



Roj: **STS 4453/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4453**

Id Cendoj: **28079140012022100849**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2022**

Nº de Recurso: **119/2022**

Nº de Resolución: **943/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 11845/2021,**
STS 4453/2022

CASACION núm.: 119/2022

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 943/2022

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.ª Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D.ª María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 29 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación ordinario interpuesto por el Letrado D. Manuel López Villar, en nombre y representación de Dª María Antonieta (USOC), en su condición de delegada de personal de Railsider Servicios Externos SL (RAILSIDER), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 20 de diciembre de 2021, procedimiento 38/2021, en actuaciones seguidas en virtud de demanda de impugnación de despido colectivo y de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, a instancia de Dª María Antonieta (USOC), en su condición de delegada de personal de Railsider Servicios Externos SL (RAILSIDER) contra Railsider Servicios Externos SL (RAILSIDER), Compañía Española de Laminación SL (CELSA) y Almacenes Servicios y Recuperaciones SL (ALSERVI), habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha comparecido en concepto de recurrido Railsider Servicios Externos SL (RAILSIDER), representada y asistida por la Letrada Dª Cristina Rodríguez Ochoa, Compañía Española de Laminación SL (CELSA), representada y asistida por la Letrada Dª María Chica Soler y Almacenes Servicios y Recuperaciones SL (ALSERVI), representado y asistido por el Letrado D. Paolo Fayer Pérez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación letrada de D^a María Antonieta (USOC), en su condición de delegada de personal de Railsider Servicios Externos SL (RAILSIDER), se presentó demanda de impugnación de despido colectivo y de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimó de aplicación terminó suplicando se dictara sentencia por la que: "1. Se declare la nulidad de la decisión extintiva del despido colectivo producido, condenado solidariamente a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a que readmitan a los trabajadores en sus puestos de trabajo, con elección por parte de los trabajadores de la empresa en que han de integrarse y abono de salarios de tramitación.

2. Subsidiariamente se declare no ajustada a derecho la decisión extintiva y en consecuencia la improcedencia de los despidos efectuados condenando solidariamente a los codemandados a estar y pasar por dicha declaración y a que readmitan a los trabajadores en sus puestos de trabajo correspondiendo a los trabajadores la elección de empresa en que deben ser readmitidos, o caso contrario sean indemnizados en la cuantía legalmente establecida.

3. Subsidiariamente a las peticiones anteriores, para el caso de que no se estimase la existencia de cesión, ilegal de trabajadores se declare la nulidad o subsidiariamente no ajustada a derecho la decisión extintiva, con los efectos legales inherentes a dicha declaración".

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

TERCERO.- En fecha 20 de diciembre de 2021 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la que consta el siguiente fallo: "Que hemos de desestimar y desestimamos las excepciones procesales de falta de legitimación activa, acumulación indebida de acciones, falta de legitimación pasiva, falta de acción, y defecto en la forma en la demanda, y hemos de estimar y estimamos en parte la demanda interpuesta por María Antonieta, en su condición de delegada de personal en materia de impugnación colectiva de despido colectivo al amparo del art. 124 LRJS, contra RAILSIDER SERVICIOS EXTERNOS, SL, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE LAMINACIÓN, SA (CELSA) y ALMACENES, SERVICIOS Y RECUPERACIONES, SL y con citación al MINISTERIO FISCAL sobre extinción de 21 contratos de trabajo, con efectos del día 31.05.2021, por lo que debemos declarar y declaramos NO AJUSTADO A DERECHO el despido colectivo por no concurrir las causas invocadas, condenando solidariamente RAILSIDER SERVICIOS EXTERNOS, SL y a ALMACENES, SERVICIOS Y recuperaciones, SL a estar y pasar por esta declaración y a todas las consecuencias legales que le son inherentes, absolviendo a la COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE LAMINACIÓN, SA (CELSA)".

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

"Primero.- El objeto social de la mercantil RAILSIDER consiste en la prestación de servicios productivos, incluyendo la manipulación de mercancías, servicios administrativos y de gestión de procesos logísticos, tanto externos como en las propias instalaciones de terceros, la realización de trabajos de asesoramiento y consultoría en el ámbito de la logística y las cadenas de suministros y la prestación de servicios de asesoramiento, intermediación y planificación de la optimización de rutas de transportes, de la gestión y del transporte en general (estatutos de la sociedad obrantes en los folios 336 a 342).

Dicha empresa desarrolla su actividad, además de la contrata con CELSA en Castellbisbal que luego se dirá, en otros dos centros de trabajo, sitios en Barcelona y Noain (Navarra) (hecho conforme)

Segundo.- ALSERVI tiene como objeto social, entre otros, la prestación de servicios de recogida, almacenamiento, transporte y depósito de todo tipo de mercancías, así como el ensamblaje y manipulación de mercancía y productos y los trabajos de recuperación de todo tipo de piezas y accesorios, incluyendo la actividad de transformación de accesorios, elementos, productos y piezas de automóvil, la prestación de todo tipo de servicios de transporte, urbano e interurbano, incluyendo los servicios de transporte público, regular o discrecional, transporte privado y transporte comunitario, incluyendo la actividad de transporte público o privado de mercancías por carretera pudiendo a tal efecto adquirir o transmitir los vehículos pertinentes con sus remolques y accesorios, así como atender a su reparación, tramitar y obtener las preceptivas autorizaciones administrativas prevista en la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres (documento número 1 en formato electrónico de ALSERVI).

Dicha empresa forma parte del grupo Ferrovial y por ello en las negociaciones y comunicados se hace habitualmente mención a "Ferrovial" (hecho conforme).



Tercero.- La actividad de CELSA consiste básicamente en la transformación y fusión de piezas de acero y aprovechamientos ferrugosos con horno eléctrico y, en general, todo lo referente a la industria metalúrgica (documento núm. 7 prueba electrónica de CELSA)

Cuarto.- En fecha 15 de marzo de 2018 RAILSIDER y CELSA suscribieron un contrato de servicios, que se da íntegramente por reproducido, con fecha de vigencia hasta 1 de junio de 2021 para la realización por parte de la primera de las actividades de CELSA consistentes en cargar camiones, actividades auxiliares a la carta de camiones, descargar camiones, gestionar el almacén, los flujos internos de camiones, el material auxiliar y los residuos y banales propios de la actividad, reprocesar paquetes y mantener y reemplazar bulones de casilleros, dentro de la zona de servicio CELSA 3 (documento núm. 1 aportado por RAILSIDER en formato electrónico que consta en el sobre del folio 235 de las actuaciones y folios 348 a 369 y 1445 a 1466).

La actividad que desarrollaba RAILSIDER para CELSA consistía la gestión integral del movimiento de producto acabado, movimiento de material con puentes-grúas, almacenamiento, carga y descarga de camiones y limpieza de almacén que se desarrollaba en el área denominada internamente como CELSA 3 (testifical del señor Abel, del señor Alejo y del señor Ambrosio e informe de la ITSS)

Quinto.- Dos de los trabajadores de la anterior adjudicataria fueron contratados por RAILSIDER bajo la modalidad de obra o servicio (documentos de los folios 1223 a 1244 de las actuaciones)

Sexto.- La señora María Antonieta (USOC) fue elegida como delegada de personal de RAILSIDER en el centro de trabajo CELSA3 en el proceso electoral que tuvo lugar en noviembre de 2019, siendo la segunda más votada la señora Juana (UGT) (folios 13 a 19 de las actuaciones). La señora María Antonieta actuó como representante de la plantilla en la negociación de un ERTE COVID previo al despido colectivo (testifical del señor Abel)

Séptimo.- Tras una carta-invitación de fecha 16 de octubre de 2020 a efectos de renovación de la contrata, en fecha 26 de marzo de 2021 CELSA puso en conocimiento de RAILSIDER que había tomado la decisión de no adjudicarle la nueva contrata (documentos de los folios 371 y 1540 de las actuaciones). La nueva contratista resultó ser la codemandada ALSERVI (hecho conforme).

Octavo.- En fecha 22 de febrero de 2021 ALSERVI y CELSA suscribieron un contrato de servicios, que se da íntegramente por reproducido, para la realización por parte de la primera de las actividades de CELSA consistentes en cargar camiones, actividades auxiliares a la carta de camiones, descargar camiones, gestionar el almacén, los flujos internos de camiones, el material auxiliar y los residuos y banales propios de la actividad, reprocesar paquetes y mantener y reemplazar bulones de casilleros, dentro de la zona de servicio CELSA 3. Los equipos que debía utilizar ALSERVI eran 2 cabezas tractoras, 2 tractores agrícolas, 2 roiltraiders 20 pies de 40 toneladas, 3 roiltraiders de 40 pies 60-80 toneladas, 1 carretilla elevadora, 22 radio frecuencias, 1 depósito de gasoil de 1.000 litros, 1 dispensador de Gasoil y 1 tablet. Por su parte, CELSA cedió en arrendamiento a dicha mercantil; a) 14 puentes grúa cabina para la evacuación, ubicación y carga de producto acabado, 2 puente grúa sin cabina y con imanes, 1 puente grúa sin cabina y con cadenas, y 1 dispositivo para arreglo de paquetes, y b) 13 ordenadores con acceso a SAP, 3 etiquetadoras, 1 teléfono fijo, 3 flejadoras, 3 grapadoras, 3 cizallas, 6 lectores de mano, 5 imanes, 3 garras sujeta chapa Ranas, 1 impresora oficina, y 16 escaleras. En relación al material integrado en a) el contrato no fija el preciso del arrendamiento y respecto al material integrado en b) se especifica que es a título, haciéndose cargo la principal del mantenimiento y reparación, excepto las incidencias por las actuaciones del personal de la contratista (documento núm. 1 aportado por ALSEVI en formato electrónico que consta adicionado al folio 145 de las actuaciones)

Noveno.- ALSERVI era ya contratista previamente a la suscripción de dicha contrata de dos contratos de prestación de servicios para CELSA (testifical del señor Fausto)

Décimo.- ALSERVI no se puso en contacto en ningún momento con RAILSIDER solicitando la información y documentación sobre la plantilla de esta última a efectos de subrogación empresarial (del interrogatorio de parte de la representante de RAILSIDER)

Undécimo.- Ante la inminencia del cambio de contratista diversos trabajadores de RAILSIDER se pusieron en contacto con el señor Fausto (de ALSERVI) a fin de sondear la posibilidad de continuación de la actividad laboral con la nueva empresa, sin que aquél adquiriera un compromiso específico de contratación, celebrándose algunas reuniones colectivas del personal de ALSERVI con dicha persona (testifical del señor Abel, de la señora Juana y del señor Fausto)

Duodécimo.- En fecha 20 de abril de 2021 la señora María Antonieta, actuando en su calidad de delegada de personal, presentó escrito ante el Tribunal Laboral de Cataluña (TLC) comunicando la convocatoria de una huelga indefinida a partir del siguiente día 27 y solicitando la mediación de dicho organismo, con designa de los miembros del comité de huelga. En dicho escrito se afirmaba: "La empresa Railsider es una contrata de la empresa principal CELSA y tenemos invocación que a partir del 31 de mayo de 2021, se adjudica el servicio de



cara de los camiones y movimiento de materiales a otra empresa, sin que se nos garantice el empleo en la nueva empresa, ni exista un compromiso al respecto en relación a los puestos de trabajo de la nueva operativa. Por ello queremos obtener garantías sobre la continuidad de nuestros empleos por parte de la nueva adjudicatara y con la conformidad de la empresa principal CELSA que es la responsable última de las decisiones". A dichos efectos se solicitaba que también fuera citada a la mediación " por tener un papel determinante en la solución de este conflicto" (folios 20 a 22 de las actuaciones). Aunque dicha huelga fue desconvocada, volvió posteriormente a presentarse nueva comunicación.

Décimo tercero.- En fecha 22 de abril de 2021 RAILSIDER puso en conocimiento de la representante de las personas asalariadas su intención de iniciar un procedimiento de despido colectivo, debido a la finalización de la contrata. En fecha 29 de abril comunicó a la comisión representativa el inicio formal del período de consultas con efectos del siguiente día, haciendo entrega de la comunicación inicial, el acta de constitución de la comisión negociadora, el formulario de solicitud a la Generalitat de Catalunya, la relación actual de los trabajadores y trabajadoras de la empresa, desglosando la información por centro de trabajo, provincia y comunidad autónoma, la relación de trabajadores empleados habitualmente durante el último año, desglosando la información por centro de trabajo, provincia y comunidad autónoma, la relación de trabajadores afectados/as por el expediente, la memoria explicativa justificadora de la medida que pretendía adoptar, la carta de CELSA poniendo fin a la contrata, el balance de situación y cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio 2020, la cuenta de pérdidas y ganancias del primer trimestre de 2021, las declaraciones de IVA 2020, el informe técnico y el plan de social de acompañamiento (documentos números 2, 3, 5, 6, 7 y 18 del expediente administrativo y 29 y 30 de las actuaciones) El listado de personas asalariadas afectadas era de 21 trabajadores y trabajadoras (documento número 4 del expediente administrativo)

Décimo cuarto.- Ese mismo día se constituyó la comisión negociadora, compuesta por la representante de RAILSIDER (la señora Antonia junto con una asesora externa) y la señora María Antonieta como delegada de personal (junto con dos asesores externos de USOC) En la misma se acordó fijar un calendario de cuatro reuniones los días 4, 6, 11 y 14 de mayo (documento número 3 del expediente administrativo y 35 a 39 de las actuaciones)

Décimo quinto.- En fecha 30 de abril de 2021 RAILSIDER comunicó al Departament de Treball, Afers Socials i Famílies de la Generalitat de Catalunya el inicio de un expediente de regulación de empleo por causas técnicas y organizativas motivado por la finalización del contrato de prestación de servicios con CELSA (documento número 1 del expediente administrativo)

Décimo sexto.- En la primera reunión celebrada el 4 de mayo RAILSIDER dio explicaciones sobre la situación que atravesaba en CELSA3 y otros dos centros de trabajo y las causas justificadoras del despido. Por su parte, la comunicación representativa de la plantilla indicó que no precisaba más documentación y reclamó la aplicación de la Directiva 2001/23, en tanto que el cambio de contratista no debía de ser causa de despido. Ante la respuesta de RAILSIDER en relación a que la nueva contratista no se había puesto en contacto con ella y que CELSA se había limitado a comunicarles que se trataba de empresas diferentes, la representación legal de las personas trabajadoras (RLPT) manifestó que la propia FERROVIAL se había " puesto en contacto y entrevistado a la totalidad de los trabajadores asegurándoles que les iba a contratar a todos, cuestión de la que posteriormente se ha desdicho hasta tener claro como finaliza el ERE". A continuación RAILSIDER ofreció la continuidad de los contratos de trabajo de tres personas en otros centros de trabajo (con posibilidad de otra cuarta), manifestando la RLPT que la única posibilidad de alcanzar un acuerdo pasaba por la subrogación de plantilla por FERROVIAL (documento núm. 15 del expediente administrativo y 37 a 39 de las actuaciones).

Décimo séptimo.- En la reunión de 6 de mayo RAILSIDER volvió a manifestar que seguía sin noticias de FERROVIAL y la comisión representativa de la plantilla insistió en la necesidad de aplicar la figura de la sucesión de empresas, haciendo mención a la reunión prevista para el 13 de mayo a la que se había citado tanto a la principal como a la nueva contratista. Asimismo la empresa volvió a ofrecer la recolocación de parte de la plantilla en otros centros de trabajo (documento núm. 15 del expediente administrativo y 40 a 42 de las actuaciones).

Décimo octavo.- En fecha 7 de mayo de 2021 la supervisara Juana hizo llegar a la dirección de RAILSIDER una comunicación firmada por 19 de los integrantes de la plantilla en la que se hacía constar su acuerdo con la propuesta remitida por dicha mercantil a su representante con la propuesta de " cese de los contratos y realización del finiquito de este a los trabajadores de Rallsider Servicios Externos, SLU que prestan servicio en Celsa3 a relación de 25 días por año trabajado", así como " el cierre del expediente N° NUM000 presentado ante el Tribunal Laboral de Catalunya y cualquier expediente existente en relación con dicha disputa, así como la finalización de la propuesta de huelga existente y que fue aplazada si la empresa decide aceptar la propuesta realizada por los trabajadores firmantes " (documento número 1 de la prueba aportada en formato electrónico



por la parte actora y 1211 a 1213 de las actuaciones). Dicho documento fue entregado también a la delegada de persona (documento del folio 1703 de las actuaciones).

La mencionada propuesta fue inicialmente elaborada por tres o cuatro empleados/as no identificados/as y comunicada a la señora María Antonieta, con transmisión posterior a la plantilla y celebrándose luego una votación (testifical del señor Abel y de la señora Juana).

Décimo noveno.- En la reunión de 11 de mayo la empresa puso en conocimiento que había recibido un correo electrónico del señor Abel (coordinador de operaciones en CELSA3) en el que se indicaba que quince personas de la plantilla habían propuesto un acuerdo consistente en el pago de una indemnización de 25 días, siendo su respuesta la remisión de la propuesta a la RLPT. Por su parte dicha representación indicó que el señor Abel estaba llevando *"una negociación paralela de este expediente, habiendo incluso garantizado a los trabajadores que a partir del 1 de junio van a ser recolocados por parte de la nueva adjudicataria"*; a lo que se añadía que dado el cargo que aquél ostentaba consideraban que estaba *"hablando en nombre de la empresa"*. Por la empresa volvió a ofrecerse la desafectación de cuatro personas en otros centros, determinando unas concretas condiciones, entre ellas la voluntariedad; la propuesta fue agradecida por la RLPT aunque con la matización de que al haberse comunicado a todo el colectivo la garantía del puesto de trabajo se creía que hubiera voluntarios, respondiendo RAILSIDER que no tenía conocimiento de ningún compromiso de mantenimiento de empleo. A continuación la RLPT solicitó a la empresa el complemento de indemnización de 25 días, lo que fue aceptado tras un receso por la mercantil codemandada, reclamando la comisión representativa de la plantilla que la empresa emitiese un comunicado al respecto, lo que fue aceptado. Finalmente, la RLPT indicó que la posibilidad de acuerdo estaba condicionada a la garantía de mantenimiento del empleo, emplazándose finalmente ambas partes a la reunión prevista ante el Tribunal Laboral de Cataluña (documento núm. 15 del expediente administrativo y 43 a 46 de las actuaciones).

Vigésimo.- En fecha 14 de mayo de 2021 la empresa remitió un correo electrónico al señor Abel indicándole que ya anteriormente se le había indicado que *"bajo ningún concepto puedes hablar en nombre de railsider y menos cuando nos encontramos en medio de una negociación de un ERE de extinción"*, añadiendo que su conducta comporta que según la señora María Antonieta *"la plantilla tiene la firme creencia de que tiene trabajo en la nueva adjudicataria"*, encareciéndole a cesar en las gestiones que estaba realizando en nombre de la empresa. Dicho correo fue respondido por el señor Abel con un mensaje en el que afirmaba que no había hablado en nombre de Railsider con nadie y que si había tenido alguna conversación con alguien fue a título personal, dado que la delegada de personal no estaba proporcionando información alguna (documento de los folios 1215 y 1216 y testifical del señor Abel).

Vigésimo primero.- En fecha 13 de mayo de 2021 se celebró la mediación ante el TLC en relación a una segunda convocatoria de huelga, que finalizó sin avenencia. Comparecieron al mismo la señora María Antonieta y dos miembros del comité de huelga, así como Railsider. No compareció CELSA, que remitió previamente un correo electrónico en el que se indicaba que *"no té ni ha tingut relació laboral amb la plantilla de l'empesa Railsider i per tant no es pot donar per comunicada ni per afectada"*. Asimismo Ferrovial Servicios había remitido otro correo electrónico en el que indicaba que *"teniendo en cuenta que el conflicto es entre Railsider y sus trabajadores, ponemos en conocimiento de este Tribunal que no asistiremos a la reunión del 14 de mayo"*. En dicho acto las personas comparecientes como integrantes del comité de huelga manifestaron que no aceptaban las razones aducidas por dichas mercantiles para inasistir a la mediación, indicando que *"Celsa tiene una responsabilidad subsidiaria con la plantilla de Railsider al realizarse la actividad en el centro de trabajo y es una actividad subcontratada"*. Y que Ferrovial *"está realizando reuniones con los trabajadores de Railsider en las instalaciones de la empresa Celsa y con la asistencia de responsables de Ferrovial como Fausto y otros, prometiendo verbalmente empleo en la nueva contrata"*. De ahí se difería que la inasistencia de ambas empresas impedía desconvocar la huelga y se afirmaba que su actuación incurría en mala fe al prometer verbalmente trabajo y en cambio no hacerlo por escrito (folios 23 a 28 de las actuaciones).

Vigésimo segundo.- En la última reunión el día 14 de mayo la empresa preguntó a la RLPT si se aceptaba la oferta de recolocación de cuatro personas y la mejora de la indemnización de 25 días, lo que fue negado por aquella mientras no se garantizara la totalidad de los puestos de trabajo. Ante dicha respuesta RAILSIDER preguntó si se había convocado una asamblea para someter dicha propuesta a votación, respondiendo la delegada de persona que no, aunque se había informado a varios trabajadores/as y reiterando la imposibilidad de aceptar dicha propuesta mientras *"exista una promesa verbal de recolocación para toda la plantilla, promesa realizada tanto por el coordinador de RAILSIDER SERVICIOS EXTERNOS como de la empresa adjudicataria"*. La empleadora insistió en que el coordinador no hablaba en su nombre y que no podía realizar ninguna promesa verbal y menos aún garantizar el mantenimiento del empleo. Se manifestó en este sentido que se había hablado con dicho coordinador para que no interfiriera en las negociaciones, en lo que se insistiría en tanto que se estaba perjudicando la negociación del expediente.

Ante ello la RLPT manifestó que la causa de que no pudiera alcanzarse un acuerdo correspondía a CELSA y a la nueva adjudicataria.

A continuación RAILSIDER puso en conocimiento de la comisión representativa de la plantilla que con carácter previo a la comunicación a la Administración laboral del fin del período de consultas intentaría una mediación ante el Tribunal Laboral de Cataluña, ante lo que la RLPT indicó que prefería la intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS). Finalmente ambas parte reiterando sus respectivas posiciones, poniéndose fin al período de consultas sin acuerdo (documento núm. 15 del expediente administrativo y 47 a 50 de las actuaciones).

Vigésimo tercero.- En fecha 14 de mayo RAILSIDER solicitó la mediación del TLC, " *como última vía posible en tratar de buscar una solución a este conflicto antes de comunicar la intención final a la autoridad laboral, a fin de conseguir " un acuerdo que beneficie a las partes en el ERE de extinción presentado"* (documento de los folios 1706 a 1708 de las actuaciones)

Vigésimo cuarto.- En fecha 27 de mayo se celebró una reunión ante el TLC, en la que comparecieron la instante, la señora María Antonieta y, a petición de la empresa, la señora Juana . RAILSIDER se ratificó en su escrito inicial, la señora María Antonieta reiteró la posición mantenida en la mediación de huelga sobre la obligación de subrogación y la señora Juana manifestó que la mayoría de la plantilla había sido la aceptación de las condiciones planteadas por la empresa.

Los mediadores del TLC efectuaron una propuesta en línea con la oferta de la empresa en el período de consultas, instando a las partes a que procedieran a convocar una asamblea de la plantilla para que a más tardar al día siguiente se pronunciara sobre dicha propuesta (documento número 4 de la prueba aportada en formato electrónico por la parte actora, documentos de los folios 1165 a 1183, 1199 a 1204 y 1709 a 1714 de las actuaciones y testifical de la señora Juana)

Vigésimo quinto.- En fecha 28 de mayo de 2021 a instancias de la empresa se celebró un asamblea mediante la plataforma Teams a la que se conectaron quince personas de la plantilla, que dieron su consentimiento para su grabación a efectos meramente internos, en relación a la propuesta efectuada por la empresa. En ella todas las personas asistentes dieron su conformidad con la propuesta empresarial, salvo una por motivos de conexión. En el decurso de la reunión doce de los asistentes manifestaron que no había existido coacción alguna (visionado de la prueba de reproducción videográfica aportada adjunta el documento 1186 de las actuaciones y testifical de la señora Juana y del señor Matías) En fecha indeterminada RAILSIDER elaboró un escrito recogiendo las conclusiones de aceptación de su propuesta como resultado de dicha asamblea, que fue suscrito por dieciséis personas (folio 1185 de las actuaciones).

Vigésimo sexto.- En fecha 28 de mayo RAILSIDER remitió un correo electrónico a la señora María Antonieta en la que ponía en su conocimiento el resultado de dicha asamblea, reiterando la oferta final formulada y se solicitaba la reconsideración de su posición con el fin de suscribir un acuerdo en fecha 31 de mayo (documento de los folios 1190 y 1191 de las actuaciones).

Vigésimo séptimo.- En fecha 16 de mayo de 2021 la señora Lidia remitió a la delegada de personal señora María Antonieta un correo electrónico en que mostraba su inquietud sobre lo que ocurriría en el momento del cambio de empresario dado que el viernes anterior, después de su jornada laboral, había muchos compañeros en la báscula, le dijeron que fuera y ahí también estaban sus compañeros con los jefes de Rallsaider Sider (Juana y Abel) que le comentaron que si quería empezar a trabajar con Ferrovial el día 1 de junio tenía que firmar un escrito sobre la revocación de la delegada sindical (USOC) escrita por Ferrovial (un tal Fausto ...) y que al no firmar no seguiría trabajando. En fecha 25 de mayo la señora María Antonieta reenvió dicho correo al señor Pedro Antonio (documento número 3 de la prueba aportada en formato electrónico por la parte actora).

Un correo idéntico fue remitido en la misma fecha a la señora Antonia , quién respondió mostrando su sorpresa ante una iniciativa de revocación de la delegada de personal y negando la existencia de propuesta alguna de Ferrovial de la cual tuviera conocimiento la empresa (documento del folio 1220 de las actuaciones)

Vigésimo octavo.- En fecha 17 de mayo de 2021 el señor Balbino remitió un correo electrónico a la delegada de personal señora María Antonieta , mediante el cual ponía en su conocimiento que hacía aproximadamente un mes y medio tuvo una reunión con el señor Fausto que había sido programa por el coordinador de railsider en el centro Celsa 3 (el señor Abel), quién le hizo el relevo y le dirigió a una oficina que había habilitado Celsa en sus instalaciones. Y que el día 10 de mayo se le dio una hoja para que firmar una propuesta de negociación, ante lo que se negó al no ser su delegada sindical, habiendo recibido esa misma tarde una llamada del coordinador en la que, entre otras cosas, le indicó que lo mejor sería firmar esa hoja o de lo contrario la empresa ferrovial no iba a contratar a ninguno de sus compañeros. Se añadía que el viernes 14 recibió " *una llamada de Juana en la que me decía que tenía una hoja con la revocación de nuestra delegada, me negué también y más tarde*



recibí otra llamada en la que se me dijo que todos los que no habíamos firmado la revocación no seríamos contratados por ferroviaria, porque esa hoja la había redactado un jefe de ferroviaria". En fecha 25 de mayo la señora María Antonieta reenvió dicho correo al señor Pedro Antonio (documento número 2 de la prueba aportada en formato electrónico por la parte actora y documento de los folios 1704 y 1705).

Un correo idéntico fue remitido por el señor Balbino a la señora Antonia en esa misma fecha. La señora Antonia respondió al mismo en términos similares a la respuesta del correo Lidia (documento del folio 1218)

Vigésimo noveno.- En fecha 17 de mayo de 2021 el señor Gonzalo en representación de UGT presentó en la Oficina Pública de Registre d'Eleccions un escrito de convocatoria de una asamblea de personal para revocar al comité de empresa (sic) de Railsider (documento del folio 1268 -reverso- de las actuaciones)

Trigésimo.- En fecha 19 de mayo de 2021 Antonia notificó a la señora María Antonieta que había recibido un mail en el que se la informaba que había habido una asamblea de trabajadores para revocarla de su cargo como delegada de personal. En su respuesta el mismo día la señora María Antonieta afirmó que Juana y Abel habían reunido a los trabajadores dándoles un papel para su revocación hecho por el señor Fausto de Ferrovia. Añadiendo que "el día anterior según los responsables de Railsider Abel y Juana, se reunieron con el señor Fausto en reunión y les comunicó que el que quisiera firmar un contrato a partir del 1 junio con Ferrovia tenía que firmar mi revocación. Ambos decían alto y claro que eran mandados por los jefes de Ferrovia".

La señora Antonia respondió ese mismo día indicando que RAILSIDER no tenía conocimiento de dicha reunión y que hablaría con ambos trabajadores porque no estaban actuando en nombre de la empresa ni tenían capacidad para hacerlo (documento de los folios 1247 y 1248).

Trigésimo primero.- El día 24 de mayo de 2021 Juana remitió un correo electrónico a la señora Antonia en el que ponía en su conocimiento que en una asamblea se había decidido revocar a la señora María Antonieta como delegada de personal por 16 votos sobre 21, por lo que ella misma pasaba a ostentar el cargo, al ser la segunda más votada en las previas elecciones sindicales. En dicha misiva se urgía a la empresa para celebrar una reunión al día siguiente en relación al ERE.

El día 26 de mayo -tras un nuevo mail de la señora Juana - la señora Antonia respondió que tenía constancia de la impugnación de la revocación por USOC, por lo que estaban esperando hasta el jueves para saber quién era la persona legitimada y que habían formulado una consulta a la Administración (documento obrante en los folios 1250 a 1251 de las actuaciones).

Trigésimo segundo.- En fecha 24 de mayo Juana presentó un escrito ante l'Oficina Pública de Registre d'Eleccions Sindicáis aportando un certificado del acta de la asamblea para revocación de delegados suscrita por el señor Augusto en el que se hacía constar la revocación como delegada de la señora María Antonieta por dieciséis votos a favor, cero en contra y un voto en blanco (documento de los folios 1253 a 1254 de las actuaciones).

Trigésimo tercero.- El señor Celso en nombre de USOC presentó escrito el día 25 de mayo solicitando que no se diera validez a la revocación, al no respetarse el plazo previsto en cuanto a la previa comunicación a la Oficina Pública de Registre (documento del folio 1265 de las actuaciones).

Por resolución del director de los servicios territoriales de Barcelona del Departament de Treball, Afers Socials i Famílies se dictó resolución de fecha 1 de junio de 2021 en el que se afirmaba que, verificado el cumplimiento de los requisitos formales en la revocación, se aprobaba el registro de baja y alta de delegadas sindicales (documento de los folios 1268 a 1270 de las actuaciones)

Trigésimo cuarto.- La cap del secció d'Eleccions i Estatuts del Departament de Treball, Afers Socials i Famílies respondió en fecha 10 de junio a la consulta formulada por RAILSIDER que la representante de los trabajadores era doña Juana (documento del folio 1267 de las actuaciones) (documento del folio 1267 de las actuaciones)

Trigésimo quinto.- En fecha 31 de mayo de 2021 RAILSIDER comunicó al Departament de Treball, Afers Socials i Famílies de la Generalitat de Catalunya la finalización del período de consultas sin acuerdo y su intención de extinguir 19 de las 21 personas de su plantilla, obligándose a abonar a éstas una indemnización de 25 días por año de servicio con un límite de 12 mensualidades (documento núm. 17 del expediente administrativo y documentos de los folios 1163 y 1199) A ello se adjuntaron las medidas de acompañamiento social (documento núm. 16 del expediente administrativo)

Trigésimo sexto.- En fecha 20 de mayo de 2021 la ITSS remitió al Servéis Territorials de Departament de Treball, Afers Socials i Famílies el preceptivo informe sobre el ERE, que se da íntegramente por reproducido. En el mismo se alcanzaba la conclusión de "no favorable" al considerar que existían indicios de concurrencia de un supuesto de subrogación empresarial, a lo que se añadía "la coacción ejercida por parte de la empresa hacia los trabajadores, que puede apreciarse en la propuesta de revocación de la delegada sindical, parte de la comisión



negociadora, así como en la carta de aceptación de las condiciones propuestas por la empresa efectuada por los coordinadores de RAILSIDER SERVICIOS EXTERNOS, SL y ofrecidas a los trabajadores" (documento núm. 18 del expediente administrativo y 51 a 53 de las actuaciones).

Trigésimo séptimo.- RAILSIDER ha procedido a comunicar el despido objetivo derivado del despido colectivo a las personas asalariadas (documento número 54 de las actuaciones).

Consta en las actuaciones que las señoras María Antonieta y Lidia y los señores Balbino y Íñigo han ejercido una acción individual de impugnación de sus despidos objetivos derivados del despido colectivo (documentos de los folios 1274 a 1350 de las actuaciones)

Trigésimo octavo.- ALSERVI tras la asunción de la contrata procedió a contratar a veintiuna personas asalariadas (documento del folio 1374 de las actuaciones). Entre las mismas constaban la mayor parte de personas que habían prestado servicios anteriormente en RAILSIDER (catorce), salvo, al margen otras tres que encontraron otros trabajos o fueron despedidas y las cuatro que no firmaron el documento con la propuesta alternativa de negociación durante la tramitación del período de consultas (comparación del listado del documento del folio 1374 con el listado documento número 13 del expediente administrativo electrónico y testifical del señor Abel). El criterio que siguió ALSERVI a efectos de proceder a contratar a las personas que prestaban servicios para la anterior contratista se basó en la existencia por parte de las mismas de previos contactos con el señor Fausto mostrando su interés al respecto dentro del proceso de selección abierto previamente y tras la celebración de entrevistas personales (testifical del señor Fausto)

Trigésimo noveno.- Alguna maquinaria (dos tractores y un kalmar) que usaba RAILSIDER sigue siendo utilizada por ALSERVI. Esta última mercantil aportó como nueva maquinaria una carretilla elevadora y ha comprado un nuevo Kalmar y una plataforma (testifical del señor Abel y del señor Alejo)

Cuadragésimo.- Las obligaciones empresariales en materia de salud laboral de las personas asalariadas que prestaban servicios en CELSA3 eran ejercidas por RAILSIDER en aspectos como la evaluación y prevención de riesgos laborales (folios 681 a 748), formación preventiva (folios 587 a 679), vigilancia de la salud de su plantilla (folios 525 a 562 de las actuaciones) y dotación de los equipos de protección individual (folios 382 a 516).

Cuadragésimo primero.- CELSA hizo entrega a las personas asalariadas de RAILSIDER de la siguiente documentación; " Las 10 reglas que salvan vidas", las políticas de Seguridad, Medio Ambiente, Energía y Sostenibilidad y Compra responsable, S1SSTP.07.01 Normas Generales de Actuación en caso de Emergencia y las Instrucciones, normas de seguridad, medio ambiente y energía vigentes en dicha empresa (documentos números 6, 12 y 18 a 19 de la prueba aportada en formato electrónico por la parte actora y 1717, 1742 1747 y 1786 a 1791 de las actuaciones y testifical del señor Alejo), así como manuales operativos de determinadas zonas y las normas específicas de seguridad y 3 riesgos aplicables así como manuales de calidad de gestión planificación y logística en concretos puestos de trabajo (documentos números 7 a 11 y 13 a 17 de la prueba aportada en formato electrónico por la parte actora y de los folios 1718 a 1741, 1747 a 1785)

Cuadragésimo segundo.- RAILSIDER entregaba a su plantilla en CELSA3 las instrucciones de trabajo y las medidas preventivas a cumplir (folios 916 a 1096). Asimismo consta la celebración de reuniones iniciales de coordinación de las actividades empresariales con fines de coordinación en la aplicación de la normativa preventiva y de cumplimiento de las directrices productivas (documentos de los folios 1546 a 1578 de las actuaciones y testifical del señor Alejo).

Cuadragésimo tercero.- En el caso de accidentes de trabajo RAILSIDER informaba a sus supervisores así como a CELSA y a las secciones sindicales operante en esta ultima (documentos números 24 a 26 de la prueba aportada en formato electrónico por la parte actora y documentos obrantes en los folios 1796 a 1831 de las actuaciones). En base a ello CELSA efectuaba informes propios (documentos números 27 a 35 de la prueba aportada en formato electrónico por la parte actora)

Cuadragésimo cuarto.- RAILSIDER efectuaba y controlaba el registro de jornada del personal adscrito a la contrata de CELSA a través de tarjetas de identificación propias (folios 1106 a 1160 y testifical del señor Abel)

Cuadragésimo quinto.- RAILSIDER proporciona a sus empleados la formación (testifical del señor Abel y del señor Alejo).

Cuadragésimo sexto.- En fecha indeterminada el organigrama de cargos intermedios de RAILSIDER en CELSA3 era el siguiente: existía un director de operaciones (el señor Jose Daniel), del que dependía el responsable de administración (el señor Aquilino) y el coordinador de operaciones (el señor Abel). De este último dependían un supervisor (el señor Bernardo y la señora Juana) así como los jefes de turno y los jefes de equipo (documento del folio 1104).



En fecha 20 de octubre de 2020 RAILSIDER comunicó a CELSA su modelo organizativo, que consistía en un director de operaciones el señor Jose Daniel), del que dependía el responsable de administración (la señora Violeta) y el coordinador de operaciones (el señor Abel). De este último dependían los responsables de trazabilidad (el señor Bernardo y la señora Juana) (documento del folio 1592 de las actuaciones).

La actividad de coordinación de actividades fueron elaboradas por RAILSIDER con los contenidos que constan en los documentos número 20 y 21 de la prueba aportada en formato electrónico por la parte actora y en los folios 1792 a 1795 de las actuaciones, que se dan íntegramente por reproducidos; la de los jefes de equipo en el documento número 22 de la prueba aportada en formato electrónico por la parte actora, que se da íntegramente por reproducido, así como en los documentos de los folios 1593 y 1595 que se dan íntegramente por reproducidos.

Cuadragésimo séptimo.- La presencia de personas trabajadoras de CELSA en las dependencias de CELSA 3 no son permanentes puesto que el jefe de almacén y su ayudante se presentan dos veces a la semana y puntualmente pueden hacerlo el personal de calidad o el jefe de material a efectos de revisión del material (testifical del señor Alejo).

Cuadragésimo octavo.- Los procedimientos de trabajo para las personas asalariadas de RAILSIDER en CELSA3 eran dictados por la empresa empleadora y las instrucciones de trabajo se efectuaban por los mandos de dicha mercantil (testifical del señor Alejo).

Cuadragésimo noveno.- El control de horarios, permisos y el régimen de disfrute del descanso anual se efectuaba por RAILSIDER a través de la señora Antonia (testifical del señor Abel).

Quincuagésimo.- Las tarjetas de acceso a la empresa principal de las personas que prestaban servicios en RAILSIDER son las generales CELSA, a efectos de control de quién se halla en el recinto (testifical del señor Alejo).

Quincuagésimo primero.- Las reclamaciones sobre incidencias laborales del personal de RAILSIDER se dirigían al señor Jose Daniel (testifical de la señora Juana)

Quincuagésimo segundo.- La relaciones entre la empresa principal y la contratista a efectos de seguimiento productivo e incidencias se resolvían entre el responsable de logística interna de CELSA, el señor Alejo , el coordinador de dicha empresa y el director de operaciones de RAILSIDER, el señor Jose Daniel (testifical del señor Alejo).

Quincuagésimo tercero.- Las plantilla de CELSA y RAILSIDER tenían vestuarios diferenciados (documentos de los folios 1669 a 1673 y testifical del señor Abel).

Quincuagésimo cuarto.- La ropa de trabajo del personal de RAILSIDER era proporcionada por dicha mercantil (testifical del señor Abel).

Quincuagésimo quinto.- Conforme al contrato de arrendamiento de servicios el equipo aportado por RAILSIDER consistió en 2 cabezas tractoras, 2 roiltraiders 20 pies de 40 toneladas, 3 roiltraiders de 40 pies 60-80 toneladas, 1 carretilla elevadora, 14 radio frecuencias, 1 depósito de gasoil de 1.000 litros, 1 dispensador de Gasoil y 1 tablet. Por su parte, CELSA cedió en arrendamiento a dicha mercantil: a) 14 puentes grúa cabina para la evacuación, ubicación y carga de producto acabado, 2 puente grúa sin cabina y con imanes, 1 puente grúa sin cabina y con cadenas, y 1 dispositivo para arreglo de paquetes, y b) 13 ordenadores con acceso a SAP, 3 etiquetadoras, 2 teléfonos fijos, 3 flejadoras, 3 grapadoras, 3 cizallas, 6 lectores de mano, 5 imanes, 3 garras sujeta chapa Ranas, 1 impresora oficina, 20 escaleras. En relación al material integrado en a) se establecía un importe de arrendamiento mensual de 1500 euros (puente grúa con cabina), 300 euros (puente grúa sin cabina y con imanes y dispositivos de arreglo de paquetes) y 100 euros (puente grúa con cabina y con cadenas); respecto al material integrado en b) no consta compensación económica en el contrato, haciéndose cargo la principal del mantenimiento y reparación, excepto las incidencias por las actuaciones del personal de la contratista (documento núm. 1 aportado por RAILSIDER en formato electrónico que consta en el sobre del folio 235 de las actuaciones y folios 348 a 369 y 1445 a 1466 y testifical del señor Abel y del señor Alejo).

Consta la existencia de facturas libradas por CELSA a RAILSIDER al menos desde octubre de 2020 a mayo de 2021 por el uso de puentes grúa (documentos de los folios 1596 a 1609).

Sexagésimo.- CELSA cuenta con un convenio de empresa propio (código 08011462012001) (documento número 35 de la prueba documental aportada en formato electrónico por la parte actora y BOPB 15.11.2017)".

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación letrada de D^a María Antonieta (USOC), en su condición de delegada de personal de RAILSIDER Servicios Externos SL (RAILSIDER), siendo admitido a trámite por esta Sala.



SEXTO.- Impugnado el recurso por la parte recurrida, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de interesar la desestimación del recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 29 de noviembre de 2022, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El debate suscitado en este recurso de casación ordinario consiste en determinar:

a) Si ha habido una cesión ilegal de trabajadores entre la mercantil RAILSIDER Servicios Externos SL (en adelante RAILSIDER) y la Compañía Española de Laminación SL (en adelante CELSA);

b) y si debe declararse nulo el despido colectivo por ser fraudulento.

2.- La empresa principal (CELSA) suscribió una contrata con RAILSIDER. Posteriormente, se adjudicó la contrata a Almacenes, Servicios y Recuperaciones SL (en adelante ALSERVI). Cuando finalizó la contrata de RAILSIDER, esa empresa tramitó un despido colectivo.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó una prolija y razonada sentencia en fecha 20 de diciembre de 2021, procedimiento 38/2021, declarando no ajustado a derecho el despido colectivo realizado por RAILSIDER. La sala rechaza que haya habido una cesión ilegal, declara la existencia de sucesión empresarial y condena solidariamente a RAILSIDER y a ALSERVI.

3.- La delegada de personal interpuso recurso de casación ordinario con dos motivos.

a) El primero, amparado en el art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS), denuncia la infracción del art. 43.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) y de la doctrina jurisprudencial que cita, alegando que existió una cesión ilegal entre RAILSIDER y CELSA.

b) El segundo, formulado con el mismo amparo procesal, denuncia la infracción del art. 124.11 de la LRJS en relación con el art. 44.2 del ET y con el art. 6.4 del Código Civil, postulando que se declare la nulidad del despido.

4.- CELSA y RAILSIDER presentaron sendos escritos de impugnación del recurso en los que solicitan la confirmación de la sentencia recurrida. El Ministerio Fiscal emitió informe interesando la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- 1.- El art. 43.2 del ET dispone:

"En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario."

2.- Reiterada doctrina jurisprudencial (por todas, sentencias del TS de 12 de enero de 2022, recurso 1903/2020 y 24 de mayo de 2022, recurso 694/2020) sostiene que, "para apreciar si concurre o no cesión ilegal habrá que tener en cuenta, en primer lugar, 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."

La cesión ilegal conlleva que hay 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, Rcd. 98/2015)."



La clave no radica en que la empresa cedente sea real o ficticia o carezca de organización sino que esa organización no se haya puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de mano de obra, "[d]e 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. Por último, resulta necesario señalar que en la apreciación de la cesión ilegal es necesario ceñirse al caso concreto, pues suelen ser muy distintas las situaciones que pueden darse en la práctica".

TERCERO.- 1.- La parte recurrente incurre en el rechazable vicio procesal de la llamada "petición de principio" o "hacer supuesto de la cuestión", defecto que se produce cuando el recurrente parte de unas premisas fácticas distintas a las que declara probadas la resolución recurrida (sentencia del TS de 14 de mayo de 2020, recurso 214/2018 y las citadas en ella).

Este pleito debe resolverse con sujeción a los inalterados hechos probados de instancia:

- a) Las obligaciones empresariales en materia de salud laboral de los trabajadores que prestaban servicios en CELSA eran ejercidas por RAILSIDER en aspectos como la evaluación y prevención de riesgos laborales, formación preventiva, vigilancia de la salud de su plantilla y dotación de los equipos de protección individual.
- b) CELSA entregó a los trabajadores de RAILSIDER la documentación sobre seguridad en el trabajo, así como manuales operativos de determinadas zonas, las normas específicas de seguridad y riesgos aplicables y manuales de calidad de gestión planificación y logística en concretos puestos de trabajo.
- c) RAILSIDER entregaba a su plantilla en CELSA las instrucciones de trabajo y las medidas preventivas a cumplir.
- d) En el caso de accidentes de trabajo, RAILSIDER informaba a sus supervisores así como a CELSA y a las secciones sindicales operante en esta última.
- e) RAILSIDER controlaba el registro de jornada del personal adscrito a la contrata de CELSA a través de tarjetas de identificación propias. También proporcionaba formación a sus empleados.
- f) El organigrama de cargos intermedios de RAILSIDER en CELSA era el siguiente: existía un director de operaciones, del que dependía el responsable de administración y el coordinador de operaciones. De este último dependían un supervisor, así como los jefes de turno y los jefes de equipo.
- g) La actividad de coordinación de actividades fue elaborada por RAILSIDER.
- h) Los procedimientos de trabajo para los trabajadores de RAILSIDER en CELSA eran dictados por la empresa empleadora y las instrucciones de trabajo se efectuaban por los mandos de dicha mercantil.
- i) El control de horarios, permisos y el régimen de disfrute del descanso anual se efectuaba por RAILSIDER.
- j) La relaciones entre la empresa principal y la contratista a efectos de seguimiento productivo e incidencias se resolvían entre el responsable de logística interna de CELSA, el coordinador de dicha empresa y el director de operaciones de RAILSIDER.
- k) Las plantillas de CELSA y RAILSIDER tenían vestuarios diferenciados. La ropa de trabajo del personal de RAILSIDER era proporcionada por dicha mercantil.
- l) Conforme al contrato de arrendamiento de servicios, RAILSIDER aportó un importante equipo. Consta la existencia de facturas libradas por CELSA a RAILSIDER al menos desde octubre de 2020 a mayo de 2021 por el uso de puentes grúa.
- m) Para el acceso al uso de determinada maquinaria de CELSA y para el acceso a determinadas instalaciones se precisaba el acceso a un software SAP de planificación de recursos. Las personas de RAILSIDER que las utilizaban tenían un código de acceso propio, debiendo solicitar autorización a CELSA para acceder a determinadas maquinaria.

2.- La resolución de este recurso requiere discernir si la empresa contratista tiene el control, la organización y la dirección de la actividad laboral de sus trabajadores, sin trasladarlo a la empresa principal, en todo aquello que incide en la organización del trabajo y el efectivo ejercicio de las facultades empresariales. En la práctica, ello se traduce en que la empresa contratista sea quien ejercite realmente todas aquellas facultades organizativas y directivas que competen el verdadero empleador de los trabajadores, bajo cuyo ámbito de organización y dirección desempeñan su actividad.

En este litigio, RAILSIDER ejercitaba las obligaciones empresariales en materia de salud laboral de los trabajadores que prestaban servicios en CELSA; la empresa contratista entregaba a dichos trabajadores



las instrucciones de trabajo y las medidas preventivas a cumplir, celebrando reuniones de coordinación preventiva; RAILSIDER controlaba el registro de jornada de este personal, a quien proporcionaba formación; la empresa contratista nombró a varios trabajadores para que ejercieran de cargos intermedios en CELSA; los procedimientos de trabajo para los trabajadores de RAILSIDER en CELSA los dictaba la empresa empleadora y las instrucciones de trabajo se efectuaban por los mandos de dicha mercantil...

Los prolijos hechos probados de autos impiden apreciar la existencia de una cesión ilegal, al haberse acreditado que la empresa contratista mantenía el control de la actividad de sus trabajadores y aportaba una infraestructura personal y material relevante, lo que obliga a desestimar este motivo del recurso.

Se ha acreditado que CELSA entregó a los trabajadores de RAILSIDER documentación sobre seguridad en el trabajo. Pero dicha actuación se enmarca en el deber de coordinación de actividades empresariales previsto en el art. 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, lo que excluye la existencia de una cesión ilegal.

CUARTO.- 1.- En el segundo motivo del recurso se alega que la no intervención de la nueva contratista (ALSERVI) en el procedimiento de despido colectivo tramitado por la antigua contratista (RAILSIDER) debido a la finalización de la contrata, a pesar de que fue reiteradamente citada por el Tribunal Laboral de Cataluña, donde los solicitantes alegaron la posible obligación subrogatoria de aquella empresa, constituye un intento de evitar la aplicación del art. 44 del ET y de la Directiva 2001/23, lo que, a juicio de la recurrente, supone un fraude de ley que obliga a declarar nulo el despido.

Es cierto que ha habido una sucesión de empresas entre la antigua contratista (RAILSIDER) y la nueva contratista (ALSERVI), sin que esta última interviniese en el procedimiento de despido colectivo tramitado por la primera. Pero ello no implica que deba declararse la nulidad del despido por esa causa.

2.- El examen de la sucesión de empresas en los procedimientos de despido colectivo se ha abordado por la sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de 21 de febrero de 2020, recurso 144/2019, que ha argumentado:

"A) Esta Sala viene entendiendo que el proceso de DC solo puede tener por objeto las cuatro causas de impugnación que enumera el art. 124.2 LRJS [...] La naturaleza especial y urgente de esta modalidad procesal impide plantear otras cuestiones, como la posible sucesión de empresa producida tras tomarse y notificarse la decisión extintiva, máxime si no ha mediado un contrato mercantil entre cedente y cesionario en ese sentido. Así lo corrobora igualmente el art. 26.1 LRJS que prohíbe la acumulación a las acciones de despido de cualesquiera otras ("no podrán acumularse entre sí ni a otras distintas en un mismo juicio, ni siquiera por vía de reconversión, las acciones de despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo"), con las excepciones que se indican en él.

B) No obstante, sí hemos aceptado el análisis de la cuestión de la existencia de sucesión empresarial en los supuestos de utilización de las previsiones del art. 51 ET para evitar la aplicación del art. 44, o sea para evitar las consecuencias laborales de una transmisión, en clara incursión en el supuesto fraudulento contemplado en el art. 6.4 del Código Civil, que debe llevar como consecuencia la nulidad del acto llevado a cabo como dispone el indicado precepto, y ha de ser entendido aplicable al caso (STS 18 febrero 2014, rec. 108/2013; Sodeoil y Campsared).

C) La STS 687/2016 de 20 julio (rec. 303/2014; Mercasevilla) advierte, de manera categórica, que "el objeto del proceso especial de impugnación de los despidos colectivos regulado por el art. 124 LRJS queda limitado a los cuatro supuestos previstos en su apartado 2, sin que la LRJS permita que se le acumule ninguna otra acción (art. 26 LRJS) por su carácter especial y urgente (art. 124.6 LRJS).

D) La STS 615/2017 de 12 julio (rec. 20/2017; Elsamex y UTE de Arona) reitera la imposibilidad de acumular las dos acciones y añade lo siguiente:

"Se dirá que sí se ha admitido la acumulación de acciones contra varios en supuestos de cesión ilegal de mano de obra o de levantamiento del velo en grupos de empresa. Pero el supuesto es distinto porque en esos casos la acumulación venía fundada en hechos producidos con anterioridad al despido, mientras que ahora se demanda con base en hechos posteriores al despido. En aquellos casos se demandaba a quien se consideraba que tenía la condición de empresario real por hechos anteriores y aquí al supuesto sucesor con base en hechos posteriores. En el primer caso cabía la acumulación con base en el art. 25-3 de la LJS, al existir un nexo de conexión entre las causas de pedir, nexo existente, según la norma, "cuando las acciones se funden en los mismos hechos", pero ese nexo del inciso final del citado art. 25-3 no se da en este caso, porque la supuesta sucesión se funda en hechos posteriores, esto es en la demora de más de un año del Ayuntamiento en tramitar el expediente administrativo para adjudicar la nueva contrata de mantenimiento".

E) Por su lado, la STS 879/2018 de 2 octubre (rec. 155/2017; Balear de Datos y Procesos, S.A.U. y Ayuntamiento de Calviá) reitera la doctrina de referencia, explicando nuevamente lo siguiente:



"Nos encontramos ante un hecho posterior al despido colectivo impugnado que ha sido realizado por personas distintas de la antigua empleadora que habrían pasado a ser empleadores por hechos posteriores al despido. Ello hace inviable el estudio de la sucesión de empresa que se alega, máxime cuando el día del juicio esa subrogación había operado para la gran mayoría de los afectados (H.P. Decimocuarto), lo que, realmente, dejaba reducida la acción a una reclamación de daños y perjuicios por los salarios dejados de percibir, a lo que se unen las adjudicaciones de obras que en el ínterin hizo el Ayuntamiento a otras empresas (H.P. Undécimo) y otras cuestiones que escapan al objeto de un procedimiento sumario y urgente como el que nos ocupa".

F) La STS 7/2019 de 9 de enero (rec. 108/2018; Liberbank y Telecyl) reitera que "en el seno de un procedimiento de DC es imposible examinar la eventual existencia de subrogación empresarial con fundamento en hechos posteriores" [...]

G) La STS 431/2019 de 31 mayo (rec. 235/2018; UTE El Prat) expone que como la subrogación es una institución que opera por ministerio de la ley, en cuanto concurren sus elementos, no precisa de previa declaración judicial y su examen "resulta perfectamente acorde con la finalidad del proceso de despido colectivo del art. 124 LRJS, en el que actúa de forma colectiva y absolutamente indiferenciada para todos los trabajadores". En ese caso se descarta la validez del DC porque el análisis de lo sucedido acredita que "estamos en realidad ante la continuación de la misma actividad por parte de las empresas que ya la venían desempeñando anteriormente, por lo que no se produce un auténtico y verdadero cambio en la titularidad de la contrata, sino su continuidad por las sociedades que ya venían ostentando el control mayoritario".

3.- Reiterada doctrina jurisprudencial sostiene que el despido fraudulento solo es nulo cuando así lo ha previsto el legislador laboral. La reciente sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de 19 de octubre de 2022, recurso 2206/2021, explica que, a partir de la Ley de Bases de Procedimiento laboral de 1989, ya no existe la figura del despido nulo por fraude de ley. Esta sala ha rechazado la nulidad del despido por fraude en los siguientes supuestos:

· Cuando ha mediado cesión ilegal de trabajadores entre empresas: SSTS 2 noviembre 1993 (rcud. 3669/1992), 19 enero 1994 (rcud. 3400/1992) y 26 enero 1996 (rcud. 635/1995).

· Cuando se ha despedido en función de hechos ya prescritos: STS 28 febrero 1995 (rcud. 1564/1994).

· Cuando la empresa invoca la invalidez total como causa de extinción pese a que el convenio cuando el convenio colectivo la descarta: STS 23 mayo 1996 (rcud. 2369/1995).

· Cuando la empresa invoca la conclusión del término para extinguir un contrato temporal que adquirió fijeza por celebrarse en fraude de ley: STS 10 julio 1996 (rcud. 4027/1992).

· Cuando existe falta absoluta de prueba por el empresario de la causa alegada en la carta de despido; STS 10 diciembre 1997 (rcud. 1649/1997).

· Cuando el empleador reconoce de inmediato que ha procedido al despido (invocando un motivo genérico) sin causa justificada: SSTS 29 septiembre 2014 (rcud. 3248/2013); 5 mayo 2015 (rcud. 2659/2013); 944/2017 de 29 noviembre (rcud. 1326/2015).

· Cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad (STS 29 abril 2014, rcud. 3248/2013)."

A continuación, reiteramos la doctrina establecida en la sentencia del TS de 29 de noviembre de 2017, recurso 1326/2015:

"en aquellos supuestos en que la empresa no ha alegado y probado la causa justificada de extinción objetiva enunciada en el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores -ET- ("faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes", que alcancen o superen determinados niveles), el despido por motivo de enfermedad o baja médica merece, en principio, la calificación de despido improcedente y no la de despido nulo.

A su vez, esta jurisprudencia sobre calificación del despido por enfermedad enlaza expresamente (STS 29-2-2001) con una línea jurisprudencial anterior, según la cual la práctica empresarial de indicar una causa de despido que no se corresponde con el motivo real de la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo - el llamado "despido fraudulento"- no justifica por sí misma la calificación de nulidad.

3. De acuerdo con esta doctrina, a partir del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) de 1990, no modificado en este punto en el texto refundido de 1995 ni en la vigente LRJS, el art. 108.2 ésta última disposición "enuncia de manera cerrada los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo", y dentro de esta relación exhaustiva no se encuentra la extinción por voluntad del empresario cuyo verdadero motivo no coincida con la causa formal expresada en la comunicación del cese."



Finalmente explicábamos que la doctrina jurisprudencial sobre la falta de apoyo legal de la calificación como nulo del despido fraudulento "se inicia en STS 2-11-1993 (rec. 3669/1992), a la que corresponden los párrafos entrecorridos, y continúa en STS 19-1-1994 (rec. 3400/1992), STS 23-5-1996 (rec. 2369/1995) y 30-12-1997 (rec. 1649/1997). "Cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido -concluye STS 29-2-2001 (citada)- la calificación aplicable es la de improcedencia" del despido, y no la de nulidad del mismo.

4. Así pues, la cuestión debatida, como se ha anticipado, se ha resuelto ya por la Sala, entre otras, en las sentencias de 22 de enero de 2008 (R. 3995/2006), 27 de enero de 2009 (R. 602/2008) y 22 de noviembre de 2007 (R. 3907/2006). Esta última sentencia, igual que la más reciente, además de mantener la doctrina jurisprudencial anterior sobre la calificación de improcedencia del despido motivado por "bajas médicas" del trabajador, ofrecen también respuestas a la mayoría de los argumentos específicos que aparecen en el presente debate procesal. A sus razonamientos y decisión final hemos de atenernos ahora por evidentes razones de seguridad jurídica".

4.- La aplicación de la citada doctrina al supuesto enjuiciado obliga a concluir que la falta de participación de la nueva contratista (ALSERVI) en el procedimiento de despido colectivo tramitado por la antigua contratista (RAILSIDER) debido a la finalización de la contrata, no conlleva la declaración de nulidad del despido porque ello no está previsto como causa de nulidad en el art. 124 y concordantes de la LRJS: el despido fraudulento solo es nulo cuando así lo ha previsto el legislador laboral.

En consecuencia, de conformidad con el Ministerio Fiscal, debemos desestimar el recurso de casación ordinario, confirmando la sentencia recurrida. Sin condena al pago de costas (art. 235 de la LRJS).

FALLO

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

Desestimar el recurso de casación interpuesto por D^a María Antonieta , confirmando la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 20 de diciembre de 2021, procedimiento 38/2021. Sin condena al pago de costas.

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

Así se acuerda y firma.