



PRINCIPALES PROBLEMAS JURISPRUDENCIALES EN LA
RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE TRABAJADORES CON
DISCAPACIDAD QUE TRABAJAN EN CENTROS
ESPECIALES DE EMPLEO¹

*MAIN JURISPRUDENTIAL ISSUES OF THE SPECIAL
EMPLOYMENT RELATIONSHIP OF WORKERS WITH
DISABILITIES WHO WORK IN SPECIAL
EMPLOYMENT CENTERS*

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ²

Universidad de Huelva

Recibido: 27/07/2021

Aceptado: 29/10/2021

RESUMEN

El presente trabajo analiza los diferentes problemas jurisprudenciales que se han venido produciendo en el marco de la relación laboral especial de los discapacitados que trabajan en centros especiales de empleo. Especialmente se centra en el estudio del

1 Trabajo desarrollado en el marco del Proyecto P18-RT-4629, “Claves jurídicas del bienestar social para una Andalucía más inclusiva”.

2 Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva; Consejero del Consejo Consultivo de Andalucía. Autor prolífico, especializado en la extinción del contrato de trabajo, la flexibilidad en la negociación colectiva, la protección de la maternidad y el régimen jurídico del tiempo de trabajo y del descanso.

período de adaptación, el convenio colectivo aplicable y la subrogación de trabajadores en caso de sucesión de contratas.

Palabras clave: Trabajadores discapacitados, centros especiales de empleo, jurisprudencia, subrogación de trabajadores en caso de sucesión de contratas, convenio colectivo.

ABSTRACT

This paper analyzes the different jurisprudential problems that have been occurring within the framework of the special employment relationship of the disabled who work in special employment centers. It especially focuses on the study of the adaptation period, the applicable collective agreement and subrogation of workers in case of succession of contracts.

Keywords: Disabled workers, special employment centers, jurisprudence, subrogation of workers in case of succession of contracts, collective agreement.

Sumario: 1. Sobre la especialidad de la relación laboral. 2. El papel de los equipos multiprofesionales: una relación pretendidamente intervenida. 3. Modalidades contractuales en la relación laboral especial: la contratación temporal de fomento de empleo. 4. Período de adaptación y de prueba. 5. Convenio colectivo aplicable a los trabajadores discapacitados. 6. El problema de la subrogación empresarial.

1. SOBRE LA ESPECIALIDAD DE LA RELACIÓN LABORAL

La calificación como relación laboral especial la de los discapacitados que trabajan en centros especiales de empleo tiene como principal consecuencia la existencia de un régimen jurídico laboral propio, separado y distinto del ordenamiento laboral común. Por lo tanto, supone una especialidad normativa de gran relevancia³. El objetivo de este trabajo es señalar donde se han producido

³ En la actualidad la regulación se contiene en el art. 2.1 g) ET, así como en el RD 1368/195, de 17 de julio y el RD-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (vid. arts. 37.2 y 43 especialmente).

los principales problemas jurisprudenciales al aplicar esta regulación especial; ahora bien, antes de pasar a este análisis hay que hacer una reflexión previa: ¿qué justifica la existencia de esta concreta relación laboral especial?; es decir, debemos señalar qué ha llevado al legislador a considerar que en este caso en concreto debe otorgarse la consideración de relación laboral especial, merecedora, por tanto, de una regulación específica y propia. No me refiero a cuáles sean las especialidades propias de esta regulación, que serán en su caso elementos caracterizadores de la misma, sino cuáles son los elementos previos que hacen surgir la necesidad de una regulación propia y específica de estas relaciones laborales.

Existe una opinión generalizada entre la doctrina a tenor de la cual la especialidad se explica en función de los sujetos que integran la relación laboral, empresario y trabajador⁴. De un lado, las personas con discapacidad; es decir, aquella situación “que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (art. 2.a) del RD-Legislativo 1/2013). En realidad, no toda persona aquejada de una discapacidad puede ser parte de esta relación laboral especial: en primer lugar, el art. 2 RD 1368/1985 establece que sólo podrán acceder a la relación laboral especial allí regulada, las personas que tengan una discapacidad “en grado igual o superior al 33 por 100 y, como consecuencia de ello, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje”. Por lo tanto, para acceder a este tipo de relación laboral es necesario que acredite un grado mínimo de discapacidad, el 33%, que además suponga una disminución de su capacidad para el trabajo en, al menos, igual porcentaje. Se reserva esta relación sólo para aquellos que, debido a su discapacidad sufren una disminución relevante en su capacidad de trabajo, por lo que existe una

4 Vid. en este sentido a Manuel Álvarez de la Rosa, “La regulación especial del trabajo de los minusválidos (y II)”, *Relaciones Laborales* Tomo I (1987): 234; Vanessa Cordero Gordillo, *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 301; Carolina Gala Durán, “La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los Centros Especiales de Empleo”, *Temas Laborales*, 55 (2020): 78; Eva Garrido Pérez, *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000), 22 y 23.

mayor dificultad para acceder a un puesto de trabajo; estimando el legislador que aquellos que se encuentra con un porcentaje inferior al 33%, pueden acceder a una relación de trabajo ordinaria dada su escasa limitación laboral.

Pero no todo discapacitado que alcance dicho porcentaje accederá a una relación laboral de carácter especial, pues sólo estamos en el ámbito de este tipo de relación cuando el discapacitado que cumple con este requisito contrata con un CEE⁵. Es decir, es perfectamente posible que un trabajador con una acreditación de discapacidad superior al 33% pueda ser contratado por una empresa ordinaria a través de cualquiera de las modalidades contractuales existentes en nuestro ordenamiento.

En la actualidad es el art. 43 del RD-Legislativo 1/2013 quien define al CEE, configurándolo como un empleador cuyo objetivo es realizar una actividad productiva y participar en el mercado de bienes y servicios como cualquier otra empresa (en definitiva, tiene como objetivo la realización de actividades lucrativas), pero que además tiene también como finalidad facilitar el empleo remunerado a los discapacitados como medio de inclusión en el empleo ordinario; es decir, emplear personas con discapacidad para prepararlas para un posterior acceso al mercado ordinario de trabajo y para un empleo de carácter ordinario y no protegido como es el empleo en CEE. Para este segundo fin, los CEE deben prestar los servicios de ajuste personal y social a estos trabajadores para superar las barreras o dificultades que los discapacitados encuentren en el proceso de incorporación al trabajo, puedan permanecer y progresar en el empleo. En definitiva, el CEE tiene una doble función: en primer lugar, la de cualquier empresa productiva; además tiene una finalidad de servir como medio de adaptación inicial del discapacitado al empleo con miras a conseguir el salto a un empleo ordinario posterior, sirviendo así de “trampolín”⁶ para acercar a estas personas al empleo

5 En este sentido el art. 2 RD 1368/1985 añade que el ámbito de la relación laboral especial afecta a los trabajadores con al menos un 33% de discapacidad, que “presten sus servicios laborales por cuenta y dentro de la organización de los Centros Especiales de Empleo (...)”.

6 María Dolores García Valverde y Rosa María González de Patto utilizan el término “pasarela”, que también define a la perfección el objetivo de estos Centros Especiales de Empleo. “Discapacidad y trabajo. Un balance tras el año europeo de las personas con discapacidad”, *Temas Laborales* 75 (2004): 85 y 86.

ordinario. Se trata de un instrumento de política de empleo establecido por el legislador ante las escasas posibilidades de empleo de las personas con discapacidad. Por lo tanto, la causa misma del contrato de trabajo es doble, pues de un lado tiene finalidad productiva; de otro contiene una finalidad de inserción en el mercado de trabajo, lo que está sustentado sobre la propia Constitución en sus arts. 35, 40 y 49. Otra cuestión distinta es si este mecanismo ha servido realmente para lograr el objetivo deseado, pues debemos reconocer que ese tránsito hacia el empleo ordinario no es frecuente y que estos trabajadores suelen estabilizarse en los CEE⁷.

Prueba de que la finalidad última de estos CEE es facilitar el acceso al empleo ordinario de los discapacitados es que el art. 43.2 del RD-Legislativo 1/2013 exige que los CEE incorporen al mayor número posible de personas con discapacidad, sin que la plantilla de la empresa pueda tener un número de discapacitados inferior al 70% del total de los trabajadores que cumplen con la acreditación del porcentaje mínimo de discapacidad.

En conclusión, la justificación de la especialidad de esta relación laboral es doble: la discapacidad y disminución de capacidad para trabajar y que la causa del contrato no es meramente productiva sino que tiene como finalidad la inserción laboral⁸. A partir de ahí el legislador ha previsto diferentes peculiaridades de esta relación laboral, que son consecuencia de dicha especialidad.

7 Así lo advertía ya Antonio Vicente Sempere Navarro, "El trabajo de los minusválidos: problemas de su regulación", *Tribuna Social* 91 (1998): 69.

8 María Antonia Castro Argüelles, "La relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los Centros Especiales de Empleo", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 118 (2015): 202; Vanessa Cordero Gordillo, *Régimen jurídico del empleo...*, 301; Ricardo Esteban Legarreta y Vicente Antonio Martínez Abascal, "La relación laboral especial de los minusválidos", *Tribuna Social* 91 (1998): 41; Carolina Gala Durán, "La relación laboral de carácter especial...", 78; Pedro Tuset del Pino, *La contratación de trabajadores minusválidos* (Pamplona: Aranzadi, 2000), 148.

2. EL PAPEL DE LOS EQUIPOS MULTIPROFESIONALES: UNA RELACIÓN PRETENDIDAMENTE INTERVENIDA

Si en esta relación laboral especial existe un elemento que la haga sustancialmente diferente al ordenamiento laboral común e incluso al resto de relaciones laborales especiales es la figura de los equipos multiprofesionales (EEMM o EM en singular) y el relevante papel que se le otorga por el RD 1368/1985. Un primer problema que vamos a encontrarnos es la delimitación de esta figura, pues no contamos con una norma que determine y precise qué son y cómo se configuran estos EEMM: el RD 1368/1985 acude a los mismos de manera reiterada, pero se limita a señalar cuáles son sus funciones sin definirlos⁹. Por otra parte, tanto la LISMI (Ley 13/1982, de 7 de abril), como el actualmente vigente RD-Ley 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (que deroga a la anterior) tampoco son muy precisas en cuanto a la

9 Salvo error u olvido, a tenor del RD 1368/1985, los EEMM están llamados a intervenir en:

- La determinación del grado de “minusvalía” (art. 2.1 y art. 4.1).
- Deben informar a las oficinas de empleo sobre los trabajadores que, encontrándose inscritos como demandantes de Empleo, se adecuen a las características del puesto de trabajo requerido (art. 4.2).
- Deben recibir copia del contrato de trabajo (art. 5)
- Deben revisar a los trabajadores cada dos años con el objetivo de constatar que el puesto de trabajo es adecuado a sus características personales y profesionales, valorando el grado de adaptación profesional alcanzado. Si en estas revisiones detectan que el trabajo supone un grave riesgo para su salud, deberán declarar la inadecuación del mismo, debiendo pasar en ese caso el trabajador a ocupar otro puesto adecuado a sus características dentro del propio Centro y de no ser ello posible cesarán en la prestación de servicios (art. 6). También debe realizar anualmente el seguimiento de la adecuación del trabajo a las características del trabajador en caso de contrato a domicilio (art. 7.3).
- Debe informar sobre: en el contrato para la formación, sobre la ampliación de la duración máxima del contrato, los contenidos formativos del contrato (art. 7.2). En el contrato a domicilio, sobre la adecuación del trabajo concreto a las características personales y profesionales del trabajador (art. 7.3), en los términos recogidos en el artículo 6 de este Real Decreto, especificando las repercusiones sobre la citada adecuación de la realización del trabajo a domicilio. Debe informar previamente a los ascensos (art. 11). También deben informar en caso de movilidad funcional o geográfica (art. 14), así como en la modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 15). De igual manera debe informar en caso de amortización de puestos de trabajo por las causas del art. 51.1 ET (art. 16).
- Debe determinar la necesidad de período de adaptación (art. 10.2).
- En materia salarial los EEMM pueden impedir el uso de incentivos que, a su juicio, supongan un riesgo para la salud del trabajador o su integridad física o moral, deben constatar la circunstancia del bajo rendimiento para incluir en el contrato esta condición (art. 12).
- En materia de despido, además de tener que informar en las amortizaciones ex art. 51.1 ET, deben constatar en el despido objetivo la falta de adaptación del trabajador o la ineptitud (art. 16).

configuración de los EEMM, su constitución y como desarrollar sus concretas funciones.

Podemos decir que los EEMM asumen la función de vigilar que los discapacitados sean empleados en condiciones de trabajo adecuadas, supervisando de esta manera ciertas decisiones empresariales¹⁰. Tal como hemos señalado el RD 1368/1985 reserva un conjunto de funciones tremendamente relevantes. Su justificación reside en el tipo de trabajador y sus escasas posibilidades para encontrar un puesto de trabajo que tenga en consideración su especial situación, así como su vulnerabilidad en cuanto a las posibles condiciones de trabajo. Ello supone una limitación tanto al libre juego de la autonomía individual de las partes, como de las facultades directivas del empresario. Es por ello que la doctrina laboral no ha dudado en considerar que estamos ante una relación intervenida por un sujeto público, los EEMM¹¹; o se ha considerado que buena parte del éxito de este tipo de relación laboral especial depende de la existencia de estos EEMM¹².

Como he señalado el legislador no ha desarrollado en modo alguno este tipo de órgano, sin que exista, a día de hoy regulación sobre su constitución, funcionamiento, composición, o adscripción administrativa., de manera que los EEMM diseñados en el RD 1368/1985 son una concha vacía. Esta norma reglamentaria sólo prevé sobre la cuestión que “En tanto se regule la constitución y funcionamiento de los Equipos Multiprofesionales, serán las actuales Unidades de Valoración las que asuman las funciones que en el presente Real Decreto se encomienda a aquéllos” (Disp. Trans. 2^a). No obstante, las Unidades de Valoración (se refiere realmente a las Unidades de Valoración Médica de Incapacidades) tampoco existen hoy día, pues en su momento fueron sustituidas por los

10 En este sentido Ricardo Esteban Legarreta, “La relación laboral especial. Algunas cuestiones vertebradoras de su régimen jurídico”, en AA.VV., dirigidos por R. Esteban Legarreta y F. Pérez de los Cobos, *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009), 82.

11 Vanessa Cordero Gordillo, *Régimen jurídico del empleo...*, 342; también Antonio Vicente Semperre Navarro, “El trabajo de los minusválidos...”, 69.

12 María Dolores García Valverde y Rosa María González de Patto, “Discapacidad y trabajo...”, 86.

Equipos de Valoración de Incapacidades (EVI), sin que se haya establecido norma alguna en el sentido de que estos últimos tuvieran que asumir las funciones de los EEMM. La doctrina laboral ha planteado alternativas en el sentido de estimar que han de ser los Equipos de Valoración y Orientación del IMSERSO o bien los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas¹³.

Existe, pues, una importante dosis de inseguridad jurídica que afecta a aspectos esenciales, por lo que surge la duda de cuál es la incidencia que puede tener la inexistencia de estos órganos; si ello supone la paralización o la imposibilidad de acudir a mecanismos jurídicos regulados en la relación laboral especial que son trascendentales o de gran relevancia. Por ejemplo, el art. 10.2 del RD 1368/1985 señala que “La necesidad de que el trabajador minusválido pase por un período de adaptación al trabajo y las condiciones de éste serán determinadas por el equipo multiprofesional”. Si este no existe, ¿es válido el período de adaptación que se haya establecido sin su intervención? Para responder a esta concreta cuestión podemos acudir a la STS de 24 de diciembre de 2001¹⁴. La empresa recurrente señalaba que los EEMM no estaban operativos, pues no se había desarrollado normativamente esta figura, por lo que estimaba la validez del período de adaptación. Sin embargo, la sentencia rechaza esta argumentación en base a los siguientes argumentos: 1) El RD 1368/1985 otorga una enorme importancia a los EEMM, “hasta el punto de que tal intervención se configura como una pieza clave de tal regulación (...) De todo esto se infiere que (...) no puede prescindirse de la actuación de los Equipos Multiprofesionales o del organismo que haga sus veces (...)”. 2) Pese a la falta de desarrollo normativo (en el momento de la sentencia habían transcurrido 16 años, hoy 36 años), considera que la exigencia de la intervención sigue totalmente en vigor y con plena operatividad, como lo demuestra que las reformas del RD 1368/1085 no hayan eliminado esta figura; más aún, la Dips. Trans. establece que sean las UVMI quienes asuman estas funciones en tanto no se regulen los EEMM, y, si bien las UVMI han desaparecido, estas han sido sustituidas por los EVI que tienen

¹³ Vanessa Cordero Gordillo, *Régimen jurídico del empleo...*, 344 y 345; también Pedro Tuset del Pino, *La contratación...*, 175 y 176.

¹⁴ RJ\2002\2078.

funciones similares a las UVMI; es decir, considera que los EVI son los sucesores naturales de la UVMI y que asumen las funciones de los EEMM¹⁵. Por lo tanto, la respuesta que da la sentencia es la de estimar que la exigencia de la intervención de los EEMM sigue en vigor, siendo sustituidos en sus funciones, mientras se regulan, por los EVI.

En todo caso, la argumentación del TS (mantenimiento de la exigencia de los EEMM y asunción de funciones por los EVI) presenta un problema: que al no existir norma alguna por la que se imponga claramente a los EVI estas funciones, estos órganos pueden rechazar las solicitudes de intervención que formulen los empresarios, generando así una importante situación de inseguridad jurídica. Esta situación la podemos detectar en la STS de 23 de junio de 2020¹⁶, que planteaba un supuesto de hecho de despido objetivo de trabajador discapacitado en base a causas del art. 51.1 ET, situación en la que según el art. 16.2 c) es “necesario en todo caso el informe del equipo multiprofesional”. Pues bien, en este caso (y al margen de la resolución final del problema, que abordaremos posteriormente), se pone de manifiesto que la empresa se dirigió en primer lugar al Centro de Orientación y Valoración de Personas con Discapacidad dependiente de la Comunidad Autónoma, para la emisión del informe, respondiendo “que desconocían cualquier extremo relacionado con el tema”; dirigiéndose a continuación al EVI del INSS con idéntico objetivo de emisión del informe previsto por el art. 16.2 c) RD 1368/1985, contestando “que no podían acceder a la petición formulada, archivando el escrito remitido, por no tratarse de materia de su competencia”.

En definitiva, es absolutamente evidente que se requiere la intervención del poder reglamentario para determinar de una vez (36 años después), qué órgano asume estas competencias y se le dote de los medios necesarios para el correcto

15 Tal como señala esta sentencia, “es obligado interpretar la disposición transitoria de este RD 1368/1985 en el sentido de que, a partir de la vigencia del Decreto 1300/1995, los organismos que asumen las funciones de los EEMM que aquél regula, son los mencionados Equipos de Valoración de Incapacidades”.

16 RJ\2020\2609.

desarrollo de estas funciones. Lógicamente, siempre que se quiera mantener la intervención pública en esta relación laboral especial.

3. MODALIDADES CONTRACTUALES EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL DE FOMENTO DE EMPLEO

El art. 7.1 del RD 1368/1985 establece que las relaciones laborales entre trabajador y CEE “podrán ajustarse a cualquiera de las modalidades del contrato de trabajo previstas en el Estatuto de los Trabajadores”. A continuación este precepto establece diversas especialidades en caso de contratos para la formación y contratos a domicilio. Por lo tanto, a tenor de esta literalidad, puede acudir a cualquier modalidad contractual, ... ¿o no? La duda viene provocada por la propia literalidad de este art. 7.1, pues se remite a cualquiera de las modalidades contractuales, pero del ET; es decir, no afecta a otras modalidades del ordenamiento laboral cuya regulación es externa al ET.

Debemos, pues, plantearnos si esta interpretación literal de la norma es la adecuada o, por el contrario, puede plantearse una interpretación más abierta, a tenor de la cual se estime aceptable no ya cualquier modalidad del ET, sino cualquier modalidad prevista por el ordenamiento laboral, ampliando así las posibilidades de la contratación.

Esta cuestión se ha planteado a la luz de la contratación por CEE de discapacitados a través de la modalidad de temporal de fomento del empleo, una modalidad que, como es bien sabido no es habitual en nuestro ordenamiento, que ha venido desde hace tiempo fomentando el empleo estable y no meramente temporal. Esta es una modalidad que ha sufrido un enorme descrédito, no obstante, sigue existiendo la posibilidad de acudir a la contratación temporal de fomento en el caso de trabajadores discapacitados (además de otros colectivos con especial dificultad para acceder al mercado de trabajo), justificándose en la necesidad de generar empleo para colectivos con una especial dificultad para acceder a los mismos. Especial relevancia tiene la Disp. Adic. 1^a de esta Ley 43/2006, que regula el contrato temporal de fomento del empleo para personas

con discapacidad, a través del cual las empresas (sin distinción alguna entre las mismas) pueden contratarse trabajadores con un grado de discapacidad igual o superior al 33% durante un período de entre doce meses a tres años, sin exigirse que haya una necesidad productiva de carácter temporal (es una modalidad contractual temporal no causal).

Esta modalidad contractual es externa al ET, por lo que cabe preguntarse si, en virtud del art. 7.1 RD 1368/1985, estaría o no incluida dentro de las posibilidades de contratación que prevé dicho precepto. Si entendemos que este contrato temporal de fomento no es de las modalidades incluidas en el ET, los CEE no podrían utilizar este contrato. De otro lado, también debe tenerse en cuenta lo previsto por el art. 10.1 del RD 1368/1985, que establece cómo los contratos de trabajo pueden por tiempo indefinido o bien temporales y en este último caso se remite de manera expresa al art. 15 ET; lo que permite estimar que la contratación temporal en los CEE debe ser exclusivamente causal, por lo que se refuerza la idea que la contratación por estas empresas a través de la modalidad discutida sería fraudulenta.

De esta manera pueden encontrarse resoluciones de los TSJ contrarias a aceptar el uso de dicha modalidad y a considerar la extinción por agotamiento temporal como supuestos de despido improcedente, utilizando justamente los argumentos antes señalados¹⁷.

Sin embargo, creo que hay argumentos para dar la respuesta contraria y no sólo por el mero hecho de que es conveniente explorar vías de contratación no habituales cuando la realidad del mercado de trabajo es el rechazo a la contratación de personas con discapacidad. Así, en primer lugar, entiendo que la interpretación literal de los preceptos citados es compatible con esta conclusión: el art. 7.1 establece que puede acudir a cualquiera de las modalidades contractuales “previstas” por el ET, por lo tanto, no hace falta que se regule dicha modalidad por el ET, sino simplemente que se prevea por esta regulación legal.

¹⁷ Vid. así las SSTSJ de Madrid de 2 de febrero de 2001, PROV 2001/13409 y Valencia de 12 de marzo de 2003, AS 2003\3285.

Pues bien, el art. 17.3 ET establece que el Gobierno podrá “regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tenga por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo” (primer párrafo). Igualmente este precepto prevé que el Gobierno podrá regular “otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo” (segundo párrafo). Por lo tanto, existe una base normativa para establecer mecanismos que pueden consistir, como en este caso, en utilizar la contratación temporal sin causa como medida de fomento del empleo. Ciertamente, el párrafo tercero de este mismo precepto señala que las medidas en cuestión “se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable”; ahora bien, tal como señala la norma, no se impone la contratación indefinida como única posibilidad, pues esta actuación sólo es “prioritaria” y no exclusiva. En conclusión, es posible interpretar que la actual regulación del contrato temporal de fomento del empleo de personas discapacitadas entra dentro del ámbito previsto por el art. 7.1 RD 1368/1985.

De otro lado, podemos señalar resoluciones que ante la literalidad del art. 10.1 RD 1368/1985 entendían que esta norma, al remitirse al art. 15 ET, lo estaba haciendo a la versión de este precepto existente en el momento de aprobación de ese RD; es decir, bien la versión original del art. 15 (Ley 8/1980) o la posterior reforma introducida por la Ley 32/1984: en ambos casos bien el art. 15.1 d) o el art. 15.2 respectivamente regulaban la contratación temporal en atención a las circunstancias recogidas en el art. 17.3 ET que en aquellos momentos (al igual que hoy) admitía las especialidades en materia de “reserva, duración o preferencia” destinadas a fomentar el empleo de colectivos con difícil acceso al mercado de trabajo, señalándose expresamente a quienes tenían la “capacidad laboral disminuida”¹⁸. Todo ello, amén de argumentar que los contratos se realizaban de conformidad a los programas de fomento del empleo regulados legal y reglamentariamente, por lo que no cabía fraude al acudir a esta vía de contratación¹⁹.

18 Vid. STSJ de Andalucía de 20 de septiembre de 2004, AS\2005\319.

19 Vid. SSTSJ De Andalucía de 8 de febrero de 2002, JUR2002\113830; Galicia de 25 de septiembre de 2002, JUR\2002\230153; Cataluña de 13 de marzo de 2003, JUR\2003\129859; Canarias de 27 de noviembre de 2003, AS\2003\4020.

La polémica comienza a resolverse a través de la STSJ de 15 de junio de 2005²⁰, que estima la viabilidad de la contratación de fomento temporal de empleo dentro de los CEE, entendiendo, justamente, que la remisión que realiza el art. 10.1 RD 1368/1985 al art. 15 ET se efectúa en un momento en el que este último precepto recogía dentro de las modalidades de contratación temporal la posibilidad de contratos temporales de fomento destinados a colectivos con gran dificultad de acceso al mercado de trabajo, gracias a su remisión al art. 17.3 ET. Era, por tanto, perfectamente lícito el programa de fomento de empleo que se plasmó en la Ley 42/1994 que contenía esta modalidad de empleo temporal para personas con discapacidad; posibilidad que se había mantenido vigente a través de diferentes normas legales posteriores. De esta manera, el contrato era perfectamente válido, aun cuando en el momento de realizarse la contratación, no estaba incluido dentro del art. 15 ET. Esta doctrina se considera adecuada por el TS a través de sus SSTS de 14 de julio de 2006²¹ y 11 de octubre de 2006²² que citaban literalmente a la anterior, utilizando idénticos argumentos²³.

Más recientemente se aborda la cuestión por la STS de 14 de mayo de 2020²⁴, a tenor de la cual, si bien no se trata de una modalidad expresamente regulada por el ET, lo cierto es que esta misma regulación legal prevé (art. 17 ET) la posibilidad de una normativa específica destinada al fomento de la contratación de personas con discapacidad²⁵. Es por ello que ante la finalización del

20 RJ\2005\6954.

21 RJ\2006\8758.

22 RJ\2007\200.

23 Además, la última de estas dos sentencias añadía otro argumento: que la regulación del programa de empleo de discapacitados por la Ley 42/1994 es una regulación legal y posterior al RD 1368/1985, por lo que ha de imponerse la norma posterior y de mayor jerarquía: “La sentencia recurrida ha infringido, pues, las normas en las que la parte recurrente fundamentó su recurso pues, como se ha dicho antes, el art. 44 de la Ley 42/1994, norma posterior y de mayor jerarquía que el reglamento de 1985, dictada al amparo del art. 17.3 del Estatuto de los Trabajadores de 1980 según redacción de 1985, estableció como medidas incentivadoras de la contratación de minusválidos el contrato temporal de estos”. Los TSJ han asumido, lógicamente, este planteamiento; así las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 8 de octubre de 2008, AS\2008\3190; Cataluña de 7 de febrero de 2014, AS\2014\693; Aragón de 31 de octubre de 2019, AS\2020\416; Andalucía de 11 de marzo de 2020, JUR\2020\212177.

24 RJ\2020\1715.

25 Téngase en cuenta al respecto, que la Disp. Adic. 1ª de la Ley 43/2006, que regula actualmente el contrato temporal de fomento del empleo de personas con discapacidad, se remite también expresamente al art. 17.3 ET.

contrato por agotamiento de su duración no estamos ante un despido que debiera calificarse como improcedente, sino ante una extinción ordinaria regulada por el art. 49.1 c) ET²⁶.

Por otra parte, también se ha puesto de manifiesto que la propia literalidad de la regulación del contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad (Disp. Adic. 1ª Ley 43/2006) extiende esta posibilidad de contratación a cualquier tipo de empresa, no en vano su primer apartado señala que las empresas podrán contratar a través de esta modalidad “cualquiera que fuere la naturaleza de las mismas”, expresión con la que se extiende esta posibilidad a cualquier empresas con independencia de su naturaleza²⁷. Más aún, encontramos otro sólido argumento para favorecer el uso de los CEE de esta modalidad contractual en la Ley 43/2006: su Disp. Adic. 8ª²⁸ establece una norma que ya hemos contemplado en el RD 1368/1985: la libertad de elección de la modalidad contractual, pudiendo acudir las partes a cualquiera de las reguladas. Es la versión, más moderna, del art. 7.1 del RD 1368/1985 que ha generado el problema interpretativo que intentamos resolver. Ahora bien, esta Disp. Adic. si bien establece el mismo principio de libertad de elección de la modalidad contractual, no se remite solo a las reguladas por el ET, sino que se refiere a cualquiera de las

26 “La aplicación de la anterior doctrina al caso que examinamos implica reconocer que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia referencial. En efecto, nos hallamos ante un supuesto en el que las partes han suscrito el contrato de fomento al empleo para trabajadores con discapacidad previsto en la DA 1ª de la Ley 43/2006, concurriendo en los contratantes todos los requisitos que establece la aludida disposición. En el contrato se pactó expresamente una duración de un año, cuyo transcurso, mediando la oportuna denuncia, determinó la válida extinción contractual que, en modo alguno puede considerarse como despido; ni siquiera por el hecho de que las partes en un anexo contractual establecieron la aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 15 ET, en el artículo 3 del RD 2720/1998 y en el convenio de aplicación. Estando perfectamente establecida en el contrato su duración y siendo ésta permitida por la DA 1ª de la Ley 43/2006, la normativa supletoria no resulta aplicable por cuanto que nada hay que suplir en este punto al estar clara la modalidad contractual, la duración del contrato que encaja perfectamente en la norma que regula la modalidad y la extinción que -habiendo transcurrido el plazo pactado y mediada la oportuna denuncia- únicamente cabe calificar como válida extinción”.

27 En este sentido la STSJ de Aragón de 31 de octubre de 2019, AS\2020\416.

28 Establece este precepto la siguiente regulación: “Los contratos que conciernen los centros especiales de empleo con trabajadores con discapacidad a los que sea aplicable el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo, deberán ajustarse a cualquiera de las modalidades de contratación previstas en la legislación laboral, de acuerdo con los requisitos establecidos en cada caso”.

modalidades de contratación previstas en la “legislación laboral”, lo que no deja duda alguna de la intención del legislador de evitar todo tipo de problema interpretativo como el que se nos ha planteado. En este sentido, no falta la opinión de quien estima que el art. 7.1 RD 1368/1985 está realmente modificado por la Disp. Adic. 8^a29.

En definitiva, a la luz de la actual jurisprudencia, cabe afirmar con rotundidad que es perfectamente posible que los CEE puedan acudir a la contratación de personas con discapacidad a través del contrato temporal de fomento de empleo regulado por la Disp. Adic. 1^a de la Ley 43/2006, sin que exista en nuestro ordenamiento ninguna matización expresa que excluya esta modalidad de contratación (como, por ejemplo, así ocurría en la redacción original del art. 7.1 RD 1368/1985 con el contrato de trabajo a domicilio)³⁰.

4. PERÍODO DE ADAPTACIÓN Y DE PRUEBA

Una de las peculiaridades que se establece en esta relación laboral especial es la existencia de un denominado “período de adaptación” que también es período de prueba. La cuestión se regular en el art. 10.2 del RD 1368/1985, precepto que plantea diversas dificultades interpretativas tal como vamos a ver a continuación.

Periodo de adaptación y período de prueba son dos instituciones diferentes. El período de adaptación tiene como finalidad, tal como señala el citado art. 10.2, facilitar la necesaria adaptación del discapacitado a la actividad laboral (el

29 Vanessa Cordero Gordillo, *Régimen jurídico del empleo...*, 353 y 354.

30 La doctrina laboral se ha manifestado a favor de entender la viabilidad del contrato temporal de fomento de empleo en estas relaciones laborales especiales; en este sentido pueden verse, Belén Alonso García, “La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo”, *Tribuna Social* 91 (1998): 15; María Antonia Castro Argüelles, “La relación laboral de carácter especial...”, 209; Vanessa Cordero Gordillo, *Régimen jurídico del empleo...*, 354 y ss. No obstante, en algún caso ha manifestado críticas a tan peculiar modalidad de contratación; así Josep María Fuste Miquela, “Contratación, extinción del contrato y subrogación contractual”, en AA.VV., *La aplicación del Derecho del Trabajado en los centros especiales de empleo*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009), 179; Eva Garrido Pérez, *El trabajo de los minusválidos...*, 80.

discapacitado sufre una disminución de la capacidad para el trabajo, de ahí la necesidad de realizar las adaptaciones necesarias), así como completar la formación necesaria para realizar el trabajo a desarrollar. Se trata de una finalidad diferente de la prevista por el art. 14 ET para el período de prueba, que tiene como objetivo fundamental permitir que el empresario constate o compruebe si la persona contratada cumple con las expectativas profesionales que han justificado su contratación y si está realmente capacitado para desarrollar el puesto de trabajo para el que ha sido contratado. Por lo tanto, estamos ante dos pactos contractuales diferentes, con objetivos o finalidades distintas.

Ahora bien, siendo dos realidades jurídicas distintas, el art. 10.2 RD 1368/1985 señala que el período de adaptación, “a su vez, tendrá el carácter de período de prueba”. Con ello se unen las dos instituciones jurídicas, de manera que al mismo tiempo se resuelvan los dos objetivos perseguidos, de un lado lograr la mejor adaptación del trabajador o su formación, y de otro lado la constatación de las capacidades profesionales del mismo. La cuestión es si ambos mecanismos deben ir obligatoriamente unidos. Obsérvese que una interpretación meramente literal del precepto así lo indicaría, de manera que pactado el período de adaptación, éste tiene también carácter de período de prueba, pues al período de adaptación se atribuye también esta condición. No obstante, creo conveniente estimar que estamos ante dos pactos diferentes, autónomos entre sí, pero que pueden coincidir, pudiendo acordarse un período en el que se sumen ambas finalidades. Aun cuando se señala que el período de adaptación “tendrá” el carácter de período de prueba, es posible desvincular ambas cuestiones por voluntad de las partes, de modo que exista un período de adaptación sin la consideración de período de prueba; pudiendo disociarse ambas cuestiones, aun cuando puedan estar conectadas. De esta manera caben las siguientes alternativas:

- Que se pacte un período de adaptación, sin que éste tenga consideración de período de prueba, por no ser este necesario dadas las concretas

circunstancias, o por no estimarlo necesario las partes, que podrán excluirlo expresamente³¹.

- Que se pacte sólo un período de prueba, al no ser necesario la aplicación de medidas de adaptación/formación. En este caso estaríamos ante un período de prueba totalmente ordinario y en el que se aplican tanto las reglas sobre sus efectos y la duración del mismo establecidas en el art. 14 ET, de manera que no existe especialidad alguna³².

- Que se pacte un período de adaptación que también tenga la consideración de período de prueba, bien por así determinarlo expresamente las partes o por no excluir expresamente este último (es decir, expresa o tácitamente, en este último caso como consecuencia de la literalidad del art. 10.2 RD 1368/1985). Téngase en cuenta que si las partes acuden al período de adaptación y nada especifican sobre el período de prueba, no cabe más alternativa que estar a la literalidad del precepto: “podrá establecerse en el contrato un período de adaptación al trabajo que, a su vez, tendrá el carácter de período de prueba”; es decir, salvo que se excluya expresamente la consideración de período de prueba, el período de adaptación también tendrá la consideración de período de prueba. En este caso, la duda es la de si cada uno de ellos con su propio régimen jurídico, o cabe en alguna medida un régimen hasta cierto punto mixto. La cuestión se simplifica enormemente pues en realidad el art. 10.2 RD 1368/1985 no contiene una regulación específica, más allá de establecer la necesaria intervención de los EEMM y regular una duración máxima diferente de la establecida por el art. 14 ET, por lo tanto la virtualidad normativa de este período de adaptación se limita a estas concretas especialidades.

Por lo tanto, en los casos de período de adaptación que, al mismo tiempo, es período de prueba, son de aplicación los efectos propios de este último, específicamente en cuanto a la superación del período de prueba y en cuanto a la

31 Vanessa Cordero Gordillo, se muestra favorable a una interpretación de estas características en *Régimen jurídico del empleo...*, 373.

32 En este mismo sentido María Antonia Castro Argüelles, “La relación laboral de carácter especial...”, 210; también Ricardo Esteban Legarreta y Vicente Antonio Martínez Abascal, “La relación laboral...”, 41.

rescisión del contrato de trabajo en caso de no superarse las pruebas. Será aplicable, por tanto, el régimen jurídico del art. 14 ET, al que se sumarán las reglas específicas del período de adaptación del art. 10.2 RD 1368/1985³³. En realidad, la gran duda es si al pactarse conjuntamente período de adaptación y de prueba, la duración máxima aplicable al período de prueba es el establecido por el art. 14 ET, o puede alcanzarse la duración máxima prevista por el art. 10.2 RD 1368/1985 de seis meses. Desde mi punto de vista la cuestión se resuelve en función de la existencia de conexión entre una y otra institución: si es necesario la introducción de un período de adaptación, la correcta constatación de la capacidad y adecuación profesional del trabajador mediante el período de prueba sólo puede producirse al finalizar el período de adaptación. Consecuentemente, en estos casos debemos admitir que la duración del período de prueba debe ser la prevista ex art. 10.2 RD 1368/1985³⁴, lo que supone una ampliación de su duración respecto del art. 14 ET. A su vez esto plantea una importante especialidad en la aplicación del período de prueba: el trabajador afectado por un período de adaptación, podrá defenderse ante una extinción durante el período de prueba si considera que habiéndose pactado período de adaptación, el empresario no ha facilitado mecanismo alguno para tal adaptación, lo que repercute negativamente en la apreciación empresarial de no haber superado el período de prueba. Por último, queda la cuestión de si es factible aplicar el plazo máximo de período de adaptación/prueba de seis meses cuando no hayan intervenido los EEMM, cuestión a la que nos referiremos posteriormente.

Acabamos de señalar que si hay un período de adaptación, la constatación de la adecuación profesional objeto del período de prueba sólo puede concluirse tras finalizar el proceso de adaptación; ahora bien, eso no significa que el período de prueba comience tras el período de adaptación: el art. 10.2 RD

33 Ricardo Esteban Legarreta y Vicente Antonio Martínez Abascal, “La relación laboral...”, 50; Eva Garrido Pérez, *El trabajo de los minusválidos...*, 97.

34 En este sentido María Antonia Castro Argüelles, “La relación laboral de carácter especial...”, 209; también Carolina Gala Durán, “La relación laboral de carácter especial...”, 89.

1368/1985 es claro en hacer coincidir período de adaptación y prueba, por lo que no pueden ser sucesivos³⁵.

Una cuestión relevante es la relativa a cómo puede incorporarse al contrato una cláusula sobre período de adaptación y (en su caso) período de prueba. Ciertamente el art. 10.2 en su primer párrafo señala que “podrá” establecerse un pacto de esta característica; lo que implicaría que la norma se remite a la autonomía de las partes para determinar esta cuestión. Sin embargo, el segundo párrafo de este precepto señala que tanto la necesidad del, período de adaptación al trabajo, así como las condiciones del mismo deben determinarse por el equipo multiprofesional. Se pone de manifiesto la necesidad de intervención del EM, no sólo para informar sobre la cuestión, sino para determinar la necesidad del período de adaptación (no así del período de prueba que es una cuestión que depende del acuerdo entre partes). Creo que dicho párrafo debe ser interpretado huyendo de la mera literalidad que conduciría a entender que el período de prueba se implanta sólo cuando lo decide el EM.

Entiendo que la interpretación más adecuada del precepto supone estimar que cuando el EM considere la necesidad de aplicar un período de adaptación, éste será obligatorio para las partes, de manera que se impondrá a las mismas³⁶. Se trata de una de las expresiones más importantes del carácter intervenido de esta relación laboral especial, de manera que la voluntad de un sujeto ajeno a las partes decide la imposición de una relevante condición de trabajo. En realidad, dado que el período de adaptación se configura como un mecanismo a favor del trabajador, se impone al empresario.

Ahora bien, caso de no intervención del EM, o si este no considera necesario un período de adaptación, ¿pueden las partes negociar su aplicación como una más de las condiciones de trabajo? Dado que el período de adaptación simple (no vinculado a un período de prueba) es netamente favorable al trabajador, estimo que ello es perfectamente posible.

35 María Antonia Castro Argüelles, “La relación laboral de carácter especial...”, 211.

36 Ricardo Esteban Legarreta y Vicente Antonio Martínez Abascal, “La relación laboral...”, 51; Eva Garrido Pérez, *El trabajo de los minusválidos...*, 101.

Por el contrario, dado que el período de prueba es un pacto totalmente ordinario, no se requiere la intervención de los EEMM, de manera que este tipo de pactos son perfectamente viables por acuerdo entre las partes (siempre que se respete el régimen jurídico del art. 14 ET)³⁷, sin que los EEMM tengan que intervenir (salvo que el período de prueba se vincule a un período de adaptación).

Pero el principal problema que se han planteado en la jurisprudencia nacional en este ámbito es el de la duración máxima del período de adaptación cuando también se configura como período de prueba. Recordemos que el art. 14 ET establece que el período de prueba tendrá la duración estipulada por las partes en convenio colectivo y, en defecto de convenio, la duración no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados y dos meses para el resto de trabajadores. Como reglas especiales se establece que en empresas de menos de 25 trabajadores el período de prueba no puede exceder de tres meses para aquellos que no sean técnicos titulados y en caso de trabajadores con contrato temporal de duración no superior a seis meses, el período de prueba no podrá exceder de un mes (salvo que el convenio colectivo establezca otra cosa). Por su parte, el art. 10.2 RD 1368/1985 señala que el período de adaptación se sujeta a los límites de duración que se establezcan en los convenios colectivos, no pudiendo exceder en ningún caso de seis meses. Por tanto, es posible que el período de adaptación tenga una duración superior a la prevista por el art. 14 ET para el período de prueba.

Ahora bien, las condiciones del período de adaptación deben determinarse por el EM. Tal como hemos visto el RD 1368/1985 ha otorgado un papel relevante a los EEMM en este punto, de manera que sólo si el concreto EM considera necesario un período de adaptación que también tenga carácter de período de prueba, podría alcanzarse esa duración máxima de seis meses. El problema va a plantearse cuando se pacte un período de adaptación/prueba sin intervención de los EEMM y dicho período tenga la duración máxima prevista por el art. 10.2 RD 1368/1985, ampliándose temporalmente la capacidad del empresario para

37 María Antonia Castro Argüelles, “La relación laboral de carácter especial...”, 209.

dar por extinguido el contrato. Como vimos anteriormente, la jurisprudencia ha estimado que esta exigencia está vigente todavía en nuestro ordenamiento, aunque no haya sido desarrollada, por lo que correspondería a los EVI este papel. No obstante, tal como hemos comprobado no existe una regulación que imponga a estos últimos tal competencia.

Pues bien, ante esta situación, la jurisprudencia ha estimado que el período de adaptación que también tiene consideración de período de prueba, sólo puede tener la duración máxima prevista por el art. 10.2 RD 1368/1985, si los EEMM han intervenido y así lo hayan admitido³⁸. Para llegar a esta conclusión se parte de una interpretación conjunta de los dos párrafos del art. 10.2, considerando que ambos están ligados y conectados entre sí. De otro lado, se acude a la finalidad misma del período de adaptación, que es facilitar la adaptación profesional del trabajador al puesto de trabajo o completar su formación, de manera que para determinar si se dan las condiciones para conseguir tal objetivo, es necesaria la intervención del EM y que éste llegue a la conclusión de la necesidad del período de adaptación y de que tenga tal duración. Por lo tanto, como señala la jurisprudencia en cuestión, “La mayor extensión de ese período de ocupación, en cuanto supera la duración del período de prueba del art. 14 ET, sólo está justificada cuando responde a la finalidad dicha; de ahí la necesidad de que el EM controle la concurrencia de las condiciones que permiten el cumplimiento de esa finalidad”. Por último, se considera que de no existir estas condiciones, en lugar de un período de adaptación destinado a favorecer al trabajador para permitir su adaptación, se estaría causando un perjuicio al prologar la inseguridad e incertidumbre sin causa alguna³⁹.

³⁸ Vid. en este sentido la STS de 24 de diciembre de 2001, RJ\2002\2078; cuya doctrina refrenda decisiones adoptadas en idéntica dirección por diferentes Tribunales Superiores de Justicia (vid. SSTSJ de Andalucía de 4 de abril de 2001, AS\2001\2929; Asturias de 9 de marzo de 2001, AS\2001\333; Valencia de 23 de noviembre de 2000, AS\2001\1010; Cataluña de 24 de febrero de 2000, AS\2000\1227).

³⁹ Tal como señala la STS de 24 de diciembre de 2001, RJ\2002\2078, “Si en los casos en que no existen esas condiciones, se considera lícito establecer un período de adaptación de seis meses, que tiene el carácter de período de prueba, se causa un grave perjuicio al trabajador, que ve prolongada la inseguridad e incertidumbre que tal situación genera, sin que concurra ninguna causa que justifique esa prolongación. Téngase en cuenta que ese período de adaptación lo creó la ley para ventaja y beneficio del trabajador minusválido, pues con él se le hace posible

En definitiva, son nulos los pactos de adaptación/prueba cuya duración sea superior a la regulada por el art. 14 ET, cuando dicha duración no está avalada por el EM, al no cumplirse con una exigencia esencial. Consecuentemente, una extinción producida durante el exceso del plazo del art. 14 ET y el tope máximo del art. 10.2 RD 1368/1985 sólo podría ser considerado como despido improcedente, dada la falta de eficacia de este acuerdo. Tal como señala la sentencia comentada,

“la única posibilidad de estipular un período de adaptación o de prueba de duración superior a la que señala el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores, requiere ineludiblemente la intervención de dicho Equipo Multiprofesional; y si tal Equipo no existe, ni existe ningún organismo que lo sustituya, no puede cumplirse el requisito esencial que hace posible el establecimiento válido de esa duración superior, de ahí que necesariamente, en tal hipótesis, sería imposible aceptar como válida una duración del período comentado que sobrepase los límites a que alude el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores”⁴⁰.

superar una serie de dificultades de acomodación al puesto de trabajo, que de otro modo no sería fácil vencer. De ahí que, si tales dificultades no concurren en el supuesto concreto de que se trate, y a pesar de ello se pacta un período de adaptación de seis meses, el exceso temporal que tal extensión produce sólo beneficia al empresario, pues tal medida es claramente perjudicial para el minusválido contratado, al que no le reporta ventaja alguna. Se produce así una completa inversión del alcance y objetivos del mandato establecido en el art. 10-2 del Real Decreto 1368/1985”.

40 En este mismo sentido la STS de 24 de enero de 2002, RJ\2002\5302: “Es claro, por tanto, que la licitud del pacto del período de prueba, al menos cuando, como en el presente caso, excede del que autoriza el artículo 14.1 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la regulación colectiva aplicable, queda condicionada a que el equipo multiprofesional u órgano con competencia equivalente, conforme a la disposición transitoria del Real Decreto 1368/1985, considere necesaria su aplicación y establezca las condiciones del mismo dentro del límite que establece el precepto citado y, como en el presente caso el período de prueba no estaba autorizado por el equipo multiprofesional, no cabe reconocer validez a lo acordado. La expresión literal de la norma aplicable no suscita ninguna duda interpretativa y sus términos coinciden con la finalidad de otorgar una protección reforzada en esta materia al trabajador minusválido. La regulación especial permite una ampliación sensible del ámbito temporal de prueba, pero subordina su aplicación a la intervención de un órgano especializado, que es el que ha de apreciar su conveniencia”.

La doctrina del TS ha sido ampliamente seguida por parte de los Tribunales Superiores de Justicia: podemos así citar las siguientes SSTs de Cataluña de 27 de septiembre de 2006, AS\2007\1326; Aragón de 4 de enero de 2006, AS\2006\566; Castilla y León de 10 de enero de 2005, AS\2005\68; Galicia de 10 de febrero de 2004, AS\2004\1685; Castilla-La Mancha de 26 de noviembre de 2002, AS\2003\1531; Castilla-La Mancha de 2 de octubre de 2002, JUR\2003\58778; Valencia de 6 de febrero de 2002, JUR\2002\131012; Castilla-La Mancha de 3 de julio de 2002, AS\2003\783.

Obsérvese que a tenor de lo señalado por esta sentencia, si podría pactarse un período de adaptación/prueba sujeto a los plazos de duración del art. 14 ET.

Como vemos la sentencia ciñe su decisión sólo a la posibilidad de alcanzar la duración máxima del art. 10.2 RD 1368/1985, pero no resuelve si es imprescindible la intervención de los EEMM para poder establecer un período de adaptación. La falta de concreción sobre la validez, no ya de la duración máxima del período de adaptación, sino del propio período de adaptación por la no intervención de los EEMM hace que surja una duda: dado que el período de adaptación también tendrá carácter de período de prueba, y el primero depende de la aceptación de los EEMM, ¿si estos no intervienen, tampoco es válido el período de prueba? La cuestión tiene su interés desde el punto de vista de la extinción que se produzca durante el plazo ordinario de período de prueba, no ya durante el exceso que contempla el art. 10.2 RD 1368/1985. La doctrina judicial de los Tribunales Superiores de Justicia se ha inclinado por admitir la validez de estas extinciones producidas dentro de la duración ordinaria del período de prueba regulado en el art. 14 ET⁴¹. Se llega así a una situación un tanto paradójica, pues se niega validez al período de adaptación sólo en el exceso, pero no en su origen mismo, extendiendo dicha validez a un período de prueba que, probablemente, no ha sido pactado expresamente por las partes, sino que es consecuencia de la literalidad del art. 10.2 (“período de adaptación al trabajo que, a su vez, tendrá el carácter de período de prueba”).

5. CONVENIO COLECTIVO APLICABLE A LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS

Otra de las cuestiones polémicas es la relativa a cuál es el convenio colectivo de aplicación a los trabajadores discapacitados de los CEE. La cuestión se plantea como consecuencia de que existen dos alternativas totalmente distintas: de un lado, los CEE son empresas que actúan en el mercado, es decir se dedican a

41 Vid. SSTSJ de Cataluña de 24 de febrero de 2000, AS\2000\1227; Asturias de 9 de marzo de 2001, AS\2001\333; Aragón de 4 de enero de 2006, AS\2006\566.

realizar determinado tipo de actividad productiva, por lo que pueden estar afectadas por convenios colectivos del sector donde realizan su actividad. Pero también es posible que los CEE, en consideración a la especialidad de sus trabajadores discapacitados, negocien un convenio colectivo específico.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido distintas ocasiones para pronunciarse sobre el problema entre convenio de sector ordinario/convenio de sector de CEE. Inicialmente la cuestión se plantea desde la perspectiva de la subrogación empresarial (cuestión que analizaremos en detalle en el próximo epígrafe): como vamos a ver más adelante, la jurisprudencia del TS que estima aplicable a los CEE la subrogación cuando actúan en el sector de la limpieza, debiendo asumir a los trabajadores de empresas ordinarias, por aplicación del convenio de sector y pese a contar los CEE con su propio convenio. Algún convenio de sector incluyó a los CEE en el ámbito del convenio de sector de la limpieza, dándose así la situación conflictiva de dos convenios colectivos diferentes. Dicho de otra manera, ante jurisprudencia del TS que admite la aplicación a los CEE (que tienen su propio convenio) de una regla sobre subrogación del convenio de sector de la limpieza (convenio distinto), los negociadores del sector de la limpieza reaccionan considerando aplicable a los CEE todo el convenio del sector, introduciendo expresamente a los CEE en el siguiente convenio del sector de la limpieza cuando los trabajadores de los CEE realicen tareas de limpieza.

El TS resuelve la cuestión a través de la STS de 23 de septiembre de 2014⁴² y utilizando diferentes argumentos, defiende que el convenio aplicable en este caso es el convenio colectivo de CEE y no el convenio de sector de la limpieza. Lo hace negando, en primer lugar, que una solución prevista tan sólo para una cuestión como la subrogación, pueda suponer que la totalidad del convenio del sector de la limpieza sea aplicable a los trabajadores de los CEE y a estas empresas, afirmando que la doctrina jurisprudencial sobre subrogación tiene mero valor de *obiter dicta* respecto del problema de la aplicación de todo el convenio⁴³.

42 RJ\2014\4959.

43 Señala esta sentencia:

En segundo lugar, acude al principio de prohibición de concurrencia, pues al no haberse incluido jamás a los CEE en el convenio de sector de limpieza, éstos habían negociado su propio convenio, que ya existía desde tiempo atrás, habiendo generado su propio ámbito de negociación. Por el contrario, la inclusión expresa de los CEE en el convenio de sector de la limpieza se produce con posterioridad a la aparición del convenio sectorial de CEE⁴⁴.

Por último, acude al principio de especialidad; es decir estimar que no es factible aplicar un convenio colectivo que regula y establece condiciones de trabajo para trabajadores ordinarios, cuando los trabajadores discapacitados gozan de una relación laboral especial, con condiciones específicas que dejarían de disfrutarse al aplicarse el convenio colectivo del sector de limpieza⁴⁵.

Este planteamiento ha sido seguido posteriormente por otras sentencias del TS, que han reafirmado dicha doctrina y la aplicación del convenio de sector de CEE⁴⁶.

“a).- Para empezar, la argumentación utilizada por los demandados saca por completo de contexto la doctrina jurisprudencial que invoca, puesto que la misma se limitó a la proclamar la aplicabilidad del mecanismo subrogatorio previsto en el sector de la limpieza, aún en aquellos supuestos en que una de las empresas -saliente o entrante- fuese un CET, sin que en manera alguna se mantuviese en ella -desbordando la cuestión litigiosa que entonces se suscitaba- la aplicación de todas las normas del Convenio de Limpieza a los trabajadores del CET, cuando éste efectúe tareas previstas en el ámbito funcional de aquél. b).- Aún para el supuesto de que tal afirmación se hubiese efectuado -que no se hizo- sería un mero «obiter dicta» carente de valor jurisprudencial (...) c).- Nuestro criterio jurisprudencial se limitaba a proclamar la aplicación de una concreta norma del Convenio para el sector de limpieza -relativa a la subrogación empresarial- en la relación «ad extra» que el CET había de tener con otras empresas adjudicatarias de las correspondientes contratas, pero en manera alguna se refería -ni podía hacerlo, dado el objeto de debate- a las relaciones que «ad intra» mantenía el CET con sus trabajadores”.

44 Tras señalar que estamos ante un mero «obiter dicta», se señala que “aunque no tuviese esa cualidad secundaria -que ni siquiera la tenía- no podría dejar sin efecto el mandato del art. 84.1ET, pues una cosa sería la aplicación judicial de preceptos de un sector a los trabajadores de otro cuando éstos desempeñen cometidos propios del primero y otra muy diversa supondría proclamar en Convenio Colectivo -ignorando la prohibición del art. 84.1ET - que los citados trabajadores se incluyen en su ámbito de aplicación, aún a pesar de que los mismos tengan convenio propio (...)”.

45 Es más, resulta jurídicamente inviable que persistiendo la relación laboral especial entre el CET y sus trabajadores discapacitados [persistencia inquestionable], conforme a los arts. 1 y 2 del RD 1368/1985, los mismo pasaran a regirse por previsiones propias de una relación ordinaria de trabajo, y que en consecuencia dejasen de beneficiarse del régimen legalmente previsto para tal relación especial y de las numerosas singularidades -adecuadas a la especificidad del vínculo- que señala su Convenio Colectivo (...)”.

46 Vid. así las SSTs de 24 de noviembre de 2015, RJ\2015\6393; 9 de diciembre de 2015, RJ\2015\6218; 2 de febrero de 2017, RJ\2017\932; 6 de febrero de 2020, RJ\2020\830.

Desde mi punto de vista, debemos tener una cautela con el argumento de la prohibición de concurrencia: es aceptable aplicar el art. 84.1 ET pues el convenio de sector de la limpieza había “invadido” el ámbito propio del convenio de sector de los CEE, al incluir a estos últimos. Ahora bien, ante la existencia de dos convenios de sector, uno de limpieza que no incluyera a los CEE y otro específico de CEE, hay que afirmar que no estamos ante un supuesto que deba resolverse por la vía de la prohibición de concurrencia, pues esta no se produce, dado que se trata de dos ámbitos diferentes. En estos casos la solución viene del principio de especialidad⁴⁷.

Pero al margen de esta situación antes descrita, debemos tener en cuenta que los problemas relativos a cuál es el convenio colectivo aplicable proceden con más frecuencia del frente de los propios trabajadores discapacitados que reclaman la aplicación de los convenios colectivos del sector de la actividad y no del convenio colectivo de CEE; especialmente por reclamaciones salariales de los trabajadores de CEE que piden la aplicación del convenio colectivo del sector donde se desarrolla la actividad y no el convenio de CEE, lógicamente, al constatar que las condiciones salariales de tales convenios de sector son más favorables. A la hora de resolver estos problemas, la jurisprudencia ha mantenido la respuesta anterior: aplicación del convenio colectivo de CEE. Para ello ha utilizado los argumentos antes señalados y ha respondido también a un planteamiento nuevo introducido por los trabajadores: el de discriminación (por percibir un salario inferior, realizando una misma actividad –normalmente, también de limpieza-). Así la STS de 24 de noviembre de 2015⁴⁸, tras reiterar los argumentos de la STS de 23 de septiembre de 2014, señala la inexistencia de discriminación, al considerar que sólo la desigualdad que genera diferencias entre situaciones que pueden considerarse iguales y que no obedecen a una justificación objetiva y razonable, pueden generar discriminación; siendo evidente que la situación de los trabajadores ordinarios y de los trabajadores discapacitados es diferente, teniendo el objeto del contrato de estos últimos, además de los fines

⁴⁷ Así las SSTS de 24 de noviembre de 2015, RJ\2015\6393 y 9 de diciembre de 2015, RJ\2015\6218.

⁴⁸ RJ\2015\6393.

habituales, la adaptación personal y social y lograr su integración en el mercado ordinario⁴⁹. De esta manera es constitucionalmente lícito que realizando la misma actividad, dos personas perciban una retribución diferente en función de estar vinculados por una relación ordinaria o especial de personas con discapacidad⁵⁰. En algún caso se ha señalado también como argumento que los CEE no pueden estar incluidos en el ámbito de convenios de sector de carácter general, por no estar representadas estas empresas por las partes negociadores de dicho convenio⁵¹. De igual manera ha de responderse cuando se reclama la aplicación del convenio de sector a los efectos de aplicar la regulación salarial para calcular indemnizaciones por despido⁵².

Con anterioridad he señalado que en aquellos casos en los que haya un convenio de sector que no incluya a los CEE y un convenio de sector de CEE, no es posible aplicar las reglas sobre concurrencia entre convenios, pues esta no existe realmente, debiendo resolverse la situación a través del principio de especialidad. Esta respuesta tiene importancia cuando estamos ante reclamaciones de trabajadores discapacitados de un CEE, afectados por el convenio sectorial de este tipo de empresas, y el CEE que dispone de su propio convenio de empresa para el personal con relación laboral ordinaria. De esta manera, cuando se reclama por trabajador discapacitado condiciones salariales del convenio de empresa destinado al personal con contrato ordinario, en base al art. 84.2 ET (prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el convenio de sector), hay que responder que no estamos ante una situación de concurrencia, pues los ámbitos

49 Tal como señala esta sentencia:

“Y en el supuesto que ahora se debate, los términos a comparar en absoluto gozan de la exigible homogeneidad, en tanto que los trabajadores incluidos en el ámbito del Convenio de Empresas de Limpieza son sujetos de una relación ordinaria de trabajo, y los del Convenio General lo son de una relación laboral especial, afectos de reconocida «minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 y, como consecuencia de ello, una disminución de su capacidad en el trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje» (art. 2 RD 1368/1985; y el objeto de su contrato -especial- de trabajo es «favorecer su adaptación personal y social, y facilitar, en su caso, su posterior integración laboral en el mercado ordinario de trabajo» (art. 6 RD 1368/1985, lo que justifica plenamente las singularidades pactadas en el correspondiente Convenio Colectivo (...)).”

En idénticos términos la STS De 6 de febrero de 2020, RJ\2020\830.

50 Vid. STSJ de Madrid de 15 de febrero de 2017, AS\2017\360.

51 Vid. las SSTSJ de Andalucía de 19 de julio de 2007, AS\2008\329 y JUR\2007\364839.

52 Vid. las SSTS de 2 de febrero de 2017, RJ\2017\932 y 6 de febrero de 2020, RJ\2020\830.

de aplicación son totalmente distintos, debiendo imponerse, por tanto, el principio de especialidad⁵³.

En todo caso, la existencia de un convenio sectorial propio para CEE elimina el problema de si resulta aplicable el convenio de sector de la actividad concreta cuando no hay convenio propio del CEE (ni sectorial, ni de empresa). En estos casos la jurisprudencia era contradictoria⁵⁴, pues había resoluciones favorables a entender la aplicación del convenio de sector de la concreta actividad (limpieza, hostelería, jardinería, etc.)⁵⁵; pero también había sentencias que estimaban la inaplicación del convenio sectorial por la especialidad de la relación laboral, debiendo estar a lo establecido en el contrato de trabajo⁵⁶.

6. EL PROBLEMA DE LA SUBROGACIÓN EMPRESARIAL

Con toda seguridad el principal problema que vamos a encontrar en la jurisprudencia sobre trabajadores discapacitados en centros especiales de empleo es el de la subrogación. Aclaremos que nos estamos refiriendo a un concreto supuesto de subrogación empresarial: aquél que se produce como consecuencia de lo pactado en convenio colectivo o en pliegos de condiciones en la contratación administrativa. La situación nos remite, por tanto, a los casos de sucesión entre contratas (no nos referimos ni a los supuestos de subrogación legal ex art. 44 ET, ni a la subrogación por sucesión de plantillas⁵⁷). La subrogación convencional es aquella que se produce, no por mandato de la ley, sino como consecuencia del

53 En este sentido la STSJ de Madrid de 21 de febrero de 2020, AS\2020\1987: “No se trata en este caso de un problema de concurrencia de convenios y de determinación de prioridad aplicativa sino de la apertura de un convenio, el de empresa, a un ámbito personal distinto”. Este criterio se ha venido siguiendo por otras SSTSJ, como las de Canarias de 20 de febrero de 2020, JUR\2020\278959; Asturias de 23 de mayo de 2017, AS\2017\977; Canarias de 2 de mayo de 2017, AS\2017\1514; Canarias de 25 de junio de 2013, AS\2013\2751; Andalucía de 19 de julio de 2007, AS\2008\329.

54 Vid. sobre la cuestión Vanessa Cordero Gordillo, *Régimen jurídico del empleo...*, 425 y ss.

55 STSJ de Galicia de 2 de noviembre de 2004, AS\2004\3700.

56 STSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2001, AS\2001\4000.

57 Sobre estas últimas, vid. la STJUE de 10 de diciembre de 1998, C-173/96 y C-247/96, asunto Sánchez Hidalgo y otros, TJCE\1998\309; o la STJUE de 29 de julio de 2010, C-151/09, asunto UGT-FSP, TJCE\2010\241. En el ámbito nacional, vid. las SSTS STS de 10 de julio de 2014, RJ\2014\4774; y 9 de julio de 2014, RJ\2014\4637.

pacto establecido en el convenio colectivo de sector aplicable a ambas contratistas. Realmente en estos casos no se cumple el supuesto de hecho de la subrogación legal contemplado por el art. 44 ET, sino que es el convenio el que amplía la protección subrogatoria a estos supuestos de sucesión de contratistas y, lógicamente, será el convenio quién establezca el concreto supuesto de hecho en el que resultarán de aplicación los efectos subrogatorios.

La subrogación convencional es especialmente relevante en éste ámbito, pues la mayor parte los CEE realizan actividad de prestación de servicios (limpieza, hostelería, jardinería, gestión de aparcamientos, etc.) para terceros, mediante la contratación de su actividad por empresas que externalizan parte de su actividad productiva; una contrata, en definitiva. Pues bien, puede ocurrir que haya una sucesión de contratistas (que tras finalizar una contrata, otro contratista diferente del anterior sea contratado por la principal y se haga cargo de la actividad) y que el convenio colectivo de sector (es decir, el de la concreta actividad productiva –por ejemplo, limpieza o jardinería-) establezca en estos casos la obligatoriedad de la subrogación, de manera que la nueva contratista o contratista entrante, deba subrogarse como nuevo empresario de los trabajadores de la contratista saliente. Pues bien, un CEE puede ocupar cualquiera de esas dos posiciones: puede ser la nueva contratista entrante, surgiendo el problema de la incorporación de trabajadores con relación ordinaria de la contratista saliente a un CEE (con el consiguiente problema del incumplimiento de tener un mínimo del 70% de trabajadores discapacitados por la incorporación de personal que no tenga tal condición). Pero también puede ser la contratista saliente, de manera que una empresa ordinaria deba asumir a personal con condición de trabajador discapacitado, careciendo de la condición de CEE, por lo que no es posible que se mantenga una relación laboral especial de trabajadores discapacitados en CEE.

Cuando ambas contratistas (entrante y saliente) sean CEE, no se producirían problemas, pues ambas tienen la misma naturaleza, por lo que puede mantenerse la subrogación con personal con relación laboral especial y (en su caso) del personal con relación laboral ordinaria (aclaremos que el convenio nacional

de CEE establece expresamente la subrogación de trabajadores entre este tipo de empresas⁵⁸).

Pero para tener totalmente presentado el problema con todas sus aristas debemos tener en cuenta otra cuestión: tal como hemos señalado, normalmente el convenio colectivo que establece la subrogación convencional es el convenio del sector de actividad concreta. Ahora bien, en el epígrafe anterior, al analizar cuál es el convenio colectivo aplicable a los trabajadores discapacitados de un CEE, vimos como la jurisprudencia apuesta por el convenio colectivo de Centros Especiales de Empleo (principio de especialidad). Por lo tanto, la subrogación obligatoria aparece regulada en un convenio que, en principio, no resulta de aplicación a los CEE.

Llegados a este punto debemos preguntarnos cuál es la respuesta que nos da la jurisprudencia ante esta situación. Centrémonos, en primer lugar, en aquellas situaciones en las que el CEE es la contratista entrante que sustituye a la anterior contratista o saliente, siendo esta última una empresa de carácter ordinario. En este supuesto, de admitirse la subrogación de personal no discapacitado, el CEE puede incumplir el porcentaje mínimo del 70% de su personal con discapacidad⁵⁹. En este caso inicialmente encontramos resoluciones de los TSJ que eran contradictorias. En unos casos se consideraba que la subrogación no era posible, pues no resultaba de aplicación a los CEE el concreto convenio de sector donde se establecía la obligación de subrogación para los nuevos contratistas, sino que el convenio de aplicación era el propio de CEE⁶⁰. Por el contrario,

58 Sería el caso resuelto por la STS de 6 de febrero de 2020, RJ\2020\830; o el de las SSTSJ de Madrid de 18 de julio de 2019, AS\2019\2200; Murcia de 16 de noviembre de 2009, AS\2009\3095. El caso de la STSJ de Madrid de 10 de enero de 2018, JUR\2018\50300 es un tanto diferente, pero llega a idéntica conclusión: ambas empresas son CEE, una de ellas, la entrante, cuenta con su propio convenio de empresa, donde no se hace referencia a la subrogación; sin embargo, la sentencia estima la obligatoriedad de la misma, pues estando regulada con carácter obligatorio la subrogación en el convenio nacional, no existe concurrencia entre los dos convenios, al no ser contradictorios, siendo de aplicación en materia de subrogación el convenio nacional.

59 Antonio Vicente Sempere Navarro, "El trabajo de los minusválidos...", 71.

60 En este sentido podemos ver las SSTSJ de Madrid de 28 de marzo de 2012, AS\2012\915; Andalucía de 30 de octubre de 2008, AS\2009\511; Madrid de 7 de febrero de 2007, AS\2007\2518. Vid. Vanessa Cordero Gordillo, *Régimen jurídico del empleo...*, 433; Ricardo Esteban Legarreta y Vicente Antonio Martínez Abascal, "La relación laboral...", 55; Carolina Gala Durán, "La relación laboral de carácter especial...", 99.

en otros supuestos se estimaba aplicable la subrogación por entender justamente lo contrario: que el convenio aplicable era el del concreto sector, pues el CEE actuaba en ese específico ámbito funcional⁶¹; llegándose a afirmar en algún caso que la no subrogación por los CEE podría considerarse discriminatoria (en este caso por razón de la no discapacidad de los trabajadores) y que generaba el efecto perverso de una situación de competencia desleal a favor de los CEE que gozarían de la ventaja o privilegio de eludir los costes subrogatorios a la hora de ofrecer sus servicios en el mercado⁶²; incluso se planteaba que en la práctica existía una imposibilidad legal de que los CEE pudiesen concurrir a la adjudicación de contrataciones o concesiones⁶³.

La cuestión aparece en la actualidad resuelta por parte de la jurisprudencia del TS que, de manera resumida, opta por considerar que al intervenir un CEE en una actividad regulada por un convenio de sector que impone la subrogación convencional, dicha obligación de subrogación también es de aplicación al CEE, de manera que deberá incorporar al personal no discapacitado y con contrato ordinario procedente de la anterior contratista. Qué duda cabe que ello representa un importante inconveniente para los CEE, pues al tener la obligación de mantener al menos un 70% de personal discapacitado, podría perfectamente peligrar su condición de CEE y las ayudas y subsidios públicos aparejados a tal condición. En la práctica ello va a suponer la retirada de muchos CEE de posibles ámbitos de negocio que supongan la sucesión de contrataciones.

Podemos acudir a la STS de 21 de octubre de 2010⁶⁴, que resolvía un caso de sucesión de contrataciones, en las que la empresa entrante era un CEE y la saliente una empresa ordinaria, estableciendo el convenio sectorial de limpieza la subrogación en caso de sucesión de contrataciones. El CEE se negó a la subrogación, siendo

61 Vid. SSTSJ de Murcia de 5 de diciembre de 2000, AS\2000\4165; Murcia de 5 de diciembre de 2000, AS\2001\141.

62 STSJ de Cataluña de 2 de diciembre de 2009, AS\2010\151.

63 Así la antes citada STSJ de Cataluña de 2 de diciembre de 2009, AS\2010\151.

64 RJ\2010\7821. Sobre la misma vid. Pedro Tuset del Pino, "Convenio colectivo de trabajo aplicable y efectos subrogatorios mediando una sucesión de contrataciones de servicio entre una empresa ordinaria y un centro especial de empleo. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2010", *Información Laboral* 4 (2011): 14 y ss.

demandado por despido por parte de los trabajadores afectados. El CEE se oponía a la subrogación en base a dos argumentos básicos: en primer lugar, que si bien el convenio del sector de limpieza preveía la subrogación, ésta no resulta obligatoria para un CEE pues su plantilla debe estar conformada como mínimo en un 70% por trabajadores discapacitados y la subrogación alteraría dicho porcentaje. De otro lado, la subrogación ocasionaría una discriminación indirecta al perjudicar la integración de las personas con discapacidad, objetivo final de todo CEE.

El CEE defendía el carácter no dispositivo del convenio colectivo de CEE; es decir, afirmaba que estaba incluida en el ámbito de aplicación de este convenio colectivo, pretendiendo así evitar la aplicación del convenio de sector de la limpieza. Sin embargo, el TS al evidenciar que el CEE se dedicaba a la actividad de limpieza, habiendo contratado con la empresa principal el desarrollo de esta actividad y siendo claro, además, la existencia de un convenio de sector de la limpieza que incluía a todas las empresas y trabajadores dedicados a dicha actividad, sin exclusión expresa de los CEE, considera que si bien el ámbito de aplicación de los convenios no es dispositivo, también resulta de aplicación con carácter imperativo el convenio de sector de la limpieza⁶⁵. De otro lado, considera viable la aplicación del convenio de sector de la limpieza, pues el propio convenio de CEE señala que podrán dedicarse a cualquier actividad, pero en igualdad

65 Señala la sentencia:

“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 “... afectará 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”.

de condiciones con el resto de empresas que operen en el mercado, de donde se deduce también la necesidad de respetar la obligación de subrogación⁶⁶.

Debemos plantearnos si esta respuesta del TS es coherente con la respuesta del mismo TS sobre la cuestión analizada en el epígrafe anterior: cuál es el convenio aplicable a los CEE, pues se está defendiendo la solución contraria; es decir, la aplicación del convenio colectivo de sector. Debemos aclarar que en este caso, al analizar la aplicación de la subrogación convencional, el TS defiende tan sólo la aplicación de una norma concreta del convenio de sector, la relativa a la subrogación, con el objetivo de garantizar la protección de los trabajadores de la empresa saliente (sea esta ordinaria o CEE) y la igualdad en las reglas de competencia entre contratistas; en modo alguno se defiende la aplicación de la totalidad del convenio de sector⁶⁷.

En definitiva, lo que se está planteando es que en la concreta actividad (en el caso en cuestión era la limpieza),

66 Señala esta sentencia que

“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”.

67 Vid. en este sentido las SSTs de 23 de septiembre de 2014, RJ\2014\4959; 10 de febrero de 2014, RJ\2014\1622; 9 de diciembre de 2015, RJ\2015\6218; o las SSTSJ de Canarias de 20 de febrero de 2020, JUR\2020\278959; Asturias de 23 de mayo de 2017, AS\2017\977.

“Se establece, por tanto, una específica regulación y obligaciones para las empresas que en la referida provincia, y sea cualquiera su forma jurídica, que desenvuelvan la actividad de limpieza e higienización, las que es dable entender que no pueden ser obviadas por otras empresas que, aunque en sus estatutos no figuren como su actividad los servicios de limpieza se dediquen a dicha concreta actividad, aunque aleguen que están encuadradas en otros Convenios colectivos que regulan una actividad completamente distinta a la limpieza”⁶⁸.

De esta manera, si un CEE concurre a una contrata de una concreta actividad, cuyo ámbito es diferente al de su propio convenio colectivo (lo lógico es que el ámbito funcional del convenio de CEE sea mucho más amplio por agrupar a todo un conjunto de actividades), “deberá someterse a las normas convencionales aplicables en el sector en cuya actividad asume integrarse para realizar las funciones objeto del mismo; afectándole, en consecuencia, en el presente caso las normas cuestionadas sobre subrogación en el sector de la limpieza”⁶⁹.

De otro lado, respecto de la alegación de discriminación indirecta por perjudicar la subrogación al objetivo de la integración de los minusválidos, la STS de 21 de octubre de 2010 considera, tras analizar la doctrina constitucional sobre discriminación y la configuración de la discriminación indirecta, que la regla sobre subrogación convencional del convenio de sector no supone un tratamiento aparentemente neutro que causa una desventaja particular a las personas con discapacidad, sino que la regla sobre subrogación busca un fin absolutamente lícito y legítimo como es la estabilidad de los trabajadores que hayan prestado trabajo en la empresa saliente en una sucesión de contratas.

Por lo tanto, en el caso de regulación en el convenio de sector de la subrogación convencional, si el nuevo contratista que accede a la contrata es un CEE, aun teniendo su propio convenio colectivo, se ve afectado por la obligación subrogatoria, teniendo que asumir a trabajadores que no tienen la condición de

68 STS de 4 de octubre de 2011, RJ\2012\3353. En idéntico sentido la STS de 7 de febrero de 2012, RJ\2012\3753.

69 STS de 7 de febrero de 2012, RJ\2012\3753.

discapitados⁷⁰. Son evidentes algunas consecuencias de esta doctrina: en primer lugar, que ante la posibilidad de perder la condición de CEE por incumplir el porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad, los CEE se autolimiten a la hora de participar en este tipo de ámbito de negocio. De otro lado, que esa autolimitación supone reducir las posibilidades de alcanzar el objetivo último de estos CEE, la inclusión laboral de las personas con discapacidad; objetivo que, desde luego, tampoco parecería cumplirse si han de subrogarse empleando a trabajadores ordinarios⁷¹.

Pero, ¿y el supuesto contrario? Me refiero a los casos en que el contratista entrante sea una empresa ordinaria, mientras que el saliente es un CEE. ¿Debe la empresa ordinaria asumir a los trabajadores discapacitados pese a no tener la condición de centro especial de empleo?

Al igual que ha ocurrido en los casos en que la entrante es un CEE y la saliente una empresa ordinaria, también en este caso el punto de partida ha sido el de un conjunto de resoluciones de los TSJ que entendían que había de rechazarse la subrogación. Los argumentos han sido varios: en primer lugar, la subrogación no sería posible pues los trabajadores con discapacidad, debido a su situación, no pueden realizar una actividad en condiciones habituales en una empresa ordinaria; de ahí que se crearan los CEE. En segundo lugar, se estima que el convenio de sector no es aplicable a los CEE, pues estos cuentan con su propio convenio sectorial específico. De otro lado, se considera que la no subrogación de los trabajadores con relación laboral especial no es discriminatorio, pues la justificación de la exclusión de esta subrogación descansa sobre el hecho de que

70 Este conjunto de razonamientos doctrinales ha sido seguido por jurisprudencia posterior, como las SSTs de 4 de octubre de 2012, RJ\2012\10002; 20 de febrero de 2013, RJ\2013\3607; 9 de abril de 2013, RJ\2013\4150. Como es lógico, esta misma doctrina se ha seguido por parte de los TSJ: SSTSJ de Andalucía de 11 de octubre de 2011, AS\2011\2553; Andalucía de 27 de abril de 2011, AS\2011\2189; Andalucía de 16 de febrero de 2012, AS\2012\1790; Andalucía de 22 de febrero de 2012, AS\2012\680; Andalucía de 10 de mayo de 2012, AS\2012\1844; Madrid de 9 de mayo de 2018, AS\2018\1389.

71 José Luis Quintana Cortés y Antonio Ramón Rodríguez Castaño, "La reserva de contratos para centros especiales de empleo", *Anales de Derecho y Discapacidad* 4 (2019): 156.

mantienen una relación laboral especial que tiene como objetivo la integración superando las dificultades que limitan su capacidad⁷².

Sin embargo, una vez que el TS resolvió el supuesto contrario (CEE como contratista entrante y empresa ordinaria contratista saliente) a favor de la subrogación, se planteó por parte de diversas sentencias de los TSJ que también debía aplicarse dicha solución a estos casos de empresas ordinarias que como contratistas entrantes debían subrogar al personal con discapacidad de los CEE contratistas salientes⁷³.

Finalmente el Tribunal Supremo se inclinó por esta segunda postura en un conjunto de sentencias pronunciadas en un corto espacio de tiempo. Partiendo de la jurisprudencia antes analizada sobre el supuesto inverso (el contratista entrante es un CEE y el saliente una empresa ordinaria) y en la que se estima la obligación subrogatoria de los CEE, considera que pese a que la empresa ordinaria no puede mantener relaciones especiales para personas con discapacidad, pues no son CEE, sin embargo, debe proceder a asumir a tales trabajadores con discapacidad, estimando que “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”⁷⁴. Es decir, sería

72 Podemos encontrar estos argumentos en las SSTSJ de Madrid de 1 de marzo de 2010, JUR\2010\166349; Castilla y León de 10 de junio de 2009, JUR\2009\289302; País Vasco de 2 de junio de 2009, JUR\2009\371045; Madrid de 20 de noviembre de 2008, JUR\2009\90691; Madrid de 29 de enero de 2010, AS\2010\899; País Vasco de 11 de julio de 2006, AS\2007\1281; Valencia de 26 de julio de 2006, AS\2007\186; Cataluña de 18 de julio de 2000, AS\2000\3455. Vid. Vanessa Cordero Gordillo, *Régimen jurídico del empleo...*, 430; Ricardo Esteban Legarreta y Vicente Antonio Martínez Abascal, “La relación laboral...”, 53 y 54.

73 Así las SSTSJ de Castilla y León de 2 de noviembre de 2011, AS\2011\2578; 11 de octubre de 2011, AS\2011\2553.

74 STS de 9 de octubre de 2012, RJ\2013\1461. Añadía esta sentencia que “tan solo se trata de aplicar una norma, 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 podría ser interpretada introduciéndolas. El artículo 17-1º del Estatuto de Los Trabajadores declara nulos y sin efecto los convenios colectivos, junto a otros supuestos rectores de

discriminatoria para los trabajadores con discapacidad la no subrogación por parte de la empresa entrante que no ostentase la condición de CEE. De otro lado, teniendo en cuenta los antecedentes en los que se defiende la subrogación cuando el CEE es el contratista entrante, donde rige el criterio funcional que determina la aplicación de las reglas sobre subrogación en el concreto ámbito sectorial; en este caso en que la contratista entrante es una empresa ordinaria, por idénticos motivos de aplicación del criterio funcional, debe procederse a la subrogación⁷⁵. Como es lógico, los TSJ han seguido esta línea jurisprudencial, admitiendo la subrogación en estos casos⁷⁶.

Este conjunto jurisprudencial del TS que acabamos de citar cuenta, no obstante, con un voto particular⁷⁷ que destaca que al producirse la subrogación, la relación laboral pierde la naturaleza de relación laboral especial, quedando sujeta completamente al ET al ser un contrato laboral común; produciéndose una novación contractual no prevista por las reglas subrogatorias del convenio, que solo prevén la alteración subjetiva de uno de los contratantes; razón por la que se estimaba que la solución debería haber sido la contraria. Al tratarse de una relación laboral especial configurada como supuesto de empleo protegido, se estima que debería mantenerse incólume la relación laboral especial. No obstante, debemos advertir contra este planteamiento que ha de recordarse que el objetivo de la relación laboral especial es servir como medio de inclusión de las personas con discapacidad en el empleo ordinario, por lo que la subrogación no sería sino una vía para lograr dicha inclusión.

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 (...).”

En la misma dirección las SSTS de 10 de octubre de 2012, RJ\2013\1463; 10 de octubre de 2012, RJ\2013\1464; 10 de octubre de 2012, RJ\2013\2392; 12 de diciembre de 2012, RJ\2012\11088; 18 de diciembre de 2012, RJ\2013\1760; 17 de abril de 2013, RJ\2013\5133; 22 de abril de 2013, RJ\2013\3845.

⁷⁵ Vid. STS de 10 de octubre de 2012, RJ\2013\1464; SAN de 12 de junio de 2012, AS\2012\2382.

⁷⁶ Vid. así las SSTSJ de Madrid de 11 de noviembre de 2015, JUR\2015\296895; Galicia de 22 de julio de 2015, AS\2015\1904; Extremadura de 22 de junio de 2017, AS\2017\1332.

⁷⁷ El voto particular se reitera, en diversas fórmulas en las SSTS de 9 de octubre de 2012, RJ\2013\1461; 10 de octubre de 2012, RJ\2013\1463; 10 de octubre de 2012, RJ\2013\1464; 10 de octubre de 2012, RJ\2013\2392; y 12 de diciembre de 2012, RJ\2012\11088.

Este planteamiento del TS tiene hoy día incluso un respaldo normativo, pues la LCSP de 2017 (Ley 9/2017, de 8 de noviembre) establece en su art. 130.2 segundo párrafo que “Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato”. Este precepto, que se diferencia de la subrogación prevista por el apartado primero del art. 130, en el sentido de que este último recoge la posibilidad de una subrogación convencional, parecería estar concretando una subrogación de carácter legal, al no condicionarla a la existencia de convenio colectivo alguno, lo que ha hecho sostener a un sector de la doctrina que existiendo un deber legal de subrogación, resulta aplicable el art. 44 ET y no la doctrina de la subrogación convencional o ex convenio⁷⁸.

En conclusión, la posición actual de la jurisprudencia es la de admitir la subrogación de trabajadores, tanto de trabajadores ordinarios por un CEE si este es el nuevo contratista, como por las empresas ordinarias respecto de trabajadores con discapacidad. En el primer caso, trabajadores ordinarios que son subrogados por el CEE, existe el problema ya señalado del incumplimiento del porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad, por lo que parece necesario una reforma del RD 1368/1985 para que este personal subrogado (y que previsiblemente en el futuro pasará a desarrollar sus servicios para una nueva contratista) no entre en el cómputo de ese porcentaje mínimo. En el segundo caso, trabajadores con discapacidad que tienen una relación laboral especial y son subrogados por una empresa ordinaria, se produce una novación contractual que no está recogida en modo alguno por el ordenamiento, por lo que sería relevante reformar la actual regulación de la relación laboral especial para incorporar esta cuestión⁷⁹.

78 Fernando Valdés Dal Re, “Las medidas de la LCSP en relación con el empleo de las personas con discapacidad y los principios de igualdad y no discriminación”, *Derecho de las Relaciones Laborales* 8 (2018): 927.

79 Sobre ambas propuestas de reforma, realizadas por el Cermi, vid. Josep María Fuste Miquela, “Contratación, extinción del contrato y subrogación contractual...”, 204-206.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso García, Belén. “La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo”. *Tribuna Social* 91 (1998).
- Alvarez de la Rosa, Manuel. “La regulación especial del trabajo de los minusválidos (y II)”. *Relaciones Laborales* Tomo I (1987).
- Castro Argüelles, María Antonia. “La relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los Centros Especiales de Empleo”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 118 (2015).
- Cordero Gordillo, Vanessa. *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Esteban Legarreta, Ricardo y Martínez Abascal, Vicente Antonio. “La relación laboral especial de los minusválidos”. *Tribuna Social* 91 (1998).
- Esteban Legarreta, Ricardo. “La relación laboral especial. Algunas cuestiones vertebradoras de su régimen jurídico”. En AA.VV. R. y Pérez de los Cobos, F. *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*. Dirigidos por Esteban Legarreta. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- Fuste Miquela, Josep María. “Contratación, extinción del contrato y subrogación contractual”. En AA.VV. *La aplicación del Derecho del Trabajado en los centros especiales de empleo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- Gala Durán, Carolina. “La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los Centros Especiales de Empleo”. *Temas Laborales* 55 (2000).
- García Valverde, María Dolores y González de Patto, Rosa María. “Discapacidad y trabajo. Un balance tras el año europeo de las personas con discapacidad”. *Temas Laborales* 75 (2004).
- Garrido Pérez, Eva. *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- Quintana Cortes, José Luis y Rodríguez Castaño, Antonio Ramón. “La reserva de contratos para centros especiales de empleo”. *Anales de Derecho y Discapacidad* 4 (2019).
- Sempere Navarro, Antonio Vicente. “El trabajo de los minusválidos: problemas de su regulación”. *Tribuna Social* 91 (1998).
- Tuset del Pino, Pedro. *La contratación de trabajadores minusválidos*. Pamplona: Aranzadi, 2000.

Valdés Dal Re, Fernando. “Las medidas de la LCSP en relación con el empleo de las personas con discapacidad y los principios de igualdad y no discriminación”. *Derecho de las Relaciones Laborales* 8 (2018).

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ
Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Departamento de Derecho Público y del Trabajo
Facultad de Derecho
Universidad de Huelva
juan.gorelli@dam.uhu.es
<https://orcid.org/0000-0003-4452-3068>