

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, Sentencia
1057/2018 de 13 Dic. 2018, Rec. 1857/2017**

Ponente: Moralo Gallego, Sebastián.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1857/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 1057/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

D^a. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 13 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Indra Sistemas, S.A., representada y asistida por el letrado D. Miguel Ignacio Berriatua Arjona, contra la sentencia dictada el 7 de marzo de 2017, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de suplicación núm. 291/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Bilbao, de fecha 6 de octubre de 2016, recaída en autos núm. 50/2014, seguidos a instancia del Comité de Empresa de Indra Sistemas, S.A. frente a Indra Sistemas, S.A., en los que ha sido parte ELA, UGT y CCOO, sobre conflicto colectivo.

Han sido partes recurridas la Confederación Sindical ELA, representada por el letrado D. Mikel Arrieta Gómez; C.S. de CCOO Euskadi, representada por el letrado D. Jesús González Marcos; el Comité de Empresa del centro de trabajo de Baracaldo de Indra Sistemas, S.A. y la Unión General de Trabajadores (UGT-Euskadi), representados y defendidos por la letrada D.^a María del Pilar Mansilla Seone.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de octubre de 2016 el Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" **1º.-** El presente conflicto colectivo afecta a la totalidad de la plantilla de la mercantil adscrita al centro de trabajo de Baracaldo; que son 89 trabajadores.

2º. - Es de aplicación el XVI Convenio Colectivo de empresas de consultoría y estudios de mercado y opinión pública.

3º.- De los 89 trabajadores asignados al centro de trabajo de Baracaldo, 31 trabajadores prestan servicios en las instalaciones de los clientes por lo que no están físicamente en el centro de trabajo de Baracaldo.

4º. - Dentro de los 58 trabajadores que sí prestan servicios físicamente en el centro de trabajo de Baracaldo se distinguen tres colectivos: Trabajadores procedentes de AZERTIA, 42 trabajadores: entrada de 8:15 a 9:30 y salida de 17:00 a 19:15 horas, disponen de 0:30 a 1:30 para comer. Incorporaciones anteriores a 30/09/07, 2 trabajadores: entrada de 8:00 a 9:00 y salida de 18:00 a 20:00 horas; disponen de 1:00 a 2:00 horas para comer y disfrutan de tickets de comida como condición ad personam. Incorporaciones posteriores a 30/09/07, 14 trabajadores: entrada de 8:00 a 9:00 y salida de 18:00 a 20:00 horas, disponen de 1:00 a 2:00 horas para comer. Existe flexibilidad horaria de la empresa en la entrada y la salida del centro así como en las horas de la comida.

5º. - El centro de trabajo de Baracaldo se encuentra situado en Ibaigane 29-1º Edificio GARVE III, y dispone de plazas de aparcamiento en la misma vía pública. En las inmediaciones del centro de trabajo hay dos paradas de autobús, a una distancia de 7 y 9 minutos respectivamente del centro de trabajo andando; a 9 minutos andando hay una parada de metro y una parada de tren a 16 minutos andando. El centro de trabajo de Baracaldo está dotado de un comedor habilitado al efecto con mesas, sillas, menaje, varios microondas, tostadora y fregadero. En él mismo existen máquinas de vending que dispensan bebidas frías y calientes y snacks. El centro de trabajo está situado a una distancia de 9 minutos andando del centro comercial MEGA PARK en el que existen numerosos establecimientos de restauración.

6º. - El local está arrendado a la propiedad Promotora Garve SA la cual no autoriza las obras necesarias para habilitar un comedor con cocina. La licencia del Ayuntamiento es a los solos efectos de oficinas".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "Desestimando íntegramente la demanda presentada por Comité de Empresa de Indra Sistemas SA frente a Indra Sistemas SA, CCOO, UGT y ELA-STV, debo absolver y absuelvo a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el actor ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 7 de marzo de 2017 , en la que aparece la siguiente parte dispositiva: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Comité de Empresa del centro de trabajo de Baracaldo de la mercantil Indra Sistemas SA, frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 (sic) de los de Bilbao de fecha 6 de octubre de 2016 , que se revoca. En su lugar, estimando la demanda de Conflicto Colectivo formulada por el órgano unitario de representación del personal del citado centro contra Indra Sistemas SA, declaramos el derecho de los trabajadores que prestan servicios físicamente en el mismo centro a disponer de servicio de comedor de empresa, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, con las consecuencias jurídicas inherentes".

TERCERO.- Por la representación procesal de Indra Sistemas, S.A. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Para el primer motivo, se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 21 de diciembre de 2007 (RSU 6133/2007). El recurso se

fundamenta en la indebida aplicación del Decreto de 8 de junio de 1938 y de la Orden Ministerial de 30 de junio de 1939 por entender que tal normativa se encuentra derogada.

Por lo que se refiere al segundo motivo, se elige como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, en fecha 26 de diciembre de 2011 (RCUD. 1490/2011). Se aborda si se cumplen los requisitos sobre el número de trabajadores del centro de trabajo, más de 50, y el horario flexible facilitado por la empresa otorga al menos dos horas de descanso para la comida.

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso, se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el que interesa que se declare la procedencia del primer motivo del recurso y la desestimación, por ausencia de contradicción, del segundo de los motivos.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 13 de noviembre de 2018. Por providencia de la misma fecha, se acordó suspender el señalamiento anterior y, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y la trascendencia del asunto, se acordó que la deliberación y fallo del mismo se hiciera por el Pleno de la Sala, señalándose el día 12 de diciembre de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La pretensión objeto de la demanda de conflicto colectivo origen de las presentes actuaciones, es la de que la empresa demandada instale en su centro de trabajo de Baracaldo un comedor de empresa en los términos y condiciones previstas en el art. 3 del Decreto de 8 de junio de 1938 , y en los arts. 3 y 4 de la Orden Ministerial de 30 de junio de 1938.

2.- La sentencia del Juzgado de lo Social 2 de Bilbao de 6 de octubre de 2016 , autos 50/2014, parte de la consideración de que la precitada normativa se encuentra vigente conforme han establecido las SSTS 30/6/2011, rcud. 1490/2011 , y 19/4/2012, rcud. 2165/2011 , pero desestima la demanda porque entiende que no concurren las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en las mismas.

Declara expresamente probado que los trabajadores ya cuentan con un local-comedor que está dotado de mesas, sillas, menaje, varios microondas, tostadora y fregadero, así como de máquinas de vending que dispensan bebidas frías y calientes y snacks.

Tras lo que argumenta que el centro de trabajo se encuentra en una zona urbana rodeado de establecimientos de restauración en los que los trabajadores pueden hacer sus comidas a un precio "módico", existe además una adecuada red de transporte público que les permite desplazarse para la comida y más de la mitad de la plantilla acude a trabajar en vehículo propio, lo que le lleva a concluir que no se dan las condiciones contempladas en aquellas normas para imponer la obligación de disponer de un comedor de empresa.

3. - La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 7 de marzo de 2017, rec. 291/2017 , acoge el recurso de suplicación formulado por la representación de los trabajadores - al que se adhieren los sindicatos ELA y CCOO-, y estima en su integridad la demanda.

El recurso de suplicación contenía un único motivo en el que denunciaba infracción del Decreto 8 de junio de 1938 y de su Orden Ministerial de 30 de junio de 1938, así como de las ya citadas STS de 26-12-2011 y 19-4-2012 , para sustentar la pretensión ejercitada en la vigencia de tales disposiciones.

La sentencia recurrida, tras reiterar que aquella normativa legal debe considerarse vigente conforme a lo establecido en las precitadas sentencias del Tribunal Supremo, concluye que su adecuada interpretación, para adaptarlas a la realidad social de este momento, pasa por admitir

fórmulas alternativas a la apertura de un comedor en el propio centro de trabajo y obliga a poner en marcha un comedor de empresa u otro mecanismo alternativo admisible.

Seguidamente razona que no es suficiente para conseguir estos objetivos la existencia en el centro de trabajo de un local-comedor en los términos descritos en los hechos probados y que cuenta con máquinas de vending, "no solo porque el coste lo asume en exclusiva el trabajador, sino también porque el recurso diario a este tipo de alimentación no garantiza una dieta sana, equilibrada y variada como la que está obligada a procurar la empresa...", y acaba declarando en su parte dispositiva el derecho de los trabajadores a "disponer de servicio de comedor de empresa".

4. - Contra dicha sentencia formula la empresa el recurso de casación unificadora, que articula en dos motivos diferentes.

En el primero de ellos denuncia que el Decreto y la Orden de 1938 no pueden considerarse vigentes y deben entenderse derogadas por las Constitución Española; a lo que añade que fueron en todo caso derogadas por la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971, que finalmente ha sido sustituida por el Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, que no imponen a las empresas ninguna obligación similar a la que establecían aquel Decreto y Orden de 1938 en los que los demandante sustentan el derecho reclamado.

Invoca de contraste la sentencia de la Sala Social del TSJ de Cataluña de 21 de diciembre de 2007, rec. 6133/2007 .

El motivo segundo sostiene que no concurren además las circunstancias previstas en aquellas normas y de las que dependen la exigencia a la empresa de la obligación en litigio.

Para lo que hace valer como sentencia referencial la del Tribunal Supremo de 26/12/2011, rcud. 1490/2011 , que a juicio de la recurrente exige tener en cuenta si los trabajadores disponen de una pausa de dos horas para comer o de horario flexible que lo permita, así como las condiciones de aislamiento del centro de trabajo.

Debemos adelantar en este punto que el motivo segundo es de carácter subsidiario para el caso de que se desestime el primero, si esta Sala IV concluye que deben considerarse vigentes aquel Decreto y Orden ministerial del año 1938.

5.- El Ministerio Fiscal considera que concurre el requisito de contradicción con la sentencia invocada para el primer motivo del recurso y solicita su íntegra estimación, al entender que no se encuentran vigentes el Decreto y la Orden de 1938 en los que se basa la demanda, por lo que pide a este Tribunal una rectificación del criterio mantenido a ese respecto en las indicadas SSTs de 30/6/2011, rcud. 1490/2011 ; y 19/4/2012, rcud. 2165/2011 .

En sus respectivos escritos de impugnación, los demandantes y los sindicatos codemandados, argumentan que el recurso incurre en una descomposición artificial del significado unitario de la controversia al plantear dos motivos diferentes para invocar distintas sentencias de contraste; niegan la existencia de contradicción; afirman que la cuestión planteada carece de contenido casacional porque ya ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en aquellas dos sentencia en el mismo sentido de la sentencia recurrida, e interesan la íntegra desestimación de recurso.

De esta forma, tanto el Ministerio Fiscal como las recurridas coinciden en poner de manifiesto que la cuestión determinante para la resolución del recurso es la de establecer si deben considerarse vigentes el Decreto de 8 de junio de 1938 y la Orden de 30 de junio de ese mismo año, en los que se apoya la pretensión ejercitada en la demanda.

SEGUNDO. 1. - Entrando a conocer del primero de los motivos del recurso, debemos resolver en primer lugar si entre la sentencia recurrida y la referencial hay contradicción en los términos exigidos por el art. 219.1º LRJS , que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos que sea necesario unificar.

2.- Lo que merece sin duda una respuesta afirmativa, en tanto que la sentencia referencial sostiene que el Decreto y la Orden de 1938 no pueden considerarse vigentes y deben entenderse derogados por la Constitución, aplicando en ese extremo una doctrina contraria a la sentencia recurrida que debemos unificar.

Bien es cierto que la sentencia referencial es del año 2007 y anterior por lo tanto a las sentencias de esta Sala IV a las que se acoge la recurrida para reafirmar la vigencia de las normas en litigio, pero eso no desmerece la efectiva existencia de contradicción en cuanto ha venido en aplicar una doctrina contraria.

No podemos aceptar los argumentos de las recurridas, en los que se sostiene la falta de contenido casacional del recurso por haberse desestimado en el fondo otros recursos en supuesto sustancialmente iguales, puesto que ya avanzamos que tras un exhaustivo análisis de la situación jurídica en la que se dictaron tales normas, vamos a cambiar y rectificar nuestro anterior criterio para revisar aquella doctrina y concluir que el Decreto y la Orden de 1938 no se encuentran vigentes.

TERCERO. 1. - Dado que se trata de decidir si continúan vigentes unas normas preconstitucionales, la resolución del asunto exige partir de lo que dispone el apartado tercero de la disposición derogatoria de la Constitución de 1978, al establecer "quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución". En su aplicación, se encuentra ya perfectamente consolidada la doctrina constitucional que limita el alcance de esa disposición derogatoria a las normas preconstitucionales que resulten inconstitucionales, admitiendo la vigencia de las que fueron dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución que no contravengan los principios constitucionales.

Por citar alguno de los muchos pronunciamientos en tal sentido, la STC 11/1981, de 8 de abril, recuerda que: "En la medida en que la derogación se produce por contradicción con la Constitución, la contradicción con la Constitución es una premisa de la derogación. Nosotros entendemos por inconstitucionalidad simplemente el juicio de contraste entre las dos normas, al que subsigue una consecuencia jurídica. Más inconstitucionalidad no es la consecuencia, sino, simplemente, la premisa de esa consecuencia. Por eso puede decirse que la inconstitucionalidad de las leyes anteriores conduce a unas consecuencias que pueden ser concurrentemente la derogación y la nulidad".

En esa misma línea, la STC 10/1981, de 6 de abril, citando la anterior de 2 febrero 1981, señala que: "la peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste... en que la Constitución es una Ley superior -criterio jerárquico- y posterior -criterio temporal-", de donde se deduce que "la coincidencia de este doble criterio da lugar -de una parte- a la inconstitucionalidad sobrevenida y, consiguiente invalidez, de las que opongan a la Constitución, y -de otra- a su pérdida de vigencia a partir de la misma, para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación".

De lo que se desprende, que no hay obstáculo legal para que los órganos judiciales puedan examinar la posible contradicción con la Constitución de una norma preconstitucional y declarar su inconstitucionalidad sobrevenida, para estimarla por ese motivo derogada y dejar inaplicado el precepto legal en cuestión (SSTC 83/1984, de 24 de julio ; 167/1997, de 13 de octubre ; 10/2005, de 20 de enero entre otras).

2.- En aplicación de esa doctrina, el pilar en el que descansaban nuestras sentencias de 30 de junio de 2011, rcud. 1490/2011, y de 19 de abril de 2012, rcud. 2165/2011, en las que entendimos que seguía vigente el referido Decreto de 8 de junio de 1938 y su posterior Orden de desarrollo, fue el de considerar que esa conclusión venía justificada por "La no vulneración de los principios constitucionales de las cuestionadas normas en los concretos extremos que ahora nos afectan (disposición derogatoria punto 3 Constitución, su falta de derogación expresa o tácita por otras normas infraconstitucionales posteriores (art. 2.2 Código Civil) y su no sustitución por la posible normativa de desarrollo de la LPRL, como posibilita su art. 6, ni por la negociación colectiva (art. 3 Estatuto de los Trabajadores), lo que no ha acontecido en el presente caso,

obliga a entender que se mantiene su vigencia, y a declarar que la doctrina jurídicamente correcta sobre este extremo es la que se contiene en la sentencia referencial".

Siendo cierta esa afirmación, una revisión de la sucesión normativa, que seguidamente se expondrá, aconseja reconsiderar la vigencia de las aludidas normas en términos de estricta legalidad.

TERCERO.- 1.- El punto de partida de nuestro análisis no puede ser otro que la constatación de que esas normas del año 1938 se incorporaron al Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1940, aprobado por la Orden del Ministerio de Trabajo de 3 de mayo de 1940, que contiene una referencia específica a esa cuestión en su Capítulo X, artículo 98, en el que establece: "Los locales destinados a comedores en los centros de trabajo, se ajustarán en un todo a lo dispuesto por el Decreto de 8 de junio de mil novecientos treinta y ocho y Orden de 30 de igual mes y año, sobre los mismos".

Ahora bien, esa disposición legal quedó posteriormente sin efecto por la Orden de 9 de marzo de 1971, que aprobó la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (BOE 16-3-1971), y que derogó, expresamente, el Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobado por Orden de 31 de enero de 1940, excepto su Capítulo VII (arts. 66 a 74), dedicado a los "Andamios". Es clara y diáfana su disposición derogatoria al establecer en el Anexo titulado "Tabla de Vigencias" una disposición derogatoria en la que textualmente se señala: "Quedan derogadas las siguientes disposiciones: 1. El Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobado por Orden de 31 de enero de 1940, excepto su Capítulo VII". En consecuencia, ya la Orden de 9 de marzo de 1971 contenía disposición expresa por la que se derogaba el Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1940 y, en su seno, el Decreto de 8 de junio de mil novecientos treinta y ocho y Orden de 30 de igual mes y año, cuyo contenido -por otra parte- resultaría en la actualidad inaplicable en sus propios términos.

Además, más tarde, la Orden de 1971 fué igualmente derogada por Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las Disposiciones mínimas de Seguridad y Salud en los Lugares de Trabajo, que ha venido a constituirse en la legislación vigente a estos efectos, y que ninguna obligación específica impone a las empresas para instalar comedores en sus centros de trabajo en los términos del Decreto y la Orden de 1938, más allá de aquella referencia que hace en su Anexo V - a la que ya aludimos en nuestras anteriores SSTs de 26/12/2011 y 19/4/2012 -, y en la que se dice que: "En los trabajos al aire libre en los que exista un alejamiento entre el centro de trabajo y el lugar de residencia de los trabajadores, que les imposibilite para regresar cada día a la misma, dichos trabajadores dispondrán de locales adecuados destinados a dormitorios y comedores".

Esta última disposición legal es la que se encuentra vigente en la materia, y, sin entrar a valorar el alcance de esa obligación, que no es el objeto del recurso, es fácil apreciar que se refiere exclusivamente a los trabajos al aire libre en los que los trabajadores no puedan acudir cada día a pernoctar a su lugar de residencia, por lo que no guarda la menor semejanza con lo previsto en aquella normativa del año 1938. Esa radical diferencia es lo que hace que los demandantes no sustenten el derecho reclamado en lo que dispone el vigente Real Decreto 486/1997, y es por eso que pretenden amparar su pretensión en aquel Decreto y Orden de 1938.

En el momento actual no existe ninguna norma en vigor, de carácter legal o convencional, de la que pudiese desprenderse que el empresario esté obligado en el caso de autos a instalar un comedor de empresa en un centro de trabajo con las características del que resulta afectado en este conflicto colectivo.

3.- Tal obligación no se desprende de lo dispuesto en los artículos. 1 y 6 y disposición derogatoria única de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), a los que aludíamos en nuestras SSTs de 26 de diciembre de 2011 y de 19 de abril de 2012 .

Bien es cierto que en tales preceptos no se rechazan los principios en los que se sustentaban aquellas normas preconstitucionales, sobre la consecución del objetivo de la seguridad y salud de

los trabajadores en los lugares de trabajo, pero no lo es menos, que la vigente normativa de prevención de riesgos laborales - más allá de las que hemos señalado para los trabajos al aire libre-, tampoco contempla la imposición al empresario de la obligación de "disponer de servicio de comedor de empresa" en los términos reconocidos por la sentencia recurrida.

Y si esa obligación no resulta de disposiciones legales o convencionales al efecto, estamos en realidad ante un conflicto de intereses como bien se dice en la sentencia de contraste, que es la que contiene la buena doctrina en esta materia al concluir que el Decreto y la Orden de 1938 sobre comedores de empresa no pueden considerarse vigentes.

Estamos ante una materia que, ante la ausencia de normas, es terreno hábil y adecuado para la negociación colectiva -pilar básico de nuestro sistema de relaciones laborales- en cuyo campo deberían acordarse las medidas oportunas que satisfagan los intereses de las partes

QUINTO. De conformidad con todo lo razonado y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, procede la estimación del primero de los motivos del recurso, lo que hace innecesario entrar a conocer del que se plantea subsidiariamente como segundo, y resolver en debate de suplicación en el sentido de desestimar el recurso de igual clase interpuesto por la representación legal de los trabajadores, para confirmar la sentencia de instancia por las razones expuestas y en cuanto en su parte dispositiva desestima la demanda. Reintégrese a la recurrente el depósito constituido para recurrir, sin que haya lugar a la imposición de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

:

1º) Estimar el recurso de casación interpuesto por Indra Sistemas, S.A, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 7 de marzo de 2017, rec. 291/2017 , que estimó el recurso de suplicación interpuesto por el Comité de Empresa de Indra Sistemas frente a la sentencia del Juzgado de lo Social de 2 de Bilbao de 6 de octubre de 2016 .

2º) Casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate de suplicación en el sentido de desestimar el recurso de igual clase formulado por los demandantes contra la sentencia de instancia, para confirmar su pronunciamiento desestimatorio de la demanda. Reintégrese a la recurrente el depósito constituido para recurrir. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a. Rosa María Virolés Piñol

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego D.^a Maria Luz Garcia Paredes

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON Fernando Salinas Molina, AL QUE SE ADHIEREN LAS EXCMAS. SRAS. MAGISTRADAS, DOÑA M^a. LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA y DOÑA ROSA MARÍA VIROLÈS PIÑOL.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 1857/2017, por discrepar, -siempre con la mayor consideración y respeto -, del criterio adoptado por la mayoría de la Sala en la indicada resolución.

I.- Puntos básicos de la discrepancia :

1.- El objeto del presente recurso de casación unificadora consistía en determinar, con carácter previo a decidir, en su caso, sobre los términos de la posible obligación empresarial, si se encuentran vigentes el Decreto de 8 de junio 1938 y la Orden de 30 junio de 1938 sobre el establecimiento de comedores de empresa en los centros de trabajo. La sentencia mayoritaria entiende que no están vigentes y lo contrario se defiende en el presente voto particular en la forma que expondremos.

2.- La sentencia mayoritaria niega la vigencia de dicha normativa y concluye que, salvo en lo relativo a los trabajos al aire libre en los que los trabajadores no puedan acudir cada día a pernoctar a su lugar de residencia, " *en el momento actual no existe ninguna norma en vigor, de carácter legal o convencional, de la que pudiera desprenderse que el empresario esté obligado en el caso de autos a instalar un comedor de empresa en un centro de trabajo con las características del que resulta afectado en este conflicto colectivo* ". Para llegar a la anterior conclusión la sentencia mayoritaria parte, en esencia, de que:

a) Esas normas del año 1938 se incorporaron al Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1940 (Orden 31-01-1940), que contiene una referencia específica a esa cuestión en su Capítulo X, art. 98 , en el que establece: " *Los locales destinados a comedores en los centros de trabajo, se ajustarán en un todo a lo dispuesto por el Decreto de 8 de junio de mil novecientos treinta y ocho y Orden de 30 de igual mes y año, sobre los mismos* ".

b) El anterior RGSHT quedó posteriormente sin efecto por la Orden 09-03-1971, que aprobó la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (BOE 16-03- 1971), y que lo derogó expresamente, excepto su Capítulo VII (arts. 66 a 74), dedicado a los "Andamios"; destacando dicha sentencia que " *Es clara y diáfana su disposición derogatoria al establecer en el Anexo titulado "Tabla de Vigencias" una disposición derogatoria en la que textualmente se señala: "Quedan derogadas las siguientes disposiciones: 1. El Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobado por Orden de 31 de enero de 1940, excepto su Capítulo VII* ". Añadiendo que la derogación expresa del citado RGSHT comportaba también la derogación " *en su seno, el Decreto de 8 de junio de mil novecientos treinta y ocho y Orden de 30 de igual mes y año, cuyo contenido -por otra parte- resultaría en la actualidad inaplicable en sus propios términos* ".

c) La OGSHT de 1971 " *fue igualmente derogada por Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las Disposiciones mínimas de Seguridad y Salud en los Lugares de Trabajo, que ha venido a constituirse en la legislación vigente a estos efectos, y que ninguna obligación específica impone a las empresas para instalar comedores en sus centros de trabajo en los términos del Decreto y la Orden de 1938, más allá de aquella referencia que hace en su Anexo V - a la que ya aludimos en nuestras anteriores SSTS de 26/12/2011 y 19/4/2012 -, y en la que se dice que: "En los trabajos al aire libre en los que exista un alejamiento entre el centro de trabajo y el lugar de residencia de los trabajadores, que les imposibilite para regresar cada día a la misma, dichos trabajadores dispondrán de locales adecuados destinados a dormitorios y comedores* ".

3.- En el presente voto particular se defiende la vigencia de tal normativa sobre los presupuestos para que surja la obligación de establecer comedores de empresa, sin perjuicio de que, en la interpretación de tal normativa y en cuanto a su concreta exigencia, deba tenerse en cuenta la distinta realidad social dado el tiempo transcurrido; así como que, por otra parte, deba tenerse en cuenta la normativa ulterior únicamente referida, como regla, a las condiciones dignas que deben reunir todos los lugares de trabajo, incluidos los locales habilitados para comedores, acorde con la consecución del objetivo de la seguridad y la salud de los trabajadores. En suma, se defiende la

subsistencia de la doctrina sustentada por esta propia Sala de casación y reflejada en sus sentencias de fechas 26-11-2011 (rcud 1490/2011) y 19-04-2012 (rcud 2165/2011).

II.- La doctrina reflejada en las citadas SSTS/IV 26-11-2011 (rcud 1490/2011) y 19-04-2012 (rcud 2165/2011) sobre la obligación empresarial de habilitar, en determinados supuestos, en las empresas un local-comedor para que los trabajadores puedan efectuar en el mismo sus comidas, única cuestión resuelta en el presente recurso de casación unificadora .

Sobre este extremo en las citadas SSTS/IV 26-11-2011 (rcud 1490/2011) y 19-04-2012 (rcud 2165/2011) se sostenía sobre la vigencia de las referidas normas que:

" 1.- En los esenciales preceptos citados como infringidos, se dispone que: a) "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" (art. 1 Decreto de 8-junio-1938); y b) "Toda empresa cuyo régimen de trabajo no conceda 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 mesas, asientos y agua potable, en cantidad suficiente para la bebida, aseo personal y limpieza de utensilios.- En dicho local se dispondrá igualmente de hornillos y cualquier otro medio de uso corriente, con el combustible necesario para que el trabajador pueda calentar su comida ..." (art. 1 OM 30-junio-1938).

2.- La normativa cuestionada, -- dejando aparte su ideología, terminología y alguno de los principios en los que afirma inspirarse, propios de otras épocas e incompatibles con la normativa constitucional --, en cuanto ahora directamente nos afecta, como cabe deducir de su preámbulo, pretende que el trabajo se desarrolle en condiciones de dignidad y remediar la falta de atención que en ocasiones se dispensa a los trabajadores, resaltando que "así sucede en la forma frecuente que efectúan sus comidas los trabajadores, sentados en las aceras de las calles o alrededores de fábricas o talleres, expuestos a las inclemencias del tiempo y sin que los presida el decoro o sentido de orden que todos los actos de la vida han de tener" y para intentar evitarlo impone la obligación, con los requisitos que establece, de habilitar en las empresas un local-comedor.

3.- Ese concreto principio vinculado a la dignidad y a las condiciones de trabajo, y con distinciones entre centros de trabajo permanentes, trabajos de emplazamiento eventual que se efectúen al aire libre o para trabajos agrícolas (art. 2 de la Orden de 30-junio-1938), tuvo también su desarrollo en la denominada Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el trabajo (Orden 9-marzo-1971 -BOE 16-03-1971) que concretó la obligación de instalar comedores en determinadas circunstancias para determinados trabajos al aire libre (en especial, arts. 45 y 47); y posteriormente en la normativa postconstitucional, como en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales -LPRL(en especial, arts. 1 y 6 y disposición derogatoria única) en relación con su desarrollo efectuado a través del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo. En esta última norma no se rechazan los principios sustentados en la referida Ordenanza preconstitucional sobre la consecución del objetivo de la seguridad y la salud de los trabajadores en los lugares de trabajo, destacando que "Buena parte de las materias reguladas en este Real Decreto, condiciones constructivas de los lugares de trabajo, iluminación, servicios higiénicos y locales de descanso, etc., han estado reguladas hasta el momento presente por la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada mediante Orden de 9 de marzo de 1971. Cuando se cumplen veinticinco años de su entrada en vigor, unas veces los compromisos internacionales adquiridos por España, otras la evolución del progreso técnico y de los conocimientos relativos a los lugares de trabajo, aconsejan la definitiva derogación de algunos capítulos del Título II de la Ordenanza que la disposición derogatoria única de la Ley 31/1995 ha mantenido vigentes hasta ahora en lo que no se oponga a lo previsto en la misma, y su

sustitución por una regulación acorde con el nuevo marco legal y con la realidad actual de las relaciones laborales, a la vez que compatible, respetuosa y rigurosa con la consecución del objetivo de la seguridad y la salud de los trabajadores en los lugares de trabajo"; así como se destaca que tales principios se inspiran y aplican, además, partiendo de que "España ha ratificado diversos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo que guardan relación con la seguridad y la salud en los lugares de trabajo y que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno. En concreto, con carácter general, el Convenio número 155 de la OIT, relativo a la seguridad y salud de los trabajadores, de 22 de junio de 1981, ratificado por España el 26 de julio de 1985, y en particular, el Convenio número 148 de la OIT, relativo al medio ambiente de trabajo, de 20 de junio de 1977, ratificado por nuestro país el 24 de noviembre de 1980" y que "En el mismo sentido hay que tener en cuenta que en el ámbito de la Unión Europea se han fijado, mediante las correspondientes Directivas, criterios de carácter general sobre las acciones en materia de seguridad y salud en los lugares de trabajo, así como criterios específicos referidos a medidas de protección contra accidentes y situaciones de riesgo. Concretamente, la Directiva 89/654/CEE, de 30 de noviembre, establece las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo". Finalmente, en dicho Real Decreto (en su Anexo V) se reitera la antigua obligación de que "En los trabajos al aire libre en los que exista un alejamiento entre el centro de trabajo y el lugar de residencia de los trabajadores, que les imposibilite para regresar cada día a la misma, dichos trabajadores dispondrán de locales adecuados destinados a dormitorios y comedores".

4.- La no vulneración de los principios constitucionales de las cuestionadas normas en los concretos extremos que ahora nos afectan (disposición derogatoria punto 3 Constitución), su falta de derogación expresa o tácita por otras normas infraconstitucionales posteriores (art. 2.2 Código Civil) y su no sustitución por la posible normativa de desarrollo de laLPRL, como posibilita su art. 6 , ni por la negociación colectiva (art. 3 Estatuto de los Trabajadores), lo que no ha acontecido en el presente caso, obliga a entender que se mantiene su vigencia, y a declarar que la doctrina jurídicamente correcta sobre este extremo es la que se contiene en la sentencia referencial ."

III.- No se comparte la argumentación sobre la pretendida derogación contenida en la sentencia mayoritaria .

1.- En el cuestionado Decreto de 08-06-1938 desarrollado por Orden de 30-06-1938 se regulaban dos aspectos: a) la obligación empresarial de habilitar, en determinados supuestos, en las empresas un local-comedor para que los trabajadores puedan efectuar en el mismo sus comidas, objeto principal de la regulación contenida en el Decreto; y b) las condiciones que deben tener dichos locales (" en consonancia con las características de cada industria, de su importancia económica, número de los trabajadores y clima de la localidad "), objeto principal de la regulación contenida en la Orden, en cuyo art. 1 se reitera la obligación empresarial regulada en el Decreto y en sus siguientes artículos se regulan, en esencia, las condiciones de adecuación e higiene que deben reunir dichos locales.

2.- Es cierto que en las citadas SSTS/IV 26-11-2011 (rcud 1490/2011) y 19-04-2012 (rcud 2165/2011) no se hacía referencia a la, - invocada en la sentencia mayoritaria --, ulterior Orden de 31-01-1940 (BOE 03-02-1940) en la que se aprobaba el denominado " *Reglamento general de Seguridad e Higiene en el Trabajo* " (RGSHT), en cuyo Capítulo X (arts. 92 a 100), dedicado a regular los " *Servicios de higiene y locales anexos* ", se contenían una serie de prescripciones acerca de las condiciones que han de tener los locales (suelos y paredes, estado de conservación y limpieza, separación respecto a los locales de trabajo y otras) distintos de los habilitados para el trabajo y que estén destinados al uso por parte de los " *obreros* ", como los aseos (con especificaciones según las características de suciedad o peligrosidad de la actividad empresarial) (arts. 92 a 95), los locales para cambiarse de ropa (art. 96), los locales destinados a dormitorios (art. 97), los locales destinados a comedores (art. 98), reglas generales sobre el acondicionamiento de los anteriores locales incluidos los comedores (art. 99) y el local destinado a enfermería si procede su existencia (art. 100).

3.- En dicho conjunto de normas sobre la entonces denominada seguridad e higiene en el trabajo, en una de ellas, entre las destinadas a los locales destinados al uso por los trabajadores, se establecía en su art. 98, como se destaca en la sentencia mayoritaria, que " Los locales destinados a comedores en los centros de trabajo, se ajustarán en un todo a lo dispuesto por el Decreto de 8 de junio de mil novecientos treinta y ocho y Orden de 30 de igual mes y año, sobre los mismos "; pero también se complementaba su regulación en el art. 99 señalando, con carácter general, que " todos los locales destinados a aseo del personal, salas de vestir, comedores, cocinas, dormitorios y en general para servicios del mismo, deberán reunir buenas condiciones respecto a cubicación, superficie, ventilación, siempre directa, renovación y pureza del aire, iluminación natural y artificial, temperatura, humedad y las especiales de instalación y acondicionamiento en cada caso, de acuerdo con el número de obreros y la índole de la industria o trabajo ...".

4.- No se regula, por tanto, en dichos preceptos del RGSHT la obligación empresarial de disponer de locales para el uso de los trabajadores, distintos a los lugares de trabajo, destinados, entre otros, a aseos, vestuarios, dormitorios o comedores, sino únicamente se regulaban las condiciones de higiene y seguridad de dichos locales de existir en las empresas. Por lo que es dable interpretar que la remisión que efectúa el citado art. 98 RGSHT a la normativa del año 1938 es esencialmente a las condiciones de seguridad e higiene que deben reunir los locales destinados a comedor, única materia regulada en ese Capítulo X del Reglamento citado, y no a la obligación de habilitar locales destinados a tal fin.

5.- La sentencia mayoritaria afirma que el citado RGSHT de 1940 fue derogado por la Orden 09-03-1971, que aprobó la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo - OGSHT (BOE 16-03-1971), excepto su Capítulo VII (arts. 66 a 74), dedicado a los " Andamios " como se preceptúa en su disposición derogatoria, lo que es cierto.

6.- Lo que no se comparte es la conclusión a la que llega dicha sentencia en el sentido de que la derogación expresa del citado RGSHT comportaba también la derogación " en su seno, el Decreto de 8 de junio de mil novecientos treinta y ocho y Orden de 30 de igual mes y año, cuyo contenido -por otra parte- resultaría en la actualidad inaplicable en sus propios términos ". Puesto que, -- aun dejando totalmente aparte los problemas de jerarquía normativa acerca de la derogación de un Decreto por una Orden --, resulta, como se ha indicado, que ni en el RGSHT ni en la posterior OGSHT se regulaba la obligación empresarial de habilitar locales para comedor (contenido esencial del referido Decreto) sino exclusivamente las condiciones de seguridad e higiene que dichos locales, de existir, deberían reunir; y, además, que el mero hecho de que una norma haga remisión a otra anterior para delimitar su contenido concreto en una materia (condiciones de seguridad e higiene de tales locales) no puede implicar sin más que derogada tal norma por otra posterior deba entenderse derogada la norma objeto de remisión en su total contenido, incluso en materias que no eran objeto de regulación en la norma derogada (en concreto, la obligación empresarial de habilitar locales con tal fin).

7.- Obsérvese, además, que la OGSHT de 1971 no es la norma adecuada para regular obligaciones empresariales sobre la exigencia o no de comedores y efectivamente no lo efectuaba, como de su propio contenido se deduce, al regular exclusivamente las condiciones generales de los centros de trabajo (Título II -arts. 13 a 42), y, en especial, en su Capítulo II, sobre " servicios permanentes ", con preceptos específicos para dormitorios (art. 34), viviendas (art. 35), comedores (art. 36) y cocinas (art. 37) y en su Capítulo III, sobre " servicios de higiene ", entre otros, sobre vestuarios y aseos (art. 39), retretes (art. 40) y duchas (art. 41).

8.- Con relación a los comedores que pudieran instalar las empresas se preceptúa en el art. 36 OGSHT que " 1. Los comedores que instalen las empresas para sus trabajadores estarán ubicados en lugares próximos a los de trabajo, separados de otros locales y de focos insalubres o molestos ", que " 2. Los pisos, paredes y techos serán lisos y susceptibles de fácil limpieza, tendrán una iluminación, ventilación y temperaturas adecuadas, y la altura mínima del techo será de 2,60 metros ", que " 3. Estarán provistos de mesas, asientos y dotados de vasos, platos y cubiertos para cada trabajador ", que " 4. Dispondrán de agua potable para la limpieza de utensilios y

vajilla.- Independientemente de estos fregaderos existirán unos aseos próximos a estos locales " y " 5. Cuando no existan cocinas contiguas se instalarán hornillos o cualquier otro sistema para que los trabajadores puedan calentar su comida ".

9.- Por tanto, entendemos que solamente sobre esas condiciones generales de seguridad e higiene que deben reunir los comedores cuando existan en las empresas deben entenderse derogadas las normas de esa misma naturaleza contenidas en la cuestionada Orden de 1938, pero no la obligación empresarial de habilitar locales para que los trabajadores puedan efectuar en el mismo sus comidas regulada en el Decreto de 1938.

10.- Ya con rango normativo de Real Decreto, -- y en desarrollo de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales --, se dictó el Real Decreto 486/1997, de 14 de abril (por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo) que derogó " *cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en el presente Real Decreto* " y expresamente " *los capítulos I, II ["servicios permanentes" en que se incluye el art. 36 citado sobre comedores] , III ["servicios de higiene] , IV, V y VII del Título II de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971* " (disposición derogatoria única).

11.- Se trata igualmente de una normativa relativa a la actualmente denominada prevención de riesgos laborales que no regula la obligación empresarial de habilitar locales para comedores, sino que regula las condiciones ambientales de los comedores que pudieran existir en la empresa (" *6. Las condiciones ambientales de los locales de descanso, de los locales para el personal de guardia, de los servicios higiénicos, de los comedores y de los locales de primeros auxilios deberán responder al uso específico de estos locales y ajustarse, en todo caso, a lo dispuesto en el apartado 3. " -Anexo III.6)*, aunque singularmente contempla una obligación empresarial para los específicos trabajos al aire libre (" *En los trabajos al aire libre en los que exista un alejamiento entre el centro de trabajo y el lugar de residencia de los trabajadores, que les imposibilite para regresar cada día a la misma, dichos trabajadores dispondrán de locales adecuados destinados a dormitorios y comedores* " y " *Los dormitorios y comedores deberán reunir las condiciones necesarias de seguridad y salud y permitir el descanso y la alimentación de los trabajadores en condiciones adecuadas* " -Anexo V.4.2º y 3º), que sin carácter impositivo ya se contemplaba en el art. 2.a) de la Orden de 1940; lo que, entendemos, no implica la derogación del resto de obligaciones empresariales sobre la habilitación de locales a las que venimos haciendo referencia contenidas en las normas cuestionadas.

IV.- Conclusión .

En la forma expuesta y especialmente en cuanto hace referencia al Decreto de 1938, entendemos que debería haberse mantenido la doctrina contenida en nuestras SSTs/IV 26-11-2011 (rcud 1490/2011) y 19-04-2012 (rcud 2165/2011), y haberse entrado a resolver sobre la cuestión de fondo planteada en el presente recurso de casación unificadora.

Madrid, 19 de diciembre de 2018