

## La regulación alemana sobre el consumo de tabaco en los centros de trabajo

Ilse Rodríguez  
Abogada, Cuatrecasas

### 1. Antecedentes

La Constitución Alemana establece en su artículo 2 el deber genérico de protección de la salud de todos los ciudadanos. En cumplimiento de dicho principio, y tomando en consideración el riesgo que el consumo de tabaco genera para la salud, existen en la legislación alemana determinadas disposiciones enfocadas a proteger la salud de determinados colectivos frente al consumo de tabaco.

En este sentido, la Ley reguladora de los objetos de consumo (*Lebensmittel- und Bedarfsgegenstandesgesetz*) de 1997 [1] introduce limitaciones al consumo de tabaco en determinados espacios y lugares públicos, prohibiendo –entre otros- fumar en centros educativos, centros deportivos, etc.

Durante los últimos años el Gobierno alemán, a través de su Departamento de Salud ha llevado a cabo políticas activas encaminadas a la disminución del consumo de tabaco en determinados sectores de la población. Así se han llevado a la práctica programas orientados a fomentar la prohibición de fumar en escuelas y hospitales, se ha establecido la limitación de la venta de tabaco a menores de 16 años, la reducción de la publicidad de dichos productos en cines durante determinados horarios, etc.

En el sector de la hostelería cabe destacar el acuerdo alcanzado por el Ministerio de Salud y Seguridad Social y la Asociación Alemana de Hostelería (*Deutschen Hotel und Gaststättenverband*) en Marzo de 2005. A través de dicho acuerdo se establece un programa de acción trianual, con el objetivo final de lograr que en Marzo de 2008 al menos el 90% de las empresas dedicadas a la hostelería –con excepción de bares y locales en los que tan sólo se dispensen bebidas y aperitivos, así como locales con una superficie inferior a 75 m<sup>2</sup>- posean al menos el 50% de sus plazas reservadas para los no fumadores [2].

El objetivo principal de este acuerdo es llevar a la práctica medidas de reducción efectiva de las zonas de fumadores, tal y como ya se ha efectuado en países como Austria y Holanda.

## 2. Protección de los no fumadores en los centros de trabajo

Hasta el año 2002 el legislador alemán tan sólo incluía limitaciones al consumo de tabaco como medida de protección de las mujeres embarazadas. La Ley de Protección de la Maternidad (*Mutterschutzgesetz*) establece en su artículo 2 una obligación general de protección a cargo del empresario, debiendo éste poner todos los medios y medidas necesarias para la protección de la vida y la salud de la mujer embarazada en el desarrollo de su actividad profesional.

Asimismo existía la obligación de adoptar medidas de protección de la salud de los no fumadores en lugares del centro de trabajo como las salas de descanso, así como durante las pausas, etc.

A su vez los tribunales alemanes se han interesado desde épocas muy tempranas por aquellos asuntos relacionados directamente con el consumo de tabaco en los centros de trabajo. Así, el Tribunal Federal Laboral (*Bundesarbeitsgericht*) en su sentencia de 17 de febrero de 1998 [3] declaraba la existencia del derecho del trabajador a un puesto de trabajo libre humo, en el caso de concurrencia de razones de salud que así lo justificaran. Dicho Tribunal basa su argumentación jurídica en el apartado primero del artículo 618 del Código Civil alemán (*Bundesgesetzbuch*), regulador del deber legal de asistencia y protección de la salud en el marco de la prestación de servicios, ratificando el derecho de una trabajadora con problemas respiratorios a un puesto de trabajo libre de humo de tabaco.

Respecto a la validez de los despidos efectuados como consecuencia del consumo de tabaco en la empresa, el Tribunal Laboral Regional de Dusseldorf (*Landesarbeitsgericht Dusseldorf*) confirmó en su sentencia de 17 de junio de 1997 [4] la decisión empresarial de despedir a un trabajador por incumplir de manera reiterada la prohibición de fumar establecida por el empresario. El tribunal entiende que el empresario tiene un interés legítimo para impedir el consumo de tabaco en la compañía, por lo el despido efectuado contra el trabajador infractor se considera justificado, con independencia de la antigüedad de éste en la empresa.

El Tribunal Federal Alemán (*Bundesarbeitsgericht*) analiza por su parte en la sentencia de fecha 19 de enero de 1999 [5] la proporcionalidad de la medida adoptada por el empresario y los representantes de los trabajadores estableciendo una prohibición general de fumar en el interior de los edificios de la empresa. Frente a la demanda interpuesta por un trabajador alegando la vulneración del derecho al libre desarrollo de su personalidad y reclamando su derecho a fumar en algún espacio habilitado del

interior del edificio empresarial, el alto tribunal considera que dicha decisión -adoptada por acuerdo entre la compañía y los representantes de los trabajadores- no infringe el principio de proporcionalidad, por cuanto su objetivo no es otro que la protección de los no fumadores en el centro de trabajo. Asimismo entiende justificada dicha medida empresarial tomando en consideración que la prohibición de fumar se limita sólo a los edificios de la empresa, pudiendo fumar el trabajador que lo desee en las zonas al aire libre del recinto empresarial.

No obstante, y a pesar del interés jurisprudencial por todos aquellos asuntos relacionados con el consumo de tabaco en los lugares de trabajo, hasta Octubre de 2002 no encontramos una regulación específica de la protección del trabajador en el puesto de trabajo. En dicha fecha entra en vigor una importante modificación de la Ley Reguladora de los Centros de Trabajo (*Arbeitsstättenverordnung*), a raíz de la cual se introduce en dicho cuerpo legal un artículo nuevo (artículo 3.a), encaminado a la protección de los no fumadores con el objeto de garantizar en la medida de lo posible un puesto de trabajo libre de humo.

En Agosto de 2004 se efectúa una nueva modificación general de la Ley Reguladora de los Centros de Trabajo, convirtiéndose el artículo 3.a (añadido en la reforma de 2002) en el nuevo artículo 5, sin que su contenido sufriera ningún tipo de modificación.

La inclusión de un artículo específico enfocado a la protección de los no fumadores en sus puestos de trabajo supone una importante novedad desde el punto de vista jurídico por cuanto, tras años de actividad jurisprudencial en la materia, se logra un afianzamiento en la posición jurídica de los trabajadores no fumadores frente al resto del colectivo trabajador.

El artículo 5 (antiguo artículo 3.a) establece en su apartado primero un deber genérico de protección por parte del empresario indicando que éste deberá *“poner todos los medios a su alcance para lograr una efectiva protección de la salud de los no fumadores en los centros de trabajo”*.

No obstante, y a pesar de la claridad con la cual la norma identifica la problemática del consumo pasivo de tabaco en los centros de trabajo, la ley deja a la libre discreción del empresario las medidas de protección a adoptar, lo cual ha suscitado ciertas dudas acerca de su aplicación práctica.

Como regla general, podrán establecerse medidas físicas, técnicas u organizativas a fin de dar cumplimiento a tal obligación. Así el empresario podrá decidir establecer una prohibición absoluta de fumar en su empresa, podrá proceder a la división entre

trabajadores fumadores y no fumadores, habilitar zonas en las que se permita fumar (cafeterías, salas de fumadores, etc.), permitir las pausas para fumar, prohibir fumar en las zonas comunes, etc. siempre y cuando todas esas medidas conlleven una protección efectiva de la salud de los no fumadores.

En cuanto al concepto de “centro de trabajo”, según la definición efectuada en dicha ley, se entenderán todos aquellos centros localizados tanto en edificios como al aire libre que se empleen como lugar de trabajo incluyendo –entre otras- las zonas de acceso al centro, escaleras antiincendios, salidas de emergencia, zonas sanitarias (servicios, vestuarios), salas de descanso, etc. [6] .

Asimismo en caso de que existan representantes de los trabajadores en el centro, las medidas a adoptar por parte del empresario deberán ser puestas en su conocimiento, siendo necesaria la aprobación de las mismas por parte de los representantes para poder ponerlas en práctica [7]. De no lograrse el acuerdo necesario entre el empresario y los representantes de los trabajadores, dicha decisión deberá someterse al órgano conciliador competente.

En caso de que el empresario no adopte ningún tipo de medida de protección, y en consecuencia se vulnere el derecho a la protección de la salud de los trabajadores no fumadores, éstos podrán reclamar la aplicación de dicha normativa. Así, de no aplicar el empresario las necesarias medidas protectoras de los no fumadores, éstos podrán acudir directamente ante la Inspección de Trabajo, que será la autoridad indicada para efectuar el seguimiento del cumplimiento de la presente ley. En aquellos casos en que quede acreditado que el empresario no cumple con el deber de protección de los no fumadores, la Inspección impondrá las sanciones correspondientes pudiendo incluso recurrir a los tribunales competentes en la materia.

Asimismo aquellos trabajadores que incumplan alguna de las normas internas establecidas por la empresa y fumen en lugares no autorizados para ello, podrán ser objeto de sanción por parte del empresario.

De manera paralela a la evolución normativa acaecida en los últimos años, el Gobierno alemán a través de su Departamento de de Salud está llevando a cabo políticas cada vez más activas de concienciación e información en referencia al consumo de tabaco dentro de los ambientes de trabajo. En este sentido desde el año 2002 dicho Departamento lleva a cabo una política denominada “Centros de trabajo libres de humos” mediante la cual no sólo se controlan los niveles de cumplimiento de la obligación genérica contemplada en la legislación, sino que se informa y aconseja a los empresarios acerca

de la política más adecuada a seguir en su centro de trabajo a fin de lograr una protección efectiva de los no fumadores.

Asimismo en el marco de dicha política se pone a disposición de los trabajadores de dichos centros información referente a los programas deshabituación con el objeto de promover un descenso en los niveles de consumo a nivel nacional.

### **3. Excepciones a la obligación genérica de protección de los no fumadores en los centros de trabajo**

A pesar de lo expuesto, la normativa reguladora de los centros de trabajo establece una limitación a la obligación de protección de los no fumadores. El artículo 5 establece en su apartado segundo que en aquellos centros de trabajo abiertos al público, deberán establecerse aquellas medidas de protección de los trabajadores no fumadores que permita la naturaleza de la empresa así como el tipo de actividad desarrollada en la misma.

Esta excepción va dirigida principalmente a los centros de trabajo enfocados a sectores como el de la hostelería, donde el consumo de tabaco puede ir ligado a la actividad desarrollada por la empresa.

En este sentido, y a pesar de la obligación genérica de protección de los trabajadores no fumadores, dicho derecho quedará subordinado a la naturaleza de la empresa, debiendo adoptar el empresario aquellas medidas de protección de su salud que sean posibles sin perjudicar la actividad principal de la empresa.

[1] Dicha normativa ha sido modificada en septiembre de 2005 pasando a denominarse “*Vorläufiges Tabakgesetz*”.

[2] El Acuerdo suscrito entre el Ministerio de Salud y Seguridad Social y la Asociación Alemana de Hostelería establece el siguiente calendario de actuación:

- Marzo de 2006: al menos el 30% de las empresas dedicadas a la hostelería deberán poseer como mínimo el 30% de sus plazas reservadas a no fumadores.
- Marzo de 2007: como mínimo el 60% de las empresas de hostelería deberán reservar al menos el 40% de sus plazas para no fumadores.
- Marzo de 2008: el 90% de las empresas de hostelería deberán reservar al menos el 50% de sus plazas para no fumadores.

[3] Bundesarbeitsgericht, 9 AZR 84/97 de 17 de febrero de 1998.

[4] Landesarbeitsgericht Dusseldorf 16 SA 346/97 de 17 de junio de 1997.

[5] Bundesarbeitsgericht 1 AZR 499/98 de 19 de enero de 1999.

[6] Artículo 2 de la Ley Reguladora de los Centros de Trabajo (*Arbeitsstättenverordnung*).

[7] Artículo 87 de la Ley de Organización Social de la Empresa (*Betriebsverfassungsgesetz*).