento de lo en ella preceptuado.

<sup>35</sup> En iguales términos, *vid.* VALVERDE ASENCIO, A.J.: «Infracciones y sanciones de trascendencia laboral en la Ley de Medidas Sanitarias frente al Tabaquismo», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *El tabaco en los centros de trabajo, op. cit.*, pág. 171.

Y así, en primer lugar cabría entender la posibilidad de ser de aplicación el supuesto previsto en el artículo 54.2 b) ET a un trabajador que incumpliere las órdenes e instrucciones del empresario que, en ejercicio regular de sus funciones directivas a fin de hacer efectivas las disposiciones sobre consumo de tabaco en el centro de trabajo, se negare a no fumar en el centro de trabajo, así como en los espacios adicionales que se hubieren determinado por el empresario y/o por la normativa autonómica, además de en la forma y con el contenido y alcance que se hubiere establecido en la empresa para llevar a cabo actividades de fumar durante la jornada de trabajo. En todo caso, esta indisciplina habrá de ser clara, abierta, grave, trascendente e injustificada, habiéndose de medir con las circunstancias concurrentes y en sus consecuencias en términos de perjuicios para el empresario (STS 24 de febrero de 1990). Lo cual en este punto es importante, pues de la permisividad del empresario acerca del hábito de fumar en el centro se podrán derivar importantes consecuencias, como serían entre otras la referida con anterioridad de que otros trabajadores pudieren instar la extinción por tales incumplimientos de las obligaciones del empresario, o que se pudiese llegar a estimar que de tales omisiones se han derivado perjuicios para otros trabajadores que llevarían a reconocer la procedencia del recargo de prestaciones de la Seguridad Social o la indemnización por los daños y perjuicios que hayan ocasionado a causa de tal comportamiento permisivo.

Otra de las causas de despido disciplinario que cabría ligar a la prohibición de fumar en el centro de trabajo sería la prevista en el artículo 54.2 e) ET –despido disciplinario por disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado–. Entendemos que este supuesto podría hacerse efectivo en aquellos casos en los que un trabajador al que se le prohíbe fumar en el centro de trabajo viera reducir el rendimiento que venía siendo el normal a consecuencia de tal prohibición. Hay que tener en cuenta que el hecho de que el tabaco sea una sustancia con un importante componente adictivo supone, tal como ha sido puesto de relieve por estudios médicos en la materia, que en los supuestos de no poder realizarse esta actividad de consumo del tabaco el sujeto sometido a esta situación puede verse ante una relevante situación de estrés, falta de concentración, nerviosismo, etc., que en todo caso le llevarían a una disminución de su rendimiento laboral.

Ante ello cabe preguntarse: ¿podría entenderse la procedencia de esta causa de despido disciplinario? En principio si la disminución del rendimiento se puede considerar como grave y le es imputable a la voluntad del trabajador (STS 28 de marzo de 1985), no cabría más que aceptar la procedencia del mismo. Sin embargo, entendemos que la cuestión se ha de centrar en valorar el verdadero alcance de la voluntariedad o no del trabajador en cuanto a la reducción de su rendimiento. Entendemos que el trabajador que es fumador no es responsable en última instancia del control del hábito de fumar que viene realizando, en tanto que su tratamiento debería realizarse desde la óptica de que es un enfermo adicto o dependiente a una sustancia que por su sola voluntad no podrá ser capaz de abandonarla. Lo cual, es más, se reconoce de manera explícita en el Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco cuando apunta que «*los cigarrillos están diseñados... con el fin de crear y mantener la dependencia*». Ello debe constituir, por tanto, el criterio central a la hora de valorar por los Tribunales el alcance de la realidad de la concurrencia de los criterios para entender la procedencia de esta medida disciplinaria de máximo rigor.

Una tercera causa que podría entenderse hábil para el despido de un trabajador con condición de fumador sería la recogida en el artículo 54.2 f) ET, esto es, el supuesto de despido disciplinario

por toxicomanía que repercute gravemente en el trabajo. Nuevamente se nos plantea el caso de aplicar un supuesto legal de despido a los trabajadores fumadores cuyo hábito de fumar tabaco, en consecuencia un hábito patológico de éste, que se realiza de forma habitual y que ello repercute de manera negativa en la prestación del trabajo o en el interés de la empresa podría llevar a sancionar por parte de los Tribunales la procedencia de tal medida disciplinaria.

En este supuesto, al igual que lo mantenido para el anterior, entendemos que habrá de valorarse sobremanera el alcance del tratamiento disciplinario que se le presta normativamente a los supuestos de toxicomanía o alcoholismo y el choque que supone aquél por la consideración de tales situaciones o estados patológicos como enfermedad, dado el componente presente de adicción y dependencia que crea el consumo de tales sustancias. Es por ello por lo que se deberían entender como improcedentes los despidos que se intenten justificar en estas previsiones al menos cuando al trabajador fumador no se le ha dado la opción de abandonar el hábito tabáquico. Se reclama, en consecuencia, tanto una acción decidida de los tribunales a fin de no permitir que prosperen tales acciones disciplinarias, así como a las Administraciones Públicas y empresarios para que creen programas de deshabituación tabáquica, y, por último, a los agentes sociales para que trasladen una práctica presente, aunque minoritaria, en la negociación colectiva por la que se recoge en el texto de los convenios la posibilidad de que tales acciones no se sancionen siempre que *«el trabajador manifieste su condición de drogodependiente y demuestre documentalmente no sólo su predisposición a iniciar un tratamiento de su enfermedad, sino la realización del mismo, durante el tiempo que fuere necesario»*.

Por último, también cabría plantearse la posible aplicación del supuesto de extinción por causas objetivas del artículo 52 d) ET –por faltas de asistencia–. Hay que tener presente que los fumadores vienen siendo uno de los colectivos de trabajadores que más bajas laborales vienen sufriendo a consecuencia del hábito tabáquico, lo cual determinará el que se pueda entender aplicable tal previsión a las bajas por enfermedad común derivadas del hábito de fumar y que queden comprendidas dentro de los parámetros de absentismo establecidos en el mencionado precepto. En este caso habría que hacer dos consideraciones: por un lado, si la baja laboral la sufre un trabajador fumador, se podría entender que la misma tiene una etiología no laboral, lo cual determina que si es menor de veinte días se computará a los efectos del artículo 52 d) ET. Para tales supuestos habría de nuevo que valorar la naturaleza adictiva del tabaco y por tanto su carácter de enfermedad, debiéndose tener presente ello a fin de no ser sancionado por la concurrencia de tal circunstancia, labor que bien podría ser llevada a efecto a través de la negociación colectiva en similares términos a los ya resaltados en el supuesto anterior. De otro lado, si la baja laboral fuera de un trabajador no fumador destinado en una zona donde se permite fumar, habrá que convenir que estamos en presencia de una baja con clara naturaleza laboral, lo cual excluiría, sin lugar a dudas, la aplicación de la causa de extinción por absentismo laboral prevenida en el artículo 52 d) ET, tal como se prevé de manera expresa en su apartado segundo.

### 3. El papel de la autonomía colectiva en el ámbito de la Ley 28/2005.

Tal como viene configurada la regulación prevista en la Ley 28/2005 sobre el consumo de tabaco en los centros de trabajo y la consabida prohibición total de fumar en los mismos, se puede



decir que el margen de actuación que se le ha reconocido de manera explícita en el texto de la misma a la autonomía colectiva es relativamente escaso. Y más si se tiene en cuenta que cuantas prohibiciones y limitaciones vienen impuestas desde aquélla se han de considerar que ostentan el carácter de derecho necesario respecto del derecho de negociación colectiva.

Esta circunstancia ha sido uno de los principales «caballos de batalla» con los que se han enfrentado los sindicatos, y se han puesto en todo caso de relieve en los Dictámenes emitidos al anteproyecto que dio lugar a la aprobación de esta Ley por parte del Consejo Económico y Social y, posteriormente, por el Consejo de Estado <sup>36</sup>. Tanto unos como otros han venido a poner de relieve que en esta materia ya se venía contando con una considerable experiencia negociadora que ponía a las claras la capacidad y madurez de las partes implicadas en las relaciones laborales para tratar temas tan importantes como los de preservación y creación de espacios laborales libres de humos, invocándose, en consecuencia, el derecho de negociación colectiva como el mecanismo más idóneo para alcanzar la finalidad pretendida por la norma de prohibición total de fumar en los centros de trabajo, y tachándose de irrealista y foco de conflictos laborales la pretensión de prohibición absoluta establecida en el artículo 7 de la Ley.

Sin embargo, y a pesar de las peticiones desde diferentes frentes a fin de que se crearan los expedientes legales hábiles que posibilitaran la apertura de las prescripciones legales en la materia por parte de la negociación colectiva, ello no encontró reflejo alguno en el texto final de la Ley 28/2005, lo cual en principio podría hacer pensar que el papel que se le pueda reconocer en esta materia a la negociación colectiva es cuanto menos residual o mínimo.

No obstante, entendemos que la autonomía colectiva debe jugar un papel crucial en esta materia a fin de preservar los derechos de los trabajadores así como de evitar conflictividad laboral. Y en este sentido la labor que ha de realizar en ningún caso se ha de calificar como falta de contenido o carente de importancia, sino todo lo contrario. Los aspectos sobre los que debería en todo caso tratar y tener reflejo en la plataforma de negociación que se le planteara al banco empresarial deberían reflejar la importancia que el tema del consumo de tabaco tiene para un colectivo de trabajadores que alcanza el cuarenta por ciento del total nacional de trabajadores, lo cual representa cerca de ocho millones de personas. En consecuencia los temas relacionados con el consumo del tabaco son, en cierta manera, cuestiones de una importancia relativamente elevada y más cuando de lo que se trata es de regular un hábito que en ningún caso es voluntario y que debería ser tratado como en realidad es: una adicción a un producto que es nocivo para la salud y que llega a provocar, tal como destaca la Exposición de Motivos de esta Ley, enfermedades, incapacidades e incluso la muerte.

En este sentido, las líneas de acción negocial deberían plantearse en un doble sentido <sup>37</sup>. El primero, de regulación de todos aquellos aspectos que se vinculan al consumo en sí de tabaco en

<sup>36</sup> Dictamen del Consejo de Estado n.º 366/2005, aprobado el 29 de marzo de 2005, especialmente págs. 4, 21, 22; y Dictamen del Consejo Económico y Social publicado el 16 de marzo de 2005, pág. 9.

<sup>37</sup> En este sentido se pueden interpretar el comunicado de 15 de diciembre de 2005 de la Comisión Ejecutiva Confederal de UGT en el que se apuesta por el diálogo y la sensibilización para conciliar los derechos de los fumadores y no fumadores en las empresas, o la circular de 12 de enero de 2006 remitida por CC.OO. a sus delegados sindicales «para afrontar la Ley del Tabaco en las empresas» en la que se propone negociar los tiempos para fumar en las pausas ya establecidas, recuperarlos en horarios abiertos y parcializar los descansos. Para su consulta acceder a la página electrónica de UGT (ugt.es) y de CC.OO. (ccoo.es), respectivamente.

la empresa, dentro de los márgenes de actuación reguladora que permita el texto de la Ley, y que trataría con ello de establecer el régimen legal de consumo de tabaco en los espacios al aire libre de la empresa. En tales términos, se habría de incidir en la determinación de previsiones que incidieran sobre:

- La regulación de los descansos para fumar.
- La regulación de las fórmulas de conciliación de los descansos para fumar con la prestación laboral, en la línea de los acuerdos colectivos ya alcanzados que prevén por ejemplo la recuperación al final de la jornada de las pausas para fumar <sup>38</sup>.
- La delimitación de los espacios al aire libre donde se puede fumar.
- El establecimiento de los medios necesarios para que el fumar no afecte a la imagen social de la empresa.
- El alcance de las obligaciones que pudieren recaer sobre los trabajadores respecto de su eventual papel de garantes de la aplicación de la norma respecto de los usuarios o clientes de la empresa <sup>39</sup>.
- La delimitación del régimen de sanciones por fumar, así como las salvaguardas que se pudieran establecer para la no imposición de sanciones si el trabajador muestra predisposición a iniciar un tratamiento de desintoxicación durante el tiempo que fuere necesario.

Como segunda línea de acción negociadora, se habría de optar por adquirir los agentes sociales un papel conformador y de medio para incentivar medidas empresariales «pro-activas» <sup>40</sup> sobre el consumo del tabaco, en el sentido de incentivar y motivar al empresario a fin de que asuma una

<sup>38</sup> En tales términos ya encontramos ejemplos de acuerdos colectivos de empresa o de solicitudes para el inicio de la negociación de éstos en los que se establece un régimen transitorio sobre medidas antitabaco en la empresa, determinando una serie de plazos –durante los tres primeros meses desde la entrada en vigor de la Ley 28/2005, desde el cuarto al sexto mes, y desde el séptimo en adelante– para los que se prevén una serie de pausas para fumar recuperables al finalizar la jornada. Así el acuerdo colectivo de empresa firmado por la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales «Fraternidad-Muprespa» con el Comité Intercentros, o la solicitud de inicio de negociaciones en esta materia planteada el 20 de diciembre de 2005 a la entidad bancaria BBVA. Ambos documentos pueden ser consultados en la página electrónica de la Federación de servicios financieros y administrativos del sindicato CC.OO. (confia.com).

<sup>39</sup> En este sentido, las instrucciones de la Secretaría General para la Administración Pública respecto de los centros de trabajo de la Administración General del Estado y de los Organismos dependientes o vinculados (BOE 29 de diciembre de 2005), o la de la Secretaría General Técnica de la Comunidad Autónoma Canaria de 12 de enero de 2006 (BOC 13 de enero de 2006).

<sup>40</sup> Actitud esta que ha sido la adoptada por parte de las Administraciones Públicas, tal como ponen de relieve las instrucciones sobre la aplicación de la Ley 28/2005 a los centros de trabajo pertenecientes a la Administración Pública. Así la Resolución de 28 de diciembre de 2005 de la Secretaría General para la Administración Pública respecto de los centros de trabajo de la Administración General del Estado y de los Organismos dependientes o vinculados (BOE 29 de diciembre de 2005), o la de la Secretaría General Técnica de la Comunidad Autónoma Canaria de 12 de enero de 2006 (BOC 13 de enero de 2006).

actitud dinámica y de no rechazo frente al hábito del tabaquismo, entendiendo el mismo como una adicción y enfermedad. Y, en este sentido, deberían acometerse desde ambos vectores labores y entre otras cuestiones:

- Las de información de los lugares prohibidos y permitidos para fumar.
- El establecer los mecanismos de vigilancia que no atenten a la intimidad y dignidad de los trabajadores.
- Consensuar los criterios de acceso al empleo y evitar que se establezcan condiciones que afecten negativamente a los candidatos a un empleo por su condición de fumadores.
- Acordar planes de deshabitación del consumo de tabaco <sup>41</sup>.
- Regular el régimen de días de inasistencia por recibir curso o apoyo médico para dejar el hábito de fumar, a fin de que aquéllos no se computen a efectos de la extinción por causas objetivas del artículo 52 d) ET.

No obstante, a todos estos planteamientos hay sin embargo que poner de relieve que esta opción pro-activa empresarial no es la que se viene precisamente a incentivar y a apoyar por parte de las Asociaciones Empresariales, pues éstas han remitido a sus asociados una serie de circulares o de notas de comentario acerca de las implicaciones laborales y de seguridad social de la Ley 28/2005 <sup>42</sup> en las que, en todo caso, se viene a remarcar que esta materia no es objeto, de ningún modo, para ser tratada a través de los eventuales procesos que se pudieren plantear de negociación colectiva. A su juicio ello debe llevar a todos los empresarios a considerar que cuantas medidas se vengán a adoptar en su organización para el cumplimiento de esta Ley se realicen desde la premisa de la vigilancia, el control y la sanción disciplinaria si se incumpliere. Igualmente se hace hincapié en que deberá ser la autoridad sanitaria la que venga a financiar los aspectos de apoyo terapéutico y de prevención del tabaquismo, tal como viene previsto en el artículo 21 de la Ley General de Sanidad y en el propio Capítulo IV de la Ley 28/2005, desechando cualquier planteamiento de financiación total o parcial de las terapias de desintoxicación que se pretendieren poner en marcha en la empresa.

Esta actitud de la patronal no deja de causar asombro, por cuanto, de un lado, parece desconocer el compromiso adquirido en el ANC-2005 acerca de la conveniencia de «*establecer procedimientos para analizar la incidencia y los efectos de la dependencia del alcohol y de otras sustancias sobre la salud y la seguridad en el trabajo, tanto individual como colectivo y, en su caso, adoptar*

<sup>41</sup> Así los planes de deshabitación del Ayuntamiento de Murcia que llevan en funcionamiento desde 1996, o del Servicio Andaluz de Salud, o el más reciente de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales «Ibermutua-mur».

<sup>42</sup> Así la redactada por la Confederación Empresarial Vasca (CONFESBASK) o la de 12 de enero de 2006 de la CEOE, en las que taxativamente se plantea que esta materia no es objeto de posible negociación en la empresa con los representantes de los trabajadores.

*medidas preventivas y de apoyo en el marco de las políticas sociosanitarias»* (Capítulo VII del ANC 2005), esto es, de abordar las políticas sanitarias de carácter socio-laboral en el contexto de las mesas de negociación colectiva. Sin lugar a dudas se habrá de incluir dentro de este compromiso al tabaquismo, como sustancia que crea dependencia y que afecta a la salud individual y colectiva, y ello debería haberse reconocido así por la CEOE, en su condición de firmante de este Acuerdo, desechando actitudes de reacción desahogada frente a una norma que en un futuro no muy lejano reportará mayores beneficios a las empresas tal como se viene manteniendo por parte de determinados estudios en el campo de la «Economía del Tabaco»<sup>43</sup>. E igualmente, por otro lado, causa asombro, del mismo modo, puesto que estas organizaciones empresariales conocen que la cuestión específica de las adicciones al tabaco es uno de los temas de debate incluidos en la Comisión de Seguimiento y Control del Diálogo Social.

## VI. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA LEY ANTITABACO EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

De cuantas manifestaciones y previsiones legales vienen a establecerse en la aquí comentada Ley 28/2005, el aplicador jurídico deberá interrogarse acerca de cuáles podrían ser las consecuencias que se pudieren derivar de las mismas en relación al Sistema Público de Seguridad Social. Sobre esta cuestión hay que partir en cualquier caso de un dato normativo evidente: en esta Ley no hay un tratamiento específico de la dimensión de Seguridad Social que sin duda va a tener la aplicación de cuanto dispone la misma. Pero, aun así, ello no obsta a que se pueda mantener que los efectos de Seguridad Social de ésta van más allá de lo que el legislador ha explicitado.

La anterior afirmación entendemos que se mantiene en base a doble orden de motivos. Primero, desde que se viene a reconocer y acoger por el propio legislador la realidad y solvencia de los estudios científicos que vienen a destacar la indudable relación de causalidad entre el humo del tabaco en el ambiente –vertiente pasiva–, así como su consumo –vertiente activa– y las situaciones de muerte, enfermedad e incapacidad de cuantos se encuentren en contacto con estas sustancias. Y, segundo, en tanto que el problema del hábito del tabaquismo y sus repercusiones y consecuencias para quienes lo realizan de manera activa así como para los que son consumidores en su forma pasiva o involuntaria, se viene a tratar como un problema de salud pública, ello debe llevar a concluir que en base a lo preceptuado en el artículo 43 de la CE con el reconocimiento de un derecho a la

<sup>43</sup> En este sentido, *vid.* STANTON GLAZ, de la Universidad de California, que afirma que el análisis presentado acerca de los costes laborales y las pérdidas de productividad en las empresas derivadas de la aplicación de prohibiciones de fumar es «una imagen falsa que ha lanzado la industria (tabaquera). Donde se ha prohibido fumar ha aumentado la productividad... se pierde un tiempo de trabajo (en las pausas), pero se fuma menos y, a cambio, disminuyen las bajas laborales, los gastos sanitarios y se ahorra en seguro de incendios». Referencia recogida del *Diario El País*, de 25 de diciembre de 2005. Igualmente, *vid.* RAAIJMAKERS, T. y VAN DE BORNE, I.: «Relación coste-beneficio de las políticas de tabaco en el lugar de trabajo», en *Revista Española de Salud Pública*, n.º 77, 2003, págs. 97 y ss.

protección a la salud, y el compromiso de los «*poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios*», estamos en presencia sin duda de un compromiso que ha de entenderse como que el Sistema Público está obligado a cubrir cuantos problemas sanitarios se deriven o vinculen al tabaco, y más desde el entendimiento de ser éste una sustancia permitida en su consumo por el propio Estado aun el reconocimiento de sus potenciales efectos en materia de enfermedades e incluso de muerte que puede provocar. En consecuencia, se hace necesario reseñar los aspectos más relevantes que en el campo de la Seguridad Social se van a producir a partir de la entrada en vigor de la Ley 28/2005.

En primer lugar, nos habremos de plantear el problema del eventual reconocimiento o no a los trabajadores del derecho a acceder a la asistencia sanitaria con base en los motivos que han dado lugar a la aprobación de esta Ley. En este sentido, hay que estar a lo dispuesto en ésta, especialmente su artículo 12, en tanto que viene a manifestarse en unos términos que en principio nos harían pensar que el compromiso de las Administraciones Públicas queda condicionado a un genérico compromiso sobre la adopción de una eventual política sanitaria cuyo alcance dependerá de las disponibilidades económicas que se dieran en cada momento. Lo cual encuentra explicación si tenemos en cuenta la expresa voluntad legislativa de hacer desaparecer cualquier disposición, en concreto la disposición adicional 10.<sup>a</sup> del proyecto de ley <sup>44</sup>, que viniera a obligar a la Administración Pública a adoptar medidas de apoyo financiero a las estrategias sobre investigación, prevención y facilitación de la deshabituación tabáquica.

En este sentido, se ha optado finalmente por la inclusión de una genérica previsión sobre eventuales programas de deshabituación, frente a una línea de acción de política sanitaria por la que se obligaba al Ministerio de Sanidad a la adopción de cuantas medidas normativas se hicieren necesarias a fin de incluir el consejo médico, el diagnóstico y el tratamiento de la dependencia dentro de la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud, así como se preveía la financiación por el Sistema Nacional de Salud de aquellos medicamentos o productos sanitarios de eficacia comprobada en los tratamientos para el abandono del hábito de fumar.

De otro lado, otro elemento importante en este tema lo tenemos en la propia conceptualización que del tabaco hace la Ley 28/2005, en tanto que a diferencia de lo que venía a preverse en el derogado Real Decreto 192/1988 que venía a considerar el tabaco como una sustancia nociva y su condición de droga, en la misma han desaparecido tales términos. Lo cual en principio no nos ha de llevar a conclusiones erróneas, puesto que tales aspectos en cambio sí se vienen a reconocer en la abundante normativa autonómica de carácter sanitario que incide sobremanera en esta consideración.

En conclusión, a la luz de tales planteamientos habría que entender que en todo caso se ha de reconocer a los trabajadores un derecho al acceso al Sistema de Salud a fin de cubrir que les sean

<sup>44</sup> Acerca del alcance y contenido de la disposición adicional 10.<sup>a</sup> del proyecto de ley, *vid.* el interesante estudio de LUQUE PARRA, en LUQUE PARRA, M.: «La Ley 28/2005 y el derecho de la seguridad y la salud», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *El tabaco en los centros de trabajo, op. cit.*, págs. 106 y ss.

prestados los servicios médicos, de diagnóstico y de tratamiento frente a las consecuencias de salud y sanitarias que se deriven del consumo del tabaco o del contacto con las sustancias que se desprenden del mismo.

Pero, en segundo lugar, en el caso de que éstas impidan realizar de manera efectiva la prestación laboral, dando lugar de este modo a una baja laboral, ¿sería ésta calificable como derivada de una contingencia profesional o común? Al respecto hay que diferenciar si estamos ante un consumidor activo o pasivo.

Si es consumidor activo, las bajas no serían, en principio, calificables como derivadas de una contingencia profesional, puesto que las dolencias que dan lugar a la misma se derivan de un comportamiento propio y voluntario del trabajador fumador. Planteamiento que, no obstante, se encuentra enfrentado a la doctrina judicial dominante para la que cuando un accidente acaece en el centro de trabajo, independientemente de que arrastre malos hábitos, juega la presunción de laboralidad<sup>45</sup>, mostrando ello hasta qué punto la doctrina jurisprudencial ha flexibilizado la necesaria conexión entre el accidente y el trabajo<sup>46</sup>. Esta situación daría pie a plantearse la posibilidad de calificarlas como derivadas de contingencias profesionales aun cuando la exigencia de prueba de la relación entre el trabajo y el siniestro será mayor.

De lo que en principio no debería plantear problema serían los supuestos de trabajadores-fumadores activos que en aplicación de los postulados de esta Ley se vean obligados a abandonar el hábito de fumar tabaco en la empresa y que durante la prestación sufran a consecuencia de ello un accidente o enfermedad derivados de situaciones propias del abandono de adicciones (estrés, nerviosismo, falta de concentración, etc.) e incluso que por ello se vean compelidos a acudir a un tratamiento de deshabituación que les impida trabajar. En estos casos, de una interpretación conjunta del artículo 115.2 e) y 115.3 de la LGSS, sí que habría de entenderse que estamos en presencia de una contingencia profesional, puesto que el factor determinante que los motiva no sería el fumar, sino el cumplimiento de una orden empresarial que le impide realizar un hábito que no puede controlar dada la dependencia o adicción que la sustancia consumida supone para el trabajador<sup>47</sup>. Es el trabajo, en fin, el elemento determinante de la dolencia sufrida por el trabajador.

En relación a los trabajadores no fumadores pero que se pueden considerar dentro de lo que se viene a calificar como «fumadores pasivos o involuntarios», hay que partir de lo señalado en la propia Exposición de Motivos de la Ley 28/2005 en la que de manera concluyente se afirma la relación de causalidad entre el humo del tabaco en el ambiente –vertiente pasiva– y las situaciones de

<sup>45</sup> *Vid.* STSJ Madrid 19 de diciembre de 2000.

<sup>46</sup> Al respecto *vid.* DESDENTADO BONETE, A.: «Comentario al artículo 115 de la LGSS», en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N., Dir.): *Comentario a la Ley General de Seguridad Social*, Edit. Comares, Granada, 2000, págs. 1.099 y ss.

<sup>47</sup> En idéntico sentido, *vid.* LUQUE PARRA, en LUQUE PARRA, M.: «La Ley 28/2005 y el derecho de la seguridad y la salud», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *El tabaco en los centros de trabajo, op. cit.*, pág. 108.

muerte, enfermedad e incapacidad de cuantos se encuentren en contacto con estas sustancias. Por tanto, la consecuencia parece ser evidente, tanto para aquellos empresarios que no garanticen que el centro de trabajo esté libre de humos, incumpliendo la prohibición del artículo 7 de la Ley, como para los que deciden que en su establecimiento se puede fumar en orden a las excepciones establecidas en la Ley. En estos casos, puesto que la Ley exige para estos supuestos al empresario un patrón de conducta más exigente de cuidado, hay que entender que la causa de la enfermedad se encuentra en la propia organización del trabajo, debiéndose calificar en consecuencia como una contingencia con origen o etiología profesional <sup>48</sup>.

En tercer lugar, otra de las cuestiones que nos podríamos plantear en esta materia sería la de la posibilidad que tendrían las empresas que colaboran en la gestión de la prestación por incapacidad temporal de cargar los costes de los tratamientos de deshabituación a los excedentes económicos resultantes de esta colaboración –art. 77.1 d) LGSS–. En este sentido, el régimen jurídico de esta colaboración voluntaria viene establecido en los artículos 15 bis a 15 quater de la OM de 25 de noviembre de 1966, en la que se determina que los posibles excedentes económicos resultantes de la colaboración habrán de destinarse a la mejora de la prestación por incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral. El hecho de que el tratamiento de deshabituación tabáquica no fuera considerable en sí mismo como un elemento de mejora de tal prestación, aunque en todo caso podría considerarse como una vía indirecta de mejora, nos llevaría a afirmar que en ningún caso el empresario podría hacer uso de tales excedentes para sufragar en todo o parte los gastos que se deriven de los tratamientos o de cualquier plan sobre prevención tabáquica. Además, la normativa que rige el régimen de colaboración previsto en el artículo 77.1 d) LGSS, exige en todo caso que sea destinado el mencionado excedente para la mejora de las prestaciones referidas, lo cual determina que de dedicarse al pago de tales tratamientos estaríamos posibilitando una mejora de unas prestaciones para un solo colectivo de trabajadores, los fumadores que estén dispuestos a someterse a tal tratamiento, mientras que para el colectivo de trabajadores no fumadores tales excedentes no se conformarían como una mejora efectiva de sus prestaciones, incumpliendo de esta forma la finalidad concreta que se le viene a asignar a los excedentes por colaboración en la gestión de prestaciones.

En cuarto lugar, tendríamos que referirnos a las posibles responsabilidades que se pudieran derivar para el empresario por incumplimiento de la prohibición de fumar en el centro de trabajo. En principio, y en tanto que se ha mantenido el carácter de norma sanitaria de la Ley 28/2005, se podría considerar que para los supuestos de incumplimiento de sus previsiones no cabría entender en ningún caso la procedencia de la exigencia de responsabilidades al empresario que desoye tales prescripciones legales. Sin embargo, tal como se destacó, de igual modo la dimensión de esta norma en materia de seguridad y salud laboral es inequívoca, lo cual determina que aun dada su naturaleza de norma sanitaria, tiene, sin embargo, una vertiente de norma de seguridad y salud por la que se impone al empresario un mandato laboral que se materializa en un estándar de conducta más exigente de cuidado frente a estos riesgos.

<sup>48</sup> Vid. STSJ Madrid 17 de febrero de 2003 o del TSJ Cataluña 24 de marzo de 2004.

Otro entendimiento dejaría sin contenido y eficacia a las previsiones de la Ley 28/2005, puesto que si con ésta se viene a regular el consumo durante el tiempo de la prestación laboral y en los lugares de trabajo de una sustancia nociva para la salud de los trabajadores, cubriéndose con ella las previsiones generales que en la normativa de seguridad y salud se venían estableciendo sobre estos aspectos, no se alcanza a comprender cómo cabría excluir los incumplimientos del empresario del deber de vigilancia que se le impone como destinatario directo de esta Ley, además del deber general de prevención y protección del artículo 14 LPRL.

En consecuencia, el incumplimiento de las obligaciones que se le vienen a imponer al empresario desde la Ley 28/2005 se habrá de considerar incumplimientos de las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo, además de los que procedieren en otros órdenes, lo cual dará lugar, como se sabe, a la exigencia de responsabilidades de tipo económico o patrimonial de los afectados, que podrán sustanciarse al amparo de normas civiles, penales (cuando los hechos sean constitutivos de delito o falta) y de la normativa de Seguridad Social.

Por tanto, los trabajadores afectados por el incumplimiento del empresario en materia de prohibición de fumar en el centro o bien por la no adopción de las medidas que garanticen un nivel de protección para la seguridad y salud de los trabajadores destinados en las zonas habilitadas o lugares donde se pueda fumar, en tales casos podrán instar la exigencia de las mencionadas responsabilidades que se materializarían a dos niveles complementarios:

1. Responsabilidad civil de contenido patrimonial plasmada en una indemnización de daños y perjuicios.
2. Responsabilidad en materia de Seguridad Social manifestada en la forma del recargo de las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional –art. 123 LGSS–.

Para ambas situaciones el actual contenido de la Ley 28/2005 allanará sin duda la extrema exigencia que el sistema judicial español establece para el reconocimiento de la procedencia de la responsabilidad por daños derivados del tabaco en los lugares de trabajo. La prueba fehaciente de una relación directa entre la causa alegada –el consumo de tabaco en el centro de trabajo– y el daño sufrido (relación de causalidad) en la gran mayoría de las ocasiones, si es que se ha conseguido realizar de manera satisfactoria, se ha visto al fin desvirtuada en base a la existencia de concausas que han desviado la responsabilidad. Sin embargo, la Ley 28/2005 ha abierto un panorama totalmente diferente, pues en ella se parte de la relación real y acreditada objetivamente entre fumar y la enfermedad o muerte. Por tanto, las posibilidades de que prosperen las reclamaciones por daños derivados del consumo activo o pasivo de tabaco se amplían enormemente.

Por último, brevemente cabría interrogarse acerca de las posibilidades que tienen de ser estimadas las demandas planteadas por la Sanidad Pública frente a las empresas tabacaleras, acerca de la reclamación de daños por los costes derivados para el Sistema Sanitario del consumo del tabaco. El fundamento jurídico de éstas radica en los artículos 127.3 LGSS y 83 de la Ley General de Sani-



dad que reconoce el derecho de la Sanidad Pública de reclamar al tercero responsable el coste de las prestaciones sanitarias que hubiere satisfecho, constituyendo la verdadera clave de bóveda para que prospere la demanda el que se materialice la prueba de la relación de causalidad entre el tabaco y los gastos que se pretenden que se resarzan. Ante esta situación, de nuevo la Ley «Antitabaco» abre enormemente las posibilidades de éxito de los demandantes, pues hace suyos los planteamientos de la comunidad científica y de las organizaciones internacionales que destacan las concluyentes «*evidencias... sobre el riesgo que conlleva el consumo del tabaco para la salud de la población*», las de que «*el humo del tabaco en el ambiente es causa de mortalidad, enfermedad y discapacidad*». Planteamientos a los que habría que adicionar cuantos reconocimientos acerca del tabaco y sus diferentes dimensiones de consumo, distribución, fabricación, etc., se hacen en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, suscrito por España, en el que se reconoce abiertamente el diseño expreso de los cigarrillos y otros productos del tabaco «*... para crear y mantener dependencia...*», y que «*... contienen compuestos y el humo que produce son farmacológicamente activos, tóxicos, mutágenos y cancerígenos...*».

En conclusión, entendemos que se abre paso una nueva forma de afrontar las consecuencias que tiene para la población el consumo del tabaco en sus vertientes activa y pasiva, y que en buena lógica determinará el que haya un cambio radical de afrontar las responsabilidades que las empresas tabacaleras tienen en relación a los costes derivados de prestaciones sanitarias que recaen sobre los Poderes Públicos.

## VII. REFLEXIÓN FINAL

A la luz de cuantos planteamientos hemos venido poniendo de relieve a lo largo de este estudio, se puede acordar que resulta sorprendente cómo el panorama de una cuestión como es la del consumo del tabaco en los centros de trabajo puede cambiar tan radicalmente los planteamientos que hasta el momento venían imperando para afrontar este tema. Los usos están cambiando, y sólo es cuestión de tiempo el que se comiencen a observar los cambios que de seguro provocará la Ley en una multiplicidad de aspectos.

Estamos ante una Ley tremendamente ambiciosa, en cuanto pretende provocar un cambio histórico, que incide sobre un uso social asentado y aceptado por la sociedad, lo que motivará en consecuencia el que haya de transcurrir un relativo período de tiempo para que su efectiva implantación se produzca. Las bondades de la misma quedan fuera de dudas, aunque, sin embargo, cuenta con importantes sombras, puesto que nace falta de la necesaria vertiente financiera que posibilite la necesaria puesta en marcha de las medidas para prevención del tabaquismo, de promoción de la salud y de facilitación de la deshabituación tabáquica.

En fin, parece que en cierta forma se carece de la visión global que exige la adopción de medidas del calado que tiene ésta, pues ejemplificativo de ello es, tal como en estos días hemos tenido ocasión de comprobar, la reforma puntual sobre la apertura de los lugares en los que se permite la

venta de productos del tabaco –quioscos de prensa-. Claramente con esta situación se evidencia la falta de total implicación de los Poderes Públicos de llevar a cabo cuantas medidas se ponen de relieve en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, o al menos no se evidencia capacidad creativa a fin de establecer para este y otros casos, por ejemplo, medidas de apoyo a actividades alternativas económicamente viables. Pudiéndose decir lo mismo en materia de excepciones a la prohibición de fumar, de venta del tabaco... No obstante, como primer paso hacia la creación de una sociedad que viva y se desarrolle en un ambiente sin humos derivados del tabaco, queda suficientemente justificada la aprobación de la Ley 28/2005.