

titularidad estatal, en cuyo caso, antes de adoptar las medidas preventivas o reparatorias, será preceptivo el informe del órgano estatal competente. Establece, además, el Anteproyecto de Ley de Responsabilidad Medioambiental que cuando estén afectados los territorios de varias Comunidades Autónomas o cuando deban actuar aquéllas y la Administración del Estado, las Administraciones afectadas deberán establecer los mecanismos de colaboración que estimen necesarios para el mejor cumplimiento de sus competencias bajo la futura Ley.

### Infracciones y sanciones

El Anteproyecto de Ley de Responsabilidad Medioambiental prevé un régimen de infracciones y sanciones que podrán ascender hasta los dos millones de Euros. Además, en el supuesto de infracciones muy graves, la Autoridad competente podrá revocar o suspender el título autorizatorio de la actividad por un plazo de hasta dos años. La imposición de sanciones será totalmente independiente de las obligaciones relativas a la adopción de medidas de prevención, evitación de nuevos daños o de reparación previstas en el propio Anteproyecto de Ley de Responsabilidad Medioambiental.

### Conclusión

La futura Ley de Responsabilidad Medioambiental va a suponer, sin duda, un antes y un después en el ámbito de la responsabilidad por daños causados al medio ambiente. Aunque se trate todavía de un Anteproyecto de Ley que deberá ser tramitado y aprobado en sede Parlamentaria, donde, muy probablemente, se introducirán cambios al texto propuesto por el Ministerio de Medio Ambiente, marca la pauta de lo que, sin duda, va a ser una eficaz herramienta para la Administración para prevenir y, cuando no sea posible, reparar los daños causados por determinadas actividades profesionales al medio ambiente. La Ley de Responsabilidad Medioambiental supondrá, además, un acicate para los titulares de las actividades profesionales incluidas dentro de su ámbito de aplicación para que adopten las medidas oportunas al objeto de evitar posibles responsabilidades por daños causados al medio ambiente.

**DANIEL VÁZQUEZ GARCÍA (\*)**

\* Abogado del Departamento de Derecho Inmobiliario, Urbanístico y Medio Ambiente de Uría Menéndez (Madrid).

## ESPAÑA

### EMPRESARIO Y TRABAJADOR FRENTE A LA «LEY ANTITABACO»

#### Introducción: incidencia laboral

Con carácter preliminar conviene tener presente que la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y publicidad de los productos del tabaco (Ley 28/2005), cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de enero de 2006, no es una norma laboral sino que se trata de una regulación que procura la protección de la salud pública. La Exposición de Motivos de la Ley 28/2005 enlaza esta norma directamente con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, siendo ambas leyes manifestación de la encomienda que el artículo 43.2 de la Constitución realiza a los poderes públicos para organizar y tutelar la salud pública. Igualmente, la Ley 28/2005 se enmarca, entre otros programas o estrategias internacionales, en el Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco, de 21 de mayo de 2003, en el que se establecen directrices contra la propagación de la «epidemia del tabaquismo».

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley 28/2005 tiene una innegable trascendencia en el ámbito de las relaciones laborales, puesto que, a diferencia de la normativa existente hasta el momento (desde el ahora derogado Real Decreto 192/1998, de 4 marzo, sobre limitaciones en la venta y uso del tabaco para protección de la salud de la población, a las diversas regulaciones autonómicas que restringen el consumo de tabaco en determinados espacios), se generaliza en todo el territorio español la prohibición de fumar en los centros de trabajo.

En contra de los presagios que aventuraban numerosos conflictos laborales, la aplicación de la Ley 28/2005, durante estos pocos meses de vigencia, no ha suscitado problemas destacables en los centros de trabajo.

No obstante, y a la espera de los pronunciamientos judiciales que puedan ir surgiendo en la materia, diferentes autores ya han opinado sobre cómo debe interpretarse la Ley 28/2005 en el ámbito laboral, pudiendo reseñarse, entre otros, los siguientes trabajos: «Reflexiones sobre la futura (pero próxima) prohibición total de fumar en el lugar de trabajo» de I. García-Perrote Escartín y J. R. Mercader Ugina, en *Justicia Laboral* número 24, Ed. Lex Nova; *El tabaco en los centros de trabajo*, obra colectiva dirigida

da por S. del Rey Guanter, Ed. La Ley; *Comentarios de urgencia a la ley de medidas frente al tabaquismo*, obra colectiva coordinada por I. García-Perrote Escartín, Ed. Lex Nova.

### Prohibición total vs. prohibición parcial

De conformidad con el artículo 6 de la Ley 28/2005, se establece una distinción entre los lugares en los que existe una prohibición total de fumar (lugares relacionados en el artículo 7) frente a los lugares en que, pese a la prohibición de fumar, se permite habilitar zonas para el consumo del tabaco (artículo 8).

Sin perjuicio de los espacios ya determinados por la normativa de las Comunidades Autónomas, el artículo 7 establece los lugares en que se prohíbe totalmente fumar, mencionándose en el apartado a) de dicho artículo 7 a los «centros de trabajo públicos y privados, salvo en los espacios al aire libre».

Esta prohibición total de fumar se concreta de forma espacial o locativa, esto es, cualquier persona que acceda a un centro de trabajo no podrá fumar, independientemente de que sea un trabajador de la empresa, un empleado de un contratista, subcontratista o empresa de trabajo temporal, un cliente, un proveedor, un visitante, o tenga cualquier otra condición. A su vez, se trata de una prohibición no ceñida a la jornada laboral sino que se extiende a todas las horas y días del año, no admitiéndose, por tanto, que se pueda fumar dentro del centro de trabajo en los períodos de descanso ni fuera de la jornada laboral.

Igualmente, atendiendo a la finalidad de la Ley 28/2005 y en consonancia con la normativa de prevención de riesgos laborales, el concepto de «centro de trabajo» a estos efectos debe interpretarse de forma más amplia a la definición que establece el artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET). En concreto, el centro de trabajo mencionado en el artículo 7 de la Ley 28/2005 debería asimilarse a los «lugares de trabajo» definidos en el artículo 2.1 del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo (Real Decreto 486/1997), del modo que sigue: «áreas del centro de trabajo, edificadas o no, en las que los trabajadores deban permanecer o a las que puedan acceder en razón de su trabajo».

Esta prohibición total de fumar admite como única excepción los espacios al aire libre de que pudieran disponer los centros de trabajo, no admitiéndose en ningún supuesto habilitar salas para fumadores. Téngase en cuenta que la Ley 28/2005 no obliga a la

creación de tales espacios al aire libre, debiendo pues interpretarse que se está refiriendo a los ya existentes o a los que el empresario, voluntariamente, pudiera crear. Por lo demás, y a falta de concreción jurisprudencial, habrá que ir aplicando criterios de razonabilidad para determinar qué debe considerarse «espacio al aire libre», garantizándose siempre la ausencia de riesgo de contacto o contaminación con los espacios cerrados del centro de trabajo.

El hecho de que la habilitación para fumar en los espacios al aire libre sólo se mencione expresamente en el apartado a) antes transcrito, así como en los apartados e), g), i) y o) de dicho artículo 7 —«instalaciones deportivas y lugares donde se desarrollen espectáculos públicos», «centros comerciales, incluyendo grandes superficies y galerías», «centros de ocio o esparcimiento, en los que se permita el acceso a menores de dieciocho años» y «todos los espacios del transporte suburbano», respectivamente—, ha llevado a considerar a parte de la doctrina que en el resto de lugares contemplados en el artículo 7 no se podría fumar ni siquiera en los espacios al aire libre. Sin embargo, otros autores entienden que, en la medida en que el resto de lugares que menciona expresamente el citado artículo 7 no dejan de ser centros de trabajo (con la única excepción de los mencionados en el apartado d) —cabinas telefónicas, cajeros automáticos y espacios de uso público de extensión no superior a cinco metros—), la referencia general a centros de trabajo del apartado a) debe prevalecer de modo que los trabajadores siempre podrían fumar en los espacios al aire libre (facultad ésta que, en cambio, no tendrían los usuarios o visitantes de esos lugares).

A pesar de que cabrían interpretaciones en sentido contrario, debe señalarse que, en aplicación del último apartado del artículo 7, el empresario titular de un centro de trabajo podría prohibir fumar incluso en los espacios al aire libre de su centro de trabajo —el apartado s) del artículo 7 prohíbe totalmente fumar «en cualquier otro lugar en el que, por mandato de esta Ley o de otra norma o por decisión de su titular, se prohíba fumar»—. De hecho, se ha constatado que existen centros de trabajo en cuyo recinto hay espacios al aire libre (por ejemplo, la zona de aparcamiento) en donde no se permite fumar, no por imperativo legal, sino porque así lo ha establecido el titular.

Especial interés tiene también en el ámbito laboral la referencia que el artículo 7 realiza en su apartado ñ) a los denominados «vehículos de transporte de

empresa». De nuevo nos encontramos ante una referencia vaga e imprecisa que, confiando en una próxima aclaración jurisprudencial, nos lleva, de momento y de forma prudencial, a incluir en la definición de «vehículos de transporte de empresa» a efectos de esta prohibición, cualquier tipo de medio de transporte vinculado a la actividad de la empresa (entre otros, camiones de transporte de mercancías, coches de empresa puestos a disposición de comerciales, autobuses para el transporte de la plantilla, etc.).

En contraposición a la terminante prohibición que establece el artículo 7 de la Ley 28/2005, el artículo 8 prevé la posibilidad de habilitar zonas para fumar en determinados lugares (hoteles, restaurantes, salas de teatro, aeropuertos, entre otros), siempre y cuando cumplan los requisitos dispuestos en su apartado segundo (señalización, separación física, sistemas de ventilación y superficie máxima susceptible de ser habilitada). Salvo la obligación, ya exigible, de señalar debidamente los espacios sin humos y aquéllos en los que se permite fumar, la disposición transitoria tercera de la Ley 28/2005 prevé un plazo de ocho meses desde su entrada en vigor para la exigibilidad de tales requisitos. A este respecto, varios autores no han dudado en calificar de paradójico el hecho de que los espacios o lugares del artículo 8, siendo de hecho centros de trabajo, puedan disponer de zonas para fumar con el consiguiente perjuicio para la salud de los trabajadores que presten servicios en ellos. Tal circunstancia no era ignorada por el legislador, como resulta de la lectura de uno de los requisitos que han de cumplir las zonas para fumar en estos locales: « [...] *no han de ser zonas de paso obligado para las personas no fumadoras, salvo que éstas tengan la condición de trabajadoras o empleadas en aquéllas y sean mayores de dieciséis años.* » —artículo 8.2 b).

En todo caso, y por aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales (nótese la remisión expresa de la disposición adicional séptima de la Ley 28/2005), el empresario deberá garantizar las condiciones mínimas de ventilación ya previstas por el artículo 7 y Anexo III del antes citado Real Decreto 486/1997.

A la vista de lo establecido en el artículo 8.2 b) de la Ley 28/2005, puede afirmarse que sí es posible obligar a un trabajador a prestar servicios en las zonas para fumadores, aunque es aconsejable que: (i) si se trata de un trabajador de nueva incorporación consistente claramente que conoce los riesgos y acepta trabajar en tales zonas, así como que se ha realizado la

correspondiente evaluación de riesgos (especialmente, si se trata de un menor de dieciocho años, en cumplimiento del artículo 27 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales); e (ii) introducir todos los medios posibles para salvaguardar la salud de los trabajadores (por ejemplo, adscripción rotatoria a las zonas para fumadores o establecimiento de jornadas a tiempo parcial).

Finalmente, es preciso señalar que, en opinión de parte de la doctrina, los trabajadores adscritos a las zonas de fumadores no podrán fumar en dichas zonas, sino que, en tanto centro de trabajo, sólo podrían fumar en los espacios al aire libre; en cambio, otras opiniones autorizadas consideran que ello será posible si media autorización empresarial o acuerdo colectivo al respecto.

#### Infracciones y sanciones. Control empresarial

Del régimen de infracciones y sanciones que se contiene en el Capítulo V de la Ley 28/2005, adquieren especial protagonismo en materia laboral la infracción leve (grave si hay reincidencia) consistente en «*fumar en los lugares en que exista prohibición total o fuera de las zonas habilitadas al efecto*» (sancionable con multa de 30 € a 600 €), así como la infracción grave de «*permitir fumar en los lugares en que exista prohibición total, o fuera de las zonas habilitadas al efecto*» (sancionable desde 601 € a 10.000 €).

Así pues, cualquier persona (ya sea un trabajador, el empresario, o un tercero ajeno a la relación laboral) que fume en el centro de trabajo en zonas que no estuviesen al aire libre (siempre que éstas no hayan sido también restringidas por el empresario titular del centro) podría ser sancionada. En cambio, en lo que se refiere a la permisión de fumar, las únicas personas responsables (artículo 21 de la Ley 28/2005) podrían ser el empresario titular del centro o el empleado de aquél que estuviese a cargo del establecimiento o centro en el momento de cometerse la infracción (nótese que no se trata del mero encargado de la concreta zona donde tiene lugar la infracción, sino del encargado del establecimiento o centro).

En cuanto a la infracción consistente en permitir fumar, cabría diferenciar dos modalidades: (i) permisión expresa (exenta de problemática); y (ii) permisión tácita. A estos efectos, resulta de gran interés la interpretación analógica propuesta por Antonio José Valverde Asencio a partir de la doctrina judicial sobre tolerancia del consumo de drogas en lugares públicos: habrá permisión tácita para fumar cuando hubiere un consumo indiscriminado, libre y sin cortapisas.

En relación con ello, y a fin de evidenciar la inexistencia de permisión por parte de la empresa, es necesario que además de informar debidamente de la prohibición de fumar en el centro de trabajo (desde la colocación de los preceptivos carteles hasta su reflejo en la política de empresa, los contratos de trabajo, o los convenios colectivos —v.g. disposición final segunda del III Convenio Colectivo general para el sector de aparcamientos y garajes, BOE de 8 de febrero de 2006), se adopten las medidas oportunas en el ejercicio del poder de dirección y disciplinario empresarial.

Partiendo del inconveniente que supone la ausencia de criterios jurisprudenciales relativos a la Ley 28/2005, y aun cuando algún autor considera que esa prohibición de fumar legitima por sí misma la posibilidad de despedir al trabajador que vulnere dicha norma, es aconsejable atender a las sentencias del orden social que, antes de la entrada en vigor de la Ley 28/2005, han valorado la procedencia o no de despidos en los que se imputaba al trabajador haber fumado en centros de trabajo donde estaba prohibido. Así, tales sentencias insisten en la necesidad de llevar a cabo un juicio de proporcionalidad en cada caso, habiendo valorado si hubo reincidencia o se trataba de un hecho aislado (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 2 de julio de 2001), así como si la conducta generó riesgos para la seguridad del centro de trabajo por existir, por ejemplo, material combustible (entre otras, sentencias de las Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 17 de noviembre de 2004 y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de septiembre de 2004). Es necesario destacar, por otra parte, la importancia de que los regímenes disciplinarios de los convenios colectivos tipifiquen fumar en el centro de trabajo como falta grave y, de mediar reincidencia, como falta muy grave (así, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de septiembre de 2005 declaró improcedente el despido de un trabajador que trabajaba con sustancias inflamables porque el convenio aplicable tipificaba el hecho de fumar como falta leve o grave, pero no muy grave).

### Tiempos de descanso

Independientemente de que los diferentes estudios que han sido publicados discrepan sobre la incidencia de los descansos para fumar en la producción o actividad empresarial, la Ley 28/2005 no prevé la concesión de tiempos de descanso. Por

ello, el único período de descanso legalmente obligatorio continúa siendo el dispuesto en el artículo 34.4 del ET: quince minutos cuando la jornada diaria continuada exceda de seis horas (o treinta minutos en jornadas continuadas que excedan de cuatro horas y media, en el caso de menores de dieciocho años).

La concesión de períodos de descanso adicionales al del artículo 34.4 del ET puede provocar agravios comparativos frente a los trabajadores no fumadores, por lo que se ha llegado a plantear la posibilidad de establecer que dichos períodos de descanso no se consideran tiempo de trabajo efectivo y, por tanto, deban recuperarse. No obstante, ante la impopularidad de tales medidas, se ha venido optando generalmente por no conceder períodos de descanso adicionales o por suprimir los inicialmente reconocidos. Esta es la postura mantenida por la CEOE en su nota de 12 de enero de 2006, en contraposición a lo manifestado por las centrales sindicales partidarias de regular estas cuestiones mediante la negociación colectiva.

En definitiva, empresario y trabajador deberán esforzarse por el cumplimiento de esta normativa que incide de forma clara en las relaciones individuales de trabajo. La experiencia de otras jurisdicciones y el transcurso del tiempo (no olvidemos que esta norma escasamente ha cumplido cinco meses de vida) nos dirá cómo interpretar y resolver los conflictos que se planteen. Lo que es indudable es que fumar frente a la pantalla de un ordenador o recomponiendo un motor en un taller mecánico es ya historia.

JUAN REYES HERREROS (\*)

## CONSIDERACIÓN DE LA AMORTIZACIÓN DEL FONDO DE COMERCIO FINANCIERO DEL ARTÍCULO 12.5 LIS COMO DIFERENCIA TEMPORAL (NIC 12 PÁRRAFO 5)

### Introducción

El 17 de febrero de 2006 la Comisión Nacional del Mercado de Valores («CNMV») solicitó de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda («DGT») una interpretación sobre

\* Abogado del Departamento de Derecho Laboral de Uría Menéndez (Barcelona).