

CASACION núm.: 320/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO

Sentencia núm. 463/2022

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

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. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 19 de mayo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS), representada y defendida por el Abogado del Estado, contra la sentencia nº 536/21 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 19 de julio de 2021, y el auto de aclaración de 6 de septiembre de 2021, en autos nº

355/2021, seguidos a instancia de la Confederación General del Trabajo contra dicha recurrente, Ilunion CEE Contac Center, S.A., Ricoh España SLU, Comité de empresa de la mercantil Ilunion CEE Contac Center, Federación de Servicios de Madrid de CCOO, Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la UGT, sobre despido colectivo.

Han comparecido en concepto de recurridas la Confederación General del Trabajo, representada y defendida por el Letrado Sr. Fariña de Elena, la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la UGT, representada y defendida por la Letrada Sra. Arias Suárez, la mercantil Ricoh España SLU, representada y defendida por el Letrado Sr. Juárez Díez, la mercantil Ilunion CEE Contac Center, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Pérez Morales.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Confederación General del Trabajo interpuso demanda de despido colectivo del que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que «*se estime íntegramente la demanda y se estime la demanda declarando que existe cesión ilegal o sucesión y/o sucesión empresarial y se declare que el cese de la plantilla de fecha 30/4 que venía desempeñando sus funciones en el "SERVICIOS TÉCNICOS DE GRABACIÓN DE DATOS Y DISTRIBUCIÓN DE DOCUMENTACIÓN EN LA AGENCIA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS" y la negativa de subrogación en los contratos de trabajo por parte de la Agencia Española del Medicamento constituye un despido colectivo nulo, debiendo de ser readmitida la plantilla con el devengo de los salarios de tramitación por parte de la Agencia de Española del Medicamento con todas las consecuencias inherentes a dicho pronunciamiento. Subsidiariamente se estime la demanda declarando que el cese de la plantilla de fecha 30/4 que venía desempeñando sus funciones en el "SERVICIO TÉCNICO DE GRABACIÓN DE DATOS Y DISTRIBUCIÓN DE DOCUMENTACIÓN EN LA AGENCIA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS" constituye un despido colectivo nulo*

debiendo de ser readmitida la plantilla con el devengo de los salarios de tramitación por parte de la mercantil ILUNION CEE CONTACT CENTER con todas las consecuencias inherentes a dicho pronunciamiento. Subsidiariamente se declare el cese de la plantilla de fecha 30/4 que venía desempeñando sus funciones en el "SERVICIO TÉCNICO DE GRABACIÓN DE DATOS Y DISTRIBUCIÓN DE DOCUMENTACIÓN EN LA AGENCIA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS" como no ajustado a derecho con todas las consecuencias inherentes a dicho pronunciamiento».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de conflicto colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha de 19 de junio de 2021 se dictó sentencia ahora recurrida, con el siguiente fallo: «Que desestimamos la excepción de inadecuación de procedimiento, estimamos la de falta de legitimación pasiva de RICOH ESPAÑA, S.L.U. a la que absolvemos de los pedimentos de la demanda de despido colectivo número 355/2021, presentada por el letrado D. Andrés Fariña de Elena, en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO, frente a ILUNION CEE CONTACT CENTER, S.A., y la AGENCIA ESPAÑOLA DEL MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS, compareciendo como interesados RICOH ESPAÑA, S.L.U., CC.OO, U.G.T. y el Comité de empresa de ILUNION, estimamos dicha demanda y declaramos que existe cesión ilegal de los trabajadores a la Agencia demandada y que el despido colectivo es NULO, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración y a la AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS a readmitir de inmediato en sus puestos de trabajo a los trabajadores enumerados en el hecho probado primero, como indefinidos no fijos, en las condiciones que correspondan a su categoría y funciones conforme a la normativa de aplicación a sus trabajadores, así como a abonarles los salarios de tramitación que correspondan desde la fecha del despido hasta la de la readmisión y a mantenerles de alta en seguridad social durante el mismo periodo. Sin costas».

CUARTO.- Dicha sentencia declara probados los siguientes hechos:
«1º.- Los trabajadores afectados por el presente despido colectivo son los siguientes:

NOMBRE	ANTIGÜEDAD	SALARIO DIARIO €	FUNCIÓN
ACOSTA SILVERIA, VANESSA	07/08/2012	42,18	Grabadora
AGUILERA GONZALEZ, M CARMEN	07/09/1998	46,95	Grabadora
ALLER MIRANTE, LUIS ANTONIO	21/11/2011	36,44	Conserje
ANGUITA MORALES, OSCAR	08/05/2019	36,44	Ordenanza
ARCOS CRESPO, MARTA	10/09/2012	42,18	Grabadora
BRAVO GRANADO, CRISTINA	26/07/2011	42,18	Grabadora
CABRERO OSTOS, Mª MERCEDES	01/01/2011	42,18	Grabadora
CANILLAS ALVAREZ, Ma NEVARINA	10/09/2012	42,18	Grabadora
CRUZ LOPEZ, AURORA	12/12/2012	42,18	Grabadora
DE LA IGLESIA SANDOVAL, OSCAR	16/08/2018	36,44	Ordenanza.
DIAZ GONZALEZ CUEVAS, BEATRIZ	14/04/1998	46,89	Grabador
ESTEBAN HERNANDEZ, BALBINA	12/12/2012	42,18	Oficial Admtva
FERNANDEZ RANGEL, EMILIO	26/04/2000	47,50	Conductor
FERNANDEZRECIO, LOURDES MILAGROS	08/05/2019	37,00	Grabadora
FORONDA PERDIGUERO, ANA ISABEL	12/09/2012	42,18	Oficial Amtva
GARCIA TRANCON, RAQUEL	26/06/2017	38,73	Grabadora
GARCIA VALDES, MARIO JOAQUIN	03/04/2018	36,44	Oficial Amtvo
GONZALEZ GAMELLA, ANA ISABEL	12/09/2012	42,18	Grabadora
GONZALEZ GONZALEZ, GABRIEL	13/09/2012	42,18	Oficial Amtvó
GONZALEZ GONZALEZ, GEMA MARIAN	03/04/2018	40,10	Oficial Amtva
GONZALEZ MATEO, CARLOS	21/03/2018	33,88	Grabador
GRANIZO AMADO, PATRICIA	18/09/2012	42,18	Grabadora
GUTIERREZ PARRA, ROCIO	01/01/2011	43,66	Grabadora
LAM SAMB, ADIA FATOU	12/12/2012	42,18	Oficial Amtva
LOPEZ MUÑOZ, ROSA ESTHER	24/10/2012	42,18	Grabador
MAGRO MOTA, ANTONIO	10/09/2012	42,18	Grabador
MARTIN ARRIBAS, MARIA CARMEN	12/12/2012	42,18	Oficial Amtva
MARTIN HERRERO, GLORIA	10/09/2012	42,18	Grabadora
MARTIN IRURETAGOYENA, M' IZASCUN	06/09/2012	42,18	Grabadora
MASEDO GALLEGU, MARIA BELEN	11/09/2012	42,18	Grabadora
MENENDEZ RODRIGUEZ, PILAR	23/08/1009	46,96	Grabadora
MESTO ALMIDA, REBECA	02/02/2016	38,73	Grabadora
MIRAS RUIZ, NURIA	10/09/2012	42,18	Grabadora
MORALES FORTES, FELIX	06/06/2012	36,44	Ordenanza
MORENO SEGUIDO, YOLANDA	01/12/2016	38,73	Grabadora
OZALLA RUIZ DE AZAGRA, ALMUDENA	24/09/2012,	42,18	Oficial Amtva
RIZQUEZ GARCIA, FRANCISCO	01/02/2021	37,00	Grabador
RODRIGUEZ ELVIRA, MARIA DEL PILAR	05/11/2012	47,28	Grabadora
ROSALES FLETES, YOLANDA	21/11/2011	42,18	Grabadora
RUIZ OSA, AGUSTINA	01/01/2011	42,18	Grabadora
SANTOS LLAMAS, BEATRIZ	09/02/2015	46,37	Grabadora
SANTOS OLMOS, SANTIAGO	12/12/2012	42,18	Grabador
SANZ GARCIA, MERCEDES	06/09/2012	42,18	Grabadora
SEGUNDO ROMON, DANIEL	21/03/2018	36,44	Ayudante
SOUTO TORRES, VICTOR	26/12/2012	42,18	Grabador
TELLO GOMEZ, Mª JOSEFA	08/04/1998	51,16	Oficial Amtva.
UBEDA RASO, ANTONIA	11/09/1998	47,44	Grabadora

Todos ellos con contrato a tiempo completo de 40 horas semanales excepto D. Carlos González Mateo, cuyo contrato es a tiempo parcial de 35 horas semanales. (hecho conforme parte actora e ILUNION y bloque documental 11 ramo ILUNION)

2º.- Los trabajadores afectados han venido prestando sus servicios en la AGENCIA ESPAÑOLA DEL MEDICAMENTO Y PRODUCTOS SANITARIOS (AEMPS), en ejecución de las sucesivas contrataciones para el "SERVICIO DE GRABACIÓN DE DATOS Y MOVIMIENTO DE DOCUMENTACIÓN", en el que se han sucedido a partir del 31 de julio de 2009, las siguientes adjudicatarias, habiendo otras anteriores:

* En fecha 31 de julio de 2009 a SERVINFORM, SERVICIOS INTEGRALES, S.A. (B.O.E. 12 de agosto de 2009) (Bloque 1 prueba AEMPS)

* En fecha de 8/3/2011, exp 13/227.06/11 a la UTE Informática El corte inglés, S.A - Innova Data Center, S.L. (B.O.E. 8 de marzo de 2011) (Bloque 1 prueba AEMPS)

* El 28 de junio de 2012 se adjudica a la UTE Informática El corte inglés, S.A - Innova Data Center, S.L. y Fundosa Control de Datos y Servicios, S.A. (B.O.E. 16 de agosto de 2012) (Bloque 1 prueba AEMPS)

* En fecha de 18 de diciembre de 2014, expediente nº 2014/22706/013 a Unión Temporal de Empresas Fucoda, S.A., e Innova Data Center, S.L. (B.O.E. de 18 de diciembre de 2014) cambiando FUCODA su denominación, pasando a llamarse ILUNION BPO, y quedando a partir del 22 de Septiembre de 2015 esta última como única obligada a realizar el objeto del contrato de servicio (documento 12 ramo demandante) (Bloque 1 prueba AEMPS).

*En fecha 7 de diciembre de 2017 la AEMPS adjudicó en el Expediente nº 2017/22707/017 el contrato del servicio denominado "SERVICIOS TÉCNICOS DE GRABACIÓN DE DATOS Y DISTRIBUCIÓN DE DOCUMENTACIÓN EN LA AGENCIA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS" a la mercantil RICOH ESPAÑA SLU. (Documento 10 ramo demandante) suscribiéndose el contrato correspondiente con fecha 17 de abril de 2018 (Bloque 1 prueba AEMPS).

Habiendo otros contratos anteriores para la grabación de datos, en 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009. (Interrogatorio de la Directora de la AEMPS).

3º.- En el pliego de condiciones que rige el contrato de servicio indicado, suscrito entre la AEMPS y RICOH, se establece como objeto del mismo "la prestación de los servicios técnicos de grabación de datos y distribución de documentación en la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios."

Estableciendo como alcance de los servicios del mismo, los siguientes:

1. Grabación de datos avanzada:

* Preparación de la documentación recibida electrónicamente, para su validación técnica y puesta a disposición y acceso de los técnicos evaluadores de la AEMPS.

* Grabación de datos y documentación en las distintas bases de datos de las unidades de la Agencia, llevando a cabo la verificación de los datos y actualización de la documentación, de conformidad con los procedimientos creados al efecto.

* Carga manual de documentación y grabación de datos, previa verificación de los mismos.

* Mantenimiento actualizado de las bases de datos internas como las aplicaciones web, dentro de los distintos departamentos de la AEMPS, asegurando la trazabilidad documental de la información capturada, así como su relación con el registro documental ya existente en los

archivos de la Agencia mediante los correspondientes procedimientos normalizados de trabajo (PNTs) que se han establecido para cada registro en concreto.

* La realización de trabajos complementarios necesarios para la grabación, así como aquellas funciones de carácter general, destacando principalmente las de grabar datos, codificar y digitalizar datos, capturas en pantalla, gestión documental, búsqueda de información y manejo de webs, gestión del correo electrónico, mensajería, escanear y migración de datos.

2. Grabación de datos:

* Grabación de datos y documentación en las distintas bases de datos de las unidades de la Agencia, llevando a cabo la carga y actualización de la documentación, de conformidad con los procedimientos creados al efecto, así como la realización de trabajos complementarios necesarios para dicha grabación (recepcionar la información, separar y clasificar la documentación, escanear los documentos, abrir carpeta con numeración y archivar la documentación, ensobrar, etc.)

* Realización de cualquier tipo de reproducción e documentos por medios mecánicos o de remisión de documentos (fotocopiado, remisión por fax etc.)

* Se llevarán a cabo aquellas funciones de carácter general, destacando principalmente las de grabar datos, codificar y digitalizar datos, capturas en pantalla, gestión documental, búsqueda de información y manejo de webs, gestión del correo electrónico, mensajería, escanear y migración de datos.

3. Distribución de documentación.

3.1. Transporte

* Entrega y recogida, con periodicidad diaria, de documentación y paquetes entre los distintos centros indicados en el punto 2 de este pliego de prescripciones técnicas, así como entre el Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad y demás organismos.

* Atención de incidencias que ocurran, diariamente y surjan en el desarrollo de las funciones que esta Agencia tiene asignadas.

* Atender a las solicitudes de transporte que en cada momento sean solicitadas.

* Colaboración recogiendo y/o llevando personal de la AEMPS al destino correspondiente

* Traslado de materiales y suministros a las dependencias que se determinen

* Se llevarán a cabo aquellas funciones de carácter general relacionadas con el servicio que contribuyan al cumplimiento del objeto del mismo.

3.2. Mocería

* Trabajos consistentes en recoger y entregar correspondencia, fotocopiado, envíos de fax, así como otros trabajos secundarios ordenados por esta Agencia.

* Colocación y acarreo de mobiliario y enseres

* Apoyo en las tareas de mantenimiento del inventario general de la AEMPS

* Preparación de salas de reuniones

* Trabajos de manipulado de documentación: se realizará el porteado y traslado de la documentación a los distintos archivos de la AEMPS y su traslado o recogida al personal técnico o despachos donde sea preciso, así como su archivo. El personal destinado por la

empresas adjudicataria a estos trabajos será el encargado de la custodia de la documentación en el proceso de su traslado o manipulado.

* Apoyo en los servicios de mantenimiento y conservación de los centros indicados en el punto 2 del presente pliego.

* Apoyo en los trabajos correspondientes al Servicio de Reprografía: fotocopiado, escaneado, encuadernación y otros.

* Se llevarán a cabo aquellas funciones de carácter general relacionadas con el servicio de mocería que contribuyan al cumplimiento del objeto del mismo. (hecho conforme, pliego obrante en el ramo de prueba de ILUNION y de la AEMPS)

4º.- En el pliego de condiciones del contrato se establece el equipo de trabajo necesario para la prestación de los servicios, determinando para el perfil de grabador avanzado, una experiencia mínima de 4 años en puesto similar, con conocimientos acreditados en los procedimientos que enumera relativos a la regulación de medicamentos de uso humano y veterinario, así como de la clasificación de los mismos y de productos cosméticos y de las bases de datos de medicamentos de uso humano y veterinario, etc. Para el perfil de grabador, se requiere igualmente una experiencia mínima de 4 años en puesto similar con conocimientos acreditados en base de datos de medicamentos de uso humano y veterinario.

5º.- En el repetido contrato la AEMPS se compromete a poner a disposición los puestos de trabajo necesarios, con equipamiento de oficina e informático, haciendo a la adjudicataria responsable de las posibles pérdidas o deterioros con obligación de reposición. La empresa se obliga a dotar al personal de un dispositivo de identificación así como de una furgoneta y un coche berlina.

6º.- Mediante contrato de arrendamiento de servicios suscrito entre RICOH ESPAÑA, S.L.U. e ILUION BPO, S.A.U. (actualmente denominada ILUNION CEE CONTACT CENTER, S.A.), acuerdan que ésta última preste los servicios de grabación de datos y distribución de documentación para RICOH en la AEMPS, con personal con perfiles de grabadores, mozos y conductores. (bloque documental 5 de ILUNION).

7º.- ILUNION es un centro especial de empleo inscrito como tal en la Comunidad de Madrid (bloque documental 2 de ILUNION).

8º.- Todos los trabajadores afectados por el despido colectivo han prestado sus servicios en la sede de la AEMPS, sita en la calle Campezo nº 1 de Madrid, sin solución de continuidad, habiendo sido sucesivamente subrogados sus contratos por las sucesivas empresas adjudicatarias del servicio. (hecho conforme).

9º.- Los trabajadores de ILUNION han desempeñado sus funciones con los medios materiales de la AEMPS, disponiendo de una tarjeta identificativa diferenciada para entrar en el edificio, así como una dirección de correo electrónico de la AEMPS en la que consta que son personal externo, no fichando en la AEMPS. (testifical Secretario General de la AEMPS).

10º.- La trabajadora de RICOH Doña Olga , estaba designada, como coordinadora de la contrata, realizando durante su jornada de trabajo funciones de apoyo y grabadora en la Secretaría General (testifical Secretario General de la AEMPS).

11º.- Los trabajadores prestaban sus servicios en distintas divisiones o departamentos de la AEMPS, tales como los de medicamentos de uso humano, medicamentos veterinarios, inspección y control de medicamentos, productos sanitarios y en la Secretaría General, formando equipo con los trabajadores de la plantilla de la Agencia y ubicándose en mesas agrupadas de cuatro en cuatro, que ocupaban tanto aquellos como éstos, teniendo todos ellos asignadas funciones que desempeñaban autónomamente desde hace años, siguiendo los procedimientos establecidos en la Agencia, consultando cuando era necesario con el jefe del departamento de la AEMPS. (testifical Secretario General, Sra. Arroyo y Sra. Sulleiro).

12º.- Todos los trabajadores utilizaban los ordenadores, aplicaciones y bases de datos de la AEMPS, a través de los cuales prestaban el trabajo que tenían encomendado, habiéndoseles facilitado por ésta ordenadores personales y los instrumentos telemáticos necesarios para teletrabajar durante la pandemia (hecho conforme, testifical), sin que conste que en ningún momento la adjudicataria haya repuesto ninguno de esos medios, siendo siempre aportados por la Agencia.

13º.- La intervención de ILUNION respecto de los trabajadores de la subcontrata se ha limitado a gestionar las vacaciones y permisos, previa conformidad del responsable del departamento correspondiente de la AEMPS. (testifical)

14º.- El servicio de transporte se prestaba con una furgoneta y una berlina propiedad de RICOH, conforme a las necesidades e instrucciones de la AEMPS. (hecho conforme).

15º.- La responsable del servicio prestado a la AEMPS en RICOH, asimismo autorizaba las vacaciones del personal de esta empresa, previa conformidad de la Agencia, sin supervisar el trabajo, ni dar instrucciones a los trabajadores. (testifical Sra. López Díez).

16º.- Por escrito de fecha 21 de abril de 2021 dirigido por ILUNION al Secretario General de la Agencia, se comunica lo siguiente:

"Como usted conoce, mi representada, ILUNION CEE CONTACT CENTER, S.A., viene prestando el servicio SERVICIOS TÉCNICOS DE GRABACIÓN DE DATOS Y DISTRIBUCIÓN DE DOCUMENTACIÓN EN LA AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS, con núm. de expediente 2017/22706/017, a favor de la AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS (AEMPS). Mi mandante lleva prestando este servicio desde 2012, fecha en la que se subrogaron las relaciones laborales de la anterior adjudicataria, Unión Temporal de Empresas: Informática El Corte Inglés, S.A. - Innova Data Center, S.L., y viene ejecutando el servicio desde entonces a través de su Centro Especial de Empleo en el que se emplea a más de un 70% de personas con discapacidad. Recientemente, la AEMPS nos ha comunicado su intención de proceder a internalizar el servicio, a partir de la fecha de finalización del presente expediente en fecha 30/04/2021, dejando de suministrarse de los servicios de nuestro Centro Especial de Empleo o de cualquier otro operador económico. Es por ello, que con la presente, en cumplimiento de los apartados 2 y 3 del artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, así como de la doctrina de nuestros Tribunales al respecto de la reversión de contrataciones (por todas la reciente Sentencia del Tribunal Superior de

Justicia de la Comunidad de Madrid núm. 776/2020 de 23 julio, Recurso de Suplicación núm. 1440/2019, que repasa la doctrina hasta la fecha), le adjuntamos el listado de los trabajadores de nuestro Centro Especial de Empleo que viene prestando el servicio en las instalaciones y con los recursos materiales de la AEMPS, con la información básica necesaria para que esta Agencia Estatal proceda en fecha 01/05/2021 a la subrogación de dicho personal. A estos efectos, y con el objetivo de que la relación laboral de estos trabajadores pueda transitar pacífica y organizadamente en dicha fecha a la AEMPS, estamos a su disposición para mantener las reuniones y suministrarles la información que necesiten." (documento 3 aportado con la demanda y 2 del Bloque 2 de la AEMPS)

17º.- A finales del mes de abril de 2021 ILUNION remite a los trabajadores que integran la plantilla la siguiente comunicación:

"Por medio de la presente ponemos en su conocimiento que una vez comunicada oficialmente la finalización del servicio denominado SERVICIOS TÉCNICOS DE GRABACIÓN DE DATOS Y DISTRIBUCIÓN DE DOCUMENTACIÓN EN LA AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS (núm. de expediente 2017/22706/017), al que está adscrito/a procederemos a tramitar su baja laboral de la empresa con fecha de efectos 30 de abril de 2021 con motivo "SUBROGACIÓN". Como quiera que AEMPS va a proceder a internalizar el citado servicio, a partir de la fecha de finalización del referido expediente en fecha de 30/04/2021, usted pasará a depender laboralmente mediante dicha subrogación, de la AEMPS en cumplimiento de los apartados 2 y 3 del artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y del artículo 44 del Estatuto de los trabajadores, así como de la doctrina de nuestros Tribunales al respecto de la revisión de contratos (por todas la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad de Madrid núm. 776/2020 de 23 de Julio, Recurso de Suplicación núm. 1440/2019, que repasa la doctrina hasta la fecha). En este Sentido, la AEMPS se subrogará, desde el 1 de Mayo de 2021 en todos sus derechos y obligaciones laborales por cuanto, el cambio de empleador de por sí, no alterará sus condiciones laborales (funciones antigüedad, grupo profesional, jornada, horario, condiciones retributivas beneficios sociales, etc.) Y a los efectos de dar por cumplida la obligación de información que se nos impone en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, le rogamos el acuse de recibo de la presente notificación." (documento 2 ramo demandantes)

18º.- A partir de la fecha de efectos del cese en ILUNION se impidió a los trabajadores afectados el acceso a la AGENCIA ESPAÑOLA DEL MEDICAMENTO así como al centro de trabajo de ILUNION. (hecho conforme)

19º.- Por los trabajadores se remitió a la AGENCIA ESPAÑOLA DEL MEDICAMENTO, escrito del siguiente tenor:

"Los abajo firmantes como trabajadores de ILUNNION CEE CONTAC CETER S.A. hasta el 30 de abril del 2021

EXPONEN: Que habiendo recibido burofax de parte de ILUNNION CEE CONTAC CENTER S.A. en la que se nos informa que a partir del viernes 30 de Abril del 2021 finaliza nuestra relación laboral con la susodicha empresa, por lo que pasaríamos a ser trabajadores de las

AEMPS por subrogación, desde el 1 de Mayo de 2021, proceso mediante el cual se nos deben conservar todos nuestros derechos y condiciones de nuestra relación laboral.

SOLICITAN Confirmación por escrito de nuestra situación laboral, así como los términos e implicaciones de los nuevos contratos laborales con la AEMPS, ya que hasta la fecha no hemos recibido comunicación por su parte de esta situación. En documentos a parte y siguiendo indicaciones de la empresa que nos ha remitido como proceder se adjunta buro fax recibido, detallando a continuación nuestros datos personales Se anexa en este escrito Burofax de Ilunion a los trabajadores Listado con nombres, DNI y correos electrónicos" (documento 3 bloque 2 prueba AEMPS)

20º.- Escrito que fue contestado por el secretario general de la AEMPS, mediante la siguiente comunicación:

"Buenos días. En relación con el escrito remitido a esta Agencia con fecha de hoy, del cual adjunto copia para referencia, le comunico que, con fecha de 27 de Abril de 2021, la Agencia Española de Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS) ha remitido por burofax un escrito a la de D^a Monica Ramírez García, apoderada legal de la empresa Ricoh España SLU. Con la argumentación por parte de esta Agencia en relación con la finalización del contrato administrativo "Servicio de grabación de datos y distribución de documentación en la Agencia española de Medicamento y Productos Sanitarios". En dicho escrito se recuerda que la empresa Ricoh España SLU es la única adjudicataria del contrato de servicios y, por tanto, la responsable única del contrato y que, en virtud de lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público, la AEMPS no mantiene relación contractual alguna con los trabajadores destinados a la ejecución del servicio objeto del contrato. Así mismo, se comunica a dicha empresa que la AEMPS no va a proceder a "internalizar el servicio" que nos ocupa, y tampoco ha realizado ninguna comunicación a ningún destinatario en este sentido. La AEMPS tiene intención de licitar un nuevo contrato administrativo, tan pronto como sea posible, a la vista de las condiciones presupuestarias y de gestión. En consecuencia, los derechos y/o acciones de los recursos humanos adscritos a la prestación del contrato "Servicio de grabación de datos y distribución de documentación en la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios" con fecha de finalización de 30 de Abril de 2021, deben dirigirse, en su caso, a su empresa empleadora. José Ignacio Contreras Fernández. Secretario General" (documento 4 prueba de los demandantes).

21º.- Tras el cese de los trabajadores afectados por el presente despido, los técnicos evaluadores de la AEMPS, acceden directamente a la documentación que antes recibían aquéllos y validaban técnicamente y ponían a disposición de éstos. (Interrogatorio Directora de la AEMPS). Parte del trabajo que realizaban los trabajadores despedidos se realiza por funcionarios de la Agencia, becarios y personal de TRAGSA, estando desactualizadas las bases de datos que mantenían. (Testifical Sra. Sulleiro).

22º.- Con fecha 8 de marzo de 2021 se ordenó el inicio de expediente de contratación del mismo servicio de apoyo técnico administrativo y gestión de documentación de la AEMPS, publicado el 18 de mayo de 2021, del que se desiste por resolución publicada en la plataforma de contratación del Estado el 2 de julio de 2021 por infracción no subsanable derivada de una

cuantificación mayor de las horas a realizar. (documentos 57 y 58 de RICOH y testifical del Secretario general de la AEMPS)».

QUINTO.- Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS), El Abogado del Estado, en escrito de fecha 25 de octubre de 2021, formalizó el correspondiente recurso, basándose en el siguiente motivo: ÚNICO.- al amparo del art. 207.e) LJS, por infracción del art. 43.2 y 51 ET.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos. Dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto, para su celebración, se señala el día dieciocho de mayo de dos mil veintidós, convocándose a todos los Magistrados de la Sala, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate.

En el marco de un procedimiento de despido colectivo se discute si ha habido cesión ilegal y si concurren los presupuestos para que opere la subrogación laboral entre la empresa auxiliar y la principal.

Vaya por delante que debemos prestar especial atención a los términos en que se ha suscitado y resuelto el debate en la instancia, en el sentido de que no cabe afrontar el tema de fondo prescindiendo de ambos vectores.

1. Identificación inicial de la acaecido.

Como puede observarse a la vista de los Antecedentes, el relato judicial de lo acaecido es bien extenso, estando además complementado por apreciaciones con

valor fáctico albergadas en los Fundamentos de Derecho. Teniendo en cuenta que no se ha formulado impugnación respecto de los mismos, procede destacar los básicos.

A) Desde tiempo atrás la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS) ha encomendado a empresas auxiliares tareas relacionadas con grabación de datos y distribución de documentación.

B) A partir de 2015 era ILUNION BPO la empresa encargada de ello, pero en abril de 2018 es Ricoh España SLU quien asume el contrato de servicios denominado "servicios técnicos de grabación de datos y distribución de documentación en la agencia de medicamentos y productos sanitarios". Entre las condiciones contractuales aparece la exigencia de que quienes desempeñan tareas de grabación de datos posean una experiencia mínima en el puesto de cuatro años.

C) A su vez, las mercantiles Ricoh e Ilunion conciertan un contrato de arrendamiento de servicios para que la segunda preste los cometidos de grabación de datos y distribución de documentación reseñados (a través de personal con perfiles de grabadores, mozos y conductores).

D) Las personas afectadas por el cese han sido sucesivamente subrogadas por las empresas encargadas de prestar los servicios que la AEMPS venía externalizando. Lo han hecho formando equipo con personal de la propia Agencia, siguiendo los protocolos de esta y consultando con el Jefe de Departamento de la misma las posibles dudas.

E) Toda la infraestructura ha sido facilitada por la Agencia. La intervención de la empleadora (Ilunion) se ha limitado a gestionar las vacaciones y permisos, previa conformidad del responsable del departamento correspondiente de la AEMPS.

F) La persona de Ricoh responsable del servicio prestado a la AEMPS tampoco supervisa las tareas desempeñadas, ni daba instrucciones a la plantilla.

G) A fines de abril de 2021 la Agencia decide asumir directamente las tareas de grabación de datos y distribución de documentos, siendo rechazada la prestación de servicios por parte de quienes demandan.

2. La demanda de despido colectivo.

A) Con fecha 27 de mayo de 2021 el Abogado y representante de la Confederación General del Trabajo (CGT) presenta demanda de despido colectivo frente a las tres entidades reseñadas en el apartado anterior: Ilunion CEE Contact

Center SA; Ricoh España SLU; Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios.

Sostiene que ha habido un despido colectivo tácito o de hecho, que afecta a medio centenar de personas y que, de acuerdo con la jurisprudencia, ha de considerarse como nulo. Denuncia el incumplimiento de los requisitos establecidos tanto en el artículo 51 ET cuanto en el art. 124 LRJS y en la Directiva 98/59/CE. De forma subsidiaria, interesa que se consideren no ajustados a Derecho las extinciones, porque tampoco se han cumplido las exigencias de los artículos 49, 52 y 53 ET.

B) Además, expone que ha existido una subrogación empresarial desconocida por la Agencia, toda vez que las funciones antes desempeñadas por las personas despedidas se han asumido por su personal pero utilizando toda la infraestructura que venía adscrita a tal fin.

C) A nuestros efectos, interesa resaltar que lo pedido, de manera expresa y principal, por la demanda es su estimación “declarando que existe cesión ilegal o sucesión y/o sucesión empresarial y se declare que el cese de la plantilla de fecha 30/4 que venía desempeñando sus funciones en el "SERVICIOS TÉCNICOS DE GRABACIÓN DE DATOS Y DISTRIBUCIÓN DE DOCUMENTACIÓN EN LA AGENCIA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS" y la negativa de subrogación en los contratos de trabajo por parte de la Agencia Española del Medicamento constituye un despido colectivo NULO, debiendo de ser readmitida la plantilla con el devengo de los salarios de tramitación por parte de la Agencia de Española del Medicamento con todas las consecuencias inherentes a dicho pronunciamiento”.

D) Otras dos peticiones subsidiarias (nulidad frente a Ilunion; despido no ajustado a Derecho) aparecen asimismo formuladas por CGT en su demanda, a la que se adhirieron el comité de empresa, Comisiones Obreras (CCOO) y Unión General de Trabajadores (UGT).

3. La sentencia recurrida.

Mediante su sentencia 536/2021 de 19 de julio la Sección Tercera de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid estima la demanda. Teniendo en cuenta el extenso Auto de 6 de septiembre, que la aclara y complementa, debemos recordar sus principales pronunciamientos:

A) Desestima la excepción de inadecuación de procedimiento, al entender que en el ámbito de un despido colectivo constituye cuestión prejudicial interna el examen de si existía cesión ilegal, citando al efecto doctrina de esta Sala Cuarta.

B) Estima la de falta de legitimación pasiva de Ricoh, a la que absuelve, pues ni las personas despedidas estaban contratadas por ella ni hay pretensión frente a la misma.

C) Declara que existe cesión ilegal de los trabajadores a la Agencia demandada, trayendo a colación doctrina de esta Sala Cuarta y subrayando las circunstancias en que ha venido prestándose la actividad.

D) Examina de manera detallada abundante jurisprudencia de esta Sala Cuarta sobre sucesión empresarial y, dado que la actividad encomendada no descansa de forma prioritaria en la mano de obra y que la infraestructura puesta en juego es la misma, entiende que ha habido una subrogación empresarial y la Agencia ha ignorado sus efectos.

E) Concluye que ha habido un despido colectivo nulo, condenando a la Agencia a la readmisión inmediata (como personal indefinido no fijo), con abono de salarios de tramitación y cotización a la Seguridad Social.

4. Recurso de casación.

Disconforme con la sentencia reseñada, con fecha 25 de octubre de 2021 la AEMPS, representada por el Abogado del Estado, formaliza recurso de casación.

Desarrolla un único motivo al amparo del artículo 207.e) LRJS, el cual admite la interposición de un recurso de casación basado en “Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”.

Considera infringidos los artículos 43.2 y 51 ET, así como la jurisprudencia que cita puesto que “no hubo cesión ilegal de trabajadores y, por tanto, no hay despido que pueda ser calificado como nulo”. Entiende que ha habido un caso prototípico de prestación de servicios entre la Agencia una empresa real (con personalidad jurídica y patrimonio propios), que conserva todas las facultades laborales respecto de sus trabajadores, a quienes abona las remuneraciones correspondientes y supervisa. Al no existir la cesión ilegal, concluye, la Agencia nada tuvo que ver con la decisión extintiva tomada por la contratista de quien dependían los demandantes.

5. Impugnación del recurso.

A) Con fecha 14 de noviembre de 2021 el Abogado y representante de CGT suscribe su impugnación al recurso, cuya desestimación postula.

Advierte (“con carácter previo”) que el recurso no atiende al complemento de sentencia en materia de subrogación empresarial, de modo que aunque no existiera cesión ilegal, el resultado sería el mismo (despido nulo).

Destaca que no hay cuestionamiento de los hechos probados y que basta su lectura para deducir que existe la cesión ilegal; por el contrario, la sentencia recurrida concuerda fielmente con el tenor de la jurisprudencia.

B) Con fecha 14 de noviembre de 2021 la Abogada y representante de UGT suscribe su impugnación al recurso, cuya desestimación postula.

Subraya los hechos probados para contradecir la argumentación de la empleadora respecto de la existencia de cesión ilegal

Asimismo considera que concurren los elementos fácticos para que se haya producido una subrogación empresarial conforme al artículo 44 ET, de modo que aunque no concurriera la cesión ilegal, el despido nulo habría existido.

C) Con fecha 16 de noviembre de 2021 el Abogado y representante de Ricoh formaliza su impugnación al recurso.

Sostiene que el recurso es inviable puesto que no interesa revisión de los hechos probados y los mismos son decisivos para cimentar el fallo combatido.

Asimismo, pone de relieve que el recurso no combate el pronunciamiento sobre existencia de subrogación empresarial ex artículo 44 ET.

D) Con fecha 17 de noviembre de 2021 el Abogado y representante de Ilunion formaliza su impugnación al recurso.

Considera acertado el recurso de casación al rechazar que haya habido cesión ilegal, pero destaca que no ha combatido el pronunciamiento sobre existencia de subrogación empresarial ex artículo 44 ET, que también deriva de lo previsto en la legislación sobre contratos públicos y en el convenio colectivo aplicable.

6. Informe del Ministerio Fiscal.

Con fecha 3 de febrero de 2022 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 214.1 LRJS. Considera que el recurso debe prosperar.

Tras resumir los datos del caso, pone de relieve que las condiciones en que se han prestado los servicios no bastan para entender existente una cesión ilegal. Las funciones contratadas son desarrolladas, ahora, por el propio funcionariado, o por personal no especialmente cualificado, y teniendo en cuenta que la única consecuencia, que no impide el funcionamiento de la AEMPS, ha sido la

desactualización de las bases de datos, lo que pone de relieve su función accesoria, cuestiona el argumento de la sentencia recurrida sobre “funciones propias de su objeto y competencia”.

SEGUNDO.- Inhabilidad del recurso para alterar el fallo de instancia.

1. Planteamiento del problema.

Tienen razón las impugnaciones al recurso cuando advierten que el mismo se ha limitado a negar una de las dos premisas sobre las que se asienta la condena a la Agencia, esto es, la existencia de una cesión ilegal de mano de obra. Queda incombata, por tanto, la estimación de que se ha producido una subrogación empresarial, de modo que cuando la AEMPS rechaza la prestación de actividad a los demandantes está incurriendo en un despido tácito; por sus dimensiones posee carácter colectivo (art. 51.1 ET), y por la ausencia de los trámites exigidos al efecto aboca a la nulidad (art. 124.11 LRJS).

2. Criterio de la sentencia recurrida.

Recordemos que el citado Auto de 6 de septiembre de 2021 aclara y complementa la sentencia respecto de la pretensión de que se declarase nulidad del despido por haber existido un supuesto de subrogación empresarial. Tras una extensa reproducción de nuestra doctrina, el (adicionado) Fundamento de Derecho Octavo de la sentencia recurrida concluye del siguiente modo:

Concurren pues los elementos exigidos en el *artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores* para que se produzca la sucesión de empresa al mantenerse la actividad que forma parte de las esenciales de la Agencia en las mismas instalaciones y con el mismo material y equipamiento con el que se habían venido realizando con anterioridad, habiendo revertido los medios patrimoniales para llevar a cabo dicha actividad, que siempre han estado gestionados por la AEMPS, por lo que aun cuando no concurriera la cesión ilegal, procedería la subrogación por parte de la Agencia en todos los contratos de los trabajadores.

3. Consideraciones específicas.

A) En los arts. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 214 y 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) se establece la invariabilidad de las resoluciones judiciales después de firmadas, sin perjuicio de la posibilidad de que puedan ser objeto de aclaración respecto de algún concepto oscuro y de rectificación de cualquier error material y aritmético, además de la posibilidad de subsanación y complemento.

En concreto, después de proclamar el artículo 214.1 LEC que los tribunales no podrán variar sus resoluciones una vez firmadas, los apartados 2 y 3 del mismo

precepto permiten tanto aclarar algún concepto oscuro, como corregir o rectificar cualquier error material de que adolezcan, ya sea de oficio o a instancia de parte, siempre en los plazos previstos, salvo los meros errores materiales manifiestos o aritméticos, que pueden ser rectificadas en cualquier momento. El artículo 215 LEC dispone, en síntesis, que, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento anterior, también es posible subsanar y completar las omisiones o defectos de que pudieran adolecer sentencias y autos, que fuera necesario remediar para llevarlas plenamente a efecto.

B) En interpretación de dichos preceptos y del principio de invariabilidad de las sentencias, que la jurisprudencia constitucional declara que se integra dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, hemos declarado que no es posible sobrepasar el objeto específico de estas excepcionales vías de aclaración, rectificación o complemento, siendo improcedente todo intento de combatir por estos cauces los razonamientos de una resolución firme, con los que se discrepa (ATS de 11 de febrero de 2013, rec. 691/2010; 22 de abril de 2014, rec. 396/2012 y 11 de diciembre de 2014, rec. 94/2013). Es decir, estos remedios procesales no pueden utilizarse para fines ajenos a los expresamente previstos en la Ley, ni para replantear la cuestión controvertida al margen de los cauces específicos que otorga el procedimiento (ATS 4 de noviembre de 2014, rec. 2137/2013) y la solicitud de aclaración no puede ser un mecanismo para proclamar la discrepancia y disconformidad con lo resuelto en la resolución cuya aclaración se solicita (por todos ATS de 15 de octubre de 2014, rec. 2296/2012).

C) Las partes procesales no han manifestado queja alguna acerca de la eventual superación de los márgenes que posee el Auto de aclaración y complemento de sentencia, por lo que resulta innegable que ha desplegado los efectos ordinarios previstos por el legislador.

En consecuencia, queda firme el pronunciamiento de instancia sobre existencia de subrogación empresarial y la inevitable conclusión de que la AEMPS ha incurrido en un rechazo a la prestación de la actividad laboral de las personas afectadas por la demanda; surge así un prototípico despido colectivo “de hecho”.

Como la propia Sala de instancia advierte cuando complementa la sentencia, aunque se concluyera que no existe cesión ilegal, la conclusión de que concurre un despido colectivo tácito permanecería vigente.

TERCERO.- Sobre el examen del motivo de recurso articulado.

1. Planteamiento de la cuestión.

Aclarado que nuestra decisión no puede desembocar en la anulación del fallo de la sentencia, podría pensarse, como insinúa alguna de las impugnaciones, que es improcedente examinar el recurso.

Recordemos que el Ministerio Fiscal y la empresa impugnante han interesado su estimación y que la existencia de un gravamen como presupuesto para recurrir es compatible con el deseo de alterar alguno de los pronunciamientos incidentales. El artículo 17.5 LRJS prescribe que “Contra las resoluciones que les afecten desfavorablemente las partes podrán interponer los recursos establecidos en esta Ley por haber visto desestimadas cualquiera de sus pretensiones o excepciones, por resultar de ellas directamente gravamen o perjuicio, para revisar errores de hecho o prevenir los eventuales efectos del recurso de la parte contraria o por la posible eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores”.

2. Consideraciones generales.

En STS 26 enero 2016 (rec. 144/2015) y las muchas que allí se mencionan hemos recordado cómo siempre que está en juego el acceso a la jurisdicción, los Tribunales vienen obligados a no realizar una interpretación rigorista o formalista de las exigencias legales, permitiendo incluso la subsanación de los defectos no esenciales en que haya podido incurrir la parte. Al mismo tiempo, es claro que los requisitos establecidos por las normas procesales cumplen un importante papel para garantizar derechos ajenos, permitir la contradicción y propiciar una tutela judicial acorde con los trazos del Estado de Derecho.

Esa tensión entre flexibilidad y cumplimiento de lo importante se proyecta de modo específico cuando hay que examinar la concurrencia de los requisitos de un recurso de casación. Por un lado, opera la proyección antiformalista de la tutela judicial, como recalcan las SSTC 3/1983, 113/1988, 4/1995 y 135/1998, entre otras muchas. No debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano; por todas, véanse las SSTC 18/1993, 37/1995, 135/1998 y 163/1999.

Por otro lado, surge la necesidad de cumplir las exigencias procesales de los recursos. El principio *pro actione* no opera con igual intensidad en el acceso al

recurso que en el acceso a la jurisdicción (STC 37/1995) pues el acceso a los recursos sólo surge de las leyes procesales que regulan dichos medios de impugnación (SSTC 211/1996 y 258/2000).

Respecto de la casación las exigencias formales adquieren una especial relevancia, pues los requisitos de esta naturaleza parecen consustanciales a ese instituto procesal. Ahora bien, es preciso distinguir entre el rigor formal, que viene exigido o, cuando menos, justificado, por la naturaleza del mismo recurso, y un exceso formalista que no puede cumplir otra función que la de dificultar la utilización del instrumento procesal (STC 17/1985).

3. Existencia de gravamen.

A) El pronunciamiento judicial sobre existencia de cesión ilegal, acogiendo una vertiente de la pretensión principal deducida por la demanda, no posee solo la consecuencia relevante en el presente procedimiento (existencia de un despido nulo). Sin necesidad de mayor enumeración, es claro que comporta un juicio de reproche, por cuanto implica que se ha estado produciendo una colaboración interempresarial fuera de los cauces admitidos por nuestras leyes. La AEMPS, por tanto, aun sin combatir la declaración de nulidad del despido, podría haber atacado la valoración asumida por la sentencia recurrida sobre que la expuesta externalización de cometidos comporta una cesión ilegal.

Esa realidad es también la que permite, en términos procesales, que una de las empresas impugnantes (Ilunion) propugne el éxito del recurso (defendiendo así que ella no ha incurrido en la ilícita cesión) pero, al tiempo, el mantenimiento del fallo de la sentencia respecto de la existencia de un despido nulo (reforzando así su absolución).

B) Las expuestas premisas interpretativas sobre el modo de examinar el propio acceso al recurso tienen clara proyección al presente supuesto. Quedaría mal parada la tutela judicial de la Agencia si se dejara sin examinar el recurso que ha formalizado interesando que quede sin efecto la declaración de que ha existido una cesión ilegal. Es evidente que la estimación de su motivo de recurso, aunque no se tradujera en la anulación del fallo condenatorio, le reportaría un claro beneficio, del mismo modo que el mantenimiento del criterio combatido le supone un perjuicio en sí mismo.

C) Ciertamente, el recurso no ha instado la revisión de los hechos a través del cauce procesal habilitado al efecto. Pero de ahí no deriva la incorrección que

pretende una de las impugnaciones, sino la elemental consecuencia de que habrá de razonarse a partir de la crónica judicial y no de otros elementos fácticos.

D) Por esas razones vamos a abordar el recurso, sin perjuicio de que haya quedado clara la funcionalidad parcial con que lo abordamos.

CUARTO.- Normas y doctrina general sobre la cesión ilegal.

1. Artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores.

El artículo 43 ET (“Cesión de trabajadores”) contiene la importante prohibición de contratar trabajadores para cederlos “temporalmente” a otra empresa, salvo que intermedie una empresa de trabajo temporal (apartado 1). Además, enumera varios casos en los que “se incurre en la cesión ilegal de trabajadores” (apartado 2). Sobre esa base, el apartado 3 del precepto alberga la siguiente regla:

“Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos”.

Se trata de norma crucial para la resolución del presente recurso y respecto de la que ahora interesa destacar que no circunscribe esa responsabilidad solidaria a obligaciones de carácter salarial; que deja a salvo la responsabilidad contemplada en cualesquiera otros preceptos; que no topa el alcance de la responsabilidad ni cuantitativa ni cronológicamente, sino que solo la asocia a que existan empleadoras “que infrinjan” la prohibición de referencia. Como hemos advertido en otras ocasiones, estamos ante un efecto principal de la cesión ilegal que consiste en la responsabilidad conjunta de cedente y cesionario respecto de todas las obligaciones contraídas con los trabajadores.

2. Artículo 43.4 del Estatuto de los Trabajadores.

El apartado 4 del artículo 43 ET prescribe que “Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”.

La norma presupone que existen dos empresas reales, como sucede en nuestro caso, y no determina cuándo ha de producirse “la elección” pero es evidente que posee validez la realizada en la propia demanda por despido y cesión ilegal, cual ocurre aquí.

3. Doctrina sobre demanda por despido y cesión ilegal.

A) La STS 14 septiembre 2009 (rcud. 4232/2008), con cita de numerosos precedentes, resume consolidada doctrina de la Sala, en los siguientes términos:

Es cierto que el tenor del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión"; y así lo reconoció la antigua jurisprudencia de esta Sala.

Pero ello no es obstáculo para que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador al accionar frente a aquel, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido; ni tampoco para que en el proceso de despido deban extraerse las consecuencias inherentes a esa clase de cesión.

La anterior conclusión es consecuencia obligada de que no cabe ignorar la conexión inmediata y la manifiesta interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal, cuando el trabajador es despedido mientras dicha cesión está vigente.

Y es que la determinación de la existencia de una posible cesión ilegal adquiere en los procesos de despido el carácter de una cuestión previa -- o "prejudicial interna".

Tal doctrina ha sido reiterada en múltiples ocasiones de las que da cuenta, por ejemplo, la STS 807/2016 de 5 octubre (rcud. 276/2015).

B) La STS 3 noviembre 2008 (rcud. 1697/2007) aborda un supuesto en el que interviene una Empresa de Trabajo Temporal que facilita mano de obra a otra (usuaria) fuera de los supuestos legalmente previstos. Lo que hace la sentencia es recordar que también ese supuesto debe calificarse como cesión ilegal y advertir que declarada aquélla cesión ilícita de mano de obra, la elección prevista en el artículo 43.4 ET entre las empresas condenadas (ETT y usuaria) corresponde al trabajador, pero que una vez hecha ésta elección y en caso de despido improcedente, la empresa elegida, no el trabajador, podrá ejercitar la opción prevista en el artículo 56.1 ET entre readmitir e indemnizar.

C) El recurso sostiene que la única responsable del despido debe ser la empleadora (Ilunion). A este respecto interesa recordar las conclusiones sentadas por la STS 414/2021, en supuesto de cesión entre empresa contratista y Universidad Pública que concurre con un despido calificado como improcedente:

Primero: la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 43.3 ET "ni desaparece, ni se modaliza o atenúa en los supuestos de despido".

Segundo: respecto del modo de concordar las previsiones generales del despido improcedente (concediendo a la empresa la opción entre readmitir o indemnizar) con las específicas de la cesión ilegal (estableciendo el derecho del trabajador a optar por permanecer como fijo en la empresa de su elección) debe entenderse que este último “es independiente y anterior al derecho de opción que le concede el artículo 56 ET al empresario, con carácter general, en los supuestos de despido improcedente, de manera que los trabajadores objeto del tráfico ilegal que son objeto de despido tienen la facultad de optar por cual de las dos empresas –cedente o cesionaria- será su empleadora; y, una vez ejercitada dicha opción, corresponde al empresario por el que el trabajador ha optado, decidir si indemniza o readmite al trabajador, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 56 ET”.

Tercero: aunque los trabajadores afectados por la cesión ilegal tienen reconocido el derecho a integrarse con “la condición de fijos” en cualquiera de las empresas implicadas, ello ni cercena la facultad empresarial de optar por indemnización o readmisión, ni elimina la responsabilidad solidaria de ambas. Lo que sucede es que “si el empresario elegido decide indemnizar, el otro empresario participante de la cesión ilegal responde solidariamente del pago de la indemnización, así como, en todo caso, de las consecuencias y efectos que pudieran derivar del despido”.

D) La STS 30/2022 de 12 enero (rcud. 1903/2020), entre otras, aborda la eventual existencia de cesión ilegal en el marco de una prestación de servicios por parte de empresa auxiliar y en favor de una Comunidad Autónoma. Para afrontarlo, condensa la doctrina que hemos sentado en numerosas ocasiones:

Ha de tenerse en cuenta si existe una mera puesta a disposición de los trabajadores o, por el contrario, la empresa contratista ejerce, respecto de los trabajadores como verdadero empresario, manteniendo el control, la organización y la dirección de la actividad laboral; el control de la actividad de los trabajadores debe seguir en manos de la empresa subcontratada y no trasladarse a la principal, en todo aquello que incide en la organización del trabajo y el efectivo ejercicio de las facultades empresariales en el amplio abanico de decisiones y actuaciones que eso conlleva. Lo que en la práctica se traduce en que siga siendo la empresa subcontratada quien lo mantenga en materias tales como: la distribución de tareas; determinación de los turnos; vacaciones; descansos; aplicación de las facultades disciplinarias; etc., es decir, en el ejercicio de todas aquellas facultades organizativas y directivas que competen el verdadero empleador de los trabajadores bajo cuyo ámbito de organización y dirección desempeñan realmente su actividad. En segundo lugar, resulta imprescindible que la contratista empleadora sea una verdadera empresa con infraestructura organizativa suficiente y adecuada. Y, en tercer lugar, el contratista debe asumir un verdadero riesgo empresarial, siendo la contrata una actividad específica, delimitada y diferente de la actividad desarrollada por la empresa principal.

Por otro lado, la doctrina de la Sala caracteriza la cesión ilegal afirmando que el fenómeno interpositorio supone tres negocios jurídicos coordinados: 1º) un acuerdo entre los

dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2º) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3º) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal (STS de 11 de febrero de 2016, R. 98/2015). Asimismo, hemos destacado que la esencia de la cesión no se halla en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización, sino que lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización “no se ha puesto en juego”, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia (SSTS de 19 de junio de 2012, R. 2200/2011; y de 11 de julio de 2012, R. 1591/11). De forma que aparece en la posición contractual de empresario quien realmente no la ostenta, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio.”

QUINTO.- Análisis del supuesto debatido.

1. Doctrina de la Sala.

La STS 918/2016 de 2 noviembre (rcud. 2779/2014), con cita de otras muchas, pone de relieve la necesidad de ceñirse al caso concreto, pues suelen ser muy distintas las situaciones que pueden darse en la práctica. Esta doctrina, como se comprueba, entre otras muchas, en nuestras sentencias de 18-1-2011 (R. 1637/10), 19-6-2012 (R. 2200/11), 11-7-2012 (R.1591/11), 20-5-2015, Pleno (R. 179/14) y 11-2-2016, Pleno (R. 98/15), y las que en ellas se citan y compendian, ha ido estableciendo criterios que, es sus líneas generales, se contienen en una serie de resoluciones que han abordado el problema en el marco de la gestión indirecta, por ejemplo, de determinados servicios municipales.

“Destacan estas sentencias, entre las que cabe citar las de 17 de febrero de 2010 y 26 de junio 2011], que ante la dificultad de precisar el alcance del fenómeno interpositorio frente a las formas lícitas de descentralización productiva, la práctica judicial ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio efectivo de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto a través de datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva). Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16 de febrero de 1989 señalaba ya que la cesión puede tener lugar «aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta» y la sentencia de 19 de enero de 1994 establece que, aunque se ha acreditado que la empresa

que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al «suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria.(/) De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata sea un elemento esencial para la calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. En definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio. El ámbito de la cesión del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas, pues lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es -como dice la 14 de septiembre de 2001- un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. La finalidad que persigue el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores” (STS 11/7/2012, R. 1591/11).

3. Desde la doctrina científica se ha destacado que tanto en el fenómeno de la interposición como el de la intermediación puede producirse una cesión de fuerza de trabajo que permite obtener un lucro de una mano de obra sin que la actividad laboral se integre en el ciclo productivo del empresario que obtiene el beneficio y, quizá por ello, el ordenamiento, tras la entrada en vigor de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, ha establecido ciertas garantías y precauciones respecto a la cesión que actualmente contempla el ET, lo que probablemente haya provocado un cierto vacío en relación a las denominadas “cesiones indirectas” que parecen caracterizar a la subcontratación.

En este sentido, el art. 43.2 ET describe cuatro conductas sancionables o, mejor, con consecuencias garantistas en beneficio del trabajador afectado: 1) que el objeto del contrato de servicios entre las empresas se limite a la mera puesta a disposición del trabajador de la cedente a la cesionaria; 2) que la cedente carezca de actividad u organización propia y estable; 3) que no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad; o 4) que no ejerza las funciones inherentes a la condición de empresario.

2. Consideraciones sobre el supuesto.

Anteriormente hemos recalcado los aspectos fácticos más relevantes que delimitan el conflicto (Fundamento Primero, apartado 1). No solo aparecen inatacados, sino que el Fundamento de Derecho Séptimo de la sentencia recurrida los condensa, precisamente, a fin de justificar la decisión sobre el tema de la cesión ilegal. Con levísimas alteraciones sintácticas, para mejor aquilatarlos, el relato es el siguiente:

- Los demandantes han desempeñado su trabajo dentro de los departamentos esenciales de la AEMPS según establece su Estatuto y realizando funciones propias de su objeto y competencias.
- Han trabajado conjuntamente con los funcionarios de la Agencia, sin recibir instrucciones ni orden alguna de su empleadora formal, en este caso ILUNION.
- Estos trabajadores lleven muchos años prestando sus servicios, algunos más de veinte, pasando de contrata en contrata sin que ello altere más que el nombre de la empresa que les da de alta en la seguridad social y les abona el salario.
- Se mantienen incardinados en la organización de la AEMPS y bajos las órdenes de su personal.
- Se coordinan en materia de vacaciones y permisos con los funcionarios con los que comparten la actividad y el espacio físico.
- Utilizan tanto los medios materiales de la Agencia como sus bases de datos y software con los que trabajan.
- La persona que actúa como Coordinadora es una trabajadora más al servicio de la Agencia, que se ha limitado a transmitir información.
- También los conserjes, ordenanzas y el único conductor que consta han desempeñado sus tareas siempre en la sede de la AEMPS y a las órdenes de su personal que era quien les encomendaba el trabajo a realizar, sin que hubiera ningún responsable de ILUNION que les diera orden alguna.
- Es irrelevante la puesta a disposición de dos vehículos por parte de RICOH, que no de ILUNION, lo que podrá considerarse un arrendamiento de los mismos por parte de esa empresa, pero no desvirtúa la cesión al mantenerse todos los elementos para apreciarla.
- ILUNION se ha limitado en todo caso a poner a disposición de la AEMPS los trabajadores, sin asumir función alguna de dirección o mando.

3. Valoración.

A) A la vista de cuanto acabamos de recordar consideramos que en el caso concurren los presupuestos para apreciar la existencia de una cesión ilegal, sin que el carácter de empresas reales que poseen las implicadas o el tipo de tareas desarrolladas por la auxiliar aboquen a conclusión diversa.

B) Es la Agencia quien ha ejercido los verdaderos poderes de dirección inherentes a la condición de empleadora; ha habido una mezcla radical entre su

personal y el de la empresa Ilunion; las tareas de coordinación a cargo de esta última han sido solo formales; al cabo, ha existido una puesta a disposición de la AEMPS respecto de un colectivo laboral prácticamente integrado en su organigrama de actividad productiva.

C) El recurso parte de una realidad diversa de la judicialmente apreciada: a partir de la afirmación de que las empresas concurrentes asumen sus posiciones contractuales, son reales y solventes, han encauzado de forma transparente su colaboración y ejercen sus respectivas facultades, concluye negando las anomalías.

Basta la lectura del relato fáctico recién recordado (apartado 2) para detectar el erróneo punto de partida asumido por el recurso; sin haber combatido los hechos dados como ciertos por el Tribunal de instancia, razona sobre otros distintos. En supuestos como los resueltos por las SSTS 898/2017 de 15 noviembre (rec. 247/2016), 532/2019 de 3 julio (rec. 51/2018) y 794/2021 de 15 julio (rec. 74/2021, Pleno) hemos debido salir al paso de tales planteamientos. El recurso omite cualquier propuesta de revisión de hechos probados por lo que hemos de atenernos a los que constan como tales en el correspondiente apartado, o con ese valor en la fundamentación jurídica. Al construir su razonamiento sobre premisas que no coinciden con la crónica judicial acaba incurriendo en una petición de principio o hacer supuesto de determinada cuestión. Al actuar de ese modo incurre en el vicio procesal de la llamada «petición de principio» o «hacer supuesto de la cuestión», que se produce cuando se parte de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida. Este defecto que se produce cuando el recurrente parte de unas premisas fácticas distintas a las que declara probadas la resolución recurrida (STS 141/2021 de 2 febrero, rec. 128/2019 y las citadas en ella).

SEXTO.- Resolución.

1. Desestimación.

En anteriores Fundamentos hemos expuesto secuenciadamente los argumentos que sustentan nuestra decisión. Como se desprende de cuanto antecede, el recurso no puede prosperar y debe quedar firme la sentencia que declara la nulidad del despido colectivo. En esencia, porque ha existido un número de terminaciones contractuales que supera los umbrales del artículo 51 ET, interpretado conforme a las exigencias del Derecho de la UE, sin haberse activado el procedimiento previsto al efecto. En su último párrafo, el artículo 124.11 LRJS prescribe que “La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario

no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta ley”. Esa es la solución a que accede la STSJ Madrid recurrida, por lo que ahora debemos confirmarla.

2. La condición de personal indefinido no fijo.

A) La STS 121/2022 de 8 febrero (rcud 5070/2018) ha puesto de relieve la existencia de algunos criterios doctrinales que podrían incidir sobre el presente caso; son los siguientes:

- La superación de un proceso de selección para la contratación temporal por una Administración pública no supone que, si el contrato temporal es fraudulento o ha mediado cesión ilegal, quien trabaja adquiera fijeza. Así lo viene afirmando nuestra doctrina incluso tras la resolución del conflicto colectivo antes aludido; en particular es de ver la STS (Pleno) 17 noviembre 2021 (rcud. 2337/2020) y posteriores.
- Aun en el sector público, tras la subrogación empresarial se conserva la modalidad de relación laboral preexistente (temporal fija, indefinida no fija). Así lo venimos exponiendo, especialmente tras la STS (Pleno) 85/2022 de 28 enero (rcud. 3781/2020; Ayuntamiento de Pamplona).
- La existencia de cesión ilegal de trabajadores entre empleadores del sector público no genera la fijeza contemplada en el artículo 43 ET sino la peculiar estabilidad derivada de la condición de personal indefinido no fijo. Ese es el criterio que venimos sosteniendo al menos desde la STS 11 diciembre 2002 (rcud. 639/2002).

B) Estamos en un supuesto en que concurre tanto una subrogación empresarial cuanto una cesión ilegal, sin que el personal afectado haya superado pruebas de acceso al empleo público. En consecuencia, sería posible dudar sobre el modo en que deben armonizarse los criterios expuestos.

Sin embargo, lo cierto es que la decisión adoptada por la sentencia recurrida respecto de la cualidad de personal indefinido no fijo debe considerarse firme, toda vez que no ha sido objeto de recurso. En el ámbito de un recurso de casación extraordinario, como se sabe, resulta imposible alterar los términos en que se ha

trabado el debate; incurriríamos en una indeseable incongruencia si nos adentrásemos en un debate que no ha sido suscitado por las partes afectadas y vulneraríamos el derecho a la tutela judicial de la Agencia condenada, que no ha podido argumentar frente a la eventual reclamación de fijeza.

3. Pronunciamientos accesorios.

Por otro lado, el artículo 235 LRJS dispone que la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita. De acuerdo con los criterios usualmente aplicados por esta Sala, procede establecerlas en 1.500 euros en favor de cada una de las partes impugnantes.

A tenor de lo previsto en el artículo 229.4 LRJS (“El Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, estarán exentos de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes”) es innecesario adoptar decisión alguna sobre depósito o consignaciones.

FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS), representada y defendida por el Abogado del Estado.

2º) Confirmar y declarar firme la sentencia nº 536/21 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 19 de julio de 2021, y el auto de aclaración de 6 de septiembre de 2021, en autos nº 355/2021, seguidos a instancia de la Confederación General del Trabajo contra dicha recurrente, Ilunion CEE Contac Center, S.A., Ricoh España SLU, Comité de empresa de la mercantil Ilunion CEE Contac Center, Federación de Servicios de Madrid de CCOO, Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la UGT, sobre despido colectivo.

3º) Imponer a la citada recurrente las costas procesales, en cuantía de 1.500 euros en favor de cada una de las impugnantes del recurso.

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

Así se acuerda y firma.