



Roj: **STS 8645/2012 - ECLI:ES:TS:2012:8645**

Id Cendoj: **28079140012012100955**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/10/2012**

Nº de Recurso: **3667/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 2992/2011,**
STS 8645/2012

SENTENCIA

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

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado Sr. Martínez Ostenero en nombre y representación de LIMPIEZAS, AJARDINAMIENTOS y SERVICIOS SERALIA S.A. contra la sentencia dictada el 9 de septiembre de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en recurso de suplicación nº 1808/2011, interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de febrero de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Mieres, en autos núm. 830/10, seguidos a instancias de Tamara contra AJARDINAMIENTOS y SERVICIOS SERALIA SA, INSTITUTO MINUSVALIDO ASTUR SAL, y MINISTERIO FICAL, sobre despido.

Han comparecido en concepto de recurridos Dña. Tamara, y el INSTITUTO MINUSVALIDO ASTUR S.A.L., representados por el letrado Sr. Fernández Lobo, y el procurador Sr. Alvarez Real, respectivamente.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea, Magistrado de Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14-02-2011 el Juzgado de lo Social nº 1 de Mieres dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " 1º.- La actora, Dña. Tamara, ha venido prestando servicios desde el 4 de febrero de 2001, por cuenta y orden del Instituto Minusválido Astur S.A.L. (en lo sucesivo ITMA), mediante contrato indefinido, con la categoría profesional de Limpiadora. Desarrolló su actividad la demandante en el Ambulatorio Mieres Norte del Servicio de Salud del Principado de Asturias, cuyo servicio de limpieza había sido adjudicada a la empresa ITMA, percibiendo un salario diario de 46,82 €, con inclusión de todos los conceptos. La actora tiene reconocida la condición de minusválida y la entidad ITMA es centro especial de empleo, siendo la relación contractual que les vincula la derivada de un contrato de trabajo para la contratación de trabajadores minusválidos.

2º.- El 20 de septiembre de 2010 la empresa ITMA comunica a la actora que "el próximo día 30 de septiembre del presente año (sic.) finalizará nuestra relación mercantil con el Servicio de Salud del Principado de Asturias GAP Área VII (Ambulatorio Mieres Norte), esto supone que a partir de dicha fecha finalizará su contrato laboral con nuestra empresa pasando a formar parte desde el 1 de octubre de 2010 de la empresa de limpiezas SERALIA".

3º.- 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. Ésta quedó regulada por el pliego de cláusulas administrativas particulares que obrante a los folios 269 a 316, se dan por reproducidos.



4º.- 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; únicamente la demandante y otra trabajadora también con litigio pendiente por despido no prestan servicios para SERALIA.

5º.- Desde el 16 de marzo de 2010 la actora se halla en situación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común.

6º.- La actora ostenta cargo sindical o representativo de los trabajadores.

7º.- Presentó papeleta de conciliación ante la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación el 22 de octubre de 2010, celebrándose el preceptivo acto conciliatorio el siguiente día 3 de noviembre con el resultado de intentado sin avenencia con la empresa Instituto Minusválido Astur S.A.L. y sin efecto respecto de la empresa Limpiezas, Ajardinamientos y Servicios SERALIA S.A., e interpuso escrito de demanda en este Juzgado el 5 de noviembre de 2010."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando en parte la demanda deducida por Dña. Tamara contra LIMPIEZAS, AJARDINAMIENTOS Y SERVICIOS SERALIA S.A., INSTITUTO MINUSVALIDO ASTUR S.A.L., debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO decretado por la empresa INSTITUTO MINUSVALIDO ASTUR S.A.L., condenando a ésta demandada a pasar por esta declaración, debiendo la actora en el término legal de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución, optar mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado de lo Social entre su readmisión en el mismo puesto de trabajo e iguales condiciones que disfrutaba antes de producirse el despido, o bien a que se le abono la indemnización legalmente señalada para el despido improcedente en cuantía de 20.341,69 €; desestimando las acciones deducidas contra la empresa LIMPIEZAS, AJARDINAMIENTOS Y SERVICIOS SERALIA S.A., a quien se absuelve de los pedimentos en su contra pretendidos."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Dña. Tamara , y El Instituto Minusválido ASTUR S.A.L. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 9-09-2011 , en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por Dña. Tamara , y el interpuesto por el Instituto Minusválido Astur SAL contra la sentencia de fecha 14 de febrero de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social de Mieres en los autos seguidos, en materia de despido, a instancias de Dña. Tamara , frente a dicha empresa también recurrente y frente a la empresa Limpiezas, Ajardinamientos y Servicios Seralia S.A. y con confirmación de la declaración de improcedencia del despido del que fue objeto la demandante el día 1 de octubre de 2010, revocamos la sentencia de instancia en cuanto a la condena que en la misma se contiene de la empresa Instituto Minusválido Astur SAL, y en su lugar condenamos a la empresa Limpiezas, Ajardinamientos y Servicios Seralia S.A. a estar y pasar por la declaración de la improcedencia del despido por ella producido el día 1 de octubre de 2010, y que a opción de la demandante, que deberá manifestarlo en el plazo de los cinco días a contar desde la notificación de la presente resolución, la readmita en su puesto de trabajo o la indemnice en la suma de 20.341,69 euros, absolviendo a la empresa codemandada Instituto Minusválido Astur SAL de las pretensiones contenidas en la demanda deducida en su contra por la actora. En cuanto al depósito constituido por la empresa recurrente Instituto Minusválido Astur S.A.L. y el aseguramiento por ella prestado, firme la presente resolución, estése al destino previsto en la Ley."

TERCERO.- Por la representación de SERALIA S.A. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 25-11-2011, en el que se alega infracción de los arts. 56 , y 44 E.T. en relación con el R.D. 1368/1985 de 17 de julio, y art. 18 del Convenio Colectivo de limpieza en Asturias. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del T.S.J. Madrid de 1 de marzo de 2010 (R- 6006/09).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 11-04-2012 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose 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 diez días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3-10-2012. En dicho acto, la Magistrado Ponente Excm. Sra. Dª María Lourdes Arastey Sahun, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia a la Excm. Sra. Magistrado Dª Maria Milagros Calvo Ibarlucea.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- La sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Mieres de 14 de febrero de 2011 (autos 830/2010) declaró la improcedencia del despido de la demandante y condenó al Instituto Minusválido Astur Sa (ITMA) -entidad que ostenta la condición de centro especial de empleo que venía efectuando el servicio de limpieza para el Servicio 4C Salud del Principado en el ambulatorio de Mieres Norte-, absolviendo le codemandada a SERALIA -nueva prestataria del servicio de limpieza -.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en sentencia de 9 de septiembre de 2011 (rollo 1808/2011) revocó dicha sentencia al mantener la declaración de improcedencia pero con alteración del sujeto de la condena, imponiendo la misma a la entrante y absolviendo al centro especial de empleo saliente.

Recorre ahora SERALIA en casación para unificación de doctrina aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 1 de marzo de 2010 (rollo 6006/2009).

Concorre respecto de esta sentencia la contradicción exigida por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), aplicable en virtud de la Disp. Trans . 2 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

También en la sentencia de contraste se contempla el supuesto de sucesión de empresas en la adjudicación del servicio de limpieza, siendo igualmente la empresa saliente un centro especial de empleo. Sin embargo en la sentencia de contraste se declara la improcedencia del despido con condena a la empresa saliente, que es la que ostentaba la condición de centro especial de empleo, absolviendo a la entrante -igual que en este caso hizo la sentencia de instancia-. Se trata en ambos casos de analizar el alcance de la norma del convenio colectivo sectorial que impone la subrogación, teniendo en cuenta la circunstancia de que la empresa saliente es un centro especial de empleo.

SEGUNDO.- El recurso denuncia infracción del art. 44 ET , en relación con el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, así como del art. 56 ET y del art. 18 del Convenio Colectivo de limpieza de oficinas y locales del Principado de Asturias.

Se sostiene por la parte recurrente que no cabe la subrogación empresarial respecto de las personas con discapacidad ya que solo pueden ser empleadores de las mismas los centros especiales de empleo.

La cuestión del cambio en la prestación de servicios mediante contrata o concesión interviniendo un centro especial de empleo y una empresa que no ostente tal condición ha sido abordada por 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); si bien en ellas se contemplaba la situación contraria a la que ahora nos ocupa, pues se trataba de analizar si podía imponerse la subrogación -impuesta en el convenio colectivo de la actividad- cuando la nueva adjudicataria del servicio era el centro especial de empleo y, por ende, si debía o no asumir a los trabajadores de la saliente que no ostentaban la condición de personas con discapacidad.

La doctrina sentada en dichas sentencias consiste en entender que, si la empresa con la condición especial decide concurrir a la contrata, no puede ignorar la posibilidad de integrar a los trabajadores de la saliente, tengan o no la consideración de personas con discapacidad. Concluimos así que los Centros especiales de empleo no pueden quedar excluidos de la subrogación, pues deben someterse a las normas aplicables en el sector de cuya actividad asume la realización de funciones.

Nótese que, tanto en aquel supuesto, como en el inverso que ahora se suscita, la obligación de subrogación que en consiste el núcleo del controversia halla su fundamento legal en la norma del convenio colectivo y no, pese a la mención que el recurso hace, en el art. 44 ET , ya que en ninguno de estos supuestos se produce transmisión de elementos patrimoniales de ningún tipo.

TERCERO.- 1. La cuestión planteada en el actual recurso incide en la naturaleza que deben de tener las empresas que contraten a personas con discapacidad. Como hemos indicado, la parte recurrente viene a sostener que solamente las que ostenten la condición de centros especiales de empleo pueden asumir ese papel.

Ello no es así, ya que nada impide a cualquier empresario contratar a personas que tengan reconocida esa condición, facilitando de este modo su integración social, objetivo constitucionalmente protegido (ex art. 49 Constitución). Es más, el art. 38.1 de la Ley 1311982, de 7 de abril, de integración social del minusválido (LISMI) establece: "Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores minusválidos. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquélla y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores minusválidos que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas



públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal". A lo que añade: "De manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el art. 83 números 2 y 3, del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente".

Los trabajadores con discapacidad pueden ser sujetos de una relación laboral ordinaria y ser contratados por cualquier empresa sin necesidad de que el empresario tenga características particulares. Nada impediría que la empresa de limpieza pueda integrar en su plantilla a trabajadores con discapacidad, no solo en el porcentaje mínimo al que se refiere la LISMI, sino en el despliegue de una política de empleo inspirada en principios e responsabilidad social; siendo el marco deseable para el completo desarrollo de cualquier trabajador aquel que permite la participación integral.

CUARTO.- En las presentes actuaciones, la empresa saliente mantiene con la trabajadora una relación de carácter especial, al amparo del R.D. 1368/1985, negándose la nueva adjudicataria a admitir ningún efecto subrogatorio al no existir respecto a sus propios trabajadores ninguna relación de la naturaleza especial a la que se ha hecho referencia, sin que por otra parte se haya hecho cargo de ninguno de los trabajadores de la empresa saliente. En cuanto al convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Valladolid, su artículo 30 prevé la subrogación de trabajadores en caso de sucesión de empresas adjudicatarias de servicio de limpieza. Esta sola circunstancia excluye la necesidad de discusión acerca de la doctrina de aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y su matización acerca del número de trabajadores a los que voluntariamente pudo subrogar la nueva adjudicataria.

Por lo tanto, la cuestión deberá reducirse a la susceptibilidad de aplicación del artículo 30 del convenio colectivo cuando una de las empresas se relaciona con los trabajadores al amparo del R.D. 1368/1985. Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de cuestión análoga, Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2010 (R.C.U.D. núm. 806/2010), si bien a diferencia de lo que sucede en las presentes actuaciones era la nueva adjudicataria la que actuaba como centro especial. En la citada resolución y las que la siguieron estimatoria de la pretensión de la parte actora, se razonaba lo siguiente como fundamento para imponer la subrogación: "**TERCERO.-** La argumentación de la censura jurídica que se formula puede ser resumida en dos aspectos básicos, el primero es el del carácter no dispositivo de los Convenios Colectivos que impediría aplicar en este caso el vigente en el ámbito de limpieza de edificios y locales públicos, en detrimento del Convenio Colectivo provincial que rige a los centros especiales de trabajadores disminuidos físicos y/o sensoriales de Cataluña para el año 2005, y el segundo en que tanto el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores como el artículo 65 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales públicos, actuarían como normas causantes de discriminación indirecta al perjudicar su aplicación, en este caso, la integración de los minusválidos, contemplada en las normas que se citan como infringidas.

Es acertado afirmar que el ámbito de aplicación de los Convenios Colectivos no es dispositivo, pero la recurrente entra en contradicción con los artículos 82.3 y 84 del Estatuto de los Trabajadores cuando pretende desvincularse de la imperatividad del Convenio Colectivo de empresas dedicadas a la Limpieza de Edificios y Locales en el ámbito de Barcelona y su provincia, descrito en su artículo primero como el siguiente: "...empresas y trabajadores de la actividad de limpieza (según el ámbito funcional del artículo 2) que realizan servicios en cualquier lugar de la comunidad autónoma de Cataluña, con independencia de la ubicación de la sede social de la empresa".

En cuanto a la remisión al aspecto funcional descrito en el artículo 2 su tenor literal es el siguiente "... afectara a la totalidad de empresas y trabajadoras/es que se dediquen a la actividad de limpieza (su mantenimiento y conservación) e higienización de toda clase de edificios, locales, hospitales, centros o instituciones sanitarias y de salud, industrias, elementos de transporte..." con descripción de un largo etcétera. Figuran excluidos en el artículo 2 los domicilios familiares, con la excepción que contempla de que la titularidad del hogar familiar contraste cualquiera de las actividades descritas con empresas del sector y asimismo al personal laboral de alta dirección.

Ninguna salvedad se incluye que permita, a una empresa regida a su vez por otra norma convencional autoexcluirse de la aplicación de los preceptos cuya vinculación la recurrente rechaza. A su vez, el artículo 1 punto 2.1 del Convenio Colectivo del sector de centros especiales de trabajadores disminuidos físicos y sensoriales de Cataluña para el año 2005 al definir el Centro Especial de trabajo dice: "Es aquella empresa cualquiera que fuera su forma jurídica, que tenga por objetivo principal asegurar una ocupación remunerada y la prestación de servicios de ajuste personal y social junto con la adecuada formación profesional a favor del mayor número de personas afectadas por una discapacidad, procurando de esta manera su plena integración

al régimen de trabajo ordinario, realizando para ello cualquier trabajo productivo y participando regularmente en las operaciones de mercado en concurrencia con otras empresas. En consecuencia, los "Centros especiales de trabajo" podrán por medio de cualquiera de sus propios centros de trabajo o de los de las empresas para los cuales presten sus servicios, dedicarse a cualquier actividad, sea industrial, de manipulación o de servicios en su más amplia gama de posibilidades (jardinería, catering, gestión de estaciones de servicio, administración de fincas, mensajería, buzoneo, limpieza, marketing, publicidad, radio-taxi, entre otros) con objeto de participar en un proyecto sostenible en igualdad de condiciones con el resto de empresas que operen en el mercado, sin olvidar su carácter social y el objetivo de servir de puente hacia el empleo ordinario, potenciando, a tal fin, su adaptación a las exigencias actuales de competitividad como entes empresariales flexibles, capaces de integrar tanto a personas con discapacidad como sin ella."

Contiene el precepto dos menciones relevantes, participar en un proyecto sostenible en igualdad de condiciones con el resto de empresas e integrar en dicho proyecto tanto a personas con discapacidad como sin ellas.

La norma facilita así que las empresas de este sector puedan incorporarse a cualquier clase de contrata, pero señala que lo hará en igualdad de condiciones con el resto de las empresas y sin desconocer la integración tanto de personas con discapacidad como sin ellas.

Al tiempo que la recurrente tacha el convenio colectivo de cuya aplicación pretende apartarse de norma discriminatoria indirecta, está desconociendo que el mecanismo de la discriminación positiva, por su excepcional naturaleza, deberá estar reflejado de modo expreso bien por voluntad del legislador, bien por el de los negociadores. No sólo no es así en el Convenio Colectivo al que decide acogerse sino que éste, para evitar cualquier posible connivencia defraudatoria de los intereses de los trabajadores no acogidos a este convenio se ocupa de resaltar que la concurrencia con otras empresas lo es en igualdad de condiciones y la finalidad integradora no excluye a los no discapacitados. Pudo la norma introducir el matiz de discriminación positiva afirmando que la igualdad con otras empresas se lograría privilegiando a las empresas dedicadas a centros especiales, pero no lo hizo. Pudo insistir en la noción de privilegio, obviando toda mención a los trabajadores no discapacitados, pero no lo hizo.

No puede merecer favorable acogida una censura jurídica en la que se invoca el carácter no dispositivo de los convenios colectivos con el propósito de disponer llevando a cabo la técnica de "espiguelo" que la doctrina consolidada rechaza. "

QUINTO.- En la actual reclamación la norma rectora de la actividad de Limpieza de Edificios y Locales en la provincia de Valladolid es el convenio Colectivo del mismo nombre, cuyo artículo 30 dispone lo siguiente: "Las especiales características y circunstancias de la actividad de limpieza determinan que la subrogación del personal constituye un modo atípico de adscripción de éste a las empresas, por lo cual, al término de la adjudicación de una contrata de limpieza, los trabajadores y trabajadoras de la empresa contratista saliente pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata quien se subrogará en todos los derechos y obligaciones cualquiera que sea la forma jurídica que adopta incluida la de sociedad irregular, centro especial de empleo, cooperativa con o sin ánimo de lucro, etc.

La adscripción aquí regulada será también de obligado cumplimiento para los trabajadores autónomos que tomen a su cargo un servicio de limpieza, Incluso cuando con anterioridad a ello no viniesen utilizando personal laboral, así como para las empresas subcontratadas. Con el fin de estabilizar el empleo de los trabajadores del sector, procederá la subrogación cuando concurren los supuestos provistos en el presente artículo.

Al término de la concesión de una contrata o subcontrata de limpieza los trabajadores y trabajadoras de la contratista o subcontratista cesante pasaran a la nueva titular de la contrata cuando estén adscritos a la dependencia de la que se trate, fuere la modalidad contractual la que fuere, exigiéndose una adscripción funcional a dicha dependencia de al menos 5 meses. Si la antigüedad es inferior a cinco meses en el centro de trabajo, pero coincide con la antigüedad real del trabajador/a, procederá igualmente la subrogación, aun siendo el periodo de adscripción inferior e dicho plazo.

También serán subrogables los trabajadores/as que presten servicios en empresas subcontratadas por otra empresa, así como el personal que se encuentre con derecho a reserva del puesto de trabajo (que cumplan los requisitos del anterior apartado) y que en el momento de la finalización efectiva de la contrata se encuentren enfermos, accidentados, en excedencia, vacaciones, permiso, descanso maternal, o situaciones análogas; igualmente en los casos de desplazamiento temporal pactado entre las partes. El personal que con contrato de interinidad sustituya a estos trabajadores pasará a la nueva titular hasta tanto se produzca la incorporación del sustituido.



El personal que viniese prestando servicios en dos o más empresas, centros o contrata, deberá pasar a la situación legal de pluriempleo, cuando con ocasión del cambio de titularidad de una de ellas hubiera de depender de dos o más empresas.

No desaparece el carácter vinculante en el caso de que la empresa principal suspendiese el servicio por un periodo no superior a 12 meses. Si la empresa saliente o los trabajadores probasen fehacientemente que los servicios se hubiesen iniciado por un nuevo contratista o con el personal contratado a tal efecto por la empresa principal (en el plazo indicado anteriormente) proceder la subrogación en los términos expuestos en este artículo. En este supuesto, si los trabajadores manifestasen su interés por reincorporarse a su puesto de trabajo, y como consecuencia de la previa finalización de su relación laboral hubiera recibido algún tipo de indemnización (ya sea por acuerdo de las partes, por laudo, o por sentencia judicial) no debe producirse un enriquecimiento injusto de los mismos. Por ello se calcularían las retribuciones que el trabajador ha dejado de percibir durante ese periodo de suspensión de la contrata. Una vez hecho esto se suman todos los importes que desde ese momento haya percibido como Indemnización por despido, subsidio o prestación por desempleo, retribuciones por trabajos esporádicos, etc. Si este último importe fuera superior a los salarios dejados de percibir por el trabajador durante la suspensión, deberá reintegrar al empresario saliente el importe resultante de la diferencia, siendo la presentación de documento que lo acredite necesaria para que proceda la subrogación.

La subrogación entre empresa cesante y nueva adjudicataria de la contrata objeto de aquella no afectará ni a la duración ni al calendario de vacaciones de la plantilla. En los casos de cese del trabajador/a por subrogación a una nueva adjudicataria del servicio, la empresa saliente será responsable del pago de la parte proporcional de vacaciones que el trabajador haya devengado en esa empresa desde el día uno de enero y hasta la fecha de cese, y ello sin perjuicio del derecho del trabajador/a a disfrutar de vacaciones completas. En definitiva la empresa saliente y la empresa entrante asumirán cada una de ellas el pago de la parte proporcional de vacaciones que correspondan al tiempo en que el trabajador haya prestado servicios en cada una de ellas, antes y después de la subrogación.

La subrogación no surtirá efecto respecto de los trabajadores de un contratista que realice la primera limpieza o puesta a punto de una dependencia y no haya suscrito contrato de mantenimiento."

Es de destacar como en el tercer párrafo se hace referencia al paso a la nueva titular de la contrata, fuere la modalidad contractual la que fuere.

Si en la doctrina precedente se analizaba la problemática de aplicación de un Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales públicos y el convenio rector de empresas de centros especiales, siendo la empresa saliente de trabajo ordinario con trabajadores no discapacitados y la nueva adjudicataria que ostenta la condición de centro especial, en el caso que ahora se contempla, empresa saliente con carácter de centro especial, trabajador discapacitado que se le niega la subrogación y nueva adjudicataria de trabajo ordinario, idéntica deberá ser la solución pues si en el caso anterior se defendía la aplicabilidad del Convenio Colectivo rector del centro de trabajo dedicado a la limpieza de edificios y locales públicos en donde el trabajador prestaba servicios al no constar en las normas en juego ninguna sobre protección a los discapacitados que actuase en detrimento de quienes no poseen esa condición, tampoco ahora existe razón para excluir al discapacitado, lo que de producirse si constituiría un supuesto discriminatorio.

En la resolución a la que nos hemos referido, fundamento de Derecho Tercero, hubo que razonar acerca de la censura jurídica de la entonces recurrente, empresa entrante en la adjudicación y que poseía la condición de centro especial de empleo, en la que se utilizaba los conceptos de discriminación indirecta refiriéndose al Convenio Colectivo cuyo mandato de subrogación pretendía eludir y de discriminación positiva como base también para excluir su aplicación. En aquel supuesto, como el presente, no encontramos norma alguna dirigida a la especial protección de los discapacitados, de ahí que en la sentencia anterior se rechazara el argumento de la empresa centro especial, con el que se invocaba en definitiva un trato de privilegio para la empleadora de discapacitados frente a quien no ostentara esa condición. Tampoco ahora nos hallamos ante un precepto que dispense una preferencia a quienes cuenten con una minusvalía, tan solo se trata de aplicar un precepto, la de subrogación según el artículo 30 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales Públicos de la Provincia de Valladolid que sin establecer diferencias de trato nunca podrían ser interpretadas introduciéndolas. El artículo 17-1º del Estatuto de Los Trabajadores declara nulos y sin efecto los convenios colectivos, junto a otros supuestos rectores de la relación laboral, que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de discapacidad. Siendo esto así se produciría una frontal infracción del precepto citado introduciendo una interpretación que directamente llevaría a la discriminación de la trabajadora, excluyéndola de la subrogación. La siguiente consecuencia, aun cuando lo fuera en términos de hipótesis, es que dada la peculiaridad de los trabajos pactados para empresas adjudicatarias, la actora se viera sujeta a una reducción de jornada o pérdida total de empleo, lo que anula los objetivos de una política generalizada en pro de la estabilidad en el empleo para un colectivo con riesgo de exclusión. Son estas



las razones que llevan a la Sala a mantener idéntica doctrina bien que aplicada a un supuesto inverso. 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, salvo que la norma convencional formule un condicionamiento, y en todo caso con aplicación al personal que desempeña la actividad de limpieza de locales y edificios públicos del Convenio de dicho sector, por ser el origen del beneficio de subrogación y habida cuenta de que al dirigir la trabajadora su demanda frente a la empresa entrante lo hace asumiendo su condición de centro ordinario de trabajo, aceptando así la posibilidad de cambio de empresario.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado Sr. Martínez Ostenero en nombre y representación de LIMPIEZAS, AJARDINAMIENTOS y SERVICIOS SERALIA S.A. contra la sentencia dictada el 9 de septiembre de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en recurso de suplicación nº 1808/2011, interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de febrero de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Mieres, en autos núm. 830/10, seguidos a instancias de Tamara contra AJARDINAMIENTOS y SERVICIOS SERALIA SA, INSTITUTO MINUSVALIDO ASTUR SAL, y MINISTERIO FISCAL. Sobre DESPIDO.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala 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 María Lourdes Arastey Sahun, de conformidad con lo establecido en el **art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto de la sentencia dictada el 9 de octubre de 2012 en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3667/2011**. 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 **3667/2011** para sostener la posición que mantuve en la deliberación, acogiéndome de esta forma a lo 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.-** 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 el caso que se nos somete a conocimiento la cuestión va más allá de esa consideración general, pues se trataba de examinar qué sucedía 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.

SEGUNDO.- 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.

TERCERO.- 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 la trabajadora, la conversión del contrato de trabajo por la que se regía en un contrato común -consecuencia de la sucesión- supondría un 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 la trabajadora con discapacidad y, por consiguiente, liberar al Centro especial de empleo de sus obligaciones contractual, coloca a dicha trabajadora 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.

CUARTO.- 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 formulaban la trabajadora y el codemandado Instituto Minusválido Astur SAL y, en consecuencia, confirmar la sentencia del Juzgado de instancia. Sin costas. Madrid a 9 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. Maria Milagros Calvo Ibarlucea así como el voto particular formulado por la Excma. Sra. Magistrada D^a Maria Lourdes Arastey Sahun, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ