

## TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

Sentencia 406/2022, de 1 de marzo de 2022

Sala de lo Socia

### SUMARIO:

**Sucesión de empresa. Sucesión de contratatas. Reversión. Despido colectivo. Vulneración de derechos fundamentales. Derecho a la tutela judicial efectiva. Garantía de indemnidad. Derecho de huelga. Libertad sindical. Convenio Colectivo de Limpieza de la provincia de Vizcaya. Personal de limpieza. Actividad basada principalmente en la mano de obra. Reversión del servicio que afectó únicamente a un lote (lote 1, con 76 trabajadores), de dos Clínicas de un grupo empresarial, cuya plantilla se caracterizaba por ser especialmente reivindicativa. Denegación de acceso a los centros de trabajo donde venían desempeñando sus labores de limpieza, habiendo asumido aquellas el desempeño de esas funciones mediante la contratación de nuevo personal. Negativa de las Clínicas a la subrogación de los trabajadores de la empresa de limpieza al entender que no concurría ni sucesión ni subrogación convencional, dado que su actividad las sitúa al margen del convenio colectivo de limpieza.** En una primera aproximación, entiende el Tribunal que aunque le fuera aplicable el Convenio Colectivo de Limpieza a las empresas que contrataron el servicio (dedicadas al sector sanitario), no concurriría subrogación convencional, dado que dicho convenio colectivo no contempla la internalización como un supuesto en que opere la sucesión de empresa si se asume con personal propio, a diferencia de lo previsto en el Convenio Colectivo estatal; tampoco concurre sucesión de plantillas, por no asumir las empresas ningún trabajador de los de la anterior contrata; tampoco existe transmisión de una empresa a otra por ningún título jurídico; ni, por último, mantenimiento de la actividad con continuidad de medios materiales de la anterior entidad. Sin embargo, entiende la Sala que dicho servicio de limpieza constituye una unidad productiva y económica autónoma con sustantividad propia. Descansa esta unidad en la mano de obra y, por ello, es calificable como un conjunto organizado de trabajadores destinados a una actividad común, permanente y con entidad económica propia. Es por ello por lo que constituye esta subcontrata un ente susceptible de desvincularse de cualquier elemento material a los efectos de ser objeto de una subrogación empresarial. Por tanto, lo que acontece aquí es que una unidad productiva que se había externalizado se vuelve a reintegrar. Es una burbuja productiva autónoma en el sector de su actividad. Así, como tal entidad que es con sustantividad propia, mantiene un ámbito específico de aplicación de la normativa colectiva. De ello se deduce que las empresas que contrataron el servicio no están excluidas del Convenio Colectivo de Limpieza. La causa justificativa de ello es que se ha pretendido crear ficticiamente una unidad productiva ajena a todo el entorno de la limpieza, como si la unidad económica previa, lote 1, fuese una realidad ajena y diferente, disponible. Y no lo es, puesto que, al introducirse dichas Clínicas en la actividad de la limpieza con una entidad cuantitativa y cualitativa trascendente, mediante la contratación de nuevo personal, han creado un espacio de especificidad en el que no es posible desconfigurar el margen y contorno en el que se desarrolla esta actividad de limpieza. Ahora bien, el servicio de limpieza de las entidades implicadas no se asumió con personal propio, sino que se contrató nuevo personal para ello. Por tanto, desde la perspectiva del Convenio Colectivo provincial, debiera producirse la sucesión. Si la nueva limpieza se realizase con una reorganización interna, con su propio personal, que no se introdujese en el mercado de trabajo de los limpiadores, de las empresas vinculadas a ellos o del circuito de subcontrataciones, entonces esa unidad productiva previa de los trabajadores de la empresa de limpieza se hubiese desintegrado y desaparecido; pero si las principales invaden el entorno en su totalidad, irrumpen de forma suficiente para que la subrogación les vincule y no sea un fenómeno extraño a su actividad, entonces se constituyen en un sujeto de afectación del Convenio. En definitiva, acontece un fenómeno de subrogación que, al excluirse por la vía de los hechos por las Clínicas, lleva consigo el que estemos ante un despido encubierto que determina las consecuencias de la nulidad, al prescindirse de todo procedimiento colectivo, mediante la supresión de una unidad de producción. Si la dinámica organizativa de la limpieza se llevaba a cabo mediante un sistema de *outsourcing*, el que se haga un cambio requiere una justificación, y la misma es exigible en cuanto que ha afectado la nueva deriva empresarial a los trabajadores que venían prestando el servicio, y, además, porque estos vinculan la internalización y contratación de nuevo personal a sus reclamaciones, tanto judiciales, como al ejercicio del derecho de huelga y a los intentos de negociar un Convenio. Si en otras circunstancias hubiese sido indiferente el cambio productivo, en las actuales es exigible a la empresa una explicación sobre su cambio de sistema. Al ejercicio de los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva, huelga y sindical (plataformas de negociación), arts. 24, 28, 1-2, y 37 CE, la respuesta obtenida es la finalización de unas relaciones laborales que se presentaban de larga data, por lo que la conclusión es que las empresas demandadas han vulnerado los derechos fundamentales de los trabajadores, obligando a su reposición en la situación previa a la lesión de sus derechos constitucionales. **Despido colectivo encubierto.** Procede

declarar el derecho de los trabajadores a la reincorporación de su puesto de trabajo y el correspondiente percibo de los salarios de tramitación desde la fecha del despido declarado nulo. La empresa contratista saliente no es responsable del despido porque procedía la sucesión de empresa respecto de la principal. Se reconoce asimismo el derecho a una indemnización por vulneración de derechos fundamentales por importe de 40.000€ en favor del sindicato demandante y de 1.000€ en favor de cada uno de los trabajadores afectados (76).

#### **PRECEPTOS:**

Constitución española, arts. 24, 28.1 y .2 y 37.

RDLeg 2/2015 (TRET), arts. 42, 44 y 51.

Resolución de 23 de marzo de 2018 (Convenio Colectivo de Limpieza de edificios y locales de la provincia de Vizcaya para los años 2015-2020 -NSC027844-), art. 28.

#### **PONENTE:**

*Don Florentino Eguaras Mendiri.*

En la Villa de Bilbao, a 1 de marzo de 2022.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos./Ilmas. Sres./as. D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE, Presidente en funciones, D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y D<sup>a</sup> MAITE ALEJANDRO ARANZAMENDI, Magistrados/as, ha pronunciado

la siguiente

EN NOMBRE DEL REY

#### **S E N T E N C I A**

Vistos los presentes autos n.º 2/2022 sobre DEMANDA, en los que han intervenido, como parte demandante CONFEDERACION SINDICAL ELA, y como parte demandada CLINICA VICENTE SAN SEBASTIAN, GIZATZEN SA, ZORROTZAURREKO MEDIKU KONTSULTATEGIAK S.L.U., CCOO, LAB, UGT y SERUNION S.A..

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, quien expresa el criterio de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

##### **Primero.**

El 25 de enero de 2022 se presentó en la SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO demanda por Don Alberto Abasolo Abasolo, letrado que actuaba en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA, de despido colectivo nulo o subsidiariamente improcedente frente a CLINICA VICENTE SAN SEBASTIAN SA, ZORROTZAURREKO MENDIKU KONTSULTATEGIAK SLU, GIZATZEN SA y como partes interesadas los Sindicatos CCOO, LAB, UGT y el MINISTERIO FISCAL, en la que después de exponer los hechos y fundamentos que estimaba convenientes terminaba por suplicar se declarase la nulidad del que consideraba despido, con condena solidaria o alternativa a la readmisión de las personas despedidas y al abono de los salarios de tramitación, así como el abono tanto a las personas afectadas y el sindicato accionante de una indemnización adicional de 187515 € por concepto de daños y perjuicios, o subsidiariamente el carácter injustificado del despido, con condena solidaria o alternativa a optar dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia entre la readmisión de las personas despedidas, con abono de los salarios de tramitación, o la indemnización legal, e igual indemnización referida. En el mismo escrito y mediante OTROSIS se instaban diversos medios probatorios.

##### **Segundo.**

En Diligencia de Ordenación del Señor Letrado de la Administración de Justicia del 25 de enero de 2022 se registró la anterior demanda en la SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO con el número 2/2022 y se designaba ponente al Ilmo sr. Magistrado Don Florentino EGUARAS MENDIRI,

dictándose Decreto por el indicado Sr. Letrado por el que se admitió a trámite la indicada demanda fijándose hora y día para la celebración de la vista, requiriéndose a las empresas la presentación de documentación, a la autoridad laboral del expediente y librándose oficios a los Juzgados de lo Social de Bilbao y anunciándose la composición de la Sala.

#### **Tercero.**

En Auto de 8 de febrero de 2022 se acordó la admisión de parte de la prueba, presentándose escrito por Don Alberto Abasolo el 9 de febrero de 2022 en el que se amplió la demanda a la entidad SERUNION SA, dictándose Decreto por el Sr. Letrado teniéndose por ampliada la demanda frente a esta entidad.

#### **Cuarto.**

Por la entidad GIZATZEN SA se presentó escrito en el que se instaba determinada prueba al igual que lo realizó la parte actora, acordándose en Auto de la Sala la admisión de la prueba documental en determinados extremos y rechazándose el acordar la testifical.

#### **Quinto.**

Constan sendos escritos de personación de los sindicatos CCOO y UGT, así como de la entidad SERUNION SA.

#### **Sexto.**

Previamente al acto del juicio se presentaron diversos elementos probatorios que constan unidos, y oficio del DEPARTAMENTO DE TRABAJO Y EMPLEO DEL GOBIERNO VASCO de 14 de febrero de 2022 en el que se indicaba que no constaba expediente alguno de despido colectivo en la DELEGACIÓN TERRITORIAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE VIZCAYA de las entidades CLINICA VICENTE SAN SEBASTIAN SA, ZORROTZAURREKO MENDIKU KONTSULTATEGIAK SLU y GIZATZEN SA.

#### **Séptimo.**

Previo acto de conciliación se celebró la vista oral en la que después de ratificarse la demanda por la parte actora, las empresas y ella misma manifestaron cuanto a su derecho resultó conveniente y adhiriéndose los sindicatos CCOO, LAB y UGT a la demanda, procediéndose a la práctica de la prueba que fue documental e interrogatorio, y rechazándose la testifical por la Sala al considerar que redundaba sobre los documentos aportados; finalizado el periodo probatorio se elevaron a definitivas las conclusiones por las partes, quedando conclusos los autos para sentencia. El MINISTERIO FISCAL ha sido parte del proceso e informando favorablemente a la existencia de una conculcación de derechos fundamentales y la estimación de la demanda.

### **HECHOS PROBADOS**

#### **Primero.**

El 19 de diciembre de 2018 se suscribió entre las entidades grupo IGUALMEQUISA, 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 aquella, 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.

#### **Decimocuarto.**

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 1 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 ELA, 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.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

Cumpliendo el art. 97 LRJS señalamos que la convicción del relato de los hechos se ha extraído de los que relata la demanda que no han sido negados y de la prueba documental aportada previamente al pleito y más concretamente de la presentada en el acto del juicio, donde salvo detalles puntuales se admitieron recíprocamente los diversos elementos documentales presentados por las partes. La multitud y pluralidad de documentos incorporados ha obligado a reseñar exclusivamente aquello que se ha considerado relevante, prescindiendo de detalles que no aportaban elementos fácticos importantes.

No se ha hecho mención en los hechos a los Convenios aplicables por ser una materia jurídica y los manejados encontrarse publicados en Boletines Oficiales.

#### **Segundo.**

Se ejercita por el sindicato demandante una acción de despido colectivo por la que se pide la nulidad o subsidiariamente injustificado del que considera acontecido a partir del 1 de enero de 2022 cuando los 76 trabajadores que venían prestando servicios en el lote 1, pertenecientes a la limpieza de las clínicas VIRGEN BLANCA y ZORROTZAURRE, incluyendo las consultas externas de la CLINICA ZORROTZAURRE, de los adjudicados a la empresa GIZATZEN SA desde el 1 de enero de 2018, no han podido incorporarse al trabajo al negárseles el acceso a los centros.

Se oponen las empresas con diferentes argumentos. Todas argumentan que no tienen relación con los trabajadores. La empresaria directa porque ha existido una sucesión de empresa y debe ser el IMQ quien se constituye en el actual empresario, habiendo actuado con abuso de derecho y en fraude a la ley en su proceder; esta empresa niega vinculación alguna indicando que no tiene ninguna relación con los trabajadores, ubicándose al margen del sector de la limpieza y de su Convenio, sin ser aplicable el instituto subrogatorio en cuanto que ha habido una internalización del servicio de limpieza que le deja al margen de cualquier responsabilidad; SERUNION manifiesta que ha intervenido para prestar servicios fuera de los que son los propios del referido lote 1 de los

adjudicados en 2018 a GIZATZEN SA. En definitiva, se está alegando la llamada legitimación ad causam, que obliga a abordar el fondo de la litis.

Podemos sintetizar lo expuesto por las partes diciendo que la cuestión que se suscita oscila entre entender que ha existido un despido colectivo tácito por no articular la empresa GIZATZEN SA un procedimiento de extinción colectiva; u, otro, por no asumir la CLINICA VICENTE SAN SEBASTIAN SA y la codemandada ZORROTZAURREKO MENDIKU KONTSULTATEGIAK SLU a los trabajadores que prestaban servicios de limpieza para aquélla. Ello siempre en la comprensión de un hecho asumido por todos los litigantes que es el de que las titulares de la adjudicación de limpieza han procedido a internalizar este servicio.

Lo ocurrido ha sido que la entidad adjudicataria, GIZATZEN SA, ha remitido a los trabajadores que prestaban servicios para ella en el lote 1 una comunicación en la que les indica que procede la subrogación de empresa y que a partir del 1 de enero de 2022 son trabajadores del IMQ. Esta entidad, en sus manifestaciones, clínica VIRGEN BLANCA y CLINICA IMQ ZORROTZAURRE, ha procedido a extinguir –a no prorrogar- la contrata con GIZATZEN SA por causa de asumir ella misma la actividad de la limpieza en sus centros, al menos en los que constituían el lote 1 del contrato de adjudicación/prestación de servicios de limpieza de 19 de diciembre de 2018, pues en el resto continua la adjudicación y la prestación por GIZATZEN SA .

Por tanto, las opciones son: si ha existido sucesión de empresa la nueva subrogada ha extinguido, por no asumir a los trabajadores, los contratos de trabajo existentes haciéndolo de facto sin instrumentalizar un medio idóneo para ello; si no concurre esta sucesión quién era titular de las relaciones laborales, GIZATZEN SA, ha actuado irregularmente al pretender que procedía la sucesión de empresa y no articular la medida de despido objetivo ex art. 51 ET.

Partimos de que nadie cuestiona –Hechos 15 y 16 de la demanda- los umbrales numéricos y de afectación para considerar, en su caso, un idóneo proceso de despido colectivo.

### **Tercero.**

Vamos a especificar algunas premisas previas.

En principio, la sucesión de empresa no procede cuando lo que acontece es la asunción por medios propios de la actividad que anteriormente se había externalizado por la empresa principal (STS 8-6-21, rc. 3004/18);

En segundo lugar, constituye un despido colectivo encubierto el supuesto en el que constando una unidad de transmisión que es objeto de una adjudicación por subcontratación, no es asumida por la nueva adjudicataria del servicio. En este caso en el que los trabajadores no continúan en la anterior empresa ni son asumidos por la siguiente, se considera que ha acontecido un despido colectivo, siempre que se superen los umbrales del art. 51 ET (STS 22-9-21, rc. 106/2021);

Tercero, la aplicación o segmentación de subcontratas en distintos lotes no perjudica el derecho de los trabajadores a que se les subrogue, según se desprende de la Directiva 2001/23/CE (STJUE 26-3-2020, C-344/18);

Cuarto, en los supuestos de subcontratas el Convenio Colectivo aplicable a los trabajadores es el de la empresa -sector- subcontratada y no el de la principal (STS 11-11-21, rc. 3330/19);

En quinto lugar, para que proceda una sucesión de empresa se requiere un título jurídico o una realidad fáctica. Así la sucesión puede tener origen en un Convenio Colectivo, en la asunción de plantillas por una nueva entidad –sucesión de plantillas-, en un negocio de transmisión de una empresa a otra, o en el mantenimiento de la actividad con continuidad de medios materiales de la anterior entidad (STS 10-1-19, rc. 199/17); y,

Sexto, procede la subrogación por la vía del art. 44 ET cuando hay la transmisión de una unidad productiva (STS 20-12-17, rc. 165/16). Y, al hilo de ello, recordar que este art. es una norma imperativa indisponible por las partes (STS 11-12-20, rc. 416/18).

De lo anterior, el que, en principio, la asunción de la limpieza por la empresa principal no suponga un supuesto de sucesión empresarial, y, también que, ab initio, no sea aplicable el Convenio de Limpieza provincial, cuyo art. 28 regula la subrogación a IMQ (denominación que usamos para evitar la reiteración de nombres respecto a las contratistas principales), ni el estatal de 2013.

Y, en correlación con lo dicho, en nuestra inicial aproximación podemos concluir que la responsabilidad de la situación generada es de la codemandada GIZATZEN SA al no articular un despido objetivo de los trabajadores, pues al remitirles la carta de desvinculación y de promoción de una relación nueva con IMQ está motivando una ruptura de los contratos de trabajo sin causa. Ya hemos precisado que realmente concurre lo que se ha denominado como un despido colectivo encubierto. A ello añadimos que, en líneas generales, la finalización de una contrata determina una causa de extinción de los contratos de trabajo de carácter objetivo por concurrir una causa organizativa, ex art. 51 ET (STS 26-10-2018, rc. 2118/16).

Si aquí finalizásemos nuestro examen de la cuestión, en primer lugar, estaríamos omitiendo la tutela de derechos fundamentales que se ha instrumentalizado en la demanda, y, en segundo término, estaríamos obviando, en relación con esos derechos fundamentales, tanto la realidad subyacente en el supuesto de una posible sucesión de empresa, como la misma aplicación de la normativa colectiva –Convenios- presumiblemente aplicables y con los que se pretende el mantenimiento de la estabilidad y seguridad en el trabajo. Como nos recuerda la jurisprudencia la sucesión de empresa no pertenece al terreno de lo abstracto o dogmático, sino al mundo de los hechos y de su prueba (STS 8-9-21, rc. 2543/20).

El fenómeno de las subcontrataciones implica al ordenamiento y su interpretación, y como indica el RDL 32/2021 “...también existen, en el mercado laboral español, distorsiones relativas a un posible debilitamiento de las condiciones laborales de las personas trabajadoras a través de la externalización...”, por lo que el control de estas condiciones laborales en las subcontrataciones es un elemento óptico para la interpretación tanto que los hechos como del derecho, y así no es admisible el tratamiento de esta materia al margen de la debida protección a la que tiende el Derecho Laboral de las situaciones de debilidad, y entre estas se incluyen las de quienes se encuentran inmersos en las cadenas de subcontratación.

#### **Cuarto.**

El servicio de limpieza de las entidades implicadas en el presente proceso –Lote 1 ya definido- constituye una unidad productiva y económica autónoma con sustantividad propia. Descansa esta unidad en la mano de obra, y por ello es calificable como un conjunto organizado de trabajadores destinados a una actividad común, permanente y con entidad económica propia. Es por ello que constituye esta subcontrata un ente susceptible de desvincularse de cualquier elemento material a los efectos de ser objeto de una subrogación empresarial (por todas STS 28-2-13, rc. 542/12).

Tanto al tiempo en el que se adjudicó el lote 1 como cuando ha rescatado la contratista principal el servicio nos encontramos ante una unidad económica. Así lo que acontece aquí es que una unidad productiva que se había externalizado se vuelve a reintegrar. Esto lo podemos apreciar si tenemos en cuenta que el número de limpiadores de cada una de las clínicas supone un alto porcentaje del personal de las mismas (CLINICA IMQ ZORROTZAURRE se publicitaba con un personal de unos 350 profesionales, de forma que un colectivo de más de 50 limpiadores supone un alto número de trabajadores comparativamente –juicio de probabilidad cualificada, STS, Sala 1ª, 4-6-2009, rc. 2293/04-).

Podemos concluir apreciando que nos encontramos ante una unidad productiva y económica que se va a caracterizar por ser un servicio fundamentalmente de mano de obra. Y decimos que lo es porque ya no se trata de una actividad residual en la empresa sino que es un elemento que se integra dentro del complejo asistencial de cada una de las clínicas. Ello se puso de manifiesto en las actuaciones y homologaciones de calidad y excelencia obtenidas por IMQ, donde la limpieza fue uno de los extremos evaluados para obtener las certificaciones (también este extremo nos sirve para apreciar el cumplimiento del servicio por GIZATZEN SA).

Ya no se trata, en consecuencia, de apreciar en lo sucedido una simple reabsorción del servicio por la empresa principal sino que nos hallamos ante una unidad de producción, la que se enajenó en su realización y ahora se reintegra al patrimonio empresarial.

Como tal entidad que es con sustantividad propia mantiene un ámbito específico de aplicación de la normativa colectiva. Es una burbuja productiva autónoma en el sector de su actividad. Mientras se ha desarrollado la subcontratación es el Convenio Colectivo provincial de Vizcaya el aplicable. Este Convenio, art. 28, fija la subrogación y la excluye cuando el cliente rescinda el contrato de arrendamiento de servicio de limpieza "con la idea de realizarlo con su propio personal". Aquí, en nuestro caso, IMQ la prestación del servicio no la realiza a partir del 1-1-2022 con su propio personal pues lo que ha hecho es contratar a nuevos trabajadores, no ha reasignado personal suyo a la limpieza, según se acredita tanto por las ofertas de contratación publicadas como por las altas laborales acontecidas a partir de mediados de diciembre de 2021. En consecuencia, si el Convenio que debiéramos aplicar a IMQ fuese el de limpieza provincial no le exoneraríamos a IMQ de la subrogación, y ello porque al realizar la actividad de rescate, lo hace con personal que no era de su plantilla, y este Convenio ha previsto la no subrogación sólo cuando se retorna la actividad por la principal con personal propio.

Para obtener esta conclusión hermenéutica recordemos que la interpretación de los negocios colectivos se lleva a cabo desde la doble perspectiva de tratarse los mismos de una ley y un contrato –bifrontismo de su naturaleza-, y ser aplicables los artículos tres, siete y 1281 y siguientes del Código Civil (STS 3-7-19, rc. 51/18). La subrogación empresarial es un instituto que pretende el dotar de estabilidad a las relaciones laborales (STS 1-6-12, rc 1630/11) y por ello su finalidad –telos- obliga a que las disposiciones que la regulan se encaucen con esa pretensión de estabilidad y permanencia en el trabajo. La disipación de las incertidumbres del trabajador en relación a su contrato de trabajo es una exigencia ineludible a la hora de interpretar las facultades de organización y de la libertad de empresa que como derecho constitucional recoge el art. 38 CE.

La realidad con la que nos encontramos es un grupo de 76 trabajadores ubicados en una especie de limbo en el que la presunta sucesora pretende que no le es aplicable la sucesión porque el Convenio propio, suyo de empresa o de su objeto productivo, no la recoge; y, de otro lado, este colectivo de trabajadores, integra una unidad económica con un Convenio que le es aplicable, el de limpieza, ostentando con este un derecho a que se le subrogue, pero que en base al mismo, si se entendiese que a IMQ le afecta, se le deniega porque la sucesión está vetada si el rescate por la principal de la actividad –IMQ- se produce con personal propio.

Pero en este punto la literalidad del precepto – vía interpretativa prioritaria aunada con la finalidad de la norma y el contexto social, arts 1281 y 3 CC- nos obliga a recalcar que aquí lo que se ha hecho por IMQ es contratar nuevo personal, no asumir con el suyo propio la actividad. Y, esta circunstancia no es indiferente. El Convenio provincial pretende mantener las condiciones de seguridad de los trabajadores de la subcontrata y la regularidad de las dinámicas de los sujetos implicados en las subcontrataciones; lo que se busca es que no existan vías paralelas a las del Convenio para la contratación de personal de la actividad de limpieza. No se quiere la suplantación de los puestos de trabajo sino la regularización de los existentes, y ello no se consigue quebrando la competencia empresarial con contrataciones paralelas que desvirtúen el marco de contrataciones previsto en el Convenio. Si la empresa se reorganiza con su personal no está incidiendo en el sistema macro, si lo hace con una contratación superpuesta sí que lo hace, y esto es lo que ha previsto restringir el Convenio (en el nacional también el rescate se configura como un supuesto de sucesión empresarial, reafirmando la protección de los trabajadores). El Convenio ha querido romper la cadena de subcontrataciones si el empresario principal sale del circuito de contratos de limpieza, pero si lo mantiene de facto, paralelamente, entonces, sigue manteniéndose en la dinámica de las sucesiones empresariales como un nuevo sujeto de ellas.

Desde la perspectiva del Convenio provincial debiera producirse la sucesión. La pregunta será entonces si está excluido IMQ de este Convenio de Limpieza. Nuestra respuesta es negativa. La causa justificativa de ello es que se ha pretendido crear ficticiamente una unidad productiva ajena a todo el entorno de la limpieza, como si la unidad económica previa, lote 1, fuese una realidad ajena y diferente, disponible. Y no lo es, puesto que al introducirse IMQ en la actividad de la limpieza con una entidad cuantitativa y cualitativa trascendente crea un espacio de especificidad en el que no es posible el desconfigurar el margen y contorno en el que se desarrolla esta actividad de limpieza. Si la nueva limpieza se realizase con una reorganización interna que no se introdujese en el mercado de trabajo de los limpiadores, de las empresas vinculadas a ellos o del circuito de subcontrataciones, entonces esa unidad productiva previa de los trabajadores de GIZATZEN SA se hubiese desintegrado y desaparecido; pero si IMQ invade el entorno en su totalidad, irrumpe de forma suficiente para que la subrogación le vincule y no sea un fenómeno extraño a su actividad, entonces se constituye en un sujeto de afectación del Convenio.

Refuerza esta línea de argumentación que una de las causas factibles de que IMQ impusiese en la adjudicación de la contrata el mantenimiento de los puestos se liga con la cualificación y fidelización con el personal de limpieza que venía desarrollando la limpieza, algunos trabajadores incluso de la propia IMQ inicialmente.

Si hubiese admitido la sucesión IMQ hubiera tenido que mantener el Convenio que a los trabajadores les era aplicable, y si diésemos por efectiva la sucesión también tendría que hacerlo. Parece que el Convenio provincial de Limpieza se encontraba en ultractividad, pero no se ha cuestionado su efectividad temporal y el ser fuente en las relaciones de los trabajadores, por lo que estos se presentan con este Convenio ante IMQ (nadie ha aludido a estos extremos). En este sentido, destacar que los contratos suscritos por los trabajadores incluyen una referencia al Convenio aplicable, y a la hora de integrar el mismo aluden expresamente al de "Limpieza Bilbao", designación que nos revela la contractualización de la norma convencional y su implicación en las relaciones de los trabajadores afectados en nuestro despido (ad exemplum, fol 393 y muchos más de la prueba de la entidad GIZATZEN).

Por último, el Convenio de la empresa concurre con otro de un ámbito superior, de diferente actividad, pero en una parte de la actividad que es específica, por lo que debiera considerarse la limitación del art. 84-2 ET, en cuanto que un Convenio concurrente no puede desbancar determinados contenidos, y entre ellos el de la materia de la subrogación. La voluntad general se impone a la particular.

Dentro de esta dinámica que señalamos, todavía, encontramos un nuevo cauce para la responsabilidad de IMQ, y es el que deriva del art. 44 ET, y que estaba como telón de fondo de lo anterior. Si constatamos una unidad productiva autónoma e independiente, con capacidad generativa propia, la exclusión por simple reversión del servicio subcontratado a la principal, vista la entidad cualitativa y cuantitativa del servicio inicialmente enajenado, no es un óbice suficiente para evitar la continuidad de esa unidad productiva. Y es por ello que podemos concluir que esos rasgos intrínsecos del conjunto operativo implican la consecuencia de la sucesión, como mecanismo transformador del mercado y de la dinámica secuencial de los fenómenos traslativos.

Recapitulamos: el lote 1 del contrato de adjudicación de limpieza que venía realizando la empresa GIZATZEN SA constituye una unidad productiva autónoma, apoyada en la mano de obra; el Convenio que les era aplicable a los trabajadores de este lote, y a la entidad que sucediese la contratación de los mismos, era el provincial, suplido por el estatal (todavía éste es más exigente en cuanto que el rescate lo incluye como un

supuesto de subrogación según ya hemos dicho, ex art. 17); los Convenios del sector son prioritarios frente a los de empresa por la vía del art. 84.2 ET en esta materia de subrogación; la unidad económica de la limpieza del lote 1 se mantiene porque existía dentro y fuera de la contrata en cuanto que la creación ex novo “de ella” en el IMQ hace que la misma haya pervivido y se haya mantenido dentro del ámbito de eficacia de la protección de la subrogación otorgada por el Convenio; y, en consecuencia, IMQ debía de respetar los derechos de los integrantes de la entidad autónoma, que es una realidad efectiva con autogestión propia, cuya absorción y asunción venía determinada por la afectación tanto convencional como legal –ex art. 44 ET-.

En definitiva: acontece un fenómeno de subrogación que al excluirse por la vía de los hechos por IMQ lleva consigo el que estemos ante un despido encubierto que determina las consecuencias de la nulidad, al prescindirse de todo procedimiento colectivo, mediante la supresión de una unidad de producción.

### **Quinto.**

El cauce de la legalidad ordinaria nos ha conducido a la conclusión manifestada en el ordinal anterior –despido nulo-, pero el núcleo de la demanda se basaba en la conculcación de los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva, huelga y libertad sindical (arts 24 y 28, 1-2 CE).

Hay un hecho cierto: si IMQ, tal y como indica el Ministerio Fiscal, hubiese prorrogado la contrata, o hubiese asumido a los trabajadores la situación actual no se hubiese generado.

En materia de tutela de derechos fundamentales el neo-constitucionalismo ha llevado a la denominada inversión de la carga probatoria por la que presentados indicios de la conculcación del derecho constitucional, es la empresa la que debe evidenciar que en su conducta no existe ningún ánimo reactivo al ejercicio de los derechos fundamentales. Se requiere a la parte actora, cuando se insta la protección procesal de los derechos fundamentales, la aportación de elementos indiciarios de los que deducir un panorama de quiebra del ámbito constitucional (STS 24-11-2020, rc. 51/19). Estos indicios se vinculan a elementos diacrónicos, cronológicos y de conducta.

El panorama indiciario concurre en nuestro caso. Ha sido una constante permanente en la gestión de IMQ la descentralización de la limpieza de los centros afectados por este despido. De la actividad de limpieza por personal propio que inicialmente se realizaba se pasó a la adjudicación a empresas del sector de esta parte del servicio. Incluso, en la actualidad, para otros lotes se ha mantenido este medio de gestión descentralizado, con mantenimiento de la entidad GIZATZEN SA en su cometido.

Ello nos conduce a que si la dinámica organizativa de la limpieza se llevaba a cabo mediante un sistema de outsourcing el que se haga un cambio requiere una justificación, y la misma es exigible en cuanto que ha afectado la nueva deriva empresarial a los trabajadores que venían prestando el servicio, y, además, porque estos vinculan el nuevo derrotero de IMQ a sus reclamaciones tanto judiciales, como al ejercicio del derecho de huelga y a los intentos de negociar un Convenio. Si en otras circunstancias hubiese sido indiferente el cambio productivo, en las actuales es exigible a la empresa una explicación sobre su cambio de sistema.

La teoría de los actos propios se relaciona con la seguridad jurídica y la certeza de las relaciones y negocios jurídicos. Quien realiza una manifestación de voluntad queda vinculado a su mantenimiento, sin que sean admisibles cambios (STS 16-7-15, rc. 180/14). En su caso, la variación debe motivarse y justificarse, porque las expectativas generadas y los terceros implicados confían –principio de buena fe- en la estabilidad de las relaciones creadas. Si la empresa IMQ ha venido desarrollándose en el tráfico con una línea constante, su cambio es exigible que tenga una razón más allá de esgrimir el derecho a la libertad de empresa constitucional. Las relaciones de trabajo no son disponibles por la empresa indiscriminadamente.

En relación con lo anterior resulta contradictorio el no asumir una sucesión de empresa que se venía imponiendo a las adjudicatarias del servicio. Las causas justificativas de mantener a los trabajadores de limpieza en las adjudicaciones –independientemente de que normativamente fuese obligado- se pueden vincular a la bonanza del trabajo de los operarios implicados, la confianza en ellos, su cualificación o cercanía con la misma institución. El cambio de conducta por IMQ respecto a los integrantes de esta unidad productiva no puede ser indiferente en este proceso, debe extraerse de alguna motivación o razón, la que no se nos aporta.

Y, ya nos referimos a los hitos concretos para enunciar los indicios y la falta de justificación del comportamiento empresarial.

1. El cambio de asumir la limpieza con personal propio se presenta temporalmente en una época muy definida, y con una preocupación manifestada de la empresa sobre la materia de la subrogación, incluso con conocimiento de la conflictividad laboral que ello generaría.

De la prueba que nos presenta IMQ no deducimos la verdadera causa de que un sistema que funcionaba desde hacía tiempo se cambie. Se alude a quejas y deficiencias en la prestación de la actividad, pero fuera de ciertas hojas de reclamación –sin término de comparación con las que puedan existir en la totalidad de las clínicas-, no encontramos ningún elemento objetivo del que se desprenda un descontento en el servicio.

Recordamos lo ya aludido de la excelencia obtenida por IMQ y en cuya colaboración ha intervenido la evaluación de la limpieza.

Como indica la representación del Ministerio Fiscal, no se han instrumentalizado medios de resolución del contrato de adjudicación por la contratista principal, y parte de los lotes adjudicados se han mantenido con la empresa GIZATZEN SA. Incluso a esta empresa se le pidió que informase sobre los costes de mantener el servicio en los años 2022 y siguientes. También IMQ manejaba distintos escenarios de la limpieza: mantener subcontratadas; formar una empresa; y, hacerse cargo directamente por cada clínica. Era una constante en el comportamiento de IMQ el eludir una posible sucesión de empresa.

2. Carecemos de una causa específica para el rescate de la actividad de limpieza por parte de la contratista principal, pues se alude a que el coste no se ha reducido con las nuevas contrataciones de trabajadores; volviéndonos a preguntar entonces y nuevamente por la verdadera causa del cambio en la forma de gestionar la limpieza de las clínicas. Veamos, incluso, que cuando se adjudicaban los lotes se imponía la sucesión a los adjudicatarios, por lo que ha sido una constante el funcionamiento del sistema mediante la externalización pero con sucesiones de plantillas promocionadas por IMQ. Sin embargo, ahora esta fórmula se descarta y se arbitra un sistema para evadir lo que hasta entonces se venía aplicando.

3. Concurren permanentes reclamaciones de los trabajadores en orden a sus condiciones laborales y salariales, lo que evidentemente repercute en la carestía del servicio y en la docilidad del mismo. También hay una manifiesta pretensión sindical y unitaria de obtener mediante la negociación colectiva un marco de relaciones de trabajo con condiciones superiores, y entre ellas la supresión de la denominada "brecha de género". Y, a su vez, se ha evidenciado una capacidad del colectivo laboral afectado de movilizarse y agruparse para obtener sus pretensiones.

Frente a la habitual dispersión y fragmentación del colectivo que integra el personal de limpieza, aquí nos encontramos con una estabilidad y unidad que demuestra su capacidad reivindicativa, incluso para llegar a movilizaciones, concentraciones y una huelga indefinida. Es evidente la participación en ello de la representación sindical, pero lo que se nos demuestra es que el personal afectado es reivindicativo y ha obtenido con su conducta resoluciones judiciales que avalan mayores retribuciones a las que se venían percibiendo anteriormente.

4. En la racionalidad que implica el derecho –nihil sine ratione- no se ha previsto como causa de extinción de los contratos de trabajo una oportunidad para rebajar los costes salariales, y ello implica el que las conductas empresariales que inciden en los contratos de trabajo se justifiquen con prueba de forma adecuada. No basta con referir la conveniencia de un nuevo sistema, deben presentarse las previsiones, los márgenes, en definitiva la racionalidad del nuevo medio de explotación del servicio.

5. El iter que objetivamente se nos muestra es el de unos trabajadores de limpieza que, por un lado, resultan claramente reivindicativos en la esfera salarial y sindical; y, de otro, sus reclamaciones conducen a un incremento del coste del servicio con menores márgenes empresariales. En definitiva, la situación ha generado una especie de embudo: reclamar y ejercitar los derechos conduce a un resultado perjudicial para los trabajadores que se objetiva en que quien, a la postre, está disponiendo del trabajo –la empresa- lo limita y suprime, y con ello se conduce a la reducción del ejercicio de los derechos de los trabajadores. De forma indirecta tiene la empresa la capacidad para enervar los derechos ejercidos, y de manera directa de soslayar cualquier dinámica de continuidad de las relaciones laborales (de aquella manera porque los derechos han sido causa de un perjuicio para su titular, el trabajador; y de esta más radicalmente porque se evita la permanencia de los trabajadores en los centros).

6. Al ejercicio de los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva, huelga y sindical (plataformas de negociación), arts. 24, 28, 1-2, y 37 CE, la respuesta obtenida es la finalización de unas relaciones laborales que se presentaban de larga data. La pluralidad de demandadas articuladas para obtener complementos salariales venía siendo una constante en el colectivo de los trabajadores afectados, pero en la última época se multiplican sus reivindicaciones y se objetivan sus pretensiones mediante cauces colectivos que demuestran claramente el sustrato propio del DERECHO DEL TRABAJO, que es la unidad del colectivo de trabajadores desde la base de ellos mismos y la expresión de la voluntad colectiva, por representación de los negociadores unitarios o sindicales para la obtención de mayores derechos. Ante esta realidad objetivada la respuesta que en los hechos obtienen los trabajadores es: finalización de sus contratos de trabajo.

Y, 7. No sólo cronológicamente, por simultaneidad de las reclamaciones y de la decisión de extinguir la contrata, sino cualitativamente por el entorno de la entidad de las pretensiones, encontramos los indicios de la vulneración de los derechos fundamentales. Ya no se trataba simplemente de reclamaciones judiciales, con clara repercusión económica, sino de un colectivo agrupado y significado, con pretensiones beligerantes en sus condiciones laborales frente no sólo a GIZATZEN SA sino ante IMQ (véase de las movilizaciones y concentraciones). La agilización y ejercicio de los derechos fundamentales se ha publicitado y masificado por los trabajadores. Frente a ello la respuesta ha sido una resolución de la contrata y una marginación

del colectivo accionante, una exclusión del mundo laboral, hábitat del Derecho del Trabajo, y donde este debe mostrar la intensidad de su carácter jurídico, regulador de las relaciones de trabajo.

Ante todo este panorama se exigía que las empresas mostrasen que sus decisiones son ajenas a cualquier elemento reactivo al ejercicio de los derechos. La tutela de los derechos fundamentales no es sólo un medio de reparación y restitución del derecho quebrantado, sino un altavoz frente a posibles sospechas que puedan generarse de incertidumbre o riesgo tanto de la ciudadanía como de los trabajadores de que no reclamar es más beneficioso que hacerlo, al miedo de que sea mejor no ejercer los derechos que ejercerlos. El elemento disuasorio que conductas vulneradoras de los derechos fundamentales puede suponer requiere exigir a la empresa una clara justificación de sus conductas para disipar cualquier duda de su legalidad. El efecto expansivo de las consecuencias lesivas de actuar conforme a la legalidad es un fracaso del Estado de Derecho.

Un último dato hay que considerar. El Comité de empresa estaba encuadrado en el lote 1 –aserto no contrariado-. Cuando se diluye la representación unitaria es exigible el comprobar que ello acontece por la inercia lícita de los hechos, no por conductas reactivas o irregulares. El resultado final exige el examen del camino que ha conducido a ello. Las causas para que a la postre suceda la supresión de la legítima representación de los trabajadores se deben presentar claras y diáfanas.

#### **Sexto.**

Nuestra conclusión es que CLINICA VICENTE SAN SEBASTIAN SA y ZORROTZAURREKO MENDIKU KONTSULTATEGIAK SLU han vulnerado los derechos fundamentales de los trabajadores. Con su conducta han intentado enervar el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, y ante ello se alza la garantía de indemnidad que protege a los despedidos (STC 10-9-15, stcia 183, sobre garantía de indemnidad); también se ha quebrantado el derecho de los trabajadores a la huelga; y, el derecho fundamental a la libertad sindical, que tanto era de los trabajadores como del sindicato que demuestra la iniciativa y el protagonismo en el intento de obtener un Convenio negociado de carácter Colectivo en las empresas referidas.

Llegados a este punto, es apreciable que IMQ ha procurado defraudar la ley y abusar del derecho, quebrando los artículos 6-4 y 7 del Código Civil, además de irrogarse una facultad articulativa en contra del art. 1256 del texto sustantivo.

En la apariencia de que no le era aplicable la sucesión de empresa ha resuelto los contratos de trabajo buscando que quien no era responsable de la disponibilidad de la contrata apareciese como empleador causante de las extinciones de los contratos de trabajo de los afectados en el presente proceso; también en la apariencia de que quedaba IMQ al margen de cualquier responsabilidad frente a estos trabajadores, obviando que se trataba de una unidad económica con autonomía e independencia que se apoyaba en mano de obra, y mediante convenios propios que excluían la negociación colectiva del sector, ha cercenado derechos fundamentales indisponibles en el ámbito del Derecho del Trabajo; e, igualmente, en esa arquitectura presentada de sujeto ajeno al desarrollo de las relaciones laborales ha pretendido obtener un resultado que de otro modo no hubiera sido posible: un comienzo desde cero en la actividad de limpieza en sus centros.

El fraude a la ley y el abuso nos conducen a remarcar las consecuencias que ya hemos enunciado de restauración de la situación eludida.

A ello unimos que el art. 182-1,d) LRJS nos obliga a reponer a los trabajadores en la situación previa a la lesión de sus derechos constitucionales. Apreciamos la vulneración de los derechos fundamentales, y ello, luego lo diremos, determina que incidamos en la restauración del marco del desempeño del trabajo para poder reavivar el ejercicio real de los derechos vulnerados.

#### **Séptimo.**

Ha existido un despido encubierto y del mismo son responsables CLINICA VICENTE SAN SEBASTIAN SA y ZORROTZAURREKO MENDIKU KONTSULTATEGIAK SLU. Al tratarse de un despido que no se ha canalizado de forma adecuada y que además incide en la conculcación de derechos fundamentales es nulo (STS 22-9-21, rc. 106/21 citada y 124, 11 LRJS).

De conformidad al art. 124,11 LRJS procede declarar el derecho de los trabajadores a la reincorporación de su puesto de trabajo, y el correspondiente percibo de los salarios de tramitación. Al igual que se desprende del art. 182-1 d) LRJS ya explicitado.

Se considera que GIZATZEN SA no es responsable del despido porque procedía la sucesión de empresa, fenómeno que determina el que su comunicación a los trabajadores de que debían incorporarse a la clínica VIRGEN BLANCA y CLINICA IMQ ZORROTZAURRE según fuese su puesto en una u otra, fue idónea y adecuada, al tratarse de una unidad productiva con entidad propia que debía respetarse y asumirse por estas empresas.

## **Octavo.**

Según se desprende del art. 184 LRJS, en relación al 183 de la misma procede restituir a los trabajadores a la situación en la que se encontraban antes de la quiebra del derecho fundamental. A su vez, ello comporta el derecho a percibir una indemnización, por cuanto que hemos declarado la vulneración de los tres derechos fundamentales en los que se apoyaba la demanda.

El sindicato ELA se ha mostrado claramente protagonista de la iniciativa del ejercicio de los derechos tanto de tutela judicial efectiva –reclamaciones-, como de huelga y libertad sindical –plataforma de negociación- por lo que si el resultado de su gestión ha sido las extinciones de los contratos de trabajo se ha producido tanto una quiebra de su credibilidad como de las facultades sindicales que le son inherentes –art. 7 CE-. Y es por ello que se le otorga una indemnización que en correspondencia con el criterio habitual de analogía con la LISOS (STS 9-12-20, rc. 92/19) vamos a integrar, entre otros, en los apartados 3, 10, y 12 del art. ocho de la indicada ley y nueve, dos letra a) de la misma. En base a ello tenemos en cuenta la incidencia cuantitativa de los trabajadores afectados, la grave situación que se les ha generado y la repercusión de lo acontecido, y en uso de las facultades de ponderación de la cuantía indemnizatoria se establece un importe cuantitativo a satisfacer de 40000 € para el sindicato ELA, e individualmente para cada trabajador de los afectados en el despido de mil €.

No consideramos que la conducta de GIZATZEN SA sea constitutiva de la quiebra de los derechos fundamentales, pues su oposición a la negociación colectiva era en base a entender que existía un ámbito específico, y tampoco se aprecia temeridad en su oposición a las reclamaciones que venían realizándose por los trabajadores.

En base al artículo dieciséis de la ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social es oportuno el remitir testimonio de la presente sentencia a la indicada Inspección.

## **Noveno.**

Señalamos que el colectivo afectado es fundamentalmente integrado por mujeres, lo que obliga a adoptar criterios de transversalidad en la interpretación tanto de los hechos como del derecho, y ello en razón a la sensibilización que la situación de ciertos colectivos provoca y que conduce a una mayor delimitación y valoración de las conductas empresariales que puedan incidir en la merma tanto de los derechos como de las expectativas que nuestra actual legislación ha establecido para implantar políticas de género.

Toda actuación empresarial debe ser contemplada no sólo desde la voluntariedad abstracta sino también desde la repercusión que las decisiones empresariales pueden tener en los ámbitos vulnerables, tendentes a la precariedad e inestabilidad. Uno de estos ámbitos es el de la limpieza. Se calcula que en los hospitales alrededor del 80% de las personas que se dedican a la limpieza son mujeres, y en términos profesionales se trata de una profesión con una brecha de género de alrededor del 20% (Fundación BBVA, Esenciales nº 30). En esta línea indicamos que se confirma en nuestro caso lo expuesto y así en el listado que ha presentado la parte actora en el juicio –que no hemos referido porque incluye más trabajadores que los que se dice afectados- constan solo cinco varones en el total de trabajadores de limpieza de la contrata.

Esta realidad implica que los criterios transversales constituyan una fuente interpretativa que enriquece el Derecho del Trabajo, dotándole a este de una nueva dimensión prospectiva que limita las facultades empresariales y amplía las de fiscalización de sus comportamientos. Ya no es indiferente la repercusión de las conductas empresariales si éstas inciden en una peyorización de las condiciones laborales, agravando el entorno laboral y a las personas.

De aquí, el que ya no se trate tanto de la aplicación normativa si no de la tutela que debe proporcionar la normativa social, y que infunde un nuevo tinte a las realidades con las que el ordenamiento se enfrenta a la clásica confrontación entre el derecho al trabajo y el de la libertad de empresa. En nuestra actual interpretación del despido contemplado hemos tenido en cuenta la situación de los trabajadores accionantes respecto a la repercusión final que ha tenido el proceder empresarial. Esta visión no solo incide en la interpretación de los hechos pues incide también en la aplicación del derecho. Si los despedidos han pretendido reivindicar los derechos que restringen la diferencia entre el varón y la mujer y el despido incide mayoritariamente en el colectivo femenino nuestra conclusión vuelve a ser la declaración de nulidad del despido por esta nueva vía. Existe una discriminación por razón de sexo.

Y, aunque hemos dejado al margen el concepto del edadismo, por carecer de datos sobre ello, ya que solo se ha hecho una alusión genérica, sin profundizar en los rangos cronológicos ni en una cuantificación precisa; aunque, decimos, lo hemos dejado al margen, también hubiese sido necesario considerar esta circunstancia al no ser admisible en derecho el pudiera llamarse “edadicidio” en el mercado laboral, que implica un sesgo de exclusión de franjas de edad. Pero en nuestro caso ello hubiese sido evaluable si existiesen elementos constatados para ello, según hemos precisado.

## **Décimo.**

La presente resolución es susceptible de recurso de casación ordinaria, el que deberá articularse cumpliendo los requisitos que constan al final de esta sentencia. Se advierte a las partes empresariales que si presentan recurso deberán consignar el importe de las condenas, incluyendo los salarios de tramitación (STS 4-12-2015, rc. 149/15) y ello por cada empresa que recurra.

Vistos: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación

## 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 KONTSULTATEGIAK 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 pasar por la anterior declaración y a las empresas CLINICA VICENTE SAN SEBASTIAN SA y ZORROTZAURREKO MENDIKU KONTSULTATEGIAK 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.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación ordinario en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

## ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación ordinario que podrá plantearse en el plazo de cinco días hábiles siguientes al de su notificación. Se considerará preparado por la mera manifestación de la parte, de su abogado, graduado social o por su representante, al ser notificada la sentencia, o bien mediante comparecencia ante esta Sala o por escrito presentado ante la misma.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0002-22.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0002-22.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.

RTSS. CEF