



Roj: **STSJ CAT 14283/2007** - ECLI: **ES:TSJCAT:2007:14283**

Id Cendoj: **08019340012007108738**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2007**

Nº de Recurso: **6133/2007**

Nº de Resolución: **9078/2007**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **FELIX VICENTE AZON VILAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SUPLI **6133/2007**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG: 08019 - 44 - 4 - 2007 - 0006185

mm

ILMO. SR. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL

ILMO. SR. FÉLIX V. AZÓN VILAS

ILMO. SR. MIGUEL ÁNGEL FALGUERA BARÓ

En Barcelona a 21 de diciembre de 2007

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 9078/2007

En el recurso de suplicación interpuesto por Comsa, SA. frente a la Sentencia del Juzgado Social 19 Barcelona de fecha 24 de abril de 2007 dictada en el procedimiento Demandas nº 142/2007 y siendo recurrido/a Jesús Carlos , Ángel Jesús y Antonio . Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. FÉLIX V. AZÓN VILAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Conflicto colectivo, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 24 de abril de 2007 que contenía el siguiente Fallo:

"ESTIMO la demanda interpuesta por D. Jesús Carlos , D. Ángel Jesús y D. Antonio , actuando en representación del COMITÉ DE **EMPRESA** DE COMSA, SA. frente a COMSA, SA. en reclamación por CONFLICTO COLECTIVO en materia de RECONOCIMIENTO DE DERECHO, y declaro la coligación de la **empresa** de habilitar un local-**comedor** con dotación suficiente que permita a los trabajadores realizar sus comidas a un precio módico, ajustado al coste real de las mismas, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a poner a disposición de los trabajadores dicho servicio."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:



PRIMERO.- D. Jesús Carlos (Presidente), D. Ángel Jesús (Secretario) y D. Antonio (Vicesecretario), actúan en representación del Comité de **Empresa** de COMSA, SA. (folio 9), y el conflicto que instan afecta a todos los trabajadores del centro de trabajo de la **empresa** sito en calle Viriato 47 (Edificio Numancia 1), en número aproximado de 170 trabajadores.

SEGUNDO.- Es de aplicación a las relaciones laborales el Convenio Colectivo de trabajo de la Construcción y obras públicas de la provincia de Barcelona 2005-2006 (DOGC 20-12-2005).

TERCERO.- El Comité de **Empresa** de COMSA, SA. a partir del año 2005 ha dirigido reiteradas solicitudes y propuestas a la **empresa** a fin de que ponga a disposición de los trabajadores del centro de trabajo denominado "Numancia 1", de un servicio de **comedor**, a un precio módico y asequible para sus usuarios (folios 26 a 35). Con anterioridad a esa fecha se había planteado la cuestión en comunicados remitidos a la **empresa** en fechas 22 de julio de 1999 (folios 200-1) 20 de septiembre de 1999 (202 a 207) 10-05-2005 (folios 208 a se solicitó la dotación de un local equipado para **comedor** o alternativamente una aportación económica equivalente

CUARTO.- El Comité de **Empresa** recabó firmas de los trabajadores en porcentaje superior a la mitad de la plantilla para la instalación del servicio de **comedor**, remitiéndolos a la dirección de la **empresa** (folios 28 a 31-40 a 43- 132 a 189-testifical Sr. Santiago).

QUINTO - El Comité de **Empresa** interpuso denuncia ante la Inspección de Trabajo en fecha 17 de junio de 2005, que en informe de fecha 25 de noviembre de 2005 hizo constar el requerimiento formulado a la **empresa** en diligencia en el libro de visitas a fin de que "proporcione un **comedor** a los trabajadores con comidas a precios módicos o sustituya dicha obligación con tique- restaurante en el plazo de 5 meses" (folios 36 a 57).

SEXTO.- La **empresa** en atención al requerimiento de la Inspección de trabajo, valoró las alternativas a la dotación de un servicio de **comedor**, entablado gestiones a tal efecto, con intervención del Comité de **Empresa**, quien formuló propuestas en tomo al coste de los diferentes sistemas de dar cumplimiento al requerimiento, sin que se acordara finalmente implantar un servicio de **comedor** (folios 67 a 113).

SÉPTIMO.- En fecha 21 de julio de 2006 el Comité puso en conocimiento de la inspección de Trabajo que no se había dado cumplimiento al requerimiento de 25 de noviembre de 2005, formulando la **empresa** la negativa a la instalación del **comedor** por considerar que carece de obligación (folios 232-4), acordando la inspección en informe de 21 de febrero de 2007 el archivo provisional de las actuaciones por la interposición de la presente demanda de conflicto colectivo (folios 118 a 126),

OCTAVO.- La **empresa** ha puesto a disposición de los trabajadores la Sala de Formación para que puedan utilizarla como **comedor** (folios 114 a 117-127 a 131) Dicho espacio tiene una capacidad para 30 personas, ha sido reacondicionado a finales del mes de marzo de 2007 y dispone de mesas y sillas, un frigorífico, dos microondas, una maquina de refrescos y otra de café. Carece de menaje, salida de humos y agua potable ni lugar para poder limpiar los utensilios. A unos dos metros del local, en el recinto de los baños, hay un lavamanos (folios 247 a 258-interrogatorio demandada- testifical Sra. Isabel - Don. Santiago)

NOVENO.- Ambas representaciones formularon consulta a la Autoridad Laboral en torno al derecho postulado (Departament de Treball - Secció d'Atenció Ciudadana -folios 190 a 195-243),

DÉCIMO- Los trabajadores realizan una jornada laboral en el año 2007 con la siguiente distribución horaria (folio 196):

General 8 horas 30 minutos de lunes a viernes en horario de 8:30 a 14:00 (flexible) 16:00 a 18:00 (flexible) 19:00.

Verano (1 a 31 de agosto) de 8:00 a 15:00

Jornada especial: de 8:00 a 14:30

UNDÉCIMO - El 31-01-2007 se realizo intento conciliatorio ante la Delegación Territorial de Barcelona del Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya (Relacions Col·lectives-Conflictes Col·lectius), finalizando el acto sin avenencia."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se articula el recurso por la **empresa** CON/ISA SA. en base a dos tipos de motivos: en primer término, al amparo de la letra b) del artículo 191 del R. D. Legislativo 2/1995, de 7 de Abril, por el que se aprueba el T. R. de la Ley de Procedimiento Laboral , se pretende la revisión de los hechos declarados probados; y



finalmente, al amparo de la letra c) del artículo 191 del R. D. Legislativo 2/1995, de 7 de Abril, por el que se aprueba el T. R. de la Ley de Procedimiento Laboral, se alega infracción del Decreto de 8 de Junio de 1938, sobre Establecimiento de **Comedores** en las **Empresas** y de la Orden de 30 de junio de 1938, que desarrolla el Decreto anterior. El recurso ha sido impugnado de contrario.

El presente proceso tiene su origen en demanda de conflicto colectivo interpuesta por el Comité de **Empresa** del centro de trabajo que la **empresa** tiene en la C/ Viriato nº 47 de Barcelona y afecta a la totalidad de los trabajadores que allí prestan servicios y que resultan ser unos 170; la pretensión del conflicto es que la **empresa** ponga a disposición de los trabajadores "un servicio **comedor**...en el que se puedan realizar las comidas a un precio módico". La demanda es estimada por la sentencia de instancia y contra ella se interpone el presente recurso.

Al respecto de la modificación de los hechos declarados probados debe señalarse que la jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración táctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones tácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad. Y

5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente es esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores.

Sentado lo anterior debemos pasar a analizar las pretensiones concretas.

En el primer motivo de recurso se solicita que se modifique el hecho declarado probado cuarto de la sentencia y se propone la siguiente redacción:

"CUARTO: El Comité de **empresa** recabó firmas de los trabajadores en porcentaje superior a la mitad de la plantilla para la instalación de local-**comedor**, remitiéndolos a la dirección de la **empresa**"

Se trata en definitiva de sustituir la expresión "del servicio de **comedor**" que consta en la sentencia por la de "local-**comedor**" que pretende el recurso. Se cita a tal efecto una serie de documentos y se razona la trascendencia del motivo.

Pues bien la Sala entiende que debe estimarse la pretensión, pues los folios donde constan las firmas de los trabajadores (132 a 187) se abren bajo el título "LOCAL **COMEDOR** en el EDIFICIO NUMANCIA-1" y concluyen con la expresión "Por ello, los abajo firmantes SOLICITAMOS DE LA **EMPRESA** LA INSTALACIÓN DE LOCAL-**COMEDOR**" (mayúsculas en el original), siguiendo a continuación las firmas de los trabajadores. Es evidente que la propuesta se ajusta más a la realidad que la redacción de la sentencia. Es cierto que el Comité podría haber dado otra redacción, e incluso que si presenta un nuevo escrito a los trabajadores, con otro contenido, es más que probable que obtenga la misma cantidad de firmas, como también que es discutible -según se analizará después- que sea necesario el escrito con las firmas de los representados, pero la verdad es la verdad, y aun cuando esta Sala entiende poco trascendente su contenido, a la vista de la argumentación jurídica que se verterá después, consideramos que en recursos posteriores del proceso -de producirse- puede resultar trascendente, en el caso de que nuestro razonamiento se considere no ajustado a la legalidad vigente.

El escrito de impugnación razona que junto a las hojas de firmas de los trabajadores, se acompañan tres folios con la "normativa completa y subrayada en la que se basa la petición, de tal manera que el subrayado de dicha normativa está referido precisamente a la petición del servicio **comedor**"; es cierta dicha alegación, pero ello no impide que la hoja con las firmas de los trabajadores responda a lo expuesto: lo demás son interpretaciones

y especular con el hecho de quien firma una hoja petitoria, lee también los tres folios posteriores unidos a la misma.

Se estima la pretensión del recurso.

Después pretende la modificación del hecho declarado probado noveno, para el que propone la siguiente redacción:

"NOVENO.- Ambas representaciones formularon consulta a la Autoridad Laboral en torno al derecho postulado (Departamento de Treball -Secció d'Atenció Ciutadana -folios 190 a 195-243), habiendo contestado que la normativa prevé la obligación de habilitar un local-comedor en las **empresas** que tengan establecido un sistema de trabajo que no conceda al personal 2 horas como mínimo para comer"

A lo que se opone la impugnación.

No se puede admitir dicha pretensión por intrascendente, pues tal es la opinión del Servei d'Atenció Ciutadana del Departament de Treball de la Generalitat, pues dicho servicio no es un órgano consultivo ni sus opiniones vinculan ni a las partes ni a este Tribunal. Razón por la que se desestima esta pretensión.

SEGUNDO.- Al amparo de la letra c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia el recurso la infracción por interpretación errónea del Decreto de 8-7-1938 y de la Orden de 30-6-38, así como de la Jurisprudencia que lo ha interpretado. La tesis que mantiene el recurso viene a ser la que pasamos a relatar.

La **empresa** parte del hecho de que los trabajadores, que son más de 50, disponen de dos horas de pausa para la comida y ya existe habilitado en la **empresa** un local-comedor; dice que el debate consiste en determinar si su obligación es de local-comedor o de servicio de comedor; razona la interpretación que da a la norma que se alega aplicable, y concluye que su obligación es la de local-comedor y no de servicio de comedor; interpreta para ello que las normas han de ser aplicadas de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas, según establece el artículo 3 del Código Civil: deduce de tales elementos que el **comedor** tan solo se podrá exigir cuando la **empresa** no conceda dos horas para comida, realizando una serie de argumentaciones de carácter sociológico (medios de transporte urbano, trascendencia para el tejido empresarial de esta decisión, etc); cita en su apoyo sentencias tanto del extinto Tribunal Central de Trabajo como de Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia. Así reproduce la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 28-2-84 que dice;

"...pero esta normativa está dictada para que el trabajador que no puede desplazarse a su domicilio por no disponer al menos de dos horas para comer, esto es de tiempo suficiente para ir a su casa con dicho fin y volver a reanudar su trabajo, puede disponer de locales **comedores** en la **empresa**.."

Transcribe parcialmente la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24-6-04 que dice:

"...la interpretación que hacen los miembros del comité de **empresa** difiere de la anterior, ya que estiman que, atendiendo a lo que disponen el Decreto y la Orden de 1938, basta que se den una de las tres siguientes condiciones: que no existan dos horas para la comida, o que, existiendo estas dos horas, lo solicite la mitad de la plantilla o que la **empresa** tenga locales permanentes que reúnan mas de 50 trabajadores para que surja la obligación de habilitar un **comedor** en el que poder hacer a precios módicos comidas elaboradas por un cocinero o rancho pagado por al **empresa**.

Estima la Sala que las conclusiones a que llegan los demandantes no responden a una interpretación sistemática ni a la finalidad de las expresadas normas. Como ya señalaron las sentencias del extinto Tribunal Central de Trabajo de 28 de febrero de 1984 y 8 de noviembre de 1985, ambas disposiciones parten del presupuesto de que la jornada sea completa y partida, no continuada, pues solo en tal caso y por no disponer al menos de dos horas para comer, el trabajador no tiene tiempo suficiente para ir a su casa con dicho fin y volver a reanudar su trabajo."

Y por fin la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 4-12-97 que dice:

"...obedece a lo normado en los arts 1 y 3 Decreto 8-Junio -38 y 1, 3 y 4 OM 30-junio-38 (normas todavía vigentes, a pesar de su antigüedad: SSTCT 12-Diciembre-84 y STS 12-Noviembre-86 Ar. 6189), en los que se establece la obligación de constituir tales **comedores** (con las específicas cargas que detalla el precitado art. 4), pero siempre y cuando en la **empresa** 50 o mas trabajadores realicen jornada partida (en caso de jornada) y no se conceda al personal dos horas como mínimo para el almuerzo."

Transcribe a posteriori una serie de notas sacadas de paginas web de los sindicatos del CCOO y UGT sobre los **comedores**, de las que se deduciría la opinión de dichas organizaciones a favor de sus tesis e incluso hace

una referencia a la negociación colectiva en general con cita de lo acordado en esta materia en un convenio colectivo de otra **empresa**.

TERCERO.- El escrito de impugnación, también bien elaborado, razona su disconformidad, en base a una serie de argumentos; así expone que los trabajadores han solicitado la instalación del servicio **comedor** y no del local, y disiente de la tesis empresarial de que la normativa en debate contenga dos obligaciones diferenciadas, una sobre local-**comedor** y otra sobre servicio de **comedor**. Analiza las sentencias citadas de contrario y concluye que tienen elementos fácticos que las alejan del presente debate y cita otras que entiende favorables a sus pretensiones, como son la del Tribunal Central de Trabajo de 13-4-98 que dice:

"..., la controversia se suscita entre el Comité y la **empresa** demandada entorno a la participación de la empleadora y de los trabajadores que utilicen el servicio de **comedor** en la adquisición de los alimentos que éstos consuman, bien distribuyendo el costo entre ambas partes o haciendo que lo soporte una sola. La cuestión ha de solventarse a la luz del artículo 3 del Decreto de 8 de Junio de 1.938, del artículo 4 de la Orden de 30 de Junio de 1.938..., preceptos que regulan de manera específica los **comedores** en s **empresas** que, con una plantilla que supere los 50 trabajadores, no les conceda un plazo de dos horas para el almuerzo, y que parte del principio básico de la cooperación de la **empresa** para que los obreros puedan efectuar sus comidas en tales locales a precio módico, pero la obligación de la **empresa** no se limita a instalar el local del **comedor**, sino que, además, deberá organizarlo de manera que los trabajadores puedan realizar sus comidas en común, con la consiguiente economía para ellos, a cuyo fin deba sufragar los gastos de los servicios de un cocinero y suministrar agua, combustible, mobiliario y utillaje necesarios para cubrir ese objetivo, y eso es justamente lo que dispone el fallo combatido, que se limita a transcribir en buena parte el texto de las normas citadas anteriormente, y esa es la única vía para conseguir que el precio de las comidas sea módico, en cuanto se ajuste a su costo únicamente, y que estará en función del menú elegido por los propios trabajadores a quienes la sentencia le atribuye todo lo concerniente a la administración del **comedor**, sentencia que por eso mismo se confirma, pues de seguirse el camino que traza el recurso, los trabajadores habrían de hacer un desembolso superior al costo real de los alimentos, lo que no consienten las normas aplicadas acertadamente por el juzgado de instancia".

Y la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia que señala:

"..., el artículo 1 del Decreto de 8 de junio de 1938 establece que toda **empresa** cuyo régimen de trabajo no conceda al personal dos horas como mínimo para el almuerzo, viene obligada a habilitar un local **comedor**. Obligación que así mismo deviene en aplicación de dicho precepto, y artículo 1 de la Orden de 20 de Junio de 1.938, aún en el caso de disponer el trabajador de dos horas para la comida, cuando lo solicite la mitad de la plantilla, supuesto que así mismo concurre, como se lee en el tercer hecho probado y explícita la juzgadora de instancia en el segundo fundamento de derecho."

De donde concluye que el recurso debe ser desestimado.

CUARTO.- A efectos de mayor comprensión, entiende la Sala conveniente transcribir las normas sustentadoras del presente debate. Se trata de dos normas, un Decreto y una Orden de desarrollo del anterior, dictadas por el Gobierno franquista en plena Guerra Civil Española, que lógicamente responden al espíritu y circunstancias de ese momento y situación. Se trata del Decreto de 8 de Junio de 1938, sobre Establecimiento de **Comedores** en las **Empresas** (BOE del 11), del que resulta relevante lo siguiente:

Artículo 1º.- Toda **empresa** sujeta a un régimen de trabajo que no conceda a sus obreros un plazo de dos horas para el almuerzo y aquéllas en que lo solicite la mitad del personal obrero, vienen obligadas a habilitar en el plazo de dos meses, a contar desde la publicación de este Decreto en el Boletín Oficial, un local **comedor** que les permita efectuar sus comidas a cubierto de los rigores del tiempo y provisto de las correspondientes mesas, asientos y agua. El local estará acondicionado para poder calentar las comidas.

Artículo 3º.- Las **empresas** con locales permanentes que reúnan más de 50 trabajadores deberán establecer en el plazo de un año **comedores**, en los que, a base de una cooperación de la misma **empresa**, puedan los obreros efectuar sus comidas a precio módico.

Artículo 4º.- El Ministerio de Organización y Acción Sindical dictará las órdenes oportunas para la aplicación de estos preceptos.

Por su parte de la Orden de 30 de junio de 1938, que desarrolla el Decreto de 8 de junio de 1938, sobre establecimientos de **comedores** en las **empresas** (BOE de 1 de Julio) resulta de interés lo siguiente:

Artículo 1º.- Toda **empresa** cuyo régimen de trabajo no consienta al personal dos horas como mínimo para el almuerzo, estará obligada a habilitar en sitio inmediato al trabajo un local cubierto apropiado al clima y provisto de mesas, asientos y agua potable en cantidad suficiente para la bebida, aseo personal y limpieza de



utensilios. En dicho local se dispondrá igualmente de hornillas o cualquier otro medio de uso corriente, con el combustible necesario para que el trabajador pueda calentar su comida.

Existirá idéntica obligación por parte de las **empresas**, aun en el caso de conceder en su Reglamento de Trabajo dos horas para las comidas, cuando la mitad del personal al menos solicite la instalación de local para **comedor**. Caso de que el empresario no atendiese la petición del personal éste podrá recurrir ante el Delegado provincial de Trabajo.

Artículo 2º.- Los locales-**comedores** a que se refieren los artículos 1º y 2º del Decreto serán establecidos en consonancia con las características de cada industria, de su importancia económica, número de trabajadores y clima de la localidad, debiéndose observar para ello las siguientes reglas:

b) En los centros de trabajo de carácter permanente cuyo número de: trabajadores no llegue a 50, se procurará que la instalación del **comedor** se haga de manera análoga a la que previene el artículo 3.º del Decreto, en proporción a su importancia económica, clase de industria y condiciones fijas o eventuales de sus trabajadores; pero necesariamente el local destinado a **comedor** debe estar bien orientado, con piso firme, susceptible de limpieza, amplía ventilación y apartado de todo desagüe o vertedero de residuos, así como de los sitios en que se desprenda polvo o emanaciones molestas o nocivas a la salud.

Artículo 3º.- Las industrias establecidas en locales permanentes con un número normal de trabajadores igual o superior a 50 habrán de instalar, en el plazo ordenado en el Decreto de referencia, un local expresamente habilitado para **comedor** con las suficientes condiciones de limpieza, luz y ventilación que los haga higiénicos y cómodos; la habitación o recinto dispondrá de medios para su calefacción cuando el clima o estación lo requiriese.

En todo caso, el piso será de material propio para su limpieza o baldeo diario; las paredes, cuando menos, recubiertas de cemento o blanqueadas con cal, y las mesas y bancos, si son de madera, pintados de forma que permita su fácil aseo. El **comedor** estará alejado en absoluto de todo lugar en que existan desprendimientos de olores o polvo y tendrá los medios necesarios para el aseo del trabajador antes de la comida.

Artículo 4º.- En las **empresas** a que se refiere el artículo anterior, la obligación no quedará reducida a la instalación del local- **comedor**, sino que se extenderá a la organización de éste, a fin de que los trabajadores puedan realizar sus comidas en común, con la consiguiente economía para ellos. A tal fin, la **empresa** estará obligada a lo siguiente:

- a) Pago de cocinero o ranchero, según costumbre, con arreglo al número de trabajadores.
- b) Suministro de combustible necesario para la cocina.
- c) Disponer del menaje de cocina adecuado (ollas, calderos, etcétera).
- d) Proveer al **comedor** de platos sencillos de aluminio, porcelana, esmalte y de vasos.
- e) Anticipar a los trabajadores las cantidades necesarias a fin de que puedan adquirir al por mayor los artículos comestibles necesarios.

Esta última obligación podrá ser sustituida con la organización de economatos por los empresarios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la vigente Ley de Contrato de Trabajo .

Artículos.- La administración del **comedor** correrá a cargo de dos trabajadores, que mensualmente turnarán entre seis que designe el director, gerente o empresario de los obreros más antiguos de la **empresa**. Uno de ellos tendrá a su cargo todo lo referente a limpieza, orden y disciplina del local, y el otro, a la disposición de las comidas y dirección de la cocina.

Las cuentas serán liquidadas en los mismos días de pago de nóminas o jornales, haciéndose la oportuna distribución de los gastos para que cada trabajador abone el importe de las comidas que haya realizado.

Los encargados del **comedor** pasarán la nota a la administración de la **empresa**, solicitando, si les fuera preciso, su ayuda a los fines de contabilidad, del importe del descuento por comida que haya de hacerse a cada uno de los obreros.

Las faltas cometidas por los trabajadores en el desempeño de este servicio serán sancionadas por la Delegación Sindical Provincial, que podrá acordar la exclusión del turno de administración y vigilancia, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden; el trabajador excluido será reemplazado en su función por otro, en la misma forma que se establece en el primer párrafo de este artículo.



Artículo 6º.- Con el fin de facilitar la convivencia familiar en la hora de la comida, el trabajador podrá utilizar el local **comedor**, establecido de acuerdo con los artículos 1.º y 2.º de esta Orden, por sí solamente o en unión de su esposa o persona de la familia que acudiese a llevarle la comida.

En los **comedores** a que hacen referencia los artículos 3.º, 4.º y 5.º de esta Orden, el trabajador podrá solicitar de los encargados del local se admita en su compañía a su esposa o uno de sus hijos con el descuento consiguiente en sueldo por las comidas realizadas.

Artículo 7º.- Los Delegados e Inspectores de Trabajo cuidarán de la más exacta observancia de estas normas, sancionando la falta de cumplimiento por parte de las **empresas** con arreglo al procedimiento general de la Inspección de Trabajo.

Las multas serán de 100 a 1.000 pesetas según la importancia de la industria y número de trabajadores, imponiéndose, en todo caso, el máximo si existe reincidencia. Esto se apreciará cuando, notificado el empresario de habersele impuesto en resolución firme multa por infracción, no corriese la falta o incurriese en otra análoga dentro de los tres meses, contados a partir de la fecha de aquella notificación.

La Sala, saliendo de la sistemática en la que debaten tanto recurso como impugnación, entiende que debe hacerse una primera reflexión que deriva de cuanto se apunta en el recurso al citar el artículo 3 del Código Civil ("Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativo y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas"). Es evidente que las normas citadas responden a una decisión tomada en un contexto de guerra, España está en plena Guerra Civil cuando se dicta el Decreto, y sin entrar en la legitimidad de la autoridad que la dicta (piénsese en la ley de la memoria histórica, recientemente aprobada por las Cortes Generales, entre otras normas) es evidente que las circunstancias han cambiado; y si aplicamos cuanto señala el artículo 3 citado y analizamos el momento en que han de ser aplicadas lo comparamos en el momento en que fueron dictadas, y atendemos al espíritu y finalidad de aquéllas, constatamos lo siguiente:

1.- Como hemos dicho, el Decreto se dicta en plena guerra civil, con ausencia absoluta de libertades democráticas y es dictado precisamente por quien se alzó contra la legalidad vigente, y se pretende ahora que sea aplicado en un contexto de paz y vigente nuestra Constitución de 1.978 con la que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho.

2.- Dicha norma contiene elementos que son contrarios a las previsiones constitucionales y a su desarrollo por el llamado "bloque de constitucionalidad". Así, es evidente la ausencia de reconocimiento a la libertad sindical cuando el artículo 4º del Decreto hace referencia al llamado "Sindicato Vertical". (Ministerio de Organización y Acción Sindical), quien posteriormente, en el artículo 1º, párrafo tercero, de la Orden, impone el requisito de que la mitad del personal al menos solicite la instalación de local para **comedor**, ante la evidente ausencia de organizaciones sindicales libres y representativas; actualmente el derecho a la libertad sindical viene reconocido por el artículo 28.1 de nuestra Constitución, a su vez desarrollado por la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, por cuanto se refiere a la actividad sindical y representantes sindicales, y en el Título II del Estatuto de los Trabajadores, por cuanto se refiere a los representantes legales.

3.- El artículo 3 del Decreto habla de "cooperación de la misma **empresa**", rezumando una actitud paternalista por parte de quien impone la norma, que resulta contrario al principio del derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, artículo 37, y a la libertad de **empresa**, artículo 38 de nuestra Constitución y a la participación de los trabajadores. Lo que también puede ser afirmado del artículo 5º, párrafo cuarto de la Orden.

4.- El artículo 6º de la Orden establece una serie de normas no sólo antiguas sino que explicitan una discriminación expresa contra la mujer trabajadora por razón de sexo (como se ve sólo eran trabajadores los hombres), contrario asimismo al artículo 14 de la vigente Constitución de 1978.

5.- La Orden hace una referencia explícita a la Ley de Contrato de Trabajo (obviamente se está refiriendo a la ley de 11-11-1931, de la II República) y la misma ya quedó derogada por la franquista Ley de Contrato de Trabajo de 24-2-44. De ello cabe deducir la derogación, como mínimo, de la Orden.

Pues bien, la Sala entiende que las circunstancias han cambiado de tal forma que, de aplicar las citadas "normas de guerra" en la actual situación de un Estado Social y Democrático de Derecho, estaríamos vulnerando nuestras más elementales obligaciones derivadas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que expresamente nos recuerda en su artículo 5.1 que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos; norma completada



con lo previsto en el Artículo 6 de la misma Ley Orgánica, cuando señala que los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de Jerarquía normativa. El Tribunal Constitucional ha señalado en varias ocasiones que las normas de origen preconstitucional deben ser aplicadas en aquellas ocasiones en que han sido convalidadas por una norma postconstitucional, -aun cuando mantenga el mismo contenido que su predecesora- o en los supuestos en los que pueden ser interpretadas de acuerdo con principios constitucionales, pues en ese caso deberemos entender que el legislador no ha querido modificar dicha norma por entender que desarrolla derechos o beneficios acordes con la Constitución, y que se adecúan a su opción de política legislativa, dentro de las varias que pueda permitir la norma suprema; sin embargo no pueden ser aplicadas aquellas otras normas contrarias a la Constitución.

A la vista de lo expuesto entendemos que el conjunto de los mandatos que contienen tanto el Decreto como la Orden cuestionados, ni en su conjunto ni individualizando las normas que imponen, no contienen ningún precepto que pueda ser aplicado desde la óptica de los principios constitucionales, pues además de vulnerar explícitamente varios artículos de la norma suprema, su imposición es contraria a la Ley Orgánica de Libertad Sindical y al principio de libertad de **empresa**.

QUINTO.- Al realizar una afirmación tan radical como la expuesta en el razonamiento anterior, somos conscientes de que otros Tribunales Superiores de Justicia han aplicado las normas en discusión, sea en uno u otro sentido; también somos concedores de que el Tribunal Supremo ha dado una resolución en la que el objeto del debate era la interpretación del Decreto y Orden citados.

Sin embargo lo expuesto merece algunas matizaciones. Así es trascendente señalar que la sentencia del Tribunal Supremo de 16-2-2006, recurso 3670/2004, no entra a analizar la validez del Decreto de 1938 por cuanto, en el caso concreto, dicha Sala entiende en primer lugar que: "está en situación de no poder unificar doctrina en el caso por no concurrir el presupuesto de admisión de este recurso que se contiene en el art. 217 LPL"; y en segundo lugar, por cuanto entiende que la parte ha introducido en su recurso una mera referencia a la normativa que considera infringida sin explicar en modo alguno en qué consiste la infracción denunciada, o sea sin incluir una mínima fundamentación jurídica de su denuncia como exige hacer el art. 222 LPL y con carácter general el recurso de casación en toda la normativa procesal vigente por todos art. 481 de la LEC. Esta exigencia de fundamentación jurídica no se cubre con la mera denuncia del precepto o de los preceptos que se consideran infringidos por la sentencia que se recurre, sino que requiere explicar las razones por las que se entiende que eso se ha producido, con la finalidad de que la Sala conozca los argumentos de la parte y de que se pueda actualizar en trámite de recurso el principio de contradicción que permita a la parte refutar los argumentos utilizados; y eso no ha ocurrido, razón por la cual no se conoce y por ello se desconoce igualmente la relevancia que puedan tener las diferencias tácticas antes apreciadas". En definitiva, no entra la Sala Cuarta en el análisis de la adecuación a la norma constitucional del Decreto y Orden cuestionados, y no existe en nuestro conocimiento otro posicionamiento de la misma Sala.

Por cuanto respecta a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 5-2-99, número 320/1999, dictada en el recurso de suplicación núm. 4237/1998, que sirve de sustento a la sentencia del Juzgado de lo Social ahora nada, es obvio que no compartimos el razonamiento.

Por lo que se refiere a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14-12-2000, nº 577/2000, rec. 4939/2000, que viene a razonar "que aunque es verdad indiscutible que un comité de **empresa** representa a los trabajadores de una **empresa** o de un centro de trabajo, la norma que así lo señala - artículo 63.1 estatutario- ha de ser considerada de carácter general en relación con las más especiales que regulan estas instalaciones y mantenimientos de los **comedores**, cual lo son las contenidas en el Decreto y la Orden citadas de 1.938, debiéndose deshacer esta aparente plusnomia o concurrencia conflictiva de normas a aplicar según el sistema clásico de *lex specialis derogat generalis* -ley especial deroga a la más general o, dicho de otro modo, la norma más cercana y más específica reguladora de una determinada situación o realidad aparta la aplicación de otro precepto cuyo contenido normativo es más general y más lejano a dichas situación o realidad esta Sala -además de no compartirlo- con carácter previo al argumento entiende inaplicable la norma citada.

Existen otras resoluciones, tanto del antiguo Tribunal Central de Trabajo, como de órganos actualmente existentes, que son citadas por las partes en sus respectivos escritos, y que tampoco aportan nada al debate, tal como nos lo hemos planteado.

A lo que podríamos añadir que el artículo 36 de la Orden de 9 de marzo de 1971, por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, introduce algunas matizaciones que harían llegar a la conclusión de que el decreto citado no está vigente; pero ello excede del presente debate y entrar en el mismo sería contradictorio con nuestro propio planteamiento y con el contenido del recurso.



A modo de conclusión, insistimos pues en que tanto el Decreto de 8 de Junio de 1938, sobre Establecimiento de **Comedores** en las **Empresas** y de la Orden de 30 de junio de 1938, que desarrolla el Decreto anterior son contrarios a los principios que emanan de nuestra Constitución, y en consecuencia dichas normas entendemos que están fuera del ordenamiento jurídico: se trata de un "Decreto de Guerra" y no puede ser aplicado en una situación de paz y democracia. Ello nos lleva a estimar el recurso interpuesto por la **empresa** COMSA SA. y, en su consecuencia, a revocar la sentencia impugnada y desestimar la demanda en todos sus extremos.

Dicho lo cual, la Sala quiere manifestar que pensamos que más bien nos encontramos ante un conflicto de intereses, antes que un conflicto jurídico, y -de ser así- el ordenamiento permite a las partes utilizar de los medios de negociación colectiva y, si son necesarios, los medios de presión legal, para dar fuerza a sus pretensiones: de ser correcto nuestro planteamiento, y así lo estimamos, entendemos que las partes deberían llevar esta cuestión fuera del ámbito jurisdiccional.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por COMSA, SA, frente a la sentencia de fecha 24 de abril de 2007 dictada por el Juzgado de lo Social nº 19 de los de Barcelona en el procedimiento 142/2007 seguido a instancia de Jesús Carlos , Ángel Jesús Y Antonio contra la ahora recurrente, y debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la sentencia y desestimar demanda.

Se dispone la devolución de todas las consignaciones y depósitos así como la cancelación de cualquier aseguramiento que se haya prestado para recurrir.

Contra esta Sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que deberá prepararse ante esta Sala en los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos previstos en los números 2 y 3 del Artículo 219 de la Ley de Procedimiento Laboral .

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.