

CASACION núm.: 167/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sagrario Plaza
Golvano

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO

Sentencia núm. 963/2022

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.^a Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D.^a María Luz García Paredes

D.^a Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 15 de diciembre de 2022.

Esta Sala ha visto los recursos de casación ordinario interpuestos por el Letrado D. Ander Salinero Múgica, en nombre y representación de Zorrotzaurreko Mediku Kontsultategiak SLU y por el Letrado D. José Manuel Salinero Feijoo, en nombre y representación de la Clínica Vicente San Sebastián SA contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en fecha 1 de marzo de 2022,

procedimiento 2/2022, en actuaciones seguidas en virtud de demanda sobre despido colectivo a instancia de la Confederación Sindical ELA contra la Clínica Vicente San Sebastian SA, Zorrotzaurreko Mendiku Kontsultategiak SLU, Gizatzen SA, Seruni6n SA y, como partes interesadas, los sindicatos CC.OO., LAB y UGT y el Ministerio Fiscal.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Ministerio Fiscal, Seruni6n SA, representada y asistida por la Letrada D^a Begoña Zabala Allica, la central sindical UGT, representada y asistida por la Letrada D^a María Pilar Mansilla Seoane, la Confederaci6n Sindical ELA, representada y asistida por el Letrado D. Haimar Kortabarria Arenaza, la Confederaci6n Sindical de CC.OO. de Euskadi, representada y asistida por la Letrada D^a Rebeca Jim6nez Nieto y la empresa Gizatzen SA, representada y asistida por el Letrado D. Alfredo Aspra Rodr6guez, as6 como el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Molins Garc6a-Atance.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representaci6n letrada de la Confederaci6n Sindical ELA, se present6 demanda sobre despido colectivo de la que conoci6 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Pa6s Vasco, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estim6 de aplicaci6n termin6 suplicando se dictara sentencia por la que se declare: «se declare la nulidad del despido, condenando a la parte demandada solidaria o alternativamente a la readmisi6n de las personas despedidas y al abono de los salarios de tramitaci6n devengados, as6 como el abono tanto a cada una de las personas afectadas como a ELA de una indemnizaci6n adicional de 187.515 euros por el concepto de daos y perjuicios, subsidiariamente, se declare el car6cter injustificado del despido, condenando a la parte demandada solidaria o alternativamente a optar dentro de los cinco d6as siguientes a la notificaci6n de la sentencia entre la readmisi6n de las personas despedidas con abono de los salarios de tramitaci6n devengados o el abono de la indemnizaci6n legal, as6 como al abono tanto a cada una de las personas afectadas como a ELA de una indemnizaci6n adicional de 187.515 euros por el concepto de daos y perjuicios».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- En fecha 1 de marzo de 2022 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la que consta el siguiente fallo: «Se estima la demanda interpuesta por Don Alberto Abasolo Abasolo, letrado que actúa en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA frente a CLINICA VICENTE SAN SEBASTIAN SA, ZORROTZAURREKO MENDIKU KONSULTATEGIAK SLU, GIZATZEN SA, SERUNION SA, y como partes interesadas los Sindicatos CCOO, LAB, UGT, estos adheridos a la demanda, y el MINISTERIO FISCAL, y se declara nulo el despido acontecido el 1 de enero de 2022 de los 76 trabajadores afectados por el presente procedimiento, condenando a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración y a las empresas CLINICA VICENTE SAN SEBASTIAN SA y ZORROTZAURREKO MENDIKU KONSULTATEGIAK SLU, solidariamente, a que los readmitan en iguales condiciones a las que existían con anterioridad al despido, y les abonen los salarios de tramitación desde la extinción hasta que se produzca la readmisión, y una indemnización al sindicato accionante de 40.000, CUARENTA MIL, euros y a cada uno de los trabajadores despedidos de 1000, MIL, euros, absolviendo al resto de los demandados de la pretensión deducida en su contra; remítase testimonio de la presente resolución a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- El 19 de diciembre de 2018 se suscribió entre las entidades grupo ICUALMEQUISA, SA (IMQ), por un lado, y por otro, GIZATZEN SA, el denominado CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LIMPIEZA, por el que esta se comprometía a efectuar los servicios de limpieza de todos los centros de aquélla, agrupados en tres lotes, entre el 1 de enero de 2019 y el 31 de diciembre 2021, fijándose las diferentes obligaciones de cada contratante y específicamente de la adjudicataria en los distintos Anexos que se incorporaban, figurando en la cláusula SEXTA la facultad de resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones convenidas, en la SÉPTIMA que las comunicaciones se realizarían por escrito, habilitando distintos medios, entre ellos el correo electrónico, y en la OCTAVA el contrato a favor de terceros, cesión y subcontratación.

SEGUNDO.- En el pliego de condiciones para la contratación de limpieza de las instalaciones del grupo IMQ constaba en el lote 1 la CLINICA VICENTE SAN SEBASTIAN y la CLINICA ZORROTZAURRE, figurando en el punto 15 que la adjudicataria debería subrogar al personal

que prestase servicios de limpieza al tiempo de la adjudicación, y que se debiera informar de cualquier acuerdo que se alcanzase por la contratista sobre las condiciones salariales.

TERCERO.- GIZATZEN SA en su escrito de aclaraciones de 2 de diciembre de 2018 respecto al personal declaraba que consideraba personal de la CLINICA ZORROTZAURRE a un total de 57 trabajadores y de la CLINICA VIRGEN BLANCA a 22 siendo la mayoría limpiadores.

CUARTO.- La empresa que anteriormente al contrato referido asumía las funciones de limpieza en los indicados centros era UNI-2.

QUINTO.- CLINICA VICENTE SAN SEBASTIAN SA integra a CLINICA VICENTE SAN SEBASTIAN y la CLINICA ZORROTZAURRE, y ZORROTZAURREKO MENDIKU KONTSULTATEGIAK SLU es la entidad que gestiona las consultas externas de la CLINICA IMQ ZORROTZAURRE.

SEXTO.- Con anterioridad a la adjudicación del servicio de limpieza de la CLINICA VICENTE SAN SEBASTIAN y la CLINICA ZORROTZAURRE a GIZATZEN SA por el personal que la llevaba a cabo se venían realizando distintas reclamaciones judiciales, las que continuaron una vez que se produjo la incorporación de esta al servicio referido; las reclamaciones versaban sobre el plus de peligrosidad, antigüedad, categoría laboral de peón especialista de limpiadores, descansos semanales y pluses varios. Entre las demandas presentadas consta una de 20 de julio de 2021 frente a la empresa últimamente citada sobre la aplicación de las bolsas de contratación.

SÉPTIMO.- En las demandas interpuestas ha intervenido el sindicato ELA.

OCTAVO.- En la reunión de 12 de abril de 2021 del Comité de empresa de la entidad GIZATZEN en Vizcaya se acordó apoyar la decisión de los trabajadores de reivindicar la negociación de un Convenio Colectivo remitiéndose en ese mismo mes comunicación a la empresa sobre la decisión de promover la negociación sobre ello, aprobar la plataforma reivindicativa y designar a las secciones legitimadas para negociar. En los puntos de la plataforma de negociación se incluían la brecha salarial, y otras materias de la prestación del trabajo como vacaciones, jornada, licencias, y planes de igualdad.

NOVENO.- En comunicación remitida por el sindicato ELA a la empresa en el mes de abril de 2021 se ponía en conocimiento la intención de iniciar la negociación, contestando la empresarial que la pretensión constituía la creación de un ámbito convencional inexistente por lo que se consideraba que no procedía la constitución de una mesa de negociación, volviéndose a reiterar esta respuesta el 21 de octubre de 2021.

DÉCIMO.- El 23 de noviembre de 2021 se realizó comunicado de huelga indefinida de los trabajadores de limpieza de la CLINICA VICENTE SAN SEBASTIAN y la CLINICA ZORROTZAURRE a partir del día 7 de diciembre de 2021, y se instó autorización para concentraciones los días 23 y 24 de noviembre de 2021 a la puerta de este último centro. Iniciada la huelga por los trabajadores la misma continuaba el 31 de diciembre de 2021.

UNDÉCIMO.- En comunicación remitida mediante burofax el 30 de septiembre de 2021 por el grupo IMQ a GIZATZEN SA se ponía en conocimiento de esta empresa que por aplicación de la cláusula segunda del contrato suscrito para la limpieza no era intención del grupo

IGUALMEQUISA. SA la prórroga del mismo por lo que quedaba resuelto el indicado contrato con efectos del 31 de diciembre de 2021 a las 24:00 horas.

DUODÉCIMO.- En correo electrónico remitido a la clínica IMQ por INGESAN, OHLA, jefe de área de la zona NORTE, se oferta una propuesta económica para los años 2022 y 2023 para las clínicas VIRGEN BLANCA y ZORROTZAURRE según la petición que se le había realizado.

DECIMOTERCERO.- A partir de noviembre de 2021 se inicia el intercambio de distintas comunicaciones por medio de burofax entre IMQ y la empresa GIZATZEN SA sobre la obligación de subrogar aquella a los trabajadores de limpieza adscritos a la CLINICA VICENTE SAN SEBASTIAN y la CLINICA ZORROTZAURRE, negándose por la entidad IMQ cualquier obligación al efecto y cruzándose distintos comunicados sobre ello, terminando por concluir con escritos de 20 y 29 de diciembre de 2021 de IMQ sobre su negativa a suceder al personal de limpieza e instando la salida de los trabajadores que venían realizando esta actividad por cuenta de GIZATZEN SA en los centros indicados de los mismos.

Entre las comunicaciones remitidas constan los listados de trabajadores de limpieza y las circunstancias de los que venían realizando la actividad por cuenta de GIZATZEN en las CLINICAS VIRGEN BLANCA y ZORROTZAURRE.

DÉCIMOCUARTO.- El 25 de febrero de 2021 se remitió correo electrónico por la asesoría jurídica del grupo IMQ en el que se decía que se incluían tres informes emitidos en relación a las implicaciones laborales de la posible internalización del servicio de limpieza de las clínicas y consultas externas.

DECIMOQUINTO.- En certificación emitida del libro de ACTAS del CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN de la CLINICA VICENTE SAN SEBASTIAN figura entre los puntos abordados el 27 de abril de 2021 "situación del contrato de limpieza" señalándose que debía tomarse una decisión sobre la gestión del servicio en el futuro, una vez analizadas las distintas alternativas; en la de 28 de septiembre 2021 en referencia a limpieza y restauración se suscita la necesidad de estudiar las distintas alternativas que consistían en un nuevo concurso, crear una empresa propia o la realización de los servicios internamente sin crear una nueva sociedad, acordándose la constitución de una comisión para analizar estas opciones; y en la de 26 de octubre 2021 en el epígrafe de "asuntos varios... Situación contrato de limpieza" se concluye que si se asumía la prestación del servicio con medios propios no existía obligación de subrogar al personal de GIZATZEN y que se había contratado a una empresa de selección para la búsqueda de candidatos, debiéndose realizar un plan de comunicación "para gestionar adecuadamente el proceso, que sin duda será duro y con protestas de los trabajadores" terminando el Consejo por manifestar "apoyo a la decisión tomada".

En los meses de noviembre y diciembre de 2021 se han realizado convocatorias de trabajo de limpieza para cubrir puestos de limpiadores, exigiéndose un año de experiencia.

DECIMOSEXTO.- En la CLINICA IMQ ZORROTZAURRE se han contratado a partir de mediados de diciembre de 2021 con contrato indefinido a 53 limpiadores y a otros 14 en la de VIRGEN BLANCA, así como 7 en ZORROTZAURREKO MENDIKU KONTSULTATEGIAK SLU.

DECIMOSÉPTIMO.-En comunicaciones individuales fechadas el 21 de diciembre de 2021 GIZATZEN SA ha puesto en conocimiento de cada uno de los trabajadores de limpieza adscritos al lote I adjudicado, clínicas VIRGEN BLANCA y ZORROTZAURRE, que a partir del 1 de enero de 2022 debían incorporarse en el respectivo centro por acontecer la subrogación con ellos prevista en los artículos 28 del Convenio Colectivo del SECTOR DE LIMPIEZA DE EDIFICIOS Y LOCALES DE BIZKAIA, 17 del de Limpieza de edificios y locales y 44 del Estatuto de los Trabajadores.

DECIMOCTAVO.- Al intentar acceder a partir del 1-1-2022 a sus puestos de trabajo los trabajadores que venían prestando servicios para GIZATZEN SA en las clínicas referidas de IMQ el acceso les ha sido denegado.

DECIMONOVENO.- El número de trabajadores que venían prestando servicios de limpieza en las clínicas referidas por adjudicación de la contrata de limpieza a GIZATZEN SA son 76, y que han sido los que han recibido las comunicaciones de 21 de diciembre de 2021, siendo mayoritariamente mujeres, y ocho de ellas fueron en su tiempo trabajadoras iniciales del IMQ a las que se subrogó en las distintas empresas adjudicatarias del servicio de limpieza. En los contratos de trabajo de los trabajadores figura la referencia al Convenio de "Limpiezas Bilbao".

VIGÉSIMO.- La CLINICA IMQ ZORROTZAURRE, según publicaba el "Correo" en sus noticias el 26 de febrero de 2020, revalidó la Joint Commission, entrevistándose a personal diverso incluyendo auxiliares de limpieza.

VIGÉSIMO PRIMERO.- El Comité de empresa de la entidad GIZATZEN SA en la provincia de Vizcaya está integrado por cinco representantes del sindicato LEA, y 1 por cada uno de los sindicatos CCOO, LAB y UGT, siendo todos trabajadores del lote 1 de los adjudicados a la referida empresa.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- La empresa SERUNION SA ha concertado distintos contratos con la SOCIEDAD INMOBILIARIA DEL IGUALATORIO MÉDICO QUIRÚRGICO, SA para la prestación de servicios de cafetería, constando que el 23 de marzo de 2021 modificó su duración; con la CLINICA VICENTE SAN SEBASTIAN SA sobre prestación de servicios de alimentación y con aquella de limpiezas extraordinarias de fachada exterior y cristales de la misma por causa de las diversas concentraciones de protesta frente a la clínica ZORROTZAURRE».

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpusieron sendos recursos de casación por las representaciones letradas de Zorrotzaurreko Mediku Kontsultategiak SLU y de la Clínica Vicente San Sebastián SA, siendo admitidos a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por la parte recurrida, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de interesar que los recursos sean desestimados. Por providencia de 6 de octubre de 2022 y dadas las

características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto se acordó, señalar para la votación y fallo para el día 14 de diciembre actual en Pleno, convocándose a todos los Magistrados/as de esta Sala, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La controversia suscitada en este recurso de casación ordinario radica en determinar:

- a) Si la Clínica Vicente San Sebastián SA (en adelante Clínica Vicente) y Zorrotzaurreko Mediku Kontsultategiak SLU (en adelante ZMK) debían subrogarse en los contratos de los trabajadores de Gizatzen SA que desarrollaban los servicios de limpieza en las clínicas de aquellas mercantiles;
- b) si la extinción de esas relaciones laborales cuando Clínica Vicente y ZMK extinguieron sus contratos con Gizatzen SA debe calificarse de despido nulo;
- c) y si procede condenar a la Clínica Vicente y a ZMK a abonar sendas indemnizaciones a la Confederación Sindical ELA y a cada uno de los trabajadores despedidos por haber vulnerado los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, huelga y libertad sindical.

2.- Los hechos esenciales son los siguientes:

- a) El 19 de diciembre de 2018 el Grupo IGUALMEQUISA SA (en adelante IMQ) suscribió con la mercantil Gizatzen SA un contrato de prestación de servicios de limpieza de todos los centros de la empresa comitente, agrupados en tres lotes.
- b) El lote 1 incluía la Clínica Vicente San Sebastián y la Clínica Zorrotzaurre.
- c) El 30 de septiembre de 2021 IMQ comunicó a Gizatzen SA la resolución de ese contrato con efectos del 31 de diciembre de 2021. IMQ decidió revertir el servicio de limpieza de la Clínica Vicente San Sebastián y la Clínica Zorrotzaurre, contratando a los trabajadores que necesitaba.

d) Gizatzen SA comunicó a los trabajadores de limpieza adscritos a esas clínicas que debían incorporarse al respectivo centro a partir del 1 de enero de 2022. El acceso les fue denegado.

La Confederación Sindical ELA interpuso demanda de despido colectivo. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia en fecha 1 de marzo de 2022, procedimiento 2/2022, declaró nulo el despido de los 76 trabajadores afectados por el procedimiento y condenó solidariamente a la Clínica Vicente y a ZMK a readmitir a los trabajadores y a abonar sendas indemnizaciones al sindicato y a los trabajadores afectados.

3.- La Clínica Vicente y ZMK interpusieron recursos de casación ordinarios con idénticos motivos.

a) Catorce motivos amparados en el art. 207.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS) en los que postulan la revisión del relato histórico.

b) Un motivo sustentado en el art. 207.e) de la LRJS en el que denuncia la infracción de los arts. 44, 51 y 55 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), alegando que no concurren los requisitos de la sucesión legal.

c) Un motivo con el mismo amparo procesal en el que denuncia la vulneración del art. 28 del Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de Bizkaia y del art. 17 del Convenio Colectivo sectorial de limpiezas de edificios y locales en relación con los arts. 82.3, 51 y 55 del ET, argumentando que tampoco debe apreciarse la existencia de una sucesión convencional.

d) Un último motivo en el que denuncia la vulneración de los arts. 14, 24, 28.1, 28.2 y 37 de la Constitución; arts. 6.4 y 7 en relación con el art. 1256 del Código Civil y arts. 51 y 55 del ET, alegando que las empresas recurrentes no han vulnerado los derechos fundamentales de estos trabajadores.

4.- Los sindicatos ELA, CC.OO., y UGT, la empresa Gizatzen SA y el Ministerio Fiscal presentaron escritos de impugnación de los recursos de casación en los que solicitan la confirmación de la sentencia recurrida.

En los escritos de impugnación presentados por el sindicato ELA y por la empresa Gizatzen SA también se solicita la revisión del relato histórico.

La empresa Gizatzen SA sostiene que los recursos de casación incumplen los requisitos formales porque no concretan los apartados infringidos. La alegación no puede prosperar. Los extensos y razonados escritos de interposición de los recursos de casación ordinaria precisan cuáles son las normas sustantivas infringidas y razonan la pertinencia y fundamentación de los mismos, por lo que cumplen los requisitos formales exigidos por el art. 210 de la LRJS.

El Ministerio Fiscal emitió informe interesando la desestimación de los recursos.

SEGUNDO.- 1.- Los requisitos jurisprudenciales de la revisión fáctica casacional son los siguientes:

«1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).

2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva —y adecuada— ubicación en la fundamentación jurídica.

3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.

4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].

5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte" encuentra fundamento para las modificaciones propuestas

6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.

7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.

8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede

decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido —eso sí— el requisito de tener indubitado soporte documental.

No todos los datos que figuran en la prueba de las partes han de tener acceso a relación de hechos probados de la sentencia, sino únicamente aquéllos que resulten trascendentes para el fallo». (Por todas, sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de 15 de julio de 2021, recurso 68/2021 y las citadas en ella).

2.- En primer lugar, las partes recurrentes solicitan la adición de un hecho probado nuevo en el que consten los tres lotes que componían el contrato de limpieza suscrito entre IMQ y Gizatzen SA. Estas partes procesales pretenden añadir al relato histórico que el lote 2 (relativo a las instalaciones del Grupo Igurco) finalizó anticipadamente el 15 de mayo de 2020 y el lote 3 (atinente a varios centros del Grupo IMQ distintos de la Clínica IMQ Zorrotzaurre y la Clínica IMQ Virgen Blanca) finalizó el 31 de diciembre de 2021, pasando a prestarse por otras empresas.

De conformidad con el Ministerio Fiscal, debemos desestimar este motivo por ser intrascendente para la resolución del presente recurso. Los lotes en los que se dividía el contrato y las fechas en que finalizaron los lotes 2 y 3, ajenos a este litigio, no son relevantes a efectos de la resolución de este recurso de casación.

3.- La siguiente revisión histórica se apoya en los documentos obrantes a los folios 831 a 847 de la prueba de la parte recurrente, en los folios 1299 a 1926 de la prueba de Gizatzen, en los folios 804 a 1089 de la prueba de ELA y en los folios 2063-2092, 2093-2123, 1969-1997 y 1998 de la prueba de Gizatzen. Se trata de una pretensión revisora basada en una pluralidad de documentos obrantes en las actuaciones, sin explicitar cómo cada uno de ellos demuestra el error probatorio de instancia, lo que impide estimar esta pretensión revisora [por todas, sentencias del Pleno de la Sala Social del TS de 17 de noviembre de 2021, recurso 142/2021; 15 de diciembre de 2021, recurso 196/2021 (Pleno); y 19 de enero de 2022, recurso 82/2021].

4.- El hecho probado décimo explica que los trabajadores de limpieza de las clínicas realizaron una huelga y solicitaron autorización para hacer dos concentraciones.

Las partes recurrentes pretenden introducir un prolijo hecho probado en el que conste que se fijaron servicios mínimos para esta huelga; que hubo una denuncia policial por actos vandálicos durante la huelga; que la inspección sanitaria redactó un acta relativa a que no se garantizaban los servicios mínimos, así como a la existencia de suciedad; que acudió la Inspección de Trabajo y que se modificaron los servicios mínimos para retirar la basura acumulada.

De acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, este motivo no puede prosperar porque la adición solicitada es irrelevante para la resolución de la controversia litigiosa.

5.- En el siguiente motivo se postula la adición de un ordinal nuevo en el que conste que el día 18 de noviembre IMQ comunicó a Gizatzen por burofax que iba a proceder a prestar el servicio de limpieza con su propio personal, sin subrogación, dando por reproducido el contenido de ese burofax, en el que IMQ explica que va a prestar el servicio con sus propios recursos personales y materiales con la finalidad de conseguir un servicio más eficiente y de más calidad.

El documento en que se fundamenta esta pretensión revisora: el burofax obrante a los folios 860 a 863 de la prueba de IMQ, demuestra la certeza del texto cuya adición se solicita, lo que obliga a estimar este motivo.

6.- Ambas recurrentes solicitan que se añada al último párrafo del hecho probado decimoquinto que, cuando la Clínica Vicente San Sebastián SA realizó convocatorias de trabajo de limpieza para cubrir puestos de limpiadora, la experiencia que exigían se refería al sector sanitario.

Nuevamente debemos rechazar este motivo por carecer de transcendencia para la resolución del recurso, como con acierto indica el Ministerio Fiscal.

7.- En el siguiente motivo se postula la adición al hecho probado decimosexto que los contratos realizados directamente por IMQ en la clínica Virgen Blanca

y en ZMK se realizaron todos con jornada del 100%, así como la concreción del número de mujeres contratadas y la mención a la cláusula contractual relativa al convenio aplicable.

El documento número 7 aportado al juicio oral por ZMK acredita la veracidad de parte de esta adición, por lo que procede estimarla en parte, completando el relato histórico con el texto siguiente:

«Dichos contratos son todos con jornada del 100%. Todas las trabajadoras contratadas en la Virgen Blanca y ZMK son mujeres. En el caso de la clínica Zorrotzaurre, de los 53 contratados, 50 son mujeres y 3 son hombres».

8.- Las partes recurrentes pretenden añadir un hecho probado nuevo en el que conste que las trabajadoras contratadas por IMQ recibieron formación específica antes de incorporarse a su puesto de trabajo, explicando el contenido esencial del plan de formación.

De conformidad con el Ministerio Fiscal, debemos desestimar este motivo por su nula trascendencia para la modificación del fallo de la sentencia.

9.- El siguiente motivo se sustenta en los documentos obrantes a los folios 639 a 722. Se trata de una pretensión revisora casacional fundada en una pluralidad de documentos distintos sin explicitar cómo cada uno de ellos demuestra el error probatorio de instancia, lo que impide estimarla.

10.- A continuación, las empresas recurrentes solicitan la adición de un hecho probado en el que conste que, de los 76 trabajadores que prestaban servicios para Gizatzen, 48 eran indefinidos y 28 temporales. De estos últimos, 4 con contratos de obra, 6 eventuales, 14 interinos, 2 relevados y 2 relevistas. Además, 46 eran trabajadores a tiempo completo y 30 a tiempo parcial. También pretende que conste que 13 trabajadoras estaban de baja. Por último, 57 trabajadores estaban en Zorroatzurre y 20 en Virgen Blanca, sin que hubiera ningún trabajador específico para ZMK.

La concreción de si los trabajadores que prestaban servicios para Gizatzen habían suscrito contratos de duración indefinida o temporal y con qué modalidades contractuales, si eran a tiempo parcial y los que se encontraban de baja, es intrascendente para la resolución de este recurso, lo que impide estimar este motivo.

11.- El siguiente motivo solicita la introducción de un hecho probado nuevo en el que conste que en el año 2020 se produjeron discrepancias entre IMQ y Gizatzen derivadas del Covid y de la gestión del servicio de limpieza. El texto cuya inclusión se postula menciona una cadena de correos electrónicos entre ambas empresas cuyo objeto era determinar quién debía abonar el aumento del coste del servicio de limpieza causado por la pandemia: si debía abonarla IMQ o la empresa contratista, llegándose finalmente a un acuerdo consistente en unos ajustes de facturación.

En primer lugar, una discrepancia puntual entre IMQ y la empresa contratista causada por el COVID es intrascendente para la resolución de este pleito. A mayor abundamiento, el citado texto se apoya en los correos electrónicos obrantes a los folios 753 a 760 de la prueba de IMQ. El texto cuya inclusión solicitan los recurrentes no resulta de forma clara y directa de los citados documentos sino que las partes recurrentes realizan una pluralidad de inferencias subjetivas a partir de la mentada prueba documental. Por ello, esta sala debe concluir que los citados documentos no demuestran, en el presente recurso extraordinario de casación, de forma clara y patente, el error probatorio de instancia, lo que impide estimar este motivo, de acuerdo con el Ministerio Público.

12.- Las empresas recurrentes postulan la adición de un prolijo hecho probado nuevo en el que conste que el 7 de julio de 2020 IMQ informó a Gizatzen que dos plantas de hospitalización de la clínica Virgen Blanca estarían cerradas salvo en momentos puntuales. Además, se reproducen en él varios correos relativos a la problemática de los refuerzos por Covid y su coste, así como a la reducción de horas del servicio.

Las mentadas comunicaciones entre IMQ y Gizatzen son intrascendentes para la resolución de este pleito, lo que, de conformidad con el Ministerio Público, obliga a rechazar este motivo.

13.- El siguiente motivo solicita la incorporación de un hecho en el que conste que las quejas de los pacientes respecto de la limpieza de las clínicas se han

venido incrementando: una queja en 2018, cuatro en 2019, cinco en 2020 y ocho en 2021.

La parte recurrente aportó al juicio oral la copia de varias reclamaciones/sugerencias que hacían referencia a problemas con la limpieza de los hospitales. Se desconoce si son todas las reclamaciones recibidas por ambos hospitales en esos cuatro años. Tampoco sabemos si su número es relevante o significativo en relación con el número total de asistencias sanitarias prestadas en esos dos hospitales y con el número total de reclamaciones efectuadas, incluyendo las que se refieren a la asistencia sanitaria y otros ámbitos distintos de la limpieza. Por ello, debemos concluir que se trata de una pretensión revisora basada en documentos aportados por esta misma parte procesal que mencionan un número mínimo de reclamaciones, la cual carece de trascendencia para la resolución de este recurso.

14.- El siguiente motivo solicita la inclusión de un hecho probado nuevo que describa las quejas internas relativas a la deficiente prestación del servicio por parte de la contratista Gizatzen SA. La prueba documental aportada con el número 19 por IMQ demuestra la veracidad de parte del texto cuya inclusión se solicita, por lo que procede estimar en parte este motivo, añadiendo el texto siguiente:

«A lo largo de los 3 años de prestación de servicios han existido múltiples quejas internas que se han ido trasladando a Gizatzen. Se dan por reproducidas. El contenido de las mismas incluye quejas de todo tipo, algunas referidas a la falta de limpieza en las áreas en las que se hacían PCR's (folio 789, de 3 de mayo de 2020), unidades de riesgo como HDO que no se limpian adecuadamente por acudir personal nuevo sin formar debidamente (folio 799, 7 de agosto de 2020) o que en varias ocasiones había quirófanos ("Q") mal limpiados o directamente sin limpiar (folio 808, folio 812, folio 818, entre otros, todos posteriores a febrero de 2020).

Además, expresamente se recoge cómo IMQ denuncia que ha existido un empeoramiento del servicio realizado por Gizatzen:

- Correo de 15 de febrero de 2019: "se ha agravado bastante con la nueva empresa",
- Correo de 27 de julio de 2020: "sigue habiendo quejas con la limpieza",
- Correo de 30 de noviembre de 2020: "en lugar de resolverse empeora",
- Correo de 28 de abril de 2021: "cada vez es más habitual que se queden zonas del bloque quirúrgico sin limpiar",

• Correo de 28 de octubre de 2021: “esto se ha convertido en algo habitual y hemos recibido muchas quejas del personal”.

Se dan por reproducidos todos los correos electrónicos que obran en el documento 19 de la prueba de IMQ.»

15.- En el último motivo de revisión fáctica se pretende añadir un ordinal en el que conste que Gizatzen solicitó un certificado de buena ejecución del servicio y el personal de IMQ se negó a emitirlo, contestando: «si quieres uno (un certificado) de mala ejecución, sin problemas».

El documento número 20 de la prueba presentada por IMQ al juicio oral demuestra la certeza de esta adición, por lo que procede estimarla, añadiendo el texto siguiente:

«El 29 de enero de 2021 Gizatzen solicitó un certificado de buena ejecución del servicio. El personal de IMQ trata la cuestión en correo de 1 de febrero, afirmando que “no vamos a emitir de ningún modo un certificado de buena ejecución”, contestando que “si quieren uno de mala ejecución, sin problemas”.

TERCERO.- 1.- El sindicato ELA presentó escrito de impugnación del recurso de suplicación en el que solicita varias revisiones del relato histórico de instancia.

a) Postula la adición de un párrafo al hecho probado primero en el que conste que los servicios de limpieza de dos de los tres lotes mencionados en dicho ordinal continúan externalizados. El único que ha sido internalizado ha sido el correspondiente al lote 1.

b) Solicita que se añada un prolijo texto con el contenido de dos correos electrónicos que envió el 12 de marzo de 2020 la Directora de Gizatzen a IMQ relativos a una huelga de estos trabajadores. En el primero de ellos, fechado el 12 de marzo de 2020, Gizatzen puso en conocimiento de IMQ que habían pedido servicios mínimos respecto de una huelga y estaban negociando para desconvocarla. En el segundo, fechado el mismo día, informa de que ELA se compromete a desconvocar la huelga. Se trata de una convocatoria de huelga que finalmente fue desconvocada y que se produjo mucho tiempo antes de la reversión del servicio de limpieza.

c) Interesa que se añada el contenido esencial de otro correo electrónico remitido por la Directora de Gizatzen a sus interlocutores de IMQ relativo a la convocatoria de una asamblea de trabajadores.

Se trata de adiciones intrascendentes para la resolución de estos recursos, lo que impide estimarlas.

2.- La empresa Gizatzen SA también solicitó la revisión del relato histórico:

a) Postula que se añada al hecho probado primero una mención a la participación de esta empresa en la resolución anticipada del contrato de prestación de limpieza del lote 2 y a su retirada de la oferta económica para la adjudicación del lote 3, siendo el lote 1 el único que ha sido internalizado por IMQ.

b) Interesa que se añada al hecho probado sexto una extensa mención a la huelga convocada por ELA, al proceso negociador promovido para la consecución de un convenio colectivo en la clínica IMQ Zorrotzaurre, a la sesión constitutiva de la negociación de dicho convenio colectivo y a varias concentraciones de protesta.

c) Solicita que se añada la fecha del correo electrónico mencionado en el hecho probado decimosegundo (el 25 de octubre de 2021).

Nuevamente se trata de adiciones intrascendentes para la resolución de los recursos de casación ordinarios interpuestos por las empresas comitentes, lo que obliga a desestimarlas.

CUARTO.- 1.- En el siguiente motivo, sustentado en el art. 207.e) de la LRJS, se denuncia la infracción de los arts. 44, 51 y 55 del ET. Las recurrentes niegan que se produjera una sucesión legal entre Gizatzen y las empresas comitentes porque éstas ni contrataron a los trabajadores de Gizatzen, ni asumieron sus medios materiales.

2.- La reversión de servicios de limpieza fue enjuiciada por las sentencias del TS de 28 de enero de 2022, recurso 4463/2019 y de 23 de marzo de 2022, recurso 108/2020 y, entre otras. En ellas se cita:

a) La sentencia del TS de 8 de junio de 2021, recurso 3004/2018, la cual sostuvo que la limpieza es una actividad que, con carácter general, descansa esencialmente en la mano de obra y en la que los elementos patrimoniales que se precisan son poco relevantes. Esa sentencia rechazó la sucesión empresarial en un caso de reversión del servicio de limpieza por un hotel: «En

actividades como la de limpieza, que descansan fundamentalmente en la mano de obra, el conjunto de trabajadores que realizan dicha actividad puede constituir una entidad económica. Pero para que esa entidad mantenga su identidad (y, por tanto, haya transmisión o sucesión de empresa), el nuevo empresario no solo ha de continuar con la actividad, sino que también se ha de haber hecho cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario. Y si el nuevo empresario no se hace cargo de esa parte esencial de la plantilla, la entidad económica -que descansa esencialmente en la mano de obra- no mantendrá su identidad, por lo que no se producirá la transmisión de empresa.»

b) La sentencia del TJUE de 20 de enero de 2011 (C- 463/09, Clece), que argumentó: «es preciso reconocer, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que una actividad de limpieza, como la del procedimiento principal, puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra (véase, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Hernández Vidal y otros, apartado 27; Hidalgo y otros, apartado 26, y Jouini y otros, apartado 32) [...] un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común de limpieza puede, a falta de otros factores de producción, constituir una entidad económica», siendo preciso para ello que dicha entidad «mantenga su identidad» aun después de la operación de que se trate. Pero «la identidad de una entidad económica como la controvertida en el asunto principal, que descansa esencialmente en la mano de obra, no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla». Con base en este razonamiento, la STJUE de 20 de enero de 2011 declara que «el artículo 1, apartado 1, a) y b) de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que ésta no se aplica a una situación en la que un ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal».

c) La sentencia del TS de 26 de septiembre de 2017, recurso 3533/2015, que subrayó la diferencia del supuesto que examina con los analizados por las sentencias del TS 19 de septiembre de 2017, recursos 2612/2016, 2629/2016, 2650/2016 y 2832/2016, reiteradas por muchas sentencias posteriores. En estos litigios el Ministerio de Defensa reasumió el servicio de cocina y restauración que hasta entonces había sido externalizado a otra empresa, recuperando el ministerio los elementos productivos y las infraestructuras que habían sido puestas a disposición del contratista por la administración. Estas sentencias, que citan las sentencias del TJUE de 20 de enero de 2011, C-463/09 y de 26 de noviembre de 2015, C-509/14, Adif v. Aira Pascual, tienen

en cuenta, precisamente, los importantes elementos productivos que el Ministerio de Defensa recupera, indispensables para realizar la actividad.

El TS argumenta que la diferencia radica en si lo relevante es la mano de obra o el equipamiento. En el primer caso, la entidad económica, basada fundamentalmente en los trabajadores, no mantiene su identidad si el nuevo empresario que prosigue con la actividad no se hace cargo de una parte esencial de esos empleados. Por el contrario, si el equipamiento es relevante, la transmisión de ese equipamiento al nuevo empresario produce una sucesión de empresa a efectos laborales y el nuevo titular queda subrogado en los contratos de trabajo del anterior titular.

3.- En la presente litis, la reversión del servicio de limpieza de las clínicas se hizo sin que las empresas comitentes asumieran ni el personal de la contratista, ni sus medios materiales. Las empresas principales procedieron a contratar a sus propios trabajadores y a adquirir los medios materiales que necesitaban para desarrollar el servicio.

La sentencia recurrida hace hincapié en que la empresa IMQ no asumió el servicio de limpieza con su propio personal sino que contrató a trabajadores nuevos. Pero ello no determina que opere la sucesión prevista en el art. 44 del ET. Ese precepto, la Directiva 2001/23/CE y la doctrina del TS exigen la transmisión de una entidad económica para que se produzca una sucesión empresarial. En este litigio no ha habido transmisión ni de los trabajadores, ni de los medios materiales. Por ello, en cumplimiento de la citada doctrina jurisprudencial, debemos rechazar que se haya producido una sucesión legal, lo que obliga a estimar este motivo.

QUINTO.- 1.- En el siguiente motivo se alega que las cláusulas subrogatorias del Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de Bizcaia y del Convenio Colectivo sectorial estatal de limpieza de edificios y locales no son aplicables a las empresas recurrentes.

El Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de Bizcaia regula su ámbito funcional en su art. 1:

«Quedan sometidas a las disposiciones del presente Convenio todas las Empresas dedicadas a la Limpieza de Edificios y Locales cualquiera que sea la forma jurídica con la que actúan e independientemente de cuál sea su domicilio y objeto social, constituyendo la causa de

sometimiento al convenio, la realización o contratación de trabajos de limpieza en el territorio histórico de Vizcaya, cuando el objeto de la empresa sea total o parcialmente la actividad específica de limpieza de edificios y locales, como los centros especiales de empleo.»

El art. 28 de esta norma colectiva regula la subrogación en los casos de sucesión en las contratas.

2.- El art. 3 del I Convenio Colectivo sectorial estatal de limpieza de edificios y locales establece cuál es su ámbito funcional:

«1. El presente Convenio colectivo será de obligado cumplimiento a todas las entidades que se dediquen a las actividades del sector de la limpieza, independientemente de la forma jurídica que adopten las empresas y aunque la misma no sea su objeto social principal.

2. Las actividades que integran el campo de aplicación del presente Convenio Sectorial son, a título enunciativo y no exhaustivo, la actividad de limpieza e higienización de toda clase de edificios, locales, hospitales, centros o instituciones sanitarias y de salud, públicos o privados, industrias, elementos de transporte (terrestre, aéreo, marítimo y fluvial), máquinas, espacios e instalaciones, soportes publicitarios, mobiliario urbano, etc.»

El art. 17 de esa norma colectiva regula la subrogación.

3.- La sentencia del TS de 13 de octubre de 2020, recurso 2126/2018, enjuició un litigio en el que se produjo una reversión de una contrata de limpieza por parte de una Administración Pública. Esta sala argumentó:

a) El TS ha afirmado reiteradamente la imposibilidad de que un convenio colectivo regule relaciones laborales ajenas a su ámbito aplicativo: sentencias del TS de 10 diciembre 2008, recurso 2731/2007 y 17 junio 2011, recurso 2855/2010, las cuales argumentaron que «el convenio colectivo no puede [...] en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Así lo deja precisado el invocado artículo 82.3 del citado ET al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, en el que sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio».

En particular, respecto de los convenios colectivos del sector de limpieza así lo han advertido las sentencias del TS de 14 marzo de 2005, recurso 6/2004 y 26 de abril de 2006, recurso 38/2004.

b) La asunción del servicio no presupone subrogación. La sentencia del TS de 4 de julio de 2018, recurso 2609/2017, recuerda que el hecho de que una Administración Pública decida hacerse cargo de un servicio, previamente

descentralizado, para prestarlo de forma directa con su propia plantilla y con sus propios materiales no implica, necesariamente, que estemos en presencia de una sucesión de empresa comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE y, por ende, del artículo 44 ET.

La sentencia del TS de 6 de febrero de 1997, recurso 1886/1996, sostuvo que «la doctrina de esta Sala es constante al afirmar con carácter general que la extinción de la contrata y la asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial».

Posteriormente, la sentencia del TS de 26 de julio de 2012, recurso 3627/2011, niega la sucesión empresarial cuando «no consta transmisión alguna de elementos patrimoniales o estructura organizativa ni tampoco la asunción por el Ayuntamiento codemandado de una parte sustancial de la plantilla».

4.- La Clínica Vicente y ZMK no son empresas de limpieza, por lo que no se les aplica ni el Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de Bizcaia, ni el Convenio Colectivo sectorial estatal de limpieza de edificios y locales. Se dedican a la actividad sanitaria, por lo que no están incluidas en el ámbito funcional de esas normas colectivas.

Toda actividad económica precisa la limpieza del centro de trabajo donde se desarrolla. Pero eso no supone que cualquier empresa que lleva a cabo por sí misma la limpieza de sus centros de trabajo sea una empresa de limpieza y en consecuencia que se apliquen los convenios colectivos sectoriales de limpieza a los trabajadores que llevan a cabo el servicio de limpieza de sus instalaciones.

En dicho sentido se pronuncia la sentencia del TS de 10 de diciembre de 2008, recurso 2731/2007, la cual rechaza que la asunción directa de la limpieza de los locales de una empresa la convierta en un empleador de limpieza: «El empleador de limpieza es el que se dedica a efectuar dicha labor en locales y edificios propiedad de otras empresas o de particulares mediante la correspondiente contrata. Situación muy distinta de la empresa que asume la limpieza de sus propios centros de trabajo, porque ello no desnaturaliza ni amplía el ámbito funcional de la empresa que asume tal actividad. No cabe olvidar que la limpieza, si bien no suele ser una tarea inherente al propio ciclo productivo, si es complementaria de éste, pues resuelta conveniente para que se puedan desempeñar adecuadamente las funciones de dicho ciclo. Y de ahí que el mero hecho de que una empresa decida realizar la limpieza de sus propios locales o centros de trabajo directamente y con su propio personal, aunque éste sea de nueva contratación, no la convierte en modo alguno en una empresa dedicada a la "actividad de limpieza de edificios y locales" ajenos, ni le obliga a

asumir trabajadores de la contratista de limpieza que hasta entonces desempeñaba esa actividad, pues no le vinculan las previsiones del Convenio Colectivo de dicho sector, y es libre, por tanto de contratar a los trabajadores que estime conveniente.»

5.- La sentencia recurrida argumenta que el art. 28 del Convenio Colectivo provincial de limpieza de edificios y locales de Vizcaya solo excluye la sucesión cuando el cliente rescinda el contrato de arrendamiento de servicio de limpieza para realizarlo con su propio personal. Por ello, al haber contratado personal nuevo, el tribunal superior de justicia argumenta que IMQ debe subrogarse en los contratos de trabajo.

Ese convenio colectivo no es aplicable a las empresas recurrentes porque no son empresas de limpieza. En cualquier caso, el art. 28.5 de esa norma colectiva dispone:

«En el caso de que un cliente rescindiera el contrato de arrendamiento de servicios de limpieza con una empresa con la idea de realizarlo con su propio personal y, posteriormente, contratase con otra el mencionado servicio, antes del transcurso de los doce meses, la nueva concesionaria deberá incorporar a su plantilla al personal afectado de la primera empresa de limpieza.»

Esa norma se limita a establecer que una solución de continuidad de duración inferior a 12 meses entre una contrata de limpieza y la siguiente, cuando en el ínterin el servicio de limpieza se haya prestado por la empresa cliente, no impide la subrogación de la nueva contratista de limpieza en los contratos de trabajo. Pero no impone la subrogación a la empresa principal.

6.- El art. 17.6 del I Convenio Colectivo sectorial estatal de limpieza de edificios y locales dispone:

«[...] En caso de que un cliente rescindiera el contrato de adjudicación del servicio de limpieza con una empresa, por cualquier causa, con la idea de realizarlo con su propio personal, y posteriormente contratase con otra de nuevo el servicio, en el plazo de un año desde la rescisión de la contrata, la nueva adjudicataria deberá incorporar a su plantilla al personal afectado de la anterior empresa de limpieza, siempre y cuando se den los requisitos establecidos en el presente artículo.

En el caso de que el propósito del cliente, al rescindir el contrato de adjudicación del servicio de limpieza, por cualquier causa, fuera el de realizarlo con personal propio pero de nueva contratación, quedará obligado a incorporar a su plantilla a los trabajadores/as afectados/as de la empresa de limpieza hasta el momento prestadora de dicho servicio.»

El último párrafo transcrito establece que el cliente queda obligado a incorporar a su plantilla a los trabajadores afectados de la empresa de limpieza cuando su propósito sea llevar a cabo la limpieza con personal de nueva contratación.

Sin embargo, un convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional es el de la limpieza, que ha sido negociado por la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza y las Asociaciones Federadas de Empresarios de Limpieza Nacionales, no es aplicable a unas empresas del sector sanitario.

El I Convenio Colectivo sectorial estatal de limpieza de edificios y locales (BOE de 8 de mayo de 2013) estaba en vigor cuando se produjo la reversión del servicio de limpieza enjuiciado por la citada sentencia del TS de 13 de octubre de 2020, recurso 2126/2018, la cual negó que fuera aplicable a la empresa principal.

7.- Por consiguiente, la aplicación de la citada doctrina jurisprudencial obliga a concluir que ni se produjo una sucesión legal, al no transmitirse una unidad productiva autónoma; ni una sucesión convencional, al no estar prevista en los convenios colectivos aplicables a las empresas recurrentes. Es irrelevante a estos efectos que IMQ contratara personal nuevo para prestar el servicio de limpieza de las clínicas porque, con independencia de si la limpieza se realiza con los trabajadores de aquella empresa o con otros contratados con dicha finalidad, no concurren los requisitos de la sucesión legal, ni está prevista en las normas colectivas aplicables a las empresas recurrentes.

Por ello, ni la Clínica Vicente ni ZMK estaban obligadas a subrogarse en los contratos de trabajo del personal de limpieza de Gizatzen SA que desarrollaba sus funciones en las clínicas de aquellas empresas. Al finalizar la contrata y producirse la reversión del servicio de limpieza, que se prestó con trabajadores contratados por las empresas recurrentes y con medios materiales adquiridos por ellas, la antigua contratista debió haber tramitado un despido colectivo porque se extinguieron por causas productivas los contratos de 76 trabajadores. Al no haberse tramitado el preceptivo despido colectivo, debe declararse nulo por aplicación del art. 124.11 de la LRJS.

SEXTO.- 1.- En el siguiente motivo del recurso se niega que las empresas recurrentes hayan vulnerado los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, huelga y libertad sindical de los trabajadores despedidos.

Las sentencias del Pleno del TC número 75 y 76/2010 de 19 octubre (Samoa), enjuiciaron unos recursos de amparo en los que concurrían las circunstancias siguientes:

«a) Que la extinción del contrato del trabajador se produjo como consecuencia de la previa rescisión por la empresa principal de la contrata mercantil que le ligaba con la contratista, empresaria directa del trabajador, estando tal causa de extinción expresamente prevista en el contrato de trabajo.

b) Que la rescisión de la contrata mercantil se produjo como consecuencia de las actuaciones desarrolladas por los trabajadores de la empresa contratista, denunciando la existencia de una cesión ilegal de mano de obra entre ambas empresas y reivindicando una mejora de sus condiciones de trabajo que las igualara con las de los trabajadores propios de la empresa principal [...]

c) Que no se aprecia la existencia de connivencia entre ambas empresas dirigida a lograr la extinción de los contratos de los trabajadores, o, dicho de otra forma, que la decisión de rescisión de la contrata mercantil, determinante de la consiguiente extinción de los contratos laborales, fue adoptada única y exclusivamente por la empresa principal [...]

d) Que no se ha apreciado tampoco la existencia de la denunciada cesión ilegal de mano de obra de la empresa contratista a la principal».

El TC argumentó: «cuando de la tutela de los derechos fundamentales se trata, este Tribunal ha de garantizar dicha tutela sin que puedan existir espacios inmunes a la vigencia de los derechos fundamentales. Si a través de la técnica de la subcontratación se posibilita que trabajadores externos contratados por una empresa contratista se vinculen directamente a la actividad productiva de una empresa principal e, incluso, que la propia duración de su contrato de trabajo se haga depender directamente de la vigencia del contrato mercantil que vincula a ambas empresas, determinando, en virtud de todo ello, que la efectividad de los derechos de los trabajadores pueda verse afectada no sólo por la actuación del contratista sino también por la del empresario principal, del mismo modo habrá de salvaguardarse que en el ámbito de esas actuaciones los derechos fundamentales de los trabajadores no sean vulnerados. Pues no sería admisible que en los procesos de descentralización productiva los trabajadores carecieran de los instrumentos de garantía y tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad no descentralizada, ante actuaciones empresariales lesivas de los mismos. Para apreciar la existencia de una vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores, causada de forma directa por la decisión empresarial de extinción de sus contratos de trabajo adoptada por la empresa para la que prestan servicios, pero derivada, de manera indirecta, de una previa decisión de la empresa principal en el marco del contrato mercantil suscrito entre ambas empresas, no es obstáculo el hecho de que ningún

vínculo contractual ligue a dicha empresa principal con los trabajadores despedidos como consecuencia de su decisión.»

El TC explicó que, «una vez constatado que la decisión extintiva impugnada por el trabajador estuvo motivada por el ejercicio legítimo de sus derechos a la tutela judicial efectiva y de huelga, no cabe sino calificar tal decisión como despido y declarar su nulidad radical». El Alto Tribunal concluye que la empresa contratista debe readmitir al trabajador, si es posible y, en caso contrario, determinar la correspondiente indemnización y los salarios de tramitación, «y la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada al recurrente».

Los citados pronunciamientos se reiteraron en una pluralidad de sentencias del Pleno del TC números 98 a 112/2010, de 16 de noviembre.

2.- En este pleito, las empresas Clínica Vicente y ZMK no eran los empleadores de los actores, ni se subrogaron en sus contratos de trabajo. Se trataba de unas sociedades que habían externalizado el servicio de limpieza de sus clínicas suscribiendo contratos con la mercantil Gizazten SA. Esta última sociedad era quien tenía la condición de empleador y fue quien extinguió los contratos de trabajo, cursando la baja de los demandantes en la Seguridad Social.

Las empresas principales acordaron no prorrogar la contrata de limpieza de las clínicas, revirtiendo el servicio. Nunca tuvieron la condición de empleadores de los trabajadores.

El art. 26 de la LRJS establece que la acción de despido no puede acumularse a otras distintas, con las únicas excepciones previstas en el art. 26.2 y 3 de la LRJS. Sin embargo, en esta litis la extinción de los contratos de los trabajadores ha sido consecuencia de la reversión del servicio de limpieza. La parte actora sostiene que las empresas principales debieron subrogarse en los contratos de trabajo y que la decisión de no prorrogar la contrata es una represalia frente a las reclamaciones de los trabajadores y una vulneración de los derechos de huelga y libertad sindical. Por ello, la reclamación de la indemnización por vulneración de estos derechos fundamentales debe examinarse en este pleito de despido.

SÉPTIMO.- 1.- Este motivo casacional debe resolverse con sujeción al relato histórico de autos:



a) Antes de la adjudicación del servicio de limpieza de estas clínicas a Gizatzen SA, el personal que la llevaba a cabo realizó distintas reclamaciones judiciales, que continuaron una vez que se produjo la incorporación de esa mercantil al servicio referido. Las reclamaciones versaban sobre el plus de peligrosidad, antigüedad, categoría laboral de peón especialista de limpiadores, descansos semanales y pluses varios. Entre las demandas presentadas consta una de 20 de julio de 2021 frente a la empresa últimamente citada sobre la aplicación de las bolsas de contratación. En esas demandas ha intervenido el sindicato ELA.

b) En la reunión de 12 de abril de 2021 del comité de empresa de Gizatzen en Vizcaya se acordó apoyar la decisión de los trabajadores de reivindicar la negociación de un convenio colectivo remitiéndose en ese mismo mes comunicación a la empresa sobre la decisión de promover la negociación sobre ello, aprobar la plataforma reivindicativa y designar a las secciones legitimadas para negociar. En los puntos de la plataforma de negociación se incluían la brecha salarial, y otras materias de la prestación del trabajo como vacaciones, jornada, licencias, y planes de igualdad.

c) El sindicato ELA remitió una comunicación a la empresa en el mes de abril de 2021 informándole de su intención de iniciar la negociación, contestando la empresa que la pretensión constituía la creación de un ámbito convencional inexistente por lo que se consideraba que no procedía la constitución de una mesa de negociación, volviéndose a reiterar esta respuesta el 21 de octubre de 2021.

d)) El grupo IMQ remitió burofax a Gizatzen SA el 30 de septiembre de 2021 comunicándole que, por aplicación de la cláusula segunda del contrato suscrito para la limpieza no era intención de aquel grupo la prórroga del mismo por lo que quedaba resuelto el indicado contrato con efectos del 31 de diciembre de 2021. El día 18 de noviembre IMQ comunicó a Gizatzen por burofax que iba a proceder a prestar el servicio de limpieza con su propio personal, sin subrogación.

e) El 23 de noviembre de 2021 se realizó comunicado de huelga indefinida de los trabajadores de limpieza de estas clínicas a partir del día 7 de diciembre de 2021, y se instó autorización para concentraciones los días 23 y 24 de noviembre de 2021 a la puerta de este último centro.

f) El comité de empresa de la entidad Gizatzen SA en la provincia de Vizcaya está integrado por cinco representantes del sindicato ELA y uno por cada uno de los sindicatos CCOO, LAB y UGT, siendo todos trabajadores del lote 1 de los adjudicados a la referida empresa.

g) Ha habido múltiples quejas internas en relación con los defectos del servicio de limpieza prestado por Gizatzen SA, que incluían deficiencias en la limpieza de los quirófanos.

2.- Respecto de la prueba de indicios y la distribución de la carga probatoria, los arts. 96.1 y 182.1 de la LRJS establecen que, ante la concurrencia de «indicios» de que se ha producido la vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, «corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

En este pleito, la existencia de reclamaciones de los trabajadores a su empleador desde antes de que se adjudicara el servicio de limpieza a Gizatzen SA, que continuaron después de la adjudicación; así como la comunicación de un sindicato a Gizatzen SA de su intención de negociar un convenio colectivo en el mes de abril de 2021, no operan como indicios de que las empresas principales hayan vulnerado los derechos fundamentales de los trabajadores. Las empresas comitentes, en ejercicio de la libertad de empresa reconocida por el art. 38 de la Constitución, decidieron dejar sin efecto la externalización del servicio de limpieza de las clínicas con la finalidad de controlar y mejorar su calidad, habiéndose acreditado la existencia de quejas respecto de la calidad del servicio, sin que la conflictividad existente entre la empresa contratista y sus trabajadores, que existía antes de que Gizatzen SA fuera adjudicataria del servicio y continuó después; ni la comunicación a Gizatzen SA relativa a la negociación de un convenio colectivo, supongan que la decisión de revertir este servicio vulnerase la garantía de indemnidad ni la libertad sindical: la primera existía antes de que se contratara el servicio de limpieza con Gizatzen SA. Y la segunda se produjo mucho tiempo antes de la reversión del servicio de limpieza.

Respecto de la huelga, se produjo después de la decisión empresarial de revertir el servicio de limpieza y de la comunicación fehaciente de dicha decisión a los representantes de los trabajadores.

En el supuesto enjuiciado, se produjo un conflicto entre las empresas comitentes y la contratista, quejándose aquellas de las deficiencias del servicio de limpieza, que incluía la falta de limpieza de quirófanos, debiendo hacer hincapié en la importancia de la limpieza en los centros sanitarios. Las empresas principales, que en ningún momento han tenido la condición de empleadores de estos trabajadores, en ejercicio de la libertad de empresa del art. 38 de la Carta Magna, decidieron revertir el servicio de limpieza con la finalidad de controlar y mejorar su calidad, sin que dicha reversión haya vulnerado la garantía de indemnidad, ni los derechos fundamentales de libertad sindical y huelga.

El hecho de que los integrantes del comité de empresa de la entidad Gizatzen SA en la provincia de Vizcaya fueran trabajadores del lote 1 de los adjudicados a la referida empresa tampoco determina que se haya vulnerado su libertad sindical por el hecho de que Clínica Vicente y ZMK hayan acordado la reversión del servicio de limpieza al haberse justificado el porqué de la asunción de la limpieza por las citadas empresas.

La sentencia de instancia argumenta que en los hospitales el 80% de las personas que se dedican a la limpieza son mujeres. Pero ello no supone que todo despido producido en el sector de limpieza hospitalaria vulnere la prohibición de discriminación por razón de sexo. Las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado evidencian que las empresas comitentes, al dejar sin efecto la externalización del servicio de limpieza con la finalidad de controlar y mejorar su calidad en el ámbito sanitario, prestando el servicio con un colectivo de personas trabajadoras mayoritariamente femenino, no han vulnerado la prohibición de discriminación por razón de género, al haberse acreditado la existencia de razones que explican la reversión del servicio de limpieza, las cuales excluyen el móvil espurio.

En conclusión, a diferencia de las sentencias del Pleno del TC número 75 y 76/2010, de 19 octubre y 98 a 112/2010, de 16 de noviembre (Samoa), en este litigio se ha acreditado que la decisión de las empresas principales de revertir el servicio de limpieza hospitalario, con la finalidad de controlar y mejorar su calidad, era ajena a la vulneración de los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva, huelga y libertad sindical de los trabajadores despedidos. Por

ello, debemos estimar este motivo, revocar la sentencia de instancia y absolver a la Clínica Vicente y a ZMK de las pretensiones formuladas en su contra.

OCTAVO.- 1.- Reiterada doctrina de este tribunal [sentencias del TS de 14 de julio de 2017, recurso 2814/2015; 19 de septiembre de 2017, recurso 2745/2015; 4 de octubre de 2017, recurso 3136/2015; y 16 de julio de 2020, recurso 123/2019 (Pleno), entre otras], explica que: «no es óbice para realizar un pronunciamiento de condena frente a una determinada empresa el hecho de que los trabajadores no recurrieran en su momento la absolución en la sentencia de instancia de dicha empresa [...] la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la sentencia 200/1987, de 16 de diciembre, con arreglo a la que fue contraria al artículo 24.1 de la Constitución la decisión del Tribunal Central de Trabajo que a la hora de determinar la empresa responsable de una deuda salarial absolvió en suplicación a la única empresa condenada y no hizo pronunciamiento de condena sobre la otra, que fue absuelta en la instancia, con lo que —dice el Tribunal Constitucional— se produjo una incongruencia omisiva, que hubo de remediarse por el referido Tribunal anulando la resolución recurrida en amparo y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la resolución del recurso de suplicación para que el Órgano Judicial de suplicación se pronunciara sobre la responsable del pago de los salarios adeudados.»

2.- De conformidad con lo dispuesto en la citada doctrina, la estimación de los recursos de casación interpuestos por la Clínica Vicente y ZMK, absolviendo a estas mercantiles de la demanda de despido colectivo, obliga a estimar la pretensión formulada en el escrito de demanda consistente en que se condene a la empresa demandada Gizatzen SA.

Debemos declarar nulo el despido colectivo, condenando a la mercantil Gizatzen SA a la readmisión a los trabajadores, con abono de los salarios de tramitación.

3.- A la luz de los citados extremos, oído el Ministerio Fiscal, debemos estimar los recursos de casación ordinarios interpuestos por la Clínica Vicente y ZMK, casar y anular la sentencia de instancia, estimar en parte la demanda interpuesta por ELA, declarar nulo el despido acontecido el 1 de enero de 2022 de los 76 trabajadores afectados por el presente procedimiento, condenar a Gizatzen SA a estar y pasar por la anterior declaración y a readmitir a los citados trabajadores en iguales condiciones a las que existían con anterioridad

al despido, y a abonarles los salarios de tramitación desde la extinción hasta que se produzca la readmisión. Se desestima la pretensión de que se abone una indemnización al sindicato accionante y a cada uno de los trabajadores demandantes. Se absuelve al resto de los demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Sin condena al pago de costas (art. 235 de la LRJS). Se acuerda la devolución de los depósitos y consignaciones prestados (art. 216 de la LRJS).

FALLO

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

1.- Estimar los recursos de casación ordinarios interpuestos por la Clínica Vicente San Sebastián SA y Zorrotzaurreko Mediku Kontsultategiak SLU.

2.- Casar y anular la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 1 de marzo de 2022, procedimiento 2/2022.

3.- Estimar en parte la demanda interpuesta por la Confederación Sindical ELA contra la Clínica Vicente San Sebastian SA, Zorrotzaurreko Mendiku Kontsultategiak SLU, Gizatzen SA, Serunión SA y, como partes interesadas, los sindicatos CC.OO., LAB y UGT y el Ministerio Fiscal.

Declarar nulo el despido acontecido el 1 de enero de 2022 de los 76 trabajadores afectados por el presente procedimiento, condenando a Gizatzen SA a estar y pasar por la anterior declaración y a readmitir a los citados trabajadores en iguales condiciones a las que existían con anterioridad al despido, y a abonarles los salarios de tramitación desde la extinción hasta que se produzca la readmisión.

Se desestima la pretensión de que se abone una indemnización al sindicato accionante y a cada uno de los trabajadores demandantes. Se absuelve al resto de los demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

4.- Sin condena al pago de costas. Se acuerda la devolución de los depósitos y consignaciones prestados.

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

Así se acuerda y firma.