

**DAMIÁN BENEYTO CALABUIG***Inspector de Trabajo y Seguridad Social***Extracto:**

**El** BOE de 27 de diciembre de 2005 publica 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, socialmente conocida como la Ley Antitabaco.

En España fuma un 31 por 100 de la población. Pero en el ámbito laboral ese porcentaje se eleva más que en el resto de la sociedad ya que el 47 por 100 de los trabajadores fuman, lo que supone que ocho millones de trabajadores son fumadores.

Una cuestión importante interesa señalar con carácter previo: NO SE TRATA DE UNA LEY LABORAL, sino de una Ley sanitaria y de salud pública. Ello tiene dos consecuencias relevantes:

1. De entrada, que la Inspección de Trabajo no tiene competencia para velar por su correcta aplicación, sino que los encargados de tal misión van a ser los organismos de las Comunidades Autónomas con competencias en salud pública.
2. Que los posibles incumplimientos de la prohibición de fumar por parte de los trabajadores o empleados que tengan lugar en los centros de trabajo, no es el empresario quien puede sancionarlos, al no constituir una falta laboral prevista en una Ley de carácter laboral o en un convenio colectivo.

La Ley, en orden a la prohibición de fumar, hace una doble distinción: 1) Lugares en los que está totalmente prohibido fumar; y 2) Aquellos otros en los que se prohíbe fumar pero se permite la habilitación de zonas para el consumo de tabaco, siempre que se cumplan determinados requisitos, tales como: a) una señalización adecuada; b) la separación física del resto de las dependencias; y c) la dotación de sistemas de ventilación independiente.

A través de estas páginas se analiza y comenta el contenido de la Ley, en orden al consumo del tabaco, teniendo en cuenta la doble vertiente en que nos afecta. De un lado, en cuanto empleados o trabajadores de una empresa en la que prestamos servicios y, de otro, como ciudadanos o población en general supuesto en que nos afecta la Ley por nuestra potencial condición de clientes, usuarios, visitantes y público en general, de determinados espacios, lugares o establecimientos. En definitiva se trata de conocer cuáles son los derechos de los no fumadores así como los derechos y obligaciones de los que son fumadores.

---

## Sumario:

---

- I. Introducción.
- II. Prohibiciones o limitaciones al consumo del tabaco.
  1. Lugares o espacios con prohibición total de fumar.
    - 1.1. Los centros de trabajo públicos y privados, salvo en los espacios al aire libre.
    - 1.2. Lugares o espacios donde concurren trabajadores o empleados y personal ajeno a la empresa (clientes, usuarios, visitantes y público en general).
  2. Lugares o espacios con prohibición de fumar en los que se permite la habilitación de zonas para fumadores.
    - 2.1. Requisitos de las zonas habilitadas para fumar.
    - 2.2. Régimen especial de los pequeños establecimientos de hostelería y restauración.
- III. Prohibición de entrar a los menores de 16 años en las zonas habilitadas para fumar.
- IV. Normativa sobre prevención de riesgos laborales.
- V. Personas responsables del incumplimiento de la Ley. Régimen de infracciones y sanciones.
- VI. Competencias de inspección y sanción.
- VII. Prohibiciones de fumar establecidas en convenios colectivos.
- VIII. Pausas en el trabajo para los fumadores y el posible agravio comparativo con los no fumadores.
- IX. Cuestiones puntuales derivadas de la aplicación de la Ley.
  1. La exigencia de la condición de no fumador para el acceso al empleo.
  2. Inclusión en el contrato de trabajo de la cláusula de prohibición de fumar en el centro de trabajo.
  3. Prohibición de fumar por decisión del emprsario en los espacios al aire libre del centro de trabajo.
  4. Orden empresarial de prohibir fumar en el centro de trabajo.
  5. Orden empresarial de prohibir salir a la calle a fumar.
  6. Prohibición de fumar del empleador de hogar por decisión del amo de casa.

## I. INTRODUCCIÓN

El BOE de 27 de diciembre de 2005 publica 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, socialmente conocida como la Ley Antitabaco.

En esta Ley el Gobierno y los Grupos Parlamentarios han cogido en sus manos la bandera del antitabaquismo, alcanzándose una **unanimidad completa**, aprobándose la legislación más restrictiva de la historia de España con respecto al consumo del tabaco, dentro de un proceso de regulación creciente y limitadora del tabaquismo pasivo en las empresas.

El 1 de enero de 2006 (fecha de entrada en vigor de la Ley Antitabaco) marca un **antes y un después** en el consumo del tabaco.

En España fuma un 31 por 100 de la población. Pero en el ámbito laboral ese porcentaje se eleva más que en el resto de la sociedad ya que el 47 por 100 de los trabajadores fuman, lo que supone que ocho millones de trabajadores son fumadores.

La Ley contempla el tabaquismo desde una doble perspectiva: de un lado, adopta una serie de medidas frente al consumo del tabaco y su venta y, de otro, incide en la publicidad y promoción de los productos del tabaco. En este artículo nos vamos a referir exclusivamente a la incidencia de la Ley en las empresas, centrándonos en la repercusión que la Ley va a tener en el ámbito laboral, en concreto en los lugares y centros de trabajo, y, en definitiva, analizar las limitaciones sobre el consumo del tabaco, el régimen de las infracciones y sanciones, las competencias de inspección y sanción en orden a la vigilancia del cumplimiento de la Ley y, finalmente, unas cuestiones puntuales que plantea la aplicación de la Ley.

Una cuestión importante interesa señalar con carácter previo: NO SE TRATA DE UNA LEY LABORAL, sino de una Ley sanitaria y de salud pública, conectada, conforme a su Exposición de Motivos, con el artículo 43 de nuestra Constitución que reconoce el derecho a la protección de la salud y encomienda a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas, y con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que contribuye a la efectividad de este derecho. Y el hecho de que no se trate de una Ley laboral tiene dos consecuencias relevantes:

1. De entrada, que la **Inspección de Trabajo no tiene competencia** para velar por su correcta aplicación, sino que los encargados de tal misión van a ser los organismos de las Comunidades Autónomas con competencias en salud pública.
2. Que los posibles incumplimientos de la prohibición de fumar por parte de los trabajadores o empleados que se produzcan (o tengan lugar) en los centros de trabajo, **no es el empresario quien puede sancionarlos**, al no constituir una falta laboral prevista en una Ley de carácter laboral o en un convenio colectivo, conforme al artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, al no constituir un incumplimiento laboral, la valoración de la falta y su sanción no corresponde a la dirección de la empresa, y, en consecuencia, no cabe su revisión ante la Jurisdicción Social.

La Ley Antitabaco se articula en cinco capítulos dedicados respectivamente a las disposiciones generales; las limitaciones a la venta, suministro y consumo de los productos del tabaco; la regulación de su publicidad, promoción y patrocinio; las medidas de prevención del tabaquismo, promoción de la salud y facilitación de la deshabitación tabáquica, y el régimen de las infracciones y sanciones. Por último, cuenta con varias disposiciones adicionales y transitorias.

Como no podía ser de otra manera, la Ley no es de aplicación a los clubes privados de fumadores, siempre que la actividad se desarrolle en el interior de sus dependencias y los destinatarios sean única y exclusivamente los socios.

La Ley ha entrado en vigor el 1 de enero de 2006. Desde algunos sectores favorables al consumo del tabaco se ha calificado esta Ley:

- De prohibicionista (prohíbe totalmente fumar en determinados lugares y en otros lo permite pero en zonas acotadas).
- De sancionadora (establece cuantiosas multas para los que transgredan la Ley, tanto a los que fumen como a los que permitan fumar).
- Discriminatoria (pues puede provocar discriminación de las personas que fumen a la hora de acceder a un puesto de trabajo).

Vamos a analizar el contenido de la Ley, en orden al consumo del tabaco, teniendo en cuenta la doble vertiente en que nos afecta. De un lado, en cuanto titulares, empleados o trabajadores de una empresa pública o privada en la que prestamos servicios, y, de otro, como ciudadanos o población en general supuesto en que nos afecta la Ley por nuestra potencial condición de clientes, usuarios, visitantes y público en general, de determinados espacios, lugares o establecimientos. En definitiva se trata de conocer cuáles son los derechos de los no fumadores así como los derechos y obligaciones de los que son fumadores.

## II. PROHIBICIONES O LIMITACIONES AL CONSUMO DEL TABACO

La Ley 28/2005, en su artículo 6, establece una regla de carácter general al disponer que el consumo del tabaco debe hacerse exclusivamente en aquellos lugares o espacios en los que no esté totalmente prohibido fumar o en los especialmente habilitados para ello. A tales efectos se distingue entre:

- Los lugares en los que está **totalmente prohibido fumar**.
- Aquellos otros en los que se prohíbe fumar pero se permite la **habilitación de zonas** para el consumo de tabaco, siempre que se cumplan determinados requisitos, tales como: a) una señalización adecuada; b) la separación física del resto de las dependencias; y c) la dotación de sistemas de ventilación independiente. Posteriormente analizaremos con detalle estos requisitos.

Lo que la Ley prohíbe es la acción de «fumar». Ello significa que no se prohíben otros productos del tabaco como son «los destinados a ser inhalados, chupados o masticados» –art. 2 a) de la Ley– por cuanto al no producir humo en el ambiente, no comportan riesgo a los fumadores pasivos o involuntarios (conforme a la Exposición de Motivos).

### 1. Lugares o espacios con prohibición total de fumar.

La Ley Antitabaco distingue, en sus artículos 7 y 8, dos tipos de lugares o espacios:

1. Los que son de utilización exclusiva por los propios trabajadores o empleados como son los centros de trabajo (fábrica, taller, almacén, oficina, etc.).
2. Los lugares o espacios en donde concurren además de trabajadores o empleados (para quienes se trata de un centro de trabajo), personal ajeno a la empresa o establecimiento (como son clientes, usuarios, visitantes y público en general), y dentro de estos lugares en los que existe concurrencia, la Ley distingue entre los que son centros docentes, sanitarios, comerciales, culturales, de transporte público, etc., en los que se mantiene la prohibición total de fumar, de aquellos otros que son de ocio o esparcimiento como hoteles, bares, restaurantes, salas de fiesta, etc., en los que sólo se permite fumar en espacios acotados.

Conforme a la Ley Antitabaco existe **prohibición total de fumar** en:

#### *1.1. Los centros de trabajo públicos y privados, salvo en los espacios al aire libre.*

La Ley prohíbe totalmente fumar en los «centros de trabajo». Pero ¿qué se entiende por centro de trabajo? ¿Cuál es su concepto legal? Centro de trabajo es un concepto laboral que implica un

lugar de trabajo, y la existencia de trabajadores o empleados y de un empresario o empleador. Por tanto hay que acudir a las normas laborales para determinar cuál es el concepto legal de centro de trabajo, de empresario y de trabajador por cuenta ajena.

1. Respecto al *centro de trabajo*, el Estatuto de los Trabajadores (art. 1) nos dice que «es la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral». Se trata, pues, de un concepto muy genérico. Pero ya más concretamente, el Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, de disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, nos dice en su artículo 2 que se entiende por lugares de trabajo «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 consideran incluidos los servicios higiénicos, los locales de descanso, los locales de primeros auxilios y los comedores». Definición esta que reitera textualmente el artículo 2 del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales. De este concepto se desprenden cuatro notas importantes:
  - Puede ser un área edificada o no: por tanto un espacio construido con carácter permanente (edificado) o sin construir (abierto o no cerrado, sin obra).
  - Es el área en la que los trabajadores deban permanecer por razón de su trabajo (puesto de trabajo concreto).
  - También es el área a la que los trabajadores deban acceder por razón de su trabajo (comprende las zonas de tránsito y de paso).
  - Finalmente, se incluyen los lugares de uso común previo, coetáneo o posterior al trabajo, como son los vestuarios, aseos, locales de primeros auxilios o comedores.
2. El concepto de *empresario* nos lo facilita también el Estatuto de los Trabajadores al disponer que son «todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de los trabajadores por cuenta ajena». Empresario es, por tanto, el receptor de la prestación de servicios de los trabajadores y, en definitiva, quien recibe los frutos o resultados del trabajo realizado.
3. Por último se consideran *trabajadores* quienes «voluntariamente prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». Lo que conlleva las cuatro notas definitorias de la relación laboral: la voluntariedad, la retribución, la ajenidad (trabajar para otro) y la dependencia.

La Ley se refiere a todos los centros de trabajo tanto públicos como privados. El carácter público o privado parece que se refiere más a su acepción de uso público, es decir, utilizable por el público en general (trabajadores, visitantes, usuarios, clientes, proveedores), o de uso privado (sólo a tra-

bajadores o empleados), en lugar de hacer referencia a la titularidad pública o privada del centro de trabajo, pues los centros públicos están comprendidos específicamente en el artículo 7 b) al mencionar a «los centros y dependencias de las Administraciones públicas y entidades de derecho público».

La Ley Antitabaco no es de aplicación en el hogar familiar. La característica esencial de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar (servicio doméstico) es precisamente el lugar de la prestación de servicios que es el hogar familiar, y, por tanto, un lugar o espacio privado (un domicilio particular) en el que la Ley no puede entrar, al no tener la consideración de centro de trabajo. Los empleados de hogar son los excluidos de la Ley, si sus empleadores fuman.

La Ley se refiere a los centros de trabajo de utilización exclusiva por sus propios trabajadores o empleados en los que se establece la prohibición total y absoluta de fumar, salvo en los espacios al aire libre. Pero ¿qué hay que entender por espacio al aire libre? Literalmente un espacio al aire libre es aquel que está «fuera de todo resguardo» en contraposición con espacio cerrado o cubierto (que sería el resguardado o protegido). Pero nosotros entendemos que la interpretación de espacio al aire libre debe ser más flexible, aplicando en esta materia la distinción que laboralmente (fundamentalmente en materia de prevención de riesgos) se efectúa entre trabajos en el interior o en el exterior de edificios construidos. De tal forma que la prohibición total de fumar afectaría a los espacios o lugares del centro de trabajo situados en el interior de los edificios, áreas o zonas edificadas, es decir, aquellos que estén totalmente cerrados o cubiertos.

En favor de esta interpretación cabría señalar el artículo 7 letra o) de la Ley que al establecer la prohibición total de fumar en todos los espacios del transporte suburbano (vagones, andenes, pasillos, escaleras, estaciones, etc.), excluye aquellos espacios que se encuentren *por completo* al aire libre. Cabe entender que esta utilización del calificativo de encontrarse «por completo» al aire libre, implica que los demás lugares o espacios mencionados en el artículo 7 de la Ley en los que se permite fumar, son aquellos situados al aire libre aunque sea de forma incompleta, parcial o limitada (no cerrados o bien cerrados o cubiertos parcialmente –no en todos sus lados–). Y también cabe mencionar el artículo 8.1 b) de la Ley, que permite habilitar zonas para fumar en los bares, restaurantes y demás establecimientos de restauración cerrados, salvo que se hallen *ubicados en el interior de centros o dependencias* en los que se prohíba fumar de acuerdo con lo previsto en el artículo 7, por lo que la Ley diferencia, a estos efectos, entre el interior y el exterior de tales centros o dependencias.

Ello significa en un centro de trabajo situado en un área o zona edificada, la prohibición de fumar no sólo en el puesto de trabajo, sino también en los lugares de tránsito o de paso, en los comedores, en los vestuarios, en los despachos, en las salas de reuniones (aunque los asistentes quieran fumar), en el bar de la empresa e incluso en el lugar (aunque esté separado o aislado) en donde se encuentra la máquina de café o de refrescos. En estos centros de trabajo, sólo está permitido fumar en la calle o bien en los espacios al aire libre (no cerrados o cubiertos parcialmente) situados en el recinto laboral (explanadas, terrazas –cubiertas o descubiertas–, azoteas, galerías, patios interiores –de luces o de manzana–, carpas no cubiertas lateralmente, portales, etc.). No vale, pues, fumar junto a las ventanas. Pero ¿se permite fumar en un balcón del despacho? El Ministerio de Sanidad considera que no pues un balcón forma parte del despacho. No obstante nosotros enten-

demos que un balcón sí es un espacio al aire libre (no cerrado ni cubierto), aunque forme parte estructuralmente del despacho u oficina. Consideramos que el balcón no es un puesto de trabajo, ni una zona de tránsito o de paso, ni tampoco un lugar de uso común, conforme al concepto que de centro de trabajo contiene el Real Decreto 486/1997, al que anteriormente hemos hecho referencia.

La prohibición de fumar en las empresas es total, en todo momento, en todos los centros de trabajo y para todos los trabajadores (con independencia de su nivel de mando o jerárquico, y de que su relación laboral sea común o especial). Afecta a todos los que se encuentren en el centro de trabajo, tanto empleados propios como trabajadores de empresas contratistas o subcontratistas o de empresas de trabajo temporal, e incluso afecta a terceros ajenos a la empresa (clientes, proveedores, etc.).

La Ley no establece límites en cuanto a la jornada laboral, por lo que la prohibición de fumar debe entenderse referida a cualquier hora del día o de la noche. La prohibición es de fumar en los centros de trabajo cerrados, sin especificar si ha de ser dentro o fuera del horario de trabajo, de tiempos de descanso o de comida, es decir, durante las 24 horas del día y los 365 días del año.

Por tanto, existe prohibición absoluta de fumar en los centros de trabajo cerrados (y que no cuenten con espacios al aire libre), sin que las empresas tengan la opción de habilitar espacios o zonas para fumadores.

El grupo parlamentario de Convergencia y Unió (CIU) presentó una enmienda que recomendaba la habilitación de espacios a los fumadores en los centros de trabajo, pero no fue aprobada. De haberse aprobado habría evitado algunos previsibles problemas de aplicación de la Ley (salida de los empleados a fumar a la calle en horario laboral, agravio de los no fumadores, etc.).

Y cabe hacerse dos preguntas. Acaso ¿no es posible de ninguna forma compatibilizar el derecho del fumador a encender un cigarrillo con el derecho del no fumador a trabajar en espacios libres de humo?, pues, en definitiva, se trata de consumir un producto que es legal. Y en segundo lugar, ¿tampoco es posible restringir el consumo de tabaco en el centro de trabajo, pero permitir la habilitación de salas y que no se obligue a la gente a tener que ir a fumar a la calle?

La Ley Antitabaco no contempla el posible entendimiento entre las partes implicadas, trabajador y empresa. No cabe pacto o acuerdo ni individual ni colectivo entre empresas y trabajadores para habilitar zonas para fumadores. La Ley no deja una vía de escape para que las empresas puedan crear un espacio acotado para fumar. Estamos ante una Ley sanitaria cuyo objeto es la protección de la salud y, por tanto, de derecho necesario, sin que empresarios y trabajadores tengan poder de disposición alguno.

Esta prohibición total y absoluta de pactos o acuerdos en el seno de las empresas para habilitar la existencia de locales para fumadores que no molesten a los demás, ha sido muy criticada desde diversos sectores pues no tiene fácil explicación. Durante el trámite parlamentario de la Ley se llegó a justificar tal prohibición no sólo en la necesidad de proteger a los no fumadores de los fumadores, sino también a éstos de sí mismos. Esta argumentación no parece compatible con la



autonomía de decisión inherente a toda persona adulta en una sociedad liberal, y no debe ser utilizada para prohibir mediante una Ley una decisión colectiva de empresas y trabajadores en el ámbito laboral siempre que no perjudiquen a los demás.

*1.2. Lugares o espacios donde concurren trabajadores o empleados y personal ajeno a la empresa (clientes, usuarios, visitantes y público en general).*

En los lugares o espacios donde concurren trabajadores con personal no empleado, y no se trate de lugares de hostelería, ocio o esparcimiento (que tienen un tratamiento especial, como veremos posteriormente), la Ley hace una triple diferenciación:

1. Prohibición total de fumar en los medios de transporte colectivo como son los autobuses, tranvías, taxis, ambulancias, funiculares, teleféricos y aeronaves. Se incluye también a los vehículos de transporte colectivo de empresa (autobuses propios de la empresa o subcontratados para el traslado de los trabajadores de sus domicilios al centro de trabajo y viceversa o incluso para el traslado entre centros de trabajo).
2. Centros o lugares en los que existe prohibición total de fumar, salvo en los espacios al aire libre, como son:
  - Instalaciones deportivas y lugares donde se desarrollen espectáculos públicos.
  - Los centros comerciales, incluyendo grandes superficies y galerías (aunque en los bares y restaurantes situados en su interior pueden habilitar zonas para fumar).
  - Centros de ocio o esparcimiento, en los que se permita el acceso a menores de 18 años.
  - Medios de transporte ferroviarios y marítimos (en éstos se permite fumar en la cubierta).
  - Y, por último, todos los espacios del metro (vagones, andenes, pasillos, escaleras, estaciones, etc.), excluyéndose exclusivamente aquellos espacios que se encuentren por completo al aire libre.
3. Centros o lugares en los que existe una prohibición total y absoluta de fumar, más severa todavía, pues *está prohibido fumar incluso en los espacios al aire libre* (es decir, en todo el recinto laboral, pues no cabe fumar en los patios, explanadas, zonas de aparcamiento, terrazas, azoteas, etc.), como ocurre con:
  - Los centros y dependencias de las Administraciones Públicas.
  - Los centros, servicios o establecimientos sanitarios (salvo los psiquiátricos, en los que, por prescripción médica, se pueden habilitar zonas para los pacientes).
  - Los centros docentes y formativos, independientemente de la edad del alumnado y del tipo de enseñanza.

- Las zonas destinadas a la atención directa al público.
- Los Centros culturales, salas de lectura, exposición, biblioteca, conferencias y museos.
- Las estaciones de servicio y similares.
- Las áreas o establecimientos donde se elaboren, transformen, preparen, degusten o vendan alimentos.

Y además de estos centros, lugares o zonas mencionados expresamente, la Ley en su artículo 7, letra s), dispone que también se prohíbe totalmente fumar en cualquier otro lugar que *por decisión de su titular se prohíba fumar*. ¿A qué supuestos se puede referir la Ley?, ¿a los pequeños talleres, oficinas o locales sin empleados y sin atención directa al público?, porque si tiene empleados ya se trata de un centro de trabajo y, por tanto, con prohibición total de fumar. Probablemente se refiera la Ley a la posibilidad del empresario de prohibir fumar en los espacios abiertos del centro de trabajo, supuesto al que nos referiremos posteriormente.

Corresponde a las Comunidades Autónomas las normas de desarrollo y aplicación de la prohibición total de fumar en los locales mencionados, estando facultadas para incluir nuevos lugares en los que también sea de aplicación tal prohibición.

La Ley establece una obligación de información consistente en la colocación de carteles en lugar visible de la entrada de los centros o dependencias en los que existe prohibición legal de fumar, que anuncien la prohibición de consumo de tabaco.

Interesa resaltar que en todos los centros de trabajo, lugares o espacios en los que está prohibido fumar, existe también la prohibición de venta y suministro de productos del tabaco (incluyendo la instalación de máquinas expendedoras), prohibición que se extiende no sólo a los espacios cerrados sino también a los espacios al aire libre –art. 5 g), en relación con el art. 4 b), de la Ley–. La excepción la constituyen los lugares en los que se permita habilitar zonas para fumadores (como posteriormente veremos), y específicamente en los hoteles, bares, restaurantes, salas de fiesta, juego o de uso público general, en los que se permite la venta a través de máquinas expendedoras autorizadas.

## **2. Lugares o espacios con prohibición de fumar en los que se permite la habilitación de zonas para fumadores.**

La Ley (en su art. 8) permite a los establecimientos de hostelería, ocio o esparcimiento así como a las estaciones de transportes públicos, elegir si en tales lugares o espacios se puede fumar o no. Y en caso de optar por permitir fumar, deben habilitar una zona para fumadores, cumpliendo unos determinados requisitos. Se trata de lugares o espacios públicos compartidos destinados unos al ocio, descanso o esparcimiento, y otros (estaciones) a lugares de espera para viajeros.

Los espacios o lugares donde la Ley permite habilitar zonas para fumar son los siguientes:

1. Un primer grupo de locales que comprende: 1) los centros de atención social, como pueden ser los centros de acogida o de jubilados; 2) las salas de teatro, cine y otros espectáculos públicos que se realicen en espacios cerrados, en los que la ubicación de la zona de fumadores debe situarse fuera de las salas de representación o proyección; y 3) los aeropuertos y las estaciones de autobuses, transporte marítimo y ferroviario.

En estos casos, la superficie de la zona habilitada para fumadores debe ser inferior al 10 por 100 de la total destinada a clientes o visitantes del centro o establecimiento.

2. Un segundo grupo de locales que comprende: 1) los hoteles, hostales y establecimientos análogos (fondas, pensiones, casas de huéspedes); 2) los bares, restaurantes y demás establecimientos de restauración *cerrados* (como son los salones de bodas y banquetes) con una superficie útil destinada a clientes o visitantes [al público] igual o superior a 100 metros cuadrados, salvo que se hallen ubicados en el interior de centros o dependencias en los que exista prohibición total de fumar; y 3) las salas de fiesta, los establecimientos de juego (casinos y bingos) o de uso público en general (donde se incluyen pubs, discotecas y lugares de copas), salvo en los espacios al aire libre.

En estos supuestos, la superficie de la zona habilitada para fumar puede llegar como máximo al 30 por 100 de las zonas comunes. En los hoteles y hostales se puede reservar hasta un 30 por 100 de habitaciones para huéspedes fumadores.

Y además de estos porcentajes máximos que pueden destinarse a zonas habilitadas para fumadores, la Ley establece un *tope máximo absoluto*, consistente en que el conjunto de zonas habilitadas no puede tener una superficie superior a 300 metros cuadrados.

La Ley permite habilitar zonas para fumadores en los bares y restaurantes de superficie útil destinada a clientes o visitantes igual o superior a 100 metros cuadrados <sup>1</sup> excepto si se hallan ubicados en el interior de los centros y dependencias en los que exista prohibición total de fumar. ¿Cómo hay que interpretar el término «interior de centros y dependencias»? Pensemos en el bar-restaurante de una instalación deportiva (v. gr. club de tenis, club de una urbanización o bien una instalación donde se practican varios deportes), en el que pueden darse dos situaciones en la ubicación del bar-restaurante:

- Comparte el mismo edificio o estructura, pues está situado junto a las oficinas o vestuario de la instalación deportiva. Le afectaría la prohibición de habilitar zonas para fumar. Pero entendemos que esta solución difícilmente podrá ser entendida, por ejemplo, en un club de tenis, si no se permite en el bar-restaurante habilitar zonas para los socios fumadores.

---

<sup>1</sup> Por superficie útil destinada a clientes o visitantes hay que entender la superficie total del establecimiento de hostelería, descontando cocina, interior de la barra, almacén y las zonas de vestuario o aseo del personal empleado, es decir, minuyendo los lugares de no acceso a clientes y visitantes.

- Se encuentra situado en un edificio anexo o separado del principal. En este caso entendemos que no habría problema para habilitar zonas para fumadores dado que el bar-restaurante no se encuentra ubicado físicamente en el interior del centro o dependencia.

Como especialidad la Ley establece que en los establecimientos en que se desarrollen dos de estas actividades, separadas en el espacio (v. gr. el restaurante de un casino de juego, o bien el bar o restaurante de un aeropuerto, estación de tren o de autobuses), la superficie útil se computa para cada una de ellas de forma independiente, excluyendo del cómputo las zonas comunes y de tránsito, en las que, en ningún caso, se permite el consumo de tabaco. En estos supuestos, el casino o estación podría habilitar una zona de fumadores en las mesas de juego o en las salas de espera, y en el bar o restaurante, según su dimensión, habilitar también zona de fumadores o permitir fumar en todo el establecimiento, según si su superficie útil destinada a clientes o visitantes es superior o inferior a 100 metros cuadrados, respectivamente.

Y existe una *regla especial* para los bares, restaurantes y demás establecimientos de hostelería y restauración situados en el interior de los centros comerciales, grandes superficies y galerías, en los que caben tres situaciones:

1. Que no se encuentre separado del resto de las dependencias del centro (es decir, que esté en zonas de paso o comunes, como pueden ser en pasillos, vestíbulos, distribuidores, junto a escaleras, etc.): en este caso rige la prohibición total de fumar, sin posibilitar de habilitar zonas acotadas para fumadores.
2. Que esté separado del resto de las dependencias del centro y cuente con una superficie útil destinada a clientes o visitantes inferior a 100 metros cuadrados: prohibición total de fumar, sin posibilidad de habilitar zonas para fumadores. Constituye, pues, una excepción al régimen especial previsto para los pequeños establecimientos de hostelería y restauración en la disposición adicional segunda de la Ley, que permite al titular del local de estas dimensiones la decisión de permitir o no fumar en su interior.
3. Que esté separado del resto de las dependencias del centro y cuente con una superficie útil destinada a clientes o visitantes igual o superior a 100 metros cuadrados: puede habilitar zonas para fumadores en las condiciones establecidas.

Interesa resaltar que en este grupo de locales de hostelería, ocio y esparcimiento *prevalece el derecho de los clientes* a consumir tabaco en los espacios habilitados para fumadores, sobre el derecho de los trabajadores a que no haya humo en el centro de trabajo. La pregunta que surge de ello es, ¿un camarero no fumador está obligado a servir en las mesas ubicadas en la zona habilitada para fumadores? Las normas laborales no establecen distinción alguna entre trabajadores fumadores y no fumadores, por lo que habrá que entender que la negativa del camarero a servir en las mesas de zonas de fumadores constituye una falta laboral sancionable disciplinariamente por el empresario. Por tanto, el camarero estará obligado a servir a los clientes del establecimiento, tanto en las mesas para fumadores como en las mesas ubicadas en la zona habilitada para fumar (salvo que en el contrato de trabajo se establezca otra cosa).

Pues bien al margen de estas cuestiones puntuales, la Ley añade en el artículo 8.1 i) que se permite habilitar zonas para fumadores «en cualquier otro lugar en el que, sin existir prohibición de fumar, su titular así lo decida». Entendemos que un supuesto sería el del titular de un pequeño establecimiento de hostelería (de menos de 100 metros cuadrados), que permita fumar en su interior, pues tendría la facultad de habilitar una zona para fumadores.

En estos espacios o lugares en los que se permite habilitar zonas para fumadores, la Ley establece la obligación de información consistente en la colocación de carteles en lugar visible de la entrada, que anuncien tanto la prohibición de consumo de tabaco como los lugares en los que se encuentran las zonas habilitadas para fumar.

### *2.1. Requisitos de las zonas habilitadas para fumar.*

Las zonas habilitadas para fumar deben reunir los siguientes requisitos:

1. Estar debida y visiblemente señalizadas, en castellano y en la lengua cooficial, con carteles conforme a lo que disponga la norma autonómica correspondiente.
2. Estar separadas físicamente del resto de las dependencias del centro o entidad y completamente compartimentadas (es decir, no comunicadas, sino que tienen que estar tabicadas o separadas con paneles, y no cabe, por tanto, la separación mediante un parabán, o biombo, mamparas o pantallas, exigiéndose la separación y compartimentación completa y total, es decir, desde el suelo hasta el techo del local), y además no deben ser zonas de paso obligado para las personas no fumadoras (como la entrada o recepción, pasillos, distribuidores, escaleras, etc.), salvo que éstas tengan la condición de trabajadoras o empleadas de aquéllas y sean mayores de 16 años (los empleados que aspiren humo).
3. Disponer de sistemas de ventilación independiente (es decir, propio y distinto del de la zona de no fumadores), u otros dispositivos o mecanismos que permitan garantizar la eliminación de humos (extractores, aspiradores, etc.).

La Ley concede un *plazo de ocho meses* para acondicionar los locales, al señalar que los requisitos para habilitar zonas para fumadores serán exigibles el 1 de septiembre de 2006. Desde enero a agosto de 2006, únicamente deberán estar debidamente señalizadas y simplemente separadas las zonas de fumadores y no fumadores.

Y añade la Ley que «en todos los casos en los que no fuera posible dotar a las zonas habilitadas para fumadores de los requisitos exigidos, se mantendrá la prohibición de fumar en todo el espacio».

La Ley Antitabaco afecta particularmente al sector hostelero ya que es el que tiene que adaptarse estructuralmente, haciendo fuertes inversiones para cumplir la Ley.

## 2.2. Régimen especial de los pequeños establecimientos de hostelería y restauración.

Los bares y restaurantes cerrados de superficie útil destinada a clientes y/o visitantes inferior a 100 metros cuadrados, en los que no existe prohibición legal de fumar (es decir, no situados en el interior de las empresas), es el dueño quien debe decidir si permite o no fumar en su interior. Esta decisión es reversible, pudiendo el titular que ha optado por permitir o prohibir fumar cambiar posteriormente el sentido de la opción. Lo que no aclara la Ley es el período mínimo de tiempo en el que los hosteleros de locales pequeños deben mantener la decisión adoptada de permitir o prohibir fumar. Serán las Comunidades Autónomas las que con los reglamentos de desarrollo de la Ley Antitabaco concreten la aplicación de la norma.

Y a tal efecto el titular del establecimiento de hostelería tiene la obligación de informar, en la forma que señale la normativa autonómica, en castellano y en la lengua cooficial sobre la decisión de permitir fumar o no en su interior.

### III. PROHIBICIÓN DE ENTRAR A LOS MENORES DE 16 AÑOS EN LAS ZONAS HABILITADAS PARA FUMAR

La Ley prohíbe la presencia de menores de 16 años (vayan o no acompañados de sus padres o tutores) en las zonas habilitadas para fumar de las estaciones de transportes públicos (autobuses, marítimas, ferroviarias y aeropuertos), salas de teatro, cine y otros espectáculos públicos, hoteles y hostales, y de los bares y restaurantes de superficie útil destinada a clientes y visitantes igual o superior a 100 metros cuadrados.

Por tanto, la Ley permite la entrada de los menores de 16 años en los bares y restaurantes de menos de 100 metros cuadrados aunque el dueño haya decidido permitir fumar en su interior.

Entendemos que es poco coherente y carente de lógica que la dimensión de un bar o restaurante sea un factor determinante para permitir la presencia de menores de 16 años. Pueden entrar en los pequeños bares y restaurantes donde el dueño permita fumar y, en cambio, se les prohíbe la entrada en las zonas destinadas a fumadores de los establecimientos de mayor dimensión.

### IV. NORMATIVA SOBRE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

La Ley 28/2005 no es, como hemos dicho, una Ley laboral, sino una Ley sanitaria y de salud pública. Tampoco es una Ley de seguridad y salud laboral pues ni en su Exposición de Motivos ni en sus artículos 1 y 2, referidos al objeto y definiciones, se hace referencia alguna al artículo 40.2 de la Constitución (deber de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo), ni a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Únicamente la disposición adicional séptima de la Ley Antitabaco hace una referencia a la normativa sobre prevención de riesgos laborales al disponer que «lo establecido en esta Ley se

entiende sin perjuicio de las demás limitaciones y prohibiciones al consumo de tabaco contenidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales».

Ello se refiere concretamente a cuatro normas de prevención de riesgos laborales del año 1997 que contemplan el consumo de tabaco, que son las siguientes:

1. El Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, que en su Anexo III.3 d) relativo a la ventilación establece medidas para la renovación del aire del local de trabajo cuando exista «humo de tabaco», y así dispone que la renovación mínima del aire de los locales de trabajo será de 30 metros cúbicos de aire limpio por hora y trabajador en el caso de trabajos sedentarios en ambientes no calurosos ni contaminados por humo de tabaco, y de 50 metros cúbicos, en los casos restantes.

Y en su Anexo V.A.3.6.º referido a los locales de descanso establece que deberán adoptarse medidas adecuadas para la protección de los no fumadores contra las molestias originadas por el humo del tabaco.

2. El Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, que en su artículo 7 relativo a las medidas higiénicas, establece que el empresario, en toda actividad en que exista un riesgo de contaminación por agentes biológicos, debe prohibir que los trabajadores fumen (coman y beban) en las zonas de trabajo en las que exista dicho riesgo.
3. El 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, que se refiere al tabaco en tres artículos: 1) el artículo 5 sobre prevención y reducción de la exposición a agentes cancerígenos, dispone que cuando no sea posible sustituir la utilización de los agentes cancerígenos, el empresario deberá, entre otras medidas, «delimitar las zonas de riesgo, estableciendo una señalización de seguridad y salud adecuada, que incluya la prohibición de fumar en dichas zonas, y permitir el acceso a las mismas sólo al personal que deba operar en ellas, excluyendo a los trabajadores especialmente sensibles a estos riesgos»; 2) el artículo 6 referido a las medidas de higiene personal y de protección individual, establece la obligación del empresario, en toda actividad en que exista un riesgo de contaminación por agentes cancerígenos o mutágenos, de prohibir que los trabajadores fumen (coman y beban) en las zonas de trabajo en las que exista dicho riesgo; y 3) el artículo 11 sobre información y formación de los trabajadores, obliga al empresario a tomar las medidas apropiadas para garantizar que los trabajadores reciban una formación suficiente y una adecuada información en relación con los «riesgos potenciales para la salud, incluidos los riesgos adicionales debidos al consumo de tabaco».
4. El 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, en su Anexo, Parte A.4 b) relativo a la protección contra los riesgos de explosión, de incendio y de atmósferas nocivas, establece la prohibición de fumar en las zonas que presenten riesgos específicos de incendio o de explosión.

Y en el Anexo, Parte C.8.7.º referido a las minas de grisú, establece la prohibición no sólo de fumar, sino también de ser portador de tabaco de fumar o de cualquier otro objeto destinado a procurarse fuego.

Estas cuatro normas de prevención de riesgos laborales son de obligado cumplimiento por las empresas y trabajadores. De tal forma que si pese a la específica prohibición de fumar, un trabajador enciende un cigarrillo, ello constituye una falta laboral sancionable por el empresario <sup>2</sup>. Y si una empresa con riesgo biológico o cancerígeno permite fumar, ello constituye una infracción en materia de prevención de riesgos laborales sancionable por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en aplicación de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Existen, además, dos normas de prevención de riesgos laborales que se refieren, específicamente, a los locales de alojamiento, descanso o servicio de los trabajadores, estableciendo la obligación de adoptar medidas de protección de los no fumadores contra las molestias derivadas del humo del tabaco. Una, el Real Decreto 1216/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo a bordo de los buques de pesca, en su Anexo I referido a los buques de pesca nuevos, en el punto 13 sobre alojamientos de los trabajadores y locales de servicio, dispone que «en la medida de lo posible, deberán adoptarse medidas adecuadas para la protección de los no fumadores contra las molestias causadas por el humo del tabaco». Y la otra, el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, en el Anexo IV, Parte A, sobre disposiciones mínimas generales relativas a los lugares de trabajo en las obras, dispone en el apartado 16 e) que «en los locales de descanso o de alojamiento deberán tomarse medidas adecuadas de protección para los no fumadores contra las molestias debidas al humo del tabaco».

Aparte de estas normas específicas de prevención de riesgos laborales hay que mencionar el Real Decreto 202/2000, de 11 de febrero, por el que se establecen las normas relativas a los manipuladores de alimentos, que en su artículo 3.2 a) dispone que los manipuladores «no podrán fumar, masticar goma de mascar, comer en el puesto de trabajo, estornudar o toser sobre los alimentos ni realizar cualquier otra práctica no higiénica en las dependencias de elaboración y en las de manipulación en su caso».

## **V. PERSONAS RESPONSABLES DEL INCUMPLIMIENTO DE LA LEY. RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES**

El Capítulo V de la Ley 28/2005 contiene el régimen de infracciones y sanciones. Vamos a referirnos exclusivamente a las infracciones y sanciones derivadas del consumo de tabaco.

---

<sup>2</sup> Conforme al artículo 29.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos tiene la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores (incumplimientos laborales sancionables por el empresario, de acuerdo con la graduación de las faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo de aplicación).



Se encuentran tipificadas como **infracciones**:

- Una, cuyo *responsable es el propio fumador*, y que es fumar en los lugares en que exista prohibición total o fuera de las zonas habilitadas para ello, tipificándose como falta leve. Y el autor o persona responsable puede ser trabajador o empleado –e incluso el propio empresario– si se trata de un centro de trabajo, o bien el cliente, visitante, usuario o público en general, si se trata de un lugar o espacio donde concurre personal ajeno a la empresa o dependencia. Añade la Ley que cuando el responsable sea un menor, responden solidariamente con él (de la multa impuesta), sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden (justificándose), en razón al incumplimiento de la obligación impuesta a éstos que conlleva un deber de prevenir la infracción administrativa que se impute a los menores. Continúa diciendo la Ley que previo el consentimiento de estas personas y oído el menor, puede sustituirse la sanción económica por las medidas reeducadoras que determine la normativa autonómica.

Pero si el sujeto responsable acumula tres infracciones de este tipo, se considera infracción grave.

- Cuatro infracciones cuyo *responsable es el titular del establecimiento*:
  1. No informar en la entrada del establecimiento de la prohibición o no de fumar, así como de la existencia de zonas habilitadas para fumadores y no fumadores (infracción leve).
  2. No señalar debidamente las zonas habilitadas para fumar (infracción leve).
  3. Permitir fumar en los centros o lugares en los que exista prohibición de fumar o fuera de las zonas habilitadas para fumar (infracción grave). En este caso el responsable es el titular del local, centro o establecimiento en el que se cometa la infracción o, en su defecto, el empleado de aquel que estuviese a cargo del establecimiento o centro en el momento de cometerse la infracción. Y añade que cuando el titular del local, centro o establecimiento sea una Administración pública, responde dicha Administración, sin perjuicio de que ésta exija a sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido.
  4. Habilitar zonas para fumar en establecimientos y lugares donde no esté permitida su habilitación (conforme al art. 7), o que dichas zonas no reúnan los requisitos de separación de otras zonas, ventilación y superficie legalmente exigidas (según lo dispuesto en el art. 8.2). Se encuentra tipificada como infracción grave.

Los empresarios van a tener que vigilar a sus trabajadores en orden al cumplimiento de la Ley. Los empresarios de hostelería deben intervenir como policías ante los clientes (y hay que tener en cuenta que su negocio depende de los clientes). Y los fumadores pasivos pueden llegar a ser los gendarmes de los fumadores.

Resulta sorprendente que la Ley no tipifique como infracción el incumplimiento de la prohibición de entrar a los menores de 16 años en las zonas habilitadas para fumadores.

En cuanto a las **sanciones** el artículo 20 dispone que las infracciones leves se sancionan con multa de 30 hasta 600 euros. Pero existe una atenuación cuando se trata de fumar en lugares donde exista prohibición total o fuera de las zonas habilitadas al efecto, que se sanciona con multa de hasta 30 euros (no hay un mínimo) si la conducta infractora se realiza de forma aislada. Por su parte las infracciones graves se sancionan con multa desde 601 hasta 10.000 euros.

La cuantía de la sanción dentro de cada categoría se gradúa en mínimo, medio y máximo teniendo en cuenta cinco circunstancias que la atenúan o agravan, y que son: 1) el riesgo generado para la salud; 2) la capacidad económica del infractor; 3) la repercusión social de la infracción; 4) el beneficio que haya reportado al infractor la conducta sancionada; y 5) la previa comisión de una o más infracciones a la Ley.

Pero se deben imponer en grado máximo las sanciones por hechos cuyo perjudicado o sujeto pasivo sea un menor de edad y cuando la conducta infractora se realice con habitualidad o de forma continuada, salvo que la habitualidad o continuidad formen parte del tipo de la infracción. Y se impondrán en grado mínimo cuando se cometan por un menor de edad, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de los padres, tutores, acogedores o guardadores anteriormente señalada.

Además se establece la novedad de que cuando la cuantía de la multa resulte inferior al beneficio obtenido por la comisión de la infracción, la sanción será aumentada hasta el doble del importe en que se haya beneficiado el infractor. El problema radica en este supuesto, en la forma en que debe calcularse y determinarse el beneficio obtenido por la comisión de la infracción.

Respecto de la infracción consistente en «permitir fumar en los lugares en que exista prohibición total, o fuera de las zonas habilitadas al efecto», cuyo responsable es el titular del local, centro o establecimiento en el que se cometa la infracción (o su encargado en dicho momento), y que se encuentra tipificada como grave (sancionable con multa de 601 hasta 10.000 euros), compartimos plenamente el criterio de la diputada del Partido Nacionalista Vasco (PNV) Margarita Uría que en el trámite parlamentario de la Ley indicaba que este «permitir» debía entenderse en su sentido «volitivo, de dar autorización», y no sólo como un dejar hacer. La idea es evitar que un trabajador pueda *forzar* mediante un comportamiento ilegal que se sancione a su empresa (fumando en lugares prohibidos ante el funcionario actuante, por ejemplo), o en el ámbito de locales de ocio, que la conducta irresponsable de unos clientes pueda acarrear una infracción al establecimiento.

## VI. COMPETENCIAS DE INSPECCIÓN Y SANCIÓN

El artículo 18.1 de la Ley 28/2005, referido a la potestad sancionadora, se remite, con carácter subsidiario, a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y a la Ley General de Sanidad, lo que remarca el carácter sanitario de la Ley Antitabaco.

La **competencia en materia de inspección y sanción**, conforme al artículo 22.2, corresponde a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, que deben ejercer las funciones de control e inspección, de oficio o a instancia de parte, y la instrucción de expedientes sancionadores e imposición de sanciones. Así como la potestad sancionadora está claro que corresponde a los servicios de salud pública de las Comunidades Autónomas (Consejerías de Sanidad), lo que no especifica la Ley es a qué cuerpo de funcionarios corresponden las labores de vigilancia, control e inspección y, en definitiva, la de iniciación del expediente administrativo sancionador. Entendemos que deben ser los funcionarios de los servicios de inspección de las Consejerías de Sanidad de las Comunidades Autónomas. Pero, desde luego, la Ley no faculta para dichas funciones a los cuerpos y fuerzas de seguridad (estatal, autonómica o local).

Consideramos que las Comunidades Autónomas no tienen, en la actualidad, capacidad suficiente para hacer «un seguimiento de oficio» del cumplimiento de la Ley. Va a ser imposible que el Departamento o Consejería de Sanidad de cada Comunidad Autónoma compruebe que la totalidad de los locales cumplen la Ley Antitabaco. Por ello, lo más probable es que la inspección se realice de forma muestral o bien a instancia de las denuncias que se hayan presentado.

La Ley 28/2005 no menciona en ninguno de sus artículos a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en orden a la vigilancia de su cumplimiento<sup>3</sup>. Y no lo hace porque como hemos señalado al principio de este artículo la Ley Antitabaco no es una Ley laboral, sino una Ley sanitaria y de salud pública, por lo que la Inspección de Trabajo no tiene competencia para velar por su correcta aplicación. Pues para atribuir competencia a la Inspección de Trabajo sería necesario modificar la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social para tipificar los incumplimientos de la Ley Antitabaco como infracciones laborales.

La Ley tampoco menciona a la representación de los trabajadores, tanto unitaria (comités de empresa, o, en su caso, delegados de personal) como sindical (delegados sindicales), ni tampoco a los comités de seguridad y salud y a los delegados de prevención<sup>4</sup>. Por tanto, la Ley no les otorga participación ni intervención alguna en los problemas o conflictos que se presenten en las empresas en aplicación de la Ley.

Desde enero de 2006 se presenta una situación nueva en los centros de trabajo, pues en España, como ya hemos señalado, el 47 por 100 de los trabajadores fuman (alrededor de ocho millones). De ellos, medio millón tienen una fuerte dependencia tabáquica. Y desde luego estar ocho horas sin fumar para una persona dependiente del tabaco resultará complicado y va a originar situaciones de conflicto. Entendemos que la intervención y participación de los representantes legales de los trabajadores en la empresa puede ser decisiva para solucionar tales conflictos (y evitarlos).

<sup>3</sup> Durante la tramitación parlamentaria de la Ley, desde el Comité Nacional de la Prevención del Tabaquismo se pidió que fuera la Inspección de Trabajo quien vigilase el cumplimiento de la Ley (para hacerla efectiva), con el argumento de que el tabaco es un agente contaminante y por tanto existe un riesgo laboral.

<sup>4</sup> Cabe señalar que el Real Decreto 192/1988, de 4 de marzo, sobre limitaciones en la venta y uso del tabaco para la protección de la salud de la población (expresamente derogado por la Ley 28/2005), preveía en su artículo 7.3 la colaboración de los comités de seguridad y salud y de los comités de empresa en la ejecución y vigilancia de las prohibiciones que establecía, pero sin atribuirles competencia alguna.

Ante el incumplimiento de la Ley Antitabaco y concretamente cuando en un centro de trabajo un trabajador encienda un cigarrillo, o bien cuando en una zona no habilitada un empleado o un cliente, visitante o usuario esté fumando, y tales hechos lleguen a conocimiento del titular del local, centro o establecimiento (o su representante o encargado en dicho momento), entendemos que los pasos a seguir serían:

1. Invitación al incumplidor para que apague el cigarrillo o salga a fumar a la calle o a un espacio al aire libre.
2. En caso de resistencia, instarle para que abandone el local.
3. De persistir en su actitud, presentar una denuncia.

Pero no sólo el titular del local, centro o establecimiento, puede presentar una denuncia. El artículo 23 de la Ley relativo al **ejercicio de acciones individuales y colectivas**, dispone que el titular de un derecho o interés legítimo afectado puede exigir ante los órganos administrativos y jurisdiccionales de cualquier orden la observancia y cumplimiento de la Ley. Por tanto, pueden denunciar incumplimientos de la Ley:

- El trabajador por cuenta ajena, que puede denunciar a un compañero de trabajo por fumar en el centro de trabajo o en zonas no habilitadas, y/o a su empresario por permitir fumar.
- El cliente, visitante, usuario o público en general en los centros, establecimientos, dependencias o salas, donde concurren con trabajadores por cuenta ajena. Puede denunciar al titular del establecimiento por permitir fumar, por defectos de información o de señalización y por habilitar zonas de fumadores en lugares no permitidos o que las zonas habilitadas no reúnan los requisitos establecidos.
- El empresario o titular del establecimiento que puede denunciar a su empleado por fumar en el centro de trabajo o fuera de las zonas habilitadas, y asimismo al cliente, visitante, usuario o público en general por las mismas razones.

El problema, a nuestro modo de ver, va a estar en la **prueba** del consumo del tabaco en lugares no permitidos. En la denuncia que se presente, probablemente haya que aportar testigos para poder identificar a la persona presuntamente infractora para demostrar que ha fumado en lugares prohibidos. Una vez presentada la denuncia los servicios de inspección de salud de la Comunidad Autónoma deberán darle trámite, y si la persona denunciada niega ante el funcionario competente el haber fumado, nos encontramos ante la palabra del denunciante frente a la del denunciado (que son de igual valor). Y la carga de la prueba corresponde al denunciante. Pues nos encontramos en materia de derecho administrativo sancionador en que son de aplicación los principios del derecho penal para desvirtuar el principio constitucional de presunción de inocencia en virtud del cual la imputación de la carga de la prueba corresponde a la Administración, que ejerce la potes-

tad sancionadora, y la exoneración de dicha carga al sancionado (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 24 de abril de 1991). Y en aplicación de la Ley Antitabaco pueden darse dos situaciones:

1. Que el hecho sea de apreciación personal y directa por el funcionario actuante, lo que tendría lugar cuando en su presencia el presunto infractor estuviera fumando en un lugar con prohibición total de fumar o fuera de las zonas habilitadas.
2. Que presentada una denuncia, el funcionario actuante investigue los hechos denunciados. En este caso, al tratarse de hechos pretéritos, deben ser probados por el denunciante. Y el funcionario actuante tiene la obligación de reflejar en el expediente sancionador los elementos de los que ha dispuesto para alcanzar la convicción sobre la veracidad del hecho denunciado o bien la actividad probatoria desplegada para afirmar que se han producido los hechos constitutivos de la infracción. Por tanto, en este supuesto no cabe la apreciación personal y directa del incumplimiento por parte del funcionario actuante (dado que el incumplimiento no se ha producido en su presencia), por lo que el hecho ha de acreditarse por los medios de prueba presentados por el denunciante o constatados por el funcionario actuante.

En conclusión, el hecho de fumar o de permitir fumar en un lugar prohibido o fuera de las zonas habilitadas al efecto va a ser muy difícil de acreditar por medios probatorios, al ser un acto fugaz y de muy corta duración.

## VII. PROHIBICIONES DE FUMAR ESTABLECIDAS EN CONVENIOS COLECTIVOS

Son pocos los convenios colectivos que establecen previsiones en orden al consumo de tabaco en los centros de trabajo. Estos convenios de sector o de empresa tipifican como falta laboral fumar en el centro de trabajo. Así, entre los convenios de sector, se considera como:

1. Falta leve: «Fumar durante la prestación del servicio», en el artículo 55 del convenio colectivo de Residencias Privadas de la Tercera Edad del Estado Español (BOE de 8 de octubre de 2003).
2. Falta grave:
  - «Fumar en los lugares donde estuviese prohibido», en el Anexo II, artículo 3.21 del convenio colectivo de Fabricantes de Pastas, Papel y Cartón (BOE de 10 de noviembre de 2004).
  - «Fumar en el puesto de trabajo», en el artículo 33.8 del convenio colectivo de Industrias de Turrónes y Mazapanes (BOE de 16 de diciembre de 2005).

- «Fumar el personal o encender cerillas, mecheros o cualquier otro aparato análogo dentro de la zona definida reglamentariamente como peligrosa o servir productos a quien esté ejecutando cualquiera de estos actos», en el artículo 30.11 del convenio colectivo de Estaciones de Servicio (BOE de 19 de julio de 2004).

### 3. Falta muy grave:

- «Fumar en los lugares en que esté prohibido por razones de seguridad e higiene. Esta prohibición deberá figurar muy claramente en los lugares indicados por medio de carteles, banderas o cualquier otro sistema conveniente» en el artículo 52.9) del convenio colectivo de Fabricación de Conservas Vegetales (BOE de 2 de septiembre de 2005).
- «Fumar en los lugares en que esté prohibido por razones de seguridad e higiene. Esta prohibición deberá figurar muy claramente en los lugares de peligro por medio de carteles, banderas o cualquier otro sistema conveniente», en el artículo 49.1.5.2 c) del convenio colectivo de Mataderos de Aves y Conejos (BOE de 2 de diciembre de 2003).

Las sanciones a imponer a los trabajadores que fumen en el centro de trabajo son, según convenios: 1) para las faltas leves: amonestación verbal o escrita; 2) para las faltas graves: uno o varios días de suspensión de empleo y sueldo, inhabilitación temporal para ascenso a categoría superior, pérdida del derecho para elección de turno en las vacaciones siguientes; y 3) para las faltas muy graves: suspensiones de empleo y sueldo de gran duración, traslado forzoso sin derecho a indemnización alguna, e incluso el despido disciplinario.

Pero cabe preguntarse si los convenios colectivos que contemplan como falta laboral fumar en los centros de trabajo (y, en consecuencia, sancionable tal hecho por el empresario), resultan afectados por la Ley Antitabaco.

La Ley 28/2005 establece una prohibición total de fumar en los centros de trabajo cerrados o en las zonas no habilitadas para ello. Y el incumplimiento de tal prohibición por un trabajador por cuenta ajena en el centro o lugar de trabajo constituye una infracción administrativa sancionable con una multa por la Administración Autonómica, tras el correspondiente expediente incoado y previa constatación de la infracción por el funcionario actuante.

En consecuencia, un trabajador perteneciente a una empresa cuyo convenio colectivo aplicable prevea como falta laboral el fumar en los lugares prohibidos del centro de trabajo, y que incumpla tal prohibición puede ser sancionado, desde el 1 de enero de 2006, tanto por el empresario (sanción disciplinaria), como por la Administración Autonómica (sanción pecuniaria administrativa, previa denuncia constatada por el funcionario actuante), con lo cual el trabajador incumplidor puede ser doblemente sancionado por un mismo hecho, fumar en un lugar no permitido.

Pero, conforme al principio *non bis in idem*, ¿cabe una doble sanción por el mismo hecho? Un trabajador sorprendido fumando en un lugar prohibido del centro de trabajo, ¿podría optar por la aplicación de la Ley 28/2005 y que fuera denunciado y sancionado por la Administración

Autonómica, en lugar de ser sancionado por la empresa por la comisión de la falta laboral prevista en el convenio colectivo de aplicación, al entender que la sanción prevista en la Ley 28/2005 le resulta más beneficiosa?

A este respecto, el artículo 20.6 de la Ley 28/2005 dispone textualmente que «la exigencia de responsabilidades administrativas será compatible con las civiles o de otro orden que pudieran concurrir». Dado el tenor literal de la norma dentro de la expresión de concurrencia con responsabilidades «de otro orden», cabe la disciplinaria laboral. También habría que decir que los escasos convenios colectivos que contemplan como falta laboral que los trabajadores fumen en lugares no permitidos en el centro de trabajo son de sectores relacionados con la alimentación (turrónes y mazapanes, conservas vegetales y mataderos de aves y conejos), o bien en actividades con riesgo de incendio (pastas, papel y cartón y estaciones de servicio). Y si se trata de convenios colectivos de empresa, prevén dicha falta laboral las dedicadas a actividades con alto riesgo de incendio o explosión (refinerías, petroquímicas, minas, pirotécnicas, almacenes de chapas y tableros, etc.), en donde fumar o encender fuego puede constituir una conducta imprudente e incluso temeraria.

La pregunta que se plantea es si a partir de la entrada en vigor de la Ley 28/2005, en aquellos sectores o actividades no relacionados con la alimentación o que no tengan riesgo alto de incendio o explosión, las organizaciones empresariales y sindicales en los nuevos convenios colectivos que se negocien pueden tipificar como falta laboral fumar en los lugares no permitidos del centro de trabajo. Es decir, que tal hecho, además de estar tipificado ya como una infracción administrativa sancionable en aplicación de la Ley Antitabaco, constituya también una falta laboral sancionable por el empresario. Entendemos que si tal conducta ya está prohibida, tipificada y sancionada por una norma con rango de Ley, está totalmente fuera de lugar que se «laboralice» el acto de fumar indebidamente en el centro de trabajo, incluyéndolo en el capítulo relativo al régimen sancionador de un convenio colectivo, para atribuir al empresario competencia sancionadora en esta materia. Constituiría una nueva penalización para el trabajador la tipificación como falta laboral otorgando facultad disciplinaria al empresario.

Consideramos que el incumplimiento de la Ley Antitabaco ya se encuentra tipificado y sancionado con multa en la propia Ley, por lo que es de todo punto innecesario que el trabajador pueda, además, ser sancionado disciplinariamente por su empresario con una suspensión de empleo y sueldo e incluso con el despido (sanciones laborales que, obviamente, son más perjudiciales para el trabajador que la simple multa administrativa). La atribución de poder disciplinario al empresario en esta materia, a través de un convenio colectivo, difícilmente podrá ser entendido por la generalidad de los trabajadores.

## **VIII. PAUSAS EN EL TRABAJO PARA LOS FUMADORES Y EL POSIBLE AGRAVIO COMPARATIVO CON LOS NO FUMADORES**

La Ley Antitabaco prohíbe fumar en los centros de trabajo cerrados, permitiendo sólo el consumo en los espacios al aire libre. Ello supone que el trabajador que quiera fumar tendrá que salir a la calle o, en su caso, a la explanada, terraza o azotea del centro de trabajo.

Es evidente que para un trabajador fumador (dependiente del tabaco) va a resultar muy difícil y problemático estar toda la jornada laboral sin encender un cigarrillo. Se plantea, pues, si los adictos al tabaco pueden gozar de permisos breves para salir a fumar al aire libre.

Diversos estudios indican que el coste para las empresas al permitir hacer tres pausas al día para fumar (de unos seis minutos cada una) supone, al final del año, ocho jornadas de trabajo perdidas (resultantes de multiplicar 18 minutos en cada jornada de trabajo por 225 días laborables anuales, lo que da un total de 4.050 minutos que suponen 67 horas al año y, por tanto, ocho jornadas), equivalentes a unos 400 euros <sup>5</sup>.

Pero la concesión de tales pausas para los fumadores produciría un agravio comparativo para los no fumadores de difícil justificación (el fumador podría salir a la calle tres veces al día, mientras el no fumador tendría que permanecer en su puesto de trabajo), lo que sin duda alguna sería discriminatorio. Una solución sería que dichas pausas no tengan la consideración de tiempo de trabajo efectivo (permitiendo la recuperación de jornada por ausencias para fumar), manteniendo así la igualdad de las jornadas entre los trabajadores fumadores y los no fumadores <sup>6</sup>, pues lo que no parece aceptable es que el tiempo anual que suponen las pausas para el fumador se le descuente de sus vacaciones, o que, para compensar, se concedan al no fumador más días de vacaciones al año <sup>7</sup>.

Sobre esta cuestión el Sindicato CC.OO. en una circular dirigida a sus delegados considera necesario negociar la distribución del tiempo para que los trabajadores puedan fumar al aire libre. Concretamente, el sindicato propone, además de los tiempos para fumar en pausas ya establecidas y recuperarlos en horarios abiertos, acordar poder fumar al aire libre en el tiempo de descanso en su totalidad o parcializándolo, ajustar los acuerdos que ya existan para el consumo de tabaco y, si es accesible el espacio al aire libre, flexibilizar el trabajo que se realiza por tarea o individual.

## IX. CUESTIONES PUNTUALES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY

### 1. La exigencia de la condición de no fumador para el acceso al empleo.

En las entrevistas o procesos de selección del personal, ¿sería legal obligar a manifestar o bien exigir no ser fumador, y condicionar la contratación al cumplimiento de dicho requisito? A este respecto el profesor SAGARDÓY considera que aunque tal condición no está entre los motivos discriminatorios mencionados en el artículo 14 de la Constitución y en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores, constituye un atentado a la intimidad del trabajador y claramente discriminatorio, por lo que dicha exigencia sería nula y habría que tenerla por no puesta.

<sup>5</sup> Los días laborables anuales en jornadas de lunes a viernes son 225 (365 días naturales menos 52 domingos, 52 sábados, 14 festivos, y 22 días laborables de vacaciones).

<sup>6</sup> Roberto FERNÁNDEZ, Rodrigo TASCÓN, Henar ÁLVAREZ y José Gustavo QUIRÓS, «Implicaciones jurídicas del consumo de tabaco en el ámbito de las relaciones laborales: ¿*Quo vadis?* *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. CEF. Núm. 273. Diciembre 2005.

<sup>7</sup> Hay que tener en cuenta que el tiempo de trabajo se computa de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo, conforme al artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores.



Consideramos totalmente discriminatorio que se tenga en cuenta el hecho de no fumar en la selección del personal, dado que el empleo es un derecho constitucional. Pues el tabaquismo no debe ser utilizado en contra del trabajador, a pesar de ser una cuestión de salud, porque pertenece a la esfera privada de la persona.

Asimismo entendemos que imponer la condición de no ser fumador en un contrato de trabajo constituye, además, un atentado a la dignidad del trabajador, pues el empresario únicamente puede, en aplicación de la Ley Antitabaco, prohibir al trabajador que fume en los centros de trabajo cerrados, pero no fuera de la empresa una vez cumplida la jornada laboral, pues sería también un atentado a su vida privada.

## **2. Inclusión en el contrato de trabajo de la cláusula de prohibición de fumar en el centro de trabajo.**

Tras la entrada en vigor de la Ley 28/2005, incluir en el contrato de trabajo la cláusula de prohibición de fumar en el centro de trabajo resulta totalmente innecesaria, pues la prohibición ya existe por imperativo legal, y constituye una obligación de todo trabajador cumplirla y la correlativa del empresario de no permitir fumar en el centro de trabajo.

## **3. Prohibición de fumar por decisión del empresario en los espacios al aire libre del centro de trabajo.**

La Ley Antitabaco establece la prohibición total de fumar en los centros de trabajo, salvo en los espacios al aire libre. Si una empresa cuenta con espacios al aire libre (explanada, patio, terraza, azotea, etc.), ¿el empresario está facultado para decidir la prohibición de fumar en tales espacios?

Aunque en principio podría interpretarse que la Ley permite fumar en los espacios al aire libre de los centros de trabajo, y la letra s) del artículo 7 únicamente faculta al titular para prohibir fumar pero respecto de «cualquier otro lugar» distinto de los expresamente mencionados en dicho artículo, entendemos que la Ley atribuye al titular del centro de trabajo una potestad muy amplia y sin limitaciones en orden a poder decidir la prohibición total de fumar incluso en aquellos lugares en los que la Ley permite fumar como son los espacios al aire libre o abiertos del centro de trabajo, sin necesidad de negociación o de consentimiento por parte de los trabajadores o de sus representantes legales.

## **4. Orden empresarial de prohibir fumar en el centro de trabajo.**

Si el convenio colectivo aplicable a una empresa no contiene ninguna previsión sobre el consumo de tabaco en el centro de trabajo, ¿está facultado el empresario para impartir la orden de prohibición de fumar en el centro de trabajo a través del tablón de anuncios o mediante los oportunos carteles informativos?

El artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la dirección y control de la actividad laboral, establece la obligación del trabajador de cumplir, además de las disposiciones legales y convenios colectivos, las órdenes e instrucciones del empresario adoptadas en el ejercicio regular de sus facultades de dirección.

De aceptarse la facultad empresarial para dictar la orden de prohibición de fumar en el centro de trabajo, su incumplimiento por el trabajador supondría un acto de desobediencia y por tanto una falta laboral sancionable por el empresario.

Entendemos que tras la Ley 28/2005, no cabe tal orden empresarial, por cuanto la prohibición de fumar en los centros de trabajo cerrados está establecida por mandato legal, y su incumplimiento es constitutivo de una infracción administrativa sancionable por las Comunidades Autónomas. No procede, pues, la «laboralización» del incumplimiento de la prohibición de fumar, que ya viene tipificado en una norma con rango de Ley.

#### **5. Orden empresarial de prohibir salir a la calle a fumar.**

¿El empresario está facultado para prohibir a sus empleados salir a la calle a fumar dentro de la jornada de trabajo? Entendemos que está facultado para ello, pues si los trabajadores no tienen autorización de la empresa para salir a la calle a fumar un cigarrillo, dicha conducta puede ser calificada como un abandono no justificado del puesto de trabajo.

#### **6. Prohibición de fumar del empleado de hogar por decisión del amo de casa.**

El hogar familiar es un lugar o espacio privado que no tiene la consideración de centro de trabajo, por lo que no es de aplicación el artículo 7 a) de la Ley. Los empleados de hogar son, pues, los excluidos de la Ley, si sus empleadores fuman.

Pero el cabeza de familia o amo de casa no fumador, ¿está facultado para decidir la prohibición de fumar del empleado de hogar fumador? Entendemos que sí porque el artículo 7, letra s) de la Ley otorga al titular de cualquier lugar o espacio la potestad de decidir la prohibición de fumar.