



Roj: **STS 9077/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:9077**

Id Cendoj: **28079140012012101027**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/10/2012**

Nº de Recurso: **3471/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Octubre de dos mil doce.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. Raúl Martínez Ostenero, en nombre y representación de LIMPIEZAS, AJARDINAMIENTOS Y SERVICIOS SERALIA, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 16 de septiembre de 2011, recaída en el recurso de suplicación nº 1801/2011, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Mieres, dictada el 30 de marzo de 2011, en los autos de juicio nº 272/11, iniciados en virtud de demanda presentada por UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES - UNIÓN REGIONAL DE ASTURIAS contra SERALIA, S.A., sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Rosa Maria Viroles Piñol, Magistrada de Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30 de marzo de 2011, el Juzgado de lo Social nº 1 de Mieres, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda deducida por UNION GENERAL DE TRABAJADORES-UNION REGIONAL DE ASTURIAS contra la empresa SERALIA, S.A., debo declarar y declaro no haber lugar a ella, absolviendo, en consecuencia a la empresa demandada de los pedimentos en su contra pretendidos."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"1º.- La empresa demandada, dedicada a la actividad de limpieza ocupa un número de 26 empleados, a quienes se les aplica el Convenio de Edificios y Locales del Principado de Asturias; 2º.- El día 1 de octubre de 2010 la codemandada SERALIA se hizo cargo del servicio de limpieza del Ambulatorio Mieres Norte, perteneciente al SESPA, consecuencia de la adjudicación de la correspondiente contrata. Con anterioridad a esta resultó beneficiaria de tal adjudicación la empresa ITMA S.A.L., que ostenta la cualidad de centro especial de empleo, habiendo mantenido con sus trabajadores relación derivada de contrato concertado con trabajadores minusválidos; 3º.- La empresa SERALIA no subrogó a ninguno de los trabajadores que prestaban servicios por cuenta y orden del centro especial de empleo demandado. En éste prestaban servicios en el centro de trabajo del Ambulatorio Mieres Norte unos 18 trabajadores; 16 de ellos han pasado a prestar servicios por cuenta de SERALIA a virtud de nuevos contratos de trabajo. La trabajadora Delfina, no aceptando la formalización de nuevo contrato, interpuso en este Juzgado demanda de despido, que fue desestimada por sentencia de 14 de febrero pasado, recaída en autos 830/2010; en igual coyuntura se encontraba otra trabajadora con litigio pendiente en los Juzgados de Oviedo; 4º.- La empresa SERALIA procedió a subrogar a los trabajadores procedentes de ITMA, Sociedad Limitada - perteneciente al mismo grupo empresarial que la precitada -, quienes mantenían relaciones laborales ordinarias; 5º.- La representación de los trabajadores es ostentada por un Comité de Empresa Provincial, integrado por 9 miembros, 2 de UGT, 6 de CCOO y 1 de USO; 6º.- Presentó papeleta de conciliación ante la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación el 3 de febrero de



2011, celebrándose el preceptivo acto conciliatorio el siguiente día 10 con el resultado de intentado sin efecto, e interpuso escrito de demanda en este Juzgado el 9 de marzo de 2011."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DE ASTURIAS (UGT) formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictó sentencia en fecha 16 de septiembre de 2011, en la que consta el siguiente fallo:

"Que estimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de UNION GENERAL DE TRABAJADORES-UNION REGIONAL DE ASTURIAS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Mieres con fecha 30 de marzo de 2011, en los autos núm. 272/2011, seguidos a su instancia contra la empresa "SERALIA S.A.", sobre conflicto colectivo y, en su consecuencia, previa la revocación de la sentencia recurrida, y, en su consecuencia, debemos declarar y declaramos la existencia de subrogación empresarial de la referida empresa respecto de los contratos de trabajo de los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo, computando a tal efecto la antigüedad reconocida en sus contratos de trabajo y demás condiciones laborales, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración. Sin costas."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la empresa Limpiezas, Ajardinamientos y Servicios Seralia, S.A., interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 18 de noviembre de 2010 (rec. suplicación 2828/2010).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar la IMPROCEDENCIA del recurso.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 3 de octubre de 2012, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Por el Sindicato UGT de Asturias se plantea demanda de conflicto colectivo, origen de las presentes actuaciones solicitando se declare "la existencia de una subrogación empresarial de los trabajadores que prestaban servicios para la anterior adjudicataria del servicio de limpieza del área VII del Servicio de Salud del Principado de Asturias, sin distinción alguna por su tipo de contrato o situación de discapacidad, manteniendo su antigüedad y demás condiciones laborales, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a adoptar las medidas necesarias para la efectividad de todo ello".

Consta en la sentencia recurrida que la empresa demandada -ITMA SAL- que ostenta la condición de centro especial de empleo, dedicada a la actividad de limpieza, ocupa un número de 26 empleados, a quienes se les aplica el Convenio de Edificios y Locales del Principado de Asturias. Tenía adjudicado el servicio de limpieza del Ambulatorio Mieres Norte, perteneciente al SESP, habiendo mantenido con los trabajadores adscritos a dicha contrata relación especial al amparo del RD1368/1985. El día 1 de octubre de 2010 la codemandada SERALIA se hizo cargo del citado servicio consecuencia de la adjudicación de la correspondiente contrata. Dicha mercantil <no subrogó a ninguno de los trabajadores que prestaban servicios por cuenta y orden del centro especial de empleo demandado. Asimismo, de los 18 trabajadores que prestaban servicios en la contrata, 16 de ellos han pasado a prestar servicios por cuenta de SERALIA a virtud de nuevos contratos de trabajo. Sin embargo, sí procedió a subrogar a los trabajadores procedentes de ITMA, Sociedad Limitada quienes mantenían relaciones laborales ordinarias.

2.- La sentencia de instancia que desestimó la demanda, fue revocada por la ahora recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 16 de septiembre de 2011 (Rec. 1801/11), que tras estimar el recurso de los demandantes declara la existencia de subrogación empresarial de SERALIA en los contratos de trabajo de los trabajadores afectados por el conflicto colectivo. Al efecto alcanza tal conclusión desde tres argumentos diferentes: 1) Se ha producido la subrogación al amparo del art. 44.2 ET y de la jurisprudencia pues se continúa prestando la misma actividad, habiendo asumido la empresa entrante una parte sustancial de la plantilla. 2) La misma solución se alcanza por la aplicación del art. 18 del Convenio Colectivo de Limpieza de edificios del Principado de Asturias, al entender que la cláusula subrogatoria obliga a todas las empresas vinculadas por este Convenio a subrogarse en los contratos de trabajo de los trabajadores, sean discapacitados o no, que dependan de las empresas salientes, sean centros especiales de empleo o no, cuando estas cesen en la adjudicación de los servicios de limpieza de las instalaciones. 3) Finalmente considera que la subrogación tiene su origen en el pliego de condiciones generales de contratación.



SEGUNDO.- 1.- La empresa SERALIA recurre en casación para la unificación de doctrina, denunciando la infracción del art. 44 ET en relación con el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, denunciando que no cabe la subrogación de los trabajadores discapacitados provenientes de un centro especial de empleo a una empresa que carece de aquella condición.

2.- Para sustentar la contradicción, invoca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de noviembre de 2010 (Rec. 2828/10), seleccionada en escrito de 20/12/11, dictada en un procedimiento de despido. En este supuesto, la parte actora venía prestando sus servicios como operaria-limpiadora para la demandada ARACAS MANTENIMIENTO Y SERVICIO S.L. - centro especial de empleo- con contrato al amparo del RD. 1368/1985, por el que se regula la relación laboral especial de las personas con discapacidad. Mediante carta de 30.6.2009 se le comunica que, a partir del 01.07.2009, pasaría a prestar servicios para la empresa Montesar Jardines, SL., como adjudicataria del servicio de limpieza correspondiente, subrogación que fue rechazada alegando que no se cumplían los requisitos establecidos en el Convenio Colectivo de Limpiezas de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid (art. 24). La Sala de suplicación con revocación parcial de la sentencia de instancia, y manteniendo la declaración de improcedencia del despido, condena en exclusiva a la empresa saliente ARACAS. La sentencia llega a dicha conclusión porque Montesar no es un centro especial de empleo y, por tanto, no está obligada a asumir a la actora, que está sujeta a la relación especial del RD.1368/1985, y los convenios colectivos de limpieza de edificios y locales no son aplicables a los centros especiales de empleo.

3.- En el análisis de la contradicción, es de resaltar que las acciones ejercitadas -conflicto colectivo y despido- son diferentes. Sin embargo, la cuestión de fondo debatida es la misma: posibilidad de subrogación de una contrata de limpieza en los contratos de trabajadores vinculados al amparo del RD 1368/1985, desde una empresa catalogada como centro especial de empleo a otra que no ostenta esta condición. Esto es, hay que determinar si el convenio colectivo sectorial de limpieza es aplicable en los casos de sucesión de contratas cuando una de ellas, la saliente, es un centro especial de empleo.

Pues bien, en ambos casos se trata de trabajadoras cuya relación laboral se rige por el RD 1368/1985, contratadas por empresas catalogadas como centros especiales de empleo y que prestan servicios en las contratas de limpieza adjudicadas a su empleadora. Como consecuencia de la nueva adjudicación de la contrata a empresas que no tienen aquella catalogación, se les deniega la subrogación. Y en ambos casos se debate si es aplicable, dado el carácter especial de la relación laboral, el mecanismo subrogatorio establecido en el Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de las respectivas provincias. Y las soluciones alcanzadas son contradictorias.

Ha de apreciarse contradicción entre las sentencias comparadas. La sentencia recurrida, en lo que ahora interesa, parte de la inaplicación del convenio sectorial, incluida la cláusula subrogatoria a las empresas que ostenten la condición de centros especiales de empleo. Ahora bien, tras analizar el contenido del convenio en cuestión (art. 2) considera que la norma convencional establece su ámbito personal de aplicación, sin distinción alguna, a todas las empresas que realicen labores de limpieza en edificios y locales, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, y a todo tipo de trabajadores incluidos los Centros Especiales de empleo. Añade que la cláusula subrogatoria obliga a todas las empresas vinculadas por este Convenio a subrogarse en los contratos de trabajo de los trabajadores, sean discapacitados o no, que dependan de las empresas salientes, sean centros especiales de empleo o no, cuando estas cesen en la adjudicación de los servicios de limpieza de las instalaciones, puesto que lo perseguido en el Convenio es la estabilidad de los trabajadores, sin distinción basada en su condición física o psíquica.

Por otro lado, la sentencia de contraste, estima que no resulta de aplicación al Centro Especial de Empleo, el Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid (BOCM núm.168/2005, de 16 de julio) que es de aplicación a las empresas y trabajadores que se dediquen a la actividad de limpieza de edificios y locales en la Comunidad Madrileña, al no poder aquél ser afectado durante su vigencia por lo dispuesto en Convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contrario (art. 84 ET) y por no concurrir las circunstancias exigidas.

La sentencia impugnada resuelve con arreglo a la doctrina contenida en la STS de 21-octubre-2010 (Rcud 806/2010) reiterada luego en la de 4-octubre-2011 (Rcud 4597/2010). En ambas se declara que debe operar la subrogación de una contrata de limpieza, aunque la nueva adjudicataria sea un centro especial de empleo y los trabajadores vinieran prestando servicios para una empresa que no tiene dicha condición y por tanto se le puede aplicar la cláusula de subrogación prevista en el convenio colectivo de limpieza de aplicación a la empresa saliente si actúa en el sector de limpieza. Ahora bien, estas sentencias contemplan una situación inversa a la actual -las trabajadoras prestan servicios para una empresa catalogada como centro especial de empleo y, tras perder ésta la contrata, la nueva adjudicataria resulta ser una empresa sin tal carácter-. Por cuanto antecede ha de apreciarse la concurrencia de los requisitos exigidos por el art. 217 LPL pues las



sentencias comparadas han alcanzado soluciones contrapuestas. Y -como apunta la STS. de 10-octubre-2012 (rcud. 3803/2011, "aunque la Sala viene manteniendo que la función institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina es procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico por los órganos judiciales del orden social, de ahí que carezcan de contenido casacional de unificación de doctrina aquellos recursos interpuestos contra sentencias cuyas decisiones sean coincidentes con la doctrina sentada por esta Sala del Tribunal Supremo (ATS 21-5-1992 y 7-10-1992 y SSTS 14-12-1996, R. 3344/1995 , 21 y 23-9-1998 , R. 4273/97 y 2431/97 , 27-10-1998, R. 3616/97 , 16-6-2003, R. 2835/01 , 18-11-2004, R. 5193/03 , 3-12-2004, R. 6052/03 , 25-1-2005, R. 5155/03 , y 30-9-2005, R. 38214/04 , entre otras muchas), y, por tanto, en el presente caso, como antes apuntamos, tal vez podría haberse declarado esa falta de contenido casacional porque cuestión muy similar ha sido ya resuelta por esta Sala, lo cierto es que, precisamente porque lo resuelto fue la situación inversa a la aquí planeada, esa distinta posición que en los supuestos comparados ostentan las empresas entrante y saliente los diferencia y aconseja un pronunciamiento sobre el fondo del asunto para establecer también la doctrina unificada al respecto".

TERCERO.- 1.- Superado el requisito de la contradicción, procede el examen del fondo del asunto. En el motivo de censura jurídica, denuncia el recurrente la infracción de los arts. 2 y 4 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de Madrid ; 1 a 4 del Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con discapacidad, cláusula 14 a) del Pliego de Prescripciones particulares que ha de regir el contrato de limpieza de los edificios adscritos a la Agencia Tributaria de Madrid, 1 y 2 del RD 1368/1985 y 2 g), 44, 55 y 56 del ET.

La cuestión litigiosa ha sido resuelta por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, entre otras en sentencia de 10-Octubre-2012 (rcud. 3803/2011), en la que señalamos que: " [1. *La empresa condenada denuncia la infracción del art. 44 ET por la sentencia impugnada, sosteniendo, en síntesis, que no cabe la subrogación porque no lo permite el carácter especial de la relación laboral de la demandante. Pero el recurso debe ser desestimado porque el problema de la subrogación en este tipo de situaciones ha sido ya resuelto en sentido idéntico al de la sentencia recurrida, entre otras, por nuestras sentencias de 21 de octubre de 2010 (R. 806/10), 4 de octubre de 2011 (R. 4595/10), 26 de enero de 2012 (R. 917/11), 7 de febrero de 2012 (R. 1096/11), 11 de junio de 2012 (R. 1886/11) y 4 de octubre de 2012 (R. 3163/11), a todos cuyos argumentos hacemos desde aquí expresa remisión para evitar inútiles repeticiones, aunque pueden resumirse diciendo que en tales supuestos rige el criterio funcional que determina la aplicación de la norma convencional de las empresas de limpieza, actividad que realizan los trabajadores, en cuyos contratos ha de subrogarse cualquier empresa que aspire a obtener la contrata en cuestión, incluso si dicha empresa fuera un centro especial de empleo, puesto que, en principio, nada impide a este tipo de empresas (aunque su fin primordial sea otro: favorecer la integración de las personas con discapacidad) subrogarse en los contratos de otros trabajadores, sean éstos o no personas con discapacidad, sin que todo ello entrañe trato discriminatorio alguno respecto a los trabajadores discapacitados que puedan prestar servicios en las mismas.*

2. *Y aunque ciertamente, como destaca con acierto la propia resolución impugnada, la situación contemplada hasta ahora por la mencionada jurisprudencia era inversa a la que se da en el caso de autos porque, según antes adelantamos, a diferencia de lo que aquí sucede, la nueva adjudicataria (la empresa entrante) siempre era un centro especial de empleo -al menos formalmente- y los trabajadores venían prestando servicios para empresas que no tenían -siquiera formalmente- dicha condición y habían perdido la contrata, nos parece claro que esa diferencia, que no es más que el haz y el envés de una misma realidad, en nada afecta a la consecuente subrogación, no sólo porque, como vimos, la misma viene determinada por razones de índole funcional y, por tanto, es precisamente la actividad de limpieza de edificios la que conduce a aplicar la disposición convencional de dicha actividad, sino también porque, al haberse descartado por nuestra doctrina (y desde luego por nuestro ordenamiento: arts. 14 CE y 37 Ley 13/1982, según Ley 66/2003) que la discapacidad pueda acarrear cualquier elemento de discriminación a los trabajadores afectados, esa cualidad personal deja de tener incidencia alguna en la consecuencia subrogatoria porque lo contrario también entrañaría la vulneración del principio de estabilidad en el empleo que persigue la disposición convencional y supondría, precisamente por ello, un trato discriminatorio, por desigual, en perjuicio de los trabajadores discapacitados, máxime si, tratándose de la limpieza de los mismos locales (en el caso, las dependencias de la Fundación Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Valladolid descritas como "Casa Revilla, Salas de Exposiciones La Pasión, Teatro Calderón y Las Francesas y Patio Hospedería de San Benito": hechos probados 2º y 5º), parece indudable la eficiencia y capacidad de quien, como la actora, ha venido desempeñando en idénticos lugares esa misma actividad con anterioridad, aunque lo hiciera al amparo formal del RD 1368/1985 para un centro de empleo de discapacitados, pero no en ese centro sino fuera del mismo y en labores externas de limpieza en las dependencias de las instituciones descritas en los hechos probados.*

3. *Cabe añadir además que la solución subrogatoria otorgada por la sentencia impugnada, que, según se desprende de la incombata declaración de hechos probados, en este caso únicamente afecta a una parte (23,03%)*



de la jornada de la actora con el denominado "centro especial de empleo", manteniéndose el resto, sólo ha sido recurrida por la empresa entrante, es decir, cuenta con la conformidad no solo de la saliente sino también y - esto es lo relevante y lo que aquí conviene resaltar- de la propia trabajadora demandante que ha impugnado expresamente el mencionado recurso empresarial para invocar, entre otras cosas, el art. 14 de la Constitución y terminar solicitando su desestimación, por lo que, como acertadamente sostiene la sentencia del TSJ, "con independencia de las consecuencias laborales que en el ámbito de la naturaleza jurídica de la relación laboral puedan producirse" [si es que se producen, añadimos nosotros], hemos de entender que esa es la conclusión que mejor protege sus intereses, pese a que pudiera transformarse, ya sea parcialmente, en común una relación laboral formalmente especial que, no obstante, se mantiene con el llamado "centro especial" respecto a la mayor parte de la jornada.

En este mismo sentido, no está de más recordar, como se hacía en el preámbulo del RD 1451/1983 que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los entonces denominados "trabajadores minusválidos", en coherencia con el espíritu que inspira la Ley 13/1982, que su integración laboral "debe realizarse fundamentalmente a través del sistema ordinario de trabajo", y esa misma finalidad integradora en el sistema ordinario de trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación del principio de igualdad de trato, se contempla en el art. 37 de la propia Ley 13/1982, en la redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. Tampoco resulta ocioso destacar que la relación laboral especial que regula el RD 1368/1985 lo es para quienes trabajen "en los centros especiales de empleo" (esto es, parece determinante el elemento locativo: "en los centros especiales...") y, por lo que se deduce de las circunstancias fácticas descritas en los hechos probados, no es éste el caso de la demandante, al menos en lo que respecta a la parte de la jornada afectada por el presente litigio, puesto que, como vimos, la limpieza se desarrollaba (y va a seguir haciéndose) en las dependencias de un tercero, es decir, en un centro común u ordinario de trabajo, diferente al teórico "centro especial de empleo", y para seguir efectuando esa misma actividad y en idénticas condiciones, pues esa es, precisamente, una de las características del fenómeno subrogatorio convencional en el sector en cuestión. Según el art. 42 de la Ley 13/1982, en la redacción dada por la Ley 66/1997, los Centros Especiales de Empleo son "aquellos cuyo objetivo principal sea el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado, y teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores minusválidos; a la vez que sea un medio de integración del mayor número de Minusválidos al régimen de trabajo normal"]".

2.- Doctrina la expuesta, de aplicación al supuesto enjuiciado en que concurren las circunstancias antes transcritas y que aquí reiteramos. Y como asimismo señala la STS de 10-octubre-2012 (rcud.4016/2011), con referencia a la STS de 21-octubre-2010 rcud. 806/2010), es claro que la subrogación impuesta por la norma controvertida lo será en las mismas condiciones que venían rigiendo antes de producirse, como efecto inherente a toda subrogación.

CUARTO.- En definitiva, dado lo que establecen los art. 226, 223.1 y 233 de la LPL/1995, y de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, que también propone la desestimación porque la recurrida coincide con la doctrina de esta Sala, procede desestimar el recurso. No procede la imposición de costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de LIMPIEZAS, AJARDINAMIENTOS Y SERVICIOS SERALIA, S.A. contra sentencia de 16 de septiembre de 2011, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que confirmamos, por la que se resuelve el recurso de suplicación nº 1801/2011 contra la sentencia de 30 de marzo de 2011 dictada por el Juzgado de lo Social Único de Mieres en autos 272/11, en proceso sobre Conflicto Colectivo seguido a instancias de UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES-UNIÓN REGIONAL DE ASTURIAS, frente a la empresa recurrente. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto Particular



que formula la Magistrada Excm. Sra. D^a Maria Lourdes Arastey Sahun, al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado D. Jordi Agusti Julia, de conformidad con lo establecido en el **art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ,respecto de la sentencia dictada el 10 de octubre de 2012 en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3471/2011.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina número **3471/2011** para sostener la posición que mantuve en la deliberación, acogiéndome de esta forma a los dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC .

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala y entiendo que el recurso debió haber sido estimado.

Este voto Particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- La sentencia resuelve un conflicto colectivo remitiéndose literalmente a lo resuelto por la STS 10 octubre 2012 (rcud. 3803/2011), en que se resolvía una reclamación por despido.

SEGUNDO.- Ciertamente, como sostiene la mayoría de la Sala, nada impide a cualquier empresario contratar a persona que tenga reconocida la condición de persona con discapacidad y, por ello, no es exigible que la empresa tenga características particulares.

Sin embargo, en estos casos la cuestión va más allá de esa consideración general, pues se trata de examinar qué sucede con unas relaciones laborales ya establecidas entre los trabajadores discapacitados y la empresa que ostentaba la condición de centro especial de empleo; relaciones laborales que necesariamente eran de carácter especial, dada la condición del empleador.

Con arreglo al art. 2 ET la relación laboral de los trabajadores discapacitados en los centros especiales de empleo tiene una naturaleza específica, al estar calificada como relación laboral de carácter especial y está regulada por el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio.

Dicha relación laboral especial tiene por objeto el trabajo productivo y remunerado del trabajador discapacitado (que tengan reconocida una minusvalía en grado igual o superior al 33% y, como consecuencia de ello, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje -ex art. 2.1 RD 1368/1985 -), adecuado a las características individuales del trabajador, en orden a favorecer su adaptación personal y social, y facilitar, en su caso, su posterior integración laboral en el mercado ordinario de trabajo (art. 6.1 RD 1368/1985).

Se trata de una relación que exige que el empleador sea un Centro Especial de Empleo, tal y como los definen el art. 42 de la LISMI y el RD 2273/1985, de 4 de diciembre , que Regula los Centros Especiales de Empleo de minusválidos (*los Centros Especiales de Empleo son aquellos cuyo objetivo principal sea el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado, y teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores minusválidos, a la vez que sea un medio de integración del mayor número de minusválidos al régimen de trabajo normal - art. 1, RD 2273/1985 -*). Dichos centros no pueden confundirse con los centros de educación especial ni con los centros ocupacionales (regulados por el RD 2274/1985), y exigen una calificación administrativa previa y la inscripción en el registro correspondiente (art. 7, RD 2273/1985).

A lo dicho no se opone el que la prestación efectiva del servicio se realice en un centro de trabajo propiedad de la empresa principal, pues ello no anula la condición ni del verdadero empleador (el Centro especial de empleo), ni de la relación laboral especial.

Ello necesariamente implica que, de carecer el empleador de tal condición, la relación laboral que se entable perderá la naturaleza de relación laboral especial, quedando sujeta al ET en su integridad, como contrato de trabajo común. Y es que, conviene reiterarlo, el art. 1 RD 1368/1985 excluye de su ámbito de aplicación las relaciones laborales que pueden establecerse entre los trabajadores con discapacidad y las empresas que no sean centros especiales de empleo, y a sensu contrario, los centros especiales de empleo están sometido a dicha regulación cuando contraten a tales trabajadores.

TERCERO.- Esta diferente naturaleza del vínculo es lo que, a mi entender, obligaba a la Sala a replantear la cuestión del cambio del prestatario de servicio en la contrata y, en suma, impedía extender a este supuesto la solución adoptada en el caso de la sucesión inversa -de empresa ordinaria a Centro Especial de Empleo- expresada en las STS de 21 de octubre de 2010 (rcud. 806/2010), 4 de octubre de 2011 (rcud. 4597/2010) y 7 de febrero de 2012 (rcud. 1096/2011).



Lo que aquí se plantea es si puede imponerse la subrogación de la empresa entrante en unos contratos de trabajo que, precisamente por las características de los mismos, hacen imposible su continuidad como tales y que, por consiguiente, exigirán su transformación. Compeler al mantenimiento del empleo a la empresa entrante, como se deduce del criterio mayoritario, provoca, no solo un cambio subjetivo en la persona del empresario, sino una auténtica novación contractual, por cuanto los contratos de trabajo de los afectados - como sucede con la trabajadora demandante- habrán de pasar a ser contrato de trabajo comunes.

Cuando el convenio colectivo del sector de la limpieza impone la subrogación lo hace para preservar las condiciones de trabajo de quienes prestaban servicios en el centro sobre el que recae la contrata, de suerte que lo único que se altere sea la personalidad de uno de los sujetos de la relación laboral, el empresario. La subrogación se caracteriza por la modificación subjetiva y precisamente consiste en la garantía del mismo objeto -condiciones-.

Por ello parece claro que la necesidad de acomodar la relación al contrato de trabajo común, que se producirá con la sucesión admitida por la sentencia, como consecuencia de carecer el nuevo empleador de la calificación como Centro Especial de Empleo, implica una alteración también de las condiciones de trabajo que en nada se compadece con aquella finalidad de la regla subrogatoria.

CUARTO.- La protección especial que merecen quienes han obtenido la calificación y declaración de discapacitados incluye la garantía del principio de igualdad de trato cuando se hallen en condiciones de desempeñar un trabajo.

Ahora bien, precisamente por tratarse de un colectivo con especiales dificultades de empleo - y como medida de acción positiva, impuesta tanto por el Convenio OIT 159, sobre la readaptación profesional y el empleo de personas minusválidas (1983), ratificado por España en 1990, como por la Directiva 2000/78-, la legislación nacional ha venido estableciendo tanto reglas de contratación obligatoria (reserva de puestos de trabajo) y de prevención de riesgos y eliminación de barreras, como diversas medidas de fomento de la contratación, entre las que se halla la contratación en centros especiales de empleo cuando se trate de personas que por su discapacidad no pueden ejercer una actividad laboral en condiciones habituales.

Estamos ante un supuesto de empleo protegido y ello exigía mantener incólume la relación laboral especial, con las características de protección que la misma conlleva (intervención de los Equipos Multiprofesionales, periodo de adaptación, particularidades en caso de pagas de incentivos, contratos de bajo rendimiento, prohibición de horas extraordinaria, derecho a ausencias remuneradas para tratamientos y seguimiento de acciones de orientación y formación profesional, particularidades en la extinción del contrato por causas objetivas,...).

Particularmente, cabe poner de relieve el papel que los Equipos Multiprofesionales tiene atribuidos en cualquier modificación de condiciones de trabajo, pues éstos han de someter al trabajador a una revisión periódica en virtud de la cual se adecua el puesto de trabajo. Este mecanismo de permanente vigilancia se pone en marcha también en el caso de extinción del contrato.

De ahí que si bien nada impide que la empresa de limpieza entrante pudiera contratar ex novo a los trabajadores, la conversión del contrato de trabajo, por el que se regían, en un contrato común -consecuencia de la sucesión- supondría una merma de su nivel de protección que vaciaría de contenido y eficacia las medidas legales ya desplegadas y, en un caso como el presente, lejos de equipararla con los trabajadores comunes, la situaría en una posición de menor tutela. Obligar a que la empresa entrante asuma la relación laboral de los trabajadores con discapacidad y, por consiguiente, liberar al Centro especial de empleo de sus obligaciones contractuales, coloca a dichos trabajadores en una situación más vulnerable al perder la especialidad de su contrato.

Abunda en esta misma línea argumental lo que se desprende de la regulación de los enclaves laborales en el RD 290/2004, iniciativa normativa que se suma a las medidas de fomento de empleo de las personas con discapacidad y que constituye la instauración de un modelo de integración laboral de tránsito entre el trabajo prestado directamente para el centro especial de empleo y el que pueda acabar realizándose en el mercado laboral ordinario. Pues bien, la desvinculación del trabajo con discapacidad respecto de la relación laboral especial no resultaría posible ni siquiera en tal figura y ello aun cuando allí se trata de servicios que se prestan ya para las empresas colaboradoras.

QUINTO.- Por lo dicho procedía la estimación del recurso, pues la doctrina correcta es, a mi juicio, la que se plasma en la sentencia de contraste y, por ello, la sentencia recurrida debió ser casada y anulada y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, debió la Sala desestimar el recurso de igual clase que formulaba UGT y, en consecuencia, confirmar la sentencia del Juzgado de instancia. Sin costas.

En Madrid a 10 de octubre de 2012



PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Rosa Maria Viroles Piñol así como el voto particular formulado por la Excmo. Sra. Magistrada Doña Maria Lourdes Arastey Sahun al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado D. Jordi Agusti Julia , hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ