

LA PROHIBICIÓN DE FUMAR EN LOS CENTROS DE TRABAJO: BALANCE DE LA LEY 28/2005 Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

CAROLINA GALA DURÁN

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Catedrática acreditada Universidad Autónoma de Barcelona

EXTRACTO

Palabras Clave: Tabaquismo, salud laboral

La aprobación de la Ley 28/2005, de medidas sanitarias frente al tabaquismo, dio lugar a un importante debate social que también tuvo su eco en el marco de las relaciones laborales, llegándose a afirmar que su influencia en dicho ámbito sería enorme. Ley que implicaba, esencialmente, la prohibición de fumar en los centros de trabajo –tanto públicos como privados- con la excepción –muy discutible, salvo en términos económicos- de los empleados del sector de la hostelería. Ahora bien, transcurridos cinco años de su entrada en vigor, con la Ley 42/2010 se ha dado un nuevo paso, al extenderse la prohibición de fumar también al citado sector, primándose, ya de forma casi absoluta la protección del no fumador frente a los intereses –que no derechos- del fumador. Partiendo de ello, el objetivo de este trabajo es, por un lado, hacer un balance de la problemática que ha surgido como consecuencia de la aplicación de la Ley 28/2005, así como de su eficacia real, mediante el análisis del impacto que la citada Ley ha tenido en la reciente negociación colectiva –que ha sido mínimo- y en la doctrina de los Tribunales –que han adoptado una posición no siempre uniforme y han intervenido tanto en aspectos disciplinarios como de ordenación del tiempo de trabajo-. Y, por otro lado, analizar las novedades que, en materia laboral, incorpora la Ley 42/2010; norma que si bien tiene elementos favorables –la protección de los trabajadores del sector de la hostelería- plantea tanto problemas aplicativos como de control y deja, nuevamente, debates abiertos.

ABSTRACT

Key Words: Smoking at workplaces

The study focuses on the analysis of the law 28/2005, against smoking in workplaces, after five years of implementation. Among its findings, point out the low importance of collective bargaining and the provision of case law in disciplinary matters.

Amended by Law 42/2010, which extends the ban to all workplaces, public and private sectors, including hotels and restaurants, continues to pose serious questions of interpretation and application.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. BALANCE DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 28/2005 EN EL MARCO LABORAL
 - 2.1. El papel de la negociación colectiva
 - 2.2. La posición de los tribunales
3. LAS REFORMAS INCORPORADAS POR LA LEY 42/2010, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 28/2005
4. REFLEXIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 42/2010, de 30 de diciembre, ha venido a modificar una de las leyes que más debate, también desde la perspectiva laboral, ha suscitado en los últimos años. Nos referimos a la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco; ley de naturaleza sanitaria que, fundamentada claramente en la protección de la salud de los no fumadores¹, comportó, entre otros efectos, la prohibición total de fumar en los centros de trabajo, salvo en los espacios al aire libre. Con ello se prohibía el ejercicio de un hábito social permitido –y todavía bastante arraigado, aunque considerado nocivo²- en los espacios cerrados donde se prestasen servicios laborales. De este modo, se optaba decididamente por consagrar un derecho de los no fumadores –incardinado dentro del derecho a la salud- que debía prevalecer sobre el interés o libertad –que no derecho- de los fumadores³.

No obstante, dicha prohibición no fue absoluta, por cuanto, se permitía seguir fumando –pero no por parte de los trabajadores sino de los clientes- en los establecimientos de hostelería y restauración con una superficie útil destinada a clientes y/o visitantes inferior a 100 metros cuadrados cuyo titular así lo decidiese, y se admitía la posibilidad de habilitar zonas para fumadores, con ciertas

¹ Como afirma García Murcia todas las pretensiones de la Ley “se resumen en la protección del derecho a la salud de todas las personas y, en particular, de los no fumadores frente a los fumadores... y, sobre todo, de las personas que por alguna razón especial puedan estar más expuestas a los riesgos propios del humo del tabaco (menores, mayores, asmáticos, personas con deficiencias o problemas respiratorios, etc.)...”, en “La legislación laboral y social en el cambio de año”, *Derecho de los Negocios*, nº 186, p. 4 (La Ley 1048/2006). También, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La prohibición de fumar en los centros de trabajo”, *Relaciones Laborales* nº3, 2006 (La Ley 66/2006), p. 2 y ss. Respecto a los antecedentes, Del Rey Guanter, S., “La prohibición de fumar en los centros de trabajo en la Ley 28/2005: aspectos más relevantes”, p. 848 y ss.

² Entre otros documentos, a estos efectos, vid el “Documento Informativo sobre la Ley que modifica la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco”, *REV.D.G.S.P y S.E.* de 22 de diciembre de 2010, p. 11 y ss.

³ Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, *ob.cit.* p. 846 y 854; y “El tabaco...”, *ob.cit.* p. 23.

características, en determinados espacios o lugares, entre ellos, los centros de atención social, hoteles, bares y restaurantes, salas de fiestas, establecimientos de juego, aeropuertos o estaciones de autobuses⁴.

Estas últimas excepciones comportaban, de por sí, una paradoja: si bien, como señalábamos, el objetivo esencial de la Ley 28/2005, era proteger la salud de los no fumadores y, por inclusión, la salud de los trabajadores no fumadores, se asumía, no obstante, que los trabajadores de determinados sectores de actividad –hostelería-, fumadores o no, continuarían desarrollando su actividad laboral en ambientes cargados de humo, quedando desprotegidos – desde la perspectiva de los riesgos laborales- con respecto al resto de los trabajadores. Y, a su vez, al tratarse de centros de trabajo, dichos trabajadores tenían prohibido fumar dentro del mismo y si querían hacerlo tenían que recurrir a los espacios al aire libre.

Pues bien, tal y como se señala en el preámbulo de la Ley 42/2010⁵, la finalidad de ésta es dar un paso más allá, bastante contundente –hecho que ha dado lugar, nuevamente, a una encendida polémica-, en la protección de la salud de los ciudadanos, ampliando la prohibición de fumar en espacios públicos cerrados y colectivos, desapareciendo, como veremos más adelante, la posibilidad de habilitar espacios para fumadores, con muy pocas excepciones y ninguna de ellas aplicable a los trabajadores. No hay duda que esta modificación legal, fundamentada, a su vez, en la actuación de la Unión Europea⁶, nos sitúa en las posiciones de cabeza en la lucha contra el tabaquismo⁷ aunque, como elemento negativo y tal y como ya ocurría en la versión inicial de la Ley 28/2005, se pone un escaso énfasis en la protección de los fumadores, desde la perspectiva de establecer medidas efectivas que faciliten la deshabituación tabáquica, recogiendo únicamente, como veremos, propuestas bastante ge-

⁴ DA 2ª y art. 8 de la Ley; en relación con este último precepto, Del Rey Guanter, S. (Dir.), p. 39 y ss.; y Menéndez de la Cruz, C., “Europa: prohibido fumar”, Actualidad Administrativa, nº 13, 2008 (La Ley 15914/2008), p. 5 y ss. También, Rodríguez Ruiz De Villa, D., “Bares y restaurantes frente a la regulación antitabaquismo”, Diario La Ley nº 7355, 2010 (La Ley 341/2010), p. 2 y ss.

⁵ “Es patente, como se desprende de diversos estudios realizados al respecto, la necesidad de avanzar en la protección de la salud de los ciudadanos ampliando la prohibición de fumar en espacios públicos cerrados y colectivos, lo que, por otro lado, satisface las demandas de los ciudadanos, como corroboran encuestas oficiales recientemente realizadas...”

⁶ Cabe recordar que existe una estrategia concreta de la Comisión Europea, cuyo objetivo es ampliar la prohibición de fumar en espacios cerrados en todos los Estados miembros en 2012. También cabe citar la ratificación por España, en 2004, del Convenio Marco para el Control del Tabaco de la OMS. Sobre el marco europeo vid. Menéndez de la Cruz, C. “Europa...”, ob.cit. p. 2 y ss.

⁷ Respecto a la regulación aplicable en Alemania, Estados Unidos, Francia, Italia y Reino Unido, vid Del Rey Guanter, S. (Dir.), p. 191 y ss. También, Menéndez de la Cruz, C., “Europa...”, ob.cit. p. 1-2.

néricas⁸. A nuestro entender, ésta sigue siendo una asignatura pendiente, que debería superarse lo antes posible, por cuanto la propia OMS le ha reconocido al fumador el carácter de enfermo, en cuanto dependiente del tabaco.

Ahora bien, junto a ese objetivo general de la Ley 42/2010 se persiguen otros dos más concretos, el segundo de ellos con un evidente contenido laboral: 1º) proteger la salud de los menores, que con la regulación anterior seguían expuestos al humo del tabaco en determinados lugares públicos cerrados así como prevenir un inicio temprano del consumo de tabaco –en aras de esa protección se ha llegado bastante lejos, al prohibirse, incluso, fumar en los recintos de los parques infantiles y áreas o zonas de juego para la infancia⁹; y, 2º) proteger la salud de los trabajadores del sector de la hostelería, expuestos todavía, como veíamos antes, al humo del tabaco ajeno. No obstante, también puede afirmarse que el legislador persigue con esta normativa reducir los gastos sanitarios que ocasionan las enfermedades derivadas del consumo de tabaco así como los costes indirectos resultantes de una menor productividad¹⁰.

En definitiva, tras esta modificación legal, de efectos 2 de enero de 2011, con muy pocas excepciones (centros psiquiátricos y penitenciarios y residencias de personas mayores o con discapacidad), ningún trabajador puede verse expuesto, en su lugar de trabajo, al humo del tabaco.

Partiendo de ello, el objetivo de este trabajo es doble: por un lado y tras haber transcurrido más de 5 años desde su entrada en vigor, hacer un balance de la aplicación de la Ley 28/2005 en el ámbito laboral, mediante un análisis de la negociación colectiva y de la doctrina judicial existente en torno a la prohibición de fumar. Y, por otro lado, valorar las novedades incorporadas en este tema por la Ley 42/2010. Cabe recordar aquí otro elemento: las Leyes 28/2005 y 42/2010 son leyes sanitarias y no laborales y, en consecuencia, no están concebidas especialmente para el ámbito de las relaciones laborales, pero, sin duda, afectan de una forma inevitable a las mismas. Situación que, tal y como ha señalado la doctrina¹¹, puede generar problemas y dificultades de no fácil respuesta, por cuanto una legislación materialmente laboral aparece formalmente como legislación básica, siendo así que las Comunidades Autónomas no pueden desarrollar legislativa ni reglamentariamente temas laborales ni tampoco encomendar a las partes sociales que en la negociación colectiva completen la muy escueta regulación existente.

⁸ Arts. 12 y 13, modificados. La mayor novedad se encuentra en que se valorará, en su caso, la incorporación a la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud de tratamientos de deshabituación tabáquica, cuya eficacia y coste-efectividad haya sido avalada por la evidencia científica.

⁹ Nuevo art. 7 w) de la Ley 28/2005, entendiéndose por tales “los espacios al aire libre acotados que contengan equipamiento o acondicionamientos destinados específicamente para el juego y esparcimiento de menores”.

¹⁰ Menéndez de la Cruz, C., “Europa...”, ob.cit. p. 1.

¹¹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La prohibición...”, ob.cit. p. 4.

2. BALANCE DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 28/2005 EN EL MARCO LABORAL

2.1. El papel de la negociación colectiva

Cabe recordar aquí que, lógicamente, ya antes de la Ley 28/2005, algunos convenios colectivos incluían referencias a la prohibición de fumar en el centro de trabajo y lo hacían, esencialmente, desde la perspectiva de la protección de la seguridad en el trabajo, con el fin de evitar, por el tipo de materiales o elementos que se manipulaban, riesgos como incendios, explosiones, etc. No obstante, cabe tener muy presente que la citada Ley incorporó una perspectiva concreta: como hemos visto, su objetivo es proteger la “salud” de los no fumadores¹², por lo que la prohibición de fumar en los centros de trabajo no se vincula con el riesgo de que se produzcan explosiones o incendios –riesgos para la seguridad laboral- sino, especialmente, con el riesgo que el humo del tabaco –tal y como demuestran diferentes estudios- comporta para la salud de los trabajadores no fumadores –lo trata, pues, como un riesgo para la salud laboral (perspectiva que si bien ya se hallaba presente en la normativa anterior aquí adquiere, sin duda, un nuevo brío)-.

A lo que cabe añadir el escaso margen de actuación que se deja a la negociación colectiva en esta materia –en contra de lo defendido incluso por el Consejo Económico y Social-, al prohibir taxativamente el art. 7.a) fumar en los centros de trabajo. En efecto, la Ley 28/2005 parte de la base de que se está ante un tema de protección de la salud y, como tal, de derecho necesario, y respecto del cual los representantes de los trabajadores y los empresarios no deben tener poder de disposición¹³.

Partiendo de todo ello, a la hora de analizar la negociación colectiva posterior a la entrada en vigor de la Ley 28/2005, cabe plantearse varias cuestiones: a) si la aprobación de la Ley se ha reflejado en los convenios colectivos con la incorporación de nuevas cláusulas o la modificación de las anteriores; b) si el contenido de las cláusulas convencionales que tratan estas cuestiones es acorde con la Ley así como la forma cómo tratan esta materia; y, c) qué perspectiva –riesgo para la seguridad y/o para la salud laboral- subyace en la regulación que hacen actualmente los convenios colectivos.

¹² Tal y como se señala con claridad en la STSJ de Cantabria de 5 de diciembre de 2006 (AS 2006/3395): “... desde el punto de vista laboral, el bien jurídico protegido por la Ley, de modo principal, es la salud de los fumadores pasivos, y así lo señala en su exposición de motivos cuando indica que hay evidencias científicas de que el humo del tabaco en el ambiente (consumo pasivo o involuntario de tabaco) es causa de mortalidad, enfermedad y discapacidad... La finalidad explícita de la Ley de proteger la salud de los fumadores pasivos con carácter general y, de manera particular, en los centros de trabajo, y siendo sin duda legítima la opción legislativa, por el impacto que la exposición al humo produce sobre el derecho al trabajo de los no fumadores...”.

¹³ Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, ob.cit. p. 865.

En relación con la primera cuestión cabe partir del hecho que si bien el tabaquismo se trata en la negociación colectiva no es, ni mucho menos, una prioridad, por cuanto, por ejemplo, sólo el 16,48% de los convenios colectivos publicados en el BOE durante 2009 recogen esta cuestión, mientras que en 2010 el porcentaje es del 19,86%. Cabe añadir, asimismo, que, en la gran mayoría de los supuestos, se lleva a cabo una regulación “negativa”, esto es, se trata el tema desde la perspectiva del ejercicio del poder disciplinario por incumplimiento de la prohibición de fumar, y son muy escasos –anecdóticos– los convenios colectivos que adoptan una visión “positiva”, incluyendo cláusulas dirigidas a facilitar la deshabituación tabáquica de los trabajadores.

Por otra parte, en una primera aproximación –y probablemente era lo que se esperaba cuando se aprobó la Ley– podría pensarse que la Ley 28/2005 ha tenido una clara incidencia en la negociación colectiva –trasladándose la prohibición de fumar en los centros de trabajo, no tanto por convencimiento en muchos casos sino para sensibilizar a los trabajadores y evitar las posibles sanciones que también recoge la Ley–. Ya hemos visto que, desde una perspectiva cuantitativa, no ha sido así –no llegan al 20% los convenios que, en 2010, trataban sobre el tabaquismo–, pero, ¿qué ocurre desde la perspectiva cualitativa? A estos efectos, cabe señalar que de los 67 convenios colectivos publicados en el BOE que tratan esta cuestión en los años 2007 a 2010¹⁴, 28 (un 41,80%) se limitan a reproducir una cláusula que ya estaba en convenios anteriores a la aprobación de la Ley 28/2005¹⁵, y 39 (un 58,20%) incorporan cláusulas nuevas que cabe pensar son

¹⁴ Se ha excluido del cómputo aquellos convenios colectivos que tratan la cuestión pero respecto de los que no se ha localizado un convenio anterior para comparar.

¹⁵ III CC de Telefónica Servicios Audiovisuales SAU (BOE 3-2-2007), CC estatal de estaciones de servicio (BOE 26-3-2007), CC de Centro Farmacéutico, SL (BOE 18-6-2007), CC nacional de mataderos de aves y conejos (BOE 6-7-2007), XI CC de Yell Publicidad SA (BOE 13-10-2007), CC de ámbito estatal para las industrias del frío industrial (BOE 23-10-2007), CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE 30-1-2008), CC básico estatal para las industrias cárnicas (BOE 18-3-2008), V convenio marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE 1-4-2008), VII CC de Antena 3 Televisión SA (BOE 19-5-2008), IV CC de CTC Ingeniería Dedicada, SA (BOE 15-9-2008), VI CC de Supermercados Sabeco SA (BOE 18-11-2008), CC de Cargill España SA (BOE 17-12-2008), CC de Vega Mayor SL (BOE 18-12-2008), CC para las industrias de turrónes y mazapanes (BOE 22-1-2009), CC de TCI Cortés XXI, SAU (BOE 10-6-2009), VII CC La Vanguardia Ediciones, S.L. (BOE 22-7-2009), CC de Frit Ravich, S.L. (BOE 5-9-2009), CC del Grupo Dhul, S.L. (BOE 6-10-2009), IV CC del sector del corcho (BOE 10-11-2009), CC de Fernando Buil, SAU (BOE 2-2-2010), CC de Mahou, S.A. (BOE 19-3-2010), CC de Máquinas Automáticas de Restauración, S.L. (BOE de 29-5-2010), XXIV CC de Agfa Gevaert, SAU (BOE 1-7-2010), VI CC de BP Oil España, SAU (BOE 6-8-2010), CC The Disney Store Spain, SL (BOE 19-8-2010), CC de ámbito estatal para la fabricación de conservas vegetales (BOE 14-9-2010) y CC de Gallina Blanca, SA (BOE 10-11-2010).

fruto de la citada Ley¹⁶, o bien modifican una cláusula ya existente con anterioridad¹⁷. A nuestro entender, con tales datos, cabe interpretar que la influencia de la Ley 28/2005 sobre la negociación colectiva –sin entrar a valorar el contenido de las cláusulas, cosa que haremos más adelante– ha sido bastante escasa.

Asimismo, respecto al tipo de convenio en el que se regula esta cuestión, son muy mayoritariamente convenios de empresa (un 80,85%¹⁸), y los sectores de actividad implicados son muy variados, al incluir, entre otros, la alimentación, el comercio, las nuevas tecnologías, la energía, los transportes o los medios de comunicación.

Respecto a la segunda cuestión antes planteada, ya hemos adelantado que la gran mayoría de los convenios colectivos tratan esta cuestión en el apartado dedicado al ejercicio del poder disciplinario, considerando la transgresión de la prohibición de fumar en el centro de trabajo una falta leve¹⁹ (un 18,39% de los convenios),

¹⁶ III CC general estatal del corcho (BOE 9-1-2007), I CC laboral de los servicios generales de tierra de la empresa Spanair SA (BOE 11-1-2007), IV CC de Euroservice Asistencia Técnica SA (BOE 24-7-2007), II CC de técnicos de mantenimiento de aeronaves de Spanair SA (BOE 20-5-2008), IV CC de Plus Supermercados SA (BOE 23-8-2007), XV CC de la industria química (BOE 29-8-2007), CC de la empresa Centro de Estudios CEAC SL (BOE 4-3-2008), II CC del grupo Sogecable (BOE 4-8-2008), CC de La Voz de Galicia SA (BOE 16-9-2008), CC para la industria de granjas avícolas y otros animales (BOE 16-12-2008), CC estatal de industrias lácteas y sus derivados (BOE 22-1-2009), CC de Alstom Transporte, SA (BOE 4-4-2009), CC de Refrescos Envasados del Sur, S.A. (BOE 24-4-2009), CC de José Sánchez Peñate, S.A. (BOE 1-8-2009), III CC de Repsol YPF, S.A. (BOE de 12-8-2009), CC de Unión de Detallistas Españoles, S.Coop. (BOE 31-8-2009), CC de Mantelnor Outsourcing, S.L. (BOE 31-8-2009), CC de la industria azucarera (BOE 23-9-2009), CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE 15-2-2010), CC de Mercadona, S.A. (BOE 10-3-2010), CC de Pirelli Neumáticos, S.A. (BOE 19-3-2010), CC para la industria de alimentos compuestos para animales (BOE 23-4-2010), CC de 3M España, S.A. (BOE 1-7-2010), CC de Praxair España, S.L. (BOE 5-7-2010), CC estatal de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (BOE 5-7-2010), CC estatal de perfumería y afines (BOE 14-9-2010), CC de Formación y Ediciones, SLU (BOE 14-10-2010) y CC de Agencia Efe, SA (BOE 15-10-2010).

¹⁷ VIII CC interprovincial de Noroto SA (BOE 23-2-2007), II CC de Multiprensa y Más SL (BOE 20-4-2007), CC de Estructura Grupo de Estudios Económicos, SA (BOE 21-8-2007), CC de Compañía Española de Petróleos SA (CEPSA) (BOE 27-11-2008), CC de Petroquímica Española SA PETRESA (BOE 28-11-2008), VIII CC de Repsol Petróleo, S.A. (BOE 23-10-2009), VII CC de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA (BOE 1-12-2009), V CC de Patentes Talgo, S.L. (BOE 1-4-2010), CC de Carlson Wagonlit España, SLU (BOE 12-7-2010), IV CC de Tiendas de Conveniencia (BOE 23-7-2010), XXIII CC de Bridgestone Hispania, SA (BOE 28-7-2010) y XV CC de Bridgestone Hispania, SA (Delegaciones comerciales) (BOE 25-8-2010).

¹⁸ De los convenios publicados en el BOE que tratan sobre esta cuestión durante los años 2007 a 2010.

¹⁹ III CC de Telefónica servicios audiovisuales SAU (BOE 3-2-2007), CC de Euro Depot España SA (BOE 23-10-2007), VII CC de Antena 3 Televisión SA (BOE 19-5-2008), VII CC de Telefónica servicios de música SAU (BOE 15-7-2008), II CC del grupo Sogecable (BOE 4-8-2008), I CC de Alstom Transporte, SA (BOE 4-4-2009), CC de TCI Cortés XXI SAU (BOE 10-6-2009), CC de Frit Ravich SL (BOE 5-9-2009), CC de TecnoCom España Solutions SL (BOE 5-11-2009), IV CC de Sistema a domicilio SD 2000 SL (BOE 12-11-2009), CC de Fernando Buil (BOE 2-2-2010), CC para la industria de alimentos compuestos para animales (BOE 23-4-2010), XXIV CC de Agfa Gevaert, SAU (BOE 1-7-2010), CC de Carlson Wagonlit España SLU (BOE 12-7-2010), CC estatal de perfumería y afines (BOE 14-9-2010), CC de Agencia Efe SA (BOE 15-10-2010).

grave²⁰ (un 28,74%), o muy grave²¹ (un 17,24%), o bien una falta leve, grave o muy grave²² (un 6,9%) o una falta leve y grave²³ (un 4,6%) o grave y muy grave²⁴ (un 16,09%), o en fin, una falta leve o muy grave²⁵ (un 8,04%). Ello supone que un 47,13% de los convenios colectivos consideran dicha transgresión una falta leve o

²⁰ VIII CC de Noroto SA (BOE 23-2-2007), CC estatal de estaciones de servicio (BOE 26-3-2007), I CC del personal técnico de mantenimiento de Swiftair SA (BOE 21-6-2007), VII CC de Estructura Grupo de Estudios Económicos SA (BOE 21-8-2007), IV CC de Plus Supermercados SA (BOE 23-8-2007), CC empresa Verdifresh SL (BOE 20-12-2007), V Convenio marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE 1-4-2008), CC empresa Stock Uno Grupo de servicios (BOE 16-1-2008), CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE 30-1-2008), I CC de Acumula SA (BOE 21-2-2008), CC empresa CEAC SL (BOE 4-3-2008), I CC Fundación tripartita para la formación en el empleo (BOE 9-12-2008), CC para las industrias de turrónes y mazapanes (BOE 22-1-2009), CC de industrias lácteas y sus derivados (BOE 22-1-2009), II CC de Swiftair SA y su personal de tierra (BOE 11-3-2009), CC de Refrescos Envasados del Sur SA (BOE 24-4-2009), CC de José Sánchez Peñate, SA (BOE 1-8-2009), CC de Unión Detallistas Españoles S.Coop. (BOE 31-8-2009), CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE 15-2-2010), CC de Mercadona (BOE 10-3-2010), CC de Mahou, S.A. (BOE 19-3-2010), V CC de Patentes Talgo, SL (BOE 1-4-2010), CC estatal de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (BOE 5-7-2010), CC de The Disney Store Spain, SL (BOE de 19-8-2010), CC de Yemas de Santa Teresa SA (BOE 14-10-2010).

²¹ CC de Centro Farmacéutico SL (BOE 18-6-2007), CC nacional de mataderos de aves y conejos (BOE 6-7-2007), CC básico estatal para las industrias cárnicas (BOE 18-3-2008), CC de La Voz de Galicia SA (BOE 16-9-2008), VI CC de Supermercados Sabeco SA (BOE 18-11-2008), CC de Cargill España SA (BOE 17-12-2008), CC de Vega Mayor SL (BOE 18-12-2008), I CC de Servicios Logísticos de Combustibles de Aviación SL (BOE 10-7-2009), CC de Equitación y Caza SA (BOE 10-7-2009), CC de la industria azucarera (BOE 23-9-2009), CC de Martínez Oriente SA (BOE 13-10-2009), IV CC del sector del corcho (BOE 10-11-2009), VI CC de BP Oil España, SAU (BOE 6-8-2010), CC de ámbito estatal para la fabricación de conservas vegetales (BOE 14-9-2010), CC de Gallina Blanca, SA (BOE 10-11-2010).

²² II CC de Multiprensa y Más SL (BOE 20-4-2007), IV CC de CTC Ingeniería Dedicada SA (BOE 15-9-2008), III CC de Numil Nutrición SRL (BOE 29-5-2010), III CC de Nutricia SRL (BOE 2-6-2010), XXIII CC de Bridgestone Hispania SA (BOE 28-7-2010), XV CC de Bridgestone Hispania SA (Delegaciones comerciales) (BOE 25-8-2010).

²³ XV CC de la industria química (BOE 29-8-2007), CC de Pirelli Neumáticos SA (BOE 19-3-2010), CC de Praxair España SL (BOE 5-7-2010), I CC de Alquimia Soluciones Ambientales SL (BOE 26-8-2010).

²⁴ I CC laboral de los servicios generales de tierra de Spanair SA (BOE 11-1-2007), IV CC de Euroservice Asistencia Técnica SA (BOE 24-7-2007), II CC de técnicos de mantenimiento de aeronaves de Spanair SA (BOE 20-5-2008), I CC de Geserv SL (BOE 16-9-2008), CC de Acciona Airport Services SA (BOE 21-11-2008), I CC del grupo de empresas Swissport-menzies (BOE 3-2-2009), I CC de Iberdrola Inmobiliaria SAU (BOE 4-3-2009), III CC de Algeco Construcciones Modulares SAU (BOE 18-4-2009), CC de Mantelnor Outsourcing SL (BOE 31-8-2009), CC del Grupo Dhul SL (BOE 6-10-2009), CC de EasyJet Handling Spain (BOE 19-12-2009), CC de Máquinas Automáticas de Restauración, S.L. (BOE 29-5-2010), III CC de Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU (BOE 5-7-2010), IV CC de Tiendas de Conveniencia (BOE 23-7-2010).

²⁵ CC de Cannon Hygiene SA (BOE 16-4-2008), CC de Compañía Española de Petróleos SA (CEPSA) (BOE 27-11-2008), CC de Petroquímica Española SA PETRESA (BOE 28-11-2008), CC para las granjas avícolas y otros animales (BOE 16-12-2008), III CC de Repsol YPF SA (BOE 12-8-2009), VIII CC de Repsol Petróleo SA (BOE 23-10-2009), VII CC de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA (BOE 1-12-2009).

grave, descartándose la opción del despido, lo que denota una tendencia que implica que tal conducta, aunque suponga contravenir una norma legal que pretende proteger la salud laboral, no se considera lo suficientemente grave como para constituir causa de extinción del contrato de trabajo. Especialmente sintomático es el hecho de que el 18,39% de los convenios colectivos sólo la considera una falta leve.

En relación a si el contenido de las cláusulas convencionales cumple lo previsto en la Ley 28/2005, según la cual -art. 7.a), tanto en su redacción inicial como en la vigente-, se prohíbe fumar en los centros de trabajo, públicos y privados, salvo en los espacios al aire libre, cabe hacer varias consideraciones:

1ª) Algunos convenios colectivos no se refieren a la citada Ley sino a las “normas de la empresa” relativas a la prohibición de fumar en los centros de trabajo²⁶, con lo que no queda claro si tales normas se limitan a reproducir la Ley o incluso endurecen sus condiciones (prohibiendo fumar en los espacios al aire libre, sobre la base del art. 7.s) de la Ley –en cuyo caso la cláusula es válida-), o, por el contrario, son normas propias que no son acordes a la Ley, lo que implicaría la invalidez de la cláusula convencional. Cabe recomendar aquí una mayor precisión en la redacción de la correspondiente cláusula.

2ª) Algunos convenios colectivos tienen una redacción muy clara, perfectamente adaptada a lo dispuesto en la Ley 28/2005, señalando que se prohíbe fumar en los centros de trabajo, incumpliendo la prohibición establecida en la citada Ley, cuya cita expresa se incorpora²⁷.

En una línea semejante, aunque más parca, algunos convenios se limitan a afirmar que es sancionable fumar en las instalaciones de la empresa²⁸. Redacción, no obstante, que plantea la duda, sobre la que volveremos más adelante, sobre si el término “instalaciones” incluye también los espacios al aire libre.

²⁶ CC estatal de industrias lácteas y sus derivados (BOE 22-1-2009), CC de José Sánchez Peñate SA (BOE 1-8-2009). También I CC de Acciona Airport Services SA (BOE 21-11-2008), I CC del grupo de empresas Swissport-menzies (BOE 3-2-2009), CC de EasyJet Handling Spain (BOE 19-12-2009), XXIV CC de Agfa Gevaert SAU (BOE 1-7-2010).

²⁷ I CC laboral de los servicios generales de tierra de la empresa Spanair SA (BOE 11-1-2007), IV CC de Euroservice Asistencia Técnica SA (BOE 24-7-2007), CC de Centro de Estudios CEAC SL (BOE 4-3-2008), II CC de técnicos de mantenimiento de aeronaves de Spanair SA (BOE 20-5-2008),h CC de Compañía Española de Petróleos SA (CEPSA) (BOE 27-11-2008), CC de Petroquímica Española SA PETRESA (BOE 28-11-2008), I CC de Alstom Transporte, SA (BOE 4-4-2009). También III CC de Repsol YPF SA (BOE 12-8-2009), VIII CC de Repsol Petróleo SA (BOE 23-10-2009), VII CC de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA (BOE 1-12-2009), I CC de Iberdrola Inmobiliaria SAU (BOE 4-3-3009), III CC de Algeco Construcciones Modulares, SAU (BOE 18-4-2009), CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE 15-2-2010), III CC de Iberdrola Ingeniería y Construcción SAU (BOE 5-7-2010), CC de Formación y Ediciones, SLU (BOE 14-10-2010).

²⁸ VIII CC de Noroto SA (BOE 23-2-2007), CC de la industria azucarera (BOE 23-9-2009), I CC de Servicios de Logísticos de Combustibles de Aviación SL (BOE 10-7-2009), CC de Tecnocom España Solutions SL (BOE 5-11-2009), CC de Mercadona SA (BOE 10-3-2010). También I CC del personal técnico de mantenimiento de Swiftair SA (BOE 21-6-2007) y CC de Euro Depot España SA (BOE 23-10-2007).

También existen convenios que señalan que se prohíbe fumar en el centro de trabajo²⁹, dentro de las dependencias de la empresa³⁰ o dentro de todo el recinto de la empresa³¹, que manifiestan que es sancionable fumar en los lugares donde esté prohibido³² o no esté permitido³³, o que afirman que constituye falta laboral fumar fuera de las zonas autorizadas en función de lo establecido por la legislación³⁴. En fin, cabe citar convenios que sólo establecen que es sancionable fumar en zonas prohibidas³⁵ o que fijan que no se puede fumar en los lugares del centro de trabajo (interpretado en sentido amplio) en los que esté prohibido por la legislación vigente o por la normativa interna de la empresa³⁶. Y también existen convenios que prohíben fumar en las instalaciones de la empresa así como en el resto del edificio donde la misma se encuentra ubicada³⁷.

3^a) Algún convenio recoge expresamente un criterio temporal, prohibiendo fumar durante las horas de trabajo, excepto en el tiempo destinado a descanso, agravándose la falta cuando se incumplan las medidas de seguridad³⁸.

4^a) Cabe citar convenios colectivos que dedican un artículo concreto a los derechos del no fumador³⁹.

5^a) Existen convenios que vinculan la existencia de la falta a que la prohibición legal haya sido debidamente anunciada por la dirección⁴⁰.

6^a) Algún convenio colectivo, por el tipo de actividad que desarrolla la empresa, extiende también la prohibición recogida en la Ley 28/2005 al domicilio

²⁹ IV CC de Plus Supermercados SA (BOE 23-8-2007), XV CC de la industria química (BOE 29-8-2007), CC para la empresa Stock Uno grupo de servicios (BOE 16-1-2008), CC de Mantelnor Outsourcing SL (BOE 31-8-2009), CC de Equitación y Caza, SA (BOE 10-7-2009), CC de Pirelli Neumáticos SA (BOE 19-3-2010), I CC de Cableuropa SAU y Tenaria SA (Grupo ONO) (BOE 3-4-2010), CC de Praxair España SL (BOE 5-7-2010), CC de The Disney Store Spain SL (BOE 19-8-2010), I CC de Alquimia Soluciones Ambientales SL (BOE 26-8-2010) CC estatal de perfumería y afines (BOE 14-9-2010), CC de Agencia Efe SA (BOE 15-10-2010).

³⁰ VI CC de Supermercados Sabeco SA (BOE 18-11-2008), I CC de la Fundación tripartita para la formación en el empleo (BOE 9-12-2008), CC de Yemas Santa Teresa SA (BOE 14-10-2010).

³¹ CC de la empresa Verdifresh SL (BOE 20-12-2007).

³² III CC de Telefónica Servicios Audiovisuales SAU (BOE 3-2-2007), CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE 30-1-2008), VII CC de Antena 3 Televisión SA (BOE 19-5-2008), VII CC de Telefónica Servicios de Música SAU (BOE 15-7-2008), IV CC de CTC Ingeniería Dedicada SA (BOE 15-9-2008), CC del Grupo Dhul, SL (BOE 6-10-2009), CC de Máquinas Automáticas de Restauración SL (BOE 29-5-2010), CC estatal de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (BOE 5-7-2010).

³³ V CC de Patentes Talgo SL (BOE 1-4-2010).

³⁴ CC de Mahou SA (BOE 19-3-2010).

³⁵ CC de Gallina Blanca, SA (BOE 10-11-2010).

³⁶ CC para la industria de alimentos compuestos para animales (BOE 23-4-2010).

³⁷ VII CC de Estructura Grupo de Estudios Económicos SA (BOE 21-8-2007).

³⁸ CC de Cannon Hygiene SA (BOE 16-4-2008).

³⁹ CC de Formación y Ediciones SLU (BOE 14-10-2010). También VII CC La Vanguardia Ediciones SL (BOE 22-7-2009), aunque su contenido no es acorde con la Ley 28/2005.

⁴⁰ IV CC de Tiendas de Conveniencia (BOE 23-7-2010).

de los clientes⁴¹.

7ª) Un convenio extiende la prohibición de fumar cuando el trabajador se encuentra en misión de la empresa⁴².

8ª) También cabe citar convenios que señalan, expresamente, que está prohibido fumar en los aseos y zonas comunes⁴³.

9ª) Por otra parte, es importante destacar que existen convenios colectivos que recogen cláusulas que no cumplen lo previsto en la Ley 28/2005, y, además, por diversos motivos:

a) Sancionan fumar en los locales cerrados del centro de trabajo o “fuera de los habilitados para ello”, “en dependencia no habilitada al efecto”, “fuera de las áreas delimitadas” o “en los locales no habilitados al efecto”, de lo que se deduce que parecen admitir la existencia de lugares, áreas o salas habilitadas para fumar, lo que está prohibido actualmente por la Ley⁴⁴.

O bien se señala que constituye falta fumar en cualquier lugar de la empresa, excepto “en aquellos que estén debidamente acotados para tal uso”, redacción que no deja claro si esa excepción se refiere a espacios internos delimitados o sólo a espacios al aire libre⁴⁵. La misma confusión se produce cuando simplemente se afirma que está prohibido fumar en zonas o instalaciones de la empresa, que “no se encuentren autorizadas expresamente para ello”⁴⁶, en “lugares no habilitados al efecto”⁴⁷ o “fuera de las zonas habilitadas para ello”⁴⁸.

b) Se limitan a señalar que está prohibido fumar en el puesto de trabajo y no en el centro de trabajo⁴⁹.

c) Sólo se prohíbe fumar en los lugares en que está prohibido por razones de seguridad e higiene⁵⁰.

⁴¹ I CC de Iberdrola Inmobiliaria SAU (BOE 4-3-2009), III CC de Iberdrola Ingeniería y Construcción SAU (BOE 5-7-2010).

⁴² VIII CC de Noroto SA (BOE 23-2-2007).

⁴³ CC de Formación y Ediciones SLU (BOE 14-10-2010).

⁴⁴ II CC de Multiprensa y Más SL (BOE 20-4-2007), CC de Centro Farmacéutico SL (BOE 18-6-2007), I CC de Acumula SA (BOE 21-2-2008), II CC del Grupo Sogecable (BOE 4-8-2008), CC de Refrescos Envasados del Sur SA (BOE 24-4-2009), VII CC de La Vanguardia Ediciones SL (BOE 22-7-2009), CC de Unión de Detallistas Españoles SCoop. (BOE 31-8-2009), XXIII CC de Bridgestone Hispania SA (BOE 28-7-2010), XV CC de Bridgestone Hispania SA (Delegaciones comerciales) (BOE 25-8-2010).

⁴⁵ CC de Martínez Lorient SA (BOE 13-10-2009).

⁴⁶ IV CC del sector del corcho (BOE 10-11-2009).

⁴⁷ III CC de Numil Nutrición SRL (BOE 29-5-2010), III CC de Nutricia SRL (BOE 2-6-2010).

⁴⁸ I CC de Geserv SL (BOE 16-9-2008).

⁴⁹ CC para las industrias de turrónes y mazapanes (BOE 22-1-2009). También, con matices, CC para la industria de granjas avícolas y otros animales (BOE 16-12-2008).

⁵⁰ CC estatal de estaciones de servicio (BOE 26-3-2007), CC nacional de mataderos de aves y conejos (BOE 6-7-2007), CC básico estatal para las industrias cárnicas (BOE 18-3-2008), CC de La Voz de Galicia SA (BOE 16-9-2008), CC de Cargill España, SA (BOE 17-12-2008), CC de Vega Mayor SL (BOE 18-12-2008), VI CC de BP Oil España SAU (BOE 6-8-2010), CC de ámbito estatal para la fabricación de conservas vegetales (BOE 14-9-2010).

d) Se prohíbe fumar en lugares y “horas” prohibidos por la empresa o proscritos por la legislación específica⁵¹. Limitación horaria excluida por la propia Ley 28/2005.

e) Se hace una remisión a lo previsto en la normativa aeroportuaria y a las exclusiones expresamente realizadas⁵².

f) Se prohíbe fumar durante la prestación del servicio, sin aclarar si dicha prohibición afecta también a los períodos de descanso que se realicen dentro del centro de trabajo⁵³.

Y, g) en fin, también cabe citar convenios colectivos que se limitan a prohibir fumar en el vehículo o junto a los alimentos o en presencia de los clientes⁵⁴, o bien en la cabina del camión y en las áreas de carga y descarga mientras se está en operaciones⁵⁵.

10ª) En algún caso se prohíbe fumar utilizando el uniforme de la empresa⁵⁶, con lo que se va más allá de lo previsto en la Ley 28/2005.

Y, 11ª) finalmente, algún convenio colectivo prevé expresamente que si se impusiese alguna sanción a la empresa por incumplimiento de la Ley 28/2005, la misma será repercutida al trabajador incumplidor con independencia del ejercicio del poder disciplinario⁵⁷.

Como se deriva de lo señalado hasta aquí, actualmente existen convenios colectivos cuya regulación incumple lo previsto en la Ley 28/2005, que deberían modificarse lo antes posible; convenios perfectamente adaptados a la citada Ley y que incluso la citan; y convenios cuya regulación –aunque no mencionen dicha norma- resulta acertada, al adaptarse a lo previsto en ella. No obstante, cabe realizar tres reflexiones en este ámbito:

a) Resultaría muy recomendable que las partes negociadoras de los convenios colectivos estuvieran más atentas a la redacción de este tipo de cláusulas con el objetivo de evitar posibles incorrecciones y confusiones, que ya existen, tal y como hemos visto.

b) Salvo en dos convenios⁵⁸, no se regula un aspecto que puede llegar a ser polémico: la posibilidad de fumar o no en los espacios al aire libre de la empresa, por cuanto, como hemos visto, el art. 7.a) de la Ley 28/2005 prohíbe fumar

⁵¹ CC de TCI Cortés XXI, SAU (BOE 10-6-2009), CC de Carlson Wagonlit España SLU (BOE 12-7-2010).

⁵² I CC de Swiftair SA y su personal de tierra (BOE 11-3-2009).

⁵³ V CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE 1-4-2008).

⁵⁴ IV CC de Sistema a domicilio SD 2000 SL (BOE 12-11-2009).

⁵⁵ CC de Fernando Buil, SAU (BOE 2-2-2010).

⁵⁶ CC de The Disney Store Spain SL (BOE 19-8-2010).

⁵⁷ III CC de Algeco Construcciones Modulares, SAU (BOE 18-4-2009).

⁵⁸ III CC de Algeco Construcciones Modulares SAU (BOE 18-4-2009), donde se afirma que “únicamente se excepcionan de la prohibición anterior los espacios al aire libre”. También CC de la empresa Verdifresh SL (BOE 20-12-2007).

en los centros de trabajo salvo en dichos espacios y la letra s) del mismo precepto, tal y como han ratificado los propios Tribunales, permite al empresario prohibir fumar también en dichos espacios. Consideramos conveniente aclarar este aspecto, e incluso negociarlo colectivamente, a los efectos de prevenir errores e incluso reclamaciones judiciales.

Y, c) sigue presente en el contenido de las cláusulas convencionales la perspectiva de seguridad laboral, esto es, la prohibición de fumar se sigue vinculando, en bastantes convenios, exclusivamente al hecho de que tal hábito en el lugar de trabajo supone un riesgo para la seguridad del propio trabajador, otros trabajadores, terceros, y/o la propia empresa. Con ello entramos, pues, en la tercera cuestión antes planteada.

En efecto, respecto a la perspectiva que subyace actualmente en la regulación convencional, cabe distinguir varios grupos de convenios colectivos:

1) Convenios colectivos que se refieren expresamente a la Ley 28/2005, de lo que se deduce que recogen su visión y, en consecuencia, no se plantea la cuestión de fumar como un elemento de seguridad en el trabajo sino como una materia de salud laboral⁵⁹. Algunos convenios hablan incluso, con especial contundencia, de los derechos del no fumador y del fumador pasivo⁶⁰.

2) Convenios que se refieren expresamente a la Ley 28/2005, pero que agravan la falta cuando se fuma en zonas donde existe riesgo para la seguridad⁶¹, con lo que, a nuestro entender, se incorporan e interrelacionan ambas visiones –salud y seguridad laborales–.

3) Convenios que no citan la Ley 28/2005 y que agravan la falta cuando pueda ocasionarse un riesgo en materia de prevención de riesgos⁶².

⁵⁹ I CC laboral de los servicios generales de tierra de la empresa Spanair SA (BOE 11-1-2007), IV CC de Euroservice Asistencia Técnica SA (BOE 24-7-2007), CC de Centro de Estudios CEAC SL (BOE 4-3-2008), II CC de técnicos de mantenimiento de aeronaves de Spanair SA (BOE 20-5-2008), I CC de Iberdrola Inmobiliaria SAU (BOE 4-3-2009), III CC de Algeco Construcciones Modulares SAU (BOE 18-4-2009), I CC de Alstom Transporte SA (BOE 4-4-2009), CC de Refrescos Envasados del Sur SA (BOE 24-4-2009), CC de Unión de Detallistas Españoles SCoop. (BOE 31-8-2009), CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE 15-2-2010), III CC de Iberdrola Ingeniería y Construcción SAU (BOE 5-7-2010).

⁶⁰ CC de Formación y Ediciones SLU (BOE 14-10-2010).

⁶¹ CC de Compañía Española de Petróleos SA CEPSA (BOE 27-11-2008), CC de Petroquímica Española SA PETRESA (BOE 28-11-2008), III CC de Repsol YPF SA (BOE 12-8-2009), VIII CC de Repsol Petróleo, SA (BOE 23-10-2009), VII CC de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA (BOE 1-12-2009).

⁶² CC de Cannon Hygiene SA (BOE 16-4-2008), IV CTC Ingeniería Dedicada SA (BOE 15-9-2008), I CC de Geserv SL (BOE 16-9-2008), I CC de Acciona Airport Services SA (BOE 21-11-2008), I CC del grupo de empresas Swissport-menzies (BOE 3-2-2009), CC de Mantelnor Outsourcing SL (BOE 31-8-2009), CC del Grupo Dhul, SL (BOE 6-10-2009), CC de EasyJet Handling Spain (BOE 19-12-2009), CC de Máquinas Automáticas de Restauración SL (BOE 29-5-2010), XXIII CC de Bridgestone Hispania SA (BOE 28-7-2010), XV CC de Bridgestone Hispania SA (Delegaciones comerciales) (BOE 25-8-2010).

4) Convenios que siguen exclusivamente vinculados con la lógica de la seguridad en el trabajo⁶³.

5) Convenios colectivos que no citan la Ley 28/2005 pero que recogen sólo una perspectiva de salud laboral⁶⁴.

Y, 6) convenios que no adoptan una posición expresa, limitándose, sin fijar la razón, a prohibir fumar⁶⁵.

De ello se deriva que, en los convenios colectivos actuales, se siguen mezclando las dos lógicas existentes en el marco laboral en torno a la prohibición de fumar: la lógica de seguridad en el trabajo –previa a la Ley 28/2005⁶⁶- y la relacionada

⁶³ CC estatal de estaciones de servicio (BOE 26-3-2007), II CC de Multiprensa y Más SL (BOE 20-4-2007), CC nacional de mataderos de aves y conejos (BOE 6-7-2007), VII CC de Estructura Grupo de Estudios Económicos SA (BOE 21-8-2007), CC básico estatal para las industrias cárnicas (BOE 18-3-2008), CC de La Voz de Galicia SA (BOE 16-9-2008), CC de Cargill España SA (BOE 17-12-2008), CC de Vega Mayor SL (BOE 18-12-2008), II de Swiftair SA y su personal de tierra (BOE 11-3-2009), I CC de Servicios Logísticos de Combustibles de Aviación SL (BOE 10-7-2009), III CC de Numil Nutrición SRL (BOE 29-5-2010), III CC de Nutricia SRL (BOE 2-6-2010), VI de BP Oil España SAU (BOE 6-8-2010), CC de ámbito estatal para la fabricación de conservas vegetales (BOE 14-9-2010).

⁶⁴ I CC de Cableuropa SAU y Tenaria SA (Grupo ONO) (BOE 3-4-2010), VII CC La Vanguardia Ediciones SL (BOE 22-7-2009).

⁶⁵ III CC de Telefónica Servicios Audiovisuales SAU (BOE 3-2-2007), VIII CC de Noroto SA (BOE 23-2-2007), CC de Centro Farmacéutico SL (BOE 18-6-2007), I CC del personal técnico de mantenimiento de Swiftair SA (BOE 21-6-2007), IV CC de Plus Supermercados SA (BOE 23-8-2007), XV CC de la industria química (BOE 29-8-2007), CC de Euro Depot España SA (BOE 23-10-2007), CC de la empresa Verdifresh SL (BOE 20-12-2007), CC para la empresa Stock Uno grupo de servicios (BOE 16-1-2008), CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE 30-1-2008), I CC de la empresa Acumula (BOE 21-2-2008), V CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE 1-4-2008), VII CC de Antena 3 Televisión SA (BOE 19-5-2008), VII CC de Telefónica Servicios de Música SAU (BOE 15-7-2008), II CC del Grupo Sogecable (BOE 4-8-2008), VI CC de Supermercados Sabeco SA (BOE 18-11-2008), I CC de la Fundación Tripartita para la formación en el empleo (BOE 9-12-2008), CC para la industria de granjas avícolas y otros animales (BOE 16-12-2008), CC estatal de industria lácteas y sus derivados (BOE 22-1-2009), CC para las industrias de turrónes y mazapanes (BOE 22-1-2009), CC de TCI Cortés XXI SAU (BOE 10-6-2009), CC de Equitación y Caza SA (BOE 10-7-2009), CC de José Sánchez Peñate SA (BOE 1-8-2009), CC de la industria azucarera (BOE 23-9-2009), CC de Martínez Oriente SA (BOE 13-10-2009), CC de TecnoCom España Solutions SL (BOE 5-11-2009), IV CC del sector del corcho (BOE 10-11-2009), IV CC de Sistema a domicilio SD 2000 SL (BOE 12-11-2009), CC de Fernando Buil SAU (BOE 2-2-2010), CC de Mercadona SA (BOE 10-3-2010), CC de Mahou SA (BOE 19-3-2010), CC de Pirelli Neumáticos SA (BOE 19-3-2010), V CC de Patentes Talgo SL (BOE 1-4-2010), CC para la industria de alimentos compuestos para animales (BOE 23-4-2010), XXIV CC de Agfa Gevaert SAU (BOE 1-7-2010), CC de Praxair España SL (BOE 5-7-2010), CC estatal de transporte de enfermos y accidentados en ambulancias (BOE 5-7-2010), CC de Carlson Wagonlit España SLU (BOE 12-7-2010), IV CC de Tiendas de Conveniencia (BOE 23-7-2010), CC estatal de perfumería y afines (BOE 14-9-2010), CC de The Disney Store Spain SL (BOE 19-8-2010), I CC de Alquimia Soluciones Ambientales SL (BOE 26-8-2010), CC de Yemas de Santa Teresa SA (BOE 14-10-2010), CC de Agencia Efe SA (BOE 15-10-2010), CC de Gallina Blanca SA (BOE 10-11-2010).

⁶⁶ Al respecto vid Del Rey Guanter, S (Dir.), “El tabaco...”, ob.cit. p. 84 y ss.

con la salud laboral –promocionada expresamente por la Ley 28/2005, aunque ya estaba presente en alguna norma anterior-, considerándose, cuando confluyen ambas en el mismo convenio, más grave la infracción de la primera que la de la segunda. A nuestro entender, y sin olvidar el riesgo para la seguridad –de efectos más rápidos (pensemos, por ejemplo, en una actividad con riesgo de incendio o explosión)-, sería recomendable que los convenios colectivos incorporaran también expresamente la otra lógica –la de salud laboral- otorgándole, además, a su vulneración la misma calificación desde la vertiente sancionadora. Ambas lógicas deben estar ya presentes y al mismo nivel en los convenios colectivos.

Por otra parte, cabe señalar que entre las dudas que planteó la aprobación de la Ley 28/2005 se encontraba su posible influencia en el marco de la ordenación del tiempo de trabajo y, en concreto, de los descansos. Esto es, se planteó la cuestión –también resuelta a nivel judicial, como veremos más adelante- de cómo incidiría dicha Ley en el uso del descanso “para bocadillo” regulado en el ET y si, en su caso, debería establecerse un tiempo de descanso adicional dedicado a salir a fumar. En aquel momento se pensó que sería la negociación colectiva la que resolvería estos temas, por lo que resulta muy ejemplificador constatar que no ha sido así, ya que sólo tres de los convenios colectivos consultados abordan este tema: uno considera sancionable abandonar el trabajo durante un espacio de tiempo breve para fumar⁶⁷, otro se limita a afirmar que los fumadores deberán fumar fuera del horario laboral o en los períodos de descanso⁶⁸, y el último señala que la pausa para el desayuno, de 30 minutos, puede ser dividida en tres períodos para los trabajadores que quieran utilizarla para fumar⁶⁹. No se han previsto, pues, períodos de descanso adicionales para los fumadores sino un uso alternativo –y delimitado- del tiempo de descanso ya previsto legalmente. En definitiva, este dato nos muestra que este tipo de situaciones se han resuelto internamente en las empresas sin trasladarse a la negociación colectiva.

Finalmente, como adelantábamos páginas atrás, son muy escasos los convenios colectivos que abordan la cuestión del tabaquismo desde una perspectiva positiva, refiriéndose, de diferente manera, a la implantación de programas y ayudas para la deshabituación tabáquica. En este sentido, se manifiesta que se buscarán vías de colaboración con la Administración Pública para obtener programas y ayudas para la deshabituación⁷⁰, que la empresa fomentará y apoyará los programas de reeducación en la salud para dejar de fumar⁷¹, y que se financiarán –sin sobrepasar el 80% del coste- tratamientos para los empleados que deseen dejar de fumar, dentro de aquellas opciones que merezcan garantía

⁶⁷ CC de Frit Ravich SL (BOE 5-9-2009).

⁶⁸ CC de Formación y Ediciones SLU (BOE 14-10-2010).

⁶⁹ I CC de Activa Mutua 2008 (BOE 5-10-2008).

⁷⁰ VII CC de La Vanguardia Ediciones SL (BOE 22-7-2009).

⁷¹ I CC de Cableuropa SAU y Tenaria SA (Grupo ONO) (BOE 3-4-2010).

técnica, y esta financiación se abonará sólo una vez y sin condicionarla al éxito del tratamiento⁷². A nuestro entender, aun cuando la lógica de la Ley 28/2005 es la protección de los no fumadores resultaría recomendable que las empresas –dentro de su acción social y de su política de prevención de riesgos laborales– arbitrasen mecanismos para ayudar a sus trabajadores fumadores a dejar de serlo. Ya adelantamos páginas atrás nuestra opinión sobre que la protección de los fumadores constituye todavía una asignatura pendiente de la propia Ley 28/2005, que no resuelve la Ley 42/2010. Quizás supondría un incentivo para las empresas en este campo pensar que, junto a la ventaja de contribuir a la mejor salud de sus trabajadores, también se obtienen otros beneficios: un menor índice de absentismo laboral, menores problemas a la hora de gestionar el tiempo de trabajo en la empresa y una mayor productividad.

2.2. La posición de los Tribunales

Los Tribunales se han pronunciado en los últimos años⁷³ en diversas ocasiones sobre el asunto que nos ocupa y no sólo en litigios vinculados con la sanción o despido de un trabajador que ha fumado durante la jornada de trabajo, sino resolviendo también, como adelantábamos páginas atrás, algunos de los interrogantes planteados por la propia aprobación de la Ley 28/2005.

No obstante, el mayor número de sentencias se sitúa precisamente en el marco del despido disciplinario, donde se constata el mantenimiento de una posición vinculada especialmente con la seguridad en el trabajo, en la misma línea de lo que ocurre, como hemos visto, en parte de la reciente negociación colectiva.

De este modo, los Tribunales consideran procedente la sanción o el despido cuando el incumplimiento del trabajador de la prohibición de fumar ha supuesto un riesgo para su propia seguridad, la de sus compañeros o la de la empresa, bastando, además, sólo un incumplimiento por parte del trabajador. Es el supuesto de trabajadores que utilizan productos químicos en su trabajo⁷⁴, que se esconden para fumar en el “cuarto de la pintura” de su empresa causando un pequeño incendio⁷⁵, de pintores que fuman mientras desempeñan su traba-

⁷² CC de 3M España SA (BOE 1-7-2010).

⁷³ Hemos analizado las sentencias publicadas a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley 28/2005.

⁷⁴ STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2006 (Jur 2007/110084), donde se manifiesta: “... se trata de una conducta del trabajador, claramente transgresora por flagrante desobediencia a unas órdenes de la empresa que no se duda tomó dentro de sus atribuciones, y a la vista de la naturaleza inflamable de los productos utilizados en el trabajo... con el consiguiente riesgo, en caso de fumar cerca, para la seguridad del infractor, de sus compañeros y de la empresa en general”.

⁷⁵ STSJ de Canarias de 29 de noviembre de 2006 (AS 2007/521), donde se afirma: “... aunque el demandante no tuvo intención de provocar un incendio, sin embargo con su conducta sí puso en peligro tanto su persona como la del resto de los compañeros, desobedeciendo la prohibición de fumar en el trabajo y lo que es más, provocó ese peligro ante el material existente en la empresa”.

jo⁷⁶, de trabajadores de una gasolinera que fuman en el puesto de venta y cobro y facilitan que los clientes fumen⁷⁷, o de trabajadores de una empresa de puertas que fuman mientras trabajan⁷⁸. También cabe situar aquí el supuesto de un preso que es cesado en su trabajo por fumar reiteradamente en un taller de carpintería⁷⁹. En este ámbito, los Tribunales no exigen siquiera un aviso previo al trabajador, resultando suficiente la existencia de carteles informativos adecuados⁸⁰.

En cambio, cuando ese incumplimiento no viene acompañado del correspondiente riesgo para la seguridad laboral, centrándose exclusivamente en la salud laboral, los Tribunales exigen, para calificar el despido como procedente, la concurrencia de habitualidad o reiteración en la conducta, que haya sido advertido el trabajador previamente (aunque existan carteles en la empresa que prohíban fumar), que se trate de un incumplimiento grave e injustificado, que no haya existido tolerancia empresarial o bien que dicha conducta venga acompañada del incumplimiento de otro tipo de instrucción empresarial (se aplican, en definitiva, los criterios judiciales elaborados, con carácter general, en torno a la desobediencia como causa de despido)⁸¹. E, incluso, en algún caso, se aclara expresamente que no se sanciona a la trabajadora por fumar sino por incumplir las órdenes o instrucciones dictadas por la empresa en el uso regular de sus funciones directivas⁸². Siguiendo tales pautas, se ha declarado como improcedente el despido de un trabajador que fumaba e ingería bebidas alcohólicas e incitaba a sus compañeros a hacerlo⁸³, el de una dependienta que fumaba en horario de atención al público⁸⁴, o el de un trabajador que bebía y fumaba durante el trabajo⁸⁵. Por el contrario, se ha considerado procedente el

⁷⁶ STSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2007 (Jur 2007/132487), que señala: "... el trabajador, conocedor de la prohibición de fumar en el centro de trabajo donde desarrollaba sus tareas, desobedeció la orden, poniendo en peligro de explosión o incendio las instalaciones, con el consiguiente riesgo personal y para los demás trabajadores. No existe razón alguna que justifique o reduzca la responsabilidad derivada de tal conducta...".

⁷⁷ STSJ de Cantabria de 14 de junio de 2007 (Jur 2007/286047).

⁷⁸ STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de septiembre de 2007 (Jur 2008/14574).

⁷⁹ STSJ de Andalucía/Sevilla de 20 de marzo de 2007 (AS 2007/2380).

⁸⁰ STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2006 (Jur 2007/110084).

⁸¹ Así se manifiesta, con claridad, en la STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de octubre de 2006 (AS 2006/3404).

⁸² STSJ de Madrid de 3 de julio de 2006 (Jur 2006/287593).

⁸³ STSJ de Madrid de 24 de enero de 2006 (Jur 2006/98491), donde se afirma: "... si bien la empresa imparte instrucciones de higiene en el trabajo, que publica en el tablón de anuncios, y, concretamente prohíbe fumar y beber en el trabajo, tales prohibiciones son genéricas, sin que haya acreditado que en ningún momento requirió al trabajador para que dejara de beber o fumar en el trabajo, pese a que tal conducta, según consta probado, era habitual, lo que demuestra, ciertamente, que ha existido una tolerancia, no habiéndose reprendido al actor, ni dado órdenes concretas de cese de las conductas proscritas, por lo que en fin, no puede ahora la empresa despedirle sorpresivamente, sin una previa advertencia o llamada de atención...".

⁸⁴ STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de octubre de 2006 (AS 2006/3404).

⁸⁵ STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de marzo de 2009 (Jur 2009/261372).

despido de una trabajadora que, de forma reiterada y pese a las advertencias de la empresa, se desplazaba a fumar a los servicios de otra planta distinta y, además, se enfrentó a una de sus jefas⁸⁶ o el de un trabajador que ya había sido sancionado varias veces por el mismo motivo⁸⁷. Y se ha calificado como procedente una sanción de suspensión de empleo y sueldo de un trabajador al que se le advirtió reiteradamente de la prohibición de fumar y que, en una clara provocación, entró en la nave industrial fumando⁸⁸ y la de un trabajador que se fumó un cigarrillo en el interior de los servicios de la empresa⁸⁹.

En todos los casos, la base legal sobre la que fundamentan las empresas el despido en estos supuestos es especialmente el art. 54.2.b) del ET, aunque también se recurre a la letra d) de dicho precepto.

Visto lo anterior, cabe preguntarse si la posición judicial, muy ligada, como hemos afirmado, a la idea de la protección de la seguridad en el trabajo, dando menos trascendencia a la protección de la salud laboral, resulta equívoca y, en consecuencia, si también un solo incumplimiento de la prohibición de fumar en el centro de trabajo sin riesgo para la seguridad debería ser causa suficiente para un despido disciplinario. A nuestro entender, teniendo presente la gradualidad y proporcionalidad que debe regir la aplicación de la máxima sanción disciplinaria, tal conclusión resultaría excesiva y, por consiguiente, la reiteración en la conducta, tal y como prevé algún convenio colectivo, resulta necesaria para proceder al despido del trabajador en ese caso.

Por otra parte, y como hemos venido señalando, los Tribunales han solucionado interrogantes abiertos por la propia aprobación de la Ley 28/2005. En este ámbito cabe citar varias cuestiones: ¿teniendo en cuenta el importante cambio incorporado por la citada Ley podría defenderse la existencia de condiciones más beneficiosas?, ¿qué ocurre con los trabajadores fumadores en los casos en que la empresa prohíbe salir en los tiempos de descanso para el bocadillo? ¿o qué hacer cuando la empresa prohíbe fumar en los espacios al aire libre? Vayamos por partes.

La duda sobre la posible existencia de una condición más beneficiosa se plantea precisamente en la STSJ de Madrid de 18 de octubre de 2006⁹⁰, donde la empresa venía permitiendo, antes de la entrada en vigor de la Ley 28/2005, a los trabajadores fumadores utilizar unas cabinas habilitadas dentro de las instalaciones de la empresa durante un tiempo máximo de 15 minutos (con posibilidad de fraccionarlos) a lo largo de la jornada de trabajo, con carác-

⁸⁶ SSTSJ de Madrid de 3 de julio de 2006 (Jur 2006/287593), de la Comunidad Valenciana de 8 de febrero de 2007 (AS 2007/1414).

⁸⁷ STSJ de Madrid de 15 de enero de 2010 (Jur 2010/106372).

⁸⁸ STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de febrero de 2007 (AS 2007/1414).

⁸⁹ STSJ de Extremadura de 5 de junio de 2006 (AS 2006/2778).

⁹⁰ Jur 2007/70011.

ter no recuperable y al margen del tiempo para el bocadillo. Lógicamente, la citada Ley supuso la desaparición de las citadas cabinas y los trabajadores reclamaban, como condición más beneficiosa, el mantenimiento del permiso para fumar, ya en los espacios al aire libre. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid descarta la existencia de la citada condición más beneficiosa, afirmándose, además, que si a efectos polémicos se aceptara su existencia la pretensión planteada desbordaría los términos de su supuesto reconocimiento ya que se intentaba extender a toda la plantilla una práctica que sólo se daba en los talleres de carpintería y, además, de ser estimada, crearía un evidente agravio comparativo con los trabajadores no fumadores. A nuestro entender, para descartar la posible existencia de una condición más beneficiosa en torno a estos temas basta recordar que la prohibición total de fumar en los centros de trabajo sólo fue establecida a partir de la Ley 28/2005, y que se trata de una norma legal imperativa y, en consecuencia, de obligado cumplimiento.

Mayor problemática judicial, aunque previsible como afirmábamos páginas atrás, ha comportado la referencia del art. 7.a) de la Ley 28/2005 a que se prohíbe fumar en los centros de trabajo, “salvo en los espacios al aire libre”. En este punto se han planteado dos cuestiones: ¿puede una empresa prohibir fumar en tales espacios cuando lo permitía antes del 2 de enero de 2006?, y, si prohíbe fumar en los espacios libres ¿puede impedir a los trabajadores fumadores salir de la empresa para fumar en el descanso para bocadillo?

La primera cuestión se resuelve en la STSJ de Cantabria de 5 de diciembre de 2006⁹¹, donde se alcanzan conclusiones que resultan de gran interés: a) el art. 7.a) de la Ley 28/2005 impone una prohibición total de fumar en el centro de trabajo, con la consiguiente imposibilidad de habilitar espacios de ningún tipo para los trabajadores fumadores, salvo en los patios interiores del recinto que se hallen al aire libre; b) también está prohibido fumar “en cualquier otro lugar en el que, por mandato de esta Ley o de otra norma o por decisión de su titular” así se decida –apartado s) del precepto citado–, esto es, además de las prohibiciones legales y reglamentarias que se puedan acordar, el empresario en su cualidad de titular del centro de trabajo, puede prohibir que se fume en el interior del recinto, incluidos los espacios que se hallen al aire libre, sin que tal facultad, al emanar de una norma básica del Estado se halle coartada por la circunstancia de que, antes de su entrada en vigor, los trabajadores de la plantilla vinieran haciendo uso de aquellos patios interiores para fumar con la autorización y consentimiento del empresario; y, c) que la posibilidad de establecer espacios habilitados para fumar en los espacios al aire libre es, en todo caso, una facultad del empresario, y cabe también que la materia se regule por la vía de la negociación colectiva o por acuerdo de empresa. En definitiva, para los Tri-

⁹¹ AS 2006/3395.

bunales, cualquier empresario tiene la facultad de prohibir, de forma unilateral, fumar en los espacios al aire libre de su empresa, posición que compartimos y que se mantiene vigente tras la Ley 42/2010; lo que no impide, lógicamente, negociar colectivamente dicha cuestión. Es más esa unilateralidad empresarial se impone incluso en los casos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 28/2005, estas cuestiones hubieran sido objeto de negociación colectiva. Y tampoco cabe olvidar que uno de los motivos que precisamente pueden llevar a un empresario a prohibir fumar en los espacios al aire libre es la difícil gestión del tiempo a utilizar por los trabajadores en el desplazamiento hacia y desde el espacio al aire libre y en la permanencia en el mismo.

No obstante, la validez de lo anterior no supone que todos los problemas se resuelvan, ya que, a nuestro entender, una prohibición como la anterior debe ir acompañada de la posibilidad de que los trabajadores fumadores puedan utilizar –no podemos olvidar que estamos ante un hábito social permitido– el descanso para el bocadillo para salir fuera de las instalaciones de la empresa y fumar, salvo situaciones excepcionales objetivamente justificadas. Ésta es precisamente la cuestión resuelta en las sentencias de los TSJ de Cataluña de 5 de junio de 2007⁹² y de Navarra de 14 de enero de 2008⁹³, donde los trabajadores fumadores impugnan la decisión empresarial de no permitir salir de las instalaciones de la empresa durante el tiempo para el bocadillo, ya que, al haberse prohibido fumar en los espacios al aire libre, ello les impide fumar durante toda la jornada laboral. Las empresas alegaban razones de seguridad al estar ubicada en un polígono industrial con mucho tráfico de vehículos, de control horario y de acceso a las instalaciones y razones jurídicas relacionadas con la finalidad del descanso.

Ambas sentencias dan la razón a los trabajadores, criterio que compartimos, sobre la base de argumentos como los siguientes:

1º) Si el descanso para el bocadillo no se considera tiempo de trabajo efectivo, se trata de un período en el que el empresario no puede ejercer las facultades de dirección y control previstas en el art. 20 del ET ni tampoco adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales; y, en consecuencia, el trabajador no está sujeto a ninguna de las obligaciones que como tal le impone la legislación laboral y tiene, en principio, libertad para invertir dicho tiempo de descanso, que no necesariamente ha de ser para tomarse un bocadillo, del modo que estime conveniente, no existiendo disposición legal alguna que le prohíba abandonar las instalaciones de la empresa, disponiendo durante este período de libertad de movimiento, amparada por el derecho a la libertad individual que reconoce a toda persona el art. 17.1 de la Constitución⁹⁴.

⁹² AS 2007/2706.

⁹³ AS 2008/816.

⁹⁴ STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2007 (AS 2007/2706).

2º) Como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional, el conjunto de derechos y obligaciones recíprocas derivadas del contrato de trabajo no implica la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, pero puede condicionar su ejercicio, pero solo en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, y en este caso no se prueba la existencia de superiores derechos o intereses empresariales que justifiquen una restricción del derecho a la libertad individual del trabajador⁹⁵.

3º) En efecto, no parece que existan razones de peso desde el punto de vista organizativo para la prohibición ni que pueda ocasionar graves problemas de organización el que algunos trabajadores salgan durante un corto período de tiempo del recinto físico de la empresa. Tampoco parece relevante el riesgo relacionado con el tráfico, en todo caso no es mayor que el puede correr cualquier persona que camina por la calle o cualquier otro espacio público y al cual están expuestos los propios trabajadores de la empresa cuando se desplazan desde su domicilio al trabajo o cuando se desplazan por las propias dependencias de la empresa⁹⁶.

4º) El deber de velar por la salud de los trabajadores, por muy encomiables que sean los planes que se ofrezcan a los trabajadores para que dejen el hábito de fumar, no puede ir más allá de las obligaciones establecidas por la Ley 28/2005, que no establece una prohibición absoluta de fumar, sino solo en los lugares que en dicha Ley se indican⁹⁷.

5º) El que en términos coloquiales se hable de tiempo o pausa para el bocadillo no significa que el trabajador no pueda hacer otra cosa que descansar o tomarse un bocadillo y la empresa no tiene derecho a controlar lo que hace durante el tiempo de descanso, que no es tiempo de trabajo y que no le es retribuido⁹⁸.

6º) Es cierto que se trata de una práctica, la de fumar, que por normativa se trata poco a poco de erradicar. En efecto, la conciencia y sensibilización

⁹⁵ SSTSJ de Cataluña de 5 de junio de 2007 (AS 2007/2706) y de Navarra de 14 de enero de 2008 (AS 2008/816), donde se afirma: "... se trata de decir, pues, si en este caso la medida empresarial denunciada puede calificarse de adecuada y proporcionada en relación con los derechos en juego: el del empresario a su libertad empresarial y el del trabajador a su libertad individual... debe tenerse en cuenta que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la libertad e intimidad del trabajador pues ciertamente puede entenderse que pertenece al ámbito estricto de la vida privada e íntima de la persona, en el presente caso del trabajador demandante, el acto de fumar y ello como expresión de la libertad individual, derecho que debe ser armonizado con las obligaciones laborales dimanantes de la normativa vigente en la materia...".

⁹⁶ STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2007 (AS 2007/2706).

⁹⁷ STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2007 (AS 2007/2706).

⁹⁸ STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2007 (AS 2007/2706). También STSJ de Navarra de 14 de enero de 2008 (AS 2008/816).

social sobre este particular parece notable, y su aplicación normativa y práctica tienden a la adopción de una serie de medidas que desde diferentes ámbitos faciliten de forma paulatina su desaparición, pero también es cierto que dicho objetivo no puede pretenderse a través exclusivamente del imperativo legal o, en el ámbito laboral, mediante decisiones empresariales absolutas limitando o restringiendo el ejercicio individual de aquel derecho cuando el mismo se está ejerciendo sin menoscabo de los intereses empresariales y reservando el necesario equilibrio entre los derechos y obligaciones de ambas partes⁹⁹; y,

7º) a falta de otras alternativas facilitadas por la empresa, el ejercicio del derecho solicitado en los tiempos de descanso y fuera del recinto laboral se manifiesta como razonable y no abusivo, solución que aparece como la más generalizada en numerosos centros de trabajo, contando siempre la empresa claro está con las oportunas medidas de control para corregir posibles abusos en su ejercicio¹⁰⁰.

Se han resuelto, pues, y, a nuestro entender, de forma acertada, los principales problemas de aplicación de la Ley 28/2005, defendiéndose la prevalencia del derecho a la salud de los trabajadores no fumadores pero también buscando una alternativa viable para los trabajadores fumadores a los efectos de poder ejercitar un hábito que, como venimos afirmando, está socialmente permitido aunque resulte nocivo.

Y, por último, en este ámbito cabe destacar, en relación con el impacto que la Ley 28/2005 ha tenido hasta el momento en el marco judicial, que son pocas las sentencias que citan expresamente dicha Ley¹⁰¹.

3. LAS REFORMAS INCORPORADAS POR LA LEY 42/2010, DE 30 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 28/2005

Desde la perspectiva laboral, la Ley 42/2010, deja la mayoría de las cosas tal y como estaban pero también introduce algunas novedades, como apuntábamos anteriormente, que han comportado –ya no desde una vertiente laboral sino exclusivamente de resultados económicos– una importante polémica en los últimos meses.

En primer lugar, cabe destacar que no se modifica la prohibición de fumar en los centros de trabajo públicos y privados, salvo en los espacios al aire libre, así como en centros y dependencias de las Administraciones Públicas y entida-

⁹⁹ STSJ de Navarra de 14 de enero de 2008 (AS 2008/816).

¹⁰⁰ STSJ de Navarra de 14 de enero de 2008 (AS 2008/816).

¹⁰¹ SSTSJ de Extremadura de 5 de junio de 2006 (AS 2006/2778), Madrid de 3 de julio de 2006 (Jur 2006/287593), de Cantabria de 5 de diciembre de 2006 (AS 2006/3395), de Cataluña de 5 de junio de 2007 (AS 2007/2706), de Navarra de 14 de enero de 2008 (AS 2008/816), de la Comunidad Valenciana de 10 de marzo de 2009 (Jur 2009/261372) y de Madrid de 15 de enero de 2010 (Jur 2010/106372).

des de Derecho Público¹⁰². En este punto, cabe recordar que, tal y como han ratificado los Tribunales, el titular del centro o dependencia puede prohibir fumar también en los espacios al aire libre. A lo que cabe añadir que tales espacios al aire libre son aquellos que efectivamente lo están, sin que puedan considerarse como tales una ventana, un patio interior, un balcón, un pasillo exterior, etc. Cabe tener presente, no obstante, que en sectores como la construcción puede producirse el tránsito del espacio al aire libre a un espacio cerrado a medida que avancen las obras, lo que puede dar lugar a ciertos problemas¹⁰³. En fin, en este ámbito también nos reafirmamos en la conveniencia de que los convenios colectivos regulen expresamente y aclaren -como hemos visto, muchas veces no lo hacen- si está permitido fumar en los correspondientes espacios al aire libre.

Sin embargo, la Ley 42/2010 no ha resuelto alguna duda surgida con la redacción inicial de 2005, como es el propio concepto de “centro de trabajo” aplicable a estos efectos. En torno a esta cuestión cabe afirmar que dicho concepto no puede identificarse con la definición recogida en el art. 1.5 del ET -demasiado restrictiva- sino que la prohibición de fumar debe extenderse -por su propia finalidad- a todos los “lugares de trabajo”, concepto que incluiría no sólo aquellos espacios en los que se trabaja efectivamente sino también aquellos en que se produce la presencia de personas por motivo de su trabajo (vestuarios, cafeterías y restaurantes, aseos, instalaciones deportivas, áreas de descanso, etc.) así como los lugares de paso o de tránsito (entradas, pasillos, patios, etc.). Ello implica también que, desde la perspectiva temporal, en todos esos espacios la prohibición de fumar abarca las 24 horas diarias y los 365 días del año. Y ello con independencia de que el titular del lugar de trabajo sea un empleador público o privado. Y también se considera lugar de trabajo, a pesar de ser un espacio privado protegido por el derecho a la intimidad y la inviolabilidad, el domicilio en el caso de los empleados de hogar, durante el tiempo en que se hallen prestando sus servicios (ámbito en el que, no obstante, existirán evidentes problemas de control del cumplimiento de la prohibición de fumar pero donde también garantizarse la salud del trabajador).

A lo que cabe añadir que dicha prohibición de fumar se matiza en el caso de los trabajadores autónomos o los profesionales que sólo cuando entren en contacto con otras personas (socios, colaboradores, clientes, otros trabajadores, etc.) les será de aplicación¹⁰⁴.

En fin, en este marco también cabe destacar que ni la Ley 28/2005 ni la Ley 42/2010 entran a regular una cuestión que puede ser problemática: la po-

¹⁰² Art. 7.a) y b) de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010.

¹⁰³ Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, ob.cit. p. 860.

¹⁰⁴ García Murcia, J., “La legislación...”, ob.cit. pág. 4. También Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, ob.cit. p. 857.

sibilidad de que un empresario prohíba a sus trabajadores fumar en la entrada o lugar de acceso al centro de trabajo, por cuanto aquél puede estar interesado, por cuestiones de imagen, en no tener de forma más o menos continua a un grupo de trabajadores fumando en dicho lugar. En este caso, si dicho espacio es de titularidad pública –como lo será en muchos casos- el empresario no puede disponer sobre la utilización del mismo; cuestión distinta es que su titularidad sea privada o compartida¹⁰⁵. No obstante, como veremos más adelante, la Ley 42/2010 sí prohíbe –con la voluntad de evitar que los jóvenes entren tempranamente en el tabaquismo- fumar en los accesos inmediatos y aceras circundantes de los centros docentes y formativos.

Y tampoco se resuelve expresamente el caso de aquellos lugares comunes en edificios compartidos que quedan fuera del centro de trabajo como corredores, escaleras, aseos compartidos, etc., respecto a los cuales el empresario no tiene poder de disposición pleno por pertenecer total o parcialmente a un tercero. Este supuesto o bien puede ser que sea susceptible de incluirse en alguno de los apartados del art. 7 de la Ley 28/2005 –como el apartado n) respecto a espacios de uso público de reducido tamaño- o bien que el titular ajeno o los cotitulares utilicen la facultad del apartado s) del art. 7 para prohibir fumar en dichos lugares. Asimismo, debe tenerse presente que en tales espacios será fácil que exista transmisión del humo a los centros de trabajo y, en consecuencia, la prohibición debería fijarse¹⁰⁶.

Respecto al alcance material de la prohibición, ésta sigue centrada en la actividad de fumar, por lo que no están incluidos otros productos del tabaco tales como los destinados a ser inhalados, chupados o masticados en tanto que al no producir humo no suponen un riesgo para personas distintas de quien los consume. No obstante, ello es muestra de que el tabaquismo pasivo se combate en la Ley con una mayor determinación prohibitiva que el tabaquismo activo, ya que no hay menos evidencia científica sobre los efectos negativos que para la salud de sus consumidores tienen esos otros productos del tabaco¹⁰⁷. Asimismo, sólo se prohíbe fumar tabaco, no viéndose afectados por esta prohibición los cigarrillos de hierbas ni tampoco los cigarrillos electrónicos.

Asimismo, desde la perspectiva subjetiva, la prohibición afecta a todo tipo de trabajador presente en el lugar de trabajo, con relación laboral común o especial o bien con una relación de carácter civil o mercantil –trabajador autónomo, miembro del consejo de administración, altos directivos, trades...-, a los clientes, suministradores y proveedores, a los trabajadores cedidos por una ETT y a los trabajadores de subcontratas.

En segundo lugar, y como novedad, en los centros, servicios o establecimientos sanitarios se prohíbe fumar tanto en los espacios cerrados como en

¹⁰⁵ Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, ob.cit. p. 861.

¹⁰⁶ Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, ob.cit. p. 862.

¹⁰⁷ Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, ob.cit. p. 855.

los espacios al aire libre o cubiertos en sus recintos¹⁰⁸. Por tanto, a diferencia de la redacción inicial de la Ley 28/2005, en estos momentos no es posible fumar en ningún lugar dentro de un centro sanitario, lo que supone que no sólo los visitantes o terceros ajenos al hospital sino también el propio personal del hospital tendrá que salir del recinto sanitario para fumar; circunstancia que puede plantear problemas de ordenación del tiempo de trabajo (gestión de los descansos en los casos, por ejemplo, en que se necesite hacer un recorrido largo para salir del recinto) e incluso de imagen empresarial si, por ejemplo, el centro sanitario está situado en una zona céntrica de la ciudad (por la propia función de defensa de la salud atribuida socialmente al personal sanitario). También en algunos casos puede plantear problemas la delimitación física del propio recinto sanitario.

No obstante, la Ley 42/2010 amplía el alcance de la situación especial creada inicialmente para el caso de los establecimientos psiquiátricos, refiriéndose a los de media y larga estancia y sólo para los pacientes –no incluyéndose, por tanto, a los trabajadores, familiares o visitantes¹⁰⁹–, señalando que se les permite fumar en las zonas exteriores de sus edificios al aire libre, o en una sala cerrada habilitada al efecto, que habrá de estar debida y visiblemente señalizada y contar con ventilación independiente o con otros dispositivos para la eliminación de humos. Cabe pensar que, a dicha sala (que según la redacción de la Ley parece obligatoria), accederá el personal del centro –no para fumar como hemos señalado, sino para acompañar a un paciente, para verlo, ir a recogerlo...–, y si bien la sala contará con ventilación, dicho personal quedará expuesto al humo del tabaco, rompiéndose con ello la lógica protectora de la Ley que sí se garantiza, como veremos más adelante, en el caso de los trabajadores de hoteles u hostales. El fundamento de esta situación especial se hallaría en la situación médica particular de los pacientes ingresados en este tipo de centros y también puede ser que esa misma situación particular justifique que, en determinados casos, los trabajadores del centro puedan verse expuestos, como veíamos antes, al humo del tabaco, pero no podemos olvidar tampoco que con ello se está poniendo en peligro su salud. Y, en fin, también cabe señalar que esta excepción no se aplica en el caso de los centros de corta estancia y, a diferencia de lo previsto en la redacción inicial de la Ley 28/2005, no se exige ya que se determine, por criterio médico, qué pacientes pueden fumar, por lo que cabe entender que pueden hacerlo todos aquellos que lo deseen.

También se han introducido modificaciones (restricciones) en el caso de los centros docentes y formativos¹¹⁰, donde ahora se distingue en función del tipo de estudios impartidos (y de la edad de los propios estudiantes), esto es, se diferencia

¹⁰⁸ Art. 7.c) de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010.

¹⁰⁹ DA 7ª de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010.

¹¹⁰ Art. 7.d) de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010.

entre los centros universitarios y los dedicados exclusivamente a la formación de adultos y el resto de los centros docentes y formativos. En los últimos está prohibido fumar tanto en los espacios cerrados como en los espacios al aire libre (se pretende evitar que los jóvenes y menores se inicien tempranamente en el tabaquismo) y en los primeros sólo se permite fumar en los espacios al aire libre, siempre que no se trate de acceso inmediatos a los edificios o aceras circundantes. Aquí cabe hacer dos consideraciones: a) en el caso de los centros de formación de adultos esa habilitación para fumar en espacios al aire libre sólo es aplicable si se dedican exclusivamente a dicha formación, por tanto, si incorporan formación dirigida a otros colectivos de edad entrarán en el marco de la prohibición absoluta de fumar; y, b) en los centros universitarios y de formación de adultos se prohíbe fumar en los accesos inmediatos a los edificios y aceras circundantes, cuya delimitación no siempre será fácil (¿qué distancia deberá guardar un trabajador para poder fumar respecto a un “acceso inmediato” (¿y qué es un acceso inmediato?)? ¿hasta dónde llega una acera circundante?). A lo que cabe añadir que no se prohíbe expresamente fumar en tales lugares cuando se trata de un centro de educación no universitaria, lo que lleva a preguntarse si podría, por tanto, fumar el personal del centro (o cualquier otra persona) en la acera circundante del mismo o en los accesos inmediatos al centro. Por coherencia interna de lo dispuesto en el propio art. 7.d) de la Ley 28/2005 la respuesta sería, a nuestro entender, negativa, aun cuando su redacción debería haber sido más clara.

En tercer lugar, se mantiene, en los mismos términos anteriores, la prohibición de fumar en determinados espacios, así¹¹¹: en las instalaciones deportivas y lugares donde se desarrollen espectáculos públicos, siempre que no sean al aire libre; en las zonas destinadas a la atención directa al público; en los centros comerciales, incluyendo grandes superficies y galerías (incluyendo los bares, restaurantes y demás establecimientos de hostelería y restauración situados en su interior), salvo en los espacios al aire libre; en los centros culturales, salas de lectura, exposición, bibliotecas, conferencias y museos; en las áreas o establecimientos donde se elaboren, transformen, preparen, degusten o vendan alimentos, y en las estaciones de servicio y similares. En estos casos, los trabajadores –al igual que el resto de los visitantes, usuarios, etc.- sólo podrán fumar en los espacios al aire libre, salvo, nuevamente, que el titular del centro o instalación lo prohíba. En el supuesto de las estaciones de servicio tampoco se podrá fumar al aire libre, por razones de seguridad evidentes, salvo en zonas expresamente delimitadas, si existen. Tampoco se puede fumar en los ascensores y elevadores así como en las cabinas telefónicas, recintos de los cajeros automáticos y otros espacios cerrados de uso público de reducido tamaño¹¹².

¹¹¹ Art. 7.e), f), g), j), l) y r) de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010.

¹¹² Art. 7.m) y n) de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010. Se entiende por espacio de uso público de reducido tamaño aquel que no ocupe una extensión superior a 5 metros cuadrados.

Por otra parte, se han introducido cambios –nuevamente de carácter restrictivo- en el ámbito de los transportes, previéndose la prohibición de fumar en las estaciones de autobuses, salvo en los espacios que se encuentren al aire libre, vehículos o medios de transporte colectivo urbano e interurbano, vehículos de transporte de empresa, taxis, ambulancias, funiculares y teleféricos, en todos los espacios del transporte suburbano (vagones, andenes, pasillos, escaleras, estaciones, etc.) salvo en los espacios que se encuentren por completo al aire libre, en las estaciones, puertos y medios de transporte ferroviario y marítimo salvo en los espacios al aire libre, y en los aeropuertos, salvo en los espacios que se encuentren al aire libre, aeronaves con origen y destino en territorio nacional y en todos los vuelos de compañías aéreas españolas, incluidos aquellos compartidos con vuelos de compañías extranjeras¹¹³. Con ello se excluye la posibilidad, admitida en la redacción inicial de la Ley 28/2005, de habilitar zonas para fumadores en los aeropuertos, estaciones de autobuses y de transporte marítimo y ferroviario. Actualmente, en todos esos ámbitos sólo está permitido fumar –salvo disposición expresa en contrario-, tanto por parte de los trabajadores como de los usuarios y terceros en los espacios al aire libre.

En relación con el caso concreto de los vehículos de empresa, cabe incluir en los mismos tanto los que transportan personas como mercancías o productos y aquellos que sirven para que los trabajadores desarrollen su trabajo (representantes de comercio, instaladores...), no siendo determinante que dichos vehículos sean utilizados por uno o varios trabajadores, de forma simultánea o sucesiva. Se excluye, no obstante, el vehículo que una empresa entrega a un trabajador como salario en especie para su uso privado, ya que, aunque dicho vehículo es propiedad de la empresa prevalecería su carácter de retribución sobre el de medio de transporte de empresa. Asimismo, la prohibición se extendería al caso en que el trabajador puede hacer uso de un vehículo de empresa fuera del horario laboral. En fin, en el caso del trabajador autónomo la prohibición se aplicaría cuando vaya acompañado en su vehículo por sus propios trabajadores o bien por trabajadores de la empresa para la que presta servicios¹¹⁴.

En cuarto lugar, ahora se prohíbe totalmente fumar en los centros de atención social y centros de ocio o esparcimiento¹¹⁵, salvo en los espacios al aire libre, con dos cambios: ya no tiene relevancia la edad de sus usuarios –la redacción inicial de la Ley 28/2005, distinguía entre menores y mayores de 18 años- y se excluye la posibilidad de habilitar zonas para fumadores.

No obstante y tal y como hemos señalado, el principal cambio se da en el sector de la hostelería y afines, al extenderse la prohibición total de fumar a

¹¹³ Art. 7.ñ), o), p) y q) de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010.

¹¹⁴ Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, *ob.cit.* p. 860.

¹¹⁵ Art. 7.h) e i) de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010.

las salas de fiesta, establecimientos de juego o de uso público en general¹¹⁶, salvo en los espacios al aire libre; hoteles, hostales y establecimientos análogos, salvo, nuevamente, en los espacios al aire libre; bares, restaurantes y demás establecimientos de restauración cerrados; y salas de teatro, cine y otros espectáculos que se realizan en espacios cerrados¹¹⁷. Con la única excepción –muy matizada– de los hoteles, hostales y establecimientos análogos, en todos esos lugares está prohibido fumar, salvo en los espacios al aire libre, dándose por fin, como señalábamos al principio, el mismo trato protector a los trabajadores contratados en dichos sectores y a los contratados en el resto de sectores productivos.

También cabe destacar que la hostelería es el único ámbito en el que la Ley 42/2010 ha definido el concepto de “espacio al aire libre”, considerando como tal todo espacio no cubierto o todo espacio que estando cubierto esté rodeado lateralmente por un máximo de dos paredes, muros o paramentos; definición que podemos considerar no restrictiva ya que incorpora en dicho concepto los espacios parcialmente cerrados –es posible fumar, por tanto, en un bar que tenga un espacio cubierto y cerrado por dos paredes, muros o paramentos y en el mismo prestarán servicios trabajadores–. Esta definición plantea, no obstante, varios problemas: 1º) al referirse expresamente la Ley a la hostelería cabe preguntarse si están incluidas en esta definición las salas de teatro y cine o los establecimientos de juego, no identificados directamente –ni siquiera en los convenios colectivos¹¹⁸– con el sector de la hostelería, a nuestro entender la respuesta sería negativa; 2º) pueden plantearse problemas aplicativos y de control del cumplimiento de esta medida (es fácil ver bares que han instalado carpas exteriores rodeadas por tres paredes y no por dos, a lo que cabe añadir cómo garantizar, por la propia ubicación de este espacio cubierto, que exista una ventilación suficiente y no se acumule dentro el humo del tabaco <la existencia de ventilación se presupone aunque puede no darse siempre o resultar inútil transcurrido cierto tiempo>); 3º) al ser el único caso en que se define el concepto de espacio al aire libre, cabe plantearse si esa definición es trasladable al resto de supuestos donde, como hemos visto, se hace referencia a dicho espacio y, de ser así, se suavizaría en cierta medida la rigurosidad de la Ley. A nuestro entender, esa definición no puede extenderse a otros ámbitos por dos razones principalmente: el carácter restrictivo de la posibilidad de fumar que subyace en la Ley 42/2010, más marcado incluso, como hemos afirmado, que en la re-

¹¹⁶ La Ley define los espacios de uso público como “lugares accesibles al público en general o lugares de uso colectivo, con independencia de su titularidad pública o privada”, art. 2.1.e), incorporado por la Ley 42/2010.

¹¹⁷ Art. 7.k), t), u) y v) de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010.

¹¹⁸ Por ejemplo, convenio colectivo de la industria de hostelería y turismo de Cataluña (DOGC 30-10-2008).

dación inicial de la Ley 28/2005, y el hecho de que esa definición se vincula expresamente “al ámbito de la hostelería”, por lo que no resulta trasladable a otros ámbitos; y, 4º) cabe tener presente que algunas normas autonómicas, basándose en la redacción inicial de la Ley 28/2005, recogen definiciones propias del concepto de espacio al aire libre, con lo que se amplían las posibilidades de confusión en torno a esta importante cuestión. Así, cabe citar, por ejemplo, el art. 10 del Decreto 53/2006, de 21 de abril, de la Comunidad Valenciana¹¹⁹, el art. 8 del Decreto 54/2006, de 24 de agosto, de Castilla y León¹²⁰ o el art. 8 del Decreto 54/2006, de 15 de septiembre, de La Rioja. Partiendo de todo ello, se echa en falta una mayor concreción del concepto de espacio al aire libre en todos los supuestos en que la Ley se refiere a él. A nuestro entender y dada la finalidad perseguida por la Ley, en caso de duda debería resolverse a favor de la prohibición de fumar.

Una regulación excepcional se prevé, como señalábamos, en el caso de los hoteles, hostales y establecimientos análogos¹²¹ donde se pueden reservar hasta un 30% de habitaciones fijas para huéspedes fumadores, siempre que se cumplan cuatro requisitos: a) estar en áreas separadas del resto de las habitaciones y con ventilación independiente o con otros dispositivos para la eliminación de humos; b) estar señalizadas con carteles permanentes; c) que el cliente sea informado previamente del tipo de habitación que se pone a su disposición; y, d) que los trabajadores no puedan acceder a las mismas mientras se encuentra algún cliente en su interior, salvo casos de emergencia. Desde la perspectiva laboral esto supone que los trabajadores del hotel u hostel –todos, cualquiera que sea su ocupación- no pueden acceder a una habitación de fumadores mientras esté el cliente en ella –deberán arbitrarse mecanismos para garantizar ese conocimiento-, lo que implicará, por ejemplo, que la comida del servicio de habitaciones se dejará siempre en la puerta de la habitación y no podrá retirarse estando presente el cliente. Nuevamente, se trata de una medida que pretende proteger la salud de los trabajadores y de la que deberá informarse adecuadamente para evitar inconvenientes.

En quinto lugar, la Ley recoge como supuesto particular –justificado por la situación en que se encuentran los afectados, en régimen de internamiento- el

¹¹⁹ Se entiende como espacios al aire libre “todos aquellos que no tienen la consideración de local, incluyendo espacios cercados o vallados con cubierta móvil o practicable siempre que se encuentre abierta y que no se encuentren dentro de locales cerrados”.

¹²⁰ “A efectos de la aplicación del presente Decreto, se considerarán espacios al aire libre, todos aquellos que no puedan ser calificados de local, entendiéndose como tal cualquier sitio, lugar o zona que reúna las dos condiciones siguientes: a) Que esté cercado o cerrado. b) Que esté cubierto o techado. 2. Asimismo, tendrán la consideración de espacios al aire libre los que estén cercados y tengan cubierta móvil o practicable al aire libre, siempre que la misma permanezca abierta”.

¹²¹ Art. 8 de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010.

de los internos en establecimientos penitenciarios¹²², a los que se permite fumar en las zonas exteriores de sus edificios al aire libre, o en las salas cerradas habilitadas al efecto, que deberán estar debida y visiblemente señalizadas y contar con ventilación independiente o con otros dispositivos para la eliminación de humos. En este caso la Ley parte incluso de una obligación y, en consecuencia, todos los centros penitenciarios deberán contar con dichas salas habilitadas. Cabe traer aquí la reflexión realizada al tratar de los centros psiquiátricos respecto a la posible exposición al humo del tabaco del personal del centro penitenciario, poniendo en riesgo su salud. Deberían, en ambos casos, arbitrase los mecanismos internos de organización del trabajo necesarios para minimizar al máximo ese riesgo.

Por otra parte, como tercer y último supuesto particular –y el único incorporado como novedad por la Ley 42/2010- se sitúa el caso de los centros residenciales –públicos y privados- de mayores o personas con discapacidad¹²³, donde los residentes –no los trabajadores, familiares y visitantes- podrán fumar en una zona habilitada específica para fumadores, visiblemente señalizada y que debe contar con ventilación independiente o con otros dispositivos para la eliminación de humos, no pudiendo extenderse el permiso de fumar a las habitaciones ni al resto de las zonas comunes de dichos centros. Se trata de una posibilidad a la que pueden acogerse o no este tipo de centros, y cuyo fundamento parece ser la existencia de una mayor permisividad a que los colectivos implicados –personas con discapacidad y personas mayores- fumen dentro de un espacio cerrado; fundamento que puede resultar discutible desde una perspectiva objetiva aunque probablemente esté relacionado con la voluntad de evitar riesgos mayores (incendios...) y con los propios factores de edad y discapacidad. Esta excepción no se extiende a los centros de día, al referirse la Ley exclusivamente a los centros residenciales. Nuevamente cabe trasladar aquí la reflexión realizada en los casos de los centros psiquiátricos y penitenciarios respecto a la situación en la que queda el personal que presta servicios en estos centros así como sobre la necesidad de arbitrar los instrumentos necesarios para minimizar el riesgo laboral existente para su salud, tanto desde la perspectiva de la legislación sanitaria como de prevención de riesgos laborales; resultando de aplicación, desde esta última perspectiva, entre otros, el RD 486/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, cuyo anexo III establece las condiciones medioambientales y de ventilación de los espacios con humo. Por tanto, el trabajador tendrá derecho a una protección eficaz frente al riesgo proveniente del humo del tabaco (que incluirá el derecho a la información pertinente y a la vigilancia periódica de la salud).

¹²² Disposición adicional 6ª de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010.

¹²³ Nueva disposición 10ª de la Ley 28/2005.

Asimismo, cabe plantearse –si la exposición al humo de tabaco es continuada– que el trabajador podría solicitar un cambio en las condiciones de trabajo (especialmente si trata de un trabajador con riesgo especial) e incluso extinguir la relación laboral¹²⁴ –sin derecho a indemnización-. En fin, el empleador deberá informar al futuro trabajador de las condiciones del lugar de trabajo.

Un apunte recordatorio final y conjunto: los trabajadores que prestan servicios en los centros penitenciarios, psiquiátricos y residenciales son los únicos que, actualmente, pueden verse expuestos al humo del tabaco en horario laboral, debiéndose estar especialmente atentos al cumplimiento de la obligación de vigilancia de la salud prevista en la normativa de prevención de riesgos laborales. Y en este punto –y respecto sólo del personal de los centros residenciales, en cuanto novedad incorporada por la Ley 42/2010- cabría distinguir entre trabajadores contratados ex novo y los que ya están en plantilla. Los primeros deberán estar perfectamente formados e informados de los riesgos inherentes a su puesto de trabajo, incluida la probable exposición al humo del tabaco. Y a los segundos se les debería ofrecer la posibilidad de readecuar su puesto de trabajo para no prestar servicios en las salas de fumadores, sin que ello impida, en su caso, la extinción del contrato por causas objetivas. Asimismo, debería excluirse –conforme a lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la LPRL- la presencia en dichas salas de trabajadoras embarazadas y trabajadores menores de 18 años.

Y también cabe destacar, como elemento común a los centros citados, que no se han concretado adecuadamente los requisitos que debe cumplir la sala habilitada para fumadores en dichos centros, limitándose la Ley a señalar que deberá estar debida y visiblemente señalizada (en los términos previstos por la normativa autonómica) y contar con ventilación independiente o con otros dispositivos para la eliminación de humos (se pretende evitar que el humo acumulado en dicha sala pueda contaminar el resto de zonas, al utilizar sistemas de ventilación comunes que, a pesar de todos los esfuerzos de mantenimiento y renovación posibles, pueden dar lugar en la práctica a una contaminación por humo del resto de las zonas); exigencia que implicará un coste económico añadido para el titular del centro. A nuestro entender, las citadas indicaciones resultan insuficientes si recordamos la importante polémica que, en su momento, suscitó el artículo 8 de la Ley 28/2005¹²⁵.

Como elemento común a los distintos supuestos, en la nueva redacción de la disposición adicional 2ª de la Ley 28/2005, se fija que en los centros o dependencias en los que existe prohibición legal de fumar deberán colocarse en su entrada, en lugar visible, carteles que anuncien la prohibición del con-

¹²⁴ García Murcia, J., “La legislación...”, ob.cit. pág. 5.

¹²⁵ Al respecto, Del Rey Guanter, S., “El tabaco...”, ob.cit. p. 39 y ss.

sumo de tabaco y los lugares, en los que, en su caso, se encuentran las zonas habilitadas para fumar. Estos carteles estarán redactados en castellano y en la lengua cooficial con las exigencias requeridas por las normas autonómicas correspondientes.

En sexto lugar, cabe referirse a los clubes privados de fumadores, legalmente constituidos como tales (se trata de una entidad con personalidad jurídica y carece de ánimo de lucro)¹²⁶, en cuyo interior obviamente puede fumarse, pero donde no sólo se prohíbe la entrada a menores de edad sino también a los trabajadores –sólo pueden estar presentes en los mismos personas socias-. Cabe tener presente, por tanto, que aunque algunos de estos clubes están anejos a otro local, los trabajadores del otro local no pueden acceder al recinto del club (por ejemplo, para servir bebidas...). También se prohíbe expresamente que, entre sus actividades u objeto social, se encuentre la comercialización o compraventa de cualesquiera bienes o productos consumibles. Por el contrario, tal y como ha aclarado el Ministerio de Sanidad, no están excluidos de la prohibición de fumar los espacios cerrados de otros clubes, asociaciones, sociedades civiles, culturales, recreativas, deportivas, gastronómicas o de otro tipo.

También cabe destacar que, como hemos venido afirmando, resulta muy escasa la atención que tanto la Ley 28/2005 como la Ley 42/2010 dedican a la protección de los fumadores, limitándose el art. 12 a referirse parcamente a los programas de deshabituación tabáquica en términos, además, bastantes genéricos, al señalar que las Administraciones Públicas competentes promoverán el desarrollo de programas sanitarios para la deshabituación tabáquica en la red asistencial sanitaria, en especial en la atención primaria. Asimismo, se promoverán los programas de promoción del abandono del consumo de tabaco en instituciones docentes, centros sanitarios, centros de trabajo y entornos deportivos y de ocio. Se fomentará, asimismo, la creación de unidades de deshabituación tabáquica en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud que también definirá los grupos prioritarios que resulten más vulnerables. Como novedad principal de la Ley 42/2010 en este ámbito, se manifiesta, nuevamente con términos poco concretos, que el acceso a tratamientos de deshabituación tabáquica, cuya eficacia y coste-efectividad haya sido avalada por la evidencia científica, se potenciará y promoverá en el seno del citado Consejo Interterritorial, valorando, en su caso, su incorporación a la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud¹²⁷. Cabe hacer hincapié en que este último pequeño avance es una posibilidad, no una realidad u obligación inmediata y que, por tanto, esa incorporación a la cartera de servicios

¹²⁶ Disposición adicional 9ª de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010.

¹²⁷ En el art. 13, sobre la adopción de medidas, la Ley 42/2010 ha incorporado una referencia a que se introducirán contenidos orientados a la prevención y a la concienciación contra el tabaquismo en los planes formativos del profesorado.

puede demorarse en el tiempo, más en tiempos de crisis como los actuales. Como ya hemos manifestado páginas atrás, a nuestro entender, la protección sanitaria del fumador sigue siendo una asignatura pendiente en nuestro país, que debería afrontarse con las mayores garantías lo antes posible.

En séptimo lugar y como reflejo de la dual lógica de fondo presente en este ámbito (seguridad en el trabajo y salud laboral), en la nueva redacción de la disposición adicional 7ª de la Ley 28/2005 se manifiesta que lo señalado en dicha Ley se entiende sin perjuicio de las demás limitaciones y prohibiciones al consumo del tabaco, contenidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales, cuya vigilancia y control corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. De este modo, el hecho de que el tabaquismo pasivo sea considerado, tal y como hace la citada Ley 28/2005, como un riesgo indiscutible para la salud de los trabajadores, hace que el mismo sea calificado como jurídicamente relevante a los efectos de lo dispuesto, en su conjunto, en la normativa sobre prevención de riesgos laborales¹²⁸.

Por otra parte, al tratarse de Leyes de contenido sanitario, no se regulan las cuestiones vinculadas con la ordenación del tiempo de trabajo, algunos de cuyos aspectos, como hemos visto, ya han sido resueltos por los Tribunales. Por tanto, la posible regulación de descansos para fumar puede recogerse en los convenios colectivos –opción que, como vimos, ha sido muy escasamente asumida por la reciente negociación colectiva, aun cuando, a nuestro entender, resulta la vía más acertada-, o en el contrato de trabajo o bien provenir de la práctica o voluntad empresarial o del correspondiente código de conducta. Y lógicamente, a falta de previsión, resulta de aplicación el poder de dirección empresarial y, en consecuencia, puede prohibirse la interrupción de la prestación de servicios por este motivo. Asimismo, y al tratarse –no podemos olvidarlo- de una regulación legal, resultan inaplicables los pactos o acuerdos –individuales o colectivos- que la contradigan o desconozcan.

En octavo lugar, la Ley 42/2010 ha adaptado las infracciones a los nuevos parámetros más restrictivos, calificando como infracciones leves fumar en los lugares en que exista prohibición o fuera de las zonas habilitadas al efecto así como no informar en la entrada de los establecimientos de la prohibición de fumar o no cumplir el resto de las obligaciones formales previstas legalmente¹²⁹; y se considera infracción grave habilitar zonas para fumar en establecimientos y lugares donde no esté permitida su habilitación y permitir fumar en los luga-

¹²⁸ Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, ob.cit. p. 847-848; y “El tabaco...”, ob.cit. p. 81 y ss.

¹²⁹ Al respecto, Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, ob.cit. p. 117 y ss. Nueva redacción del art. 19.2.a) y d) de la Ley 28/2005.

res en los que existe prohibición de hacerlo¹³⁰. Salvo en el primer caso en que el sujeto responsable de la infracción es quien comete el hecho –el propio trabajador–, en el resto el responsable es el titular o encargado del establecimiento correspondiente, ya se trate de un centro de trabajo o de un establecimiento de hostelería o de cualquier otro tipo¹³¹. Ello supone que si un trabajador incumple la prohibición de fumar en el centro de trabajo incurrirá en una infracción administrativa leve que sancionará la autoridad sanitaria autonómica¹³² (con toda la problemática aplicativa que ello implica) y, a la vez, cometerá una falta laboral que podrá sancionar el empresario en el ejercicio de su poder disciplinario por incumplimiento de lo dispuesto en la Ley 28/2005 e, incluso, por transgresión de la buena fe contractual¹³³ o desobediencia. Asimismo, el empresario que permita fumar en un centro de trabajo incurre en una infracción grave de carácter administrativo que sancionará la correspondiente autoridad sanitaria. En este punto cabe recordar la dificultad de interpretar aquí el concepto “permitir”, por cuanto la frontera entre lo que sea permisividad y simple imposibilidad material de ejercer control no siempre será fácil de establecer. En todo caso, tal y como ha establecido la doctrina, existe una serie de pautas que la empresa puede seguir a la hora de limitar las posibilidades de que su conducta sea calificable como permisiva. Así, el establecimiento de unas instrucciones claras prohibitivas y un recordatorio regular de las mismas, la aplicación congruente de una política disciplinaria en caso de infracción, la aplicación de una política de tolerancia cero respecto a las posibles infracciones por todos los sujetos que puedan estar en el centro de trabajo, y no sólo de los trabajadores de la empresa, etc. (factores que ayudarían a mitigar e incluso excluir la responsabilidad del empresario)¹³⁴. A lo que cabe añadir que también puede resultar responsable de la infracción –de forma derivada– el empleado encargado del centro, lo que nos llevaría a la posible responsabilidad administrativa del directivo que está a cargo del centro de trabajo, que sería aquél que tuviera jurídicamente una mayor delegación de facultades ordenadoras respecto a las distintas actividades y personas ubicadas en el mismo¹³⁵. Cabe recordar, asimismo, que los órganos de la empresa

¹³⁰ Nueva redacción del art. 19.3.a) y b) de la Ley 28/2005. Por su parte, la nueva redacción del art. 20.1 prevé que las infracciones leves se sancionarán con multa de 30 a 600 euros, salvo la consistente en fumar en lugares prohibidos prevista en el art. 19.2.a), que será sancionada con multa de hasta 30 euros si la conducta infractora se realiza de forma aislada; las graves, con multa desde 601 euros hasta 10.000 euros, y las muy graves, desde 10.001 euros hasta 600.000 euros.

¹³¹ Art. 21 de la Ley 28/2005.

¹³² Art. 22 de la Ley 28/2005, salvo sanciones que superen el marco supraautonómico o internacional en que intervendrá la Administración General del Estado.

¹³³ Cabe recordar que el art. 20.6 de la Ley 28/2005 declara que la exigencia de responsabilidades administrativas será compatible con las civiles o de otro orden que pudieran concurrir.

¹³⁴ Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, ob.cit. p. 866-867.

¹³⁵ Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, ob.cit. p. 867.

encargados de la prevención de riesgos laborales deberán estar atentos al cumplimiento de la prohibición de fumar, tomando, en su caso, las medidas oportunas.

En fin, y desde una perspectiva más global, sigue presente el problema de cómo controlar el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley, dado su alcance generalizado –mayor desde la entrada en vigor de la Ley 42/2010- y la indefinición de aquélla a la hora de concretar la forma y periodicidad de dicho control¹³⁶. Control en el que, según el ámbito, no sólo se verá implicada la autoridad sanitaria competente para sancionar sino también los propios titulares de los establecimientos y centros y las fuerzas y cuerpos de seguridad –en el caso de incumplimiento en el sector de la hostelería, por ejemplo-. Asimismo, cabe recordar que cualquier persona o grupo que considere que se está incumpliendo la prohibición de fumar en un centro de trabajo –trabajadores, clientes, sindicatos, representantes de los trabajadores, trabajadores subcontratados...- pueden ejercer una acción administrativa o judicial de reclamación.

A lo que cabe añadir que, tal y como recuerda la DF 1ª.2 de la Ley 28/2005 –también modificada por la Ley 42/2010-, corresponde a las Comunidades Autónomas aprobar las normas de desarrollo y ejecución de la misma; mandato que, como es conocido, no ha sido fácil de cumplir de una forma pacífica respecto del texto inicial, por cuanto ante la posible extralimitación, el Ministerio de Sanidad interpuso recursos contra los Decretos autonómicos de La Rioja, Castilla y León, Comunidad Valenciana y Madrid.

Finalmente, cabe destacar que, aunque no abundaremos en ello, ni la Ley 28/2005 ni la Ley 42/2010 entran en una cuestión: la posibilidad de que un empresario excluya la contratación de fumadores, fundamentándose en cuestiones como la posible afectación de tal hábito al rendimiento laboral, un previsible más alto índice de absentismo laboral (basado, por ejemplo, en la probabilidad más elevada de contraer determinados tipos de enfermedades, bajas médicas más largas...), mayor complejidad y coste en la gestión del tiempo de trabajo o la posibilidad de que se causen incendios¹³⁷. En este ámbito puede afirmarse que, al tratarse de un hábito social aceptado y de carácter privado –situado

¹³⁶ Como señala Menéndez, aun tratándose de una competencia autonómica, deberían haberse concretado algunos aspectos como cuándo tienen que hacerse las inspecciones, la existencia de un plan de inspección o sólo a instancia de parte, la posible creación de un cuerpo específico de inspectores, etc., en “Europa...”, *ob.cit.* p. 7.

¹³⁷ Al respecto, Del Rey Guanter, S., “El tabaco...”, *ob.cit.* p. 173 y ss; y Sala Franco, T. y Pedrajas Moreno, A., “Aspectos laborales de la ley antitabaco”, Tirant lo Blanch, 2006, p. 94 y ss. En Canadá, el coste anual por empleado fumador, con respecto a un empleado no fumador equivalente, se estima en 2.565 dólares canadienses (dólares de 1995). Además, se ha calculado que las pérdidas para los empleadores escoceses por una menor productividad, mayores niveles de absentismo y daños por incendios accidentales debidos al tabaquismo eran entre el 0,51 y el 0,77% del PIB en 1997. En Irlanda, esas pérdidas se estimaban entre el 1,1 y el 1,7% del PIB en 2000, en Libro Verde hacia una Europa sin humo de tabaco: opciones políticas a escala de la UE, 2007, punto 2.

en el margen de la intimidad personal aunque también se ejerza en público-, el empresario no puede excluir la contratación de un trabajador por su condición de fumador ni preguntar en la correspondiente fase de selección sobre dicha condición, salvo, quizás, cuando el ideario interno de la empresa justificase objetivamente tal exclusión, situación que va a poder darse en casos muy excepcionales. Lo que un empresario sí podría exigir expresamente a un trabajador es que se comprometa a no fumar durante el tiempo de trabajo, fundamentándose para ello no sólo en lo previsto en dichas leyes sino también en la normativa de prevención de riesgos laborales y en el ejercicio del poder de dirección empresarial¹³⁸. Y tampoco las leyes citadas abordan otro tema -tratado en algún convenio colectivo como vimos páginas atrás-, consistente en el ejercicio del hábito de fumar vistiendo el uniforme de la empresa. Prohibición vinculada, en este caso, con la idea de imagen empresarial y que puede resultar justificada en función del tipo de actividad empresarial desarrollada (la venta de productos dirigida, por ejemplo, al público infantil). Ambas cuestiones siguen pendientes y no están exentas de dificultad, al verse involucrados derechos fundamentales de los trabajadores.

4. REFLEXIONES FINALES

La reforma de la Ley 28/2005 llevada a cabo por la Ley 42/2010 implica, desde una perspectiva general, un paso más en la protección de los no fumadores, hecho que también se traduce en el marco laboral y señaladamente en el caso de los trabajadores del sector de la hostelería, que quedan ya definitivamente equiparados en su protección al resto de los trabajadores. No obstante, ello no impide afirmar que la normativa sigue planteando dudas no resueltas tales como la compleja definición del concepto “espacio al aire libre”, la ordenación del tiempo de trabajo, la interconexión entre la norma estatal y la normativa autonómica, o la forma de controlar el propio cumplimiento de la Ley. Lo que sí parece haberse asumido, y resulta positivo, es el hecho de que nos encontramos ante una cuestión de salud laboral que debe respetarse y cumplirse –los conflictos judiciales han sido muy escasos-, aunque, desde una perspectiva no tan positiva, la negociación colectiva se ha mantenido bastante al margen en esta materia, pudiéndose afirmar que la influencia que la Ley 28/2005 ha ejercido sobre la misma ha sido, hasta el momento, muy limitada. A nuestro entender, la negociación colectiva debería asumir un papel más activo en este ámbito tanto desde la perspectiva de la ordenación del tiempo de trabajo como en la delimitación de determinados aspectos de la aplicación de la prohibición de fumar. También se echa en falta –desde la perspectiva legal y convencional- una mayor protección del trabajador fumador.

¹³⁸ García Murcia, J., “La legislación...”, *ob.cit.* pág. 6. También, Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, *ob.cit.* p. 849 y ss.