

CAPÍTULO 8

INFRACCIONES Y SANCIONES

SUMARIO.—8.1. TIPOLOGÍA DE INFRACCIONES Y SANCIONES.—8.1.1. Infracciones administrativas.—8.1.1.1. Infracciones leves.—8.1.1.2. Infracciones graves.—8.1.1.3. Infracciones muy graves.—8.1.2. Sanciones administrativas.—8.1.3. Sujetos responsables.—*Cuestiones 8.1. a 8.11.*—8.2. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR Y EJERCICIO DE ACCIONES JUDICIALES.—8.2.1. Consideraciones generales y ámbito de aplicación.—8.2.2. Órganos competentes para sancionar.—8.2.2.1. La potestad sancionadora de la Administración del Estado.—8.2.2.2. La potestad sancionadora de las Comunidades Autónomas y las Ciudades con Estatuto de Autonomía.—8.2.3. El procedimiento sancionador.—*Cuestiones 8.12 a 8.21.*—8.2.4. Ejercicio de acciones.—8.2.4.1. Ante las Administraciones públicas.—8.2.4.2. Ante los Tribunales de Justicia.—8.2.4.2.1. Acciones civiles.—8.2.4.2.2. Acciones penales.—8.2.4.2.3. Acciones contencioso-administrativas.—8.2.4.2.4. Acciones laborales.—8.2.5. Acciones judiciales en materia de publicidad y promoción del tabaco.—*Cuestiones 8.22 a 8.25.*

8.1. TIPOLOGÍA DE INFRACCIONES Y SANCIONES

ALBERT ITUREN I OLIVER
Universitat de València

8.1.1. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

El art. 19 de la Ley 28/2005 ofrece un extenso catálogo de conductas típicas graduadas conforme a la tradicional clasificación de leves, graves y muy graves.

8.1.1.1. Infracciones leves

Entre las infracciones leves figuran conductas relativas a la prohibición de fumar, publicidad de advertencias o avisos legales, y venta de tabaco a menores. De este modo, el art. 19 establece como conductas típicas:

a) Fumar en los lugares en que exista prohibición total o fuera de las zonas habilitadas al efecto.

b) No disponer o no exponer en lugar visible en los establecimientos en los que esté autorizada la venta de productos del tabaco los carteles que informen de la prohibición de venta de tabaco a los menores de dieciocho años y adviertan sobre los perjuicios para la salud derivados del uso del tabaco.

c) Que las máquinas expendedoras no dispongan de la preceptiva advertencia sanitaria o no cumplan con las características legalmente preceptivas.

d) No informar en la entrada de los establecimientos de la prohibición o no de fumar, así como de la existencia de zonas habilitadas para fumadores y no fumadores o no cumplir el resto de obligaciones formales a que se refiere esta Ley.

e) No señalar debidamente las zonas habilitadas para fumar.

f) La venta o comercialización de productos del tabaco por personas menores.

Sobre estas infracciones cabe hacer algunos comentarios interpretativos. En primer lugar, la infracción de fumar en los lugares en que se encuentra prohibido nos remite inevitablemente al catálogo de espacios o zonas en los que la propia Ley establece dicha prohibición, distinguiendo entre lugares en los que está totalmente prohibido fumar (art. 7) y otros en los que en cambio se podrán habilitar zonas para ello.

Respecto de los espacios sometidos a una prohibición total conviene destacar que la Ley fija un doble rasero: por una parte, y a pesar de la rotundidad del veto, lo cierto es que no en todos los casos se mantiene esta prohibición en todos sus extremos, pues para ciertos lugares se introduce la salvedad de poder fumar cuando en los mismos existan «espacios al aire libre». El establecimiento de este trato diferenciado se debe a diferentes motivos. A parte de las motivaciones generales por todos conocidas, parece que el legislador ha querido atender de manera especial varios ámbitos de protección. Unas veces se trata de una cuestión principalmente de higiene en la elaboración o manipulado de productos de consumo humano, o de seguridad del lugar por la cercanía de materiales o sustancias peligrosas. Otras es más bien una cuestión de limitación del espacio o ventilación. Sin embargo, en otras ocasiones el énfasis se pone en proteger la especial sensibilidad o vulnerabilidad de bienes jurídicos o colectivos protegidos, como la salud pública o la infancia. En este sentido, se pretende por una parte, ofrecer una imagen ejemplarizante desde las Administraciones Públicas, y por otra evitar el fomento del tabaco en sectores sensibles o fácilmente influenciables que requieren una especial salvaguarda. Así se explica que la prohibición total rija respecto de los centros, servicios o establecimientos sanitarios [letra c)], centros y dependencias de las Administraciones Públicas [letra b)], centros docentes y formativos

[letra d)], zonas de atención al público [letra f)], centros de atención social para menores de 18 años [letra h)], centros culturales, salas de lectura, exposición, biblioteca, conferencias y museos [letra j)], salas de fiesta mientras puedan entrar menores de edad [letra k)], lugares de elaboración, transformación, preparación, degustación y venta de alimentos [letra l)], ascensores [letra m)], cabinas telefónicas, cajeros o espacios de reducido tamaño [letra n)], vehículos o medios de transporte [letra ñ)], aeronaves que viajen dentro del territorio Estatal, así como cualquier vuelo de líneas aéreas españolas, incluidos vuelos compartidos con compañías extranjeras [letra q)], y finalmente, estaciones de servicio [letra r)].

Fuera de estos casos, como se ha apuntado, existen centros o espacios en los que si bien se impide fumar totalmente, en cambio se admite que ello se haga en los espacios al aire libre. Así se establece por ejemplo respecto de los centros de trabajo público y privado [letra a)], instalaciones deportivas o donde se desarrollen espectáculos públicos [letra e)], centros comerciales, grandes superficies y galerías [letra g)], centros de ocio y esparcimiento [letra i)], espacios del transporte urbano (vagones, andenes, pasillos, escaleras, estaciones) [letra o)], y medios de transporte ferroviarios y marítimos [letra p)]. Tal vez el legislador relajó la regla general de prohibición estricta atendiendo a criterios de suficiencia en la ventilación y no afección directa sobre terceros.

Sin embargo, debemos advertir que el texto no aclara ni acota con la precisión necesaria qué debe entenderse por «espacios al aire libre», lo cual puede dar lugar a problemas de definición del tipo de infracción, zahiriendo de este modo la seguridad jurídica. Se trata por tanto en este momento de averiguar cuál es el alcance de esta expresión. Por lo pronto hay que advertir que cualquier consideración que se haga debe tener en cuenta que la protección de la salud pública, y en particular, del tercero que no desea inhalar humo, debe prevalecer sobre la libertad de fumar, por lo que en caso de duda sobre la posibilidad de fumar debiera de optarse por la preservación de la salud pública. Además, la propia filosofía preventiva de la Ley obliga a interpretar restrictivamente el concepto de «espacio al aire libre». A partir de estas premisas, en mi opinión, el criterio basilar para entender que un espacio se encuentra al aire libre a los efectos de la Ley es que éste se encuentre lo suficientemente ventilado o aireado como para garantizar que no existe razonablemente peligro potencial de perjudicar a terceras personas con el humo del tabaco. Si partimos de esta base, puede entenderse fácilmente que se excluya *in totum* la posibilidad de fumar por ejemplo, asomados a una ventana, con las puertas de la calle abiertas, en grandes naves aun con aireación y menos en el interior de un despacho unipersonal con las ventanas abiertas, pues en cualquiera de estos casos, con mayor o menor probabilidad, se pueden producir contaminaciones por humo y en todo caso excluyen la utilización de dichos espacios por personas que no deseen convertirse en fumadores pasivos.

Cabría plantearse tal vez la duda de si se podría fumar en determinados espacios generalmente poco frecuentados, como azoteas, escaleras exteriores de incendios, terrazas, etc. Sin embargo, creo que el criterio del volumen de tráfico del personal del centro no puede ser parámetro para la calificación de un espacio al aire libre, porque ello provocaría que todas estas zonas se convirtieran en reducidos de concentración de fumadores que bloquearían la presencia de terceros ante la alternativa de inhalar humo, además de que la conducta podría ser potencialmente perjudicial para la salud de los demás. Así las cosas, los espacios al aire libre parece que debieran circunscribirse a zonas donde claramente no existe o es muy reducido el riesgo de contaminación de terceros por tratarse de espacios lo suficientemente ventilados y espaciados. De este modo, a mi juicio no existiría inconveniente en fumar en espacios al aire libre como por ejemplo parques, jardines o aparcamientos del centro.

Con todo, es cierto que la Administración sancionadora podría aplicar otros criterios de carácter arquitectónico, o de concurrencia de personas como se ha apuntado, lo cual posiblemente abriría el abanico de permisividad con el fumador y reduciría el ámbito de protección de la salud pública. Así ocurre por ejemplo cuando la ley permite fumar en instalaciones donde se desarrollan espectáculos deportivos al aire libre (partidos de fútbol, tenis, competiciones de atletismo, etc.), donde muchas veces el tercero se ve afectado por los humos de los fumadores que tiene en los asientos adyacentes en clara desprotección de su salud [art. 7.e) Ley 28/2005].

Por último, respecto al tipo relacionado con la falta de advertencia en las máquinas expendedoras, la Ley establece que éstas deberán indicar «en la superficie frontal de la misma, de forma clara y visible, en castellano y en las lenguas cooficiales de las Comunidades Autónomas, una advertencia sanitaria sobre los perjuicios para la salud derivados del uso del tabaco, especialmente para los menores, de acuerdo con las características que señalen las normas autonómicas en su respectivo ámbito territorial» [art. 4.c)].

8.1.1.2. Infracciones graves

La Ley nos presenta una extensa panoplia de infracciones graves que abarcan conductas ilícitas relativas a la permisividad en las labores inspectoras, reiteración de infracciones leves, venta o suministro de tabaco, y promoción o publicidad ilícita. En concreto, el art. 19.3 Ley 28/2005 establece como tales infracciones:

a) Habilitar zonas para fumar en establecimientos y lugares donde no esté permitida su habilitación o que aquéllas no reúnan los requisitos de separación de otras zonas, ventilación y superficie legalmente exigidas.

- b) Permitir fumar en los lugares en que exista prohibición total, o fuera de las zonas habilitadas al efecto.
- c) La acumulación de tres infracciones de las previstas en el apartado 2.a) del presente artículo.
- d) La comercialización, venta y suministro de cigarrillos y cigarritos no provistos de capa natural en unidades de empaquetamiento de venta inferior a 20 unidades, así como por unidades individuales.
- e) La venta y suministro de cigarros y cigarritos provistos de capa natural por unidades en aquellos lugares en los que ello no esté permitido.
- f) La entrega o distribución de muestras de cualquier producto del tabaco, sean o no gratuitas.
- g) La instalación o emplazamiento de máquinas expendedoras de labores de tabaco en lugares expresamente prohibidos.
- h) El suministro o dispensación a través de máquinas expendedoras de tabaco de productos distintos al tabaco.
- i) La venta y suministro de productos del tabaco mediante la venta a distancia o procedimientos similares, excepto la venta a través de máquinas expendedoras.
- j) La distribución gratuita o promocional, fuera de la red de expendedorías de tabaco y timbre del Estado, de productos, bienes o servicios con la finalidad o efecto directo o indirecto de promocionar un producto del tabaco.
- k) La venta de productos del tabaco con descuento.
- l) La venta o entrega a personas menores de dieciocho años de productos del tabaco o de productos que imiten productos del tabaco e induzcan a fumar, así como de dulces, refrigerios, juguetes y otros objetos que tengan forma de productos del tabaco y puedan resultar atractivos para los menores.
- m) Permitir a los menores de dieciocho años el uso de máquinas expendedoras de productos del tabaco.
- n) Que las máquinas expendedoras no dispongan del mecanismo adecuado de activación o puesta en marcha por el titular del establecimiento.
- ñ) La distribución gratuita o promocional de productos, bienes o servicios con la finalidad o efecto directo o indirecto de promocionar un producto del tabaco a menores de dieciocho años.
- o) La comercialización de bienes o servicios utilizando nombres, marcas, símbolos u otros signos distintivos ya utilizados para un producto del tabaco en

condiciones distintas de las permitidas en el artículo 10 y en la disposición transitoria segunda.

p) La comercialización de productos del tabaco utilizando el nombre, la marca, el símbolo o cualquier otro signo distintivo de cualquier otro bien o servicio en condiciones distintas de las permitidas en esta Ley.

q) La venta, cesión o suministro de productos del tabaco incumpliendo las demás prohibiciones o limitaciones establecidas en esta Ley.

r) La distribución gratuita en las expendedurías de tabaco y timbre del Estado de bienes y servicios relacionados exclusivamente con productos del tabaco o con el hábito de fumar o que lleven aparejados nombres, marcas, símbolos o cualesquiera otros signos distintivos que sean utilizados para los productos del tabaco.

Comentario a parte merecen los tipos de ilícito que se perfeccionan cuando un sujeto obligado a controlar ciertas infracciones consiente que se fume en lugares prohibidos o zonas habilitadas [letra b)], o bien permite a menores de 18 años el uso de máquinas expendedoras de productos de tabaco [letra m)]. En todos estos casos parece lógico entender que el tipo concurre tanto por una conducta comisiva, como omisiva. Por consiguiente, se incurriría en la infracción tanto si el sujeto obligado autoriza o concede de manera expresa permiso para fumar, como si mantiene una conducta pasiva o inerte frente al injusto. Estamos en este caso ante la típica responsabilidad *in omitendo* o *in vigilando* consistente en consentir, transigir o tolerar que se cometan los ilícitos sabiendo que lo son y pudiendo tomar medidas para evitarlos.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta que para poder completar muchos de los tipos aquí fijados debemos acudir al régimen de prohibiciones relativas a la venta y suministro de tabaco del art. 4 de la Ley 28/2005. Así por ejemplo en cuanto a los ilícitos relacionados con la instalación y uso de máquinas expendedoras hay que tener en cuenta que éstas se admiten en locales donde se permite fumar (bares o restaurantes de superficie inferior a 100 m² que así lo hayan decidido, etc.), así como en hoteles, hostales, bares, restaurantes de superficie útil igual o superior a 100 m², salas de fiesta, de juego o uso público, y deberán ubicarse en zonas de fácil visibilidad y control para el titular del local o sus trabajadores, excluyéndose por tanto, las «las áreas anexas o de acceso previo a los locales, como son las zonas de cortavientos, porches, pórticos, pasillos de centros comerciales, vestíbulos, distribuidores, escaleras, soportales o lugares similares que puedan ser parte de un inmueble pero no constituyen propiamente el interior de éste» [art. 4.b)].

En este mismo sentido, para los supuestos de ilícito relacionados con la venta de tabaco en los lugares en que ello está prohibido, debemos remitirnos al art. 5 de la Ley que incluye:

- a) Centros y dependencias de las Administraciones públicas y entidades de Derecho público.
- b) Centros sanitarios o de servicios sociales y sus dependencias.
- c) Centros docentes, independientemente de la edad del alumnado y del tipo de enseñanza.
- d) Centros culturales.
- e) Centros e instalaciones deportivas.
- f) Centros de atención y de ocio y de esparcimiento de los menores de edad.
- g) En cualquier otro lugar, centro o establecimiento donde esté prohibido su consumo, así como en los espacios al aire libre señalados en el artículo 7.
- h) Por último, se podrá vender tabaco pero únicamente a través de máquinas expendedoras debidamente autorizadas, en hoteles, hostales (o establecimientos análogos), bares, restaurantes, y similares establecimientos con una superficie para clientes superior a 100 m² (salvo que se hallen ubicados en centros donde rija una prohibición total de fumar), salas de fiesta o de juego (mientras esté vetada la entrada a menores) [art. 8.1, letras b), c), d)].»

Ni que decir tiene que en los ilícitos por venta o utilización de máquinas expendedoras por menores de edad, el infractor no podrá oponer que el menor aparentaba físicamente la mayoría de edad, pues el tipo es objetivo y se perfecciona simplemente cuando el menor adquiere el tabaco. En caso de duda debe verificarse la edad del individuo a través de documentos oficiales, o bien si ello no es posible, abstenerse de vender o impedir la utilización de la máquina a riesgo de incurrir en el ilícito.

Por último, conviene señalar la dificultad interpretativa que presenta el tipo referido de la acumulación de 3 infracciones leves relativas a fumar en lugares o zonas prohibidas [art.19.2.a) en relación con el art. 19.3.c) de la ley 28/2005]. El problema radica en determinar cuándo concurrirá esta acumulación que dará lugar al perfeccionamiento de la infracción grave. Una primera postura que también podrá leerse en otras partes de esta obra, consiste en entender que el tipo se perfeccionaría cuanto menos a la cuarta infracción, pues se precisa de tres ilícitos previos para cumplir las exigencias del tipo. Además, para poder computar estos tres ilícitos anteriores sería suficiente que se tuviese una resolución definitiva que pusiera fin a la vía administrativa, o bien, más allá, que el acto fuera firme por no haber sido recurrido en tiempo o haber obtenido sentencia judicial firme. Lo cual tiene una consecuencia directa: la interposición de un recurso contencioso contra cualquiera de las tres infracciones no bloquearía la consideración de que la cuarta infracción fuera apreciada como grave. Ahora bien, esto tendría como contrapartida que si con posterioridad la jurisdicción contencioso-administrativa declarara nula una de las infracciones leves, entonces también de-

biera de correr la misma suerte la infracción grave acumulativa. Para ello el interesado, podría instar la nulidad de la sanción grave recurriendo la misma si todavía está dentro de plazo, o en su defecto acudiendo a la vía de la revisión de oficio del art. 102 de la Ley 30/1992.

Contrariamente, a mi juicio, también cabría una segunda interpretación que permitiría entender que la conducta típica concurre más allá de que se produzca un cuarto ilícito. Es decir, que el tipo se perfecciona con la realización de la tercera infracción leve, que es precisamente la que completa el injusto de la grave. Por tanto, una vez que se califique la conducta como la típica de infracción leve, se produce una acumulación de ésta con las otras dos precedentes, conformando así las tres el tipo de falta grave, por lo que la comisión de esta tercera ya debiera de sancionarse como grave. De interpretarse de otro modo, se estaría vinculando el nacimiento del tipo a la existencia de una cuarta infracción, cuando lo cierto es que la conducta típica no dice nada de ello y se limita a establecer el injusto en la simple acumulación de 3 infracciones, que concurre cuando la tercera conducta es calificada como la infracción leve del art. 19.2.a, produciéndose en ese instante una conversión hacia grave.

Otra cosa serán los problemas relacionados con el principio *non bis in idem* a la hora de establecer la sanción grave, pues de mantenerse la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia, la Administración sancionadora debería de descontar las sanciones que ya hubiese podido abonar el infractor por las anteriores infracciones leves, a riesgo de incurrir en *bis in idem*¹.

8.1.1.3. Infracciones muy graves

La Ley 28/2005 deja como ilícitos muy graves la «publicidad, promoción y patrocinio» del tabaco en todos los medios, incluyendo con ello por tanto, todos los medios de comunicación, así como los servicios de la sociedad de la información (correo electrónico, internet, etc.) (art. 19.4). Siendo que la piedra sobre la que descansa toda la Ley es combatir el tabaquismo, lo que se ha querido con ello es reprimir la publicidad que fomente los hábitos de consumo de tabaco. Además con ello, se trata de evitar que colectivos especialmente sensibles y fácilmente persuadibles, como la infancia o la juventud, se identifiquen con personajes o actividades cuya cualidad principal sea el consumo de tabaco.

No obstante, el texto excluye los supuestos en los que se haga publicidad para los propios profesionales del tabaco (comerciales, representantes, product-

1. Cfr. BOIX REIG, J., «La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*», en el libro colectivo *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Ed. Iustel, Madrid, 2005, pgs. 65-100.

res, etc.) o se trate de publicidad de países no comunitarios, siempre que no tengan como destinatarios a los menores de edad (art. 9.1).

8.1.2. SANCIONES ADMINISTRATIVAS

En cuanto a las sanciones, la ley contempla las clásicas multas dinerarias que se gradúan conforme al nivel de desvalor causado. Así, en correspondencia con la clasificación operada de los ilícitos, las sanciones se dividen también en leves, graves y muy graves. La cuantía de las mismas se establece para las **leves** entre los 30 y 600 Euros, salvo para las infracciones por fumar en espacios prohibidos de forma aislada cuya cuantía no podrá exceder de los 30 Euros. La cuantía de las **graves** se sitúa en un segmento entre los 601 y los 10.000 Euros. Y para las **muy graves** se prevén unas multas entre 10.001 y 600.000 Euros.

Además, dentro de cada una de estas categorías, el texto normativo ordena una subdivisión en tres grados: mínimo, medio y máximo (art. 20.2). La aplicación de cada una de ellos dependerá de la concurrencia e intensidad con que participen las distintas circunstancias modificativas de la responsabilidad, si bien la propia Ley fija unos criterios básicos de graduación para determinados supuestos. Así por ejemplo, prevé que se aplique el grado máximo cuando el tercero perjudicado sea un menor de edad o si existe reincidencia en el infractor, salvo que esa habitualidad sea conformadora de un tipo de infracción. Y en su grado mínimo, cuando los ilícitos sean cometidos por un menor de edad.

En los demás casos, como se ha dicho, habrá que ponderar cada circunstancia para establecer el grado de la sanción y en su consecuencia el *quantum* de la misma. En este sentido, la Ley 28/2005 también introduce un catálogo interesante de circunstancias modificativas de la responsabilidad. Así por ejemplo, se incorpora la puesta en peligro del bien jurídico protegido, esto es, el «riesgo generado para la salud», trasunto de un parámetro de proporcionalidad. Evidentemente, no debe graduarse del mismo modo la conducta del que fuma por ejemplo, en la soledad de su trabajo que el que lo hace en un hospital ante enfermos. Otros criterios de ponderación atienden a la capacidad económica del infractor, la repercusión social del ilícito, el beneficio obtenido por la infracción y la reincidencia. Por supuesto, cabe entender que el listado de circunstancias que introduce la Ley es ejemplificativo y no excluye la aplicación de otros principios o circunstancias modificativas aceptadas pacíficamente por el Derecho punitivo, como lo son por ejemplo, el principio de proporcionalidad en sentido amplio, la merma de capacidades volitivas o cognitivas, como las provocadas por los posibles efectos del síndrome de abstinencia a la nicotina y otras patologías o sintomatologías, la intencionalidad en la causación del injusto, etc.

Por lo demás, también se establece una previsión ya clásica en el derecho sancionador para los supuestos en los que la cuantía de la multa resulte inferior al beneficio obtenido por la comisión de la infracción. En esos casos, la «sanción será aumentada hasta el doble del importe en que se haya beneficiado el infractor» (art. 20.3).

En relación con el *quantum* de las sanciones leves, la Ley 28/2005 establece una subclasificación de cierta importancia (art. 20.1). Por una parte, si la conducta típica consiste en fumar en los lugares en que exista prohibición total o fuera de las zonas habilitadas [art. 19.2.a) Ley 28/2005] y además ello se realiza de «forma aislada», entonces la sanción no puede superar los 30 Euros. Por el contrario, en el resto de infracciones leves, la multa oscilará entre los 30 Euros de mínima y 600 Euros de máxima.

Lo que ha podido llevar al legislador a esta disquisición parece obedecer a una cuestión práctica consecuencia de su claro convencimiento de que no es posible erradicar de un plumazo el fenómeno del tabaquismo, sino que va a requerir de cierto tiempo y de la concurrencia de muchos factores. Precisamente la conducta que ahora recibe un trato de favor resulta ser la que con total probabilidad mayormente pueda acontecer. El legislador es consciente de que el sujeto adicto puede incurrir muy fácilmente en el ilícito administrativo, y que disponer un reproche elevado tal vez resultaría desproporcionado a la vez que ineficaz. El redactor del texto asume directamente que en estos supuestos la finalidad preventiva de la multa no vencería el poder adictivo de la droga, de manera que aun sometiendo al fumador a un régimen estricto de sanciones, no sería fácil que éste quedara disuadido de fumar. Por ello, parece que en previsión de una avalancha de denuncias por este ilícito y de que ello se muestre a la vez estéril para reprimir la infracción, se prefiera dar el brazo a torcer y rebajar el castigo.

Ahora bien, para que concurra dicha sanción, el texto exige que la conducta infractora se realice de «forma aislada». No podemos dejar de señalar que la inclusión de esta causa modificativa de la responsabilidad puede llevar a engaño. La expresión «forma aislada», puede en lo que se nos alcanza interpretarse en dos sentidos. En primer lugar, puede estar haciendo referencia a que el sujeto fuma en lugares prohibidos pero lo hace de manera que se reducen o anulan las posibilidades de afección sobre terceros, bien porque físicamente se aparta de ellos, bien porque éstos no se encuentran presentes. Imaginemos por ejemplo situaciones nada infrecuentes como la de que un vigilante nocturno fume durante una guardia nocturna en la que no existe ningún otro trabajador en el centro, o que se fume en las escaleras de emergencia exteriores de un centro de trabajo, etc. En todos estos casos no cabe duda que la conducta típica se lleva a cabo de manera aislada o separada de forma que el perjuicio para los bienes jurídicos

protegidos es menor y, por tanto, la sanción también debe reducirse. Sin embargo, parece que la postura correcta sea la que considera que la «forma aislada» se refiere más a un parámetro temporal de eventualidad o carácter extraordinario, de comisión ocasional o esporádica en la infracción que operaría como negativo de la clásica circunstancia agravante de reincidencia. Creo que éste es el criterio que mejor se acomoda a la sistemática de la Ley por diversas razones. Por un lado, porque el propio texto incluye la reincidencia entre las circunstancias modificativas de la responsabilidad bajo los términos de «habitualidad» o «continuidad» (art. 20.2), excluyendo su aplicación cuando ésta forme parte del tipo, como es éste el caso. Y por otro lado, porque entre dichas circunstancias, también se encuentra el riesgo generado para la salud, lo que permitiría graduar la intensidad de la sanción en función de la puesta en peligro del bien jurídico protegido de referencia, sin que sea necesario por tanto, dar una interpretación en este sentido al término «aislada» para habilitar dicha ponderación.

Por otra parte, conviene destacar que la Ley 28/2005 no fija un período de referencia que ayude a determinar cuándo concurre dicha circunstancia [como por ejemplo, si hace el art. 131.3.c) de la Ley 30/1992, en torno a una sanción anual], de forma que el posterior desarrollo reglamentario o, en su defecto, la propia jurisprudencia deberá establecer los requisitos temporales para considerar que una infracción es ocasional o aislada. En todo caso, parece evidente que el cómputo, sea cual sea, deberá de calcularse a partir de sanciones firmes. Por lo demás, no nos sirve de referencia la infracción grave relativa a la acumulación de tres infracciones por fumar en zonas prohibidas [art. 19.3.b) en relación con los arts. 19.2.a) y 20.1 Ley 28/2005], pues en principio utiliza un criterio meramente cuantitativo de acopio de injustos que se aparta del criterio de temporalidad significativo de frecuencia o habitualidad en la producción de los mismos. A pesar de ello, si por razones de seguridad jurídica se limitara la acumulación de infracciones a un período de tiempo determinado, parece que ello tampoco tendría afeción sobre la habitualidad del art. 20.1 de la Ley, pues la ratio que se fijara se instalaría en un plano temporal más espaciado y alejado, que la eventualidad que exige el citado art. 20.1 Ley 28/2005 para aplicar el umbral cuantitativo de los 30 Euros.

No obstante, hay que señalar que el establecimiento de un período de tiempo a partir del cual entender que la infracción no es aislada, encierra en el fondo un problema adicional, pues en esta materia las posibilidades de incurrir en una infracción son más elevadas que en otras. Si se tiene en cuenta que la ratio de un fumador medio se ubica en torno a los 20 cigarrillos diarios, ello nos sitúa en un escenario de alta probabilidad de comisión del injusto a lo largo de una jornada. De ahí que el parámetro de la reiteración debe establecerse ponderando las especiales características de la materia que abordamos y principalmente

del poder adictivo del tabaco, por lo que no pueden fijarse unos tiempos tomando como referencia otros ámbitos de actuación administrativa en los que las posibilidades de comisión son menores o espaciadas en el tiempo. Por otro lado, sería aconsejable que en el ámbito laboral, a la hora de fijar el régimen de infracciones y sanciones en los convenios colectivos, se tuviera también en cuenta el criterio de asiduidad empleado por la Administración, principalmente en beneficio del principio de seguridad jurídica e igualdad.

8.1.3. SUJETOS RESPONSABLES

Teniendo en cuenta que el catálogo de infracciones es muy extenso, también los sujetos potencialmente responsables de los mismos resulta numeroso (art. 21).

Así, respecto de los titulares de los establecimientos, serán responsables de las infracciones leves relativas a deficiencias en la información sobre la prohibición de venta de tabaco a menores de edad o de los peligros de su consumo [art. 19.2.b)], la prohibición de fumar o de la existencia de zonas habilitadas para ello [art. 19.1.d), e)], y de la venta de tabaco por menores de edad [art. 19.1.f)]. Y de las graves, consistentes en habilitar zonas para fumar estando prohibido o no reuniendo las características requeridas por la Ley [art. 19.3.a)].

Existen otros supuestos, en los cuales el titular del local o centro, comparte responsabilidad con el empleado que estuviese a cargo del local en el momento de cometerse la infracción. Son los casos en los que se permite fumar estando prohibido [art. 19.3.b)], venta de productos de tabaco a menores de edad [art. 19.3.l)], o permisividad en el uso de máquinas expendedoras a este mismo colectivo [art. 19.3.m)]. Parece que con ello se trata de solucionar el problema de que el empresario actúe diligentemente y sea el empleado el que falte a su deber de vigilancia. En estos casos el legislador ha decidido trasladar la responsabilidad del dueño del local o centro al empleado que debía de haber evitado la infracción. Sin embargo, esta previsión puede tener un efecto perverso si tenemos en cuenta que ello permitiría también al empresario excusar su falta de vigilancia oponiendo que fue el empleado el que desoyó sus órdenes, cometiendo el ilícito. Todas estas patologías exigen puntualizar varios aspectos. En primer lugar, parece un tanto desacertado que la Ley introduzca en abstracto una previsión de este tipo sin tener en consideración otros factores propios del ámbito laboral que condicionarían la atribución de responsabilidad al empleado. En mi opinión, por mucho que se diga que el empleado asume la responsabilidad en defecto del empresario, lo cierto es que hay que partir de la base de que el responsable principal es este último, aunque no se encuentre en la empresa en ese instante y esté a cargo el empleado. Sólo en los supuestos en que pudiera acreditarse que efectivamente el empresario actuó correctamente y fue el empleado el que desa-

tendió sus deberes de control, debería de imputarse la responsabilidad a éste. De otro modo, el empleado se vería obligado a practicar una prueba diabólica, pues los efectos de la ajenidad y sobre todo, la dependencia, le colocarían en una situación de debilidad con la disyuntiva nada agradable de tener que optar entre consentir la sanción o defenderse a riesgo de sufrir de uno u otro modo las represalias del empresario, que podría pasar a ser responsable de la misma. Por otro lado, conviene no olvidar que es el empresario el que ostenta el poder de dirección de la empresa y la potestad de sancionar a sus empleados, por lo que en buena lógica debe ser él el responsable de los injustos. Por eso no se puede afirmar sin más que el empleado asume la responsabilidad en defecto de aquél, pues los poderes propios del empresario hacen presuponer que fue éste el que no dispuso las medidas necesarias para evitar la infracción. Lo contrario, debería demostrarse fehacientemente. Por lo demás, tal vez parece que no hubiera tantos problemas en el caso de que el empleado en cuestión fuera un cargo directivo, pues atendiendo a los poderes que éste asume, tal vez existieran menos inconvenientes para que operara esta correlación de responsabilidades.

Desde otra perspectiva, cuando el titular del local o centro sea la Administración, será esta misma la responsable de la infracción, sin perjuicio de que se exijan las responsabilidades que procedan a las autoridades obligadas a hacer cumplir la Ley 28/2005.

También pueden resultar responsables por infracción, de manera solidaria, el fabricante, importador, distribuidor y explotador de máquinas expendedoras en los supuestos en que no contengan las advertencias legales preceptivas [art. 19.2.c)], o que no dispongan de los mecanismos adecuados de activación o puesta en marcha [art. 19.3.n)]. Queda tan sólo el explotador como responsable en el caso de que se instalen dichas máquinas en lugares prohibidos [art. 19.3.g)], o que con ellas se vendan productos distintos al tabaco, pues ello sería una forma de fomentar o acercar el consumo de tabaco a las personas.

Otro sujeto responsable puede recaer en el individuo que pudiera vender o entregar tabaco u otros productos que incentiven o promuevan su consumo [art. 19.3.l)]. Debe entenderse incluso en actos festivos o lúdicos, y con independencia de la consanguinidad o afinidad del mayor de edad que cometa la acción.

Respecto de las infracciones por publicidad ilegal, se instituye una responsabilidad solidaria entre la empresa que hace la publicidad, el que se beneficia de ella como titular del producto publicitado, y el titular del establecimiento o medio en que se emite el anuncio. Parece que en algunos casos este tipo de responsabilidad solidaria pueda ser un tanto excesiva a la vez que injusta, pues no siempre las empresas de publicidad pueden controlar los medios de difusión de la publicidad que ellos mismos crean. Es sabido que en ocasiones estas empresas se dedi-

can simplemente a realizar los spots o cartelería publicitaria y entregarla al que la contrata, perdiendo el control sobre la forma de distribución o emisión. De ahí que parece lógico pensar que en los supuestos en los que se demuestre que este tipo de empresas no participaron en la emisión de publicidad debiera excluirseles de dicha responsabilidad y repercutirse sobre el medio de difusión y el propietario del producto.

Finalmente, cuando sea un menor el que cometa la infracción, la responsabilidad en cuanto al pago de la sanción recaerá solidariamente entre éste y sus padres, tutores, acogedores o guardadores. Si bien, de conformidad con todas estas personas, y oído el menor, podrá sustituirse la multa por las medidas reeducadoras que establezcan las Comunidades Autónomas.

CUESTIONES

8.1. En relación con la infracción leve por fumar en lugares prohibidos, ¿qué debe entenderse porque la «conducta infractora se realice de forma aislada»?

Se está haciendo referencia a una conducta esporádica, poco habitual o infrecuente. Sin embargo, a falta de reglamento, todavía no podemos determinar la periodicidad que provocaría que la reiteración de un ilícito no se considerase como una conducta ocasional o aislada. Más aún, teniendo en cuenta que en este ámbito confluyen factores adictivos y de cotidianidad que no aconsejan la aplicación del criterio general de la Ley 30/1992 de una infracción por año [art. 131.3.c)].

8.2. ¿Qué debe entenderse por «espacios al aire libre» a los efectos de poder fumar en centros o lugares donde ello está totalmente prohibido?

Aunque la ley no los define, parece que debe de entenderse aquellos que se encuentren lo suficientemente ventilados o al aire libre como para garantizar que no existe razonablemente peligro potencial de perjudicar a terceras personas con el humo. Por tanto, no deberían operar tanto criterios arquitectónicos sino la potencial puesta en riesgo de la salud pública.

8.3. ¿Puedo fumar en mi trabajo asomado a la ventana?

La ley prohíbe expresamente que se fume en los centros de trabajo [art. 7.a)] y eso es ya por sí mismo motivo suficiente para excluir la posibilidad de que se lleve a cabo de ese modo. Por otra parte, tampoco esta modalidad debe encuadrarse dentro de los espacios al aire libre, pues físicamente no lo está, y por lo demás supone igualmente un peligro potencial de contaminación para los compañeros de trabajo, pues no garantiza la introducción del humo en el propio centro.

8.4. ¿Puedo fumar mientras veo un partido de fútbol en el estadio?

Legalmente no supone una infracción, porque la Ley permite fumar en instalaciones deportivas y lugares donde se desarrollen espectáculos públicos al aire libre [art. 7.e)]. No obstante, ello no puede significar una patente de corso para intoxicar abusivamente a las personas que se tiene al lado.

8.5. ¿Puedo fumar un día que me encuentre solo en el trabajo y considere que ya no va a venir nadie al mismo?

La Ley no admite excepciones en este caso. La prohibición opera en todos los supuestos, con independencia de las personas que se encuentren en un momento dado en un determinado centro. Además, en cualquier momento podría aparecer alguien que resultaría perjudicado.

8.6. ¿Se puede fumar en un lugar de trabajo en el que todos sean fumadores?

No, porque la Ley no admite excepciones de este tipo. Además, de haberse incluido tal posibili-

dad, probablemente se hubiera llegado en muchos casos a situaciones intolerables de abuso donde la mayoría se impondría a una minoría silenciosa no fumadora que quizá no cuente con una posición de poder suficiente en la empresa para tratar de reivindicar su preferencia por un espacio sin humo.

8.7. ¿A quién puedo recurrir si trabajo en una Administración y el personal fuma?

Ante la posibilidad de que se plantee una de estas situaciones, por norma general la competencia sancionadora, de inspección y control se atribuye a las Comunidades Autónomas, si bien la mayoría las han delegado en los alcaldes de los municipios. Por tanto, cabría presentar una denuncia ante tal organismo. No obstante, también podría de forma paralela entregarse escritos de denuncia informando de la situación ante las autoridades administrativas responsables de articular los medios necesarios para que ello no ocurra. De este modo, será más fácil demostrar el conocimiento de la situación por parte de dichas autoridades para así acreditar una posible negligencia o pasividad a la hora de exigirles responsabilidades disciplinarias relativas a la lucha contra el tabaco o a la prevención de riesgos.

8.8. ¿Puede un empleado que se encuentra a cargo de un establecimiento en el que está prohibido fumar ser sancionado por permitir el consumo de tabaco?

Sí. Atendiendo a la Ley (art. 21.5), el responsable sería el titular del local, pero en defecto de éste, lo sería el empleado que quedara a cargo. Sin embargo, ello debe ser interpretado de manera restrictiva para evitar abusos del empresario al trabajador que se encuentra en una posición de inferioridad consecuencia de las notas de ajenidad y dependencia, más aún cuando es realmente el empresario el que tiene el poder disciplinario en el ámbito laboral. Por ello, será necesario que el empresario pruebe que puso todos los medios y que fue el empleado el que manifiestamente incumplió su deber de vigilancia.

8.9. Si un menor de edad comete una infracción de las tipificadas en la Ley ¿quién está obligado a pagarla?

Según la Ley en primer lugar él mismo. Pero de no poder hacerlo, responden de manera solidaria sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales (art. 21.8).

8.10. ¿Puedo invitar a un cigarro a mi primo que tiene 17 años?

Esa conducta se encuentra precisamente tipificada como falta grave [art. 19.3.l)] y lleva aparejada una sanción entre 601 y 10.000 Euros.

8.11. ¿Puedo fumar en un local de bodas durante el banquete?

En principio tan sólo podría fumar en la zona que la sala habilitase. Hay que tener en cuenta que la ley permite a este tipo de locales que puedan habilitar una zona para fumadores, siempre que superen los 100 m², y que debe estar separada físicamente del resto del local, con ventilación propia y con un tamaño que no supere el 30% del espacio del mismo. Fuera de este ámbito está totalmente prohibido el consumo del tabaco. Otra cuestión es cómo se arbitrará la ubicación de estas zonas teniendo en cuenta la distribución de invitados, o si se dispondrá de una sala anexa a la que se pueda acudir a fumar, etc.

GUÍA PRÁCTICA SOBRE LA LEGISLACIÓN DEL CONSUMO DE TABACO

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

Coordinador

Carlos L. Alfonso Mellado

Autores

Ángeles Cuenca García	Luis A. Menéndez Menéndez
Amparo Esteve Segarra	Salvador Montesinos Oltra
Albert Ituren i Oliver	Felipe Palau Ramírez
Ricardo Juan Sánchez	Carmen Salcedo Beltrán

THOMSON
—★—™
ARANZADI

Primera edición, 2006

© Carlos L. Alfonso Mellado y otros - 2006
© Editorial Aranzadi, SA

Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)

Imprime: Rodona Industria Gráfica, SL
Carretera de Aoiz, kilómetro 3,5
31486 Elcano (Navarra)

Depósito Legal: NA 1453/2006

ISBN 84-9767-679-3

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Aranzadi, SA.