

Es improcedente el despido de una trabajadora, en un caso de subrogación contractual en el que la empresa se negó a subrogarse en el lugar de la anterior contratante por tener en vigor un contrato a jornada completa con dicha trabajadora

La Sala afirma que no cabe reputar ilícito el desempeño de las dos jornadas, que hasta la subrogación no lo era. Las consecuencias de la subrogación deberán medirse del lado del trabajador de forma que lo que ha resultado lícito hasta la fecha no deje de serlo al operar un mecanismo con el que se le pretende beneficiar, y sin que el obviar la subrogación le beneficie porque había supuesto la expulsión de su plantilla por la empresa saliente. Su incorporación a la empresa entrante es el resultado de unas previsiones jurídicas específicas del sector, su puesto de trabajo es distinto en cada una de las contratantes y en el futuro podría operarse otro cambio en las adjudicaciones y disgregarse nuevamente en dos la figura de la empleadora. Por esta razón solo se consigue la finalidad protectora de las normas dejando que opere la subrogación de la empresa entrante. Emite voto particular la Magistrada Excm. Sra. D.^a María Lourdes Arastey Sahun.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia de 01 de junio de 2012

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 1630/2011

Ponente Excmo. Sr. MILAGROS CALVO IBARLUCEA

En la Villa de Madrid, a uno de Junio de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado Sr. Casado López en nombre y representación de EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS SA. contra la sentencia dictada el 28 de enero de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en recurso de suplicación n.º 1444/10, interpuesto contra la sentencia de fecha 4 de junio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 5 de las Palmas de Gran Canaria, en autos núm. 269/10, seguidos a instancias de Dña. Ariadna contra la ahora recurrente, AEROMEDICA CANARIA S.L., INSTITUTO DE ASISTENCIA SOCIO SANITARIA, y FOGASA sobre Despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido AEROMEDICA CANARIA SL representada por el procurador Sr. Bufala Balmaseda.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4-06-2010 el Juzgado de lo Social n.º 5 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " 1.º.- Que Dña. Ariadna ha venido prestando sus servicios para la empresa AEROMÉDICA CANARIA S.L. desde el 13 de agosto de 2007, con la categoría profesional de auxiliar de clínica, percibiendo un salario diario de 30,87 euros, con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias y prestando servicios en el Pabellón Norte de la Residencia Mixta de pensionistas de Taliarte. Que la actora presta asimismo trabajos a jornada completa como gerocultora para EULEN Servicios Socio Sanitarios S.A. con antigüedad de 8 de mayo de 2004, en el Pabellón Sur de la residencia Mixta de pensionistas de Taliarte, con salario de 40,29 euros diarios, con inclusión de la prorrata de las pagas extraordinarias. 2.º. - Que el día 21 de enero de 2010 la empresa le entregó carta en la que le comunicaba que, por Decreto de adjudicación emitido por el Instituto de Atención Social y Socio Sanitaria del Cabildo Insular de Gran Canaria, de fecha 8 de enero de 2009, se adjudicaba la prestación del servicio público del Pabellón Norte de la Residencia Mixta de pensionistas de Taliarte a otra empresa, en concreto, EULEN Servicios Socio Sanitarios S.A., comunicándole que en virtud del pliego de condiciones de la concesión administrativa otorgada, así como según el Convenio colectivo de aplicación, la empresa entrante debía subrogarse en la prestación de trabajo que la actora desarrollaba en el citado Pabellón. 3.º.- Que la empresa EULEN Servicios Socio Sanitarios S.A. se ha subrogado en el caso de 73 trabajadores de AEROMÉDICA que prestaban servicios en el Pabellón Norte de la referida residencia, si bien no en el caso de la trabajadora y seis trabajadores más, constanding expresamente que el motivo de negativa a la subrogación por parte de la empresa que iniciaba la prestación de servicios como contratista fue el hecho de que la trabajadora ya prestaba servicios en régimen de jornada completa para esta misma empresa en el Pabellón sur de la referida residencia. 4.º.- Que según el pliego de cláusulas administrativas del expediente de contratación de la concesión administrativa correspondiente al Pabellón Norte de la Residencia Mixta de pensionistas de Taliarte, "(...) la subrogación se producirá exclusivamente en los contratos de los trabajadores que sean necesarios para cubrir los puestos de trabajo que se establecen en este pliego y en el de prescripciones técnicas(...). 5.º.- Que la actora no

ostenta ni ha ostentado en el año anterior la cualidad de representante unitario o sindical de los trabajadores. 6.º.- Que en fecha 25 de febrero de 2010, tuvo lugar el acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado de intentado sin avenencia, habiéndose presentado la papeleta de conciliación el día 11 de febrero de 2010."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que con estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva del INSTITUTO DE ASISTENCIA SOCIO SANITARIA, se estima la demanda promovida por Dña. Ariadna, frente a las empresas INSTITUTO DE ASISTENCIA SOCIO SANITARIA, EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS S.A., AEROMÉDICA CANARIA S.L., y Fondo de Garantía Salarial, declarando la improcedencia del despido de que fue objeto la demandante y condeno a AEROMÉDICA CANARIA S.L. a readmitirla en su puesto de trabajo o alternativamente abonarle la cantidad de dos mil setecientos setenta y ocho euros con treinta céntimos (2.778,30 euros), en concepto de indemnización, mediante opción que deberá ejercitarse en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia por escrito o mediante comparecencia ante este Juzgado, con la advertencia que de no optar expresamente dentro de ese plazo, se entenderá obligatoria la readmisión, con abono en ambos casos, sea cual sea el sentido de la opción, de la cantidad de tres mil setecientos noventa y siete euros con un céntimo (3.797,01 euros), en concepto de salarios de tramitación devengados hasta la fecha, más a un haber diario de cuarenta y siete euros con veinticinco céntimos (30,87 euros) (SIC), desde la fecha, hasta que se notifique la presente resolución. Del mismo modo, se condena a EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS S.A. y al Fondo de Garantía Salarial a estar y pasar por esta resolución."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por AEROMEDICA CANARIA S.L. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, la cual dictó sentencia en fecha 28-01-2011, en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por AEROMEDICA CANARIA S.L., contra sentencia del Juzgado de lo Social de referencia de fecha 4 de junio de 2010, en reclamación de despido y en consecuencia revocamos la sentencia de instancia en el sentido de imputar la responsabilidad del despido a la empresa entrante EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS S.A., manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia. Devuélvase a la recurrente el depósito efectuado y cancélese el aseguramiento prestado."

TERCERO.- Por la representación de EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS SA. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 25-05-2011. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del T.S.J. del País Vasco de 20 de marzo de 2002 (R- 2149/01).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 15-11-2011 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 7-03-2012, fecha en que tuvo lugar.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 7 de marzo de 2012, en que tuvo lugar. En este acto, la Magistrada Ponente Excm. Sra. D.ª Maria Lourdes Arastey Sahun, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia a la Excm. Sra. D.ª Maria Milagros Calvo Ibarlucea. Se han cumplido en la tramitación del presente recurso las exigencias legales, salvo la relativa al plazo para dictar sentencia dada la complejidad y transcendencia del presente asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante ha venido prestando servicios por cuenta de AeroméDica Canaria S.L con categoría de auxiliar de clínica, en el Pabellón Norte de la Residencia Mixta de pensionistas de Taliarte en jornada parcial. Simultáneamente y para la empresa Eulen Servicios Socio Sanitarios S.A., prestaba servicios en jornada completa en el Pabellón Sur de la Residencia Mixta de pensionistas de Taliarte. El Cabildo Insular de Gran Canaria adjudicó la prestación del Servicio Público del Pabellón Norte a Eulen Servicios Socio Sanitarios S.A. y AeroméDica Canaria S.L. comunicó a la actora que la nueva adjudicataria debía subrogarse en la relación hasta entonces mantenida. Eulen rechazó la subrogación de la actora y de otros seis trabajadores mas con base en que los mismos ya prestan servicios en jornada completa para Eulen con categoría de gerocultora. Promovida demanda por despido el Juzgado de lo Social nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria, estimó la excepción de falta de legitimación pasiva del Instituto de Asistencia Socio Sanitaria y se declara la improcedencia del despido condenando a AeroméDica Canaria S.L. a la readmisión o indemnización. En suplicación, recurso interpuesto por AeroméDica Canaria S.L., la sentencia recurrida estima el recurso y con revocación de la sentencia, imputa la responsabilidad por el despido a Eulen Servicios Sociosanitarios S.A., razonando que no nos hallamos ante una sucesión convencional sino ante una sucesión legal por al vía del art. 44 que opera por una doble vía recibiendo la nueva adjudicataria industria en explotación sin que sea de aplicación la sucesión del convenio que opera en omisiones de aquella subrogación legal, con independencia de las decisiones que pueda posteriormente adoptar la empresa entrante para dar cumplimiento a lo previsto en el art. 34 del Estatuto de los Trabajadores, transcrito en el art. 37 del Convenio Colectivo.

Recorre Eulen Servicios Sociosanitarios en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 20 de marzo de 2002 por el Tribunal Superior de Justicia de Vizcaya.

En la sentencia de comparación la trabajadora venía prestando servicios para dos empresas de limpieza y mantenimiento, en jornadas de 18 y 36 horas, en la Casa de Cultura y en el ambulatorio. El Ayuntamiento que actuaba como principal adjudicó la contrata de la Casa de Cultura a la empresa para la que la actora prestaba servicios en jornada de 36 horas, la cual denegó la subrogación por entender que esta resultaba imposible al desempeñar jornada completa, previamente la anterior adjudicataria había dado a conocer a la demandante que ya no seguiría prestando servicios. La demanda por despido fue desestimada por el Juzgado de lo Social que absolvió a ambas empresas. En suplicación, formulada por la trabajadora, la sentencia desestima la pretensión partiendo de que debe operar la subrogación por estricta exigencia del Convenio, pero como quiera que la situación de la trabajadora debe acomodarse a las previsiones que sean de derecho necesario, concretamente las que afectan a la jornada, con un máximo de 36 horas, confirma la inexistencia de despido y con ello la pérdida de la jornada sin derecho a indemnización. Concorre entre ambas resoluciones la preceptiva contradicción, en los términos exigidos por el art. 217 de la L.P.L., sin que en este caso sea óbice el que los Convenios Colectivos de aplicación pertenezcan a distintos territorios, dado que la regulación es coincidente, salvo en cuanto a la duración de la jornada máxima, 40 horas en el convenio aplicable en la recurrida y 36 en la sentencia de contraste.

La recurrente alega la infracción del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, al considerar que la imposición de subrogación por la sentencia de contraste la obliga a incurrir en la prohibición de superar un límite, el de la jornada, establecida como Derecho necesario.

La cuestión se plantea a propósito de un cambio de contrata en el sector de servicios de Asistencia a Personal Dependientes en el que no es infrecuente la prestación de servicios en diferentes tramos de jornada y para distintos centros de trabajo, en unos casos para la misma empleadora y en otros para varias empresas.

La censura jurídica de la recurrente, adjudicataria de un servicio en una residencia geriátrica, se dirige contra la resolución impugnada ante las consecuencias derivadas de las circunstancias en las que se desenvolvía la prestación de servicios.

Así, la trabajadora estaba sujeta a dos jornadas diferentes, con dos contratos distintos, en los centros de trabajo, para dos empleadoras y desempeñando sus funciones con arreglo a dos categorías.

En esas condiciones cuando se produce un cambio trascendental, la adjudicación del servicio en el centro de trabajo en el que la actora presta servicios en jornada parcial y para otra empleadora.

A partir de ese momento entra en juego el mecanismo de subrogación al operarse la transmisión de un conjunto productivo, el de un establecimiento en donde se prestan servicios de alojamiento, alimentación, lavandería, limpieza, recepción, administrativos, mantenimiento, transporte, peluquería y podología, con transmisión a la adjudicataria de todos los elementos necesarios, con arreglo a las previsiones del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

La cuestión que se plantea es en qué medida la subrogación puede estar condicionada por las circunstancias personales de empleo del trabajador afectado. En el presente caso, esas circunstancias llevan a la consecuencia de que, si se produce la subrogación de la adjudicataria entrante, la trabajadora estaría desempeñando para una misma empleadora una jornada completa y otra parcial con que se superaría el límite impuesto de jornada máxima, legal o convencional.

Ante todo debe estarse a la finalidad perseguida por la subrogación, tanto si se está a la prevista en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores como a la que se establece en el Convenio de particular aplicación, que es la estabilidad en el empleo, amenazada por el singular sector de empresas de servicios en las que con o sin transmisión de elementos patrimoniales, el contenido de su negocio depende de las adjudicaciones. La reducción de la actividad podría justificar la amortización del puesto de trabajo en los términos del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, en el caso de hallarnos en una relación laboral sin las peculiaridades de las que afectan a las empresas del sector al que nos referimos, o a una modificación de las condiciones de trabajo regulada en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, tal como se contempla en las Sentencias del 7 de abril de 2000 (R.C.U.D. 1746/1999 y de 20 de noviembre de 2000 (R.C.U.D. 1417/2000) en las que la reclamación provenía de trabajadores que conservaban parte de su jornada con la empresa saliente a la par que conforme al Convenio Colectivo la subrogación de la empresa entrante no procedía debido a la falta de requisitos para imponer esa obligación.

En el caso de la demandante y siendo la subrogación la solución ajustada al marco legal y al convencional, las consideraciones atinentes al límite de jornada llevan, en el caso de la sentencia recurrida a una reducción de jornada a efectuar por la empresa entrante y a una extinción indemnizada por la empresa saliente en la sentencia de contraste.

Es doctrina casacional reiterada, que "superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas" (STS 30/01/03 - rec. 1429/01); o lo que es igual, "la Sala debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a derecho para el caso controvertido, que puede ser la de alguna de las sentencias comparadas o solución distinta que la Sala establezca como doctrina unificada" (SSTS 14/07/92 - rec. 2273/91 -; 22/09/93 -rec. 4123/92 -; y 21/12/94 -rec. 1466/94 -). Criterio ratificado por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, pues "el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores", S.T.C. 172/1994, la Sala no se encuentra vinculada en unificación por ninguna de las doctrinas contrapuestas, razón por la que a la hora de resolver acerca del modo en que deba operar la subrogación y sus consecuencias, la decisión deberá apartarse de ambas ya que ninguna satisface enteramente la finalidad estabilizadora de empleo de las normas que lo protegen.

La Sala no considera que la situación creada con la subrogación, justificada desde el punto de vista convencional por venir adornada de todos los requisitos exigibles, deba desembocar en una aplicación parcial de sus consecuencias, conservar el puesto y reducir la jornada.

No cabe reputar ilícito el desempeño de las dos jornadas, que hasta la subrogación no lo era. Las consecuencias de la subrogación deberán medirse del lado del trabajador de forma que lo que ha resultado lícito hasta la fecha no deje de serlo al operar un mecanismo con el que se le pretende beneficiar, y sin que el obviar la subrogación le beneficie porque había supuesto la expulsión de su plantilla por la empresa saliente. Su incorporación a la empresa entrante es el resultado de unas previsiones jurídicas específicas del sector, su puesto de trabajo es distinto en cada una de las contratantes y en el futuro podría operarse otro cambio en las adjudicaciones y disgregarse nuevamente en dos la figura de la empleadora. Por esta razón solo se consigue la finalidad protectora de las normas dejando que opere la subrogación de la empresa entrante, al no estar en discusión que se cumplen los requisitos necesarios, y que la incorporación de la trabajadora se mantenga en dos jornadas separadas a todos los efectos en las mismas condiciones en las que operaría su relación de pertenecer a una sola empresa con varias contrataciones y sin que sea óbice la limitación de jornada ya que en una categoría, la de gerocultora y en un centro de trabajo, el Pabellón sur, desempeña una jornada y en otra categoría, la de auxiliar de clínica y otro centro, el Pabellón Norte desempeña otra, por lo que se mantienen idénticas las condiciones de ahí que si bien se acepta la tesis de la sentencia recurrida en cuanto a imponer la subrogación a la nueva adjudicataria, sin embargo, no cabe contemplar, por el solo hecho de la misma, una modificación de sus condiciones.

En virtud de lo acordado y visto el informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso, con imposición de las costas a la recurrente.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado Sr. Casado López en nombre y representación de EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS SA. contra la sentencia dictada el 28 de enero de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en recurso de suplicación n.º 1444/10, interpuesto contra la sentencia de fecha 4 de junio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 5 de las Palmas de Gran Canaria, en autos núm. 269/10, seguidos a instancias de Dña. Ariadna contra la ahora recurrente, AEROMEDICA CANARIA S.L., INSTITUTO DE ASISTENCIA SOCIOSANITARIA, y FOGASA sobre Despido. Con imposición de las costas a la recurrente, así como la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino oportuno.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de Procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D.ª Maria Lourdes Arastey Sahun DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL Art. 260.2 DE LA LEY ORGANICA del PODER JUDICIAL RESPECTO DE LA SENTENCIA DICTADA EL 1 DE JUNIO DE 2012 EN EL RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA N.º 1630/2011

De conformidad con lo establecido en el art. 260. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina número 1907/2010 para sostener la posición que mantuve en la deliberación, acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC.

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

Este Voto Particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- Conviene recordar que las empresas codemandas se rigen por el Convenio Colectivo Marco Estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal. El primer apartado de su art. 63 dispone: " *Adscripción del personal en las empresas, centros y servicios afectados por el ámbito funcional de presente convenio. Con el fin de mantener la estabilidad del personal en el empleo, conseguir la profesionalización del sector y evitar en la medida de lo posible la proliferación de contenciosos, ambas partes acuerdan la siguiente regulación:*

Al término de la concesión de una contrata, el personal adscrito a la empresa saliente, de manera exclusiva en dicha contrata, pasará a estar adscrito a la nueva empresa titular de la contrata, quien se subrogará en todos los derechos y obligaciones que tuvieran reconocidos en su anterior empresa, debiendo entregar al personal un documento en el que se refleje el reconocimiento de los derechos de su anterior empresa, con mención expresa al menos a la antigüedad y categoría, dentro de los treinta días siguientes a la subrogación. (...).

A ello se añade que el pliego de condiciones de concesión administrativa por la que el Cabildo Insular de Gran Canaria procede a la adjudicación también impone la obligación de subrogación (hechos probados segundo y cuarto de la sentencia de instancia).

Por tanto, no hay duda alguna en este caso de que los trabajadores que venían prestando servicios en el Pabellón Norte de la Residencia Mixta de Pensionistas de Taliarte se hallaban amparados por el derecho al mantenimiento de sus relaciones laborales pese a la pérdida de la contrata por parte de su empleadora en beneficio de la empresa entrante; lo que hace ocioso acudir aquí a la doctrina sobre la acomodación del art. 44 ET a la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, que esta Sala viene manteniendo desde 2004 (STS de 20 -rcud. 4424/2003 - y 27 de octubre de 2004 -rcud. 899/2002-) y de la que resultan ejemplos recientes las STS de 28 de abril de 2009 (rcud. 4614/2007), 7 de diciembre de 2011 (rcud. 4665/2010), puesto que, en todo caso, el carácter voluntario o no de la asunción de la plantilla de la empresa saliente no afectaría al alcance de la obligación de subrogación, como ya estableció la sentencia el TJCE de 24 de noviembre de 2002 (Asunto Temco Service Industries, C-51/00), en el que la nueva empresa se hizo cargo del personal en cumplimiento de una cláusula del convenio colectivo aplicable.

SEGUNDO.- Partiendo del dato de que la empresa entrante, ahora recurrente, asumió la prestación del servicio y se hizo cargo de las instalaciones del centro y de la práctica totalidad de la plantilla de la saliente, hemos de discernir si puede entenderse que su negativa a incluir a la actora en la subrogación constituye el despido que se le achaca en la sentencia recurrida.

Ha de recordarse que, hasta el momento en que se produjo el cambio de adjudicataria, la trabajadora demandante, mantenía una situación de pluriempleo.

La circunstancia de que el cambio de empresario se produjera entre sus dos empleadoras, provocó, en el caso de la actora, la pérdida de uno de dichos empleos (el que desarrollaba a jornada parcial). Sin embargo, la trabajadora no ha visto afectado el empleo que ya tenía con la empresa ahora recurrente.

Este último dato hace de difícil aceptación que el despido derive de quien sigue siendo el empresario de la trabajadora despedida. La solución que alcanza la sentencia recurrida se torna antitética. Conduce a la asunción de la tesis de que las partes de un contrato de trabajo pueden estar ligadas entre sí por dos vínculos contractuales laborales distintos pero simultáneos. Tal sucede al sostenerse que la empresa EULEN es a la vez empleadora a jornada completa respecto de los servicios del centro Sur y ha despedido improcedentemente respecto de los servicios del centro Norte. La decisión de duplicación habrá de implicar, lógicamente, que la empresa mantenga a su trabajadora y, al mismo tiempo, opte entre su readmisión o la extinción indemnizada de la relación (respecto de la que hubiera procedido la subrogación).

Ello no se contradice por la circunstancia que se pone de relieve en la tesis de la mayoría de que las categorías profesionales eran distintas, pues aunque, ciertamente formalmente así constaba, nada se acredita sobre la efectividad de un desempeño de funciones diferentes. La literalidad de una diferente nomenclatura en las hojas de salario no puede ocultar la realidad de la situación ni altera el criterio que hasta ahora vengo señalando.

Ocurre, además, que ese dato de la categoría profesional -sobre el que la sentencia de la mayoría hacer recaer gran parte del peso de su decisión- no se corresponde con la clasificación del Convenio colectivo, en donde no existe la denominación de "auxiliar de clínica" y sí, en cambio, la de "gerocultor"; definida ésta como "... *el personal que, bajo la dependencia del director del centro o persona que se determine, tiene como función principal la de asistir y cuidar a los usuarios en las actividades de la vida diaria que no puedan realizar por si mismos y*

efectuar aquellos trabajos encaminados a su atención personal y de su entorno ". Y se añade que, entre otras, " sus funciones son: Higiene personal de los usuarios. Según el plan funcional de los centros, debe efectuar la limpieza y mantenimiento de los utensilios de los usuarios, hacer las camas, colaborar en mantener ordenadas las habitaciones, recoger la ropa, llevarla a la lavandería y encargarse de la ropa personal de los usuarios. Dar de comer a aquellos usuarios que no lo puedan hacer por si mismos. En este sentido, se ocupará igualmente de la recepción, distribución y recogida de las comidas a los usuarios. Realizar los cambios de postura y aquellos servicios auxiliares que de acuerdo con su preparación técnica le sean encomendados. Comunicar las incidencias que se produzcan sobre la salud de los usuarios. Limpiar y preparar el mobiliario, materiales y aparatos de botiquín. Acompañar a los usuarios en las salidas que este deba realizar ya sean para citas médicas, excursiones, gestiones, etc. Colaborar con el equipo de profesionales mediante la realización de tareas elementales que complementen los servicios especializados de aquellos, en orden a proporcionar la autonomía personal de los usuarios y su inserción en la vida social. Atender, siempre dentro de las pautas que marquen la dirección y el plan funcional, a los familiares de los usuarios y colaborar a la integración de éstos en la vida del centro. En todas las relaciones o actividades con los usuarios, procurar complementar el trabajo asistencial, educativo y formativo que reciban de los profesionales respectivos. En ausencia de la ATS/DUE podrá hacer la prueba de glucosa, utilizar la vía subcutánea para administrar insulina y heparina a los usuarios, siempre que la dosis y el seguimiento del tratamiento se realice por personal médico o de enfermería. En general, todas aquellas actividades que no habiéndose especificado antes le sean encomendadas y siempre que estén incluidas en el ejercicio de su profesión y preparación técnica". Todo ello hace de difícil comprensión que la denominación de "auxiliar de clínica" pueda comportar tareas distintas de las que pudiera tener atribuidas la trabajadora en los dos centros sobre los que gira la controversia.

Se trata en este caso de una duplicidad de posturas que nos ha de llevar a sostener que, en efecto, en el excepcional supuesto que aquí se plantea, la obligación de subrogación en los trabajadores adscritos a la contrata era de imposible cumplimiento respecto de quien ya era trabajadora de la empresa entrante. Y ello porque, a diferencia de la conclusión a la que llega la sentencia recurrida, si la nueva adjudicataria hubiera incluido a la actora entre los trabajadores subrogados, inmediatamente después de su incorporación, se habría visto obligada a adecuar su jornada a los límites máximos legales o convencionales. Si ése hubiera sido el cauce utilizado para solventar la situación, no hubiera podido accionarse por despido; ni frente a la entrante, ni tampoco frente a la saliente, pues no cabría aducir que se había rechazado la integración. Y, desde luego, en tal caso, no estaría en juego la valoración de la pérdida de un empleo. La acción de despido tiene como presupuesto la negación del vínculo laboral, pero no puede servir para atacar las disminuciones de jornada (así lo indicaban las STS de 7 de abril -rcud. 1746/1999 - y 20 de noviembre de 2000 -rcud. 1417/2000 -).

La cuestión de la jornada se torna crucial, pues las normas sobre limitación del tiempo de trabajo actúan con carácter imperativo para salvaguardar la finalidad protectora de la salud e integridad de los trabajadores. Abrir la posibilidad de dobles jornadas para un mismo empleador -no es momento aquí de efectuar un examen crítico sobre la aceptación del pluriempleo sin límite- provoca el peligro de consagrar la desmembración de múltiples jornadas parciales para un mismo empresario bajo la cobertura de contrataciones separadas, eludiendo así aquellos límites sobre tiempo de trabajo (en esencia, la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo).

En consecuencia, entiendo que no existió despido por parte de la nueva adjudicataria del servicio por lo que la sentencia recurrida debía ser casada y anulada, tal y como también sostuvo el Ministerio Fiscal en su informe.

TERCERO.- Lo anteriormente expuesto nos obligaba a resolver el debate suscitado en suplicación. En aquel recurso era la empresa saliente la que postulaba la revocación de la sentencia del Juzgado y, por tanto, su absolución.

Se sostuvo allí por dicha recurrente que la subrogación era obligatoria y previa a cualquier decisión que la empresa entrante pudiera efectuar respecto de la reducción de la jornada. Sin embargo, tras lo que vengo diciendo el orden de los factores ha de ser completamente el opuesto.

Dos son las razones que apoyan esta conclusión:

1.- La obligación de subrogación tiene como presupuesto necesario la inexistencia de vínculo contractual laboral entre los trabajadores adscritos a la contrata y la nueva adjudicataria de la misma.

La subrogación implica una novación subjetiva, de carácter modificativo (art. 1203 Código Civil), que afecta a la persona del empresario, manteniéndose el resto de elementos del contrato de trabajo. Tras la novación, el vínculo liga al trabajador con un nuevo empresario, que debe respetar las condiciones del contrato en el que se subroga.

Mas si ese vínculo contractual ya existía, no podrá hablarse de subrogación en la posición empresarial, por más que se amplíe la actividad en que la prestación de servicios consiste, pues el objeto del contrato de trabajo sigue siendo el mismo: la prestación de servicios retribuidos y por cuenta ajena.

De ahí que si en el cambio de adjudicataria de la contrata se da la coincidencia de que la nueva ya era empleadora del trabajador, caben tres situaciones hipotéticas: a) que el trabajador realizara jornada parcial en ambas

empresas; en cuyo caso la asunción de la contrata implicará al ampliación de jornada, hasta la suma de las jornadas parciales realizadas; b) que el trabajador realice igualmente jornada a tiempo parcial para las dos empleadoras, pero la suma de ambas supere el límite máximo, en cuyo caso, la subrogación solo podrá ser parcial (tal era el supuesto sobre el que recayó la STS de 15 de enero de 2007 -rcud. 2920/2005 -, si bien la Sala no entró sobre el fondo del asunto por falta del requisito de contradicción); y c) que la jornada en la entrante ya fuera a tiempo completo, como en el caso que aquí contemplamos.

Negando que en cualquiera de estos supuestos pueda hablarse de despido por parte de la empresa entrante, las discrepancias derivadas de la jornada resultante tras la asunción de la contrata habrán de ventilarse mediante el procedimiento correspondiente. Sin perjuicio, no obstante, de cual haya de ser la responsabilidad de la empresa saliente en aquellos casos en la subrogación deviene imposible por la concurrencia de ese nexo contractual previo del trabajador con la nueva adjudicataria

2.- Precisamente, en relación a esa responsabilidad ha de recordarse que la finalidad de las cláusulas convencionales que imponen la subrogación, como los principios y objetivos de la Directiva 2001/23/CE (art. 4.1: "*El traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de éstos no constituirá en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo*") y de su plasmación legal en el art. 44.1 ET es el mantenimiento de la relación laboral y las garantías de los trabajadores.

Estos fines se verían escamoteados de sostenerse que la subrogación se ha de producir en todo caso, y con independencia de la ulterior reducción de jornada -como pretendía el recurso de suplicación-. De darse tal respuesta, el resultado para la trabajadora sería el de la pérdida de un empleo.

Por el contrario, se ha de mantener que la subrogación por parte de la nueva adjudicataria del servicio solo abarca a aquellos trabajadores que hasta el momento formaban parte de su plantilla, puesto que, respecto de los que ya estaban integrados en la misma, ninguna obligación puede derivarse ni del convenio, ni de las disposiciones legales sobre sucesión de empresas. De ahí que, en relación a esa particular situación, la empleadora inicial había de seguir asumiendo el nexo contractual -reubicando a la trabajadora en otro centro- o, de entender que concurría causa justificativa, acudir a la vía del despido objetivo con motivo de la pérdida de la concesión administrativa.

No haciéndolo así, la ruptura del vínculo constituye un despido improcedente solo imputable a dicha empresa inicial, como entendió acertadamente la sentencia del Juzgado que debió por ello ser confirmada con desestimación del recurso de suplicación.

CUARTO.- En suma, debió de estimarse el recurso y, en consecuencia, desestimarse el recurso de suplicación confirmando la sentencia de instancia.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Maria Milagros Calvo Ibarlucea y voto particular formulado por la Excma. Sra. D.ª Maria Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.