

## DICTAMEN

Sobre l'impacte jurídic de l'aplicació de la llei 28/2005, del 26 de desembre, de mesures sanitàries enfront del tabaquisme i reguladora de la venda, el subministrament, el consum i la publicitat dels productes del tabac en els negocis de restauració.

Barcelona, a 3 de juliol de 2.006.

# J A U S A S

## I.- OBJECTE DEL PRESENT DICTAMEN

1.- Anàlisi de l'impacte jurídic de l'aplicació de la llei 28/2005 en els locals de més de 100 metres quadrats, que comprèn l'estudi dels següents aspectes:

1.1.- Contracte de lloguer: Anàlisi i valoració de les conseqüències en els casos que el local és de lloguer i calgui realitzar reformes per adequar-se a la normativa.

1.2.- Sistemes d'extracció d'aire: Anàlisi i valoració de les conseqüències per a l'adaptació del local des del punt de vista de la Comunitat de veïns.

1.3.- Normativa d'accessibilitat i seguretat: Anàlisi i valoració de les conseqüències del compliment de la llei 28/2005 des del punt de vista de la normativa de seguretat i d'accessibilitat.

2.- Valoració de l'impacte de l'aplicació de la llei 28/2005 en els locals de menys de 100 metres quadrats, valorant en concret els aspectes següents:

2.1.- Anàlisi i valoració de les conseqüències de la contradicció existent entre la llei 28/2005 i la normativa de riscos laborals en cas que la direcció de l'establiment esculli ser un local on es permet fumar.

## II.- INTRODUCCIÓ:

La llei 28/2005, del 26 de desembre, de mesures sanitàries enfront del tabaquisme i reguladora de la venda, el subministrament, el consum i la publicitat dels productes del tabac en els negocis de restauració (en endavant Llei antitabac) té importants implicacions pels locals de restauració, ja que presenta com un dels aspectes més destacats la prohibició de fumar, però amb la possibilitat d'habilitar zones per fumadors en una sèrie de llocs, entre els que es preveuen, els hotels, hostals i establiments anàlegs, així com bars, restaurants i altres establiments de restauració tancats amb una superfície útil destinada a clients igual o superior a 100 metres quadrats.

# J A U S A S

La llei parteix, en l'àmbit de la restauració i el lleure, de la distinció entre els establiments amb una superfície inferior a 100 metres quadrats, respecte els quals la llei obliga als propietaris a escollir si en ells es pot fumar o no- havent-ho de senyalitzar degudament- i els que tenen una superfície superior a 100 metres quadrats de superfície útil per clients o consumidors en els que es poden habilitar zones per fumadors o bé convertir-se en espais totalment lliures de fums.

La Llei determina un límit d'espai d'aquestes zones habilitades per fumadors, que en el cas de hotels, restaurants, bars o sales de festes no poden excedir del 30% del total de la superfície de l'establiment, amb un límit màxim de 300 metres quadrats.

Així mateix, cal considerar que la Llei també preveu que no es podrà permetre fumar en aquells locals de restauració que es troben situats dins d'establiments, recintes o instal·lacions en què per imperatiu legal està prohibit fumar. En concret, cal tenir en compte els següents casos particulars:

- En els bars i restaurants situats a l'interior de centres comercials no es pot fumar, excepte en aquells locals que, estant separats de la resta del centre comercial, habilitin zones per fumadors en les mateixes condicions que la resta d'establiments de l'hostaleria.
- Respecte els bars que es troben en instal·lacions esportives, s'ha de distingir entre aquells que s'ubiquen en instal·lacions o recintes esportius a l'aire lliure, que estaran sotmesos al règim general dels bars que estiguin en instal·lacions esportives que no estiguin a l'aire lliure, en els que està prohibit fumar.
- També es preveu aquesta prohibició en els bars que es trobin dins de centres sanitaris.
- Respecte a la permissió de fumar en els bars de menys de 100 metres quadrats que pertanyen al recinte d'un hotel, es considera que són un servei més que ofereix l'hotel en les seves instal·lacions i que, per tant, és el titular del bar qui ha de decidir si permet o no fumar.

Pel que fa a les condicions que inexcusablement han de complir les zones habilitades per fumadors, l'article 8 de la Llei determina que:

*" b) Hauran d'estar separades físicament de la resta de les dependències del centre o entitat i completament*

# J A U S A S

*compartimentades, i no ser zones de pas obligat per les persones no fumadores, excepte que aquestes tinguin la condició de treballadores o empleades en aquelles i siguin majors de setze anys.*

*c) Hauran de disposar de sistemes de ventilació independent o altres dispositius i mecanismes que permetin garantir l'eliminació de fums."*

Per tant, la Llei exigeix que les àrees de fumadors dels locals de més de 100 m quadrats hauran d'estar separades físicament i equipades amb sistemes de ventilació o d'eliminació de fums, requisits que obliguen als propietaris a emprendre reformes del propi local comercial.

Al respecte, el Departament de Salut de la Generalitat de Catalunya ha aclarit en relació als criteris referents a les zones de fumadors i altres aspectes relacionats amb el desplegament de la llei 28/2005, a partir del proper 1 de setembre que:

- *"En tots els casos la zona de fumadors estarà aïllada i compartimentada.*
- *Només l'accés a aquesta zona pot, per motius de seguretat, tenir una separació no física, però que assegurí que el fum no traspassa els seus límits.*
- *En la majoria de les ocasions això requereix fer obres.*
- *Si s'utilitzen sistemes de separació no física en l'accés a la zona de fumadors, cal tenir present que :*
  - *Els sistemes de separació no física (per ventilació, etc.) tenen una eficàcia limitada i només garanteixen l'assoliment dels nivells requerits en un nombre limitat de situacions i de locals.*
  - *Les "cortines d'aire" no garanteixen per si soles, sense un sistema complementari de filtració, depuració i eliminació del fum, l'assoliment dels nivells de nicotina fixats.*
- *El Departament de Salut comprovarà periòdicament els nivells de nicotina en el aire, que caldrà que estiguin sempre per sota de  $0,7\mu\text{g}/\text{m}^3$ . Si aquests nivells no s'aconsegueixen amb els mecanismes de separació que s'hagin implantat, caldrà fer les reformes necessàries per aconseguir-los o optar per convertir-se en un espai sense fum. "*

# J A U S A S

---

Per últim, cal assenyalar que per poder portar a terme l'acondicionament per a fumadors en els llocs permesos, la llei preveu un període transitori de 8 mesos a comptar a partir de l'entrada en vigor de la llei, encara que durant aquest període les zones de fumadors i no fumadors hauran d'estar degudament senyalitzades i separades.

Previ l'estudi de les repercussions que poden tenir aquestes obres en els locals de restauració en relació a la normativa en matèria d'arrendaments urbans i de propietat horitzontal, és convenient fer diverses consideracions respecte al caràcter d'aquestes obres:

- En principi, es tracta d'obres obligatòries, en tan que són obres imposades per una normativa dictada per Autoritat competent a fi de vetllar per la sanitat en un local d'accés públic i que condiciona l'ús del mateix.

- Per altra banda, es tracta d'obres opcionals, atès que els titulars dels locals poden escollir entre dotar al local de zones acondicionades per fumadors o bé optar per no permetre fumar en cap espai del local. És a dir, el titular del negoci no està obligat necessàriament a emprendre reformes per crear espais habilitats per fumar, sinó que és ell en última instància qui decideix crear-les o no en funció de si considera que serà més beneficiós en l'explotació de l'activitat.

## **La venda i el subministrament de tabac en locals comercials de restauració:**

En relació a la venda de tabac en negocis de restauració, la llei antitabac permet la seva venda a través de màquines expenedores, o bé a través de la venda directe personal sempre que aquests establiments tinguin les autoritzacions administratives oportunes, per a la venda de tabac.

Si la venda és a través de màquines expenedores aquesta s'haurà de fer d'acord amb les condicions següents:

- 1) Es prohibeix el seu ús als menors de divuit anys.
- 2) La ubicació de les màquines expenedores de productes del tabac només es podrà ubicar a l'interior dels locals en els quals no estigui prohibit fumar, així com en aquells que tot i que s'hi prohibeix fumar s'hi poden habilitar zones per fumar. La localització de la màquina ha de ser la que permeti la vigilància directa i permanent del seu ús per part del titular del local o dels seus treballadors. No es poden ubicar en les àrees annexes o d'accés previ als locals, com són les zones de tallavents, porxos, pòrtics, passadissos de centres comercials, vestíbuls, distribuïdors, escales, porxades o

# J A U S A S

llocs similars que puguin ser part d'un immoble però no constitueixen pròpiament l'interior d'aquest.

- 3) En la superfície frontal de les màquines ha de figurar, de forma clara i visible, en castellà i en les llengües cooficials de les comunitats autònomes, una advertència sanitària sobre els perjudicis per a la salut derivats de l'ús del tabac, especialment per als menors, d'acord amb les característiques que assenyalin les normes autonòmiques en el seu respectiu àmbit territorial.
- 4) Per garantir l'ús correcte d'aquestes màquines s'hauran d'incorporar els mecanismes tècnics adequats que permetin impedir l'accés als menors d'edat. Així mateix en aquests establiments s'ha d'exigir a totes les persones compradores, llevat que sigui evident que són majors d'edat, que acreditin l'esmentada edat mitjançant un document de valor oficial.
- 5) En les màquines expenedores de productes del tabac no es podran subministrar altres productes diferents del tabac.
- 6) Les màquines expenedores de productes del tabac s'hauran d'inscriure degudament en un registre especial gestionat pel Comissionat per al mercat de Tabacs.

Per tan els negocis de restauració que optin per vendre tabac ja sigui de manera directe o a través de màquines subministradores de tabac, en base a la llei antitabac hauran de maximitzar la seva cautela en els punts citats anteriorment per d'aquesta manera poder vendre i subministrar tabac d'acord als requisits que imposa la citada llei.

### III.- EXPOSICIÓ DELS DIFERENTS SUPÒSITS:

#### **1.- Anàlisi de l'impacte jurídic de l'aplicació de la llei 28/2005 en els locals de més de 100 metres quadrats.**

**1.1.- Contracte de lloguer: Anàlisi i valoració de les conseqüències en els casos que el local és de lloguer i sigui necessari realitzar reformes per adequar-se a la normativa.**

##### **a) Separació física de les àrees per fumadors:**

# J A U S A S

La llei antitabac obliga als bars i restaurants de més de 100 metres quadrats de superfície a habilitar àrees de fumadors i a aïllar-les amb sistemes de separació física (envans, mampares, vidres, etc.) o amb altres elements rígids separadors amb ventilació autònoma.

Al respecte, el Departament de Salut de la Generalitat de Catalunya ha definit un seguit de criteris per tal de facilitar l'aplicació de la llei en el termini establert per part dels establiments afectats pel que fa a la creació d'aquestes àrees habilitades per fumadors, establint que:

*"Es considerarà que es garanteix que les zones habilitades per a fumadors estan separades físicament quan hi ha una compartimentació completa mitjançant paret, envà, o un altre element rígid separador.*

*A la porta o accés d'entrada a la zona, es pot, per raons de seguretat o altra, permetre que no existeixi una separació física. En aquest cas, caldrà tenir un mecanisme que impedeixi de manera efectiva la sortida del fum del tabac cap a les àrees de no fumadors."*

En la majoria dels casos, es requerirà realitzar obres per acondicionar els locals i restaurants als requisits que imposa aquesta normativa en cas que decideixin disposar de zones per fumadors als locals comercials.

## **b) Consentiment del propietari per la realització d'obres d'acondicionament:**

En els supòsits d'arrendaments, cal determinar si es precisa el consentiment del propietari del local per portar a terme les obres per crear zones habilitades per fumadors tractant-se d'obres que venen exigides pel compliment de la normativa.

En primer lloc, cal estudiar què disposa La Llei d'Arrendaments Urbans, de 24 de Novembre de 1.994 (LAU) respecte al consentiment del propietari respecte les obres que s'empenguin en un local arrendat.

Disposa l'article 30 de la LAU de 1.994, en relació amb l'article 23 de la mateixa, que l'arrendatari no podrà realitzar sense el consentiment de l'arrendador, expressat per escrit, obres que modifiquin la configuració del local per ús distint al de vivenda –local de negoci- o de qualsevol altre dependències, espais o serveis cedits com accessoris de la finca pel mateix arrendador o que provoquin una disminució en l'estabilitat o seguretat de la mateixa, podent el propietari que no hagi autoritzat les obres i sense perjudici de la facultat d'instar la resolució del contracte,

# J A U S A S

exigir, quan acabi el mateix, que l'arrendatari reposi les coses a l'estat anterior o conservar la modificació efectuada, sense que aquest tingui dret a reclamar cap indemnització i, si les obres han provocat una disminució de l'estabilitat de l'edificació o de la seguretat del local o els seus accessoris, l'arrendador podrà exigir d'immediat de l'arrendatari la reposició de les coses a l'estat anterior.

A fi de determinar si és necessari el consentiment de l'arrendador cal analitzar, d'acord amb el dictat de l'article 30 de la LAU, si els requisits que han de complir les zones habilitades per fumadors comporta realitzar obres que suposen una modificació de la configuració del local.

L'article 8 de la Llei Antitabac assenyala que aquestes zones "*Hauran d'estar separades físicament de la resta de les dependències del centre o entitat i completament compartimentades*".

Al respecte, cal tenir en compte que, tal com s'ha assenyalat, el Departament de Salut de la Generalitat de Catalunya ha aclarit en els seus criteris definidors de l'aplicació de la Llei Antitabac, que la creació d'àrees per fumadors obligarà a aïllar físicament les zones de fumadors dels bars i restaurants amb "*una paret, envà, o un altre element rígid separador*".

La doctrina y la jurisprudència -sentències del Tribunal Suprem de 27 de setembre de 1985, 20 de desembre de 1988, 16 de desembre de 1990, 5 de abril i 4 de juny de 1991-, han entès que, si bé el concepte de configuració és circumstancial y contingent, es ve reputant obres que modifiquen la configuració, entre altres, les que produeixen una variació de l'estructura o distribució de l'immoble arrendat.

Així mateix, té declarat el Tribunal Suprem- sentències de 14 de desembre de 1990, 30 de gener i 21 de febrer de 1994- que només poden ser considerades com determinants de canvi de configuració les obres fixes o de fàbrica, empotrades al sostre o sòl i practicades amb materials de construcció, no les de caràcter mòbil, no adherides a l'edifici de tal forma que puguin separar-se sense detriment o deteriorament del mateix i que les obres de reparació i substitució d'elements necessaris no alteren la configuració i no donen lloc a la resolució - sentències de 10 de febrer de 1960, 14 de octubre de 1963 y 14 de desembre de 1990.

Per tant, d'acord amb la interpretació jurisprudencial que es fa del terme configuració al que fa referència l'article 30 de la LAU cal entendre que les obres que s'hauran de dur a terme per l'habilitació de les àrees per fumadors -l'aixecament d'aquests envans o parets o la instal·lació d'elements rígids separadors- poden considerar-se obres que modifiquen o no la configuració de l'immoble segons siguin obres fixes o de fàbrica

# J A U S A S

empotrades al sostre o sòl i practicades amb material de construcció o bé siguin de caràcter mòbil no adherides a l'edifici o bé, si ho estan, de tal forma que es pugin separar sense detriment o deteriorament del mateix. Totes aquelles obres d'adequació del local a la Llei antitabac que puguin ser considerades com obres que canvien la configuració del mateix fan precis el consentiment de l'arrendador.

Cal analitzar, així mateix, si la realització de les obres que s'han de dur a terme per dotar el local d'aquests espais per fumadors **són obres que excedeixen de l'àmbit de les reparacions necessàries, o bé, han de ser considerades obres de millora**, determinant-se en la LAU conseqüències molt diferents respecte a la necessitat d'obtenir el consentiment de l'arrendador i respecte a qui correspon fer-se càrrec de les mateixes, segons es tracti d'unes o altres.

Veiem el que diu el Texte Refós de la Llei d'Arrendaments Urbans de 24 de desembre de 1.964, en endavant TRLAU, encara d'aplicació a aquells contractes que es mantinguin en vigor signats abans del 1 de gener de 1.995.

Respecte a les obres necessàries, assenyala l'article 107 TRLAU, que "*les reparacions necessàries a fi de conservar la vivenda o local de negoci arrendat en estat de servir per l'ús convingut, seran de càrrec de l'arrendador*", establint, així mateix, aquesta obligació l'article 1.554 del Codi Civil, si bé en cap dels dos preceptes citats es determina el concepte de reparacions o obres necessàries.

L'Exposició de Motius de la Llei d'Arrendaments Urbans del 1.964 (TRLAU) considera reparacions necessàries les que són per la seva naturalesa indispensables per mantenir la vivenda en ús (en aquest cas, el local de negoci) i les imposades per l'autoritat competent. Per tant, les reparacions a què està obligat a portar a terme l'arrendador són totes les que representen el caràcter de necessàries per conservar la cosa en estat de servir per l'ús a què està destinada, és a dir, per l'ús pactat, entenent que tals reparacions tenen el doble aspecte de necessàries (l'indicat) i d'obligatòries quan venen imposades per l'autoritat competent.

En aquest sentit, assenyala l'Article 114 en el seu apartat 7º del TRLAU, també d'aplicació analògica als arrendaments de local de negoci en mèrits del que disposa l'art. 8 de la TRLAU, que "*es presumirà, excepte prova en contrari, la necessitat de realitzar les obres quan les mateixes vinguin expressament imposades per una decisió administrativa*".

Així, ha declarat el Tribunal Suprem (Sentència de 18 d'abril de 1995 (RJ 1995\3423) que han de ser autoritzades implícitament pels arrendadors, aquelles obres que, a més de ser necessàries per poder desenvolupar

# J A U S A S

l'activitat a la que havia de dedicar-se la finca arrendada, siquin exigides per l'autoritat administrativa.

En canvi, respecte a les obres de millora, disposa l'article 114, en el seu apartat 7º, paràgraf 3r del TRLAU, que "quan l'arrendatari es proposi realitzar obres en el local arrendat per millora de les seves instal·lacions o serveis, adaptant-los a les necessitats del seu negoci, i no obtingui el consentiment de l'arrendador, podrà ser autoritzat judicialment, sempre que provi que les obres projectades no debiliten la naturalesa i resistència dels materials empleats en la construcció de la finca i que no afectaran, una vegada realitzades, a l'ús d'aquesta pels altres ocupants, obligant-se a més a pagar l'elevació de la renda que l'autoritat judicial determini, si així ho demana l'arrendador i aquella ho estima just".

En el supòsit objecte d'anàlisi i d'acord amb el que s'ha exposat anteriorment respecte el caràcter optatiu pels titulars dels negocis de restauració d'habilitar aquestes àrees per fumadors, considerem que no es pot afirmar que les obres a què obliga la Llei Antitabac no són obres per conservar o reparar el bé arrendat, ni per tant necessàries sinó efectivament, per millorar les instal·lacions, ja que l'activitat de restauració es podrà continuar desenvolupant de forma normal, essent, per tant, enquadrables en la regla 7ª del paràgraf 3r de l'article 114 TRLAU i no en l'article 107, al suposar aquestes obres una millora en les instal·lacions o serveis per adaptar-les a les condicions que ha de reunir el negoci per treure'n més benefici.

Així doncs, en principi i com a regla general serà necessari el consentiment del propietari del local per poder portar a terme les obres oportunes per la creació de zones per fumadors en les condicions que preveu la Llei Antitabac, que modifiquin la configuració del local. I això, en tan que les obres no són imposades per l'autoritat competent, quedant a disposició del titular del negoci la opció per habilitar o no zones per fumadors.

Tanmateix, cal analitzar diferents supòsits, segons es tracti d'un local en què s'inicia l'activitat de restauració o bé es tracti d'un local en què l'activitat o indústria ja està iniciada.

- a) Habilitació de zones per fumadors en locals de restauració que no disposin d'elles en els casos en què s'inicia l'activitat i en els supòsits de reinici de l'explotació per traspàs del local de negoci.

# J A U S A S

El primer supòsit objecte d'anàlisi el constitueix la concertació d'arrendaments de locals en què s'iniciï l'explotació o es dugui a terme el traspàs del local de negoci en aquells locals que no tinguin habilitades zones per fumadors i es pretengui per l'arrendatari dur a terme les reformes necessàries per crear-les.

Abans d'iniciar o reiniciar l'explotació de la indústria o negoci arrendat, l'arrendatari té la facultat de portar a terme les obres d'adequació, acondicionament i reparació necessaris per adaptar el local a les exigències que li imposi la Llei o estimi convenient pel millor aprofitament de la indústria en l'explotació o de la que tingui intenció de portar a terme en el local arrendat.

Si el titular del Bar o Restaurant considera que és més atractiu o adient que el local arrendat disposi d'una zona habilitada per fumadors, per un major èxit de l'activitat, podrà executar les obres necessàries per crear aquestes zones aïllades i separades físicament de la resta del local, essent un fet indiscutible que compta amb l'autorització implícita de l'arrendador. Això és així ja que s'ha d'entendre que l'arrendatari ha de tenir dret quan concerta un contracte d'arrendament d'una indústria en explotació o d'un local de negoci per la seva instal·lació originària, a què el propietari l'autoritzi de forma expressa, implícita o tàcita acondicionar el local en què es vol iniciar l'activitat o reiniciar l'explotació del negoci adquirit per traspàs, en la forma que estimi més idònia o funcional per l'explotació del negoci de què es tracti.

Per tant, en les obres d'adequació del local al iniciar l'activitat, l'arrendatari ha de gaudir de llibertat per l'acondicionament del local i, per tant, plena llibertat sense necessitat de comptar amb el consentiment del propietari del local per aixecar els envans o els elements rígids separadors que exigeix la llei per crear aquestes zones per fumadors.

Si el sol fet de que l'arrendament d'un local de negoci porta implícita l'autorització d'obres d'instal·lació, aquesta facultat ha de situar-se també en l'adquirent per traspàs.

Els Tribunals s'han pronunciat en aquest sentit. Així, el Tribunal Suprem té declarat en diverses resolucions, entre altres, en les Sentències de 14 de febrer de 1989 (RJ 1989/838) i 17 d'abril de 1.989 (RJ 1989/3062) i 20 de desembre de 1991 (RJ 1991/9472) que en tot arrendament – especialment en els de indústria, de dependències amb destí diferent a vivenda, o el que és el mateix, els antigament denominats de local de negoci- han d'entendre's implícitament autoritzades les obres necessàries per la instal·lació, adaptació o acondicionament de les dependències per poder servir al destí pactat.

# J A U S A S

Al respecte, cal destacar el que disposa l'esmentada Sentència del Tribunal Suprem de 20 de desembre de 1.991 (RJ 1991\9472), que assenyala l'autorització implícita del propietari per realitzar aquestes obres d'acondicionament, recalcant, tanmateix que aquesta autorització implícita només es pot referir al moment d'inici de l'explotació del negoci:

*“ (... ) las obras que han de entenderse autorizadas en todo arrendamiento de local de negocio son las necesarias para la instalación, adaptación o acondicionamiento del local arrendado para poder servir al destino pactado y ha de considerarse referida dicha autorización al tiempo de puesta en marcha del negocio, siempre que ello sea preciso para el desarrollo del mismo, pero sin que pueda en modo alguno estimarse indefinida la facultad del arrendatario de establecer o introducir en el local, durante la vida del contrato, cambios que afecten a la configuración del mismo sin autorización del dueño, la referida doctrina jurisprudencial, repetimos, ha de entenderse, obviamente, establecida para el supuesto de que la intención de los contratantes no haya sido la de extender también para el futuro la concedida autorización de realización de obras, pues en caso contrario, ha de prevalecer lo pactado por los contratantes, al ser la voluntad de las partes la primigenia Ley del contrato (arts. 1091 y 1255 del Código Civil)”.*

Així doncs, totes les obres necessàries per la instal·lació, adaptació i funcionament d'un local arrendat per servir al destí pactat han d'entendre's autoritzades en tot contracte d'arrendament de local de negoci, segons té establert reiterada Jurisprudència.

En aquests casos, cal entendre, consegüentment, que si les obres estan mal realitzades o s'ha realitzat un acondicionament defectuós ha de respondre el propi l'arrendatari, que justament ha assumit la càrrega de realitzar totes les obres d'acondicionament per habilitar zones per fumadors. Cal tenir en compte, a més, que precisament arrendatari, per voler instal·lar un negoci dedicat a la restauració, ha d'assumir la responsabilitat que el local reuneixi les característiques precises per servir a l'ús de restaurant o bar en la forma que decideix organitzar aquesta activitat ( si opta per permetre i habilitar zones per fumadors en el seu interior), havent de conèixer quin tipus de local vol arrendar i quines característiques tècniques ha de complir si opta per permetre fumar a la clientela. Aquest coneixement no és pot atribuir a l'arrendador en aquests casos, que no pot saber quin tipus de restaurant es vol instal·lar en el local que arrenda.

# J A U S A S

**b) Habilitació de zones per fumadors en locals de restauració que no disposin de les mateixes una vegada iniciada la relació arrendaticia de la indústria o local de negoci.**

Es planteja així mateix si es requereix el consentiment del propietari del local de negoci en aquells casos en què, iniciada l'activitat del negoci de restauració en el local arrendat, el titular del negoci opti per habilitar zones per fumadors en aquells casos en què la llei preveu aquesta possibilitat (els locals de més de 100 m quadrats).

Com s'ha assenyalat l'autorització de l'arrendador per poder portar a terme totes les obres precises per l'acondicionament i adequació del local s'entén implícita en el moment en què es posa en marxa el negoci, però no es pot estendre una vegada el negoci ja s'ha posat en funcionament.

Per tant, iniciat el negoci de què es tracti, l'arrendatari està obligat, ja siguin obres legalment exigides o de realització per la seva voluntat, a posar en coneixement de l'arrendador la necessitat de la seva execució o el desig de portar-les a terme.

És a dir, en qualsevol cas serà necessari interessar el consentiment de l'arrendador per la realització de les mateixes i, subsidiàriament, instar el procediment judicial corresponent, a fi de considerar que l'arrendatari està autoritzat per realitzar les obres.

En conclusió, l'arrendatari no podrà iniciar les obres per habilitar zones per fumadors sense l'autorització expressa i escrita del propietari del local, sense perjudici d'acudir als tribunals per, si el propietari arrendador s'oposés a la seva execució, sol·licitant l'autorització judicial per la seva realització de conformitat amb el que disposa l'art.114 de la LAU.

En aquest sentit,, disposa la referida Sentència del Tribunal Suprem de 17 d'abril de 1.989 (RJ 1989/3062), que:

***"(...) ha de considerarse referida dicha autorización al tiempo de puesta en marcha del negocio, siempre que ello sea preciso para el desarrollo del mismo, pero sin que pueda en modo alguno estimarse indefinida la facultad del arrendatario de establecer o introducir en el local, durante la vida del contrato, cambios que afecten a la configuración del mismo sin autorización del dueño, a cuya soberanía sigue perteneciendo el concederla o no, o, en su caso, sin la autorización judicial - Sentencias de 17 de febrero y 22 de noviembre de 1962 (RJ 1962\702 y RJ 1962\4611); 14 de marzo y 17 de abril de 1964 (RJ 1964\1593 y RJ 1964\1948); 25 de enero de 1966 (RJ 1966\94); 3 de julio de 1970 (RJ 1970\3295); 21 de diciembre de 1.971 (RJ***

# J A U S A S

*1971\5396); 27 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5906); 15 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9506)-."*

Tanmateix, cal tenir en compte que existeix la possibilitat que la regulació continguda en l'article 23 de la LAU s'alteri vàlidament per pacte entre les parts, establint un règim diferent del que resultaria de l'aplicació d'aquest precepte, acordant que no serà necessari el consentiment del propietari per la realització de les obres.

En aquests casos, per tant, és necessari posar en coneixement de l'arrendador les obres que siguin necessàries o convenients de realitzar i obtenir la preceptiva i prèvia autorització per poder iniciar les obres necessàries per crear aquestes zones habilitades per fumadors.

## **c) Existència d'àrees habilitades per fumadors en els supòsits d'arrendament d'indústria. Responsabilitat de l'arrendador pel compliment de les condicions establertes en la llei**

Un supòsit diferent és el cas en què l'arrendament es concreta en un restaurant, un negoci en funcionament que ja disposa d'àrees habilitades per fumadors, en les que l'arrendador ha de respondre de la idoneïtat dels requisits que, segons la llei, han de complir aquestes zones per fumadors.

En aquests casos no es tracta d'un arrendament d'un simple local de negoci, sinó d'un arrendament d'indústria o, com expressa la vigent Llei de Arrendaments Urbans de 1994, un negoci viu i en explotació comercial o susceptible de ser-ho després de realitzar les obres d'acondicionament que l'arrendatari estimi precises.

En aquest cas, hem dit que si el negoci no disposa d'àrees habilitades per fumadors i l'arrendador és a la seva vegada propietari del local on està instal·lada la indústria, s'ha d'entendre que l'arrendatari compta amb l'autorització per executar inicialment les obres necessàries per adequar, distribuir les dependències del local arrendat, etc. a la seva conveniència i càrrec a fi de mantenir l'explotació de la indústria que venia realitzant-se en aquest local. Tanmateix, si el negoci ja disposa d'àrees habilitades per fumadors, cal plantejar-se quina responsabilitat pot exigir-se a l'arrendador de la indústria o negoci, si les àrees habilitades per fumadors no reuneixen les característiques que imposa la Llei Antitabac.

En aquest cas, s'ha d'entendre que l'arrendador ha de respondre ja que no ha complert amb l'obligació que li imposa l'article 1554.3º del Codi Civil per tal d'evitar tota pertorbació de dret del immoble arrendat. Al respecte, cal assenyalar que el requisit d'entrega de la cosa arrendada comporta

# J A U S A S

també el de garantir que l'objecte arrendat en aquest cas l'immoble compleix amb les condicions que s'exigeixen legalment.

En aquest sentit, estableix la Sentència del Tribunal Suprem de 20 de gener de 1.978, que :

*« El requisito de entrega de la cosa arrendada, que es consustancial al vínculo arrendaticio, a tenor de lo normado en el número 1º del artículo 1.554 del CC, no se cumple conforme expresa la Sentencia de esta Sala de 2 de marzo de 1963, con la simple manifestación del arrendador de que pone a disposición del arrendatario dicha cosa, sino que hay que poner en posesión de ella a aquél mediante el adecuado transferencia de la posesión jurídica, lo que en manera puede entenderse cumplido cuando el inmueble objeto del arrendamiento de que se trata no reúne las adecuadas íntegras condiciones para su dedicación al destino pactado»*

#### **d) Habilitació de zones per fumadors en els arrendaments d'indústria una vegada iniciada la relació contractual.**

En aquest cas s'analitza el supòsit en que l'arrendatari d'un negoci opti per habilitar zones per fumadors pels casos en què la llei preveu aquesta possibilitat (els locals de més de 100 m quadrats) i qui ha de fer-se càrrec de les despeses per acondicionar àrees per fumadors a les exigències legals.

L'obligació que l'article 1.554.2 del Codi Civil imposa a l'arrendador és la de satisfer l'import de les despeses de conservació necessàries per què la cosa serveixi a l'ús a què està destinada, però no comprèn les inherents a la indústria que exploti l'arrendatari en el seu exclusiu benefici, ja que hem dit que les obres que imposa la Llei per crear aquestes zones per fumadors han de ser considerades obres de millora.

És a dir, si l'arrendatari estima que obtindrà més rendiments del negoci habilitant zones per fumadors, les despeses que ocasionin les obres per crear zones en les condicions que contempla la Llei hauran de ser assumides per l'arrendatari del negoci, atès que responen al exclusiu benefici de l'arrendatari.

#### **Conclusió:**

Davant de la pregunta d'un arrendatari respecte a si pot fer o no les obres per adaptar el local a la Llei Antitabac, s'hauran de tenir en compte les següents consideracions:

# J A U S A S

1.- S'haurà d'analitzar l'espai del local que té arrendat. Si aquest espai és inferior a 100 metres quadrats només haurà d'optar o no per permetre fumar o no en el local sense que vingui obligat a realitzar cap mena d'obra.

2.- Si el local és superior a 100 metres quadrats, el titular del negoci podrà optar entre no deixar fumar o bé permetre fumar i, en aquest últim cas, estarà obligat a habilitar una zona per fumadors amb els requisits exposats en l'anterior apartat II.

3.- Si el local és superior a 100 metres quadrats i el titular del negoci opta per habilitar una zona per fumadors, s'haurà d'analitzar el contracte de lloguer i les condicions annexes al mateix del que és titular per si està sotmès a l'antiga Llei d'Arrendaments Urbans de 1.964 (TRLAU) o bé, a la nova Llei d'Arrendaments Urbans de 1994 (LAU).

4.- Si les obres d'habilitació de zones per fumadors suposen una modificació de la configuració del local i el contracte de lloguer no li permet fer, durant tota la vigència del mateix, aquelles obres necessàries per adaptar el local a l'ús convingut sempre que no perjudiqui la seguretat de l'immoble, necessitarà el consentiment de l'arrendador.

5.- Si no pot obtenir el consentiment de l'arrendador, podrà intentar demanar al Jutge que autoritzi a fer les obres justificant la necessitat i que les mateixes no són perjudicials per la seguretat i estabilitat de l'immoble. Segons el TRLAU, aquesta autorització podrà comportar un increment del lloguer. A la LAU, vigent actualment no està previst aquest supòsit però entenem que sempre es podria demanar aquesta autorització tenint en compte l'entrada en vigor de la Llei Antitabac i la realitat social que es fuma en els llocs de lleure.

6.- Si les obres no modifiquen la configuració del local ni perjudiquen la seguretat i l'estabilitat de l'immoble, en principi, no necessitarà el consentiment de l'arrendador. S'ha de reiterar en aquest important punt, que la consideració de si les obres modifiquen o no la configuració del local, dependrà en cada cas de les mateixes i la seva qualificació final estarà en mans del Jutge, si les parts no estan d'acord en aquesta qüestió i l'arrendador volgués resoldre el contracte. Per tant, des d'un punt de vista prudent, obtenir el consentiment de l'arrendador, seria la solució més aconsellable. En cas que això no sigui possible, s'hauria d'assegurar que les obres de separació de l'espai destinat a fumadors es poguessin separar de l'immoble sense deteriorament del mateix.

# J A U S A S

- No cal obtenir el consentiment de l'arrendador en els contractes d'arrendament d'una indústria en explotació o d'un local de negoci per la seva instal·lació originària, ja que l'arrendatari té dret a què el propietari l'autoritzi de forma expressa, implícita o tàcita a acondicionar el local arrendat en què es vol iniciar l'activitat o reiniciar l'explotació del negoci adquirit per traspàs, a realitzar totes les obres que consideri adients per acondicionar el local en la forma que tingui per convenient. En tot cas, també és aconsellable que es pacti en el contracte que l'arrendador autoritza a l'arrendatari a realitzar totes aquelles obres per habilitar el local al negoci a què està destinat, incloent les obres per acondicionar zones per fumadors i totes aquelles que en un futur puguin demandar les autoritats competents per l'explotació del negoci siguin o no opcionals per l'arrendatari, sempre que no malmetin la seguretat i estabilitat de l'immoble.

- Entenem que l'arrendatari ha de fer-se càrrec de les despeses per habilitar zones per fumadors, ja que aquestes obres es realitzen per una millor explotació del negoci.

## **1.2. - Sistemes d'extracció d'aire: Anàlisi i valoració de les conseqüències per a l'adaptació del local des del punt de vista de la Comunitat de veïns.**

### **a) Sistemes d'extracció d'aïres:**

L'article 8 de la Llei Antitabac indica que les zones habilitades per fumadors dels locals de restauració "*Hauran de disposar de sistemes de ventilació independent o altres dispositius i mecanismes que permetin garantir l'eliminació de fums.*"

El Departament de Salut de la Generalitat de Catalunya ha determinat, en l'Aclariment sobre els criteris de desplegament de la Llei per facilitar l'aplicació de la mateixa en els establiments de restauració en el termini establert, que:

*"Caldrà disposar, en aquestes zones, de sistemes de ventilació o dispositius/mecanismes que permetin garantir la eliminació del fum del tabac. Per aquest motiu, es podrà mesurar la qualitat de l'aire en les àrees per a no fumadors i s'exigirà que es mantingui per sota d'un llindar de perillositat per sota del qual el risc involuntari no requereix una regulació especial. Aquest llindar, independentment d'altres modalitats de mesura de la qualitat de l'aire interior que ulteriorment es poguessin adoptar, està relacionat*

# J A U S A S

*amb un nivell de nicotina en fase vapor que haurien de situar-se per sota de 0,7 µg/m<sup>3</sup> de nicotina.*

*La impossibilitat d'assolir aquests criteris pels mecanismes i/o dispositius a l'abast, comportarà la necessitat de convertir tot el local en espai sense fum. ”*

## **b) Consentiment de la Comunitat de propietaris:**

El dia 1 de juliol de 2.006, va entra en vigor el Llibre V del Codi Civil de Catalunya relatiu als drets reals (Llei 5/2006, de 10 de maig) que és d'aplicació a Catalunya.

De conformitat amb el que estableix la mateixa, els edificis i els conjunts establerts en règim de propietat horitzontal abans de l'entrada en vigor de l'esmentat Llibre, es regeixen íntegrament per les normes del mateix, que a partir de la seva entrada en vigor s'apliquen en preferència a les normes de comunitat o els Estatuts que les regien, fins i tot, si constessin inscrites sense que sigui necessari cap acte d'adaptació específica.

Tenint en compte l'esmentat text legal, si el sistema de ventilació constitueix una innovació física en l'edifici que afecta a l'estructura o a la configuració exterior, com segurament serà el cas de dispositius exteriors d'extracció de fums, serà suficient per instal·larlos el vot favorable de les quatre cinquenes parts dels propietaris de l'immoble que han de representar a la seva vegada les quatre cinquenes parts de les quotes de participació. En tot cas, el sistema no haurà d'alterar la seguretat de l'edifici.

Aquesta Llei representa una gran novetat respecte a la Llei de Propietat Horitzontal estatal que establia la unanimitat de tots els copropietaris en aquells sistemes de ventilació que pugessin comportar una modificació en l'estructura o elements exteriors de l'edifici.

En tot cas, per tant, caldrà examinar sempre prèviament a la seva instal·lació si els sistemes o els dispositius de ventilació que es decideixin instal·lar en els locals de restauració per habilitar zones per fumadors comporten una alteració de la configuració o estat exteriors de l'edifici que faci precisa l'autorització de la Junta de Propietaris.

Cal assenyalar, en primer lloc, que els tribunals fins ara han estat molt estrictes en l'exigència de la unanimitat per les obres que afectaven a la configuració exterior de l'edifici, fins i tot, en els casos en els que les

# J A U S A S

obres realitzades implicaven una millora estètica ( Sentències del Tribunal Suprem de 14 de febrer de 27 de juny de 19096 [ RJ 1996, 4795].

Per resoldre el punt objecte d'anàlisi, el criteri seguit pels Tribunals respecte la instal·lació dels sistemes convencionals de ventilació o aire condicionat o tubs d'extracció de fums era el següent: els tribunals venen distingint entre la simple instal·lació en un lloc que no afecta a la configuració de l'immoble i les que requereixen obres en elements comuns o modifiquen l'estat exterior de la façana, exigint en aquest últim cas el consentiment unànim de la Comunitat de Propietaris.

Així, s'han estimat il·lícites, en atenció a aquesta prohibició d'alterar elements comuns sense consentiment de la Comunitat de propietaris, les obres d'instal·lació de xemeneies o tuberíes d'extracció de fums en patis i terrasses comuns [Sentència del Tribunal Suprem de 16 de març de 1.987 (RJ 1987,1482), 26 de març de 1.990 (RJ 1990, 1730), 24 de setembre de 1992 (RJ 1992, 7020) i 4 de febrer de 1.993 (RJ 1993, 798)].

Tanmateix, una jurisprudència menor per part de l'Audiència Provincial de Saragossa i que ha estat seguida per altres Audiències, estableix que no es requereix acord de la comunitat de propietaris per instal·lar aquests aparells exteriors, essent la més representativa d'aquesta doctrina jurisprudencial la Sentència de l' Audiència Provincial de Saragossa, Secció 5ª, núm. 674/1999, de 28 de juny, que literalment expressa:

*"La variedad de esta jurisprudencia se ha mitigado en cierta medida en los últimos años, considerándose por lo general que estos instrumentos -aparatos de aire acondicionado-, constituyen un avance tecnológico que mejor la calidad de vida humana, cuya prohibición a ultranza atentaría al principio que se establece en el art. 3.1 CC cuando previene que las normas se interpretarán conforme a la realidad social del tiempo en que hayan de ser aplicadas, y no cabe duda que estos utensilios son exigidos por una demanda cada vez más extensa para convertirse en la actualidad en signo propio de un cierto, casi normal, nivel de vida. En atención a ello, esa Jurisprudencia menor permite su colocación, aún cuando no haya sido previamente autorizada, siempre y cuando se cumpla un triple requisito, que es que su tamaño no sea desmedido, no afecten a la fachada principal del inmueble, y no causen daños específicos a alguno o algunos vecinos."*

És a dir, segons algunes Sentències de la Jurisprudència menor, no es consideren il·lícites aquestes obres d'instal·lació d'aparells de ventilació en elements comuns sense el consentiment de la Comunitat de

# J A U S A S

Propietaris, sempre que no siguin de grans dimensions, no afectin a la façana principal i no causi molèsties als altres copropietaris.

Si la instal·lació d'aquests dispositius de ventilació a què fa referència la Llei, requereix la col·locació d'un aparell exterior i comporta l'execució d'una obertura per instal·lar-los es considerarà que es produeix l'alteració d'un element comú i que, per tant, la dita instal·lació ha de ser recolzada pel consentiment del quorum de la Comunitat abans esmentat.

Per tant, com a regla general serà necessari obtenir el consentiment de la Comunitat de Propietaris, a menys que aquestes obres vinguin autoritzades expressament en els Estatuts reguladors de la Comunitat.

## Conclusió:

Caldrà determinar tècnicament, si la instal·lació del sistema de ventilació autònoma per les zones habilitades per fumadors a què fa referència la Llei comporta una innovació física que n'afecti l'estructura o la configuració exterior.

En cas de ser així, es requerirà el vot favorable de les quatre cinques parts del propietaris que representin les quatre cinques parts de les quotes de participació.

**1.3. - Normativa d'accessibilitat i seguretat: Anàlisi i valoració de les conseqüències del compliment de la Llei 28/2005 des del punt de vista de la normativa de seguretat i d'accessibilitat.**

### **a) Introducció:**

En aquest apartat s'analitza com afecta la regulació que conté la Llei antitabac a les exigències que han de complir els locals de restauració en matèria de seguretat i accessibilitat, segons la normativa en vigor. És a dir, quines són les condicions del local – elements de seguretat contra incendis i mesures d'evacuació davant possibles sinistres – que s'han de garantir en l'habilitació de les zones per fumadors.

Així, la Llei 10/1990, de 15 de juny, sobre policia de l'espectacle, les activitats recreatives i els establiments públics, a la que estan sotmesos els restaurants, cafès i cafeteries, bars i similars, de conformitat amb el Catàleg vigent (Decret 239/1999, de 31 d'agost), estableix en el seu article 2n, que:

# J A U S A S

*"1.-Els locals d'espectacles i els establiments públics han de tenir les condicions necessàries per a garantir la seguretat dels ocupants i la higiene de les instal·lacions.*

*2.- Les condicions tècniques que ha de complir cadascun dels diversos tipus de locals, especialment pel que fa referència als accessos, la il·luminació, la ventilació, les condicions d'insonorització i l'aire acondicionat, les mesures de seguretat i de previsió d'incendis, es regulen per decrets del Govern de la Generalitat. La normativa ha de tenir també com a objectiu la màxima comoditat del públic, el millor compliment de les finalitats específiques del local i l'evitació de molèsties a tercers i d'efectes negatius per a l'entorn."*

## **b) Normativa de seguretat que cal tenir en compte.**

Atès que fins a la data no s'ha publicat regulació específica referent a les condicions tècniques que han de complir els locals de restauració, per analitzar l'impacte de la Llei Antitabac en relació amb les normes de seguretat, hem d'acudir a la regulació continguda en la Norma bàsica de l'edificació de condicions de protecció contra incendis NBE-CPI/96 (Reial Decret 2177/1996, de 4 d'octubre) i, concretament, a les normes corresponents a les condicions que han de reunir els edificis o instal·lacions d'ús comercial.

Per entendre les conseqüències que pot comportar l'habilitació de zones de fumadors en l'àmbit de la seguretat, cal fer un breu anàlisi de les condicions de seguretat que s'exigeixen en els edificis d'ús comercial:

### **b.1) Compartimentació en sectors d'incendis:**

La primera obligació que estableix el RD 2177/1996 és que els edificis i els establiments han de d'estar compartimentats en sectors d'incendis mitjançant elements resistents al foc. Un sector d'incendis és un espai que et garanteix un determinat espai de temps abans que surti a l'exterior del sector, és a dir, un temps màxim en què es pot tenir un foc confinat en un espai delimitat.

Cadascun d'aquests sectors ha de tenir una superfície construïda menor que 2.500 m<sup>2</sup>. Aquesta limitació es veurà duplicada (5000 m<sup>2</sup>) quan tot el sector estigui protegit amb una instal·lació de ruixadors automàtics d'aigua, sempre i quan compleixin amb els requisits tècnics. Un sector d'incendis no té perquè abastar una sola planta, podent estar format per un o diversos nivells o volums.

## **b.2) Càlcul de l'ocupació:**

Aquest és el segon element que s'ha de tenir en compte a l'hora d'aplicar les exigències relatives a l'evacuació en un sector d'incendis. Una vegada realitzat aquest càlcul en funció del número de persones i de la superfície útil, es pot saber si és un local de densitat elevada o baixa i, depenent del número de persones que s'hagin d'evacuar, s'haurà de preveure un major o menor número de sortides d'emergència.

## **b.3) Elements d'evacuació:**

Per l'anàlisi de l'evacuació d'un edifici o establiment es considerarà com origen d'evacuació tot punt ocupable. El recorregut de l'evacuació serà la longitud des de l'origen de l'evacuació fins que s'arriba a l'exterior del sector i s'haurà de mesurar sempre sobre l'eix. L'alçada del recorregut també està reglamentada i, en cas que hi hagi rampes, no es podran considerar com a sortides d'emergència.

Les sortides d'emergència són les sortides del recinte, que solen ser una porta o un pas que condueixen, bé directament, o bé a través d'altres recintes, cap a una sortida de planta o cap a una sortida de l'edifici (sortida a un espai exterior comú). El número de sortides d'emergència serà proporcional a la xifra que s'obtingui del càlcul ocupacional. Així, serà només necessària una única sortida d'emergència quan, del càlcul ocupacional, s'obtingui menys de 100 persones.

## **b.4) Senyalització i il·luminació:**

Totes les sortides del sector han d'estar senyalitzades de forma que siguin fàcilment visibles des de tot punt d'aquest sector. Així mateix, han de disposar-se senyals indicatives de direcció dels recorreguts que han de seguir-se des de tot origen d'evacuació fins el punt des del que sigui directament visible la sortida o el senyal que la indica.

Han de senyalitzar-se els mitjans de protecció contra incendis d'utilització manual, que no siguin fàcilment localitzables des d'algun punt de la zona protegida per aquest mitjà, de manera que aquesta senyalització resulti fàcilment visible.

Els recorreguts d'evacuació, en particular en aquells locals d'alt risc, hauran de disposar d'allumenat d'emergència.

## **b.5) Instal·lació de protecció contra incendis:**

El Reglament d'Instal·lacions de Protecció contra Incendis, aprovat pel Reial Decret 1942/1993, de 5 de novembre i disposicions

# J A U S A S

complementàries, estableix l'obligatorietat que els edificis estiguin dotats de les instal·lacions de detecció, alarma i extinció d'incendis. En aquesta norma també s'estableix de forma detallada on s'han de situar, la qualitat dels mateixos i la seva revisió periòdica.

- **Extintors portàtils:** com a norma bàsica, s'estableix que es disposarà d'extintors en número suficient de forma que el recorregut real en cada planta des de qualsevol origen d'evacuació fins on es trobi l'extintor no superi els 15 metres.
- **Columna seca:** tots aquells edificis i establiments on l'alçada d'evacuació sigui major de 24 metres hauran de disposar d'una columna seca.
- **Instal·lació de detecció i alarma:** mitjançant aquesta instal·lació es fa possible la transmissió d'una senyal des del lloc en què es produeix l'incendi fins la central vigilada, així com la posterior transmissió de l'alarma des d'aquesta central als ocupants, podent activar-se aquesta alarma automàticament i manual.
- **Instal·lació de ruixadors automàtics :** aquesta instal·lació ha de protegir tot el sector.
- **Instal·lació d'alluminat d'emergència:** hauran de comptar amb la mateixa, tots els recintes on l'ocupació dels quals sigui major de 100 persones, totes les escales o passadissos protegits, tots els vestíbuls previs i totes les escales d'incendis.

Les condicions a què fa referència aquest últim apartat tindran més incidència en la matèria que és objecte d'estudi d'aquest dictamen, doncs analitzant la Llei Antitabac des d'un punt de vista pràctic, resulta evident que probablement les úniques modificacions que comportarà en els locals de restauració faran referència als elements de protecció contra incendis: s'haurà de tenir en compte les normes d'il·luminació, senyalització i disposició d'extintors, per continuar respectant els paràmetres establerts en aquesta Normativa i verificar si afecta alguna via d'evacuació del local.

En general, la compartimentació a què obliga la Llei Antitabac per si es volen habilitar zones per fumadors, no afectarà en general el número de sectors d'incendis existents en un local. En canvi, si es decideix fer una ampliació del local que comporta un nou sector d'incendi s'haurà de tornar a fer un nou estudi.

## **2.- Valoració de l'impacte de l'aplicació de la llei 28/2005 en els locals de menys de 100 metres quadrats.**

**2.1.- Anàlisi i valoració de les conseqüències de la contradicció existent entre la llei 28/2005 i la normativa de riscos laborals en cas que la direcció de l'establiment esculli ser un local on es permet fumar.**

En aquest apartat analitzarem l'impacte que suposa l'aplicació de la Llei de mesures sanitàries front al tabaquisme i reguladora de la venda, el consum, i la publicitat dels productes del tabac en el plànol laboral, en concret i per ser més rellevants, què passa en els centres de treball on la pròpia llei permet a l'empresari que pugui optar perquè aquests locals siguin espais on es pot fumar.

### **a) Centres de treball on es permet fumar:**

Mentre l'apartat a) de l'article 7 de Llei 28/2005, de 26 de desembre estableix una prohibició total de fumar en els centres de treball, tan públics com privats, tret dels espais a l'aire lliure, alhora, la Disposició Addicional Segona de l'esmentada Llei 28/2005, de 26 de desembre dóna l'opció a l'empresari que tingui un local de menys de 100 metres quadrats de permetre fumar als seus clients.

D'aquesta manera, es pot donar perfectament el cas de què en un mateix local, el qual és centre de treball per uns i *establiment* per altres, unes persones poden fumar i altres no, és a dir, les persones que treballen en aquest local en principi no podrien fumar mentre que la clientela sí que ho podria fer.

En aquest sentit, la legislació no dóna una resposta clara a aquest supòsit, existint doncs un buit legal. Així, cal preguntar-se si els treballadors, donat que en el seu centre de treball es permet fumar a la clientela, se'ls permet a ells fumar també.

Així, si el que prima és el concepte de centre de treball no es podrà fumar, en canvi, si considerem que és un espai on el propi empresari ha decidit que es pot fumar, sembla lògic que els treballadors també ho puguin fer, per tant, i en un principi, podríem dir que l'elecció la té l'empresari quan decideixi sobre les normes que han de regir sobre el seu local i alhora centre de treball.

No obstant això, i en el suposat cas de què els treballadors pogueren fumar, queda clar que haurien de respectar la resta de la normativa, ja

# J A U S A S

sigui nacional o autonòmica, en relació al consum del tabac, com per exemple, la prohibició regulada en la l'apartat l) de l'article 7 de la Llei en quan es refereix a les àrees "*on s'elaborin, preparin, degustin o venguin aliments*". Per tant, sembla ser que sempre quedarien fóra d'aquesta hipotètica possibilitat de fumar els espais com la cuina, i la barra.

Malgrat això i al nostre parer, l'opció més lògica és que els treballadors, tot i que els clients ho puguin fer, no puguin fumar, ja que per ells no deixa de ser un centre de treball i a més, segons el darrer precepte citat, els quedaria prohibit fumar (tant a ells com als clients), la cuina i la barra, si en aquesta es venen aliments.

D'aquesta manera, l'empresari té l'obligació d'informar als seus treballadors de la prohibició que tenen de fumar en el centre de treball.

A continuació tractarem en dos apartats dos problemes que poden sorgir com a conseqüència de l'aplicació de la nova normativa que permet, si així ho decideix l'empresari, fumar en establiments de menys de cent metres quadrats:

- Problemàtica amb les dones embarassades
- Problemàtica amb la resta dels treballadors

## **b) Dones embarassades:**

Cal posar de manifest la peculiar situació i contradicció que es pot produir en el cas de que en un centre de treball on l'empresari deixa fumar a la seva clientela, per que te menys de cent metres quadrats, una de les treballadores està embarassada. Davant d'aquesta situació podria entrar en joc l'article 27 de la Llei 20/1985, modificat per l'article 13.1.k) de la Llei 10/1991, de 10 de maig, on concretament es diu que "*no es pot fumar en les àrees laborals on treballin dones embarassades*". Aquest precepte autonòmic, tot i ser anterior a la Llei 28/2005, continua vigent i per tant ha de ser tingut en compte, a l'igual que la resta de la normativa autonòmica que no hagi estat expressament derogada ni entri en contradicció amb l'esmentada llei.

Així doncs per un cantó l'empresari aconsegueix amb la Llei 28/2005, però al mateix temps pot estar vulnerant la normativa autonòmica que prohibeix fumar en les àrees laborals on treballin dones embarassades; la solució a aquest conflicte legal no es fàcil. Pel moment no podem donar una solució jurisprudencial, tota vegada que aquest tipus de conflictes encara no han arribat als tribunals, però malgrat tot podem donar algunes indicacions sobre les possibles solucions a aquest problema, on s'han de ponderar

# J A U S A S

els interessos legítims i contraposats de cadascuna de les parts: la dona embarassada i l'empresari.

## 1.- Accions de l'empresari.

-Compliment de la Llei 28/2005: L'empresari pot al·legar en aquest supòsit que la llei l'autoritza a permetre fumar a la clientela i que la treballadora, quan va ser contractada, ja coneixia aquest risc en el cas de que es quedés embarassada.

-Extinció del contracte: En aquest cas la solució al conflicte podria passar, si la treballadora exigeix l'acompliment de l'article 13.1.k) de la Llei 10/1991, de 10 de maig que prohibeix fumar en les àrees laborals on treballin dones embarassades, amb l'extinció del contracte de treball per ineptitud sobrevinguda (art. 52.a de l'Estatut dels Treballadors). Aquesta es la solució menys recomanable, tota vegada que al mateix temps s'ha de donar compliment a la normativa sobre conciliació entre la vida familiar i laboral de les persones treballadores.

## 2.- Accions de la dona embarassada

La solució sempre es més fàcil si l'aporta la treballadora; en aquest cas podem trobar un ampli ventall que eviti el conflicte. En podem apuntar vâries:

-Baixa per Incapacitat Transitòria: En aquest cas la treballadora pot sol·licitar del metge del centre d'assistència primària la baixa laboral, per treballar en un lloc on no es donen les condicions idònies per la seva salut degudes a la seva especial situació.

-Excedència: Seria un acord entre empresa i treballadora per situar-se aquesta en excedència, amb reserva del lloc de treball, mentre duri la seva situació d'embaràs.

-Autorització de la treballadora: Seria una manifestació unilateral de la treballadora en la que digués a l'empresari que, tot i el seu estat, no te inconvenient en que es fumi en el centre de treball per part dels clients.

Com hem apuntat les solucions podem ser vâries, però en qualsevol cas cal evitar les situacions de força. Hem de pensar que el local on tradicionalment s'ha deixat fumar a la clientela, pot veure reduïts els seus ingressos, si de cop es prohibeix fumar per complir amb la normativa autonòmica que protegeix a les dones embarassades en els centres de treball.

# J A U S A S

## c) Problemàtica amb la resta de treballadors:

En aquest apartat estudiarem dos situacions ben definides; per un cantó la decisió de l'empresari de permetre fumar en el seu establiment des de la entrada en vigor de la llei; i per altre la possibilitat que es pot donar en cas de què l'empresari optés per no deixar fumar des de l'entrada en vigor de la llei, però que posteriorment canviés aquesta decisió i permetés fumar.

### 1.- Permetre fumar des de l'entrada en vigor de la llei.

Aquesta situació es la més senzilla de resoldre; al treballador no se li han canviat les condicions de treball; per tant no pot exigir un acompliment de la normativa, tota vegada que quan ell va ser contractat amb anterioritat a la entrada en vigor de la llei 28/2005, es podia fumar en l'establiment a on ell treballa. En aquest sentit, l'opció de l'empresari de deixar fumar, no ha canviat les seves condicions contractuals.

### 2.- Permetre fumar amb posterioritat a l'entrada en vigor de la llei.

En aquest supòsit l'empresari, en un primer moment havia decidit que no es podia fumar i, posteriorment, canvia aquesta opció per la de permetre fumar.

Si es donés aquest cas, podria ser que algun treballador reclamés l'anterior situació de que no es permeti fumar en el sentit de què ell va entrar a treballar en unes condicions, és a dir, en un espai que era lliure de fum i ara treballa en un centre on sí que hi ha fum i aquest el perjudica en la seva salut.

Davant d'aquest supòsit, podem plantejar les següents hipòtesis:

En primer lloc, el treballador podria sol·licitar l'extinció del seu contracte amb una indemnització a càrrec de l'empresari de 45 dies per any treballat amb un màxim de 42 mensualitats, encara que al nostre parer, aquesta no seria una opció molt viable, doncs no s'acompleixen els requisits necessaris exigits per l'Estatut dels Treballadors en l'article 50 que la modificació vagi en perjudici de la seva formació professional o en menyspreu a la seva dignitat, o que es tracti d'un incompliment greu de les seves obligacions per part de l'empresari. Com es pot veure, cap d'aquests dos requisits es dona, doncs el canvi respon a una opció que la pròpia llei li permet fer a l'empresari.

La segona hipòtesi seria que el treballador impugnés la decisió empresarial mitjançant l'al·legació de què s'han modificat les seves condicions de treball, és a dir, a través de la via de l'article 41 de l'Estatut

# J A U S A S

dels Treballadors. En aquest cas, el termini per interposar la demanda és de 20 dies hàbils a contar des de què es produeix el canvi en el centre de treball i en cas de què obtingués una sentència favorable, el treballador podria optar per la rescissió del seu contracte amb una indemnització de 20 dies per any de servei amb un màxim de 9 mensualitats.

Val a dir que les condicions de treball que enumera l'esmentat article 41, jornada, horari, sistema de remuneració, funcions, etc., no suposen una llista tancada, si no que aquesta és orientativa, tal i com afirmen, entre altres les sentències del Tribunal Suprem de 3 d'abril de 1995, d'11 de febrer de 1997, de 20 de maig de 1999 i la més recent de 9 d'abril de 2001.

Per tant, l'article 41 exigeix que el treballador resulti perjudicat per la mesura. Nosaltres en aquest sentit apuntaríem en primer lloc i com hem dit abans, que la mesura és totalment legal doncs la pròpia normativa 28/2005 ho permet, i en segon lloc, caldria veure que diu el pla de prevenció de riscos laborals, si considera que fumar en el centre de treball és un risc per al treballador demandant.

## **d) Infraccions i sancions:**

En cas de què els treballadors no acompleixin aquesta normativa i amb les instruccions emeses per l'empresari, les conseqüències d'aquest incompliment podrien tenir una doble vessant: laboral per una banda, en quan la sanció la pot imposar l'empresari, i administrativa, per una altra, en quan és l'administració qui per llei queda facultada a sancionar aquesta conducta, tant a empresaris com a treballadors.

D'aquesta manera, tot i que el conveni col·lectiu de treball de la indústria d'hostaleria i turisme de Catalunya per al període de l'1 de maig de 2004 al 30 d'abril de 2007 (codi conveni núm. 79000275) no diu res al voltant de les possibles sancions a aplicar en cas de què els treballadors incompleixen la normativa sobre la prohibició de fumar, ens podem remetre a l'Estatut dels Treballadors o fins i tot a la pròpia Llei 28/2005, a fi de trobar una resposta.

En primer lloc, i abans d'aplicar qualsevol tipus de sanció, cal tenir en compte que l'empresari s'ha d'encarregar de què els seus treballadors tinguin presents aquestes dues premisses:

1. Els treballadors han de saber perfectament que en el seu centre de treball tenen prohibit fumar.
2. No ha d'existir cap tipus de tolerància en aquest sentit per part de l'empresari.

# J A U S A S

A partir d'aquí, la lletra b de l'article 54.2 de l'Estatut dels Treballadors ens diu que el contracte de treball podrà extingir-se per decisió de l'empresari, mitjançant acomiadament basat en un incompliment greu i culpable del treballador, considerant-se un incompliment contractual la indisciplina o desobediència en el treball.

Llavors, una de les sancions que podria aplicar l'empresari seria l'acomiadament, tot i que abans d'adoptar aquesta mesura i per tal d'evitar que es pogués aplicar la teoria de la graduació de la falta, seria convenient i recomanable, donat que la jurisprudència no és unànime en aquest sentit, que es requerís al treballador que incompleix mitjançant amonestació escrita o bé sancions de dies sense sou ni treball i en última instància i davant la reiteració de la falta, l'acomiadament.

Per una altra banda, i en quan a les infraccions previstes per la Llei 28/2005, aquesta normativa estableix com a infracció lleu "*fumar en els llocs on existeix una prohibició de fumar o fóra de les zones habilitades*" i com a infracció greu "*l'acumulació de tres infraccions corresponents a fumar en els llocs on existeix una prohibició de fumar o fóra de les zones habilitades*". Aquestes infraccions estan relacionades amb l'incompliment per part dels treballadors i les sancions que se'ls pot imposar són, respecte a les infraccions lleus, multa de fins 30 € si la conducta es realitza de forma aïllada i de 30 € fins a 600 € en la resta de casos. Per a les infraccions greus, multa de 601 € a 10.000 €.

En quan als empresaris, es considera una infracció greu "*permetre fumar en els llocs on existeix una prohibició total o fóra de les zones habilitades*", sancionable amb multa de 601 fins a 10.000 €.

## **e) Prevenció de Riscos Laborals:**

Segons l'article 16 de la Llei 31/1995, de 8 de novembre, de Prevenció de Riscos Laborals, l'empresari té l'obligació d'efectuar un pla de prevenció de riscos laborals, és a dir, de planificar a partir d'una avaluació inicial dels riscos, per millorar la seguretat i la salut dels treballadors; aquesta avaluació es realitzarà, amb caràcter general, tenint en compte la naturalesa de l'activitat, i en relació amb aquells treballadors que estiguin exposats a riscos especials.

Per la seva banda, la Direcció General de la Inspecció de Treball i Seguretat Social ha establert les següents conclusions en el seu criteri tècnic 44/2006:

# J A U S A S

1.- La protecció dels treballadors front al fum del tabac i, en conseqüència, la prohibició de fumar en els centres de treball, tenen una dimensió de política sanitària general.

2.- Només ha de concedir-se-li rellevància laboral i de prevenció de riscos laborals:

- Quan ho determini expressament una norma específica de prevenció.
- Quan estigui associada amb altres factors de risc, que determini la seva potenciació o agravació.
- Quan sorgeixin altres nous riscos derivats del seu concurs o interacció.
- Quan afecti a treballadors especialment sensibles pel seu estat biològic o característiques personals.
- En estats de gestació de les treballadores donat que el tabac pot influir o tenir efectes negatius per a la procreació i el desenvolupament de la descendència.
- Quan es tracti de treballadors menors de 18 anys.

Per tant, atenent al que acabem d'exposar, podem concloure que en els locals de menys de 100 metres quadrats destinats a bars, restaurants, etc., no es podrà fumar ni en la cuina ni en la barra ni en altres llocs on *s'elaboren preparen, degusten o venen aliments* (Llei 28/2005); en aquest sentit la llei de riscos laborals es indiferent en quan als treballadors que ocupen llocs de treball on la prohibició de fumar es expressa.

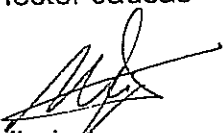
En la resta d'espais, en tant el Pla de prevenció de riscos laborals no digui res, es podrà fumar si l'empresari opta per aquesta opció.

Per últim, cal tenir en compte el que hem comentat al voltant de la prohibició específica de fumar en els centres de treball on hi ha dones embarassades, donada la seva possible incidència en prevenció de riscos laborals, tal i com diu el criteri tècnic 44/2006 de la Direcció General de la Inspecció de Treball i Seguretat Social que hem citat abans.

Aquest és el nostre lleial saber i entendre que sotmetem a qualsevol altre opinió millor fonamentada.




Hector Jausàs



Mireia Insa



Mercè Caral



August Torà

# J A U S A S

## Normativa estudiada:

- Llei 28/2005, de 26 de desembre, de mesures sanitàries enfront el tabaquisme i reguladora de la venda, el subministrament, el consum i la publicitat dels productes del tabac.
- Codi Civil
- Llei 29/1994, de 24 de Novembre d'Arrendaments Urbans.
- Llei 49/1960, de 21 de juliol, sobre Propietat Horitzontal, reformada per la Llei 8/1999
- Llei 10/1990, de 15 de juny, sobre policia de l'espectacle, les activitats recreatives i els establiments públics. (DOGC 1308, de 22.06.1990).
- Decret 239/1999, de 31 d'agost, pel qual s'aprova el catàleg dels espectacles, les activitats recreatives i els establiments públics sotmesos a la Llei 10/1990, de 15 de juny, sobre policia de l'espectacle, les activitats recreatives i els establiments públics. (DOGC 2972, de 10.9.1999)
- Reial Decret 2177/1996, de 4 d'octubre, pel qual s'aprova la Norma bàsica de l'edificació "NBE-CPI/96: condicions de protecció contra incendis dels edificis".
- Reial Decret 314/2006, de 17 de març, pel qual s'aprova el Codi Tècnic de l'Edificació.
- Llei 20/1991, de 25 de novembre, de promoció de l'accessibilitat i supressió de barreres arquitectòniques.
- Real Decret Legislatiu 1/1995, de 24 de març, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors.
- Llei 31/1995, de 8 de novembre, de Prevenció de Riscos Laborals.
- Llei 20/1985, de 25 de juliol, del Parlament de Catalunya, de prevenció i assistència en matèria de substàncies que poden generar dependència, modificada per la Llei 10/1991, de 10 de maig.
- Conveni Col·lectiu de treball de la indústria d'hostaleria i turisme de Catalunya per al període de l'1 de maig de 2004 al 30 d'abril de 2007 (codi conveni núm. 79000275).