

1200000 - 199293
Bogotá, D.C. 19 OCT. 2015

URGENTE

ASUNTO: Radicado ID 70894- 2015
Prohibición de Fumar en lugar de trabajo.

Respetado (a) Señor (a):

Hemos recibido la comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual Usted se refiere a una consulta sobre “Prohibido Fumar en el lugar de trabajo. “, para cuyos fines, esta Oficina se permite de manera atenta, atender sus interrogantes, mediante las siguientes consideraciones generales:

Inicialmente, se observa oportuno señalar que de acuerdo con la naturaleza y funciones asignadas en el Decreto 4108 de 2011 a la Oficina Asesora Jurídica de este Ministerio, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta debido a que sus funcionarios no están facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

Con respecto a su inquietud, cabe manifestar que el Empleador puede disponer en el Reglamento Interno de Trabajo, la prohibición de fumar y teniendo en cuenta que en el mismo debe estar inmerso lo relativo al procedimiento sancionatorio en el cual debe estar estipulado con antelación lo que se considera falta y las sanciones a imponer en caso de hacerlo responsable de la misma. El Empleador podría sancionar a un trabajador que vulnere esta prohibición, por cuanto la norma por Usted comentada, cual es la Ley 1335 de 2009, si bien es cierto prohíbe fumar en espacios públicos y algunos privados, el empleador tiene plena libertad de consagrar esta prohibición también para los sitios de trabajo, no solo para proteger la salud del trabajador sino de los llamados “fumadores pasivos”, que son quienes sin ser fumadores, se ven afectados con el “vicio” del trabajador.

Ahora bien, con respecto a que como trabajador se solicita sea tratado como una persona “enferma”, cabe destacar que la enfermedad como tal, tiene otras connotaciones diferentes a las del “vicio” o “mal hábito” del trabajador y, por tanto, se deberá tratar desde puntos de vista diferentes. Así las cosas, cuando el trabajador sufre de alguna patología que amerita incapacidad para trabajar, serán los facultativos de la E.P.S., quienes otorguen dicha incapacidad por la enfermedad padecida por el trabajador, así sea temporalmente, en cambio cuando se trata de “mal hábito” del trabajador, se tratará disciplinariamente, siempre y cuando el empleador haya realizado todas las diligencias previas que ameritan tal circunstancias, como es el hecho de que en el reglamento interno de trabajo deberá contemplarse tanto la falta, como las sanciones a imponer, al igual que el procedimiento a seguir,

sanción que se podría imponer, siempre y cuando el empleador haya realizado con antelación a esta circunstancia, las campañas necesarias para la prevención del consumo de tabaco.

Igualmente, hay que destacar que en atención a lo normado por el artículo 12 de la Ley 1335 de 2009, existe un papel preponderante de las Administradoras de Riesgos Laborales, frente al cual están obligadas a desarrollar estrategias para brindar permanente información y educación a los afiliados para que los ambientes laborales sean libres de humo, recomendación de salud ocupacional de obligatorio acatamiento tanto para empleadores como para trabajadores.

El Artículo 12 a la letra dice:

“Artículo 12. Corresponde a los Administradores de Riesgos Profesionales desarrollar estrategias para brindar, permanentemente, información y educación a sus afiliados para garantizar ambientes laborales ciento por ciento (100%) libres de humo.

Así mismo, en la norma mencionada con antelación, se preceptúa la prohibición de consumir tabaco y derivados entre otros lugares en los de trabajo, señalando una amplia gama de lugares en donde la prohibición se aplica. La norma a la letra dice:

Artículo 19. Prohibición al consumo de tabaco y sus derivados. Prohíbese el consumo de Productos de Tabaco, en los lugares señalados en el presente artículo.

En las áreas cerradas de los lugares de trabajo y/o de los lugares públicos, tales como: Bares, restaurantes, centros comerciales, tiendas, ferias, festivales, parques, estadios, cafeterías, discotecas, cibercafés, hoteles, ferias, pubs, casinos, zonas comunales y áreas de espera, donde se realicen eventos de manera masiva, entre otras.

- a) Las entidades de salud.*
- b) Las instituciones de educación formal y no formal, en todos sus niveles.*
- c) Museos y bibliotecas.*
- d) Los establecimientos donde se atienden a menores de edad.*
- e) Los medios de transporte de servicio público, oficial, escolar, mixto y privado.*
- f) Entidades públicas y privadas destinadas para cualquier tipo de actividad industrial, comercial o de servicios, incluidas sus áreas de atención al público y salas de espera.*

g) Areas en donde el consumo de productos de tabaco generen un alto riesgo de combustión por la presencia de materiales inflamables, tal como estaciones de gasolina, sitios de almacenamiento de combustibles o materiales explosivos o similares.

h) Espacios deportivos y culturales.”

El Código Sustantivo del Trabajo, estipula de manera expresa, el procedimiento general disciplinario para el trabajador que ha cometido alguna infracción en el Artículo 115, disponiendo además que en el Reglamento Interno de Trabajo, reglado en el Artículo 108 del Código Sustantivo del Trabajo, numerales 16 y 17, se debe contemplar las faltas y las sanciones a imponer.

Por ser un parámetro genérico, para su aplicación tanto Empleadores y Trabajadores, deben estar a lo interpretado por la Corte Constitucional en la materia, plasmado en Sentencia C- 593 de 2014, por Usted conocida, en donde se estipuló que todo proceso incluyendo el disciplinario del sector privado, debe ser vivo reflejo de lo contemplado en la Constitución Nacional, por ello en la sentencia en mención, estableció claramente los parámetros mínimos que debe contemplar un reglamento en materia disciplinaria, incluyendo la doble instancia, para que el trabajador conozca tanto las faltas, como las sanciones, así como el procedimiento y ante quien debe acudir para ejercitar su derecho de defensa, pilar del debido proceso, así como la posibilidad de acudir ante la Justicia ordinaria, para controvertir la decisión final tomada.

Por ello, se mencionará la manera puntual de cómo realizar el proceso, destacando que no habiendo minutas o procedimientos especiales, en atención a las normas que en el Código Sustantivo del Trabajo antes mencionadas en donde se estipula lo consagrado en la materia y el aparte de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional que se transcribe a continuación, el Empleador goza de la libertad de estipulación, siempre y cuando obedezca lo consagrado en la Constitución y la Ley, lo concerniente a los Principios Fundamentales como son el derecho de defensa, el debido proceso, la doble instancia, entre otros como se verá, los cuales deben estar incluidos en el Reglamento Interno de Trabajo.

Así las cosas, el Empleador tendría libertad de consagración en dicho Reglamento al establecer que la misma persona quien participe en la diligencia de descargos sea la que imponga la sanción disciplinaria en primera instancia; pero no podría ser una persona ajena a la empresa, que no sea el jerárquico superior de la persona de primera instancia, quien decida la segunda, pues el principio de la doble instancia constitucional, tiene su fundamento en la jerarquía que sobre el trabajador de primera instancia tiene el segundo, por ello no podría hablarse de una persona ajena en jerarquía al de primera instancia y es la razón por la cual, no podría ser un externo a la empresa quien decida la segunda instancia en materia disciplinaria.

Así las cosas, a pesar del tamaño de la empresa, aun cuando la misma fuera muy pequeña, el empleador estaría obligado, en cumplimiento de los principios constitucionales y a la interpretación obligante que da la H. Corte Constitucional respecto del Artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo, por Usted conocido, a disponer quien al interior de la misma, decidirá cada una de las instancias, cuestión que en nada obstaculiza la libertad del Empleador de tener a su disposición órganos consultivos externos o de asesoría legal.

Ahora bien, como el Reglamento Interno de Trabajo, debe implementarlo el Empleador cuando ocupe más de cinco trabajadores permanentes, las mismas instrucciones del proceso disciplinario deben ser consagradas y conocidas por el trabajador en documento mencionado, el mismo que se debe implementar de inmediato, pues sino está consagrado en el mismo el procedimiento disciplinario a seguir, no podrá el empleador hacer uso de la facultad que le asiste como jerárquico superior del trabajador subordinado.

De la mencionada Sentencia en donde la H. Corte Constitucional se explaya sobre la materia se extracta un aparte fundamental en donde se consagra lo mencionado, así:

“(…)

Adicionalmente, la facultad sancionatoria en cabeza del empleador debe ser ejercida en forma razonable y proporcional a la falta que se comete y, estar plenamente probados los hechos que se imputan.

En este orden de ideas, la jurisprudencia constitucional ha establecido el conjunto de elementos mínimos que debe contemplar el Reglamento Interno de Trabajo al regular el procedimiento para la imposición de las sanciones disciplinarias que en él se contemplen, entre los que se encuentran (i) la comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas posibles de sanción, (ii) la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias. Acá debe recordarse que el mismo Código Sustantivo del Trabajo dispone que tanto la conducta como su respectiva sanción debe encontrarse previamente consagradas en el Reglamento Interno del Trabajo, (iii) el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados, (iv) la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos, (v) el pronunciamiento definitivo del patrono mediante un acto motivado y congruente, (vii) la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y (viii) la posibilidad que el trabajador pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes,

todas y cada una de las decisiones ya sea ante el superior jerárquico de aquél que impone la sanción como la posibilidad de acudir a la jurisdicción laboral ordinaria^[57].

En este orden de ideas, la Sala Plena de esta Corporación entiende que la interpretación acorde con los postulados constitucionales del artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo, es aquella que impone al empleador que, en forma previa a la imposición de cualquier sanción contenida en el Reglamento del Trabajo, debe garantizarse el respeto de las garantías propias del debido proceso, de conformidad con lo dispuesto en la presente providencia.”

En conclusión, siendo la H. Corte Constitucional, la máxima Autoridad interpretativa de las normas, todo empleador, independientemente del tamaño de su empresa o la organización interna de la misma, deberá aplicar los principios Constitucionales antes transcritos, cuando discipline a un trabajador, incluyendo por la transgresión de la prohibición de fumar, si esta falta está contemplada como tal en el reglamento interno de trabajo.

La presente consulta, se absuelve en los términos del Artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual las respuestas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

ZULLY EDITH AVILA RODRIGUEZ

Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de Atención de Consultas en materia de Seguridad Social Integral

Elaboró: Adriana C.
Revisó: Dra. Ligia R.
Aprobó: Dra. Zully A.