

**ROBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ
RODRIGO TASCÓN LÓPEZ
HENAR ÁLVAREZ CUESTA
JOSÉ GUSTAVO QUIRÓS HIDALGO**

*Profesores Ayudantes de Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social. Universidad de León*

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **Accésit Especial Premio Estudios Financieros 2005** en la Modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Pere CARRERA BONADONA, don José Ignacio GARCÍA NINET, don Rafael ORTIZ CERVELLO, don Francisco PÉREZ DE LOS COBOS, don Salvador DEL REY GUANTER y doña Mar SERNA CALVO.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto:

EL tabaco representa un problema social de primera magnitud y, sin duda, su consumo en los lugares de trabajo constituye una de sus manifestaciones más traumáticas. La inminente entrada en vigor de la Ley Reguladora de la Venta, el Suministro, el Consumo y la Publicidad de los Productos del Tabaco supone una oportunidad inmejorable para realizar un estudio en profundidad de las implicaciones jurídico-laborales y de Seguridad Social de tan nocivo hábito.

De una situación caracterizada por una tolerancia legal incondicionada (que abocaba a los interlocutores sociales, o al propio empresario de forma individual y desde criterios de organización productiva, a abordar las siempre difíciles relaciones entre fumadores y no-fumadores en el centro de trabajo), se pasará con la nueva Ley a un régimen de prohibición absoluta, en el cual quedará vedado fumar en los centros de trabajo en espacios cerrados. Semejante rigidez, loable desde el punto de vista de la protección de la salud de los operarios (y de los ciudadanos en general) suscitará, no obstante, numerosas cuestiones prácticas que el presente estudio ha tratado de plantear: la convivencia cotidiana entre

.../...

.../...

fumadores y no-fumadores en la empresa, las potestades empresariales para sancionar en el marco contractual cualquier incumplimiento de una normativa con gravísimas responsabilidades administrativas o el papel de la negociación colectiva a la hora de establecer mecanismos que hagan menos traumática la aplicación de esta regulación (*v. gr.* pactar micro-pausas intrajornada para permitir al fumador abandonar el centro de trabajo, establecer políticas destinadas a favorecer la reducción del consumo de tabaco entre los trabajadores, etc.).

Vista la perspectiva estrictamente contractual del problema, a continuación se abordan dos perspectivas particularmente significativas: la relevancia del consumo de tabaco en materia de prevención de riesgos laborales y de Seguridad Social. En cuanto a la primera, huelga recordar cómo los productos químicos contenidos en el tabaco pueden llegar a propiciar un ambiente de trabajo perjudicial para la salud de quienes allí presten servicios, ya sean fumadores activos o pasivos. Hasta la fecha el acervo legislativo en materia de prevención de riesgos laborales permitía entender incluidas en la genérica obligación empresarial de tutela unas específicas cautelas respecto del humo del tabaco. Con la entrada en vigor de la Ley, la actividad preventiva frente a tal riesgo quedará reducida a su mínima expresión, en tanto en cuanto regirá la aludida prohibición de fumar. No obstante, para cuando tal previsión resulte inobservada y para los establecimientos en los que, excepcionalmente, se permita el consumo de tabaco, todas aquellas cautelas recobrarán plenamente su operatividad.

En cuanto hace a la protección de Seguridad Social, las dolencias sufridas por quienes fuman habrán de ser consideradas como derivadas de causa común, si bien los padecimientos acaecidos en el lugar y durante el tiempo de trabajo, aun existiendo antecedentes de hábito tabáquico, tendrán una etiología profesional salvo prueba en contrario. Pero sin duda el cambio fundamental con la entrada en vigor de la Ley será el tratamiento de las bajas de los trabajadores fumadores derivadas de la deshabituación a esta droga; al tratarse del cumplimiento de una orden empresarial cabría considerar los padecimientos vinculados al síndrome de abstinencia de origen laboral. En fin, en aquellos lugares donde se permita el consumo de tabaco, las dolencias asociadas para los trabajadores fumadores pasivos merecerán el calificativo de enfermedades del trabajo.

Sea como fuere, las fuertes controversias surgidas a partir de la oposición de diversos colectivos a una regulación tan restrictiva como la contenida en la nueva legislación constituyen prueba inequívoca de la dificultad que la futura norma pudiera encontrar para ser efectivamente llevada a la práctica. Largo aún, por tanto, el camino que queda por delante para comprender la dimensión final del consumo de tabaco en el ámbito de las relaciones laborales.

Sumario:

- I. A modo de introducción.
- II. La regulación del consumo de tabaco y su concreción en cuanto se refiere a los lugares de trabajo.
 1. El régimen todavía vigente sobre el consumo de tabaco en los lugares de trabajo.
 2. Soluciones proporcionadas hasta ahora al problema del tabaco en el ámbito de las relaciones laborales.
 - 2.1. Soluciones autocompositivas: las previsiones en convenio colectivo.
 - 2.1.1. Régimen disciplinario.
 - 2.1.2. Otras previsiones convencionales.
 - 2.2. Órdenes e instrucciones empresariales.
 - 2.3. Despidos y sanciones al margen de las previsiones derivadas de las normas pactadas o de las órdenes empresariales.
 3. La solución prevista en la inminente Ley Reguladora del Tabaco.
 4. Algunas reflexiones sobre las implicaciones de la nueva regulación para el consumo de tabaco en los lugares de trabajo.
- III. El tabaco como riesgo en el lugar de trabajo. Consideraciones en torno a la prevención de riesgos laborales.
- IV. Las alteraciones en la salud producidas por el tabaco y su tratamiento en el marco de la Seguridad Social.
 1. La calificación jurídica de las dolencias derivadas del tabaco.

1.1. Seguridad Social y fumadores.

1.2. La protección del sistema público para los fumadores pasivos.

2. La responsabilidad de las tabaquerías frente a los costes derivados de los padecimientos vinculados al tabaco.

V. Conclusiones.

«Los fumadores de tabaco comienzan, desde aquí abajo, su noviciado para el infierno, donde se necesita estar muy acostumbrado al humo.»

FRANCISCO DE QUEVEDO Y VILLEGAS

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Poco podían sospechar los exploradores españoles del nuevo mundo –cuando «se admiraron de los indígenas que, como alimentados por el fuego, echaban humo por la boca y la nariz»¹– de la amplísima aceptación (y los numerosísimos problemas vinculados) que el consumo de tabaco que ellos trajeron a la vieja Europa² iba a alcanzar, con el correr de los años, a nivel mundial.

Durante varios siglos la sustancia tuvo una difusión bastante limitada por su elevado coste económico, que circunscribía su acceso únicamente a las personas adineradas, aun cuando no faltaba su uso terapéutico como planta medicinal a raíz de unas supuestas propiedades curativas³. Fue en época relativamente reciente cuando en su comercialización irrumpen con fuerza las compañías tabaqueras y el consumo de cigarrillos experimenta un crecimiento espectacular. A ello contribuyó –además, obviamente, de su propio carácter adictivo– su evidente abaratamiento, las dos guerras mundiales⁴, la incorporación de la mujer en la adicción a esta sustancia, las agresivas campañas publicitarias que mostraban el acto de fumar como una manifestación de libertad, madurez o rebeldía (incluido su estratégico y estético consumo por las estrellas de Hollywood, circunstancia capaz de dotar a la actividad de una evidente dosis de *glamour*) y la ausencia de una percepción clara del riesgo derivado de su utilización⁵.

¹ CABO CIRES, M.P.: «Aspectos generales del tabaco y tabaquismo», en AA.VV. (MIRÓ JODRAL, M., Ed.): *Tabaquismo: consecuencias para la salud*, Granada (Universidad), 1992, pág. 9.

² Sobre la introducción en Europa del tabaco, GIL ROALES-NIETO, J.: «Consumo de tabaco y riesgo para la salud», en AA.VV. (GIL ROALES-NIETO, J., Dir.): *Psicología de la salud. Aproximación histórica, conceptual y aplicaciones*, Madrid (Pirámide), 2004, págs. 309 y ss.

³ PASCUAL PASTOR, F. y VICÉNS LLORCA, S.: «Aspectos históricos, sociales y económicos del tabaco», *Revista Adicciones*, Vol. 16, supl. 2, 2004, págs. 13 y ss.

⁴ Es conocida la anécdota ocurrida durante la I Guerra Mundial en la cual el general americano Pershing, cuando daba cuenta de la situación al alto mando, aludía a que el tabaco era tan necesario para ganar la guerra como las propias balas («*You ask me what we need to win this war. I answer tobacco, as much as bullets*»), SOBEL, R.: *The satisfy: the cigarette in American life*, New York (Garden Cigarette), 1978, pág. 84.

⁵ RUIZ GARCÍA, J.A. y SALVADOR CODERCH, P.: «El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil (I)», *In Dret*, núm. 3, 2002, pág. 4.

Bajo un régimen de permisividad, cientos de millones de personas en todo el mundo adquirieron tan indeseable hábito; en concreto, según la Encuesta Nacional de Salud de 2001, en España un 35,1 por 100 de la población reconoce fumar a diario (lo cual le sitúa entre las primeras posiciones del *ranking* europeo ⁶), registrándose un mayor índice de prevalencia entre las personas con edades comprendidas entre los 20 y los 40 años, siendo la edad media de inicio entre los 16 y 17 años, disminuyendo los niveles poco a poco entre los hombres, pero aumentando también lentamente entre las mujeres, un colectivo que no ha alcanzado aún su techo, sin duda por la incorporación más tardía a su consumo ⁷.

Sin embargo, cabe destacar un cambio importante de tendencia. Poco a poco, se fueron percibiendo los gravísimos perjuicios que para la salud derivan del consumo de tabaco y los Estados, hasta ese momento sólo preocupados por la actividad recaudatoria derivada de la fuerte imposición fiscal sobre el producto, comienzan a desarrollar políticas preventivas y sanitarias destinadas a tratar de erradicar en la medida de lo posible dicho hábito entre la población, con el objetivo de reducir sus dañinas consecuencias. En este sentido, la Encuesta Nacional de Salud de 2003 reconoce un descenso significativo en la prevalencia y mortalidad por cáncer derivado del tabaco, motivo por el cual cabe pensar en que las actuaciones de prevención y control de los últimos años parecen comenzar a dar sus frutos, aun cuando tales queden ensombrecidos por la constatación de un alarmante aumento del consumo entre los más jóvenes ⁸.

Por cuanto a su relevancia en el específico ámbito laboral, pocas dudas pueden haber acerca de la –en muchos casos masiva– presencia de una conducta tan arraigada (a veces, incluso, consciente o inconscientemente asociada a la realización del propio trabajo) en el marco de la empresa y de las relaciones laborales. Por tal motivo, las políticas restrictivas desarrolladas por los Gobiernos han prestado, en los últimos tiempos, una atención muy especial a la regulación de su consumo en el lugar de trabajo, y así lo hace en el caso español el Proyecto de Ley Reguladora de la Venta, el Suministro, el Consumo y la Publicidad de los Productos del Tabaco (en adelante PLT). Estudios de la OIT ⁹ han puesto de manifiesto cómo el entorno de la unidad productiva es altamente adecuado para la prevención y solución de los problemas de drogodependencia (entre los cuales cabe, sin duda, incluir el tabaquismo); por tal motivo, ninguna empresa puede permitirse el lujo de ignorar los problemas derivados de la adicción de sus trabajadores, dado que por un lado están los altos costes por baja o nula productividad, por el absentismo, por el incremento de accidentes, y por otra parte, se encuentran los principales costes humanos provocados por el consumo de tabaco en el ámbito laboral ¹⁰.

⁶ Un estudio sobre la prevalencia de fumadores en el ámbito europeo en VON EYBEN, F.E. y ZEEMAN, G.: «Riesgos para la salud derivados del consumo voluntario e involuntario de tabaco», *Revista Española de Salud Pública*, núm. 1, Vol. 77, 2003, págs. 19 a 21.

⁷ Amplia información en INFANTE, C. y RUBIO-COLAVIDA, J.M.: «La prevalencia del consumo de tabaco en España», *Revista Adicciones*, Vol. 16, supl. 2, 2004, págs. 63 a 67.

⁸ SALVADOR-LLIVINA, T.: «Condicionantes del consumo de tabaco en España», *Revista Adicciones*, Vol. 16, supl. 2, 2004, pág. 27. *Vid.* también la Encuesta domiciliaria sobre consumo de drogas 1995-2001, del Observatorio español sobre drogas.

⁹ OIT: «El papel de la OIT en la fiscalización del uso indebido de drogas», *Informe preparado para la Conferencia Internacional sobre uso indebido y el tráfico ilícito de drogas*, Ginebra (OIT), 1987, págs. 11 y ss.

¹⁰ CISCART BEÀ, N.: *El despido por embriaguez y toxicomanía*, Barcelona (Bosch), 1998, pág. 104.

En este sentido –y sin perjuicio de profundizar cuando sea menester–, las investigaciones y avances médicos permiten determinar cada vez con mayor fiabilidad los síntomas y efectos que para la salud provoca el hábito de fumar tanto para quien realiza tal actividad de forma activa como para el fumador pasivo (aun cuando interesados estudios pudieran haberlo negado durante demasiado tiempo ¹¹), circunstancia esta muy frecuente en el marco de prestaciones de servicios desarrolladas en espacios cerrados. En situaciones cotidianas origina pequeñas molestias –irritaciones oculares, de las mucosas nasales, de las vías respiratorias, problemas en la piel, alteraciones bucales, etcétera–; sin embargo, en algunas circunstancias el cuadro de síntomas presentado por los afectados puede resultar más grave, pudiendo moverse entre niveles moderados –bronquitis, catarros...–, o niveles altos –bronquitis crónica, asma, dificultades cardiovasculares–, hasta ocasionar problemas graves en la salud como el cáncer o una mayor propensión a sufrir padecimientos cardíacos severos. En este sentido, los estudios clínicos asocian con esta adicción diversos tipos de cáncer como los de labio, cavidad oral, faringe, laringe, esófago, tráquea, bronquios, pulmón, vejiga urinaria, riñón o pelvis renal y en las mujeres el cáncer de cuello de útero; en cuanto hace a las dolencias cardiovasculares es causa de la enfermedad isquémica cardíaca, los accidentes cerebrovasculares, la arteroesclerosis, el aneurisma de aorta, otras enfermedades arteriales y la hipertensión; en fin, presenta un rol fundamental en determinados trastornos respiratorios como la bronquitis, el enfisema, la Enfermedad Pulmonar obstructiva crónica (EPOC), la neumonía y la gripe ¹².

Junto a estas patologías más visibles no conviene olvidar la existencia de un ambiente laboral contaminado capaz de crear una situación de incomodidad para el trabajador y susceptible de provocar un mayor estrés y, a la postre, alteraciones en su salud física y psíquica ¹³, sin dejar pasar por alto los perjuicios derivados de la interacción entre fumadores y no fumadores, causa primigenia de numerosas disputas o confrontaciones entre ambos colectivos, convirtiendo el día a día en un foco de discusiones sobre la prioridad o no del derecho de los no fumadores a su salud, la falta de tolerancia de éstos frente a sus compañeros fumadores o el posible trato privilegiado para los últimos, a quienes se les permite realizar un mayor número de pausas durante la jornada para poder fumar, terminando por conformar un entorno de trabajo hostil origen de alteraciones en la fortaleza psíquica de los empleados.

Pero no sólo el individuo sufre los daños derivados del tabaquismo; antes al contrario, toda la sociedad debe soportar los gastos ocasionados por las medidas de asistencia sanitaria destinadas a paliar las patologías asociadas a semejante conducta, cuya gravedad exige, en multitud de ocasiones, la utilización de costosos tratamientos para las arcas públicas. Asimismo, el sistema público de pensiones debe hacer frente también a las numerosas bajas y prestaciones causadas por sujetos incluidos en su marco protector como consecuencia de las alteraciones sufridas en su estado físico.

¹¹ BARNES, D.E. y BERO, L.A.: «Why review articles on the health effects of passive smoking reach different conclusions», *Jama*, núm. 279, pág. 1.566.

¹² MONTES MARTÍNEZ, A.; PÉREZ RÍOS, M. y GESTAL OTERO, J.J.: «Impacto del tabaquismo sobre la mortalidad en España», *Revista Adicciones*, Vol. 16, supl. 2, 2004, pág. 76.

¹³ *NTP 243-1989 sobre ambientes cerrados: calidad del aire*.

Por otra parte, los datos estadísticos son clarividentes sobre la influencia del tabaco en la sociedad: según determinadas estimaciones, una de cada diez muertes en el mundo –incluido un tercio de los fallecimientos vinculados al cáncer– presentan una relación directa con el tabaquismo ¹⁴, cifrándose para España en 49.072 las muertes vinculadas a enfermedades provocadas por este producto en el año 2001, implicando un 27,1 por 100 del total ¹⁵. Por su parte, el Banco Mundial ha situado el coste de los tratamientos derivados del tabaco entre un 6 y un 15 por 100 del total de gastos sanitarios dentro de los países desarrollados con rentas más altas ¹⁶, habiéndose estimado que los costes sanitarios directos en España para el año 2001 por esta causa oscilaron entre 437.000 y 604.000 millones de las antiguas pesetas ¹⁷.

Además de estos efectos, que cabría denominar directos, es posible hacer referencia a otras repercusiones colaterales en el marco laboral, pues el empresario debe soportar una serie de consecuencias perjudiciales para su organización, a saber: una mayor conflictividad en el seno de la empresa acompañada de minoración en los frutos de la prestación de servicios; una disminución del rendimiento de quienes fuman ¹⁸; un mayor índice de absentismo de estos últimos al enfermar con una mayor frecuencia ¹⁹; o cambios en el proceso productivo al tener que modificar su estrategia para sustituir a dichos empleados de baja, cuyos costes dependerán de la facilidad para reemplazar al fumador y la capacitación necesaria del puesto a ocupar, llegando incluso a tener que hacer frente a cursos de formación para los sustitutos o pagar mayores salarios a fin de captar por un período temporal a trabajadores lo suficientemente cualificados para cubrir con solvencia la vacante, sin olvidar la pérdida de utilidad durante el plazo en que el puesto está vacío o los problemas –incluso puede ser un nuevo foco de conflictos– que pueden surgir dentro de la empresa al aumentar la carga de trabajo de los compañeros con el propósito de reemplazar las actividades desarrolladas hasta el momento por el fumador. Al final, todo ello redundará sin lugar a dudas en un detrimento de la capacidad productiva y competitiva de la empresa.

En consecuencia, parece evidente que en el momento actual el tabaquismo constituye un problema de salud pública al representar la causa aislada más importante de morbilidad y mortalidad

¹⁴ «Se estima que el consumo de tabaco es responsable del 90 por 100 de la mortalidad por cáncer de pulmón, del 95 por 100 de las muertes por enfermedad pulmonar obstructiva crónica, del 50 por 100 de la mortalidad cardiovascular y del 30 por 100 de las muertes que se producen por cualquier tipo de cáncer. En España fallece cada año como consecuencia del consumo de tabaco un número de personas que representa el 16 por 100 de todas las muertes ocurridas en la población mayor de 35 años», Exposición de Motivos I PLT .

¹⁵ MONTES MARTÍNEZ, A.; PÉREZ RÍOS, M. y GESTAL OTERO, J.J.: «Impacto del tabaquismo sobre la mortalidad en España», cit., pág. 79.

¹⁶ RAAIJMAKERS, T. y VAN DEN BORNE, I.: «Relación coste-beneficio de las políticas sobre consumo de tabaco en el lugar de trabajo», cit., pág. 104.

¹⁷ Plan Nacional de Prevención y Control del Tabaquismo, cuyo texto puede ser consultado en la *Revista Española de Salud Pública*, núm. 1, Vol. 77, 2003, pág. 450.

¹⁸ Por ejemplo, «una política que permite que los fumadores fumen en una zona reservada en cualquier momento puede dar lugar a mayores pérdidas de productividad, ya que pueden tomarse pausas para fumar además de las pausas permitidas a los otros trabajadores. Una estimación moderada de 5 cigarrillos al día a una media de 6 minutos por cigarrillo representa una pérdida de tiempo de 30 minutos al día a causa del consumo de tabaco», RAAIJMAKERS, T. y VAN DEN BORNE, I.: «Relación coste-beneficio de las políticas sobre consumo de tabaco en el lugar de trabajo», *Revista Española de Salud Pública*, núm. 1, Vol. 77, 2003, pág. 102.

¹⁹ Además de las enfermedades más graves, los fumadores son más susceptibles a resfriados, catarros y gripes, aumentando en este grupo el número de hospitalizaciones y días de trabajo perdidos, OBBIS, A.S.; FONSECA, V.P.; CHAO, S.Y.; COIL, G.A.; BELL, N.S. y AMOROSO, P.J.: «Short term effects of cigarette smoking on hospitalization and associated lost workdays in a young healthy population», *Tobacco Control*, núm. 9, 2000, págs. 389 y ss.

prevenible en nuestro país ²⁰, llegando a afirmar los más alarmistas cómo «nos estamos enfrentando a una enfermedad que ya lleva algún tiempo instalada en nuestra sociedad, una "epidemia" de consecuencias letales que avanza sin control, acometiendo cada vez a un mayor número de víctimas» ²¹. Tiempo es, pues, de abordar el estudio específico de su consumo en uno de los ámbitos, como el laboral lo es, donde mayor consumo y más complejas implicaciones pueden quedar asociadas, sobre todo a la vista de los cambios legislativos que se avecinan.

II. LA REGULACIÓN DEL CONSUMO DE TABACO Y SU CONCRECIÓN EN CUANTO SE REFIERE A LOS LUGARES DE TRABAJO

1. El régimen todavía vigente sobre el consumo de tabaco en los lugares de trabajo.

Como ha sido insinuado, el tabaco es un producto que, debido a las muy singulares características que presenta –a grandes rasgos descritas en la precedente introducción–, ha sido –y todavía ha de serlo con mayor intensidad en el futuro– objeto de atención de una profusa regulación jurídica desde variados puntos de vista.

En este sentido, y siquiera para dejar noticia, aun cuando su objeto quede extramuros del presente trabajo (el cual se va a centrar tan sólo en las implicaciones jurídicas que su consumo presenta en el ámbito laboral), procede dar cuenta de cómo existe una extensísima normativa (prácticamente inabarcable) destinada a regular, de un lado, la propia producción del tabaco, estableciendo cupos, ayudas y subvenciones para un cultivo que, al menos en Europa, ya no parece tan rentable desde un punto de vista económico ²²; de otro, ordenando su empaquetado y preparación, estableciendo los topes máximos de aquellas sustancias que se presentan como nocivas para la salud; en fin, regulando su comercialización (ésta sí que muy rentable), publicidad ²³ y venta, pues no se olvide cómo, si bien de una parte su tráfico y oferta se encuentran seriamente limitados, de otra es ésta una actividad sometida a importantes cargas tributarias de la cual los Estados obtienen pingües beneficios, circunstancia capaz de arrojar, hasta ahora, una sombra de duda acerca de las verdaderas razones por las cuales los poderes públicos no han tratado de combatir con mayor dureza esta verdadera lacra social, aun cuando la emergente (y cada vez más contundente) legislación antitabaco esté disipando con rapidez tal sospecha ²⁴.

²⁰ Así lo reconocen tanto el Preámbulo del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, hecho en Ginebra el 21 de mayo de 2003 como la Exposición de Motivos del PLT.

²¹ PASCUAL PASTOR, F. y VICÉNS LLORCA, S.: «Aspectos históricos, sociales y económicos del tabaco», cit., pág. 22.

²² Vid. Ley 13/1998, de 4 de mayo, de ordenación del mercado del tabaco y normativa tributaria.

²³ La vigente legislación española aborda la cuestión publicitaria del tabaco de un modo parcial y asistemático, al prohibir únicamente la publicidad televisiva. Leyes 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, y 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 89/552/CE, sobre coordinación de disposiciones, legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio.

²⁴ RYAN, J.; ZWERLING, G. y ORVAV, E.J.: «Occupational risks associated with cigarette smoking: a prospective study», *American Journal of Public Health*, núm. 82, 1992, págs. 29-32.

Centrando la cuestión en la materia del estudio, cualquier análisis sobre la ordenación del consumo de tabaco en los lugares de trabajo ha de tomar como referentes ineludibles, en un Estado Social como España lo es (art. 1.1 CE), tanto el derecho fundamental de todas las personas (también inespecíficamente los trabajadores por cuenta ajena²⁵) a la vida e integridad física y moral (art. 15 CE) [el cual parece que se concreta en un derecho de los ciudadanos a respirar un aire libre del humo del tabaco, facultad que prevalece sobre aquella otra, a situar quizá en el marco del derecho al libre desarrollo de la personalidad, a fumar (art. 1 RD 192/1988, de 4 de marzo)], como la obligación que pesa sobre los poderes públicos de «organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de prestaciones y servicios necesarios» (art. 43 CE), con extensísimas implicaciones cuando de prevención de riesgos laborales se trata.

En desarrollo de los mentados preceptos constitucionales, las Leyes 14/1986, General de Sanidad, y 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, tratan de ordenar una política tendente a garantizar la salud y calidad de vida de los ciudadanos y, para lograr tal fin, contemplan la posibilidad de establecer prohibiciones o restricciones al tráfico y consumo de bienes susceptibles de provocar riesgos o daños para la salud (art. 25.2 LGS).

Pocas sustancias encajan mejor que el tabaco en tal categoría y, en consecuencia, el Real Decreto 192/1988, de 4 de marzo (modificado por RD 1293/1999, de 23 de julio, para incluir la regulación relativa a los medios de transporte), se ocupó de establecer las limitaciones pertinentes sobre la venta y consumo de tabaco, declarando el tabaco como sustancia nociva y haciendo prevalecer el derecho de los no fumadores a respirar un aire libre de humos sobre el de los fumadores a consumir tabaco (art. 1; circunstancia esta en la que incide buena parte de la normativa en la materia, pero que provoca una «persistente situación de incertidumbre jurídica y operativa»²⁶), ordenando fijar en las cajetillas advertencias sobre los riesgos para la salud derivados de su consumo (art. 2), determinando los contenidos máximos que de ciertas sustancias puede contener –señeramente nicotina y alquitrán– (disp. trans. 1.^a), y, en fin, estableciendo un exhaustivo elenco de prohibiciones respecto de lugares en los cuales está restringida su venta y consumo.

De su análisis, y por sistematizar la cuestión a los efectos del consumo de tabaco en el ámbito laboral²⁷, procede destacar cómo, en la actual regulación vigente, no existe una prohibición general de fumar en los centros de trabajo. Sin embargo, es menester poner de manifiesto que, de un lado y atendiendo a circunstancias puramente laborales²⁸, se veda la posibilidad de fumar en aquellos emplazamientos donde, debido a una combinación entre los factores nocivos del tabaco y de la propia actividad industrial, exista un mayor riesgo para la salud de los trabajadores [art. 7.1 a) RD 192/1988], así como en los lugares donde presten servicios mujeres embarazadas [art. 7.1 b) RD 192/1988].

²⁵ En tanto derechos de los cuales el trabajador disfruta en cuanto ciudadano, y de los cuales no puede ser despojado a partir de la celebración de un contrato de trabajo, en la célebre construcción de PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Los derechos laborales en la Constitución española*, Madrid (CEC), 1991, págs. 31-33.

²⁶ DI COSTANZO, L.: «I prodotti da fumo: responsabilità e regolamentazioni», *Rassegna di Diritto Civile*, núm. 2, 2004, pág. 494.

²⁷ Siguiendo el planteamiento fijado por OJEDA AVILÉS, A.: «El tabaco y el Derecho del Trabajo: algunas preguntas sobre la política antitabaco en España», *RL*, T. I, 2004, pág. 1.246.

²⁸ Pues resulta científicamente demostrable que determinadas condiciones laborales agravan los riesgos derivados del consumo de tabaco, VON EYBEN, F.E. y ZEEMAN, G.: «Riesgos para la salud derivados del consumo voluntario e involuntario de tabaco», cit., pág. 23.

De otro, múltiples previsiones particulares prohíben o limitan el consumo de tabaco en determinados lugares (art. 7.2 RD 192/1988)²⁹, si bien se permite la habilitación de zonas diferenciadas para fumadores (art. 8 RD 192/1988). Semejantes prohibiciones permiten concluir cómo, habida cuenta de que en tales espacios serán prestados de modo y manera natural servicios laborales, queda restringido tanto el consumo de los trabajadores a tales centros adscritos, como el de las demás personas que en ellos se encuentren por cualesquiera motivos, pudiendo ser requerida la colaboración de los comités de seguridad e higiene en el trabajo y de los comités de empresa en la ejecución y vigilancia de estas normas (art. 7.3 RD 192/1988), teniendo en cuenta que quien incumpla dichas prohibiciones podrá ser sancionado por infracción grave [art. 11.3 d) RD 192/1988] con una multa de entre 500.001 y 2.500.000 de las antiguas pesetas; de 3.005,07 a 1.5015,3 € (art. 11.5 RD 192/1988).

Por otro lado, las diferentes leyes promulgadas por las Comunidades Autónomas dentro de sus respectivas competencias para la prevención y erradicación de las drogodependencias no han dudado a la hora de considerar entre ellas al tabaco³⁰, estableciendo, en consecuencia, nuevas restricciones a su publicidad, venta y consumo. Su análisis permite extraer dos conclusiones a modo de resumen de una legislación que, por su amplitud, resulta imposible de detallar pormenorizadamente: de un lado, que, con carácter general, no se establece una prohibición general de fumar en los lugares de trabajo, aunque en ocasiones se establecen limitaciones particulares que reproducen las

²⁹ No se permite fumar en: a) Centros de atención social destinados a menores de dieciséis años; b) Centros, servicios o establecimientos sanitarios; c) Centros docentes; d) Zonas de las oficinas de las Administraciones Públicas destinadas a la atención del público; e) Locales donde se elaboren, transformen, preparen o vendan alimentos, excepto los destinados principalmente al consumo de los mismos, manteniéndose la prohibición de fumar a los manipuladores de alimentos; f) Salas de uso público general, lectura y exposición; g) Locales comerciales cerrados con frecuente congregación de personas; h) Salas de teatro, cinematógrafos y otros espectáculos públicos y deportivos en locales cerrados; i) Ascensores y elevadores; j) Aeronaves en vuelo comercial cuyo origen y destino esté en territorio español (art. 7.2 RD 192/1988). Además, tampoco está permitido fumar en los vehículos o medios de transporte colectivo, urbano e interurbano, en los que se admitan viajeros sin ocupar asiento; en aquellos medios donde únicamente se admitan viajeros ocupando asiento se reservará para los fumadores una zona agrupada de menos del 50 por 100 de los asientos, situada en la parte posterior (art. 6.1. RD 192/1988). De igual modo, no se permitirá fumar en los transportes ferroviarios y marítimos, excepto en cubierta al aire libre. No obstante, podrán reservarse vagones o camarotes completos o departamentos para fumadores, incluyendo cabinas de literas y camas utilizadas por más de una persona, siempre en cuantía igual o inferior al 36 por 100 del total de plazas (art. 6.4 RD 192/1988).

³⁰ Artículo 4 de la Ley 5/2002, de 27 de junio, de la Comunidad de Madrid, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos; artículo 3.1 de la Ley 4/1997, de 9 de julio, de la Junta de Andalucía, sobre prevención y asistencia en materia de drogas; artículo 2.1 de la Ley 3/2001, de 4 de abril, de la Diputación General de Aragón, sobre prevención, asistencia y reinserción social en materia de drogodependencias; artículo 2.1 de la Ley 9/1998, de la Presidencia del Gobierno de Canarias, de 22 de julio, sobre prevención, asistencia e inserción social en materia de drogodependencias; artículo 2.1 de la Ley 5/1997, de 6 de octubre, de la Presidencia de la Diputación Regional de Cantabria, sobre prevención, asistencia e incorporación social en materia de drogodependencias; artículo 2 de la Ley 3/1994, de 29 de marzo, de la Junta de Castilla y León, sobre toxicomanías y prevención, asistencia e integración social de los drogodependientes; artículo 2 del Decreto Legislativo 1/2003, de 1 de abril, de la Presidencia de la Generalidad Valenciana, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre drogodependencias; artículo 4.1 d) de la Ley 1/1999, de 29 de marzo, de la Presidencia de la Junta de Extremadura, sobre prevención, asistencia y reinserción de las drogodependencias; artículo 2 de la Ley 2/1996, de 8 de mayo, de la Presidencia de la Junta de Galicia, sobre drogas; artículo 2 de la Ley 5/2001, de 17 de octubre, de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja, sobre drogodependencia; artículo 2 de la Ley 6/1997, de 22 de octubre, de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, sobre prevención, asistencia e integración social de los drogodependencias, y artículo 2 de la Ley 18/1998, de 25 de junio, de la Presidencia del Gobierno Vasco, sobre prevención, asistencia e inserción en materia de drogodependencias.

dos contenidas en el Real Decreto 192/1988 y ya analizadas ³¹; como excepción a tal pauta, tan sólo la Ley Foral de Navarra contempla una previsión general de conformidad con la cual queda prohibido fumar en «los espacios laborales», si bien permite la habilitación de habitáculos separados expresamente habilitados para fumar ³².

De otro, y de manera análoga a cuanto sucedía en el Real Decreto 192/1988, las distintas leyes autonómicas establecen un buen número de prohibiciones específicas de fumar en determinados lugares, los cuales, al constituir de modo y manera normal centros de trabajo (piénsese, por ejemplo, y es una previsión frecuente, en las dependencias de la propia Administración Autonómica), extienden sus efectos sobre los trabajadores por cuenta ajena que en tales lugares presten servicios ³³.

³¹ Así, por ejemplo, reiteran la prohibición de consumir tabaco en «lugares de trabajo donde haya un riesgo para la salud del trabajador por razón de combinarse la nocividad del tabaco con el perjuicio ocasionado por un contaminante industrial», el artículo 33.1 m) de la Ley 5/2002, de 27 de junio, de la Comunidad de Madrid, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos o, en parecidos términos, el artículo 14.1 m) de la Ley 3/2001, de 4 de abril, de la Diputación General de Aragón, sobre prevención, asistencia y reinserción social en materia de drogodependencias; artículo 22.4 m) de la Ley 9/1998, de la Presidencia del Gobierno de Canarias, de 22 de julio, sobre prevención, asistencia e inserción social en materia de drogodependencias; artículo 9.5.A d) de la Ley 15/2002, de 11 de julio, de la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; artículo 13.1 b) de la Ley 1/1999, de 29 de marzo, de la Presidencia de la Junta de Extremadura, sobre prevención, asistencia y reinserción de las drogodependencias; artículo 21.1 k) de la Ley 6/2003, de 14 de febrero, de la Presidencia del Gobierno Foral de Navarra, sobre la prevención del consumo de tabaco, de protección del aire respirable y de la promoción de la salud en relación al tabaco; artículo 40.3 a) de la Ley 5/2001, de 17 de octubre, de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja, sobre drogodependencia; artículo 18.1 l) de la Ley 6/1997, de 22 de octubre, de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, sobre prevención, asistencia e integración social de los drogodependientes, y artículo 23.3 a) de la Ley 18/1998, de 25 de junio, de la Presidencia del Gobierno Vasco, sobre prevención, asistencia e inserción en materia de drogodependencias.

De igual modo, reiteran la prohibición de consumir tabaco en «cualquier área laboral donde trabajen mujeres embarazadas», el artículo 14.1 k) de la Ley 3/2001, de 4 de abril, de la Diputación General de Aragón, sobre prevención, asistencia y reinserción social en materia de drogodependencias, o artículo 22.4 n) de la Ley 9/1998, de la Presidencia del Gobierno de Canarias, de 22 de julio, sobre prevención, asistencia e inserción social en materia de drogodependencias; artículo 9.5.A e) de la Ley 15/2002, de 11 de julio, de la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; artículo 21.1 i) del Decreto Legislativo 1/2003, de 1 de abril, de la Presidencia de la Generalidad Valenciana, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre drogodependencias; artículo 13.1 a) de la Ley 1/1999, de 29 de marzo, de la Presidencia de la Junta de Extremadura, sobre prevención, asistencia y reinserción de las drogodependencias; artículo 21.1 j) de la Ley 6/2003, de 14 de febrero, de la Presidencia del Gobierno Foral de Navarra, sobre la prevención del consumo de tabaco, de protección del aire respirable y de la promoción de la salud en relación al tabaco; artículo 40.3 b) de la Ley 5/2001, de 17 de octubre, de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja, sobre drogodependencia; artículo 18.1 m) de la Ley 6/1997, de 22 de octubre, de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, sobre prevención, asistencia e integración social de los drogodependientes, y artículo 23.3 b) de la Ley 18/1998, de 25 de junio, de la Presidencia del Gobierno Vasco, sobre prevención, asistencia e inserción en materia de drogodependencias.

³² Artículo 21.2 l) de la Ley 6/2003, de 14 de febrero, de la Presidencia del Gobierno Foral de Navarra, sobre la prevención del consumo de tabaco, de protección del aire respirable y de la promoción de la salud en relación al tabaco.

³³ *Vid.*, artículo 33 de la Ley 5/2002, de 27 de junio, de la Comunidad de Madrid, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos; artículo 26.2 de la Ley 4/1997, de 9 de julio, de la Junta de Andalucía, sobre prevención y asistencia en materia de drogas; artículo 14 de la Ley 3/2001, de 4 de abril, de la Diputación General de Aragón, sobre prevención, asistencia y reinserción social en materia de drogodependencias; artículo 22 de la Ley 9/1998, de la Presidencia del Gobierno de Canarias, de 22 de julio, sobre prevención, asistencia e inserción social en materia de drogodependencias; artículo 26 de la Ley 5/1997, de 6 de octubre, de la Presidencia de la Diputación Regional de Cantabria, sobre prevención, asistencia e incorporación social en materia de drogodependencias; artículo 9.5 de la Ley 15/2002, de 11 de julio, de la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; artículo 26 de la Ley 3/1994, de 29 de marzo, de la Junta de Castilla y León, sobre toxicomanías y prevención, asistencia e integración social de los drogodependientes; artículo 27 de la Ley 20/1985, de 25 de julio, de la Generalidad de Cataluña, de prevención y asistencia en materia de

Además, la normativa sobre salud y seguridad trae aparejadas otras múltiples limitaciones al consumo de tabaco en los centros productivos, tanto por la obligación general del empresario de garantizar la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo (art. 14 LPRL), como por determinadas previsiones específicas que restringen su consumo para actividades o lugares laborales concretos, tal y como *infra* será analizado al detalle.

Una regulación como la brevemente descrita deja la cuestión relativa al consumo de tabaco en el ámbito de los lugares de trabajo sumida en un alto grado de indeterminación. Por tal motivo, los actores de las relaciones laborales han desarrollado, hasta ahora, una actividad autocompositiva nada desdeñable y que afecta a un buen número de aspectos concernientes al desarrollo de la relación contractual, los cuales procede pasar a analizar.

2. Soluciones proporcionadas hasta ahora al problema del tabaco en el ámbito de las relaciones laborales.

Dada la escasa normativa social específica que a día de hoy existe respecto a esta materia, la regulación ha quedado en manos de trabajadores y empresarios, sobre todo a través del instrumento autocompositivo por antonomasia, el convenio colectivo. No obstante, y como ha sido mencionado, también se prevé la colaboración de los comités de seguridad e higiene en el trabajo y los comités de empresa en la ejecución y en la vigilancia de la normativa sobre tabaco (art. 7.3 RD 192/1988, de 4 de marzo), aun cuando su parquedad es evidente al no mencionar competencias específicas.

En la práctica, y a la hora de afrontar la política antitabaco, «las empresas la encaran con grandes cautelas y procuran ajustarse únicamente a las prohibiciones legales existentes, sin ir más allá en la adopción de medidas complementarias»³⁴; no obstante, procede examinar los pocos ejemplos existentes.

2.1. Soluciones autocompositivas: las previsiones en convenio colectivo.

La regulación convencional en la materia resulta escasa y desarticulada, pues son pocas las ocasiones en las cuales los agentes sociales descienden a establecer un sistema acabado sobre el con-

sustancias que puedan provocar dependencia; artículo 21 del Decreto Legislativo 1/2003, de 1 de abril, de la Presidencia de la Generalidad Valenciana, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre drogodependencias; artículo 13 de la Ley 1/1999, de 29 de marzo, de la Presidencia de la Junta de Extremadura, sobre prevención, asistencia y reinserción de los drogodependientes; artículo 21 de la Ley 6/2003, de 14 de febrero, de la Presidencia del Gobierno Foral de Navarra, sobre la prevención del consumo de tabaco, de protección del aire respirable y de la promoción de la salud en relación al tabaco; artículo 40.3 a) de la Ley 5/2001, de 17 de octubre, de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja, sobre drogodependencia; artículo 18 de la Ley 6/1997, de 22 de octubre, de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, sobre prevención, asistencia e integración social de los drogodependientes, y artículo 23 de la Ley 18/1998, de 25 de junio, de la Presidencia del Gobierno Vasco, sobre prevención, asistencia e inserción en materia de drogodependencias.

³⁴ OJEDA AVILÉS, A.: «El tabaco y el Derecho del Trabajo: algunas preguntas sobre la política antitabaco en España», cit., pág. 1.250.

sumo del tabaco en el lugar de trabajo ³⁵; la previsión más habitual consiste en calificarlo como una falta laboral, o bien adoptar previsiones específicas en materia de seguridad y salud en el trabajo, conforme aparecerá expuesto en el apartado correspondiente.

2.1.1. Régimen disciplinario.

Ciertos convenios tipifican como falta fumar en el lugar de trabajo, y cuantos lo hacen afectan, en su mayoría, a aquellas actividades que presentan riesgo alto de incendio (minas, refinerías...), uniendo la medida disciplinaria a la prevención, en tanto pueden derivarse riesgos para la salud e integridad física de la plantilla ³⁶. La calificación de la falta y su descripción varían de unos sectores a otros, así, puede definirse como leve, grave o muy grave:

a) Falta leve.

Determinadas empresas consideran como falta leve: bien «fumar fuera de los espacios habilitados al efecto» ³⁷, «salvo cuando se fume junto a personas especialmente sensibles que será considerada falta grave» ³⁸; o bien, especificando la falta al contrario, «fumar en lugares y horas prohibidos por la empresa o prescritos por la legislación específica» ³⁹; aun cuando el trabajador cometiera el hecho «una sola vez» ⁴⁰. También algún pacto colectivo sanciona el consumo de tabaco en cualquier lugar durante la prestación del servicio ⁴¹, quizá con el fin de impedir la pérdida de tiempo productivo. En algunos sectores paradigmáticos tipifican esta actividad como medida de protección de la salud: «comer, fumar, junto a los alimentos o en presencia de los clientes» ⁴² o, para evitar incendios, «fumar en el interior de la cabina del camión y en las áreas de carga y descarga mientras se está en operaciones» ⁴³.

³⁵ La razón de esta situación quizás obedezca a la verdadera encrucijada en que se encuentran los sindicatos, preocupados, por una parte, por defender los puestos de trabajo existentes en la industria tabaquera –tal ocurriría con la empresa española Altadis– y, por otra, por luchar contra el consumo de tabaco en las unidades productivas contribuyendo a la estrategia de garantizar un ambiente laboral cómodo y exento de humos y agentes cancerígenos. Sobre esta disyuntiva, interesante el trabajo de TAYLOR, P.: *The smoke ring: tobacco, money and multinational politics*, Nueva York (New American Library), 1985, págs. 89 y ss.

³⁶ CASTRO ARGÜELLES, M.^a A.: *El régimen disciplinario en la empresa. Infracciones y sanciones laborales*, Pamplona (Aranzadi), 1993, pág. 145.

³⁷ Artículo 31 VI CC Estructura, Grupo de Estudios Económicos, S.A.; artículo 41 VI CC Antena 3 TV.

³⁸ Artículo 125.9 II CC Fundación Diagrama Intervención Psicosocial.

³⁹ Artículo 39 CC TCI Cortes XXI, S.A.U.; Anexo V CC Bridgestone Hispania, S.A. (Fábricas); Anexo B XII CC Bridgestone Hispania, S.A. (delegaciones comerciales); artículo 17 XX CC Agfa Gevaert, S.A.U.; artículo 44 CC Hero España, S.A.

⁴⁰ Artículo 62 CC Multiprensa y Más, S.L.

⁴¹ Artículo 55 III CC de Residencias Privadas de Personas Mayores y del Servicio de Ayuda a Domicilio.

⁴² Artículo 29.11 CC Sistema a domicilio, SD 2000, S.L.

⁴³ Artículo 27.8 CC Fernando Buil, S.A.

b) Falta grave.

De nuevo, calificar la actividad de fumar como constitutiva de falta grave exige previa prohibición establecida al efecto ⁴⁴. De este modo, consumir tabaco será considerado sancionable unas veces por realizarlo delante del público ⁴⁵, y en otras por consumirlo en cualquier lugar del recinto empresarial ⁴⁶; aun cuando algunos convenios imponen que esta prohibición conste de forma terminante y clara ⁴⁷, «por medio de carteles o cualquier otro sistema conveniente» ⁴⁸. Incluso algunos van más allá y sancionan en función del número de veces que el operario transgreda la norma: «fumar, más de dos veces en seis meses, en los locales no habilitados al efecto de la empresa» ⁴⁹.

También vinculan la gravedad de la falta con el peligro o el perjuicio que conlleve este acto en la actividad empresarial en cuestión: «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» ⁵⁰; o bien para el efectivo cumplimiento de la prestación de servicios contratada, tal sucede con los futbolistas profesionales, cuyo reglamento de régimen disciplinario considera falta grave «el consumo habitual de tabaco y de bebidas alcohólicas en grado tal que pueda perjudicar la salud del deportista» ⁵¹ y, con ello, indirectamente, su rendimiento deportivo.

c) Falta muy grave.

Fumar en el lugar de trabajo está considerado como falta muy grave en aquellas actividades en las cuales exista alta probabilidad de incendio, como una medida más para prevenir los riesgos laborales; así, los convenios sancionan «fumar en lugares de fácil incendio» ⁵²; «dentro de las zonas peligrosas de las instalaciones o introducir en ellas cerillas, mecheros o cualquier otra materia susceptible de provocar fuego o inflamación de gases» ⁵³; «en los lugares en que esté prohibido por

⁴⁴ Artículo 3.21 CC de Pastas, Papel y Cartón; artículo 67 CC Mutua de Previsión Social del Personal de Renault España; artículo 80 CC Máquinas Automáticas de Restauración, S.L.; artículo 49 III CC Decathlon España, S.L.; artículo 55.9 CC Fabricación de conservas vegetales; artículo 80 CC para las Industrias de Turrónes y Mazapanes.

⁴⁵ Artículo 42 CC Noroto, S.A.; artículo 37 CC Txingudi Automoción S.L.

⁴⁶ Artículo 53 CC Técnicas de descontaminación, S.A.; artículo 31.2 Gaia Gestión deportiva, S.L.

⁴⁷ TASCÓN LÓPEZ, R.: «Régimen disciplinario y potestad premial», en AA.V.V. (BARREIRO GONZÁLEZ, G. y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Dirs.): *Los convenios colectivos extraestatutarios: contenido y régimen jurídico*, Madrid (MTAS), 2004, pág. 1.432.

⁴⁸ Artículo 55.9 CC Conservas vegetales.

⁴⁹ Artículo 62 CC Multiprensa y Más, S.L.

⁵⁰ Artículo 30 CC Estaciones de Servicio.

⁵¹ Artículo 5.6 Anexo V CC Actividad de fútbol profesional. El artículo 5.6 Anexo IV CC Balonmano profesional parece considerar también el consumo de tabaco como falta grave: «no mantener, por causas injustificadas, la condición física adecuada durante el transcurso de la temporada deportiva, incluidos el consumo habitual de bebidas alcohólicas y otras sustancias en grado tal que pueda perjudicar la salud».

⁵² Artículo 67 CC Mutua de Previsión Social del Personal de Renault España; artículo 80 CC Máquinas Automáticas de Restauración, S.L.

⁵³ Artículo 57 CC CLH-Aviación, S.A.

razones de seguridad e higiene»⁵⁴ (esta prohibición deberá figurar muy claramente en los lugares de peligro por medio de carteles, banderas o cualquier otro sistema conveniente⁵⁵); «fumar o llevar cerillas, encendedores o cualquier otro utensilio, artefacto o producto inflamable dentro del recinto industrial, en contra de la normativa de seguridad y salud dada al efecto, salvo en aquellas dependencias en que, por la total ausencia de peligro, se autorice por la dirección mediante las oportunas señales»⁵⁶; «fumar o encender fuego en cualquier zona no autorizada oficialmente»⁵⁷ en una empresa de refinería; en fin, algún pacto sanciona fumar dentro de la mina o introducir en ella cerillas, mecheros y otros utensilios propios para producir fuego⁵⁸.

De forma más puntual, otros convenios también califican como muy grave «fumar durante el desempeño del trabajo, especialmente en los casos en que se desarrolle la labor de cara al público»⁵⁹, o en relación con el número de infracciones: «fumar, más de dos veces en tres meses, en los locales no habilitados al efecto de la empresa»⁶⁰. En cualquier caso, es fácil observar cómo la prohibición de consumir tabaco no es total, antes al contrario, queda reducida a determinadas zonas o bien existen espacios diseñados para fumar en la empresa; no estando penado el consumo de tabaco en tales recintos.

En fin, además de las específicas infracciones, también fumar estaría incluido como acto punible en aquellos acuerdos que califiquen como falta leve, grave o muy grave «la toxicomanía si repercute negativamente en el trabajo»⁶¹, habida cuenta de que la adicción al tabaco constituye un señero ejemplo de drogodependencia, y como tal es considerada por las diferentes Leyes Autonómicas encargadas de su regulación.

⁵⁴ Artículo 57 CC Gallina Blanca.

⁵⁵ Artículo 49 CC Mataderos de aves y conejos.

⁵⁶ Artículo X CC Petroquímica Española, S.A.

⁵⁷ Artículo 80 VI CC Repsol Petróleo, S.A.

⁵⁸ Artículo 39 c)10 CC Minas de antracita; artículo 45.3.III CC Fundación Santa Bárbara.

⁵⁹ Artículo 66.11 IV CC Supermercados Sabeco, S.A., y Sabeco Euskadi, S.L.

⁶⁰ Artículo 62 CC Multiprensa y Más, S.L.

⁶¹ Por todos, basten los siguientes ejemplos: artículo 66 CC de Industrias cárnicas; artículo 55 III CC de la empresa Volkswagen Finance; artículo 18 XXV CC de la empresa Fiat Auto España, S.A.; artículo 70 CC Agencia EFE; artículo 67 CC de las empresas de mediación en seguros privados; artículo 33 VI CC de la empresa ECA, Entidad Colaboradora de la Administración, S.A.U.; artículo 102 CC para las Industrias del Curtido, Correas y Cueros Industriales y Curtición de Piel para Peletería; artículo 9 I CC de la empresa Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U. y los Tripulantes de Cabina de Pasajeros; artículo 60 CC para las Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo; artículo 55 CC Kaefer Aislamientos, S.A.; Anexo II artículo 2 CC estatal de Pastas, Papel y Cartón; artículo 26.3 c) CC Clínica San Francisco; artículo 39 f) CC Durruti Alonso; artículo 42.8 CC Aulesa; artículo 36.13 CC Sector comercio de la madera y del mueble; artículo 39.13 CC Sector comercio del metal; artículo 24.13 CC Sector comercio de la piel; artículo 25.13 CC Sector comercio textil; artículo 23.13 CC Legumbres Luengo; artículo 28.13 CC Sector del comercio de alimentación; artículo 36 d) CC Mancomunidad de municipios de la comarca de Ponferrada; artículo 45 e) CC Dornier; artículo 32 e) CC Eulsa; artículo 50.1 c) CC Digitex Informática; artículo 30.c) 6 CC Sector industrias de tintorerías y limpieza de ropa, lavanderías y planchado de ropa; artículo 26.3.f) CC Industria y comercio de la vid; artículo 46.f) CC Sector siderometalúrgico; artículo 27.3 f) CC Empresas distribuidoras de GLP; artículo 57.7 CC Sector industria de la madera «Segunda Transformación»; artículo 57.7 CC Sector industria de la madera «Primera transformación»; artículo 31.17 CC Sogesar; artículo 54 c) 15 CC Consejo comarcal del Bierzo; artículo 42.8 CC Comidas rápidas de León; Anexo VIII-IV CC Sector edificaciones y obras públicas; artículo 23 c) 7) CC Eslauto; artículo 45.3 h) CC Fundación Santa Bárbara; artículo 20 CC Montehano; artículo 24.2.3.6 CC Schindler Álava; artículo 48.7 CC Empresas de Mensajería; artículo 10.2.4 CC Artes Gráficas, Manipulados de Papel y Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares; artículo 39.6 CC Fertiberia.

Una vez calificada la conducta como falta leve, grave o muy grave, «corresponde al empresario la facultad de imponer la sanción que estime apropiada, dentro del margen que establezca la norma reguladora del régimen de faltas y sanciones»⁶². Las sanciones a imponer a los trabajadores fumadores oscilarán, dependiendo de su calificación, desde una mera amonestación verbal o escrita o suspensión de empleo y sueldo por uno o dos días para las leves hasta suspensiones prolongadas, sin olvidar la pena máxima del despido disciplinario para las muy graves.

2.1.2. Otras previsiones convencionales.

Desde luego, la calificación como conducta sancionable no constituye la única previsión convencional respecto a la adicción al tabaco (amén de las cláusulas en materia de prevención de riesgos examinadas con posterioridad), antes al contrario –y de forma anecdótica– algunos convenios han optado por la solución opuesta.

Así, cierto pacto colectivo específicamente niega la consideración como faltas sancionables de las conductas que supongan expresión de la esfera privada del trabajador (como, por ejemplo, fumar), siempre que no resulten contrarias a normas generales dictadas por la empresa o las autoridades en el ejercicio de sus respectivas competencias⁶³.

Como segundo supuesto particular, y aparentemente justificado debido a la actividad del empleador, cabe destacar aquel acuerdo que prevé la entrega al personal de la compañía en activo de cantidades de tabaco en atención a la actividad desarrollada en la empresa⁶⁴. Tal cláusula podría plantear problemas en cuanto el empresario está proporcionando a sus trabajadores una sustancia nociva para la salud de los mismos, pues de por sí semejante medida resulta inconveniente para la gestión empresarial; pero, además, plantearía los siguientes problemas: de un lado, si considerado tal suministro como salario en especie –en cuanto no supondría un beneficio y no cabría ser entendido como remuneración para los no fumadores–; por otro, calificado como extrasalarial, tal y como hace el pacto, devendría ilegal a la entrada en vigor de la futura Ley sobre el Tabaco, habida cuenta de que en sus artículos 3.5 y 9 prohíbe, respectivamente, «la entrega o distribución de muestras de cualquier producto de tabaco, sean o no gratuitas, y la venta de productos de tabaco con descuento» y «la distribución, gratuita o promocional de productos, bienes o servicios o cualquier otra actuación, cuyo objetivo o efecto directo o indirecto, principal o secundario, sea la promoción de un producto del tabaco».

⁶² STSJ de Cataluña de 1 de octubre 2004 (AS 3447).

⁶³ Artículo 48 CC Transportes interurbanos de viajeros de autobuses de la provincia de Sevilla.

⁶⁴ «a) Mensualmente optará entre tres cartones de tabaco negro (Ducados o Ducados Lights blando) y tres cartones de rubio (Fortuna blando, Fortuna Lights duro o Nobel); b) Además de la ración mensual, en junio y diciembre, meses en que se perciben asignaciones de carácter extraordinario, recibirán otros tres cartones de tabaco rubio o negro, según la opción elegida; c) También en el mes de diciembre, y en el correspondiente al período de vacaciones, recibirá un cartón de tabaco rubio de las labores de la compañía o una caja de Farias Superiores (50 unidades), a elección del trabajador», artículo 36 CC Altadis S.A.

2.2. Órdenes e instrucciones empresariales.

En aquellas empresas que carecieran de previsión convencional respecto a la posibilidad de fumar en el lugar de trabajo, las órdenes e instrucciones empresariales constituirán el referente a observar en orden a la legalidad o ilegalidad del consumo del tabaco, y hasta la entrada en vigor del PLT, perviviendo esta posibilidad donde la norma otorgue libertad al empleador.

Así, el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores (ET) establece cómo el trabajador viene obligado a realizar la prestación de servicios pactada bajo la dirección del empresario, debiendo la colaboración y diligencia que marquen las disposiciones legales, convenios colectivos y las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades de dirección.

Utilizando este poder de dirección, definido como «conjunto de prerrogativas concedidas a un sujeto sobre otro en virtud de las cuales aquél puede constituir, modificar o extinguir una determinada posición jurídica de un trabajador, que queda sujeto a estas operaciones sin posibilidad de oponerse abiertamente a su ejercicio y contando, todo lo más, con la posibilidad de invocar un control indirecto, defendiendo su propia posición mediante la pretensión de que la parte revestida de poder lo ejerza rectamente»⁶⁵, y de conformidad con la disposición adicional 2.^a del Real Decreto 192/1988, la cual dispone cómo «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, previa señalización adecuada para conocimiento de los usuarios», el empresario podrá impedir fumar a sus trabajadores.

En aquellos centros de trabajo no abiertos al público, la duda estriba entre la libertad de fumar de los trabajadores o bien la aplicación analógica de la disposición anterior. Ante tal disyuntiva, la solución más adecuada parece estar en que el empresario «podrá prohibir el tabaco en lugares no abiertos al público cuando persiga con ello un objetivo sanitario, lo negocie en convenio colectivo, o resulte conveniente para la actividad realizada o como medida de seguridad»⁶⁶. En consecuencia, el empleador siempre encontraría amparo para establecer dicho veto, de forma escrita o bien oralmente⁶⁷, en tanto el ordenamiento español considera al tabaco sustancia nociva para la salud, para el trabajador y para sus compañeros no fumadores. Por supuesto, siempre cabría imaginar casos extremos donde la prohibición pareciera carente de sentido, por ejemplo, impuesta a un solo trabajador que preste servicios en una nave industrial⁶⁸; no obstante, incluso en el supuesto mencionado, el tabaco seguiría perjudicando a ese empleado durante su prestación de servicios, y su empresario podría legítimamente vetar su consumo.

⁶⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: *El poder disciplinario en la empresa*, Madrid (Civitas), 1991, págs. 39 y ss.; un estudio ya clásico, MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid (Estudios Políticos), 1965.

⁶⁶ OJEDA AVILÉS, A.: «El tabaco y el Derecho del Trabajo: algunas preguntas sobre la política antitabaco en España», cit., pág. 244.

⁶⁷ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 10 de junio de 2002 (JUR 201733).

⁶⁸ OJEDA AVILÉS, A.: «El tabaco y el Derecho del Trabajo: algunas preguntas sobre la política antitabaco en España», cit., pág. 244.

Asimismo, en caso de que el empresario decidiera ejercer dicha facultad dentro del establecimiento, los Tribunales han considerado que, a falta de pronunciamiento expreso al respecto, los trabajadores podrán salir fuera de las instalaciones para consumir tabaco, esto es, que la orden de no fumar dentro del centro no significa prohibición absoluta de fumar durante la jornada y el empleado que realice dicha actividad no incumple orden empresarial alguna ⁶⁹, siempre y cuando no perjudique su rendimiento y utilice los tiempos de descanso establecidos.

Respecto a la posible objeción frente a tales órdenes vinculada a los derechos a la intimidad y dignidad de los empleados, los pronunciamientos judiciales han estimado que un veto «en el ámbito de la empresa de comportamientos o de hábitos aceptados socialmente no tiene irremediadamente que ocasionar una violación de los derechos fundamentales del trabajador ni una injerencia en su intimidad pues, ciertamente, el correcto ejercicio de determinadas profesiones exige prescindir de lo que en otros entornos distintos al trabajo puede ser aceptado» ⁷⁰. La salud de los trabajadores legitima una orden empresarial de tal tenor sin que ésta suponga intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y propia imagen de los empleados afectados ⁷¹, habida cuenta de que responde a la protección de la vida y salud del conjunto de la empresa y de sus clientes.

En caso de incumplimiento de esta orden, el empresario podrá despedir al trabajador acudiendo para ello al artículo 54.2 b) del ET para sancionar la desobediencia grave y culpable a su orden legal y no contraria a la dignidad o derechos fundamentales del trabajador ⁷², cuando su conducta sea injustificada ⁷³ y demuestre contumacia y reiteración ⁷⁴.

Sin embargo, las implicaciones laborales de una orden empresarial que prohíba fumar o bien una conducta tolerante con el humo no acaban aquí, pues resulta menester abordar las posibles consecuencias que acarrearán una opción u otra para las relaciones laborales dentro de la empresa. Por un lado, en un ambiente que permita fumar un aspecto del problema que no puede ser pasado por alto son las consecuencias que acarrea para un trabajador no fumador un entorno laboral de fumadores, la actividad de éstos le perjudicará y su protesta frente al empresario podría suponerle un enfrentamiento con sus propios compañeros (pudiendo constituir el germen del tan temido *mobbing* ⁷⁵) o una sanción por parte del propio empleador ⁷⁶. En caso de solicitar traslado a otro puesto o una prohibición general de fumar en ese lugar, tal pretensión podrá encontrar oportuno apoyo y cauce propicio

⁶⁹ STSJ del País Vasco de 11 de abril de 2003 (AS 2135).

⁷⁰ STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de septiembre de 1999 (AS 362/2000).

⁷¹ LÓPEZ BALAGUER, M.: «Consumo de bebidas alcohólicas en el lugar de trabajo», *AL*, núm. 19, 2000, pág. 1.806.

⁷² SSTS de 4 de febrero de 1988 (RJ 572) y 9 de octubre de 1989 (RJ 7133).

⁷³ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «La indisciplina o desobediencia en el trabajo», en AA.VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid (Acarl), 1989, pág. 506.

⁷⁴ SSTS de 5 de noviembre de 1986 (RJ 6276) y 12 de diciembre de 1990 (RJ 9776).

⁷⁵ Al respecto, un interesante estudio en AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R.: *La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo*, Murcia (Laborum), 2004.

⁷⁶ Así, en la STSJ de Aragón de 23 de octubre de 2004 (AS 1608), el trabajador despedido considera cómo su despido fue una represalia debida a sus quejas contra el humo que sufría en su puesto de trabajo, solicitando que se declare la nulidad de su despido; otro supuesto de trabajadora acosada por este motivo aparece en la STSJ de Madrid de 29 de octubre de 2004 (AS 1300).

si así es considerado también por los encargados de la seguridad y salud en el centro de trabajo o por la propia Inspección, siguiendo los postulados sobre prevención de riesgos laborales *infra* analizados con minuciosidad.

Desde otra óptica diferente, cabe analizar la posibilidad por parte del trabajador fumador de extinguir su contrato laboral a través de la vía del artículo 50 del ET alegando un incumplimiento empresarial grave consistente en prohibir fumar en el centro de trabajo de forma caprichosa; ante tal solicitud, los Tribunales han acudido a la motivación última de la decisión prohibitiva, entendiendo que si ésta «fue general y si se hizo en evitación de incendios» no ha lugar a la extinción indemnizada⁷⁷; *item* más, el veto, como ha sido analizado, encuentra oportuno apoyo en la defensa de la salud de los trabajadores a su cargo y, por tal motivo, no habría lugar a esta vía extintiva. *A sensu contrario*, un empleado que vea perjudicadas sus condiciones laborales en materia de prevención de riesgos al no acatar el empresario la obligación de impedir fumar, tendrá el camino abierto para extinguir su contrato a través de esta vía, tal y como aparece explicitado en el apartado oportuno.

2.3. Despidos y sanciones al margen de las previsiones derivadas de las normas paccionadas o de las órdenes empresariales.

Dejando a un lado los supuestos apuntados (a saber, que el convenio específicamente establezca una prohibición de fumar junto con la sanción correspondiente por incurrir en esta conducta, la cual puede oscilar desde un simple apercibimiento hasta el despido disciplinario, pasando por la suspensión de empleo y sueldo; y aquellos casos en los cuales el trabajador desobedezca una orden empresarial al respecto) existe un gran vacío en la generalidad de las empresas.

Como hipótesis general, ante esta poco justificada ausencia cabría acudir a la sanción máxima para castigar el consumo de tabaco amparándose en el incumplimiento de una orden empresarial (no fumar), como ha sido expuesto *supra*, o a la más específica contemplada en el artículo 54.2 f) del ET, en este último caso, incluso careciendo de prohibición previa. Esta causa sanciona defectos de conducta que conculcan los mínimos deberes de convivencia y comportamiento en la empresa, los cuales conllevan la no realización de actuaciones molestas e inadecuadas en el ámbito laboral. Tales hechos comportan en el fondo una transgresión de la buena fe exigible al empleado⁷⁸ o una disminución del rendimiento⁷⁹, motivo por el cual el despido disciplinario fundado en el consumo de tabaco podría estar también amparado en cualquiera de las anteriores causas.

El precepto mencionado exige la concurrencia de una toxicomanía junto con dos circunstancias: habitualidad y repercusión negativa en el trabajo. Respecto a la primera, no presenta problema

⁷⁷ STSJ del País Vasco de 24 de septiembre de 2002 (JUR 104687/2003).

⁷⁸ ORTIZ LALLANA, M.^a C.: «Causa, forma y efectos del despido disciplinario», *REDT*, núm. 100, 2000, pág. 1.139 y MONTAÑA MELGAR, A., *et alii*: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Pamplona (Aranzadi), 1997, pág. 274.

⁷⁹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y SASTRE IBARRECHE, R.: «Despido disciplinario», en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L., Dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada (Comares), 1998, pág. 662 o ROMERO RÓDENAS, M.^a J.: *Sida y toxicomanías. Un análisis jurídico-laboral y de Seguridad Social*, Madrid (Ibidem), 1995, pág. 216.

alguno incluir el tabaco como una de las sustancias adictivas y, por ende, capaz de causar tal patología⁸⁰ (más aún, los Tribunales no se detienen en la «determinación o examen del tipo de droga a la que el trabajador es adicto»⁸¹). En cuanto hace a la repercusión perjudicial, resulta menester que se incumpla el deber laboral de trabajar con diligencia⁸², convirtiéndose esta influencia negativa sobre su prestación de servicios en el elemento fundamental a tener en cuenta para determinar si existe o no causa justa de despido⁸³.

Esta última nota ha de ser entendida en sentido amplio, comprendiendo no sólo las funciones *stricto sensu*, sino cualquier cuestión que afecte a las mismas («puede producirse, bien porque se realice menos trabajo del encomendado, o se lleve a cabo una ejecución defectuosa»⁸⁴); incluyendo los daños a la salud y seguridad del trabajador y de sus compañeros⁸⁵.

No parece difícil probar unas consecuencias perjudiciales del tabaco para la salud de los empleados, en tanto los productos químicos del ambiente laboral pueden alcanzar mayor toxicidad por el humo de aquél, causando efectos comparables a los resultantes de la exposición a agentes tóxicos y producir un efecto biológico adictivo, contribuyendo asimismo a la producción de accidentes laborales⁸⁶; también respecto a los no fumadores sometidos a la exposición, quienes podrán sufrir bajas causadas por el tabaco⁸⁷. En todo caso, y pese a la facilidad en la acreditación de la repercusión negativa, ésta debe ser constatada⁸⁸, sin que sea posible presumir su existencia siempre que el trabajador sea fumador.

Desde luego, la repercusión negativa en la relación laboral que el tabaco provoque habrá de ser analizada acudiendo al concreto puesto de trabajo desempeñado y a la actividad de la empresa, en tanto consumir tabaco cuando desempeñe funciones de empleado de gasolinera o en una refinería no merecerá idéntica sanción que fumar en un despacho individual sin contacto con clientes. La rigidez en el examen de la causa de despido o sanción será distinta en uno u otro caso, como ha precisado el Tribunal Constitucional, habida cuenta de que «el conocimiento y adecuada acreditación de la categoría profesional y del trabajo que aquél desempeñaba tienen trascendencia para enjuiciar si el despido merece

⁸⁰ Con tal opinión, CISCART BEÀ, N.: *El despido por embriaguez y toxicomanía*, cit., pág. 35. El tabaco está incluido como «droga» en el Plan Nacional sobre drogas y considerado como tal en la gran mayoría de leyes autonómicas que lo regulan, como ha quedado patente.

⁸¹ STSJ de Cantabria de 7 de diciembre de 1999 (AS 4450).

⁸² GIL y GIL, J.L.; GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «Despido disciplinario», en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., Coord.): *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Cizur Menor (Thompson-Aranzadi), 2004, pág. 216.

⁸³ RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J.: «La embriaguez habitual o toxicomanía», en AA.VV. (GORELLI HERNÁNDEZ, J., Coord.): *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid (Tecnos), 2004, pág. 143.

⁸⁴ ORTIZ LALLANA, M.^a C.: «Causa, forma y efectos del despido disciplinario», cit., pág. 1.140.

⁸⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J.: «La embriaguez habitual o toxicomanía», cit., pág. 143. En los Tribunales, aun cuando no venga referida al tabaco sino al alcohol, STSJ de Madrid de 22 de enero de 1998 (AS 252).

⁸⁶ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA CONTRA EL CÁNCER: *Ventajas de trabajar sin tabaco*, Madrid (AECC), 1994, págs. 7 y ss.

⁸⁷ NAVARRO MOYA, A.M.^a: «Tabaquismo en el medio laboral», *Medicina de empresa*, núm. 4, Vol. XXIX, 1995, págs. 59 y ss. y CISCART BEÀ, N.: *El despido por embriaguez y toxicomanía*, cit., pág. 35.

⁸⁸ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: «Embriaguez habitual y toxicomanía», en AA.VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., págs. 624 y 625.

la calificación de procedente o improcedente cuando el empresario imputa los incumplimientos contractuales de... embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo»⁸⁹.

Sin embargo, esta causa de extinción unilateral plantea problemas singulares en cuanto a la culpabilidad exigible en todo despido disciplinario, habida cuenta de que los empleados que sufran adicción al tabaco no deberían ser sancionados en virtud de una patología que padecen; en todo caso, la repercusión negativa que el tabaco presente para la relación laboral podría ser reconducida a otro apartado del artículo 54 del ET⁹⁰, cual es la transgresión de la buena fe contractual⁹¹ o el deber de diligencia⁹², como «una infracción de deberes conexos con el de disciplina en el trabajo, al conculcar los mínimos deberes de convivencia y comportamiento decoroso dentro de la empresa que obligan a los trabajadores a la no realización de conductas molestas o inadecuadas en el ámbito laboral»⁹³.

Por tales razones, y en esos casos en los cuales el trabajador se encuentra en tratamiento médico de deshabituación del tabaco, el despido basado en su enfermedad no debería ser declarado procedente, salvo de poder alegar la concurrencia de otras circunstancias para fundamentar la extinción; antes bien, y conforme se analizará con mayor profundidad posteriormente, debería solicitar una suspensión del contrato en virtud de una incapacidad temporal mientras dure el tratamiento y no sufrir un despido disciplinario⁹⁴. Tal medida, por supuesto, siempre habrá de contar con la anuencia del afectado, pudiendo reclamarse, de *lege ferenda*, una moratoria semejante a la establecida para la falta de adaptación a cambios técnicos en caso de despido objetivo [art. 52 b) ET].

Los Tribunales, por el contrario, se muestran menos sensibles y parecen dejar de lado las causas últimas de la toxicomanía, alegando que «si repercute negativamente en el trabajo, generando con ello una situación que no tiene por qué soportar el empresario ni el resto de compañeros», el trabajador podrá ser despedido disciplinariamente⁹⁵.

Por otro lado, no va a ser impuesta sanción alguna a aquel consumo que no afecte a la relación laboral, cuestión esta que «supone una mayor protección a la intimidad de los trabajadores, al quedar extramuros del poder disciplinario del empresario la conducta del empleado que, aun habitual o asidua, no afecta a su actividad profesional»⁹⁶; tampoco podrá controlarla *a priori*⁹⁷ en las

⁸⁹ STCo 216/1989, de 21 de diciembre. En la doctrina, por todos, RODRÍGUEZ RAMOS, M.^ª J.: «La embriaguez habitual o toxicomanía», cit., pág. 140.

⁹⁰ GIL y GIL, J.L.; GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «Despido disciplinario», cit., pág. 220.

⁹¹ SSTSJ de Murcia de 9 de abril de 2001 (JUR 171968) o Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 4 de octubre de 2001 (AS 4644). *Contra*, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: «Embriaguez habitual y toxicomanía», cit., pág. 616.

⁹² STSJ de Madrid de 11 de julio de 2001 (AS 3862) y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: «Embriaguez habitual y toxicomanía», cit., pág. 626.

⁹³ STSJ de Andalucía/Málaga de 9 de junio de 2000 (AS 3501). En la doctrina, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: «Embriaguez habitual y toxicomanía», cit., pág. 615 y ROMERO RÓDENAS, M.^ª J.: *Sida y toxicomanías. Un análisis jurídico-laboral y de Seguridad Social*, cit., pág. 215.

⁹⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, M.^ª J.: «La embriaguez habitual o toxicomanía», cit., págs. 138 y 148; con idéntica opinión, MONTOYA MELGAR, A., *et alii*: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, cit., pág. 274.

⁹⁵ STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de noviembre de 1999 (AS 7486).

⁹⁶ STSJ de Andalucía/Málaga de 9 de junio de 2000 (AS 3501).

⁹⁷ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: «Embriaguez habitual y toxicomanía», cit., pág. 623.

fases previas de acceso a la empresa, pues la conducta extralaboral del operario no puede ser objeto de sanción alguna por el empresario, cuyo poder de dirección se limita al lugar y horario de trabajo dentro del marco del contrato ⁹⁸.

3. La solución prevista en la inminente Ley Reguladora del Tabaco.

Una vez ha sido descrito a grandes rasgos cuál es el régimen jurídico hasta el momento vigente respecto del consumo de tabaco en España, y realizadas las oportunas referencias a cómo se ha resuelto la cuestión en el específico ámbito de las relaciones laborales, no cabe dejar de advertir cómo en el horizonte se presentan a corto plazo cambios significativos, habida cuenta de que el Gobierno ha elaborado y las Cortes Generales han tenido a bien aprobar un PLT para la protección de la salud de la población, cuya entrada en vigor está prevista para el 1 de enero de 2006 ⁹⁹.

Semejante actividad legislativa no puede, ni mucho menos, ser considerada como un acto aislado y fruto de la mera iniciativa del actual ejecutivo español; antes al contrario, procede entroncarla dentro de una política normativa más amplia, de marcado cariz antitabaco, desarrollada tanto a nivel internacional, como en el ámbito particular de muchos de los Estados occidentales, bajo la premisa demostrada de conformidad con la cual las restricciones (de todo tipo) sobre este producto traen aparejadas, a medio y largo plazo, una reducción en su consumo y, en consecuencia, una disminución de sus efectos perjudiciales ¹⁰⁰.

En el plano internacional resulta menester destacar las actuaciones contempladas en la Estrategia Europea para el control del tabaquismo de 2002, elaborado para la Región Europea de la Organización Mundial de la Salud (OMS), así como, sobre todo, el Convenio Marco de la propia OMS para el Control del Tabaco, hecho en Ginebra el 21 de mayo de 2003 ¹⁰¹ y recientemente aprobado por la Decisión 2004/513/CE, de 2 de junio, del Consejo de la Unión Europea ¹⁰², y ratificado por España, obtenida la previa autorización de las Cortes Generales exigida por el artículo 94 de la CE, mediante Instrumento de 30 de diciembre de 2004 ¹⁰³.

⁹⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, M.ª J.: «La embriaguez habitual o toxicomanía», cit., pág. 145. No obstante, en algunas actividades tal regla no es de aplicación; así, el artículo 17.2 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, dispone cómo «en ningún caso podrán imponerse sanciones por actuaciones o conductas extradeportivas, salvo que repercutan grave y negativamente en el rendimiento profesional del deportista o menoscaben de forma notoria la imagen del club o entidad deportiva».

⁹⁹ Salvo las normas de su Capítulo III (precisamente relativas a las limitaciones de su consumo), que entrarán en vigor el mismo día de publicación en el BOE (disp. final 3.ª PLT).

¹⁰⁰ SAFFER, H. y CHALOUKKA, F.: «The effect of tobacco advertising bans on tobacco consumption», *Journal of Health Economics*, núm. 19, 2000, pág. 1.134.

¹⁰¹ Germen de la regulación ahora impulsada por el Gobierno español, en tanto su artículo 8.2 exige que «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 lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados y, según proceda, otros lugares públicos, y promoverá activamente la adopción y aplicación de esas medidas en otros niveles jurisdiccionales».

¹⁰² DOL de 15 de junio de 2004, núm. 213.

¹⁰³ BOE de 10 de febrero de 2005.

En el plano particular de determinados Estados, de todos son conocidos –por la enorme repercusión que tuvieron en los medios de comunicación– las restrictivas regulaciones que han sido y están siendo elaboradas en distintos lugares como Holanda, Italia, Noruega o, muy especialmente, Irlanda, donde ha quedado prohibido fumar en todos los lugares públicos, incluidos los centros de trabajo, así como, en ejemplo harto significativo, sus célebres tabernas; en Estados Unidos las restricciones han llegado a alcanzar a algunos espacios abiertos, y así en la ciudad de Nueva York está prohibido fumar en los parques públicos y en California en sus famosas playas; en fin, Alemania, Suecia, Escocia y Dinamarca, por poner sólo algunos ejemplos más, ya han anunciado restricciones de corte similar a las anteriores y a la contenida en el mentado PLT ¹⁰⁴.

En semejante contexto, la legislación española ha venido a recoger algunos de los postulados elaborados a nivel internacional (no sólo el mentado Convenio Marco de la OMS, sino también la Directiva 2003/33/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco), así como para contribuir al mejor desarrollo del ya mencionado artículo 43 de la CE y tratar de alcanzar un más completo cumplimiento de las obligaciones preventivas que para los poderes públicos derivan de la Ley General de Sanidad, como queda claro a la vista del título del PLT, referido a «la protección de la salud de la población».

La futura Ley tiene como objetivo confesado el de aportar una regulación integral y sistemática que dé respuesta a toda la problemática derivada del tabaco, abarcando las distintas fases de su elaboración, comercio y, en último término, el propio consumo, dedicando especial atención a algunos lugares entre los cuales destacan –y ésta es una de las razones que justifica la actualidad y pertinencia del presente trabajo–, los centros de trabajo (Exposición de Motivos PLT).

El cuerpo de su texto se articula en torno a cuatro capítulos, a saber: disposiciones generales; limitaciones a la venta, suministro y consumo de los productos del tabaco; regulación de la publicidad, promoción y patrocinio de los mismos; y régimen de infracciones y sanciones.

Son de destacar, de un lado, las severas restricciones a la venta y suministro de tabaco, en tanto sólo podrán realizarse a personas mayores de 18 años y dentro de la Red de Expendedurías de Tabaco y Timbre o en aquellos otros establecimientos que cuenten con las autorizaciones administrativas oportunas, limitando cualquier entrega gratuita o de muestra de los productos que contengan –aun cuando sea de modo parcial– tabaco (art. 3 PLT); de otro, las no menos estrictas limitaciones a su publicidad y promoción, en tanto en cuanto quedará prohibida cualquier actuación promocional de un producto de tabaco (sea mediante la entrega de bienes o productos de propaganda, sea mediante los medios de comunicación, incluidos los de la sociedad de la información) con contadísimas excepciones (Capítulo III PLT).

¹⁰⁴ SASCO, A.J.; MÉLIHAN-CHEININ, P. y D'HARCOURT, D.: «Legislación sobre el consumo de tabaco en el ámbito laboral y en los espacios públicos de la Unión Europea», *Revista Española de Salud Pública*, núm. 1, Vol. 77, 2003, págs. 37 y ss.

En cuanto a las limitaciones sobre consumo, el nuevo texto legal establece la prohibición de fumar en un amplio elenco de lugares, partiendo de una dicotomía a partir de la cual existirán espacios donde la prohibición será total y absoluta y otros en los cuales, no obstante la interdicción de fumar con carácter general, va a resultar posible la habilitación de zonas donde esté permitido, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos (arts. 7 y 8 PLT) ¹⁰⁵.

Entre los primeros –esto es, aquellos donde la prohibición de fumar es total–, se recogen, entre un elenco amplísimo ¹⁰⁶ y por cuanto a los efectos del presente estudio hace, los «centros de trabajo, públicos y privados, en espacios cerrados» [art. 7 a) PLT], así como «los transportes colectivos de empresa» [art. 7 m) PLT].

De semejante regulación se desprende, primero, que en los centros de trabajo en espacios abiertos estará permitido fumar (a salvo, de modo y manera similar a cuanto ocurre en la situación actual, orden empresarial justificada o previsión expresa del convenio colectivo en contrario); y, segundo, que la prohibición es tajante y sumamente restrictiva, habida cuenta de que impide la habilitación de lugares específicos (las conocidas como *smoking rooms*) para fumar, lo cual, dicho sea de paso, ha contado con el más firme recelo tanto de las organizaciones sindicales como de las patronales respecto al carácter inoportuno de la norma.

Entre los segundos –esto es, lugares donde se prohíbe fumar pero se permite la habilitación de zonas para realizar tal actividad–, la norma recoge los centros de atención social; los establecimientos de hostelería y restauración cerrados que sirvan alimentos o bebidas siempre y cuando tengan una superficie útil igual o superior a cien metros cuadrados, de los que hasta un 30 por 100 podrán ser destinados para personas fumadoras, debiendo indicarlo de forma visible en la entrada del establecimiento (si su extensión es menor de cien metros cuadrados, será el propio establecimiento quien pueda decidir si se permite o no fumar –disp. adic. 2.ª PLT–, debiendo informar en la entrada del establecimiento, en un lugar visible y mediante un cartel no inferior a DIN-A3 –Anexo 4 PLT–); las salas de fiesta o de uso público en general en las que no se permita la entrada a meno-

¹⁰⁵ Semejante estructura en la articulación de las prohibiciones ya es posible encontrarla en algunas normas autonómicas; así, el artículo 9.5 de la Ley 15/2002, de 11 de julio, de la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

¹⁰⁶ La lista del artículo 7 es amplísima e incluye, además de los centros de trabajo en espacios cerrados (párrafo a), los centros o establecimientos sanitarios (párrafo b), los centros docentes con independencia de la edad del alumnado y el tipo de enseñanza (párrafo c), las instalaciones deportivas cubiertas (párrafo d), zonas de las Administraciones Públicas y entidades privadas destinadas a la atención directa al público (párrafo e), centros de atención social o de ocio o esparcimiento en los que se permita el acceso a menores (párrafo f), centros culturales tales como bibliotecas, museos y similares (párrafo g), salas de fiesta o uso público en general donde se permita la entrada a menores (párrafo h), áreas donde se elaboren, transformen, preparen o vendan alimentos (párrafo i), ascensores, elevadores y similares (párrafo j), cabinas telefónicas, recintos de cajeros automáticos y otros espacios de uso público de reducido tamaño que no ocupen una extensión superior a cinco metros cuadrados (párrafo k), vehículos o medios de transporte colectivo, urbano o interurbano, incluyendo taxis, funiculares y teleféricos, vehículos de transporte de empresa y todos los utilizados por personas enfermas o menores (párrafo l), estaciones de autobuses, excepto espacios al aire libre (párrafo m), todos los espacios del transporte suburbano, tales como vagones, andenes, pasillos, escaleras o estaciones (párrafo n), transportes ferroviarios o marítimos, incluidas las estaciones, excepto las cubiertas y demás dependencias al aire libre (párrafo o), aeronaves con origen y destino en territorio nacional y en todos los vuelos de compañías aéreas españolas (párrafo p), en cualquier otro lugar en el que por disposición de la presente Ley o de otra norma esté prohibido fumar (párrafo q).

res de dieciocho años; las salas de teatro, cine y otros espectáculos públicos (si bien el lugar para fumadores deberá estar ubicado fuera de las salas de representación o proyección); y los aeropuertos (art. 8 PLT).

La letra de la Ley obvia que tales espacios van a constituir, además, centros de trabajo, con lo cual la prohibición total establecida con carácter general para éstos parece que –de conformidad con aquel principio general de interpretación del Derecho en virtud del cual la *lex specialis* prevalece sobre la *lex generalis*– no va a resultar operativa, siendo posible en tales lugares (por mucho que sean también centros de trabajo), habilitar las pertinentes zonas donde se permita fumar.

En cualquier caso, dichas áreas que en tales lugares puedan quedar habilitadas para fumar han de reunir una serie de estrictos requisitos (que, en caso de no poder cumplirse, hacen que la prohibición se extienda a todo el espacio, art. 8.2 PLT), a saber: 1) estar debidamente señalizadas con carteles visibles y de tamaño no inferior a DIN-A3, conforme a lo previsto en el Anexo 3 del PLT¹⁰⁷; 2) estar separadas físicamente del resto de dependencias del lugar y no constituir zonas de paso obligado de la población no fumadora; 3) disponer de sistemas de ventilación independiente y otros sistemas que permitan la eliminación de humos; y 4) no superar el 10 por 100 de la superficie total del centro o establecimiento.

En los centros o dependencias en los que existe prohibición legal de fumar deberán colocarse en su entrada y en un lugar claramente visible, carteles anunciando la prohibición del consumo de tabaco, y los espacios en los que, en su caso, se encuentran las zonas habilitadas para fumar (disp. adic. 3.ª PLT).

Este estricto régimen de prohibiciones encuentra un correlato lógico en un severo elenco de infracciones y sanciones previsto en el Capítulo IV, y último, de la norma naciente, el cual resulta compatible con cualquier otra clase de «responsabilidades civiles, penales o de otro tipo [¿acaso recargos en las prestaciones de Seguridad Social *ex* artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)?] que puedan concurrir» (arts. 11.1 *in fine*), pudiendo además decretarse, en los términos previstos por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), las medidas de carácter provisional necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente pudiera dictarse y evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción: en particular, la suspensión temporal de la actividad del prestador de servicios; el precinto, depósito o incautación de registros, soportes o archivos informáticos, así como aparatos y equipos de todo tipo; y la advertencia al público de la existencia de posibles conductas infractoras (art. 11.2 PLT).

Dentro de la amplísima panoplia de infracciones y a los efectos del presente discurso, es considerado como infracción leve (castigada con multa de hasta 30 € si la conducta se realiza de forma aislada y hasta 600 € en los demás casos, art. 13.1 PLT), fumar dentro de alguno de los lugares donde exista prohibición o fuera de las zonas habilitadas para ello; no informar en la entrada de la prohi-

¹⁰⁷ «Las zonas habilitadas para fumar estarán señalizadas con carteles situados en lugares visibles de un tamaño no inferior a DIN-A3, con el siguiente texto "Zona habilitada para fumar". Este texto figurará, al menos, en castellano, e irá rodeado por un borde negro», pudiendo las Comunidades Autónomas incluir la información adicional que consideren oportuna (Anexo 3 PLT).

bición o no de fumar, así como de la existencia de zonas habilitadas o no cumplir el resto de obligaciones formales a que se refieren los anexos de la Ley; y no señalar debidamente las zonas habilitadas para fumar o no reunir éstas los requisitos exigidos en el Anexo 3 de la norma (art. 12.2 PLT).

Por su parte, son infracciones graves (castigadas con multas de entre 601 € hasta 10.000 €, art. 13 PLT), permitir fumar dentro de los lugares donde exista prohibición de fumar o fuera de las zonas habilitadas para ello; y habilitar zonas para fumar en establecimientos y lugares donde no esté permitida su habilitación (art. 12.3 PLT).

Las infracciones (y las correlativas sanciones impuestas por faltas) muy graves (no se aprecia ninguna que tenga una específica relevancia en el ámbito laboral) prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses desde su comisión (art. 11.3 PLT) y su cuantía se graduará atendiendo al riesgo generado para la salud, la repercusión social de la conducta, el beneficio que haya reportado al infractor y la previa comisión de una o más infracciones [la comisión de dos infracciones de una misma gravedad eleva su grado, art. 13.2) PLT].

Si un mismo hecho u omisión fuera constitutivo de dos o más infracciones, tipificadas en ésta u otras leyes (piénsese en cómo algunas de estas conductas pueden encajar en alguno de los tipos previstos en el TRLISOS), se tomará en consideración únicamente –el principio *non bis in idem* manda¹⁰⁸– aquélla que comporte la mayor sanción (art. 13.4 PLT) y, de igual modo, la posible sanción penal de un hecho excluye la exacción de la responsabilidad administrativa, debiendo el órgano administrativo que considere una conducta constitutiva de delito o falta dar traslado al Ministerio Fiscal, absteniéndose de seguir el procedimiento administrativo mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado (art. 13.5 PLT).

Las competencias para la inspección y sanción de todo el amplio elenco de conductas previsto por la ley como infracción habrán de recaer sobre los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, salvo aquellas que caigan dentro del ámbito de actuación del Comisionado del Mercado de Tabaco, o cuando se cometan a través de Radio o Televisión con una difusión superior a la Comunidad Autónoma (en cuyo caso será competente el Ministerio de Industria) o, en fin, cuando las conductas se realicen a través de los servicios de la sociedad de la información, en cuyo caso serán sancionadas por sus autoridades *ad hoc* (art. 15 PLT). Semejante previsión olvida por completo cualquier tipo de facultad de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (llamada a velar de manera natural por la adecuación del cumplimiento de la normativa vigente en los lugares de trabajo) y tampoco contempla facultad alguna de colaboración por parte de los representantes de los trabajadores (como hace el todavía vigente art. 7.3 RD 192/1888).

¹⁰⁸ Pues, como bien es sabido, «el principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más significativas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento, sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración (relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.) que justificara el ejercicio del *ius puniendi* de los tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la Administración»; entre una lista significativamente más larga de pronunciamientos, SSTCo 77/1983, de 3 de octubre; 159/1987, de 7 de septiembre, o la polémica 177/1999, de 11 de octubre.

4. Algunas reflexiones sobre las implicaciones de la nueva regulación para el consumo de tabaco en los lugares de trabajo.

Pese a la franca oposición mostrada por las organizaciones sindicales y patronales más representativas durante la tramitación parlamentaria de la Ley (significativamente de acuerdo a la hora de valorar la impertinencia de una prohibición de fumar total y sin paliativos como la contemplada para los centros de trabajo en lugares cerrados), a los cuales se unió el firme recelo del Consejo Económico y Social ¹⁰⁹, lo cierto es que la versión definitiva que verá la luz ha mantenido prácticamente en su totalidad las prohibiciones iniciales. No cabe dejar de observar cómo dicha restricción ha connotado con el aplauso de otras instituciones significativas, como, por ejemplo, la de la Asociación Española contra el Cáncer.

La nueva regulación, si bien responde a una línea de tendencia de lucha decidida contra el consumo de tabaco, plantea (o acrecienta) una duda importante acerca de cómo va a recibir la sociedad española –tradicionalmente permisiva con los fumadores ¹¹⁰– una norma tan restrictiva; en particular, y en el ámbito laboral, podrían apuntarse, a título de mero ejemplo –al que el lector podrá sumar sus propias dudas e inquietudes–, las siguientes cuestiones problemáticas:

1. Cabe plantearse, a la vista de la futura y restrictiva regulación, si la condición de fumador podrá ser considerada como requisito lícito al cual condicionar la contratación o acceso al empleo. Como bien es sabido, tanto el artículo 14 de la CE, como el artículo 4 del ET aluden al derecho a no ser discriminado por, entre un variado elenco de poderosas razones, ninguna clase de «condición social»; además, el artículo 4.1 e) del ET reconoce el derecho del trabajador al respeto a su dignidad.

En tal orden de cosas la cuestión reside en determinar si la condición de fumador puede actuar, o no, como una de esas «condiciones sociales» a partir de las cuales no puede ninguna persona sufrir discriminación alguna; tal se antoja difícil habida cuenta de que cabe apreciar la concurrencia de una circunstancia objetiva y razonable para que el empresario pretenda descartar a aquellos candidatos que sean fumadores, en tanto en cuanto la inminente introducción de una prohibición de fumar en los lugares de trabajo «laboraliza» esa circunstancia haciéndola que adquiera interés evidente para el empleador, lo cual descarta su impertinencia, y probablemente fuerce al trabajador a responder a las posibles preguntas que sobre el particular pudieran serle formuladas en el marco de un proceso de selección, al menos aquellas relativas a si le afectaría o sería capaz de estar sin fumar durante la totalidad de la jornada laboral o tal abstinencia (sin pausas e interrupciones) podría suponerle un estado de ansiedad en el que previsiblemente le fuera más difícil trabajar o, incluso, si sería previsible que le pudiera llegar a causar algún tipo de trastorno en su salud que le llevara a una situación de incapacidad temporal.

¹⁰⁹ CES: *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Reguladora de la Venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco*, Madrid (CES), 2005, págs. 1 y ss.

¹¹⁰ INFANTE, C. y RUBIO-COVALIDA, J.M.: «La prevalencia del consumo de tabaco en España», cit., pág. 60.

2. Otra cuestión relevante a analizar pasa por determinar si imponer la condición de no fumar en un contrato de trabajo pudiera resultar atentatorio contra la dignidad del trabajador o algún otro derecho fundamental, algo que se antoja muy dudoso, «pues, en resumidas cuentas, supone una adaptación de la conducta del trabajador al ambiente laboral donde ingresa (y a la nueva regulación que va a exigir la abstinencia del trabajador en los lugares de trabajo); de hecho, numerosos convenios establecen ya tal condición con carácter general y ninguno ha sido impugnado por tal motivo»¹¹¹.

Siguiendo el razonamiento, resulta necesario interrogarse acerca de si resulta posible sujetar el contrato a condición resolutoria en caso de que el trabajador incumpla un hipotético compromiso «a no fumar» –durante la jornada laboral, se entiende, pues más allá, durante su vida privada, parece claramente excesivo–, adquirido al concertar el vínculo. Recuérdese cómo el artículo 49 del ET prevé que el contrato de trabajo pueda extinguirse «por las causas consignadas válidamente en el contrato, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario». Evidentemente, la severa restricción que la nueva normativa impone respecto del consumo de tabaco en los lugares de trabajo fuerza a reconocer que la expectativa empresarial ordenada a que el trabajador no fume en dichos espacios no sólo no es constitutiva de abuso de derecho, sino que en realidad no permitir que se fume en la organización productiva es una obligación que pesa sobre el empresario si quiere evitar incurrir en responsabilidad administrativa¹¹².

Cosa distinta será que el empleador pretendiera extender tal limitación al ámbito extralaboral, pues parece claro que ninguna clase de pacto –o de orden o instrucción empresarial– de no fumar puede pretender proyectarse más allá del horario y lugar de trabajo (sin perjuicio de las posibles y deseables campañas de empresa para tratar de reducir el consumo de tabaco de sus empleados), so pena de merecer la consideración de abusivo y, por tanto, nula, teniéndose, en consecuencia, por no puesta y siendo sustituida por los preceptos jurídicos adecuados, *ex* artículo 9 del ET.

3. De igual modo, cabe interrogarse acerca de cómo habrá de afectar la condición de fumador en la distribución de la jornada de trabajo, pues parece presumible que quien tiene adquirido el hábito no pueda pasar durante las ocho horas que en condiciones normales va a durar su jornada diaria sin fumar¹¹³, y trate de obtener derecho a pausas distribuidas a lo largo de la jornada para poder abandonar el lugar de trabajo y fumar un cigarrillo.

En este sentido, las pausas intrajornadas, que se limitan a un descanso de quince minutos cuando la jornada continuada exceda de seis horas (art. 34.4 del ET), se antojan claramente insuficientes para satisfacer las previsibles expectativas del trabajador fumador.

Sin duda, en contrato individual o convenio colectivo podrán fijarse otras micro-pausas de las que puedan disponer los trabajadores para abandonar el centro de trabajo cerrado (donde la prohi-

¹¹¹ OJEDA AVILÉS, A.: «El tabaco y el Derecho del Trabajo: algunas preguntas sobre la política antitabaco en España», cit., pág. 1.247.

¹¹² Como razona con claridad OJEDA AVILÉS, A.: «El tabaco y el Derecho del Trabajo: algunas preguntas sobre la política antitabaco en España», cit., pág. 1.246.

¹¹³ GIL ROALES-NIETO, J.: «Consumo de tabaco y riesgo para la salud», cit., pág. 313.

bición de fumar será absoluta, recuérdese) y poder consumir lícitamente tabaco; ahora bien, para no causar agravios comparativos con quienes no tengan contraído tan indeseable hábito, parece de recibo que tales lapsos temporales –que pueden llegar a representar un período total significativo¹¹⁴– no sean considerados como de trabajo efectivo, manteniendo así la igualdad de las jornadas entre fumadores y no fumadores, pero, al tiempo, flexibilizando su distribución para tratar de conciliar todos los intereses en presencia.

4. Por otro lado, resulta interesante preguntarse cómo deberá el empresario hacer cumplir la prohibición de fumar en los centros y lugares de trabajo; téngase en cuenta que de ser contravenidas las prohibiciones establecidas por la futura Ley, la responsabilidad recae tanto sobre quien fuma (el trabajador, en la hipótesis manejada por el presente trabajo), como sobre quien permite fumar [en tanto en cuanto la futura Ley hace responsable «a los titulares de los establecimientos en los que se cometa la infracción» (art. 14 PLT), es decir, al empresario titular de la unidad productiva], lo cual hace que el empleador tenga un evidente interés en tratar de asegurarse que, efectivamente, no va a ser consumido tabaco dentro de sus dependencias.

A estos efectos parece claro que las vías con las que va a contar residirán, obviamente, en su poder directivo y, en su caso, disciplinario. Evidentemente, al existir una prohibición legal (con las consiguientes responsabilidades aparejadas a su transgresión) de fumar en los centros de trabajo cerrados, la orden empresarial servirá para reafirmar el mandato legal y, además, dar oportuno ropaje a la posibilidad de, caso de incumplimiento por el trabajador, justificar el despido disciplinario por desobediencia¹¹⁵. Por el contrario, no ya sólo la ausencia de orden expresa que prohíba fumar, sino la abierta tolerancia empresarial de la conducta (en contra de sus deberes legales) desde luego no merma un ápice las posibles responsabilidades administrativas (del propio empresario y del trabajador fumador), pero sí hace que parezca dudoso que luego pueda proceder a un despido disciplinario, por contrariar aquel principio general del derecho que prohíbe *venire contra factum proprios*.

En los lugares abiertos y en aquellos otros espacios donde la futura legislación parece permitir al titular del establecimiento decidir sobre la cuestión, al no existir prohibición legal de fumar, la posible restricción del consumo de tabaco quedará a expensas de una eventual orden o instrucción empresarial limitativa de tal conducta, de manera muy similar a cuanto sucede en la situación vigente y que ya ha sido analizada páginas atrás.

Es de destacar, por otro lado, cómo la futura Ley guarda silencio acerca de la posibilidad del empresario de recabar la ayuda de los representantes de los trabajadores para lograr el cumplimiento de sus órdenes e instrucciones en esta materia. Hasta ahora, el artículo 7.3 del Real Decreto 192/1888 ha permitido que los comités de salud y seguridad y los comités de empresa sean requeridos (parece que por las autoridades sanitarias) para tratar de asegurar el cumplimiento de la normativa antitabaco; sin embargo, la norma española obvia completamente la intervención de los representantes de los trabajadores, despreciando así su posible cooperación, no sólo

¹¹⁴ RAAIJMAKERS, T. y VAN DEN BORNE, I.: «Relación coste-beneficio de las políticas sobre consumo de tabaco en el lugar de trabajo», cit., pág. 102.

¹¹⁵ BEDEAU, S.: «No smoking in the workplace», *New Law Journal*, núm. 6.822, Vol. 148, 1998, pág. 10.

con las autoridades públicas, sino también, con efectos *ad intra*, con el propio empresario, para facilitar medidas que mejoren el posible cumplimiento de una normativa tan novedosa como complicada de poner en práctica.

5. Particular interés presentará determinar la influencia de una restricción tan severa al consumo de tabaco sobre la continuidad de la relación laboral. Obviamente, someter al fumador a largas sesiones de trabajo sin la posibilidad de consumir tabaco puede derivar en serias mermas de su productividad, así como situaciones de angustia y estrés, todo lo cual plantea cuáles serían las actuaciones del empresario en tales casos, principalmente si tal circunstancia permitiría llegar a justificar un posible despido objetivo o, incluso, disciplinario, si se valora como toxicomanía que afecta negativamente a la prestación de servicios ¹¹⁶.

Asimismo, como se acaba de indicar, parece legítimo que sea posible despedir por indisciplina a aquel trabajador que, contra la orden empresarial, haya incumplido la obligación de no fumar en los centros de trabajo ubicados en espacios cerrados –o también en los abiertos, si así había sido legítimamente dispuesto por el empleador–, si bien, como siempre, será menester valorar la gravedad y culpabilidad de la conducta para determinar si a la acción del trabajador corresponde la más grave sanción contemplada por el ordenamiento laboral (el despido) o acaso otra de menor entidad contemplada en el convenio colectivo, debiendo considerar a tal efecto si la indisciplina tuvo repercusión pública o trató de mantenerse el carácter reservado, si existió contumacia y reiteración en la conducta o fue un acto aislado, así como la posible concurrencia de perjuicios para la empresa ¹¹⁷.

6. También resulta interesante analizar, dentro de la dinámica de la prestación laboral, cómo va a afectar la prohibición de fumar en los lugares de trabajo en las relaciones interpersonales habidas en el seno de la empresa, pues no es descartable pensar en que una regulación tan restrictiva y que ha de aplicarse a ámbitos tan amplios y heterogéneos, pueda fomentar conflictividad, no sólo entre el empresario y los trabajadores, sino también entre los propios compañeros ¹¹⁸. En este sentido, a nadie escapa que cualquier prohibición (también la de fumar) puede ser incumplida y, en tal caso, dicho comportamiento puede contar con una tolerancia mayor o menor por parte de los compañeros (o incluso del empresario). A su vez, pueden existir personas especialmente sensibles al humo del tabaco susceptibles de sentirse especialmente agraviadas por dicha vulneración, pero que temen denunciar la situación por el riesgo de convertirse de alguna forma en «esquirolas» a ojos de sus compañeros ¹¹⁹. En último extremo, cabe considerar que fumar puede llegar a ser una forma de acoso en el trabajo cuando «el no fumador sea objeto de una premeditada actuación por parte de los superiores (*bossing*) o de los compañeros (*mobbing*) con vistas a mortificarle... cuando el trabajador

¹¹⁶ Por todos, CISCART BEÀ, N.: *El despido por embriaguez y toxicomanía*, cit., págs. 104 y ss.

¹¹⁷ Siguiendo los caracteres generales contemplados, entre muchas, en SSTs de 4 de febrero de 1998 (RJ 572) o 12 de diciembre de 1990 (RJ 9776). En la doctrina científica, por todos, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «La indisciplina o desobediencia en el trabajo», cit., págs. 506 y ss. o GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y SASTRE IBARRECHE, R.: «Despido disciplinario», cit., págs. 659 y ss.

¹¹⁸ Advirtiendo de este peligro, CES: *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Reguladora de la Venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco*, Madrid (CES), 2005, págs. 1 y ss.

¹¹⁹ BEDEAU, S.: «No smoking in the workplace», cit., pág. 10.

perseguido se ha manifestado contrario a fumar. El empresario deberá tomar las medidas adecuadas para evitar tal forma de acoso tabáquico cuando se revele como premeditado y finalista... despidiendo o sancionando si fuera necesario al autor o autores del cerco psicológico; de no hacerlo, podrá ser sancionado por la autoridad laboral, a propuesta de la Inspección de Trabajo, por incumplimiento de los derechos del trabajador»¹²⁰.

7. En último lugar, una regulación tan restrictiva como la propuesta a nivel legal debiera contar con su prolongación en el marco de la unidad productiva, resultando de suma importancia las posibles políticas de empresa que en materia de tabaco pudieran instrumentarse, como complemento y/o colaboración necesarios respecto de aquellas que se actúen por iniciativa de los poderes públicos¹²¹. Dichas experiencias hasta ahora han sido muy decepcionantes –como se ha indicado páginas atrás–, pero sin duda pueden jugar un papel importante en el futuro, tanto para ajustar al seno de la empresa las severas prohibiciones que van a implantarse, como para tratar de conciliar, en lo posible, los intereses de trabajadores fumadores y no fumadores, aportando formación e información a todos sobre las limitaciones al consumo del tabaco (así como sus consecuencias perjudiciales), y desarrollando políticas activas que faciliten, incentiven (e, incluso, premien) que el trabajador pueda dejar este pernicioso hábito.

Particular importancia presentan, en este sentido, las posibles terapias que los trabajadores pudieran seguir para tratar de abandonar el hábito del tabaco (algo que, al margen de las implicaciones de Seguridad Social que luego habrán de analizarse, puede llegar a ser necesario cuando, dada la prohibición de fumar en tiempo y lugar de trabajo, el trabajador sufra estrés o ansiedad). El empresario puede asumir, ya en acuerdo individual, ya en convenio colectivo o acuerdo de empresa, la obligación de, bien sufragar directamente la organización y el coste de tales medidas; bien, al menos, conceder al trabajador permisos para ausentarse del centro productivo y poder seguir alguna de aquellas que las Administraciones Públicas tienen el deber de fomentar e impulsar, contando en su diseño, ejecución y evaluación con los sindicatos, organizaciones empresariales y servicios de prevención¹²². En este sentido, determinadas normas autonómicas tratan de fomentar «acuerdos entre organizaciones empresariales y sindicatos vayan encaminados a la reserva de puesto de trabajo de los trabajadores y trabajadoras drogodependientes [entre los cuales cabe considerar a los fumadores] durante su

¹²⁰ OJEDA AVILÉS, A.: «El tabaco y el Derecho del Trabajo: algunas preguntas sobre la política antitabaco en España», cit., pág. 1.248.

¹²¹ Así, el ámbito laboral se muestra como especialmente propicio para desarrollar cualquier política de prevención, y los poderes públicos han de quedar a ello constreñidos, artículo 12 de la Ley 5/2001, de 17 de octubre, de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja, sobre drogodependencia, o artículo 9 de la Ley 18/1998, de 25 de junio, de la Presidencia del Gobierno Vasco, sobre prevención, asistencia e inserción en materia de drogodependencias.

¹²² Así, entre otras previsiones cabe destacar aquella de conformidad con la cual «la Generalitat impulsará la realización de programas de prevención y asistencia de trabajadores con problemas de consumo de drogas, especialmente del alcohol y del tabaco, así como con otros tipos de trastornos adictivos. En el diseño, ejecución y evaluación de estos programas deberán participar, de manera prioritaria, los sindicatos, organizaciones empresariales y servicios de prevención, así como los consejos de salud laboral en las empresas e instituciones», artículo 13.2 del Decreto Legislativo 1/2003, de 1 de abril, de la Presidencia de la Generalidad Valenciana, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre drogodependencias; en parecido sentido, artículo 16 de la Ley 5/2002, de 27 de junio, de la Comunidad de Madrid, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos; artículo 25 de la Ley 1/1999, de 29 de marzo, de la Presidencia de la Junta de Extremadura, sobre prevención, asistencia y reinserción de las drogodependencias.

proceso de recuperación, y al desistimiento del ejercicio de las potestades disciplinarias que reconoce la legislación laboral en los casos de problemas derivados del abuso de drogas»¹²³, lo cual ha encontrado ya alguna forma de aplicación concreta en determinados convenios colectivos¹²⁴.

III. EL TABACO COMO RIESGO EN EL LUGAR DE TRABAJO. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Como ha sido analizado páginas atrás, el derecho a la salud constituye uno de los principios rectores de la política social y económica, en tanto en cuanto el artículo 43 de la CE, al proclamarlo, obliga a los poderes públicos a organizarla y tutelarla mediante las medidas preventivas, prestaciones y servicios adecuados. Por otro lado, el propio legislador constituyente conmina igualmente a aquéllos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE). Tales prerrogativas, lejos de constituir simples normas carentes de contenido concreto, deberán informar las resoluciones dictadas por los diversos órganos judiciales en pos de su exacto reconocimiento, respeto y tutela, pues así lo ordena el artículo 53 de la CE. A partir de lo anterior, la legislación ordinaria ha continuado por la senda del bienestar para implementar específicamente en el ámbito laboral y prevencionista otros preceptos igualmente genéricos, como el artículo 4.2 d) del ET –el cual integra en el patrimonio del empleado un derecho laboral a «su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene»– o el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) –el cual, tras reiterar idéntico derecho a una «protección efectiva» y el correlativo deber del empresario, proclama una deuda abstracta con todos «los trabajadores a su servicio (y) en todos los aspectos relacionados con el trabajo», a cuyos efectos deberá adoptar «cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores» (apartado 2) y, finalmente, compele genéricamente a «cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales»–.

Sobre las indeclinables premisas anteriores, uno de los riesgos existentes en el medio laboral y que puede comprometer la seguridad y salud de los trabajadores viene dado por el humo ambiental presente en los lugares de trabajo (principalmente cerrados o interiores), aun cuando sea una cuestión que, casi hasta la fecha, parecía pasar prácticamente desapercibida para los trabajadores¹²⁵, y más aún en nuestro

¹²³ Artículo 13.3 del Decreto Legislativo 1/2003, de 1 de abril, de la Presidencia de la Generalidad Valenciana, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre drogodependencias; en igual sentido, artículo 16 de la Ley 5/2002, de 27 de junio, de la Comunidad de Madrid, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos; artículo 25.7 de la Ley 1/1999, de 29 de marzo, de la Presidencia de la Junta de Extremadura, sobre prevención, asistencia y reinserción de las drogodependencias; artículo 5 de la Ley 2/1996, de 8 de mayo, de la Presidencia de la Junta de Galicia, sobre drogas; artículo 19 de la Ley 5/2001, de 17 de octubre, de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja, sobre drogodependencia.

¹²⁴ Contemplando medidas de esa índole, el artículo 37 CC Moderropa, S.A. o artículo 28 CC Sector de residencias de personas mayores de Aragón.

¹²⁵ «A algunos trabajadores nunca les preocupa el aire que respiran, y ni siquiera piensan en él. Sin embargo, a casi todos les convendría prestarle atención, dado que es uno de los factores más importantes del medio ambiente de trabajo y puede ser de muy mala calidad. Para que el aire del lugar de trabajo sea agradable, tiene que ser fresco, ni demasiado caliente ni frío, ni en exceso húmedo ni seco, y ha de circular pero sin formar corriente... El aire puede también servir de vehículo para la difusión, bajo la forma de humo o vapores, de ciertas sustancias químicas nocivas o peligrosas. Por consiguiente, la pureza del aire es un requisito primordial», OIT: *Las condiciones y el medio ambiente de trabajo*, Ginebra (OIT), 1983, pág. 9.

país ¹²⁶. En este sentido, a nadie escapa ya el carácter terriblemente dañino para la salud del hábito de fumar, pues constituye uno de los principales agentes de morbilidad y mortalidad en la población adulta, no sólo a nivel nacional sino también mundial. No en vano, sobran estudios demostrando sus perniciosas consecuencias sobre el sistema nervioso central ¹²⁷ y génito-urinario ¹²⁸ o el aparato respiratorio ¹²⁹, cardiovascular ¹³⁰ o digestivo ¹³¹, sin olvidar su eventual interacción con fármacos o determinadas patologías ¹³².

Aceptado como un riesgo genérico para la salud, puede llegar a convertirse además en un riesgo auténticamente laboral, pues todos los peligros reseñados, además de atacar principalmente a sus consumidores directos, lo hacen también a quienes prestan servicios con ellos y se ven expuestos diariamente a sus nefastas consecuencias de forma involuntaria –los tan traídos «fumadores pasivos»–, sobre todo cuando el lugar de trabajo es un espacio cerrado.

La cuestión no resulta en absoluto baladí, pues también está demostrado científicamente el perjuicio para la salud derivado de la inhalación involuntaria del humo de tabaco ambiental ¹³³, hasta

- ¹²⁶ Estamos entre los europeos que más padecemos el humo del tabaco por la alta prevalencia de trabajadores expuestos al humo del tabaco durante horas laborales, IRALA, J. de: «Prevención del consumo de tabaco, protección del aire respirable y promoción de la salud en relación al tabaquismo: avanzamos hacia un nuevo futuro», *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, núm. 1, Vol. 26, 2003, pág. 8; citando a JANSÓN, C., *et alii*: «Effect of passive smoking on respiratory symptoms, bronchial responsiveness, lung function and total serum IgE in the European Community Respiratory Health Survey: a crosssectional study», *The Lancet*, núm. 358, 2001, págs. 2.103-2.109.
- ¹²⁷ CABO REIS, M.M.: «Tabaco: farmacocinética y sistema nervioso central», en AA.VV. (MIRÓ JODRAL, M., Ed.): *Tabaquismo: consecuencias para la salud*, cit., págs. 27-36.
- ¹²⁸ Causando cáncer reno-uretral, de vejiga o genital, diversas afectaciones a la fertilidad y, cómo no, con altos peligros para la gestación, NAVARRO MOLL, M.C. y BELTRÁN MONTALBÁN, E.: «Tabaco y sistema génito-urinario», en AA.VV. (MIRÓ JODRAL, M., Ed.): *Tabaquismo: consecuencias para la salud*, cit., págs. 89-124.
- ¹²⁹ Capaz de producir bronquitis crónica, enfisema pulmonar, cáncer oral o de laringe o de pulmón, CRUZ GARCÍA, M.ª T.: «Tabaco y aparato respiratorio», en AA.VV. (MIRÓ JODRAL, M., Ed.): *Tabaquismo: consecuencias para la salud*, cit., págs. 37-54.
- ¹³⁰ Teniendo como principal consecuencia la arterioesclerosis, y a la postre, anginas de pecho, infartos de miocardio, cardiopatía isquémica, muerte súbita por fibrilación ventricular, trombosis..., OCETE DORRONSORO, M.A.: «Tabaco y aparato cardiovascular», en AA.VV. (MIRÓ JODRAL, M., Ed.): *Tabaquismo: consecuencias para la salud*, cit., págs. 55-78.
- ¹³¹ Provocando lengua pilosa, gingivitis y periodontitis, leucoplasia oral, estomatitis, cáncer bucal, cáncer de esófago, úlcera péptica, ileítis terminal, pólipos..., MONTILLA HERRERA, M.P.: «Tabaco y aparato digestivo», en AA.VV. (MIRÓ JODRAL, M., Ed.): *Tabaquismo: consecuencias para la salud*, cit., págs. 70-88.
- ¹³² MIRÓ JODRAL, M.: «Interacciones del tabaquismo», en AA.VV. (MIRÓ JODRAL, M., Ed.): *Tabaquismo: consecuencias para la salud*, cit., págs. 145-168.
- ¹³³ «Un 25 por 100 de las sustancias tóxicas va a parar de forma directa al interior del organismo del fumador; el 75 por 100 restante se queda no sólo en el ambiente sino que también pasa al organismo de las personas que están alrededor, especialmente cuando se fuma en locales cerrados», ALONSO CASTAÑO, L.: *Seguridad e Higiene laboral en la hostelería y restauración*, Madrid (Mundi-Prensa), 1995, pág. 71. «El riesgo de padecer cáncer de pulmón se estima entre un 20 y un 50 por 100 más elevado para quienes conviven con fumadores en relación con quienes viven con no fumadores. Más aún, para las personas sometidas al humo ambiental del tabaco a lo largo de su jornada laboral, el riesgo se duplica respecto al estimado para las personas no expuestas a tales ambientes. Por ello, basándose en los datos de numerosos estudios, la Agencia de Protección del Medio Ambiente ha emitido un informe en el que concluye que "el humo ambiental del tabaco debe ser considerado un carcinógeno del grupo A", es decir, un agente sobre el que existe suficiente evidencia científica para establecer confiablemente una asociación causal entre exposición y aparición del cáncer», GIL ROALES-NIETO, J.: «Consumo de tabaco y riesgo para la salud», cit., pág. 345. En definitiva, «actualmente no cabe plantear ninguna duda razonable sobre la naturaleza perjudicial de fumar pasivamente o respirar el humo de tabaco ambiental», SÁNCHEZ AGUDO, L.: «El fumador pasivo», *Revista Adicciones*, Vol. 16, supl. 2, 2004, págs. 85 y ss. Finalmente, por no alargar en exceso las referencias, existen abundantes estudios efectuados por órganos como el Instituto Nacional para la Seguridad y la Salud en el Trabajo de EEUU, el US General Surgeon, el Consejo de Investigación Nacional de los Estados Unidos, la Agencia Californiana de Protección Medioambiental, el Colegio Americano de Medicina Laboral y Medioambiental o el Comité Nacional Francés, citados en VON EYBEN, F.E. y ZEEMAN, G.: «Riesgos para la salud derivados del consumo voluntario e involuntario de tabaco», cit., pág. 11.

el punto de existir estudios estimando el número de muertes de trabajadores causadas por tal motivo ¹³⁴. De esta manera, la inhalación pasiva del humo de tabaco trae consigo múltiples consecuencias. A pesar de reiterar ideas ya expresadas, en la mayoría de los casos sólo origina pequeñas molestias –irritación de ojos, nariz, garganta o bronquios, problemas dérmicos como erupciones y picores, etc.–, pero muchas veces pueden traer aparejado también que el sujeto no se encuentre cómodo en su lugar de trabajo. Tal situación es capaz de provocar una alteración tanto de la salud física como mental del empleado, provocando un mayor estrés y, consecuentemente, una disminución en el rendimiento laboral. Siendo ésta la regla general, sin embargo, en algunos casos la sintomatología que presentan los afectados puede ser más severa y oscila desde niveles moderados –bronquitis, catarros...–, pasando por niveles altos –bronquitis crónica, asma, dificultades cardiovasculares–, hasta ocasionar problemas graves en la salud –cáncer o mayor propensión a sufrir cardiopatías–.

Pero el tabaco no sólo presenta efectos a nivel personal, pues la falta de salud de las personas por él afectadas provoca también consecuencias sociales –malas relaciones entre compañeros fumadores y no fumadores–, laborales –incapacidades temporales– y económicas –gastos sanitarios y farmacéuticos cuantiosísimos para curar las enfermedades derivadas de su consumo–. En fin, tampoco cabe olvidar que el humo del tabaco puede potenciar otros factores de riesgo laboral (por ejemplo, la exposición al asbesto), alterar la posibilidad de controlar su impacto (como la exposición al cadmio o al benceno), o causar directamente accidentes (entre otros, incendios ¹³⁵).

En fin, el aludido perjuicio tanto para el fumador activo como el pasivo aparece expresamente reconocido y aceptado sin duda alguna por el Convenio Marco de la OMS para el control del Tabaco, hecho en Ginebra el 21 de mayo de 2003 ¹³⁶.

¹³⁴ En Reino Unido, el humo ambiental del tabaco en el lugar de trabajo causa alrededor de 700 muertes cada año; información obtenida en referencia a un estudio del Prf. KONRAD JAMROZIK, del *Imperial College of London*, y aparecida en *Occupational Health*, núm. 6, Vol. 56, 2004, pág. 7; cifra aumentada a 1.200 por el grupo *Action on Smoking and Health*, en *Occupational Health*, núm. 5, Vol. 55, 2003, pág. 7; y entre 30.000 y 50.000 en el conjunto de la Unión Europea, *Occupational Health*, núm. 10, Vol. 55, 2003, pág. 7.

¹³⁵ «Causa de muchos incendios son los cigarrillos y las cerillas por lo generalizada que se encuentra la costumbre de fumar», PICÓ AMADOR, J.M.: *Seguridad e Higiene en el trabajo II*, Bilbao (Picó), 1990, pág. 105; en concreto, no falta quien se arriesgue a precisar el porcentaje, indicando cómo el 8 por 100 de los incendios en los lugares de trabajo están causados por fumar, CALERA, A.A., *et alii: La prevención de riesgos en los lugares de trabajo*, Alacete (Bomarzo), 2004, pág. 47; en general, sobre el asunto, ZIMMERMANN, M., *et alii: «Análisis de accidentes de trabajo producidos por explosiones e incendios»*, *Revista Prevención, Trabajo y Salud*, núm. 20, 2002, págs. 22-34.

¹³⁶ No ofrece dudas su Exposición de Motivos cuando afirma lo siguiente: «*Reconociendo* que la ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco son causas de mortalidad, morbilidad y discapacidad, y que las enfermedades relacionadas con el tabaco no aparecen inmediatamente después de que se empieza a fumar o a estar expuesto al humo de tabaco, o a consumir de cualquier otra manera productos de tabaco... *Reconociendo también* que existen claras pruebas científicas de que la exposición prenatal al humo de tabaco genera condiciones adversas para la salud y el desarrollo del niño... *Recordando* el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en el que se declara que toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. *Recordando asimismo* el preámbulo de la Constitución de la OMS, en el que se afirma que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social...»; idea resumida y reiterada de nuevo en su artículo 8.1: «las Partes reconocen que la ciencia ha demostrado de manera inequívoca que la exposición al humo de tabaco es causa de mortalidad, morbilidad y discapacidad».

Por todo lo anterior –aunque no exclusivamente con finalidad prevencionista laboral–, la normativa ha venido estableciendo prohibiciones de fumar al amparo del artículo 25.2 de la Ley General de Sanidad, el cual determina cómo «deberán establecerse, asimismo, prohibiciones y requisitos mínimos para el uso y tráfico de los bienes cuando supongan un riesgo o daño para la salud»¹³⁷. En este sentido –y como ya quedó visto–, el artículo 1 del Real Decreto 192/1988 declara que el tabaco es una sustancia nociva para la salud de la persona. Más en concreto, prohíbe fumar en determinados espacios públicos, muchos de los cuales tienen a su vez la condición de lugares de trabajo. Asimismo, la normativa autonómica, como también consta, viene a reiterar tales prohibiciones (destacando, entre otras, los establecimientos comerciales, cualquier área laboral donde trabajen mujeres embarazadas, oficinas de la Administración Pública destinadas a la atención directa del público o lugares donde exista un mayor riesgo a la salud del trabajador por combinar la nocividad del tabaco con el perjuicio ocasionado por el contaminante industrial o riesgos añadidos por concentraciones de gases u otras circunstancias), a diseñar programas de prevención, asistencia y/o reinserción en el ámbito laboral y a consagrar definitivamente el mejor derecho del no fumador, por lo que éste debe prevalecer sobre el del adicto¹³⁸.

Una interpretación lógica de tales normas lleva a considerar que no se establece una prohibición absoluta de fumar en cualquier espacio –a excepción de los indicados anteriormente–; antes bien, ésta vendrá determinada por la existencia de conflicto en lugares y circunstancias en los cuales la salud de los no fumadores pueda quedar comprometida¹³⁹. Por tal razón, el principio no ha de ser interpretado en su formulación más estricta, sino que debe realizarse el esfuerzo de intentar conciliar los intereses posiblemente contrapuestos entre fumadores y no fumadores. No han de olvidarse las consecuencias negativas que puede traer aparejada la imposibilidad de fumar durante un importante número de horas al día para quienes tienen mayor dificultad para dejar ese hábito como consecuencia de su adicción al tabaco, tales como ataques de ansiedad, estrés, menor rendimiento en el trabajo o, por no seguir, aumento de las bajas por enfermedad como consecuencia de depresiones nerviosas.

A la luz de lo sostenido (no existencia de una prohibición absoluta de fumar en el centro de trabajo y derecho a la salud de los trabajadores), cabe preguntarse hasta dónde ha de abarcar el deber de protección eficaz «para garantizar la seguridad y salud en todos los aspectos relacionados en el trabajo» (art. 14 LPRL) y cómo interpretar el principio consagrado en el artículo 15.1 a) de la LPRL

¹³⁷ «Si la afectación de la salud del fumador es una razón suficiente como para justificar las acciones sociales antitabaco, aún lo es más la afectación del consumo de tabaco sobre personas no fumadoras que, igualmente, se ven expuestas a graves riesgos para su salud como consecuencia del consumo por otros de tabaco fumado», GIL ROALES-NIETO, J.: «Consumo de tabaco y riesgo para la salud», cit., pág. 345.

¹³⁸ También los países europeos cuentan con legislaciones específicas sobre la materia en términos similares; al respecto, SASCO, A.J.; MÉLIHAN-CHEININ, P. y D'HARCOURT, D.: «Legislación sobre el consumo de tabaco en el ámbito laboral y en los espacios públicos de la Unión Europea», cit., págs. 37-73, quienes concluyen (pág. 71) que «el ámbito laboral es el medio que ha experimentado una evolución más reciente hacia la protección de las personas frente al humo de tabaco ambiental. Este avance es el más temido por la industria del tabaco».

¹³⁹ «Por sí mismo el tabaco no viene prohibido, sino sólo cuando en el mapa de riesgos aparezca unido a un producto o elemento utilizado en la fabricación o en la actividad laboral que altere al alza el nivel ordinario de riesgo», OJEDA AVILÉS, A.: «El tabaco y el Derecho del Trabajo: algunas preguntas sobre la política antitabaco en España», cit., pág. 1.241.

según el cual en tal obligación debe siempre regir la evitación del riesgo. Analizando con sumo celo los preceptos citados, al obligar «a adoptar el mayor nivel de protección eliminando los riesgos y evaluando los que no se pueden evitar»¹⁴⁰, podría pensarse que «el primer deber de la empresa consiste en excluir los riesgos en cuanto sean excluibles»¹⁴¹, motivo por el cual fácilmente cabría eliminar el riesgo que puede suponer el humo del tabaco, mediante la simple operación de prohibir fumar, dando así cumplimiento a la regla de máxima seguridad¹⁴². A pesar de lo anterior, y reconociendo a tal obligación personal y de actividad¹⁴³ un contenido amplio y genérico, dinámico y variable¹⁴⁴, será la evaluación de riesgos la que determine si efectivamente el humo de tabaco liberado en el lugar de trabajo constituye un riesgo, y para ello deberá atender a la diversa normativa específica en materia de prevención que pudiera resultar aplicable¹⁴⁵. No debe olvidarse que fumar es una verdadera adicción y que puede resultar difícil para el fumador no hacerlo; además, como «toda obligación genérica de contornos indefinidos, debe ser precisada en la medida de lo posible, en aras de la seguridad jurídica, que debe presidir su cumplimiento. [Por ello,] la obligación de prevención no puede ser ilimitada y sin condicionamiento alguno»¹⁴⁶.

En esa labor de determinar si el humo de tabaco es un factor de riesgo para la salud de los trabajadores, deberá atenderse a las siguientes normas en materia preventiva que perfilan el contenido de la obligación de protección eficaz de la cual el empresario resulta deudor, aun cuando no cabe olvidar cómo su extensión no debe quedar limitada a lo contenido en la LPRL y en su legislación de desarrollo como parece indicar el artículo 14.3, sino que «significa una ampliación del deber general de prevención más allá de la propia LPRL, de sus disposiciones de desarrollo o complementarias, al integrar también otras normas legales, reglamentarias o convencionales que "contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de

¹⁴⁰ LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J.F.: *Curso de prevención de riesgos laborales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2003, 5.ª ed., pág. 60.

¹⁴¹ CABEZA PEREIRO, J.: «Artículo 15. Principios de la acción preventiva», en AA.VV. (CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F., Coords.): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Granada (Comares), 1998, pág. 68.

¹⁴² «Por otro lado, la eficacia depende de la adopción de medidas "que garanticen un mayor nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores" (art. 16.2 LPRL), es decir, la protección se conecta en la regla de la máxima seguridad, que tiene su excepción en el riesgo tolerado: aquel nivel de riesgo que obligatoriamente debe soportar el trabajador en el ejercicio de su actividad y que, normalmente, beneficia la propia actividad empresarial por soportar menores costes en materia preventiva. La LPRL establece el principio de la máxima seguridad en el artículo 15.4, en virtud del cual deben adoptar, siempre que existan, las alternativas más seguras, que pueden ser de carácter técnico o de carácter organizativo», SEMPERE NAVARRO, A.V., et alii: *Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo*, Madrid (Civitas), 2001, 3.ª ed., pág. 148.

¹⁴³ CAMAS RODA, F.: *Las obligaciones del empresario en la normativa de prevención de riesgos laborales*, Madrid (La Ley), 2002, págs. 59-70; SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1996, pág. 79; en sentido contrario, calificándola de resultado, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid (Trotta), 1996, págs. 107-108; sobre la disyuntiva y valorando las diversas consecuencias, GONZÁLEZ DÍAZ, F.J.: *La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales*, Madrid (CES), 2002, págs. 115-135.

¹⁴⁴ Siguiendo a LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J.F.: *Curso de prevención de riesgos laborales*, cit., págs. 58-60.

¹⁴⁵ La consideración del consumo de tabaco debería estar presente en todas las evaluaciones de riesgos y en la vigilancia de la salud de los trabajadores, como prevé fomenta el artículo 12 de la Ley 6/2003 de la Presidencia del Gobierno Foral de Navarra. Aun así el PLT guarda sorprendente silencio al respecto.

¹⁴⁶ FERNÁNDEZ MARCOS, L.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa complementaria*, Madrid (Dykinson), 2001, pág. 81.

producirlas en dicho ámbito" (art. 1 LPRL). El abanico normativo se amplía considerablemente al incluir las normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo en materia preventiva [art. 9.1 a) LPRL]»¹⁴⁷:

1. En primer lugar, el Real Decreto 486/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo, impone al empresario la obligación de «adoptar las medidas necesarias para que la utilización de los lugares de trabajo [en el amplio concepto recogido por la propia norma] no origine riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores o, si ello no fuera posible, para que tales riesgos se reduzcan al mínimo» (art. 3). Por tal motivo, parece sencillo pensar en cumplir tal previsión prohibiendo fumar en el lugar de trabajo. No parece ser tal la mentalidad de la norma cuando indica en su artículo 5 la necesidad de ajustar el orden, la limpieza y el mantenimiento de los lugares a lo previsto en su Anexo II (el cual prevé, entre otras, la necesidad de «eliminar con rapidez los desperdicios, las manchas de grasa, los residuos de sustancias peligrosas y demás productos residuales que puedan originar accidentes o contaminar el ambiente de trabajo») y en el Real Decreto 485/1997, de 14 de abril, sobre condiciones mínimas de señalización. Además, cuando el artículo 7.1 determina que «la exposición a las condiciones ambientales de los lugares de trabajo no deberá suponer un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores» remite a la observancia de lo establecido en el Anexo III, el cual tampoco destierra el tabaco del medio laboral. En concreto, por cuanto respecta a la ventilación, el citado Anexo III obliga al empresario a mantener un sistema consistente en la introducción de aire fresco en un determinado espacio para controlar el calor y los contaminantes existentes en la atmósfera del centro de trabajo, a cuyo efecto la renovación mínima del aire en los locales de trabajo habrá de ser de 50 metros cúbicos de aire limpio¹⁴⁸ por hora y trabajador si se tratara de actividades en ambientes contaminados por humo de tabaco, con la finalidad de evitar el ambiente viciado y los olores desagradables. Por su parte, el Anexo V.A.3 establece ambiguamente que en los locales de descanso y en los lugares de trabajo que no cuenten con el mismo «se adoptarán las medidas adecuadas para la protección de los no fumadores contra las molestias originadas por el humo del tabaco».

2. El artículo 7.2 del Real Decreto 485/1997, remite a la normativa específica en lo relativo a la exposición a los agentes físicos, químicos y biológicos del ambiente de trabajo. Por cuanto respecta a los agentes químicos, el Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, reitera la necesidad de hacer una evaluación para determinar los agentes químicos existentes y los riesgos derivados de ellos, entre los cuales cabe incluir los contenidos en el humo de tabaco por los siguientes motivos: de un lado, la propia norma considera como tal «todo elemento o compuesto químico, por sí solo o mezclado, tal como se presenta en estado natural o es producido, utilizado o vertido, incluido el vertido como residuo, en una actividad laboral, se haya elaborado o no de modo intencional y se haya comercializado o no» (art. 2.1); de otro, está científicamente demostrado, y así lo recoge la *NTP 243-1989 sobre ambientes cerrados: calidad del aire*, cómo el hecho de fumar «además de monóxido de carbono, dióxido de carbono y partículas, produce óxidos de nitrógeno y una amplia variedad de gases

¹⁴⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo*, cit., pág. 150.

¹⁴⁸ «En relación con el suministro de aire limpio para asegurar la renovación mínima del aire de los locales de trabajo, se entenderá por aire limpio el aire exterior»; en general, sobre los requisitos de ese aire exterior, INSHT: *Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la utilización de los lugares de trabajo*.

y compuestos orgánicos entre los que destacan aldehídos, tales como formaldehído y acroleína, hidrocarburos aromáticos policíclicos, incluido benzo(a)pireno (BAP), nicotina, nitrosaminas, cianuro de hidrógeno, cetonas y nitrilos, así como cantidades apreciables de arsénico y cadmio», los cuales penetran en el organismo a través de la respiración y afectan inicialmente al aparato respiratorio, aun cuando también pueden ser absorbidos por el cuerpo humano y acumularse en distintos tejidos ¹⁴⁹.

Por tal motivo, surge la obligación empresarial de reducir «las cantidades de agentes químicos peligrosos presentes en el lugar de trabajo al mínimo necesario para el tipo de trabajo de que se trate» [art. 4 e)] y, más en concreto, garantizar su eliminación o reducción al mínimo (art. 5.2). Según disponía la Directiva de la Comisión 91/322/CEE, de 29 de mayo de 1991, relativa al establecimiento de valores límites de carácter indicativo, mediante la aplicación de la Directiva 80/1107/CEE del Consejo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos durante el trabajo, los valores límites indicativos de exposición profesional medidos o calculados en relación con un período de referencia de ocho horas, eran de 0,5 mg/m³ para la nicotina y de 9.000 mg/m³ para el dióxido de carbono. A nivel interno, la significada *NTP 243-1989 sobre ambientes cerrados: calidad del aire* señala como concentración aconsejada para el humo de tabaco una cuantía comprendida entre 0,1 a 0,15 mg/m³, referencia por encima de la cual es calificada como «sospechosa» para el fumador pasivo. También la *NTP 549-2001 sobre el dióxido de carbono en la evaluación de la calidad del aire interior* determina que «el dióxido de carbono es un asfixiante simple que actúa básicamente por desplazamiento del oxígeno y que a elevadas concentraciones (> 30.000 ppm) puede causar dolor de cabeza, mareos, somnolencia y problemas respiratorios, dependiendo de la concentración y de la duración de la exposición. Es un componente del aire exterior en el que se encuentra habitualmente a niveles entre 300 y 400 ppm, pudiendo alcanzar en zonas urbanas valores de hasta 550 ppm. El valor límite de exposición profesional (LEP-VLA) del INSHT para exposiciones diarias de 8 horas es de 5.000 ppm con un valor límite para exposiciones cortas de 15 minutos de 15.000 ppm. Estos valores son difíciles de encontrar en ambientes interiores no industriales como son oficinas, escuelas y servicios en general. En la práctica, en estos recintos se encuentran valores de 2.000 y hasta 3.000 ppm. Si se superan estos niveles puede deberse a una combustión incontrolada, en cuyo caso el riesgo para la salud puede no ser debido al dióxido de carbono sino a la presencia de otros subproductos de la combustión, principalmente el monóxido de carbono, cuyo límite de exposición es muy inferior (25 ppm)». Finalmente, cabría tener igualmente en cuenta el *Documento sobre límites de exposición profesional para agentes químicos en España 2005*, el cual alude a los valores límites ambientales para algunos de los agentes producidos por la combustión del humo del tabaco.

Por otro lado, satisfaciendo el principio inspirador consistente en «la adopción de medidas higiénicas adecuadas, tanto personales como de orden y limpieza» [art. 4 d)], la norma articula determinadas obligaciones relativas a la evitación de incendios y explosiones (art. 5.3 y 4), lo cual deter-

¹⁴⁹ Sobre el carácter nocivo de determinados agentes contenidos en el humo de tabaco, *NTP 315-1993 sobre calidad del aire: gases presentes a bajas concentraciones en ambientes cerrados*, *NTP 431-1996 sobre caracterización de la calidad del aire en ambientes interiores* o *NTP 607-2003 sobre guías de calidad de aire interior: contaminantes químicos*.

mina que «cuando se manipulen o estén presentes agentes químicos peligrosos, la prohibición de comer, beber o fumar en los lugares de trabajo es una medida preventiva que se justifica por sí misma, sin necesidad de que exista un riesgo evidente de contaminación»¹⁵⁰.

3. Alguno de los agentes liberados por el fumador son, además, cancerígenos; de hecho, el humo de tabaco ambiental ha sido considerado como tal por la Agencia Internacional de Investigación sobre el Cáncer de la OMS¹⁵¹. Por tal motivo, 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, impone al empresario la obligación de adoptar las medidas necesarias para que, allá donde exista un riesgo de contaminación por dichos elementos (y entre otras), se prohíba fumar en la zona en la que exista el riesgo (art. 1) y «revisar la evaluación y las medidas de prevención y de protección colectivas e individuales adoptadas cuando se hayan detectado alteraciones de la salud de los trabajadores que puedan deberse a la exposición a agentes cancerígenos, o cuando el resultado de los controles periódicos, incluidos los relativos a la vigilancia de la salud, ponga de manifiesto la posible inadecuación o insuficiencia de las mismas» (art. 8).

4. Aun cuando «fumar en otro tipo de lugares también está asociado a un mayor riesgo de accidentes»¹⁵², determinadas regulaciones sectoriales articulan algún tipo de medidas –principalmente la prohibición de fumar– en atención a las características del lugar de trabajo. Así por ejemplo, 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, contiene determinadas previsiones respecto a la ventilación (Anexo I.6), limpieza (Anexo I.9) y alojamiento (Anexo I.13)¹⁵³; el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción, establece en su Anexo IV las disposiciones mínimas que deberán adoptarse en las obras; como última muestra, el Real Decreto 1389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en las actividades mineras, prohíbe en su Anexo fumar en las zonas que presenten riesgos específicos de incendios –si bien en las minas con grisú, también ser portador de tabaco o cualquier otro objeto destinado a procurarse fuego– y obliga a adoptar las medidas adecuadas para la protección de los no fumadores contra las molestias debidas al humo del tabaco (y, con semejan-

¹⁵⁰ INSHT: *Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos presentes en los lugares de trabajo relacionados con agentes químicos*, la cual incluye un apéndice sobre técnicas de ventilación para el control de agentes químicos.

¹⁵¹ Como también reconoce la Exposición de Motivos I PLT. *Vid.*, al respecto, *Tobacco Smoke and involuntary smoking. Summary of data reported and evaluation*, Lyon (IARC), 2002. También Finlandia, Alemania y el Programa Toxicológico Nacional de los EE.UU. han clasificado el aire contaminado por humo de tabaco como cancerígeno en el lugar de prestación de servicios, VON EYBEN, F.E. y ZEEMAN, G.: «Riesgos para la salud derivados del consumo voluntario e involuntario de tabaco», cit., pág. 25.

¹⁵² RAAIJMAKERS, T. y VAN DEN BORNE, I.: «Relación coste-beneficio de las políticas sobre consumo de tabaco en el lugar de trabajo», cit., pág. 102, citando a RYAN, J.; ZWERLING, G. y ORVAV, E.J.: «Occupational risks associated with cigarette smoking: a prospective study», cit., págs. 29-32.

¹⁵³ Sobre la norma, INSHT: *Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos en el trabajo a bordo de los buques de pesca*. «En todo caso, la regulación que se realiza de los buques de pesca nuevos [frente a los ya existentes] es mucho más ofensiva en la búsqueda del bienestar de los trabajadores que la manifestada para los buques de pesca viejos, hecho que se demuestra en la disposición para los primeros de medidas adecuadas para la protección contra las inclemencias meteorológicas, el tabaco, la ventilación o la iluminación», CAMAS RODA, F.: *Las obligaciones del empresario en la normativa de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 269.

te contenido, el artículo 109 del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera, modificado por el RD 150/1996, de 2 de febrero, aplicable a las actividades de transformación de sustancias minerales y las industrias extractivas por sondeos).

5. El artículo 7.1 del Real Decreto 129/1988, y en igual sentido la práctica totalidad de la normativa autonómica sobre la materia, prohíben fumar en cualquier área laboral en la cual trabajen mujeres embarazadas, con la lógica finalidad de evitar las nocivas consecuencias para éstas y el feto ¹⁵⁴. El carácter prevencionista –si es que no estaba ya presente en aquel momento– aparece posteriormente remarcado por el artículo 26 de la LPRL, según el cual la evaluación de los riesgos «deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada...». El precepto, a pesar de la manifiesta imprecisión por no detallar los elementos capaces de influir negativamente, permite incluir sin grandes reparos cualquier condición medioambiental o ciertas características del trabajo ¹⁵⁵, como es el humo de tabaco, tal vez por utilizar orientativamente los Anexos de la Directiva 92/1985 ¹⁵⁶. A la vista de lo afirmado, siempre será posible adaptar el lugar de la prestación de servicios pues, si aun respetando toda la normativa preventiva examinada con anterioridad, la mujer continúa expuesta, la simple decisión de vetar el consumo de tabaco resultaría suficiente para evitar los riesgos (salvo cuando existieran otros adicionales y debiera utilizarse alguna de las restantes medidas previstas por el art. 26). Tal veto supone una prohibición temporal, que no desaparece una vez la mujer trabajadora dé a luz, pues el tenor literal del precepto extiende la modificación de las condiciones hasta cuando resulte necesario para proteger también la lactancia ¹⁵⁷.

¹⁵⁴ SÁNCHEZ AGUDO, L.: «El fumador pasivo», y JANÉ CHECA, M.: «Mujeres y tabaco: aspectos principales específicos de género», ambos en *Revista Adicciones*, Vol. 16, supl. 2, 2004, págs. 90 y ss. y 115 y ss., respectivamente. La cuestión no carece de trascendencia, habida cuenta de que según las estadísticas un 73 por 100 de las mujeres que no fuman respira humo de tabaco ambiental, VAN DEN BORNE, I., *et alii*: «Entornos libres de humo de tabaco: mejora de la salud y el bienestar de las personas en el trabajo», *Revista Española de Salud Pública*, núm. 1, Vol. 77, 2003, pág. 3.

¹⁵⁵ «Las características de los locales y los útiles de trabajo, los agentes físicos, químicos o biológicos, su nivel de presencia y los procedimientos para su utilización, junto a otros factores, son elementos a tener en cuenta en la protección de este grupo específico de riesgo y en la evaluación de los mismos», RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J. y PÉREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en AA.VV. (OJEDA AVILÉS, A., *et alii*, Coords.): *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Elcano (Aranzadi), 1996, pág. 420. En similares términos, CAMAS RODA, F.: *Las obligaciones del empresario en la normativa de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 197 o NORES TORRES, L.E.: «Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *AL*, núm. 16, 1998, pág. 306.

¹⁵⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 172.

¹⁵⁷ En sentido contrario, afirmando cómo «no está protegido el puerperio en el caso de que la madre decida alimentar ella misma al recién nacido», OJEDA AVILÉS, A.: «El tabaco y el Derecho del Trabajo: algunas preguntas sobre la política anti-tabaco en España», cit., pág. 1.241.

6. La normativa examinada verá reducido considerablemente su ámbito de aplicación con la futura entrada en vigor del PLT, el cual ha venido a incidir en el asunto de forma tajante. Como ya se expuso, prohíbe fumar en los centros de trabajo públicos y privados en espacios cerrados y en algunos otros establecimientos que, a su vez, constituyen lugar de prestación de servicios para sus empleados [art. 7 a) PLT]. Los derechos del fumador han sido respetados en escaso grado y con rigurosidad extrema, por cuanto –admítase la oportunidad de la reiteración– sólo permite habilitar zonas para fumar (cuando fuera posible dotarlas –pues en caso contrario persistirá la prohibición– y con una superficie inferior al 10% de la total) en centros de atención social, en establecimientos de hostelería y restauración cerrados que sirvan alimentos y/o bebidas para su consumo y que tengan una superficie útil igual o superior a cien metros cuadrados (de los cuales, como excepción a la regla general, cabrá destinar como máximo el 30% para las personas fumadoras), en salas de fiesta o de uso público en general donde venga vetada la entrada a menores de dieciocho años, en salas de teatro, cine y otros espectáculos públicos realizados en espacios cerrados (ubicándolas fuera de los espacios destinados a representación o proyección), en los aeropuertos, en las estaciones de autobuses y de transporte marítimo y ferroviario o en cualquier otro lugar donde, sin existir prohibición expresa, el titular así lo acuerde o venga permitido por la normativa autonómica (art. 8.1 PLT). En tales supuestos, deberán estar debidamente señalizadas (con las características indicadas por el Anexo 3), separadas físicamente del resto de las dependencias del centro y no ser zonas de paso obligado para la población no fumadora y disponer de sistemas de ventilación independiente u otros dispositivos o mecanismos capaces de garantizar la eliminación de humos. Tal vez hubiera resultado más aconsejable el citado ejemplo de la Ley 6/2003 de la Presidencia del Gobierno Foral de Navarra –en criterio compartido por el máximo órgano consultivo en la materia¹⁵⁸–, la cual impone genéricamente el veto en «los espacios laborales» permitiendo en todo caso la creación de espacios separados expresamente habilitados para fumar.

Sea como fuere, allá donde opere la prohibición absoluta carecerá de sentido aplicar la normativa examinada con anterioridad (salvo cuando aquélla fuera incumplida, pues el deber de prevención subsiste en todo caso). En cambio, donde existan zonas habilitadas para fumar y en los establecimientos de hostelería y restauración con una superficie inferior a cien metros cuadrados (donde la decisión de permitir o no fumar queda al arbitrio del empresario, en cuyo caso deberá informar de tal determinación en la forma detallada en el Anexo 4 y en lugar visible en la entrada, *ex disp. adic. 2.ª* PLT) habrá de seguir siendo aplicada, pues el riesgo permanecerá latente para cuantos empleados presten sus servicios en dicha ubicación, y sin perjuicio de que en el futuro sea promulgada una norma de desarrollo de la futura Ley del Tabaco específicamente preventiva para regular más en detalle la problemática del tabaco en el lugar de trabajo. El supuesto más controvertido viene dado,

¹⁵⁸ «Compartiendo el objetivo de proteger la salud pública el CES considera que la prohibición total de fumar en centros de trabajo establecida no es la medida más eficaz, generando conflictividad en el ámbito laboral, por ello considera que debiera suprimirse, ya que el tratamiento de esta cuestión viene siendo abordado conjuntamente por las empresas y sus trabajadores. En este sentido, y con el objetivo de fomentar la cultura de prevención del tabaquismo y preservar entornos libres de humo para los no fumadores, empresarios y trabajadores, directamente o a través de sus representantes, disponen de los mecanismos de cooperación apropiados para concretar el tratamiento interno del tabaquismo en las empresas y centros públicos de trabajo atendiendo a las condiciones específicas de los mismos. Existen ya significativas experiencias desarrolladas de manera conjunta que, a través del acuerdo y del diálogo de las partes, han mostrado su eficacia en la reducción de la demanda, por lo que se debería trabajar en potenciar éstas y otras iniciativas similares», CES: *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco*, cit., pág. 15.

sin duda alguna, por los establecimientos hosteleros, habida cuenta del posible impacto económico de las restricciones ¹⁵⁹, donde nada obstaría a que los interlocutores sociales o el acuerdo individual entre empresario y trabajador (al amparo del art. 26.3 ET) pactaran un plus de peligrosidad, penosidad y toxicidad ¹⁶⁰.

En aplicación de la normativa vigente, y con la intención de garantizar el máximo nivel de «protección eficaz», nada impide que –volviendo sobre ideas anteriores– la dirección empresarial limite o prohíba fumar en el centro de trabajo a partir de la oportuna evaluación de riesgos (atribución expresamente contenida en la disp. adic. 3.ª RD 192/1988). Avanzando un paso más, también es posible que fomente mecanismos concretos para lograr que sus empleados dejen –o no inicien– el hábito de fumar ¹⁶¹, convirtiendo el centro de trabajo en medio ideal a tales efectos ¹⁶². Las prácticas reseñadas pueden generar un doble beneficio: en primer lugar, económico, pues el coste invertido en las mismas es menor al gastado en las oportunas medidas preventivas en caso contrario ¹⁶³; en segundo término, en la propia salud tanto pública como particular de la unidad productiva, lo cual redundará –nuevamente– en la evitación de gastos superfluos relacionados con el absentismo, los accidentes laborales, los conflictos, la imagen de la empresa en la sociedad, los riesgos de litigios u otros adicionales como limpieza, reparación de aparatos electrónicos, incrementos de primas de seguros, incendios, alquiler de salas para fumadores... ¹⁶⁴.

En otras ocasiones, y superando la mera remisión a previsiones legales generales ¹⁶⁵ o precisas ¹⁶⁶, son los propios interlocutores sociales –como quedó indicado– quienes incluyen

¹⁵⁹ Sin embargo, algún estudio demuestra que las prohibiciones no disminuyen los beneficios, sino más bien al contrario; al respecto, CRÉMIEUX, P.Y. y OUELLETE, P.: «Actual and perceived impacts of tobacco regulation on restaurants and firms», *Tobacco Control*, núm. 10, 2001, págs. 33-37.

¹⁶⁰ Pues, aun cuando hayan sido observadas todas las medidas de seguridad y salud oportunas, el trabajador puede seguir estando expuesto a la toxicidad del humo de tabaco de manera habitual en su prestación. No obstante, la duda al respecto planea acechante de recordar el criterio comúnmente aceptado según el cual «si las tareas fundamentales del [trabajo] exigen la utilización de instrumentos, elementos o gases que puedan resultar nocivos o requieran del desarrollo de actividades que puedan entrañar cierto riesgo no procede el abono del plus», pues las labores reconocidas con el complemento han de exceder de las que son características del puesto; por todos, BADIOLA SÁNCHEZ, A.M.ª: «El plus de penosidad, toxicidad y peligrosidad: viejos y nuevos problemas», *RL*, núm. 18, 2000, págs. 101-104; cita de la página 103.

¹⁶¹ Sobre las prácticas de las empresas para que los empleados dejen de fumar, MOHER, M.; HEY, K. y LANCASTER, T.: «Intervenciones en el lugar de trabajo para el abandono del hábito de fumar», *La Cochrane Library plus en español*, Oxford (Update Software), 2003. Un ejemplo de las medidas sobre el tabaco en las empresas en Holanda, Suiza o Suecia en MELERO, J.C.: «Políticas de prevención del tabaquismo en empresas europeas», *Revista Española de Salud Pública*, núm. 1, Vol. 77, 2003, págs. 86 y ss.

¹⁶² El medio laboral ha sido calificado como «un espacio importante para evitar el inicio del consumo de tabaco y ayudar a los fumadores a dejar de fumar», RAAIJMAKERS, T. y VAN DEN BORNE, I.: «Relación coste-beneficio de las políticas sobre consumo de tabaco en el lugar de trabajo», cit., pág. 106.

¹⁶³ Como procurar una ventilación especial, habilitar zonas para fumar, etc., WARNER, K.E.; SMITH, F.J.; SMITH, D.G. y FRIES, B.E.: «Health and economic implications of a work-site smoking-cessation program: a simulation analysis», *Journal of Occupational and Environmental Medicine*, núm. 10, vol. 38, 1996, págs. 981-992.

¹⁶⁴ LODDENKEMPER, R. y SYBRECHT, G.W.: «Health care costs of smoking», *European Respiratory Journal*, núm. 16, 2000, págs. 377-378; más en concreto, en el ámbito empresarial, RAAIJMAKERS, T. y VAN DEN BORNE, I.: «Relación coste-beneficio de las políticas sobre consumo de tabaco en el lugar de trabajo», cit., págs. 97-116.

¹⁶⁵ «Ambas partes recuerdan a todos los trabajadores del sector la prohibición existente de fumar en los locales públicos y cerrados», disposición final 2.ª I CC de aparcamientos y garajes.

¹⁶⁶ Reiterando cómo «las leyes vigentes prohíben fumar en las áreas de trabajo donde desarrolle su actividad una mujer embarazada», artículo 11 CC Zardoya Otis, S.A. y Ascensores Eguren, S.A. (A.E.S.A.).

en el convenio colectivo previsiones al respecto, determinando los lugares vetados para el consumo de tabaco en atención al riesgo del fuego ¹⁶⁷ o el humo ¹⁶⁸ o, en sentido contrario, indicando los emplazamientos –existentes o previstos– habilitados a tal fin ¹⁶⁹, y cuyo incumplimiento determinará la consideración de falta laboral y su posible sanción «cuando del mismo puedan derivarse daños para la salud e integridad física del trabajador» ¹⁷⁰. Más encomiable aún resulta la labor de los negociadores incluyendo cláusulas encargadas de diseñar una estrategia contra la adicción al tabaco: en ocasiones, más bien como mera declaración de intenciones ¹⁷¹; en otras, afrontando el problema a través de un completo plan integral abarcando «sus vertientes preventiva, asistencial, reinsertiva, participativa, no sancionadora, voluntaria y planificada» ¹⁷², en muchos casos en consonancia con la normativa autonómica aplicable ¹⁷³.

¹⁶⁷ «Se prohíbe fumar dentro del recinto fabril, asimismo se prohíbe introducir en el recinto fabril bebidas alcohólicas o efectos personales (sin autorización expresa) que permitan producir fuego o chispas o sean susceptibles de afectar a la seguridad del centro de trabajo», artículo 22 CC Pirotecnia de la Comunidad Valenciana.

¹⁶⁸ «En virtud de las rigurosas disposiciones técnico-sanitarias relativas a las industrias de productos dietéticos y preparados alimenticios, queda terminantemente prohibido fumar en los locales de fabricación de las empresas», artículo 63 CC Productos dietéticos y preparados alimenticios de Cataluña; o prohibiendo «fumar en el interior de cámaras», Anexo II CC para las Empresas de Frío Industrial, pero sin que le acompañe la correspondiente sanción en caso de infracción.

¹⁶⁹ «Se prohíbe fumar en las instalaciones de la empresa, salvo en zonas estrictamente autorizadas», artículo 33 XX CC Domar, S.A.; «por razones de seguridad e higiene está prohibido fumar en los locales de trabajo. La dirección de la empresa señalará convenientemente la prohibición de fumar en los centros de trabajo. Siempre que ello sea posible, la empresa podrá habilitar lugares en los centros de trabajo en los que esté permitido fumar, en las condiciones que la misma establezca», artículo 52 CC Multiprensa y Más, S.L.

¹⁷⁰ CC Nacional de las industrias de pastas alimenticias; CC General de la industria salinera o CC Empresa Montreal Montajes y Realizaciones, S.A.; CC Productos dietéticos y preparados alimenticios de Cataluña.

¹⁷¹ Como aquellas que asume el compromiso de «realizar una propuesta para declarar La Vanguardia Ediciones, S.L. empresa sin humo, con el fin de que sólo se pueda fumar en las áreas habilitadas al efecto, y se buscarán vías de colaboración con la Administración Pública para obtener programas y ayudas para la deshabituación» [art. 91 III CC La Vanguardia Ediciones, S.L.] o desarrollar «una estrategia sanitaria para promover y proteger la salud comunitaria de los trabajadores, basada en campañas salubristas y de medicina preventiva: la lucha contra el hábito de fumar, contra el alcoholismo, la drogadicción, contra la obesidad y el riesgo cardiovascular, contra los accidentes de tránsito viales y asimismo, para la formación en socorrismo y primeros auxilios del mayor número de empleados que sea posible» [art. 88.2 X CC Telefónica Publicidad e Información, S.A.].

¹⁷² «Salud laboral y drogodependencias: el consumo de drogas implica problemas de salud con repercusiones individuales y colectivas. El inicio o incremento del consumo de drogas (fundamentalmente alcohol y tabaco) en el medio laboral viene en muchos casos determinado por condiciones de paro, precariedad o malas condiciones de trabajo. De ahí que se estime conveniente incluir en este Convenio el siguiente plan integral en sus vertientes preventiva, asistencial, reinsertiva, participativa, no sancionadora, voluntaria y planificada:

Preventiva. Se pondrán en práctica medidas educativas, informativas y formativas que motiven la reducción y el uso inadecuado de drogas y promuevan hábitos saludables. Así mismo, se potenciará la modificación de factores de riesgo y la mejora de las condiciones de trabajo.

Asistencial y voluntaria. Se facilitará tratamiento a aquellos trabajadores/as que lo soliciten voluntariamente. A tal efecto, se realizarán y aplicarán programas de asistencia específicos por los servicios de prevención.

No sancionadora. El hecho de que un trabajador o trabajadora decida acogerse a un programa de tratamiento de deshabituación, llevará aparejada la concesión de una excedencia extraordinaria especial, sin necesidad de acreditar antigüedad alguna ni el carácter indefinido del contrato, y se le asegurará su reincorporación inmediata a su puesto de trabajo al término del tratamiento, sin perjuicio de las sanciones que pudieran derivarse de otras faltas disciplinarias», artículo 37 CC Moderropa, S.A.; en idénticos términos, artículo 28 CC Sector de residencias de personas mayores de Aragón.

¹⁷³ Así por ejemplo, los artículos 19 de la Ley 5/2001, de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja; 5 de la Ley 2/1996, de la Presidencia de la Junta de Galicia; 12.1 de la Ley 4/1997, de la Junta de Andalucía o 13.2 del Decreto Legislativo 1/2003, de la Presidencia de la Generalidad Valenciana, prevén impulsar programas de prevención, asistencia y reinsertión en el ámbito laboral, así como actividades informativas y de formación.

Una vez determinado cuál debe ser la extensión de una protección eficaz contra el riesgo del humo de tabaco en el lugar de trabajo y las posibles medidas a adoptar a partir de una adecuada evaluación del riesgo, las consecuencias en el sistema de prevención de riesgos laborales pueden quedar resumidas como a continuación se expone:

1. En primer lugar, junto a la genérica obligación de cumplir cuantas órdenes e instrucciones dicte el empresario (art. 20 ET), la LPRL impone al trabajador las de velar por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones durante la prestación de servicios, mediante el cumplimiento de las medidas de prevención en cada caso adoptadas (art. 29.1), la de cumplir las obligaciones establecidas por la autoridad competente a tal fin –incluyendo la normativa examinada previamente, la regulación convencional y las directrices de la unidad productiva sobre el asunto del tabaco– y, en fin, la de cooperar con el empresario en esta materia (art. 29.2). En el supuesto de infringir tales previsiones, podrá ser sancionado disciplinariamente (art. 29.3) ¹⁷⁴ –incluso con el despido cuando su actuación merezca la calificación de grave y culpable [art. 54.2 b) ET]–, para lo cual, como ha quedado visto, la negociación colectiva puede jugar un importante papel a la hora de precisar y tipificar los comportamientos exigidos al trabajador en este asunto.

2. En el otro lado de la moneda, también el empresario, lógicamente, podrá o habrá de responder por la inobservancia de las reglas aplicables a la prevención del riesgo del humo de tabaco en el ambiente.

A) En primer lugar, y en cuanto a la responsabilidad administrativa hace en relación con la extensión de la protección eficaz en materia de humo de tabaco ya vista, cabría la posibilidad de cometer infracciones leves, graves o muy graves, habida cuenta de que el artículo 5.2 TRLISOS incluye bajo tal concepto las acciones u omisiones del propio empresario –o de otros sujetos como los servicios de prevención ajenos, auditorías..., en cuyo caso podría repetir contra éstos– consistentes en el incumplimiento de las normas legales o reglamentarias y de las cláusulas normativas de los convenios colectivos en lo atinente a la seguridad y salud laboral ¹⁷⁵.

Entre ellas, se consideran infracciones leves (art. 11 TRLISOS) la falta de limpieza del centro de trabajo de la que no derive riesgo para la integridad física o salud de los trabajadores y las actuaciones que supongan incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que carezcan de trascendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores y por su objetividad sean susceptibles de percepción directa por el inspector ¹⁷⁶.

¹⁷⁴ En general, sobre las obligaciones del trabajador en esta materia y bajo las cuales se podría incluir el fumar, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo», en AA.VV. (OJEDA AVILÉS, A., *et alii*, Coords.): *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, cit., págs. 195-230 o GARCÍA MURCIA, J.: *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Elcano (Aranzadi), 2000, págs. 169-182.

¹⁷⁵ Aceptando el nacimiento de responsabilidad administrativa por el incumplimiento de cláusulas convencionales, GARCÍA MURCIA, J.: *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, cit. pág. 75, citando la STS, Cont.-Admvo., 29 de enero de 1996 (RJ 574).

¹⁷⁶ SSTs de 20 de noviembre de 1996 (RJ 8704) y 15 de junio de 1998 (RJ 5026).

Por su parte, serían faltas graves (art. 12 TRLISOS), entre otras, la superación de los límites de exposición a los agentes nocivos que, conforme a la normativa aplicable, origine riesgos graves para la seguridad y salud de los trabajadores, sin adoptar las medidas preventivas adecuadas, salvo cuando constituya infracción muy grave; las actuaciones u omisiones traducidas en un incumplimiento generador de un riesgo grave para la integridad física o la salud de los empleados afectados y, especialmente, en materias como el registro de niveles de exposición a agentes físicos, químicos y biológicos, las listas de trabajadores expuestos o los expedientes médicos; en último término, la falta de limpieza del centro o lugar de trabajo cuando sea habitual o provoque riesgos para la integridad física y salud de los trabajadores.

Finalmente, constituirían infracciones muy graves (art. 13) conductas como no observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de los trabajadores durante los períodos de embarazo y lactancia, superar los límites de exposición a los agentes nocivos que, conforme a la normativa, originen riesgos para la salud de los empleados sin proveer las medidas preventivas adecuadas o no adoptar cualquier otra medida preventiva aplicable a las condiciones laborales en ejecución de la legislación de las cuales derive un riesgo grave e inminente para la salud e integridad física de los trabajadores ¹⁷⁷.

Así considerados, determinados comportamientos empresariales, graduados en niveles de mínimo, medio o máximo en atención a las circunstancias concurrentes (contenidas en el art. 39.2 TRLISOS) generarán las correspondientes sanciones económicas en las cuantías establecidas en el artículo 40.2 del TRLISOS.

Por su parte, no cabe olvidar la mención a otros preceptos contenidos en la legislación no preventiva pero con repercusiones en la materia que pudieran prever igualmente sanciones administrativas. En este sentido y entre otras, el Real Decreto 192/1988 impone al empresario señalar claramente todas las limitaciones y prohibiciones (art. 9), así como cuantas salas hayan sido habilitadas para los fumadores (art. 8.1). El incumplimiento de tales obligaciones puede constituir falta administrativa grave cuando por su duración, el medio donde ocurran, las personas a las cuales afecte u otros hechos o circunstancias concurrentes, implique un riesgo grave para la salud [art. 11.3 d)]. De no concurrir tales elementos agravantes, la infracción habrá de ser calificada como leve (art. 11.4). Por otro lado, y como se detalló en su momento, el PLT también prevé una serie de infracciones leves, graves o muy graves (art. 12) junto a las correspondientes sanciones, consistentes en multas económicas de hasta 600.000 euros (art. 13). A pesar de las variadas tipificaciones que pudieran acaecer sobre una misma contravención, no procederá una múltiple sanción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento, «salvo que así lo disponga expresamente la resolución y persista el infractor de forma continuada en los hechos sancionados» (RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social). Conforme consta, no parece ser tal la intención del PLT cuando determina que si un mismo hecho u omisión fuera constitutivo de dos o más infracciones, tipificadas en aquella u otras leyes, se tomará en consideración únicamente la que comporte el mayor castigo (art. 13.4 PLT). Por otra parte, la posi-

¹⁷⁷ STS de 27 de marzo de 1998 (RJ 2869).

ble sanción penal de una conducta excluye la exigencia de responsabilidad administrativa, debiendo el órgano competente dar traslado al Ministerio Fiscal de la presunta actuación constitutiva de delito o falta, absteniéndose de seguir el procedimiento administrativo mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado (art. 13.5 PLT).

Otra circunstancia a tener en cuenta es la posibilidad de aplicar sanciones tanto a empresarios como a trabajadores e, incluso, a terceros ajenos a la unidad productiva por incumplir la prohibición de fumar –o al menos ése parece ser el tenor legal, conforme al cual la persona responsable de las diversas infracciones será su autor (art. 14.1 PLT)–, lo cual supondría recuperar en cierto modo la responsabilidad administrativa del trabajador existente hasta la OGSHT, y que ha carecido de toda vigencia en los últimos tiempos ¹⁷⁸, si bien es cierto que el PLT no es normativa estrictamente preventiva.

B) La radical trascendencia del derecho tutelado ¹⁷⁹ puede permitir la actividad punitiva pública. En este sentido, el Código Penal (CP) establece un único delito en materia de prevención de riesgos laborales, con una vertiente dolosa (art. 316 CP) y otra culposa ¹⁸⁰ (art. 317 CP) ¹⁸¹, al amparo de los cuales cometerán delito de riesgo contra la seguridad o salud laboral los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con los medios de seguridad e higiene adecuados, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud e integridad física. Los comportamientos incluidos podrán ser tanto omisivos –por lo general– como activos ¹⁸², y vendrán concretados por la referencia a la LPRL y sus normas de desarrollo en los términos examinados ¹⁸³

¹⁷⁸ DÍAZ MOLINER, R.: *Derecho de Prevención de Riesgos Laborales* Vol. II, Madrid (DIJUSA), 1998, pág. 404.

¹⁷⁹ Lógicamente, la salud y seguridad de los trabajadores; no obstante, no falta quien considera la existencia de un único bien jurídico protegido en el conjunto de los delitos contra los derechos de los trabajadores, argumentando cómo «sólo y exclusivamente se protegen derechos de los trabajadores, sin que haya cabida para sostener que se protegen otros bienes jurídicos individuales, caso de la vida o la salud de éstos. Ello supone que, en la medida en que se acude a la técnica de tipificación del peligro, en el supuesto de que aquellos bienes jurídicos sean efectivamente lesionados, habrá que acudir al expediente del concurso de delitos para otorgar tutela a los mismos», NAVARRO CARDOSO, F.: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1998, pág. 27, si bien reconociendo que uno de esos derechos mínimos del trabajador derivados de la relación laboral es el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo. *Contra*, identificando como bien jurídico la vida o salud de los trabajadores sin que ello resulte incompatible con la calificación del bien jurídico como colectivo, TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, págs. 52 y ss.

¹⁸⁰ Un completo análisis de la vertiente culposa en GANZENMÜLLER ROIG, C., *et alii*: «El artículo 317 del CP. La imprudencia en el ámbito de los delitos contra los trabajadores», en AA.VV. (ROJO TORRECILLA, E., Coord.): *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Barcelona (Bosch), 1998, págs. 265 y ss.

¹⁸¹ Sobre el asunto, y otros posibles delitos cometidos en concurso, como homicidio o lesiones, DÍAZ MOLINER, R.: *Derecho de Prevención de Riesgos Laborales* Vol. II, cit., págs. 429-458; sobre las situaciones concursales, TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, cit., págs. 103-107.

¹⁸² Por ejemplo, no prohibir fumar u ordenar la carga de una carretilla con más peso del debido; al respecto, BARTOMEUS PLANA, D.: «El artículo 316 del CP. Delitos contra la seguridad y la salud en el trabajo», en AA.VV. (ROJO TORRECILLA, E., Coord.): *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, cit., págs. 251 y ss.

¹⁸³ En general, y para salvar los posibles vacíos legales, cualquier medida que genere el peligro grave, «en cuanto que el término de adecuadas es susceptible de una interpretación que amplíe el marco de referencia y enjuiciamiento del comportamiento», NAVARRO CARDOSO, F.: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit., págs. 153 y 155.

hasta alcanzar «los deberes de advertencia, evaluación, formación e información»¹⁸⁴. Aun cuando la autoría pudiera quedar atribuida tanto al empresario, como a los trabajadores, como a terceras personas que intervengan de alguna forma en el proceso productivo¹⁸⁵, parece difícil infligir pena alguna por incumplimiento de lo previsto sobre el humo de tabaco por dos motivos: de un lado, porque «la doctrina ha destacado que se trata de un tipo delictivo excesivamente ambiguo, lo cual hace pensar en una escasa aplicación futura»¹⁸⁶; de otro, por la dificultad de observar –como posteriormente se verá– la debida relación de causalidad entre el hecho de fumar (o el incumplimiento concreto de que se trate, aun cuando en supuestos extremos pudiera ser fácil, *verbi gratia* fumar en trabajos de manipulación de sustancias inflamables o explosivos) y la efectiva generación de riesgos o daños por el comportamiento eventualmente punible.

C) Al igual que en el supuesto anterior, la dificultad para demostrar la exacta relación de causalidad entre el hecho de fumar o aspirar humo de tabaco y el daño causado en un supuesto concreto al trabajador o una tercera persona ajena y la interpretación que los Tribunales vienen realizando al respecto parece desterrar –o hacer sumamente improbable– la posibilidad de exigir por vía civil una indemnización de daños y perjuicios, ya sea contractual (al amparo del art. 1101 CC) o extracontractual (en virtud de lo dispuesto en el art. 1.902 CC)¹⁸⁷. Con todo, y de quedar acreditada la conexión –cuestión difícil, pero no imposible, conforme se verá– el empresario respondería por actos propios y de sus empleados, por la responsabilidad *in contrahendo* e *in vigilando*¹⁸⁸, sin perjuicio de repetir contra el verdadero causante¹⁸⁹.

¹⁸⁴ GARCÍA MURCIA, J.: *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, cit., pág. 119. En la jurisprudencia, STS, Penal, 12 de noviembre de 1998 (RJ 7764).

¹⁸⁵ GARCÍA MURCIA, J.: *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, cit., pág. 116. Al respecto, TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, cit., págs. 58-64, si bien en pág. 86 dice que «sería una expansión no autorizada la pretensión de considerar penalmente responsable a quien, obligado a actuar por la normativa laboral, deja de hacerlo, cuando su obligación no sea la de facilitar medios. Es el caso, al menos en algunas de sus funciones, de los delegados de prevención o del comité de seguridad y salud, o de las funciones de consulta y documentación del empresario». «La condición de sujeto activo recae no sólo en el empresario que actúa directamente o por delegación, sino en todos aquellos que tienen la posibilidad práctica de evitar la situación de peligro y estando jurídico-laboralmente obligados a hacerlo no lo hacen», SAP, Penal, Guadalajara 25 de junio de 1998 (ARP 3418). También incluso fabricantes, importadores y suministradores si lo fueran de productos y no facilitaran los medios o informaran del riesgo del tabaco, BARTOMEUS PLANA, D.: «El artículo 316 del CP. Delitos contra la seguridad y la salud en el trabajo», cit., pág. 239, y junto a ellos considera que «la responsabilidad de facilitar los medios de protección corresponde en exclusiva al empresario, que es así quien tiene el dominio del riesgo», págs. 240-241.

¹⁸⁶ LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J.F.: *Curso de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 208; sobre el asunto, sosteniendo idéntica afirmación a partir de contundentes razones, TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, cit., págs. 37-39.

¹⁸⁷ Sobre el asunto, MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: *La responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional; régimen legal, criterios jurisprudenciales*, Valencia (Editorial Práctica de Derecho), 1996, págs. 55 y ss. o GARCÍA MURCIA, J.: *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, cit., págs. 127-152.

¹⁸⁸ Por todas, STS, Civil, 29 de marzo de 1996 (RJ 2203).

¹⁸⁹ En general, acerca de la cuestión, BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid (McGraw-Hill), 1995 o MORENO DE TORO, C.: *La responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados*, Madrid (CES), 1999.

D) Finalmente, igual de lejana parece la posibilidad de imponer el recargo de prestaciones en esta sede (art. 123 LGSS) ¹⁹⁰, pues la experiencia de los Tribunales españoles no conoce «aún ni litigios ni sentencias sobre empresarios involucrados en responsabilidad por enfermedades del tabaco» ¹⁹¹ por la dificultad para apreciar –como para los dos supuestos anteriores y remitiendo de nuevo a posteriores comentarios– la relación de causalidad entre la infracción cometida y la lesión sufrida. No obstante, las tornas podrán cambiar con la severidad del PLT, y más teniendo en cuenta cómo «la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado este artículo en el sentido de que no es sólo el mero cumplimiento de lo establecido concretamente por las normas de seguridad en el trabajo lo que exonera al empleador de este recargo, sino que deben además observarse las normas de la diligencia y buena fe en la protección del trabajador» ¹⁹². Para mayor complejidad, surge la duda sobre si dicha responsabilidad, de llegar a acreditar la relación de causalidad, alcanzaría al incumplimiento de obligaciones preventivas contenidas en un convenio colectivo ¹⁹³.

3. El trabajador ostenta la posibilidad de instar, primero ante el empresario y, si éste no toma las medidas oportunas, ante los órganos competentes –administrativos o judiciales–, la adopción de los instrumentos convenientes de entre los ya vistos para la protección de su salud en el puesto desempeñado. La falta de cumplimiento empresarial de tales requerimientos constituye justa causa en favor del trabajador para instar la resolución del vínculo laboral en virtud de un incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empleador [art. 50.1 c) ET]. De solicitar semejante amparo judicial, el operario tendrá derecho a una indemnización equivalente a cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades [art. 50.2, en relación con el art. 56.1 a), ambos del ET]. Para evitar tan nefastas consecuencias, pues en defi-

¹⁹⁰ Sobre el recargo de prestaciones, ALFONSO MELLADO, C.L.: *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1998, págs. 30-48. Más completo, con carácter monográfico, en PURCALLA BONILLA, M.A.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral*, Granada (Comares), 2000 o SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *El recargo de prestaciones*, Elcano (Aranzadi), 2001.

¹⁹¹ «Los jueces españoles exigen la prueba fehaciente de una relación directa entre la causa alegada y el daño sufrido (relación de causalidad). Si un trabajador pretendiera alegar que el humo de tabaco en el establecimiento donde se encuentra empleado ha ocasionado el cáncer de pulmón que padece, habrá de probarlo con todos los medios a su alcance, y todavía los Tribunales españoles exigirán que no exista ninguna concausa que desvíe la responsabilidad, como por ejemplo antecedentes hereditarios», OJEDA AVILÉS, A.: «El tabaco y el Derecho del Trabajo: algunas preguntas sobre la política antitabaco en España», cit., pág. 1.249.

¹⁹² OJEDA AVILÉS, A.: «El tabaco y el Derecho del Trabajo: algunas preguntas sobre la política antitabaco en España», cit., pág. 1.241; en semejantes términos, PURCALLA BONILLA, M.A.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral*, cit., págs. 85-86.

¹⁹³ Resolviendo la duda en sentido positivo, PURCALLA BONILLA, M.A.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral*, cit., págs. 128-129 o MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo», *Revista General de Derecho*, núm. 619, 1996, pág. 3.381. *Contra*, argumentando que se trata de normas extrastatales y el recargo tiene un carácter sancionatorio público, GUTIÉRREZ SOLAR-CALVO, B.: «Algunos aspectos polémicos del régimen jurídico del recargo de prestaciones públicas de la Seguridad Social del artículo 123 del TRLGSS: exigencias constitucionales de tipicidad, determinación del sujeto responsable en supuestos de descentralización productiva a través de contratas y subcontratas y concurrencia de un comportamiento negligente del trabajador», AS, núm. 17, 1999, pág. 39.

nitiva el empleado perderá su sustento, convendría potenciar la actuación de otros sujetos cuyos cometidos presentan incuestionable trascendencia, aspecto general desatendido por el PLT.

Así, en primer lugar, los servicios de prevención (cuando la actividad preventiva no sea asumida directamente por el empresario o mediante la designación de uno o varios trabajadores; en cuyo caso sobre ellos habrá de predicarse este párrafo) son los encargados de realizar la evaluación de riesgos, «proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para la adopción por el empresario de medidas preventivas» (art. 3 RSP). Por tal motivo, deberán tener en cuenta en sus labores toda la normativa legal y convencional, así como las directrices impartidas por el titular de la unidad productiva, a la hora de evaluar correctamente el riesgo del tabaco y evitar posibles responsabilidades ¹⁹⁴.

En segundo término, el artículo 3.1.2 de la Ley 42/1997 atribuye a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la vigilancia y la exigencia del cumplimiento de las normas en materia de prevención de riesgos laborales y de las normas jurídico-técnicas, motivo por el cual deben aparecer también imbuidos de un notable papel a la hora de controlar el humo de tabaco ambiental en los lugares de trabajo y otros posibles riesgos derivados del hábito de fumar, incluida la estricta prohibición (y sus excepciones) previstas por el PLT ¹⁹⁵, aun cuando la futura norma omita tal competencia (art. 15.1 PLT). Además, no cabe olvidar cómo los trabajadores y sus representantes podrán recurrir a la Inspección si consideran que las medidas adoptadas y los medios utilizados por el empresario no son suficientes para garantizar la seguridad y la salud en el trabajo (art. 40.1 LPRL).

Finalmente, la representación de los trabajadores tampoco queda inerte, por supuesto, en esta materia. Por un lado, tanto la representación unitaria como la sindical tienen atribuidas determinadas funciones en la materia [arts. 19.5, 64.1.8 ó 64.1.8 b) ET, este último también predicable para la segunda en virtud del art. 10.3.1 y 2 LOLS] ¹⁹⁶, las cuales podrán ser desempeñadas sin perjuicio de las atribuidas a los órganos de representación específicos para velar por el fiel cumplimiento del acervo preventivo examinado con anterioridad en contra de los riesgos derivados del tabaco. Su potencial es elevado, habida cuenta de que el propio Real Decreto 192/1988 (art. 7.3) y la normativa autonómica señalan –si bien ambiguamente– que se solicitará la colaboración de los comités de seguridad y salud y de los comités de empresa en la ejecución y vigilancia de las prohi-

¹⁹⁴ Un completo estudio de los servicios de prevención propios o ajenos, así como las posibilidades de asumir el empresario la actividad preventiva o designar a tal fin a uno o varios trabajadores en IGARTUA MIRÓ, M.ª T.: *Manual del servicio de prevención*, Madrid (Tecnos), 2002.

¹⁹⁵ Sobre las funciones concretas a desarrollar en materia de prevención y las facultades a ejercer para garantizar el cumplimiento de cuantas previsiones resulten aplicables al humo de tabaco, BENEYTO CALABUIG, D.: *La Inspección de Trabajo: funciones y facultades. Procedimiento de actuación, actas y recursos*, Valencia (CISS), 1998, págs. 67-68 y 74-94.

¹⁹⁶ Una detallada recopilación y examen de las competencias de unos y otros en GONZÁLEZ MARTÍN, A.: *Representación y acción sindical de los trabajadores en la empresa*, Valencia (CISS), 1998, págs. 80-165 para representantes unitarios, 214-217 para secciones sindicales y 219-225 para delegados sindicales.

biciones que impone ¹⁹⁷, cuestión por cierto nuevamente ignorada por el PLT a pesar de las ya mencionadas advertencias del Consejo Económico y Social a favor de un mayor protagonismo de los agentes sociales ¹⁹⁸.

En efecto, los delegados de prevención tienen como competencias ¹⁹⁹ las de colaborar con la dirección de la empresa en la mejora de la acción preventiva; promover y fomentar la cooperación de los trabajadores en la ejecución de la normativa sobre prevención y ser consultados por el empresario con carácter previo a su ejecución acerca de las decisiones previstas en el deber de consulta del artículo 33 de la LPRL (art. 36.1 LPRL), a cuyo efecto podrían ejercer sus facultades (art. 36.2 LPRL) para garantizar un lugar de trabajo sin humos, consistentes en acompañar a los inspectores, realizar visitas a los lugares de trabajo para ejercer una labor de vigilancia y control del estado de las condiciones o recabar del empresario la adopción de medidas de carácter preventivo y para la mejora de los niveles de protección de la seguridad y salud de los empleados, pudiendo a tal fin efectuar propuestas al empresario.

Por su parte, el comité de seguridad y salud tiene como funciones participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos en la empresa y promover iniciativas sobre métodos y procedimientos para la efectiva prevención de los riesgos, proponiendo a la empresa la mejora de las condiciones o la corrección de las deficiencias existentes (art. 39.1 LPRL) a cuyo efecto pueden ejercer determinadas funciones de control interno relativas al conocimiento de diversas informaciones (art. 39.2 LPRL).

Sea como fuere, no es difícil adivinar las escasas veces que unos y otros van a utilizar sus atribuciones a tal fin, y máxime de recordar las palabras de quien ya aventuró cómo «si la prohibición de fumar proviene del plan preventivo o se halla en conexión con la salud y seguridad, los [citados] órganos tienen competencias para hacerla efectiva frente al empresario y los trabajadores, si bien las competencias son más bien de tipo indicativo; únicamente el delegado de prevención dispone de legitimación para denunciar al comité de empresa las omisiones o faltas del empleador, y el comité

¹⁹⁷ Junto a las funciones y competencias referidas, alguna norma autonómica impone no sólo la colaboración de los órganos de representación (específicos o no, según los casos) para el cumplimiento de sus previsiones (arts. 27.4 Ley 20/1985, de la Generalidad de Cataluña, 33.3 Ley 5/2002, de la Comunidad de Madrid u 11.1 Ley 15/2002, de la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, este último a los comités de empresa y representantes sindicales), sino que también los considera como destinatarios prioritarios a la hora de realizar actividades de formación [art. 7.4 h) Ley 1/1999, de la Presidencia de la Junta de Extremadura y artículo 5 Ley 3/2001, de la Diputación General de Aragón] o les encomienda la participación en el diseño, ejecución y evaluación de los programas de prevención y asistencia para trabajadores (arts. 19.1 Ley 5/2001, de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja, 12.1 Ley 4/1997 de la Junta de Andalucía y 11.2 Ley 5/2002, de la Comunidad de Madrid).

¹⁹⁸ Cuando afirma cómo –valga la reiteración– «no es posible erradicar los problemas derivados del tabaquismo únicamente a través de normas prohibitivas... La regulación contemplada puede ser fuente de importantes conflictos suponiendo una distorsión en los cauces regulatorios y de participación que le son propios. Cabe recordar a este respecto los buenos resultados que se vienen obteniendo en diversas experiencias ya desarrolladas por los agentes sociales en el campo de la prevención del tabaquismo en el lugar de trabajo, así como en otras áreas similares, como el alcoholismo», CES: *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco*, cit., págs. 8 y 10.

¹⁹⁹ Más en concreto, sobre las competencias y facultades de los delegados de prevención, RAMOS RODRÍGUEZ, M.ª J.: *Manual del delegado de prevención*, Madrid (Tecnos), 2002, págs. 140-171.

a su vez puede interponer una denuncia ante la Inspección de Trabajo o una demanda ante los Tribunales laborales para obtener una sanción o una condena por tal motivo. Si por el contrario la prohibición de fumar no tiene relación con una norma sobre seguridad y salud, sino que se contiene en el convenio o en el contrato, la competencia de los órganos antevistos no existe, salvo cuando se pondere una conexión con la salud y seguridad, lo cual no ofrece dificultades lógicas o jurídicas, a la vista de los reiterados informes médicos en el mismo sentido»²⁰⁰.

IV. LAS ALTERACIONES EN LA SALUD PRODUCIDAS POR EL TABACO Y SU TRATAMIENTO EN EL MARCO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

A lo largo del estudio se ha ido dejando constancia de las importantes consecuencias que la adicción al tabaco provoca en la salud de las personas, también se han significado los costes causados por su consumo tanto para las arcas públicas, en forma de prestaciones sanitarias, como para las empresas cuyo balance productivo final se ve minorado por los perjuicios ocasionados por el hábito analizado.

Semejantes variables, están provocando –lentamente, eso sí– cambios en la visión que la sociedad tiene sobre el tabaco, dejando de ser percibido como algo normal en la cultura actual para convertirse en una conducta molesta y rechazada por un amplio colectivo de ciudadanos, avanzando poco a poco hacia su consideración como comportamiento antisocial. A esta labor, aun cuando las poderosas empresas tabaqueras intenten contrarrestar la lucha ejerciendo presiones²⁰¹ o realizando agresivas campañas de publicidad²⁰², están contribuyendo en los últimos tiempos las instancias públicas; así, no pueden extrañar declaraciones como la contenida en el Preámbulo del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, hecho en Ginebra el 21 de mayo de 2003 cuando viene a reconocer que «la ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco son causas de mortalidad, morbilidad y discapacidad, y que las enfermedades relacionadas con el tabaco no aparecen inmediatamente después de que se empieza a fumar o a estar expuesto al humo de tabaco, o a consumir de cualquier otra manera productos de tabaco».

En el ámbito interno, la dependencia al tabaco se reconoce como un trastorno mental y del comportamiento²⁰³, declarando el artículo 1 del Real Decreto 192/1988 expresamente este produc-

²⁰⁰ OJEDA AVILÉS, A.: «El tabaco y el Derecho del Trabajo: algunas preguntas sobre la política antitabaco en España», cit., pág. 1.247.

²⁰¹ Parecen bastante obvias las presiones que dicha industria ha realizado directa o indirectamente sobre muchos políticos, líderes de opinión y gobernantes, así como las campañas para minimizar los daños del tabaco o amenazando con las pérdidas de empleo, recaudaciones por impuestos u otros perjuicios derivados de la política antitabaco, LODDENKEMPER, R. y SYBRECHT, G.W.: «Health care costs of smoking», cit., pág. 377.

²⁰² Algunos estudios dan por probado cómo los anuncios sobre el tabaco incrementan su consumo, mientras su prohibición total reduce el mismo y las limitaciones parciales presentan pequeños efectos en la demanda, SAFFER, H. y CHALOUKKA, F.: «The effect of tobacco advertising bans on tobacco consumption», cit., pág. 1.134.

²⁰³ Plan Nacional de Prevención y Control del Tabaquismo, cuyo texto puede ser consultado en la *Revista Española de Salud Pública*, núm. 1, Vol. 77, 2003, pág. 441.

to como sustancia nociva para la salud de la persona; asimismo, las diferentes leyes autonómicas dictadas sobre drogodependencia lo califican como una droga institucionalizada, considerando su adicción como una enfermedad con repercusiones tanto en las esferas biológica, psicológica y social del individuo, así como en su entorno familiar o de convivencia, de tal manera que cuantos sujetos sufran dicho padecimiento accederán a los servicios sanitarios y de integración social previstos en cada uno de los distintos Entes Territoriales, lucrando el derecho a recibir los tratamientos que los órganos competentes en dichas entidades consideren necesarios para poner fin a la alteración de la salud ²⁰⁴.

1. La calificación jurídica de las dolencias derivadas del tabaco.

Partiendo de los antecedentes expuestos, y al margen de las brevemente comentadas soluciones previstas desde el Sistema Nacional de Salud, cabe preguntarse cuál es el tratamiento que el ordenamiento de la Seguridad Social debe ofrecer a cuantas dolencias se encuentran relacionadas con el tabaquismo y aparecen conectadas con la prestación de servicios, pues de no presentar vínculo alguno con el lugar de trabajo habrán de ser consideradas como enfermedades comunes.

Una primera posibilidad puede ser desechada de raíz, habida cuenta de que el legislador español ha optado por construir un sistema de lista cerrada en cuanto hace a la enfermedad profesional, mereciendo dicha calificación únicamente aquellas patologías contraídas en una serie de actividades productivas y provocadas por la acción de ciertos elementos y sustancias (art. 116 LGSS) incluidos en los cuadros contenidos en el Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo, sin poder incardinar en la enumeración reglamentaria ninguna de las etiologías asociadas al consumo de tabaco.

Descartada la calificación anterior, menester será analizar las categorías propias del concepto de accidente de trabajo a fin de afirmar su naturaleza profesional o inclinarse por su considera-

²⁰⁴ Al respecto, pueden ser examinadas las siguientes normas: Ley 5/2002, de 27 de junio, de la Comunidad de Madrid, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos [arts. 4.1 b) y 5.4]; Ley 4/1997, de 9 de julio, de la Junta de Andalucía, sobre prevención y asistencia en materia de drogas [arts. 1 y 3.1 b)]; Ley 3/2001, de 4 de abril, de la Diputación General de Aragón, sobre prevención, asistencia y reinserción social en materia de drogodependencias [arts. 2.1 c) y 3 a)]; Ley 9/1998, de la Presidencia del Gobierno de Canarias, de 22 de julio, sobre prevención, asistencia e inserción social en materia de drogodependencias [art. 2.1 c)]; Ley 5/1997, de 6 de octubre, de la Presidencia de la Diputación Regional de Cantabria, sobre prevención, asistencia e incorporación social en materia de drogodependencias [arts. 2.1 b) y 3.4]; Ley 15/2002, de 11 de julio, de la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha [arts. 3.2 y 4 d)]; Ley 3/1994, de 29 de marzo, de la Junta de Castilla y León, sobre toxicomanías y prevención, asistencia e integración social de los drogodependientes [arts. 2.1 b) y 3.6]; Ley 20/1985, de 25 de julio, de la Generalidad de Cataluña, de prevención y asistencia en materia de sustancias que puedan provocar dependencia (arts. 3.1 y 30); Decreto Legislativo 1/2003, de 1 de abril, de la Presidencia de la Generalidad Valenciana, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre drogodependencias [arts. 2.1 b) y 3.2]; Ley 1/1999, de 29 de marzo, de la Presidencia de la Junta de Extremadura, sobre prevención, asistencia y reinserción de las drogodependencias [arts. 4.1 d) y 16.1]; Ley 2/1996, de 8 de mayo, de la Presidencia de la Junta de Galicia, sobre drogas [art. 2.1 c)]; Ley 6/2003, de 14 de febrero, de la Presidencia del Gobierno Foral de Navarra, sobre la prevención del consumo de tabaco, de protección del aire respirable y de la promoción de la salud en relación al tabaco [art. 3 b)]; Ley 5/2001, de 17 de octubre, de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja, sobre drogodependencia [arts. 2.1 c), 3 a) y 4]; Ley 6/1997, de 22 de octubre, de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, sobre prevención, asistencia e integración social de las drogodependencias [art. 2.2 d)] y Ley 18/1998, de 25 de junio, de la Presidencia del Gobierno Vasco, sobre prevención, asistencia e inserción en materia de drogodependencias [art. 2.1 c)].

ción como contingencia común. Ante dicha tesitura, cabe señalar cómo las dolencias producidas por el tabaco podrán ser asimiladas en su tratamiento al concepto de accidente laboral siempre y cuando hayan sido contraídas por el trabajador con motivo de la realización de su prestación de servicios y quede acreditado que el padecimiento tuvo por causa exclusiva la ejecución de la misma (art. 115.3 LGSS), formando parte de la noción de enfermedad del trabajo, entendiendo éstas como las «producidas por factores o agentes nocivos "comunes" o "genéricos", en el sentido de que no pertenecen específicamente a un determinado medio o ambiente laboral, pero que pueden actuar también en la ejecución del trabajo»²⁰⁵; de lo contrario cabrá mantener su naturaleza común.

En consecuencia, es necesario reseñar cómo la mayoría de los padecimientos vinculados al tabaquismo pueden presentar su origen en el trabajo, pero también manifestarse o desencadenarse de manera extraña al contexto laboral, habida cuenta de que «como mero trastorno de la salud puede ser entendido también como un riesgo genérico, al que estaría sujeta cualquier persona, aunque en el caso concreto el factor desencadenante haya sido el trabajo»²⁰⁶; será necesaria, por tanto, la existencia de relación de causalidad entre el proceso patológico y la prestación de servicios para poder mantener su naturaleza profesional, si bien la exigencia sobre su concurrencia ha sido matizada por los Tribunales de lo Social modulando la labor probatoria del trabajador, ora mediante mecanismos presuntivos, ora de inversión de la carga de la prueba.

Sobre tal punto de partida, no es posible proporcionar unos patrones generales al respecto, estando en presencia de una materia eminentemente casuística en la cual las circunstancias presentes en cada supuesto ofrecerán al intérprete las pautas a tomar en consideración; asimismo, se va a optar por diferenciar entre quienes son fumadores y aquellas personas no adictas al tabaco pero que están expuestas a sus efectos al inhalar las sustancias liberadas al aire por el consumo realizado en los centros de trabajo por sus compañeros, en tanto el régimen jurídico aplicable a cada uno de ellos debería ser parcialmente diferente conforme se analizará en las siguientes páginas.

1.1. Seguridad Social y fumadores.

Sin entrar en la controversia en torno a si quien fuma lo hace con absoluta libertad o su voluntad se encuentra condicionada por la adicción, en principio, cabrá considerar como comunes cuantas enfermedades hayan sido desencadenadas por el consumo de tabaco. Ahora bien, dicha afirmación debe ser matizada en tanto los Tribunales vienen considerando como enfermedades del trabajo, entre otras dolencias, anginas de pecho, infartos de miocardio o cerebrales o edemas pulmonares ocurridos en el lugar de trabajo a pesar del hábito tabáquico de la persona que los sufre, aplicando a tal fin la presunción recogida en el artículo 115.3 de la LGSS, haciéndolo en semejantes circunstancias incluso de manera más intensa en tanto dichos menoscabos en la salud «suponen una especial dificultad para concretar la causa»²⁰⁷.

De esta forma, y aun cuando el hábito de fumar aumente las posibilidades de sufrir uno de los padecimientos ya indicados anteriormente, los órganos judiciales vienen considerándolos como labo-

²⁰⁵ MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R.: *Las enfermedades del trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, pág. 38.

²⁰⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Las enfermedades del trabajo», *RL*, T. II, 1995, pág. 23.

²⁰⁷ STSJ de Cantabria de 15 de diciembre de 1995 (AS 4640).

rales cuando la lesión haya acaecido en el lugar y tiempo de trabajo, de manera que los antecedentes o predisposiciones ²⁰⁸ del empleado no excluirán por sí solas dicha naturaleza a menos que exista prueba inequívoca y contundente de que la prestación de servicios no ha constituido elemento decisivo en la producción o desencadenamiento del daño corporal sufrido ²⁰⁹, llegando a la convicción fáctica de la ruptura del nexo de causalidad entre menoscabo y labores profesionales ²¹⁰; en consecuencia, deberá quedar acreditado cumplidamente cómo la prestación de servicios ninguna relación presentó con la lesión «y no, como frecuentemente se confunde, que en el origen de la lesión hay una patología previa o que el trabajo que se desempeñaba no exigía realizar esfuerzos físicos notables o sujetaba al interesado a una gran tensión» ²¹¹, aun cuando ello lleve a una suerte de *probatio diabolica* ante la dificultad para apreciar lo contrario ²¹², pero cuya existencia es posible conforme reconocen algunos pronunciamientos judiciales, ciertamente minoritarios, fundamentando su decisión en los conocimientos médicos actuales capaces de permitir diferenciar en atención a la naturaleza de las etiologías presentes en el trabajador afectado por las mismas ²¹³.

²⁰⁸ «La previa existencia de factores de predisposición –como lo era un anterior infarto, la existencia de hipertensión arterial, precordialgias, hábito tabáquico o sobrepeso...– no tiene relevancia suficiente para desvirtuar la calificación laboral del evento. De ahí pues, que en el supuesto aquí controvertido, la existencia de accidentes en forma de insuficiencia aórtica moderada y la costumbre de fumar 40 cigarrillos diarios... carezcan de relevancia suficiente para desvirtuar la calificación laboral del evento» [SSTSJ de Cataluña de 14 de enero y 22 de octubre de 1997 (AS 361 y 4012)]; en otras palabras, «no se puede excluir la calificación laboral de la dolencia, si el origen de la enfermedad es anterior a que acaezca el evento, pero se manifiesta precisamente como una consecuencia directa de la realización de tal actividad... y sin que tampoco tenga influencia en ello la concurrencia de tabaquismo en el afectado... Lo que parece lógico, pues en otro caso, si la existencia de antecedentes o de predisposición supusiera enervar el carácter laboral de la dolencia cardíaca que se manifiesta en y como consecuencia del trabajo, casi nunca tendría ésta tal naturaleza laboral» [STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de septiembre de 2001 (JUR 107019/2002)].

²⁰⁹ Entre muchas, SSTS de 27 de diciembre de 1995 (RJ 9846); 15 de febrero y 18 de octubre de 1996 (RJ 1022 y 7774); 27 de febrero de 1997 (RJ 1605); 23 de enero de 1998 (RJ 1008); 18 de marzo, 12 y 23 de julio y 23 de diciembre de 1999 (RJ 3006, 5790, 6841 y 9341) o 10 de abril de 2001 (RJ 4906). ATS 26 de febrero de 2004 (JUR 98433). SSTSJ de Castilla y León/Burgos de 23 de marzo de 1998 (AS 5324), Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2001 (AS 3419) o de Murcia de 20 de enero de 2003 (JUR 54916).

²¹⁰ Así, «la presencia de factores de riesgo (como el tabaquismo o el colesterol –situaciones frecuentísimas en personas de una determinada edad–) sin que haya quedado determinada su intensidad, no impidiendo la realización del trabajo habitual, son inhábiles para destruir por sí mismos la indicada presunción legal», MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R.: *Las enfermedades asimiladas al accidente de trabajo en la doctrina de los Tribunales*, Madrid (Colegio General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España), 2004, pág. 77.

²¹¹ STSJ de País Vasco de 8 junio de 1999 (AS 2632).

²¹² De esta manera, ha de estimarse la existencia de contingencia profesional en los «casos de procesos cardíacos o vasculares ocurridos en el trabajo, lo que sólo cede ante la demostración de ruptura del nexo causal, lo que si bien puede resultar muy dificultoso, cuando no imposible, en tales procesos en los que cualquier alteración emocional, frecuentes de otro lado en la vida laboral, puede desencadenar el evento, y ante la falta de una teoría con rigor científico sobre el tema, ha de estarse a que la aparición, en el lugar y horario de trabajo, de tales síndromes, debe llevar, por la presunción dicha, a la calificación de accidente de trabajo, aun pudiendo resultar ello de crudeza exagerada», STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2000 (JUR 95271/2001).

²¹³ Señala el órgano judicial lo siguiente: «si se acude a la ciencia médica se evidencia que la expresión rosario ateromatoso, no es sino un conjunto de ateromas, que a su vez no son sino una degeneración de las paredes arteriales debida a la formación de placas de grasa y de tejido de cicatrización, con la consiguiente disminución del diámetro libre de dichas arterias, limitando e incluso en situaciones extremas impidiendo la circulación sanguínea y consecuentemente la aparición de una trombosis, tal es la definición que se contiene... en el diccionario médico Oxford, señalando además que es común en adultos en los países occidentales. Una dieta rica en grasas animales (V. colesterol) y azúcar refinado, el fumar cigarrillos, la obesidad y la inactividad son las causas principales... Pues bien, tal dolencia que se objetiva en el informe del médico forense al realizar la autopsia, por su etiología y naturaleza impide establecer una relación de causalidad entre la realización del trabajo del actor y el fallecimiento del mismo, no existiendo, conforme señala la autopsia, ningún coágulo o trombo que hubiera podido desprenderse por una situación de estrés o de tensión», STSJ de Cataluña de 24 de marzo de 2004 (JUR 146273). Aplicando idéntica conclusión, STSJ de Andalucía/Sevilla de 19 de octubre de 2000 (JUR 69404/2001).

La exposición precedente lo es *de lege data*, pero también conviene analizar determinadas consecuencias que la entrada en vigor de la futura Ley sobre el tabaco preparada por el Gobierno pudiera tener en su momento. Así, no es posible desdeñar los efectos que la prohibición absoluta de fumar en el lugar de trabajo va a traer aparejados, habida cuenta, conforme se conoce, de que la deshabitación a semejante adicción no resulta fácil y muchos sujetos padecen crisis de ansiedad o situaciones de estrés capaces de influir en su capacidad laboral ²¹⁴, acompañando al proceso de abandono de dicho hábito el conocido «síndrome de abstinencia» a la nicotina ²¹⁵ y al que se asocian, entre otros, los siguientes síntomas característicos ²¹⁶: irritabilidad, frustración o ira, ansiedad, estado de ánimo disfórico o depresivo, inquietud, molestias corporales –v. gr. vómitos y molestias gastrointestinales, sudoración, malestar general, mareos, cefaleas, taquicardias–, insomnio, dificultades de concentración o aumento del apetito o del peso. Con semejante cuadro y en aquellos casos más graves en los cuales los facultativos de asistencia sanitaria consideren necesaria la baja del trabajador para proceder a tratar los malestares derivados de abandonar semejante hábito, surgirá la duda sobre su calificación en el marco del sistema de protección público.

Siendo un objetivo loable la lucha contra el tabaco por los costes que su consumo produce, no parece aconsejable convertir a los fumadores en una especie de «parias» o «apestados sociales» –*outcast* ²¹⁷– a los que se les impone una serie de obligaciones sin establecer tanto medidas protectoras como programas de apoyo a fin de facilitar la deshabitación a unas sustancias legales cuya adicción muchas veces es fomentada por el contexto cultural y la sociedad consumista de los tiempos modernos, habida cuenta de que se trata de «un producto totalmente introducido en el mercado y en nuestra cultura de tal forma que el entorno socializa fuertemente su consumo» ²¹⁸.

Por tal razón, si la prohibición de fumar en los lugares de trabajo conlleva la baja médica del trabajador ante las dolencias inherentes al abandono de su consumo, dicha situación deberá ser calificada como contingencia profesional *ex* artículo 115.2 e) de la LGSS en tanto aparecerá conectada con la prestación de servicios, pues el empleado vendrá obligado a acatar la orden empresarial, aun cuando ésta derive de un mandato legislativo; de no hacerlo, el trabajador incumplidor podrá ser sancionado disciplinariamente como ocurre cuando contraviene cualquier otra instrucción legítimamente emanada del titular de la unidad productiva. En consecuencia, si para unos efectos se considera como contenido propio del vínculo laboral, así deberá serlo para todos los demás, y en este aspecto concreto cabrá considerar como enfermedad del trabajo los padecimientos propios de la deshabitación en tanto será posible entenderlos contraídos en la realización del trabajo.

²¹⁴ Así, «la característica esencial de la abstinencia de sustancias consiste en la presencia de un cambio desadaptativo del comportamiento, con concomitantes fisiológicos y cognoscitivos, debido al cese o la reducción del uso prolongado de una sustancia adictiva. El síndrome específico de abstinencia de la sustancia provoca un malestar clínicamente significativo y/o un deterioro de la actividad laboral y social o en otras áreas importantes de la actividad del sujeto», GIL ROALES-NIETO, J.: «Consumo de tabaco y riesgo para la salud», cit., pág. 313.

²¹⁵ PARDELL, H. y SALTÓ, E.: «Beneficios de dejar de fumar», *Revista Adicciones*, Vol. 16, supl. 2, 2004, pág. 140.

²¹⁶ Siguiendo en la exposición a CABO CIRES, M.^a M.: «Tabaco: Farmacocinética y sistema nervioso central», cit., pág. 33; BECOÑA IGLESIAS, E. y LORENZO PONTEVEDRA, M.^a C.: «Evaluación de la conducta de fumar»; BECOÑA, E.: «Tratamiento psicológico del tabaquismo» o SAIZ MARTÍNEZ, P.A.; GARCÍA-PORTILLA GONZÁLEZ, M.^a P., MARTÍNEZ BARRONDO, S.; BASCARÁN FERNÁNDEZ, M.^a T.; PAREDES OJANGUREN, B. y BOBES GARCÍA, J.: «Tratamiento farmacológico. Psicofármacos», todos ellos en *Revista Adicciones*, Vol. 16, supl. 2, 2004, págs. 207, 240 y 277 respectivamente.

²¹⁷ BEDEAU, S.: «No smoking in the workplace», cit., pág. 10.

²¹⁸ INFANTE, C. y RUBIO-COVALIDA, J.M.: «La prevalencia del consumo de tabaco en España», cit., pág. 60.

No se desconoce que la calificación propuesta puede ser objeto de numerosos argumentos para contrarrestarla por cuanto dichos problemas no tienen por qué manifestarse únicamente durante el horario laboral siendo posible su aparición también en otros momentos, sin embargo conviene atender como merece que, con carácter general, en la vida de una persona trabajadora una tercera parte del día, durante cinco días a la semana y en un ciclo vital cercano a los cuarenta años se desarrolla en el seno de la empresa siendo uno de los lugares donde mayor tiempo permanece un sujeto ocupado.

1.2. La protección del sistema público para los fumadores pasivos.

Se trata de aquellos sujetos que se encuentran expuestos de manera involuntaria durante su actividad laboral a las sustancias nocivas derivadas del tabaco estando sometidos a los efectos de un hábito practicado por otros ²¹⁹. En este punto, parece necesario volver a recordar cómo su salud puede verse afectada en un ambiente no exento de dichos elementos dañinos ²²⁰, destacando algunas investigaciones cómo la exposición durante una hora en un ambiente cerrado al humo del tabaco implica la inhalación de una cantidad equivalente al consumo de 2 a 3 cigarrillos ²²¹.

Conforme consta, el proceso de combustión del tabaco libera al aire múltiples componentes en una mezcla compleja de productos químicos, habiéndose contabilizado más de 4.000 elementos entre los que cabe destacar monóxido y dióxido de carbono, óxidos de nitrógeno y una amplia variedad de otros gases y compuestos orgánicos tales como aldehídos, incluyendo formaldehído y acroleína, hidrocarburos aromáticos policíclicos, comprendiendo benzoapireno, nicotina, nitrosaminas, cianuro de hidrógeno, cetonas y nitrilos, así como cantidades apreciables de arsénico y cadmio ²²². Muchas de esas sustancias son consideradas farmacológicamente activas, tóxicas, mutágenas y cancerígenas ²²³ y pueden ser «absorbidas y metabolizadas» por el cuerpo de quienes están expuestos a las mismas ²²⁴.

²¹⁹ De esta forma, la adicción nicotínica llama la atención «por el hecho especial de ser la única forma de conducta adictiva que lleva aparejado el consumo involuntario contingente de otras personas que estén en presencia del consumidor», GIL ROALES-NIETO, J.: «Consumo de tabaco y riesgo para la salud», cit., págs. 311 y 312.

²²⁰ Así lo reconoce expresamente alguna norma española como la Ley 6/2003, de 14 de febrero, de la Presidencia del Gobierno Foral de Navarra, sobre la prevención del consumo de tabaco, de protección del aire respirable y de la promoción de la salud en relación al tabaco en cuya Exposición de Motivos viene a afirmar la existencia de «datos científicos sobre los riesgos para la salud en la población no fumadora vinculados a la contaminación ambiental por humo de tabaco». También cabe citar la Declaración de la Conferencia de Berlín sobre «Entornos laborales libres de humo de tabaco: mejora de la salud y el bienestar de las personas en el trabajo» cuando no duda en aseverar que «en base al conocimiento científico disponible en la actualidad, existe un amplio consenso sobre los riesgos que soportan las personas expuestas al aire contaminado por humo de tabaco» (su texto en la *Revista Española de Salud Pública*, núm. 1, Vol. 77, 2003, pág. 7). En fin, la Exposición de Motivos del PLT señala «la existencia de evidencias científicas de que el humo del tabaco en el ambiente (consumo pasivo o involuntario de tabaco) es causa de mortalidad, enfermedad y discapacidad. La Agencia Internacional de Investigación del Cáncer de la OMS ha determinado que la exposición al aire contaminado con humo del tabaco es carcinogénica en los seres humanos».

²²¹ CRUZ GARCÍA, M.ª T.: «Tabaco y aparato respiratorio», cit., pág. 50.

²²² NTP 243-1989 sobre ambientes cerrados: calidad del aire.

²²³ Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, hecho en Ginebra el 21 de mayo de 2003. Una completa clasificación sobre el diferente grado de toxicidad de los componentes del humo del tabaco en GIL ROALES-NIETO, J.: «Consumo de tabaco y riesgo para la salud», cit., pág. 322.

²²⁴ SÁNCHEZ AGUDO, L.: «El fumador pasivo», cit., pág. 95.

Al hilo de dichas conclusiones, una gran panoplia de estudios médicos –aun cuando el asunto no resulte del todo pacífico ni se encuentre completamente cerrado²²⁵– han llegado a asociar con la respiración de las sustancias derivadas de la combustión del tabaco determinadas dolencias que, de mayor a menor gravedad, pueden ser resumidas como sigue: el riesgo de sufrir cáncer de pulmón aumenta entre un 12 y un 19 por 100 entre los no fumadores expuestos al humo del tabaco en el lugar de trabajo, resultando menos consistentes las evidencias en torno a su influencia en otros tipos de cáncer²²⁶, si bien parece claro su peso en la agravación –considerada asimilada a la de accidente de trabajo, no se olvide– de enfermedades coronarias o respiratorias²²⁷; asimismo ciertos niveles de concentración de humo de tabaco pueden provocar problemas oculares²²⁸; o, por no abundar en lo ya señalado, una deficiente calidad del aire en el interior de un edificio cerrado provoca síntomas como «dolor de cabeza, mareos, náuseas, fatiga, piel seca, irritación de ojos, congestión de senos nasales y tos»²²⁹.

Si, conforme se ha señalado anteriormente, el empresario viene obligado a prevenir todos y cada uno de los riesgos presentes en el proceso productivo, debiendo mantener cierta calidad del aire en los locales donde se desarrolla este último, también habrá de actuar contra las sustancias liberadas por el consumo del tabaco estableciendo las correspondientes medidas de protección capaces de mantener la adecuada ventilación del lugar de trabajo y evitar la concentración de dichos componentes, pues una insuficiente renovación del aire puede significar la concentración de sustancias que superen los niveles de contaminación aconsejados²³⁰, constituyendo la causa última de alteraciones en la salud de quienes se encuentran en su interior; es más, la interacción de las sustancias reseñadas con otros componentes presentes en el proceso productivo –como agentes químicos o radiactivos²³¹– puede elevar de manera considerable el riesgo de contraer determinadas dolencias ocupa-

²²⁵ Recogiendo las conclusiones de diversos estudios que concluyen la falta de relación entre determinadas enfermedades y la condición de fumador pasivo, RUIZ GARCÍA, J.A. y SALVADOR CODERCH, P.: «El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil (I)», cit., págs. 11-13.

Sumamente crítico con dichas investigaciones, por cuanto la industria tabaquera «no admite... las evidencias que señalan al aire contaminado por humo de tabaco como un serio riesgo para la salud humana. Para ello se ampara en resultados de estudios supuestamente independientes, financiados por multinacionales del tabaco, que intentan refutar o poner en duda la creciente evidencia científica sobre la nocividad del aire contaminado por humo de tabaco para las personas que no fuman», SALVADOR-LLIVINA, T.: «Condicionantes del consumo de tabaco en España», cit., pág. 30.

²²⁶ Datos contenidos en un estudio publicado por la Green Facts Foundation a partir de la recopilación de más de cincuenta trabajos sobre la influencia en los fumadores pasivos de la exposición al humo del tabaco realizados durante los últimos 25 años (www.greenfacts.org).

²²⁷ LÓPEZ GARCÍA-ARANDA, V. y GARCÍA RUBIRA, J.C.: «Tabaco y enfermedad cardiovascular», *Revista Adicciones*, Vol. 16, supl. 2, 2004, pág. 110.

²²⁸ NTP 431-1996 sobre caracterización de la calidad del aire en ambientes interiores.

²²⁹ NTP 243-1989 sobre ambientes cerrados: calidad del aire.

²³⁰ Sobre dichos niveles pueden ser consultadas a nivel interno las NTP 243-1989 sobre ambientes cerrados: calidad del aire; NTP 315-1993 sobre calidad del aire: gases presentes a bajas concentraciones en ambientes cerrado; NTP 431-1996 sobre caracterización de la calidad del aire en ambientes interiores; NTP 549-2001 sobre el dióxido de carbono en la evaluación de la calidad del aire interior o NTP 607-2003 sobre guías de calidad de aire interior: contaminantes químicos, las cuales recogen los índices establecidos por las organizaciones americanas OSHA, ACGIH y EPA.

²³¹ Se ha demostrado cómo «los trabajadores expuestos al amianto presentan un riesgo de cáncer de pulmón cinco veces mayor al de los no expuestos, pero el riesgo para los trabajadores expuestos al amianto, que además fuman, se multiplica por cincuenta. Así pues, el consumo de tabaco y la exposición al amianto se suman para provocar cáncer de pulmón, multiplicando el riesgo propio de cada factor por separado. El consumo de tabaco también aumenta los riesgos para la salud que representa la exposición a otras sustancias, tales como el etanol, el sílice y la radiación», VON EYBEN, F.E. y ZEEMAN, G.: «Riesgos para la salud derivados del consumo voluntario e involuntario de tabaco», cit., pág. 23.

cionales, de ahí que algunos estudios hayan concluido cómo la inhalación del humo del tabaco en el lugar de trabajo puede ser más dañina para las funciones pulmonares que la exposición en casa o en lugares públicos ²³².

En consecuencia, de no adoptar las prevenciones oportunas y permitir la exposición de sus trabajadores a los efectos del tabaco, los daños causados en su salud cabrá imputarlos al incumplimiento empresarial y, por tanto, relacionarlos directamente con la prestación de servicios, siendo considerados como enfermedades laborales.

De esta manera, no sólo las dolencias acaecidas en el tiempo y lugar de trabajo habrán de ser tratadas como contingencias profesionales, al igual que ocurre para los fumadores, en tanto no cabrá alegar la existencia de antecedentes tabáquicos capaces de provocar la sintomatología, sino que determinados padecimientos claramente vinculados con el hábito tabáquico –como por ejemplo, «la enfermedad de Buerger (tromboangitis obliterante)» ²³³ o el «rosario ateromatoso» ²³⁴– manifestados fuera del entorno laboral en un no fumador habrán de ser considerados como enfermedades del trabajo. En contra de semejante opción juega la valoración defendida por los órganos del orden común ²³⁵ encargados de conocer sobre reclamaciones de particulares por responsabilidad frente a las tabaquerías cuando exoneran a las mismas ante la falta de acreditación en torno a la existencia de relación de causalidad entre la enfermedad padecida por el demandante y el consumo de tabaco ²³⁶.

Sin embargo, y conforme consta, numerosos estudios médicos, y el propio legislador lo está reconociendo de manera paulatina ²³⁷, vienen a señalar la adicción a esta droga como la causa principal de determinadas dolencias, de manera que cuando el empleador no haya adoptado las medidas necesarias para garantizar un ambiente exento de la exposición a las sustancias nocivas del tabaco, el incumplimiento de sus obligaciones preventivas, aparte de las responsabilidades establecidas en dicho subsector del ordenamiento laboral, debe derivar para el trabajador en una mayor protección en el marco de la Seguridad Social. En definitiva, la inobservancia de un único deber, el de seguridad, daría lugar a diversas medidas reparadoras con unos niveles de exigencia distintos a la hora de acreditar la conexión entre causa y efecto –no cabe olvidar en el marco de la Seguridad Social el importante papel asignado a la presunción recogida en el art. 115.3 LGSS–: unas con cargo al sistema público, destinadas a asegurar al accidentado un nivel de rentas sustitutivas del salario y a restablecer, en la medida de lo posi-

²³² AA.VV.: «Passive smoking is killing three people a day in UK», *Occupational Health*, Mayo, 2003, pág. 7.

²³³ STSJ de Cataluña de 19 de junio de 2003 (JUR 184245).

²³⁴ STSJ de Cataluña de 24 de marzo de 2004 (JUR 146273).

²³⁵ Mostrando también sus dudas sobre la posible consideración como tales por los Tribunales españoles OJEDA AVILÉS, A.: «El tabaco y el Derecho del Trabajo: algunas preguntas sobre la política antitabaco en España», cit., pág. 1.249.

²³⁶ Entre otras, SSAP, Civil, Baleares 6 de noviembre de 2001 (AC 287/2002), Alicante 7 de enero de 2003 (JUR 44458) y Barcelona 1 de diciembre de 2003 (AC 1897) o Sentencias Juzgado de Primera Instancia Madrid, núm. 70, 7 de abril de 2000 (AC 762), Madrid, núm. 2, 21 de mayo de 2001 (AC 975) y Olot, núm. 2, 31 de marzo de 2004 (AC 809).

²³⁷ El PLT comienza su Exposición de Motivos de manera clara y explícita cuando en sus tres primeros párrafos viene a considerar al tabaco como el primer factor aislado en España de mortalidad y morbilidad evitable, siendo la causa de un alto porcentaje del cáncer de pulmón, de las muertes por enfermedad obstructiva crónica, de la mortalidad cardiovascular o de los fallecimientos por otros tipos de dolencias cancerígenas, amén de considerar probado científicamente cómo el consumo pasivo o involuntario de esta sustancia es la raíz de un importante número de muertes, enfermedades y discapacidades.

ble, su capacidad de trabajo, utilizando a tal fin criterios objetivos; otras, responsabilidad del empresario, cuya finalidad esencial radicaría en reparar íntegramente los daños y perjuicios causados por el accidente y más fundamentada en el criterio subjetivista de la culpabilidad ²³⁸.

Es más, en determinadas actividades profesionales –fundamentalmente aquellas vinculadas al ocio y al entretenimiento de la sociedad, en los cuales el consumo de tabaco es masivo y habitual– la exposición a las sustancias derivadas del tabaco constituirá un elemento esencial a tomar en consideración a la hora de reconocer una determinada situación en el marco de la Seguridad Social; así, a efectos de conceder una incapacidad permanente, cabrá conectar las lesiones padecidas por el trabajador con su condición de fumador pasivo, situación que puede agravar sus dolencias de mantener su contacto con un entorno laboral no exento del riesgo tabáquico.

Semejante circunstancia ya ha sido tenida en cuenta por alguna resolución judicial pionera en el ordenamiento español –aun cuando constituya un supuesto ciertamente excepcional ²³⁹– cuando reconoce una incapacidad permanente total para la profesión habitual a un trabajador que prestaba servicios en un bingo, aquejado de una cardiopatía isquémica, llegando a fundamentar su decisión por cuanto la permanencia en dicho lugar de trabajo sometía al afectado a los efectos del tabaco consumido por los jugadores, convirtiéndole en un fumador pasivo y exponiéndole a la inhalación de una serie de sustancias que, como consecuencia de las lesiones declaradas probadas en la sentencia, no viene obligado a soportar y son capaces de perjudicar peligrosamente su salud, agravando sus padecimientos ²⁴⁰.

La tesis defendida no parece que vaya a sufrir modificaciones sustanciales con la futura Ley sobre el tabaco, habida cuenta de que tanto en aquellos espacios donde se permita fumar –las denominadas *smoking rooms*– como en aquellos lugares en los cuales se fume a pesar de la prohibición, el empleador vendrá obligado a garantizar la seguridad e higiene de sus trabajadores de manera que las alteraciones acaecidas en la salud de estos últimos por un ambiente contaminado por el humo del tabaco habrán de ser consideradas como contingencias profesionales en los términos ya expuestos.

2. La responsabilidad de las tabaquerías frente a los costes derivados de los padecimientos vinculados al tabaco.

Para concluir este repaso en torno a las conexiones entre la Seguridad Social y los efectos del tabaco, cabe plantear como último asunto la posibilidad de que el sistema público demande de las empresas fabricantes, distribuidoras e importadoras de los productos derivados de dicha mercancía el reembolso de los gastos ocasionados como consecuencia de los tratamientos y prestaciones dispensadas a quienes sufren los dañinos efectos de su adicción, trasladando los costes económicos impuestos a toda la sociedad hacia la industria tabaquera.

²³⁸ MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: «Muerte de un minero en accidente laboral: la "interminable" y no solucionada lucha entre los órdenes social y civil por conocer de la responsabilidad civil derivada del siniestro (A propósito de la STS Civil 1 de octubre de 2003)», *RTSS (CEF)*, núm. 250, 2004, pág. 111.

²³⁹ Negando la declaración de incapacidad permanente de sujetos con dificultades respiratorias o coronarias, SSTSJ País Vasco de 13 de junio y 3 de octubre de 2000 (JUR 37042/2001 y 42109/2001) o Murcia de 19 de noviembre de 2001 (JUR 21499/2002).

²⁴⁰ STSJ de Madrid de 17 de febrero de 2003 (JUR 193071).

Las reclamaciones de la Administración Pública frente a las empresas del sector han tenido un importante eco en los Estados Unidos y, aun cuando no han concluido con una sentencia judicial, sí es cierto que han finalizado con importantes y sustanciosos acuerdos de naturaleza extrajudicial, en los cuales, a cambio de la retirada de las reclamaciones interpuestas, la industria se ha comprometido a compensar a los servicios sanitarios por los costes ocasionados por las enfermedades derivadas del tabaco ²⁴¹.

Por otra parte, y en el contexto internacional, el artículo 19 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, hecho en Ginebra el 21 de mayo de 2003, recomienda a las Partes la necesidad de estudiar la adopción de medidas legislativas a fin de regular la responsabilidad civil y/o penal, incluyendo las correspondientes compensaciones.

En el ámbito español, el fuego lo ha abierto la Junta de Andalucía cuyo Servicio de Salud ha presentado una demanda reclamando a las compañías tabaqueras presentes en el mercado interno (Altadis, S.A., J.T. Internacional Iberia, S.L., British American Tobacco España, S.A., Tabacos Canary Islands, S.A., Philip Morris Spain, S.A. y CITA Tabacos de Canarias, S.L.) la cantidad de 1.769.964 euros para hacer frente al coste sanitario derivado de la hospitalización de 135 pacientes víctimas del tabaquismo, la cual aún no ha sido resuelta, si bien ya ha cumplido una primera etapa en tanto la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha considerado competente a dicho orden jurisdiccional y ha ordenado la continuación del juicio al menos mientras no se plantee la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario en el momento procesal oportuno para, una vez acaecida dicha circunstancia, entrar el órgano judicial *ad hoc* a valorar si es necesaria la presencia en el pleito de la Administración del Estado, en cuyo caso el litigio pasaría a ser competencia del orden contencioso-administrativo ²⁴².

El *petitum* basa sus fundamentos en las acciones de reembolso o repetición recogidas en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, conforme al cual la Administración, de atender a pacientes en caso de seguros obligatorios, puede pretender del responsable los gastos ocasionados por los tratamientos dispensados, y en el artículo 127.3 de la LGSS, a cuyo tenor en los casos

²⁴¹ «Se alude al acuerdo extrajudicial entre la Administración americana y la industria tabaquera, que obligó a ésta a pactar una indemnización de casi 25 billones de pesetas, pagaderas en 25 años, y que evitará en el futuro nuevas demandas de los Estados [aun cuando]... no impide demandas individuales o colectivas de los particulares», VILLANUEVA LUPIÓN, C.: «La responsabilidad civil de las empresas tabaqueras», *La Ley*, Vol. 3, 2002, pág. 1.626, nota 74.

²⁴² Según el pronunciamiento judicial, «lo correcto es continuar la tramitación del procedimiento conforme a lo pedido por el Servicio Andaluz de Salud de la Junta de Andalucía, concediendo a ésta la facultad de integrar en la forma que se pida la relación procesal, si se adujera en forma en los escritos de contestación la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario en el modo que prevé el artículo 420.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o de oponerse a tal falta en la audiencia previa al juicio, abriéndose la posibilidad de que el tribunal se pronuncie motivadamente sobre esta excepción y, en definitiva, se conceda el derecho de la parte a combatirla, a desistir del procedimiento, a renunciar de aquella parte de su pretensión que pudiera quedar afectada por el eventual litisconsorcio (reclamación tan sólo de los gastos generados con posterioridad al año 1998), a no proseguir el procedimiento por dejar transcurrir el plazo otorgado para constituir el litisconsorcio y dejar imprejuzgada la cuestión de fondo, o a aceptarla y constituir la relación procesal en la forma ordenada por la resolución judicial, en cuyo caso, de ser demandada la Administración, podría el propio órgano judicial apreciar de oficio su falta de jurisdicción», Auto AP, Civil, Madrid 6 de mayo de 2003 (JUR 160725/2004).

de responsabilidad civil o criminal los Servicios de Salud podrán solicitar al tercero el coste de las prestaciones sanitarias que ya hubieran satisfecho. A pesar de semejante apoyo legal, algún autor considera poco probable el éxito de la demanda en tanto no llega a acreditar la relación de causalidad entre el tabaco y los gastos ocasionados por éste, es decir, «no llega a demostrar en cada uno de los casos alegados que ha sido el tabaco el origen de la enfermedad que provoca la hospitalización»²⁴³.

Sea como fuere, se trata de la única actuación de reclamación promocionada desde los poderes públicos españoles²⁴⁴, si bien no cabe olvidar la existencia cada vez mayor de demandas individuales o colectivas de afectados solicitando indemnizaciones a la industria a fin de que sea condenada como responsable civil por las enfermedades contraídas por el consumo del tabaco, las cuales pueden ofrecer las pautas futuras a seguir por los Tribunales frente a las reclamaciones presentadas desde organismos pertenecientes a la Administración.

En este sentido, la totalidad de los pronunciamientos consultados vienen a desestimar las demandas planteadas y exoneran de responsabilidad a las empresas tabaqueras por cuanto no consideran demostrada la relación de causalidad entre el consumo del tabaco y la enfermedad sufrida por el reclamante al presentar ésta una etiología desconocida, aun cuando la adicción a este producto tenga una incidencia elevada en su origen y empeoramiento²⁴⁵; constituir el tabaco uno más de los factores de riesgo concurrentes en el deterioro de la salud del actor, sin poder determinar con exactitud el papel desempeñado por cada uno de ellos²⁴⁶; o,

²⁴³ OJEDA AVILÉS, A.: «El tabaco y el Derecho del Trabajo: algunas preguntas sobre la política antitabaco en España», cit., pág. 1.250.

²⁴⁴ «Resulta sorprendente que sólo una comunidad autónoma haya denunciado las prácticas nada éticas de las tabaqueras, y paradójico que ni tan siquiera tenga el apoyo de las asociaciones de consumidores, cuando todos los ciudadanos estamos pagando (económicamente, además del coste sanitario que se concentra en los fumadores) los abusos de la industria», SOTO-MAS, F.; VILLALBÍ, J.R.; GRANERO, L.; JACOBSON, H. y BALCAZAR, H.: «Los documentos internos de la industria tabaquera y la prevención del tabaquismo en España», *Gaceta Sanitaria*, núm. 17, supl. 3, 2003, pág. 13.

Por el contrario, muy crítico y sarcástico con la actuación del ente regional se muestra CARRASCO PEREA, A.: «Fumar es un placer», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 613, 2004 quien se pregunta «por qué la Junta de Andalucía no busca también un bolsillo profundo para desquitarse de los gastos sanitarios de quienes se entregan, sólo por matar el aburrimiento, al vicio del parapente o del "footing", o por los tratamientos antidepressivos generados por tanto pobre de espíritu que se rindió a la lectura furiosa de periódicos, al consumo de "reality shows" o a la creencia insana en promesas electorales».

²⁴⁵ SSAP, Civil, Baleares 6 de noviembre de 2001 (AC 287/2002) y Alicante 7 de enero de 2003 (JUR 44458) o Sentencias del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, núm. 70, 7 de abril de 2000 (AC 762) y Olot, núm. 2, 31 de marzo de 2004 (AC 809). «No puede pretenderse, en definitiva, la aplicación de criterios de imputación sin haberse constatado, previamente, que existe relación de causalidad en sentido propio entre determinadas conductas y el hecho dañoso... Los criterios de imputación son reglas de criterio humano que se utilizan para determinar, de entre las varias acciones –o circunstancias– que han podido concurrir en la cadena causal, cuál o cuáles deben considerarse jurídicamente relevantes a los efectos de declarar la responsabilidad. La determinación de la relación de necesidad –del nexo causal– que debe existir entre la acción o las distintas acciones que hayan podido intervenir en la cadena causal y el resultado dañoso es, pues, un ineludible *príus* a la posterior aplicación de aquellos criterios de imputación, para precisar cuál de aquéllas es jurídicamente relevante», FERRERES COMELLA, A. y VILADÀS JENÉ, C.: «Algunas reflexiones en torno a las reclamaciones por daños y perjuicios derivados del consumo de tabaco en España y en Europa», *La Ley*, núm. 6123, 2004, pág. 8.

²⁴⁶ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, núm. 2, 21 de mayo de 2001 (AC 975).

por no seguir, la asunción consciente del peligro por parte del fumador pues conocía perfectamente los efectos nocivos de esta adicción, en tanto «el fumar es un acto voluntario, habiéndose asumido libremente los posibles riesgos que para la salud comporta»²⁴⁷, de tal manera que aplicando la teoría de la imputación propia *–sibi imputet–* cabría rechazar la responsabilidad empresarial al ser de aplicación el principio de concurrencia de culpa exclusiva de la víctima²⁴⁸.

Con semejantes antecedentes, difícil será que en las circunstancias presentes los Tribunales lleguen a condenar a las empresas tabaqueras al albur de la interpretación actual del ordenamiento español vigente, por cuanto, y según los pronunciamientos reseñados, el tabaco es una sustancia legal cuyos efectos perjudiciales son notorios, pero habiendo sido advertidos los consumidores desde hace casi veinte años tanto en las cajetillas como en los medios de comunicación, va de suyo concluir la falta de responsabilidad de la industria por cuanto desarrolla una actividad lícita sin que se haya demostrado aún la fabricación o distribución de un producto defectuoso o la vulneración de las distintas normas reglamentarias sobre información previstas por la legislación interna²⁴⁹.

Sin embargo, ha de señalarse que semejante conclusión merece ser matizada y cuando llegue a acreditarse, como ocurre en Estados Unidos²⁵⁰, que las compañías tabaqueras han falseado o maquillado los porcentajes relativos a nicotina, alquitrán y otros aditivos nocivos presentes en los pro-

²⁴⁷ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Olot, núm. 2, 31 de marzo de 2004 (AC 809).

²⁴⁸ SSAP, Civil, Baleares 6 de noviembre de 2001 (AC 287/2002) y Alicante 7 de enero de 2003 (JUR 44458). En definitiva, «no es admisible que, desde el momento en que el perjudicado supo las consecuencias nocivas del hábito de fumar, no tomara todas las medidas necesarias para suprimir su consumo», MILLÁN LATASA DE ARANIBAR, I.: «Responsabilidad de los fabricantes de tabaco. ¿Por qué no prosperan las demandas en nuestro país?», *Iuris*, núm. 68, 2003, pág. 45.

²⁴⁹ En un perfecto resumen de la argumentación referenciada se ha señalado que no cabe imputar ninguna actuación negligente a la empresa tabaquera ni ésta puede derivar «del suministro de un producto dañino para la salud porque tal suministro está legalizado y aunque es cierto que el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias no exime del deber de responder del daño si, pese a todo, se produce, el referido criterio no tiene ningún sentido y no puede ser aplicado cuando la causación del daño es consustancial al producto, de manera que, en tanto su venta esté permitida, del hecho único de su venta no puede derivarse responsabilidad para la entidad que, acogándose a la ley, proceda a su suministro... La demandada ha concluido las obligaciones indicadas por cuanto es un hecho admitido en la litis y conocido por todos que las cajetillas de tabaco suministradas por la misma llevan inscritas las advertencias exigidas, aunque no la relativa a la adicción. Ahora bien, no estimamos que esta omisión deba conllevar la declaración de responsabilidad que se pretende, no sólo porque esta exigencia no está exigida reglamentariamente, y ya hemos indicado la importancia que tiene en esta materia la regulación administrativa, sino porque como las advertencias insertas en las cajetillas son lo suficientemente contundentes y explícitas y no tenemos fundamento alguno para pensar que la referencia a la adicción pudiera ser determinante en la conducta de los consumidores para alejarles del hábito del tabaco y conseguir lo que ninguna otra de las advertencias efectuadas ha logrado», SAP, Civil, Barcelona 1 de diciembre de 2003 (AC 1897).

²⁵⁰ Un estudio sobre los diferentes pleitos entablados al respecto en el sistema norteamericano en SWEDA Jr., E.L.: «Litigation on behalf of victims of exposure to environmental tobacco smoke. The experience from the USA», *European Journal of Public Health*, núm. 2, Vol. 11, 2001, págs. 201 y ss.

ductos derivados del tabaco ²⁵¹ suministrando una información incorrecta ²⁵² cabrá trasladar los costes correspondientes a quienes han fomentado la adicción y han causado el perjuicio ²⁵³, en una expresión de la llamada «socialización de los daños» ²⁵⁴; con todo, en el caso español preciso será reconocer, se insiste una vez más, la dificultad para alcanzar semejantes pronunciamientos en atención a las diferencias entre el sistema americano y el interno, caracterizado por una estricta regulación legal y la participación pública en el negocio del tabaco capaz de mediatizarlo todo ²⁵⁵.

Para concluir, la condena por responsabilidad civil a las empresas tabaqueras en estas demandas individuales o colectivas abriría las puertas a los organismos del Sistema Nacional de Salud *ex* artículo 127.3 de la LGSS para reclamar el reembolso de los gastos sanitarios ocasionados por el tratamiento a los pacientes ²⁵⁶ y, aun cuando dicha solución parece imposible dentro del ordenamiento español en el momento actual, las corrientes provinientes del otro lado del Atlántico, el rechazo social cada vez mayor hacia el tabaco o el avance en las investigaciones médicas sobre las consecuencias de este producto pueden implicar un cambio de criterio en la interpretación jurisprudencial que imponga a la industria del sector hacer frente a cuantos costes se asocian a su consumo.

²⁵¹ Algún autor no duda en afirmar con rotundidad cómo «los datos sugieren que la industria ha fomentado a sabiendas el efecto adictivo de la nicotina», IRALA, J. de: «Prevención del consumo de tabaco, protección del aire respirable y promoción de la salud en relación al tabaquismo...», cit., pág. 8.

²⁵² De esta manera, «si en la presentación del producto se omiten determinadas informaciones o advertencias acerca de los potenciales peligros que entraña su consumo, o estas informaciones son erróneas o insuficientes, el producto será defectuoso por una incorrecta presentación, que ha creado una expectativa de seguridad falsa en los consumidores a quienes va dirigido. En el sentido expuesto, no se considera suficiente la información de que el producto es peligroso, sin mayores precisiones. Si se recogen advertencias frente a los potenciales riesgos que entraña el producto, el fabricante debe indicar por qué es peligroso. La información, además, debe ser rotunda, concreta y colocada en un lugar suficientemente visible para sus destinatarios», VILLANUEVA LUPIÓN, C.: «Un supuesto de responsabilidad civil por productos: el tabaco», *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 3, 2000, pág. 347.

De la opinión contraria, con abundantes citas doctrinales en su apoyo, por cuanto el tabaco crea «unos riesgos ligados a la propia finalidad a que se destina e inherentes a su uso habitual, pero cuyo conocimiento por el gran público y aceptación por sus destinatarios impide considerarlos defectuosos en cuanto que no puede decirse que defrauden las legítimas expectativas de seguridad», GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *Responsabilidad civil por productos defectuosos: Cuestiones prácticas*, Granada (Comares), 2004, págs. 98 y 99.

²⁵³ Conforme señala expresamente el Voto Particular formulado por el Magistrado D. Antonio P. Nuño de la Rosa y Amores a la SAP, Civil, Barcelona de 1 de diciembre de 2003 (AC 1897): «hay que optar entre responsabilizar al consumidor-comprador que acaba siendo víctima del tabaquismo al no poder superar la adicción o al empresario que comercializa el tabaco sin agotar las posibilidades de enterar al consumidor de los riesgos que contrae. Y parece que conforme a la teoría de los efectos del contrato en combinación con la del riesgo empresarial cabe reprochar el negligente proceder del que se deriva el daño más que al fumador que no controla su vicio como consecuencia de la adicción a la tabacalera que lo posibilita y no extrema su deber de información avisando de forma rotunda de las consecuencias de la adicción y sus peligros».

²⁵⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid (Civitas), 1995, págs. 85 y ss.

²⁵⁵ RUIZ GARCÍA, J.A.: «No se fuma por contrato», *In Dret*, núm. 1, 2004, pág. 13.

²⁵⁶ «Sería oportuno considerar también la solución de la vía de los "fondos" que la empresa tabaquera pudiera crear para hacer frente a los daños que ocasiona el consumo de tabaco... Este sistema evitaría las reclamaciones judiciales "en serie" a la empresa tabaquera y procuraría a los damnificados la indemnización, sin los gastos del procedimiento judicial», VILLANUEVA LUPIÓN, C.: «La responsabilidad civil de las empresas tabaqueras», cit., pág. 1.622.

V. CONCLUSIONES

1.^a El tabaco es una sustancia que la ciencia médica ha demostrado perjudicial para la salud, afectando de manera muy especial tanto a los fumadores directos como a quienes lo son de forma pasiva, pero masivamente consumida aún por cientos de millones de personas en todo el mundo. En particular, no es posible desconocer cómo cuenta con una presencia muy significativa en el ámbito de la prestación laboral, a cuya realización queda muchas veces asociado, planteando, al tiempo, un número no pequeño de problemas, tanto de índole estrictamente jurídica, como de convivencia entre quienes son adictos a la sustancia y quienes padecen pasivamente un ambiente laboral cargado de humo.

No obstante, los Estados, ante la cada vez más nítida percepción de los graves perjuicios que el hábito causa en la salud de las personas, han iniciado una larga y dura lucha contra el tabaco a través de medidas normativas de carácter restrictivo, que han ido paulatinamente endureciéndose con el correr de los años, así como de campañas publicitarias y sanitarias de prevención y tratamiento.

2.^a El vigente régimen jurídico del consumo de tabaco en los centros de trabajo se caracteriza por un alto grado de indeterminación, en tanto la conducta no aparece prohibida (tampoco, por supuesto, permitida, ni mucho menos alentada) con carácter general, aun cuando sí aparece proscrita en determinadas situaciones concretas, principalmente cuando el riesgo del tabaco se ve agravado por el de la propia actividad industrial y cuando se trate de lugares donde presten servicios trabajadoras embarazadas.

En un contexto semejante, van a ser las normas paccionadas, las cuales tipifiquen dentro de un elenco de faltas y sanciones, dicha conducta como castigable; en caso de guardar silencio, el empresario, haciendo uso de su poder de dirección, podrá prohibir el consumo de tabaco durante la jornada o limitarlo a ciertas dependencias de la empresa, y la infracción de esta orden llevará aparejada, de concurrir la gravedad y culpabilidad requeridas, el despido disciplinario. En cualquier caso, existiendo o no tipificación convencional u orden empresarial al respecto, un trabajador fumador podría ser despedido disciplinariamente a través de la vía del artículo 54.2.f) del ET, habida cuenta de que padece una adicción a una sustancia tóxica, la cual, cuando repercute negativamente en su prestación de servicios, facultará al empleador para adoptar la sanción más drástica y definitiva. No obstante, tal solución no se presenta como la más adecuada ante las circunstancias en presencia, siendo preferible acordar una suspensión de la relación laboral mientras dure el tratamiento de deshabituación siempre voluntario para el operario.

Es menester resaltar, con todo, la labor en este campo de los sujetos negociadores, pues el convenio colectivo aparece como la mejor opción con que cuenta a día de hoy el ordenamiento jurídico español para luchar contra el tabaco en el lugar de trabajo, constituyendo también un «arma cargada de futuro», en tanto el producto de la negociación es el medio ideal para configurar una estrategia completa; a saber, calificar como faltas sancionables aquellas conductas consistentes en fumar fuera de los lugares permitidos, elaborar medidas adecuadas en orden a la pre-

vención de riesgos y, en fin, propiciar una causa de suspensión del contrato que permita al trabajador completar un curso de deshabituación, pudiendo incluso el empleador comprometerse a sufrarlo él mismo.

3.^a Dentro de un contexto de política legislativa de claro cariz antitabaco (desarrollada tanto a nivel internacional como en el ámbito interno de numerosos Estados), el Gobierno español ha elaborado una propuesta legislativa de marcado corte restrictivo; su previsión más destacada, en cuanto hace al ámbito laboral, viene dada por la completa prohibición de fumar en los centros de trabajo en espacios cerrados, sin posibilidad, además, de habilitar lugares específicos para fumadores (las conocidas como *smoking rooms*), lo cual ha provocado una polémica evidente entre quienes ven en la medida un instrumento eficaz para recortar drásticamente el consumo de esta sustancia (eliminando o reduciendo así sus perjudiciales efectos sobre la población trabajadora) y aquel otro sector (en el que por una vez caminan de la mano representantes de trabajadores y empresarios) que la considera sumamente desproporcionada y expone un buen número de problemas para su aplicación práctica, principalmente la conflictividad interpersonal que puede generar.

Quizá este debate provoque algún retoque en la letra definitiva de la futura Ley (acaso la posibilidad de habilitar lugares dentro del centro de trabajo donde el tabaco pueda ser consumido lícitamente), pero no es previsible un cambio sustancial y es de suponer que la nueva regulación planteará (o acrecentará) numerosas cuestiones de ámbito jurídico-laboral, como serían (en un *numerus apertus* al que cabría añadir cuantas otras la práctica revele) determinar en qué casos puede llegar a resultar lícita la extinción del contrato por causas derivadas directamente del consumo de tabaco (condición resolutoria de no fumar en tiempo y lugar de trabajo, despido objetivo por reducción del rendimiento derivada de la ansiedad y despido disciplinario por toxicomanía que repercute negativamente en el trabajo o indisciplina constituyen opciones latentes); precisar la influencia de la condición de fumador en la distribución de la jornada de trabajo (a efectos de permitir, vía acuerdo individual o convenio colectivo, micropausas intrajornada, sin consideración de tiempo de trabajo efectivo, durante las cuales el trabajador pueda abandonar el lugar de trabajo para fumar un cigarrillo); o, en fin y por no seguir, articular la convivencia en la empresa entre fumadores y no fumadores, en un contexto en el que puede surgir un elevado grado de conflictividad en la convivencia (con un empresario obligado a velar por el cumplimiento de la prohibición de consumir tabaco en sus dependencias y habilitado para dictar órdenes e instrucciones concretas sobre la manera de conseguir dicho objetivo), aspectos todos ellos en los cuales la negociación colectiva estará llamada a jugar un papel más relevante del que hasta ahora ha desempeñado, tratando en lo posible de concretar políticas de empresa (a las que diversas normas autonómicas animan) encaminadas a reducir su consumo, pudiendo asumir el empresario el coste (en tiempo y dinero) de las terapias de desintoxicación que se puedan seguir, así como renunciar a sus facultades disciplinarias por hechos relacionados con el tabaco mientras el trabajador se someta a dichos tratamientos.

4.^a Junto a las prohibiciones de fumar en determinados espacios que constituyen lugares de trabajo impuestas por el Real Decreto 192/1988 y la normativa autonómica, las cuales suponen —a su vez— la correlativa obligación del empresario por garantizar su cumplimiento, a la unidad pro-

ductiva también le es exigible –como imposición autónoma y adicional– prestar una protección eficaz de la seguridad y salud del personal a su servicio frente a los riesgos que, como ha quedado constatado, pueden derivar de un ambiente laboral cargado de humo de tabaco. A tal efecto, la observancia de las disposiciones reseñadas en su momento resulta de todo punto insoslayable, pudiendo generar –también, y en su caso, para el empleado– responsabilidades disciplinarias, administrativas, penales, civiles y de Seguridad Social. La incuestionable incidencia del PLT supone un avance al respecto: así, allá donde opere la prohibición absoluta de fumar, las labores preventivas deberán –cuando menos– quedar limitadas a afianzar el veto; en caso contrario (cuando tal no exista o donde venga permitida la habilitación de zonas específicas a dicho fin), habrán de continuar siendo aplicadas en los términos expuestos, pues el riesgo seguirá presente para cuantos trabajadores presten en dicha ubicación sus servicios.

Por otro lado, la genérica atribución de competencias a distintos sujetos, señeramente la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, los servicios de prevención y los representantes unitarios, sindicales o específicos en materia preventiva de los trabajadores no debe considerarse abstracta o vacía de contenido; antes al contrario, merece ser integrada por las diversas facultades contenidas a lo largo del ordenamiento jurídico para velar por el destierro del tabaco y potenciar un espacio de trabajo libre de humos cuando la salud aparezca mínimamente comprometida. Tal vez el PLT debiera ser revisado en este punto, pues omite cualquier referencia a los sujetos anteriores.

5.ª El marco normativo español vigente califica el tabaco como una droga y considera la adicción a la misma como una enfermedad cuyo tratamiento encuentra un primer cauce adecuado a través de los servicios sanitarios y de protección social previstos en las distintas Comunidades Autónomas que conforman el panorama territorial interno. Al lado de semejantes auxilios genéricos para toda la población, el ordenamiento de la Seguridad Social está llamado a jugar un papel relevante en la protección de los trabajadores frente a las consecuencias derivadas del consumo de tabaco en sus interrelaciones con la prestación de servicios.

De esta manera, las dolencias padecidas por los fumadores activos merecerán, en principio, la consideración de contingencias comunes; sin embargo, determinadas enfermedades ocurridas en el lugar y durante el tiempo de trabajo habrán de ser calificadas como contingencias profesionales aun cuando el hábito tabáquico constituya un antecedente capaz de aumentar de manera considerable su desencadenamiento, a menos que se demuestre de forma clara y fehaciente la desconexión entre la prestación de servicios y el daño sufrido por el trabajador. Por otra parte, y de mantenerse en los términos actuales el PLT, las bajas causadas en los fumadores como consecuencia del denominado síndrome de abstinencia fruto de la deshabituación a este producto también cabrá incardinarlas en las enfermedades del trabajo por su clara vinculación con el desarrollo de la actividad laboral, al derivar del cumplimiento de una orden empresarial.

En cuanto hace a las dolencias asociadas para los fumadores pasivos debidas a la inhalación del humo del tabaco, cuantas presenten una clara conexión con dicho hábito cabrá considerarlas también como enfermedades del trabajo, habida cuenta de que su origen habrá de ser imputado a un

incumplimiento por parte empresarial de sus obligaciones en materia preventiva al no adoptar las medidas razonables y oportunas en aras a impedir la exposición de sus empleados a las sustancias nocivas liberadas por el consumo del tabaco.

* * *

Muchos son, pues, los frentes abiertos que aún quedan por resolver en una cuestión hasta ahora nunca abordada con el rigor y la seriedad necesarios; muchos otros los que planteará la aplicación de la nueva regulación sobre el consumo de tabaco en los lugares de trabajo. De una cierta permisividad de la Ley parece pasarse, en un drástico movimiento pendular, a una restricción casi absoluta, lo cual solucionará algunos problemas, pero acrecentará otros, circunstancia capaz de provocar acaloradas críticas y debates por parte de los agentes sociales que pueden llegar a forzar, en último término, una revisión del tenor de la letra definitiva de la futura Ley; modificación que exigirá, en cualquier caso, una cesión en los planteamientos de todos los implicados. *Item* más, su aplicación práctica requerirá, a la postre, un cambio significativo de actitud en el comportamiento de los partícipes de las relaciones laborales. Lo dicho: *Quo vadis?*