

Tribunal Superior de Justicia

TSJ de Cantabria, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 806/2017 de 13 noviembre

AS\2018\49



PODERES DEL EMPRESARIO: facultad de prohibir fumar totalmente en el centro de trabajo, incluso en las zonas al aire libre, facultad organizativa, y amparada en la normativa específica sobre la cuestión en que se apoya, que contempla incluso la protección de los fumadores, frente a su libertad de fumar, como fin último para erradicar el hábito del tabaquismo, por lo que no se vulneran por ello derechos fundamentales de los empleados afectados.

ECLI:ECLI:ES:TSJCANT:2017:475

Jurisdicción:Social

Recurso de Suplicación 702/2017

Ponente:Ilma. Sra. María Jesús Fernández García

El TSJ **desestima** el recurso de suplicación interpuesto por el sindicato demandante, contra la Sentencia de 30-05-2017 del Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Santander, dictada en autos promovidos en proceso de conflicto colectivo.

SENTENCIA nº 000806/2017

En Santander, a 13 de noviembre del 2017.

PRESIDENTA

Ilma. Sra. Dª. MERCEDES SANCHA SAIZ

MAGISTRADOS

Ilmo. Sr. D. RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS

Ilma. Sra. Dª. MARIA JESUS FERNANDEZ GARCIA (Ponente)

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por la Sección Sindical CSI-F en Nestlé (Fábrica de La Penilla) contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. Dos de Santander, ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARIA JESUS FERNANDEZ GARCIA, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos se presentó demanda por la Sección Sindical CSI-F siendo demandados NESTLÉ ESPAÑA S.A., Comité de Empresa, las Secciones Sindicales de UGT, CCOO, USO y Grupo de Trabajadores Independientes No Afiliados sobre Conflicto Colectivo y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 30 de Mayo de 2017 , en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- Como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- Tras la entrada en vigor de la [Ley 28/2005, de 26 diciembre \(RCL 2005, 2529\)](#), de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, suministro, consumo y publicidad de los productos del tabaco, y de la [Ley 42/2010, de 30 diciembre \(RCL 2010, 3349\)](#), de modificación de la anterior, en la empresa NESTLÉ ESPAÑA, S.A, Fábrica de la Penilla, se acotaron dos lugares para fumadores al aire libre dentro del recinto fabril.

En reunión del Comité de seguridad y Salud de 12 marzo 2015 se acordó que los dos puntos de fumadores fueran sustituidos por un único punto ubicado junto al Centro de Formación, por ser un área que se encuentra más alejada de las actuales entradas de fabricación.

2º.- Con fecha 19 diciembre 2016 la empresa informa que "los puntos de fumadores se eliminarán a partir del 1 marzo 2017, estando prohibido fumar desde entonces en todo el recinto a partir de ese momento".

Y con fecha 28 febrero 2017 comunica:

"Les recordamos que a partir de mañana 1 de marzo, estará prohibido fumar en todo el recinto de la fábrica, y por tanto se eliminarán los puntos de fumadores.

Todo colaborador que, en su tiempo de descanso para el bocadillo desee fumar, deberá salir al exterior del recinto de la fábrica, observando las siguientes reglas:

-Fichar a la entrada y salida vestido con ropa de trabajo, en el terminal de fichaje

que tiene asignado habitualmente.

-Conforme a la norma de buenas prácticas de fabricación (GI31-100) cambiarse de ropa, puesto que no está permitido salir al exterior con ropa de trabajo".

3º.- Coetáneamente a dicha decisión, la empresa ha implantado un proceso de deshabituación tabáquica a través de su servicio médico y en colaboración con el centro Hospitalario Padre Menni, y ha dirigido una carta individual a todos los trabajadores que en su historial médico han hecho contar que fuman, (en total 188), para que voluntariamente participen en el mismo.

4º.- Con fecha 22 febrero 2017 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el ORECLA que finalizó Sin Avenencia.

TERCERO.- En dicha sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Desestimo la demanda formulada por SECCIÓN SINDICAL DE CSI-F contra NESTLÉ ESPAÑA, S.A, COMITÉ DE EMPRESA, SECCIONES SINDICALES DE CCOO, UGT, USO Y GRUPO DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES, y en consecuencia absuelvo a la citada empresa de las pretensiones deducidas en su contra."

CUARTO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, siendo impugnado por la parte contraria, NESTLÉ ESPAÑA, S.A., pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

.- La sentencia de instancia desestima la demanda de conflicto colectivo planteada, respecto de la impugnación de la decisión empresarial de 1 de marzo de 2017 , relativa a la prohibición de fumar en todo el recinto de la fábrica, incluidos los espacios al aire libre en los que con anterioridad a dicha fecha los trabajadores acudían a fumar durante los 15 minutos de descanso para el bocadillo. Pretendiendo la parte actora que, con la imposición de salir fuera del recinto de la fábrica, es imposible en dicho periodo de 15 minutos hacerlo, teniendo que fichar a la entrada y salida, y cambiar la ropa de trabajo, según la ubicación de cada puesto dentro de la fábrica. Según doctrina de esta sala que refiere, dictada en interpretación de la [Ley 28/2005 \(RCL 2005, 2529\)](#) . Ya que, incluso en su posterior modificación por [Ley 42/2010 \(RCL 2010, 3349\)](#) , que dio nueva redacción y suprimió la posibilidad de habilitar zonas para fumar en lugares donde su titular así lo decía, y únicamente se mantuvo con relación a hoteles, hostales y establecimientos análogos y con los

requisitos que se establecen.

Atendiendo a los intereses o derechos en juego, que no dependen de la calificación de proporcionada de la medida empresarial, ni sobre si se invade o no la esfera personal del trabajador fumador. Como tampoco de que la empresa junto con la medida atacada, haya puesto en marcha un programa de deshabituación de nicotina. Sino que concluye que la decisión de la empresa tiene amparo legal, por lo que es ratificada.

Frente a esta decisión formula recurso de suplicación la representación letrada del Sindicato actor, con amparo procesal en la letra b) del artículo 193 de la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(RCL 2011, 1845\)](#), instando la modificación del relato fáctico para la adición de un nuevo ordinal, quinto. Que documentalmente funda, en los doc. 5, 6 y 7 (f. 43 a 48) del ramo de prueba de la misma parte procesal. Que -afirma-, no son impugnados de contrario y están avalados por prueba testifical. Sobre la posibilidad real de que toda la plantilla pueda fumar fuera del recinto de la fábrica en estas condiciones impuestas por la empresa. Del siguiente tenor literal:

"Dependiendo del departamento en que se trabaje se tarda entre 2 a 4 minutos en llegar desde el reloj de fichar hasta los vestuarios, minutos que hay que multiplicar por dos ya que hay que contar que se debe fichar cuando se sale y entra.

El tiempo que se invierte en cambiarse de ropa es indeterminado pero, también hay que multiplicarlo por dos.

Desde el vestuario hasta la entrada de la fábrica que se tarda en recorrer unos 4 minutos.

El tiempo que se invierte en fumar el cigarrillo es igualmente indeterminado.

Existe también la obligación de seguir un protocolo de desinfección que hay que cumplir antes de entrar en la zona de trabajo, excepto en las oficinas, en el que se invierten unos 4 minutos".

Sin embargo, en cuanto a lo que está en la base de la reclamación, la conclusión de si es posible en el tiempo destinado a bocadillo (15 minutos), salir al exterior de la fábrica en la jornada diaria de los empleados. Dada la resolución del conflicto partiendo del amparo legal en la actuación empresarial, sin respaldo en cambio de la pretensión del derecho a fumar por los empleados afectados, dentro del recinto de la fábrica. Es intrascendente el texto propuesto.

Además, la documental que cita, consistente en foto de área de la fábrica, normas existentes de acceso a zona de fabricación y tiempos invertidos en entrar y salir de la

fábrica. Ya han sido ponderados en la recurrida, que no niega expresamente lo que afirma la parte recurrente (sobre imposibilidad de parte del personal, materialmente, en fumar en el tiempo de bocadillo de su jornada diaria fuera de la fábrica). Aunque tampoco lo relata.

Puesto que el conflicto no parte, como afirma, de que se declare probado que concurrente con este cambio, también la empresa modifique un derecho de los empleados. Por el contrario, la recurrida lo niega, según normativa legal aplicable. Y además, ni la documental que cita es fehaciente a los efectos del [art. 196.3 LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#), ni la prueba testifical tiene acceso al extraordinario recurso formulado.

En atención a lo expuesto, no procede la revisión propuesta, por no ampararse en la normativa que cita, y ser intrascendente al litigio.

SEGUNDO

.- Con apoyo procesal en la letra c) del artículo 193 de la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(RCL 2011, 1845\)](#), la parte recurrente denuncia infracción de la recurrida, por aplicación indebida, de lo establecido en los artículos 7.a) y s) y 8 de la [ley 42/2010, de 30 de diciembre \(RCL 2010, 3349\)](#), por la que se modifica la [Ley 28/2005, de 26 de diciembre \(RCL 2005, 2529\)](#), de medidas sanitarias frente al tabaquismo, así como del art. 18 y 15 y siguientes de la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#), [art. 20 del Estatuto de los Trabajadores \(RCL 2015, 1654\)](#) y Acuerdo alcanzado con el Comité de Seguridad y Salud de 12 de marzo de 2015. Discrepando de la identidad de litigios con el previo con pronunciamiento de la sala por exponer argumentación jurídica y fáctica no concurrente. Puesto que, aquí, la empresa demandada suprime repentinamente y sin justificar los espacios al aire libre ya habilitados desde hace años, para fumar. Incumpliendo el Acuerdo con el Comité de Seguridad y Salud de 12-3-2015 (HP 1º). Por el que se acordó que los dos puntos de fumadores fueran sustituidos por otro en una zona más alejada de las entradas a fabricación, punto para fumadores que fue construido y es perfectamente operativo (doc. 4 de su prueba), es o no ajustada a derecho.

Valorando que la prohibición actual es absoluta de fumar en el recinto de la fábrica, combinado con las normas y distancias de puesto de trabajo a entrada y salida de fábrica; con ropa de trabajo que deben quitarse. Lo que afecta a la práctica totalidad de la plantilla.

Y, en cuanto a la normativa que estima infringida, puesto que el art. 7.a) no prohíbe fumar en los espacios abiertos ya que el bien jurídico protegido es la salud de los fumadores pasivos. Debiendo tener otras prohibiciones justificadas acordes a lo

dispuesto en la Ley, para no vulnerar el derecho individual a fumar que la decisión empresarial incumple. Puesto que no se piden nuevos espacios sino el mantenimiento de los existentes, considera que la modificación del art. 8 no les afecta. Siendo injustificada la decisión de la empresa, genéricamente amparada en la salud de los trabajadores. Que es expresión de la libre voluntad de cada uno, estando el tiempo de descanso a que afecta sustraído de intromisiones de la empresa sobre su libertad individual. Debiendo respetar ([art. 15 y 20 CE \(RCL 1978, 2836\)](#)) derechos de los trabajadores afectados. Impugna la decisión de la empresa por no estar amparada en la potestad directiva sin necesidad causal respecto del 7.s) con el límite de los derechos individuales de los empleados, que no es adecuada ni proporcionada. Lo que, además, vulnera un acuerdo con la CSS para habilitar espacio al aire libre para los trabajadores fumadores, que se entendía más adecuado que los existentes hasta el momento, lugar que fue efectivamente habilitado (HP1º), y que es operativo.

Solicitando que se declare que la decisión empresarial atacada no es ajustada a derecho, declarando el derecho de los empleados a fumar dentro del recinto, y a la reposición de las condiciones anteriores a esta decisión empresarial.

Pero lo que no deja sin efecto los datos fácticos que destaca la recurrente, es la conclusión de la instancia de que la decisión empresarial atacada tiene su sustento en la normativa contenida en la Ley 28/2005, modificada por la posterior Ley 42/2010, de 30 de diciembre.

En primer lugar, y con respecto a esta modificación legal que no pudo ser analizada por la sala en la precedente [sentencia de 5-12-2006 \(AS 2006, 3395\)](#). En su preámbulo, sobre la modificación de la Ley 28/2005, de 26-12-2005, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco. Ya se enuncia que "supuso un hito importante en la política de nuestro país en la lucha contra el tabaquismo, tanto en lo que se refiere a la prohibición de fumar en lugares públicos como a las medidas encaminadas a potenciar la deshabituación del tabaco y a tratar de erradicar a medio y largo plazo el hábito de fumar". Es decir, tanto la finalidad de la anterior como claramente la nueva modificación, no solo van encaminadas, como postula a la protección del fumador pasivo. Sino que uno de sus objetivos primero y esencial, es erradicar el tabaquismo del propio fumador activo. Como perjudicial a la salud del fumador y para la sociedad.

Transcurridos más de cuatro años de aplicación de aquella Ley, siendo 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".

Dos son los colectivos especialmente beneficiados de esta medida. Por un lado, el de menores, grupo especialmente sensible de población que está expuesto al humo del tabaco en los lugares públicos cerrados. Por otro lado, el de trabajadores del sector de la hostelería que se encuentra claramente desprotegido con respecto al resto de los trabajadores, al estar expuestos al humo de tabaco ajeno.

Por todo ello, y en la línea seguida en materia de prevención y control del tabaquismo por la Unión Europea, con 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, posición que corrobora la ratificación por España, en diciembre de 2004, del Convenio Marco para el Control del Tabaco de la OMS, esta ley, que modifica la Ley 28/2005, se encamina a avanzar en las limitaciones tendentes a aumentar los espacios libres de humo del tabaco.

Lo que se traduce en la nueva redacción de su artículo 7, en el que se contempla, la prohibición de fumar, entre otros supuestos, en su apartado a), además de en aquellos lugares o espacios definidos en la normativa de las Comunidades Autónomas, en, Centros de trabajo públicos y privados, salvo en los espacios al aire libre. Ampliando hasta espacios abiertos de centros sanitarios o docentes.... Y, en su apartado l) Áreas o establecimientos donde se elaboren, transformen, preparen, degusten o vendan alimentos. Junto al apartado s) Cualquier otro lugar en el que, por mandato de esta Ley o de otra norma o por decisión de su titular, se prohíba fumar.

Quedando excluidos en el artículo 8 respecto de su letra t) determinados espacios de establecimientos de hostelería. Que no es el aquí debatido.

Es decir la nueva norma aumenta la restricción a la facultad privada de fumar, no solo dirigida a proteger la salud de los fumadores pasivos, sino también del propio fumador. Por lo que, y como su preámbulo anuncia, en la línea seguida en materia de prevención y control del tabaquismo por la Unión Europea, la Ley 42/2010), que modifica la Ley 28/2005, se encamina a avanzar en las limitaciones tendentes a aumentar los espacios libres de humo del tabaco.

Por ello, y salvo la excepción de lugares destinados a la hostelería (art. 8), y en las condiciones establecidas por la modificación de la ley 42/2010 . Previendo expresamente la norma aplicable, con el objetivo de la salud pública en centros de trabajo, que se prohíbe fumar, en los Centros de trabajo públicos y privados, salvo en los espacios al aire libre. Pero, en empresas de alimentación no se hace ya esta

prevención final, y se amplía a "Cualquier otro lugar en el que, por mandato de esta Ley o de otra norma o por decisión de su titular, se prohíba fumar". Se concluye como en la instancia que la decisión de la empresa tiene lugar con amparo en la citada norma.

Porque, en definitiva, interpreta la literalidad del mencionado artículo, que no supone que deba alcanzarse acuerdo alguno sobre fijación en concreto de los lugares para disfrutar, sino que dentro del recinto es posible y se potencia la prohibición de fumar. No le es tan poco oponible los derechos individuales de los empleados que en su tiempo libre pueden realizar actividades que estimen oportunas, por estar dentro de la jornada de trabajo (aun en el tiempo destinado a bocadillo), y en lugar de trabajo. Como la facultad organizativa, amparada por normas de salud pública, no solo tendentes a garantizar la salud de los fumadores pasivos sino también de sus propios empleados fumadores.

La sentencia recurrida parte de una afirmación cierta y ajustada a derecho, como es la de que el [artículo 38](#) CE , reconoce, aunque no como derecho fundamental, la libertad de empresa, y el [artículo 20](#) del Estatuto de los Trabajadores , confiere al empresario el poder de dirección y control de la actividad laboral. Resultado por tanto obligado para el trabajador ([artículo 5 c](#)) ET) el cumplimiento de las órdenes e instrucciones que en el ejercicio regular de esas facultades formule el empleador.

Por otra parte, como es conocido a través de una nutrida doctrina constitucional y jurisprudencial ([STS/4ª de fecha 19-4-2011, rec. 16/2009 \(RJ 2011, 2309\)](#)), la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadanos ([art. 15](#) y [18](#) CE). Del mismo modo, la libertad de empresa no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas (por todas, [STC 80/2001, de 26 de marzo \(RTC 2001, 80\)](#), FJ 3). De esta forma, la modulación que el contrato de trabajo puede producir en el ejercicio de los derechos fundamentales solo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin.

Dentro de los derechos fundamentales del trabajador que no deben verse indebidamente modulados por el hecho de que exista un contrato de trabajo, evidentemente se encuentra su derecho a la libre facultad de disfrute en el tiempo libre, y el de descanso del bocadillo de 15 minutos, puede incluir el de fumar.

Pero, aquí en concreto, a propósito de las medidas empresariales que puedan

resultar restrictivas de derechos fundamentales, cuya constitucionalidad ha de venir determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad: "para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)".

Desde la perspectiva jurídica que proporciona la anterior doctrina, en el caso presente nos encontramos con una iniciativa empresarial que en principio se encuentra dentro de las facultades de su poder de dirección, como es la orden de imponer que dentro de su centro fabril, incluidos los espacios al aire libre no se fume. Finalidad que persigue la norma en que se ampara su decisión. Que contempla incluso la protección de los fumadores, frente a su libertad de fumar, como fin último para erradicar el hábito del tabaquismo.

Contemplando también normas de seguridad y salud, que el empresario debe velar por la salud de sus empleados ([art. 14.1 LPRL \(RCL 1995, 3053\)](#)), tanto fumadores pasivos como con el hábito de fumar. A los que se les ofrece, además, y aunque ello no sea necesario para la convalidación de la decisión empresarial, tratamiento para deshabituación de nicotina, pero que igualmente es una medida amparada por este deber de velar por la salud del empleado. Por lo que no se aprecia en este supuesto, que se haya vulnerado los derechos fundamentales de los empleados, pues como en esos casos se trata de derechos que no son absolutos, sino que pueden ceder ante intereses u otros derechos constitucionalmente relevantes, como es el poder de dirección del empresario.

En un supuesto como el presente, vinculado a esas facultades de dirección del empresario y proyectadas sobre la salud de sus empleados, modificando aquellos usos, hábitos o formas acordadas de fumar en la empresa con amparo en una norma que tiene este fin por objetivo, que no se estima afecten a la libertad de los trabajadores.

En la sentencia de esta sala que funda la recurrida de 5-12-2006 (rec. 1009/2006), se contempla un conflicto colectivo, en que se pretendía que se reconozca los trabajadores pertenecientes a la plantilla de «Plásticos Españoles Aspla S.A.» el derecho a poder fumar en los espacios al aire libre existentes en el recinto fabril donde las condiciones de seguridad así lo permitan. En un supuesto, y con una

normativa de menor alcance limitativo, muy parecido al actual. Puesto que aquí, lo único constatado en el HP 1º al que alude la parte recurrente, es una reunión con el CSS de 12-3-2015, en la que se informa (más que se acuerda, f. 39 de las actuaciones) que los dos puntos de fumadores previos eran sustituidos por un único punto ubicado junto al centro de formación, por ser área alejada de la zona de fabricación. En modo alguno reconocimiento empresarial de un derecho a fumar en el tiempo de bocadillo a los empleados, dentro del recinto fabril, al aire libre.

En ella concluíamos, y aquí no se aprecian especiales circunstancias que autoricen otro pronunciamiento, más bien la posterior modificación de la Ley 28/2005, por la Ley 42/2010, lo avala. Sobre la interpretación que la norma legal citada otorga al empresario, en su apartado s), la prerrogativa de decidir en qué lugar o lugares prohíbe fumar, y esta facultad no admite límites ni condiciones, por ser esto lo que el legislador ha querido.

Ya que no puede olvidarse que también en aquel supuesto en la empresa, la orden de la Dirección impugnada, por la cual prohibió fumar en toda las dependencias de la empresa se corresponde con el ejercicio regular de sus funciones por disponerlo así el [art. 7. s\)](#) de la Ley 28/2005 . Cuando también en aquel litigio, en el interior del recinto fabril existían espacios al aire libre en los que los fumadores no perjudican a otras personas y en los que "desde siempre" se había venido fumando. Sin razones de seguridad que avalasen la orden cuestionada.

La citada Ley, concluíamos -y aquí ya se ha dicho-, no solo pretende amparar a los no fumadores, sino que también trata de amparar y proteger la salud de los fumadores e incluso de los futuros fumadores. Habiendo pasado de ser una costumbre arraigada al rechazo social, se pretende ayudar al fumador activo a dejar el hábito de fumar no dándole facilidades para que fume, subordinando, en todo caso en la Ley en que es ampara la decisión empresarial atacada, el hábito no saludable a un ambiente limpio de humos.

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, pero también de los fumadores. Ello explica en gran medida que no se tomaran en consideración las recomendaciones del dictamen del Consejo Económico y Social de 16 de marzo de 2005, en el que advertía del cambio radical que suponía la norma y propiciaba una mayor gradualismo en los procedimientos dirigidos a erradicar los problemas derivados del tabaquismo, a la par que defendía la participación de los interesados y de sus representantes en la implantación de las medidas prohibitivas en los centros de trabajo, mediante los

mecanismos de la negociación colectiva.

La norma debatida opto, sin embargo, por un sistema general de prohibición total de fumar, así, después de señalar en su art. 6 que el consumo de productos del tabaco deberá hacerse exclusivamente en aquellos lugares o espacios en los que no esté totalmente prohibido o en los especialmente habilitados para ello, establece en el art. 7 «prohibición total de fumar», apartado a) que «Se prohíbe totalmente fumar, en Centros de trabajo públicos y privados, salvo en los espacios al aire libre». Bien es verdad que la prohibición no es absoluta porque, a continuación, en el art. 8 «habilitación de zonas para fumar» se hacen determinadas salvedades en una serie de establecimientos que son a la vez centros de trabajo.

No siendo este último el caso de la empresa recurrente, existe una prohibición total de fumar en el centro de trabajo, con la consiguiente imposibilidad de habilitar espacios de ningún tipo para los trabajadores fumadores. Después de este mandato general, el art. 7 menciona determinados centros de trabajo o partes de centros de trabajo, para subrayar de manera específica la prohibición de fumar en los mismos; de este listado, resulta relevante para la resolución del litigio la cláusula de cierre en la que se dispone que 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.

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 fabril, incluidos los espacios que se hallen al aire libre, sin que tal facultad, al emanar de una norma básica del Estado (Disposición Final Primera), 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.

La anterior redacción de su art. 8.1. i) preveía expresamente que en aquellos espacios en los que no esté legalmente prohibido fumar, como es el caso de los espacios al aire libre aquí debatidos, el empresario titular del establecimiento podía establecer zonas habilitadas para fumadores. Se trataba en todo caso de una facultad del empresario y cabe también, como en todo conflicto laboral, que la materia se regule por la vía de la negociación colectiva o por acuerdo de empresa. Pero, no es el caso pues lo que no consta es acuerdo para favorecer este derecho a fumar de los empleados. Sino al contrario en este proceso, la actual normativa refuerza aún más la facultad del titular del centro de trabajo de prohibir este uso en todas sus dependencias. Amparada en la norma en su redacción vigente, tendente precisamente a erradicar dicho hábito.

En atención a lo expuesto, concluimos como en aquel supuesto plantado ante la sala con la conformidad a la legislación vigente de la decisión empresarial. En su facultad organizativa, y amparada en la normativa específica sobre la cuestión en que se apoya, que no vulnera por ello derechos fundamentales de los empleados afectados.

De lo que se concluye con la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida. Aunque ello haga más dificultosa la práctica privada de fumar a los empleados de la empresa, por las dimensiones y prácticas de entrada y salida a fábrica, en el periodo de 15 minutos para el bocadillo entre jornada, que es el objetivo que entre otros busca la norma que ampara la decisión empresarial. Por lo que no incurre en la infracción de normas denunciada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L O

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Sección Sindical de CSI-F en NESTLÉ (fábrica de la Penilla), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Dos de Santander de fecha 30 de mayo de 2017 , en virtud de demanda de conflicto colectivo formulada por la parte recurrente contra la empresa NESTLÉ ESPAÑA S.A., Comité de Empresa, Secciones Sindicales de UGT, CC.OO., USO y Grupo de trabajadores independientes no afiliados, y en su consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Pásense las actuaciones al Sr. Letrado de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la sentencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito, suscrito por Letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social de Cantabria, dentro del improrrogable plazo de los **diez días** hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, con tantas copias como partes recurridas, y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.

Advertencias legales

Si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia y no ostentara la condición

de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena. Pudiendo sustituir dicha **consignación** en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, deberá acreditar, mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar del siguiente modo:

Si se efectúa en una oficina del BANCO DE SANTANDER se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala tiene abierta con el nº 3874 0000 66 0702 17.

Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta bancaria (ES55) 0049 3569 92 0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 3874 0000 66 0702 17.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente que la suscribe, en la sala de audiencia de este Tribunal. Doy fe.