



Roj: **STSJ GAL 6125/2019 - ECLI:ES:TSJGAL:2019:6125**

Id Cendoj: **15030340012019104234**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **05/11/2019**

Nº de Recurso: **3149/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ANTONIO JOSE GARCIA AMOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TSJ SALA DO SOCIAL A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 27028 44 4 2018 0002174

Equipo/usuario: MG

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0003149 /2019GA

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 721/2018

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña MATADERO DE AVES SUAUI

ABOGADO/A: MARIA PILAR COBAS FERREIRO

RECURRIDO/S D/ña: Lucía , SERVICARNE SOCIEDAD COOPERATIVA

ABOGADO/A: GERMAN VAZQUEZ DIAZ, PAULA ARETIO ANTON

ILMO SR. D. ANTONIO J. GARCÍA AMOR

ILMA SRª Dª BEATRIZ RAMA INSUA

ILMO SR. D. CARLOS VILLARINO MOURE

En A CORUÑA, a cinco de noviembre de dos mil diecinueve.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPLICACIÓN 3149/2019, formalizado por la Letrada Dª PILAR COBAS FERREIRO, en nombre y representación de la empresa MATADERO DE AVES SUAUI, contra la sentencia número 117 dictada por el XDO.



DO SOCIAL N. 3 de LUGO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 721/2018, seguidos a instancia de D^a Lucía frente a la empresas MATADERO DE AVES SUAVI, y SERVICARNE SOCIEDAD COOPERATIVA, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. ANTONIO J. GARCÍA AMOR.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a Lucía presentó demanda contra el MATADERO DE AVES SUAVI, y SERVICARNE SOCIEDAD COOPERATIVA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha veintinueve de marzo de dos mil dieciocho.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "Primeiro.- Lucía , maior de idade, prestou os seus servizos como traballadora por conta allea por orde de MATADERO DE AVES SUAVI, SL seguintes circunstancias laborais: Antigüidade: dende o 1 de abril de 2009 ata o 8 de agosto de 2018. Categoría profesional: oficial 1^a. Centro de traballo: instalacións de matadoiro de MATADERO DE AVES SUAVI, SL situadas no barrio de Fazai, s/n, Carballido, Lugo. Tipo de contrato: indefinido. Xornada: completa. Salario (a efectos de despedimento): o Contía de 1276,87 euros ao mes, incluíndo a prorrata de pagas extraordinarias. o Tempo e forma de pagamento do salario: pagamento mensual e mediante transferencia bancaria. Convenio colectivo de aplicación: Convenio colectivo estatal de matadoiros de aves e coellos. Lucía nin ostenta nin ostentou no último ano cargo de delegada de persoal ou representante dos traballadores/as./ Segundo.- Lucía deuse de alta o 1 de abril de 2009 como socia cooperativa de SERVICARNE, SOCIEDAD COOPERATIVA, realizando dende entón traballos nas instalacións de MATADERO DE AVES SUAVI, SL./ A traballadora solicitou a súa baixa voluntaria como cooperativista o 28 de agosto de 2018, o que foi aceptado. Terceiro.- SERVICARNE, SOCIEDAD COOPERATIVA e MATADERO DE AVES SUAVI, SL asinaron un contrato de arrendamento de servizos o 1 de abril de 20023 polo que a entidade cooperativa realizaría nas instalacións da SL e mediante os seus socios/as cooperativistas os traballos de despece avícola. O contrato consta como doc. 13 achegado na vista por SERVICARNE, SOCIEDAD COOPERATIVA e o seu contido dáse por integramente reproducido./ Cuarto.- O 27 de xullo de 2018 a Inspección de Traballo e Seguridade Social elaborou a acta de liquidación NUM000 pola que se se entendía que os/as socios/as cooperativistas de SERVICARNE, SOCIEDAD COOPERATIVA que prestaban servizos nas instalacións de MATADERO DE AVES SUAVI, SL eran realmente traballadores/as por conta e orde de MATADERO DE AVES SUAVI, SL, polo que se lles daba de alta de oficio na devandita empresa con efecto dende o 1 de outubro de 2013. O documento consta como doc 7 achegado na vista pola parte actora e o seu contido dáse por integramente reproducido./ Quinto.- Mediante o escrito do 21 de xullo de 2018 MATADERO DE AVES SUAVI, SL comunicou a SERVICARNE, SOCIEDAD COOPERATIVA que con efectos do 7 de agosto de 2018 suspenderíase o contrato entre as partes, que se rescindiría con efectos do 15 de agosto de 2018./ Como consecuencia do anterior, SERVICARNE, SOCIEDAD COOPERATIVA comunicou a todos os socios que prestaban servizos nas instalacións de MATADERO DE AVES SUAVI, SL (21 de xullo de 2018 MATADERO DE AVES SUAVI, SL comunicou a SERVICARNE, SOCIEDAD COOPERATIVA que con efectos do 7 de agosto de 2018 suspenderíase o contrato entre as partes, que se rescindiría con efectos do 15 de agosto de 2018./ Sexto.- O 8 de agosto de 2018 e no sucesivo, MATADERO DE AVES SUAVI, SL impediu a entrada dos traballadores/as de SERVICARNE, SOCIEDAD COOPERATIVA nas súas instalacións para efectuar traballo de calquera tipo./ Sétimo.- SERVICARNE, SOCIEDAD COOPERATIVA constituíuse no ano 1977 sendo o seu obxecto social o propio da industria cárnica e todas as operacións necesarias e complementarias como o despece, cuarteo, embolsado, embandexado, manipulación e elaboración de pezas de carne, entre outros (art. 2 dos Estatutos)./ A entidade contaba a 31 de decembro de 2016 cun total de 4934 socios activos e un capital social de 444800,10 euros que procedía en exclusiva das cotas abonadas polos socios./ Para poder traballar nas empresas principais, as persoas interesadas eran remitidas por estas á entidade cooperativa, polo que se daban de alta como socios. A porcentaxe de baixas de socios na cooperativa é dun 30% anual de media e vén determinada pola finalización das necesidades de produción da empresa principal./ En SERVICARNE, SOCIEDAD COOPERATIVA existe unha Asemblea Xeral na que os socios non reciben información persoal de convocatoria e no caos de que desexen asistir teñen que pagar os seus gastos de desprazamento e estancia e asumir a perda do salarios por non asistencia ao posto de traballo. Con carácter xeral, é o Consello Reitor o que designa os socios que van asistir á asemblea xeral, escolléndose sempre aos xefes de equipo. A asistencia á Asemblea Xeral dos socios sen cargo a partir de 2018 é do 0,6 % da totalidade de socios./ Na Asemblea Xeral só se tratan asuntos relativos a cuestións administrativas, de aprobación de contas, dotación de reservas legais e voluntarias e lección de órganos./ A Asemblea xeral elixe ao Consello reitor que está formado por 11 persoas (7 das cales son xefes de equipo), limitándose a actuación deste a actividades de xestión de recuso humanos, alta, baixa e sancións a socios, sen que se traten cuestións relativas ás de impulso e gobernó



da actividade económica./ Os socios teñen información limitada sobre o funcionamento da cooperativa, participan nos excedentes tan so no recibido mensualmente como resultado dos seu traballo reflexado no recibo de haberes./ SERVICARNE, SOCIEDAD COOPERATIVA non ten instalacións, nin maquinaria nin equipos de traballo, empregando os socios os existentes nas instalacións da empresa principal MATADERO DE AVES SUAVI, SL. Os útiles como coitelos e roupa de traballo son mercados a demanda dos socios traballadores e segundo a súa necesidade de prestación de actividade na empresa principal sen que a cooperativa dispoña de modelos específicos ou stock./ SERVICARNE, SOCIEDAD COOPERATIVA carece de persoal técnico e directivo para o cumprimento do seu obxecto social, non ten sistema informático propio e común, confecciona as facturas en funcións dos datos proporcionados polas empresas principais e non asume risco pola actividade do seu obxecto social nin polo abono dos salarios dos socios traballadores./ Os socios non tiñan nin vacacións nin descansos retribuídos./ Oitavo.- MATADERO DE AVES SUAVI, SL é una sociedade limitada unipersonal constituída o 1 de febreiro de 2000 e que ten como obxecto a produción, engorde, sacrificio, transformación e comercialización de toda clase de aves, coellos e ovos, así como a fabricación de artigos derivados de tales produtos./ A empresa conta con 32 traballadores propios en plantilla que prestaban servizos nas súas instalacións xunto co 11 socios de SERVICARNE, SOCIEDAD COOPERATIVA (1 de eles con funcións de xefe de equipo) e que circunscribían o seu traballo a labores de clasificado e espece./ Os traballadores de alta en MATADERO DE AVES SUAVI, SL e dos de SERVICARNE, SOCIEDAD COOPERATIVA tiñan horarios diferentes, se ben o horario deste último podía

verse aumentado ou diminuído en función da produción de MATADERO DE AVES SUAVI, SL. As instrucións, ritmos e ordes de traballo eran impostos en todo caso por MATADERO DE AVES SUAVI, SL a través do seu encargado, quen transmitía ao xefe de equipo designado por SERVICARNE, SOCIEDAD COOPERATIVA (quen se limitaba a transmitir as ordes recibidas, supervisar, controlar a presenza dos socios e recontar as horas efectivamente realizadas para a facturación)./ Noveno.- O 24 de xaneiro de 2017 celebrouse, sen avinza, o acto de conciliación ante o SMAC."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "1. Acollo a demanda formulada por Lucía contra MATADERO DE AVES SUAVI, SL de tal xeito que: Declaro nulo o despedimento de Lucía con efectos dende o 8 de agosto de 2018. Condeno a MATADERO DE AVES SUAVI, SL a que proceda á readmisión da persoa traballadora en idénticas condicións ás que ostentaba o 8 de agosto de 2018. Condeno a MATADERO DE AVES SUAVI, SL ao pagamento a Lucía dos salarios de tramitación deixados de percibir dende o 8 de agosto de 2018 ata data da notificación da presente resolución na contía de 41,98 euros diarios./ 2. Absolvo a SERVICARNE, SOCIEDAD COOPERATIVA de toda petición na súa contra formulada neste procedemento."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunciou recurso de suplicación por el MATADERO DE AVES SUAVI, S.L. formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social 3 de Lugo de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 11 de junio de 2019.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día cinco de noviembre de dos mil diecinueve para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: I. La sentencia de instancia declaró nulo el despido de la trabajadora demandante a cargo de Matadero de Aves Suavi SL (SUAVI), con absolución de Servicarne Sociedad Cooperativa (SERVICARNE).

II. La empresa condenada SUAVI interpone suplicación contra dicho pronunciamiento: Con cita del artículo 193.a), b) y c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), solicita su nulidad, revisar los hechos probados y examinar el derecho que aplicó.

III. La actora impugna el recurso, solicitado su desestimación.

SEGUNDO: I. Con base en los artículos 24 de la Constitución, 87.4 y 97.2 LRJS, así como en las sentencias que se citan, la pretensión anulatoria se fundamenta en que la decisión judicial recurrida declara la nulidad del despido por haberse vulnerado la garantía de indemnidad, en virtud de acta de la Inspección de Trabajo (ITSS), que no estuvo precedida por reclamación administrativa o jurisdiccional de la trabajadora, de su representación sindical ni de ningún otro socio cooperativista; además, la instancia apreció una causa -cesión ilegal de trabajadores- no invocada en demanda, con la consiguiente modificación de ésta y su respectiva indefensión que, al amparo del artículo 202.2 LRJS, entiende reparable sin necesidad de anular la sentencia de instancia.



II. El motivo no prospera, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1ª.- El art. 85.1 LRJS prohíbe la variación sustancial de la demanda, cuya existencia requiere necesariamente de un elemento fáctico o jurídico novedoso susceptible de generar indefensión; al efecto, la jurisprudencia (TS s. 15-11-2012/r. 3839-2011) dice: <<<la interdicción de la variación sustancial de la demanda tiene su raíz en el "derecho a no sufrir indefensión" en el desarrollo del proceso..., el cual está dirigido a "garantizar la posibilidad de ambas partes procesales de alegar o probar cuanto consideren preciso a la defensa de sus intereses o derechos en función de igualdad recíproca>>>, de modo tal que (TS s. 9-11-1989) <<<la variación debe considerarse sustancial cuando afecta "de forma decisiva a la configuración de la pretensión ejercitada o a los hechos en que ésta se funda" introduciendo con ello "un elemento de innovación esencial en la delimitación del objeto del proceso, susceptible a su vez de generar para la parte demandada una situación de indefensión>>>.

Por otra parte, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonable, motivada, fundada en Derecho y congruente (art. 359 Ley de Enjuiciamiento Civil -LEC-) con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes durante la sustanciación del proceso (TC ss. 186/2001, 218/2004), evitando que se produzca un desajuste entre aquéllas y el fallo judicial, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido (TC ss. 182/2000, 114/2003), es decir, sin posibilidad de modificar la "causa petendi", pues entonces se alteraría de oficio la acción ejercitada dando lugar a un pronunciamiento extraño a lo pretendido por los litigantes, sin oportunidad de debate ni de defensa sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial situaría el "tema decidendi" (TC ss. 136/1998, 218/2003), con infracción de los principios dispositivo y de contradicción, no obstante la compatibilidad de la congruencia procesal con el principio "iura novit curia", en virtud del que los Jueces y Tribunales no están obligados, al motivar sus sentencias, a ajustarse estrictamente a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes (TC ss. 88/1992, 136/1998).

2ª.- La sentencia de instancia no infringe la doctrina constitucional y la jurisprudencia transcrita, porque ni la cesión ilegal de mano de obra ni la vulneración de la garantía de indemnidad son cuestiones ajenas al contenido de la demanda. Así: **(a)** El escrito rector del proceso claramente relata la primera figura jurídica señalada, al afirmar "...tendo a condición (la demandante) de socia cooperativista na empresa SERVICARNE S.COOP., empresa interposta entre o matadorio SUAVI e os socios traballadores, polo que o vinculo xuridico como socia traballadora e o cliente-matadoiro é laboral" (hecho 1º) y "Derivado da actuación da Inspección de Traballo abrigase a que os socios traballadores da cooperativa Servicarne pararan a prestar servizos na empresa principal, pois son en realidade traballadores da empresa MATADERO DE AVES SUAVI S.L." (hecho 2º). **(b)** Igualmente y en relación con la garantía de indemnidad, la demanda refiere la actuación de la ITSS (hecho 2º), a resultados de la que "obrigase a que os socios traballadores da cooperativa Servicarne pararan a prestar servizos na empresa principal, pois son en realidade traballadores da empresa MATADERO DE AVESSUAVI S.L, polo que foron dados de alta na Seguridade Social de oficio e tamén se levantaron as oportunas actas de liquidación de cotas a Seguridade Social", y que el FD 4º de sentencia acoge como causa de nulidad del despido litigioso, calificación ésta que es competencia de la juzgadora de instancia.

Por tanto, la decisión judicial de instancia, al resolver ambas cuestiones, no incurre en incongruencia alguna, pues al proyectarse a temas incluídos en las pretensiones procesales no impidió a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido y que, en otro caso, provocarían su indefensión; menos aún sería perceptible la sugerida falta de congruencia procesal cuando no son incongruentes los pronunciamientos judiciales que, por derivación, aplican las consecuencias legales de una petición si vienen impuestas por normas de derecho necesario, aunque no hayan sido solicitadas expresamente por las partes, o que conceden efectos que se ajustan al objeto material del proceso, aunque no hubieran sido pedidos por los litigantes (TC ss. 14/1985, 87/1997). Por otra parte, el argumento de recurso acerca de la insuficiencia del acta de la ITSS como base de la declaración judicial de nulidad del despido litigioso, por no estar precedida aquélla de reclamación de la trabajadora, de su representación social o de otro integrante de SERVICARNE, claramente excede los límites de la nulidad, siendo susceptible de alegación y respectiva decisión por el cauce procesal impugnatorio que prevén los artículos 193.c) y 196.2 LRJS.

Entendemos que ratifica el criterio expuesto el carácter excepcional de la nulidad de actuaciones que, como es sabido, ha de aplicarse solamente cuando concurren determinados requisitos (1º.- Que se haya producido vulneración de una norma esencial en la regulación del proceso, si el defecto no es subsanable. 2º.- Que se haya formulado protesta, si el momento procesal lo permite. 3º.- Que produzca indefensión a alguna de las partes litigantes (arts. 238 LOPJ, 193.a LRJS) y, en consonancia, ha de ser objeto de interpretación restrictiva, pues en otro caso podría incluso vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, que incluye el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, al ser el principio de celeridad uno de los que informan la normativa reguladora del proceso laboral (art. 74.1 LRJS).

TERCERO: Las pretensiones fácticas son:



[A] El HP 1º declara: " Lucía , mayor de edad, prestó sus servicios como trabajadora por cuenta ajena por orden de Matadero de Aves Suavi SL siguientes circunstancias laborales: - Antigüedad: desde el 1 de abril de 2009 hasta el 8 de agosto de 2018. - Categoría profesional: oficial 1ª. - Centro de trabajo: instalaciones del matadero de Matadero de Aves Suavi SL situadas en el barrio de Fazai s/n, Carballido, Lugo. - Tipo de contrato: indefinido. - Jornada: completa. - Salario (a efectos de despido): cuantía de 1276,87 euros al mes a prorrata de pagas extraordinarias, tiempo y forma de pago del salario: pago mensual y mediante transferencia bancaria. - Convenio de aplicación: Convenio colectivo estatal de mataderos de aves y conejos. - Lucía no ostenta ni ostentó en el último año cargo de delegada de personal o representante de los trabajadores/as").

Propone la siguiente modificación: "La actora solicita su inscripción como socia en Servicarne SC siendo alta en el RETA en la Cooperativa desde el 1 de abril de 2009, siendo baja voluntaria en Servicarne SC y en el RETA con efectos de 28/08/2018. La media de lo percibido en los últimos 12 meses por la demandante en concepto de anticipos de retorno cooperativo asciende a 1.312,22 euros".

Se basa en que el hecho impugnado contiene conceptos jurídicos predeterminantes del fallo y en los documentos de SERVICARNE números 1 (solicitud de la actora de inscripción como socia de la cooperativa de 1-4-2009), 2 (reconocimiento por la TGSS de su alta en el RETA con efectos de 1-4-2009), 4 (haber/es/adelantos a cuenta del retorno cooperativo) y 6 (solicitud de baja como socia de SERVICARNE el 29-8-2018 y resolución de la TGSS sobre baja en el RETA en la fecha indicada).

El motivo determina las siguientes consideraciones:

1ª.- Concepto jurídico predeterminante del fallo son aquellas palabras o frases que por estar dentro del ámbito de la técnica jurídico-laboral son necesarios para su comprensión especiales conocimientos de derecho sin que tengan la consideración de tales las afirmaciones que, aún comprendiendo expresiones también utilizadas por la ley, no incorporan una noción jurídica sino un simple dato de hecho, de modo que no todo hecho probado de sentencia es predeterminante del fallo, pues una cosa es la valoración del juzgador al sentar el relato histórico -que puede realizar en conjunto atendido el resultado de la prueba sin precisión particularizada de por qué sienta sus afirmaciones- y otra la calificación jurídica de los datos fácticos subsumidos en la norma, de modo que sólo cuando la valoración entraña calificación estaremos ante un supuesto en que se prejuzga el fallo y entonces el resultado será tener por no puesta la afirmación predeterminante.

Entre las diversas expresiones que figuran en el apartado de impugnación y que según la recurrente anticipan la decisión a adoptar, únicamente aparece la relativa a que la demandante "prestó sus servicios como trabajadora por cuenta ajena por orden de Matadero de Aves Suavi SL".

Entendemos que tal frase, redundante en sí misma pues al tiempo describe la labor de la actora como "por cuenta ajena" y "por orden", no es trascendente al signo del fallo, ya por presentar un contenido descriptivo al indicar objetivamente y sin adjetivación jurídica alguna la empresa receptora de la actividad ejecutada por la demandante, pues los términos indicados no excluyen la licitud de una eventual prestación coetánea de la actora en SERVICARNE y en SUAVI, ya porque expresiones similares constan en otros pasajes del relato fáctico que no son objeto de impugnación (p.ej. HP 2º, "realizando desde entonces trabajos en las instalaciones de Matadero de Aves Suavi SL"); en cualquier caso y por la razón indicada, tenemos por no puesta una de las dos expresiones entrecomilladas, ya "por cuenta ajena" ya "por orden", las cuales también serían susceptibles de ser reemplazadas por la preposición "en".

2ª.- Admitimos consignar la fecha de baja de la demandante en el RETA, porque consta en el documento nº 6.

3ª.- No aceptamos el salario sugerido: Entre otras razones, porque el documento nº 4, que abarca el período mayo 2017/agosto 2018, recoge cuantías diversas en base a las cuales la recurrente extrae el importe propuesto que, según alega, es el promedio de lo percibido en el tiempo señalado; criterio que, aún de ordinaria utilización a los fines de que ahora se trata, carece de relevancia, pues no se hace valer en el ámbito jurídico de la suplicación mediante la oportuna -y obligada- denuncia normativa y/o jurisprudencial (arts. 193.c y 196.2 LRJS).

4ª.- El HP 2º no impugnado ya recoge las fechas de alta y de baja voluntaria de la demandante como socia cooperativista en SERVICARNE.

[B] El HP 6º afirma: "El 8 de agosto de 2018 y en lo sucesivo, Matadero de Aves Suavi SL impidió la entrada de los trabajadores de Servicarne Sociedad Cooperativa en sus instalaciones para efectuar trabajo de cualquier tipo".

Propone la siguiente modificación: "Por comunicación de fecha 31/07/2018, realizada por Matadero de Aves Suavi SL a Servicarne Cooperativa, se suspendió el contrato de prestación de servicios entre las partes a partir



del 7 de agosto, rescindiéndose el mismo con fecha 15 de agosto de 2018. En consecuencia, a partir del 7 de agosto los socios cooperativistas cesaron en la prestación de servicios en las instalaciones de Suavi".

Se basa en los documentos de SERVICARNE número 7 (escrito de SUAVI a SERVICARNE sobre las fechas de suspensión y rescisión del contrato entre ambas), 8 (escritos de SERVICARNE a los trabajadores sobre la finalización de su prestación laboral en SUAVI) y 12 (listado de socios de la cooperativa) de SERVICARNE.

No se acepta, porque: **(a)** El HP 5º no impugnado, ya afirma que "Por comunicación de fecha 31/07/2018, realizada por Matadero de Aves Suavi SL a Servicarne Cooperativa, se suspendió el contrato de prestación de servicios entre las partes a partir del 7 de agosto, rescindiéndose el mismo con fecha 15 de agosto de 2018". **(b)** Los demás términos "En consecuencia, a partir del 7 de agosto los socios cooperativistas cesaron en la prestación de servicios en las instalaciones de Suavi", están implícitos en el citado HP 5º, apartado éste respecto del que lo pretendido es una conclusión de parte, y también con valor fáctico en el FD 3º de sentencia.

[C] El HP 7º 'in fine' dice: "Servicarne Sociedad Cooperativa no tiene instalaciones, ni maquinaria ni equipos de trabajo, empleando los socios los existentes en las instalaciones de la empresa principal Matadero de Aves Suavi SL. Los útiles como cuchillos y ropa de trabajo son comprados a demanda de los socios trabajadores y según su necesidad de prestación de actividad en la empresa principal sin que la Cooperativa disponga de modelos específicos o stock. Servicarne Sociedad Cooperativa carece de personal técnico y directivo para el cumplimiento de su objeto social, no tiene sistema informático propio y común, confecciona las facturas en función de datos proporcionados por las empresas principales y no asume riesgo por la actividad de su objeto social ni por el abono de los salarios de los socios trabajadores. Los socios no tenían ni vacaciones ni descansos retribuidos".

Propone la siguiente modificación: "Servicarne Sociedad Cooperativa facilita a los socios cooperativistas los útiles necesarios para desarrollar las labores de despiece avícola objeto del contrato de prestación de servicios, tales como cuchillos así como ropa de trabajo según las necesidades de los socios; asimismo, es Servicarne quien nombra al jefe de equipo en cada empresa en la que prestan servicios, quien controla las acciones formativas de los socios, cumplimenta la normativa de los socios reguladora de la protección de riesgos laborales, cuenta con Evaluación de Riesgos propia, realizando los propios socios muestreo del trabajo realizado y sujetos a horario diferenciado de los trabajadores de Matadero de Avis Suavi SL".

Se basa en los documentos de SERVICARNE número 11 (Reglamento régimen interior de SERVICARNE), 15 (nombramiento de jefes de equipo de SERVICARNE en SUAVI), 16 (actividad de acción formativa), 17 (coordinación actividades preventivas entre SERVICARNE y SUAVI), 18 (control del sistema de prevención de riesgos laborales de SERVICARNE), 19 (identificación de riesgos de los puestos de trabajo de SUAVI), 21 (listado de trabajadores), 25 (principios de política de igualdad de género en SERVICARNE) y 27 (organigrama, identificación de trabajadores con responsabilidades jerárquicas, ubicación y descripción de las funciones de cada puesto de trabajo en SERVICARNE).

No se admite, porque la alternativa implica una valoración subjetiva al menos parcial de los documentos invocados, pues éstos no acreditan objetivamente **(a)** el origen de la ropa y útiles de trabajo, **(b)** el control efectivo por el jefe de equipo nombrado por SERVICARNE, aunque así hubiera sido convenido entre las empleadoras, ni **(c)** la realización de muestreos por los cooperativistas.

Además, **(a)** el nombramiento de jefe de equipo por SERVICARNE ya consta en el HP 8º no impugnado y con valor fáctico en el FD 3º de sentencia, **(b)** la evaluación de riesgos en SERVICARNE está implícita en el citado FD 3º, y **(c)** la diversidad de horarios laborales aparece en el citado HP 8º.

CUARTO: En el ámbito jurídico, la recurrente denuncia las siguientes infracciones:

[A] Los artículos 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 80 de la Ley de Cooperativas (27/1999 de 16-7), así como las sentencias que cita, pues entre la actora y SERVICARNE no existió relación laboral sino societaria desde su alta hasta su baja voluntaria, que ampara la Ley de Cooperativas de 16-7-1999 (BOE 17-7-1999) y ratifica el hecho de que la prestación a terceros es la razón de ser de las cooperativas mediante la suscripción de contratos con otras entidades, en el caso con SUAVI.

[B] Los artículos 42 y 43 ET, así como las sentencias que cita, pues SERVICARNE no es una entidad formal, sino una cooperativa de trabajo asociado que no desvirtúa el acta de la ITSS, en cuanto carece de presunción de certeza respecto de las supuestas relación laboral, cesión ilegal de mano de obra y de los juicios de valor que expone, con mayor razón porque SERVICARNE presta servicios desde antiguo y con SUAVI desde 2003 sin reparo administrativo, de ahí que no pueda afirmarse el carácter de SERVICARNE como cooperativa aparente o falsa, ni que los socios cooperativistas prestan servicios bajo la dirección y organización de SUAVI, lo que excluye la apreciación del fraude de ley.



[C] El artículo 43.3 ET y las sentencias que cita, pues la cesión ilegal ha de estar viva al momento de la rescisión del contrato y de la demanda; por otra parte, la absolución de SERVICARNE decidida en la instancia es incompatible con la normativa señalada que afirma, caso de apreciarse la cesión ilegal, la responsabilidad solidaria de las empresas cedente y cesionaria.

QUINTO: Las dos primeras denuncias jurídicas, que resumimos en el fundamento anterior, presentan evidente relación y, por tanto, son susceptibles de estudio y decisión conjunta.

I. La jurisprudencia atribuye una presunción "iuris tantum" o principio de veracidad a los hechos o datos objetivos que consignan las actas de la ITSS, cuyo fundamento radica en la imparcialidad y especialización del inspector actuante, y que es compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia en lo que respecta a las actas de infracción, pues la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (art. 52.2) les atribuye el carácter de prueba a cargo sin perjuicio de prueba en contrario (entre otras, SSTs de 4-5-1989, 18-3-1991, 28-10-1997).

Los hechos que ampara la presunción de certeza son los directamente percibidos por el funcionario actuante o los que resulten acreditados "in situ" con motivo de su actuación, pero el principio de veracidad no avala las deducciones o calificaciones que sobre dicha circunstancialidad objetiva pueda efectuar el servicio inspector, cual alega la recurrente, si bien ha de tenerse en cuenta que la jueza de instancia efectuó la valoración del conjunto de las pruebas practicadas -no sólo de la actuación inspectora-, en ejercicio de las facultades que en la materia le atribuye el art. 97.2 LRJS, y en base a tal apreciación fijó el criterio que transcribe el fallo de su sentencia.

II. La esencia de la cesión ilegal de trabajadores no se centra 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 (TS ss. 27-12-2002, 11-11-2003/rr. 1259, 3898-2002), de modo que apreciar cesión ilegal se sitúa en el hecho de <<<suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial>>> (TS ss. 30-11-2005, 14-3-2006/ rr. 3630-2004, 66/2005), por lo que la cesión ilegal no sólo consiste, como se entendió en un primer momento, en un supuesto de interposición de mano de obra entre empresas ficticias, sino que también puede darse entre empresas reales que, sin embargo, no actúan como tales en el desarrollo de la contrata al no implicar en ella su organización y riesgos empresariales (TS ss. 24-4, 26-9-2007/rr. 36, 664-2006).

El vacío legal (arts. 42 y 43 ET) respecto de los límites que permiten distinguir la ilegal cesión de mano de obra y la lícita contrata, ha motivado la jurisprudencia en la materia: Así, en una primera fase el Tribunal Supremo estimó cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa contratista es una empresa ficticia o aparente (s. 18-3-1994, RJ 2548), posteriormente declaró que no bastaba con la existencia de un empresario real, no ficticio (s. 19-1-1994, RJ 352), dado que <<<existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial>>> (s. 12-12-1997, RJ 9315) y porque <<<mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma. También es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial. Tampoco se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal>>> (s. 17-12-2001, RJ 3026). Sin embargo, el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva, como reconoce el artículo 42.1 ET, lo cual implica con carácter general que la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores (ss. 27-10-1994, 17-12-2001; RJ 8531, 3026).

La jurisprudencia ha recurrido a diversos criterios, de carácter complementario y con valor orientativo, a los efectos de la distinción que tratamos, tales como la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (TS s. 7-3-1988, RJ 1863), el ejercicio de los poderes empresariales (TS s. 19-1- 1994, RJ 352), o la realidad empresarial del contratista en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva (TS s. 16-6-2003, RJ 7092), siendo el más determinante de todos ellos el del empresario efectivo (TS s18-3-1994, 12-12-1997; RJ 2548, 9325), ponderando el desempeño de la posición empresarial no de manera general sino en relación al trabajador concreto que la solicita (TS s. 19-1-1994, RJ 352) y considerando las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre éste y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas (TS s. 30-5-2002, RJ 7567); en definitiva, el rasgo que permite diferenciar las figuras en juego, junto con los criterios señalados, es el que afirma que el trabajador a la empresa en cuya esfera



organicista, directiva y disciplinaria se encuentre integrado, regla que asume el artículo 43.2 ET al disponer que <<<En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente 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>>>.

En definitiva, los casos de empresas contratistas que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición se incluyen en la subcontratación lícita, regulada por el artículo 42 ET, mientras que los casos de contrataciones ficticias de obras o servicios que encubren una mera provisión de mano de obra constituyen cesión ilegal de trabajadores, prohibida y regulada por el artículo 43 ET.

III. La aplicación actual de los principios expuestos nos lleva a compartir el criterio de instancia que apreció la cesión ilegal de la trabajadora demandante por parte de SERVICARNE a SUAVI, siendo esta última la auténtica empleadora, puesto que según las afirmaciones fácticas de la sentencia recurrida, **(a)** si bien el horario laboral de los trabajadores de SERVICARNE y de SUAVI era diferente, el de aquéllos dependía y variaba según las necesidades de producción del matadero (HP 8º), **(b)** las instrucciones, ritmos y órdenes de trabajo eran impuestos por SUAVI a través de su encargado, que las comunicaba al jefe de equipo designado por la cooperativa quien, a su vez y simplemente, se limitaba a transmitir las, así como a realizar otras tareas secundarias tales como controlar la presencia de los socios o recontar las horas de facturación (HP 8º), **(c)** SERVICARNE carecía de instalaciones, maquinaria, equipos de trabajo, sistema informático y modelos específicos de útiles de trabajo, que al igual que la ropa de los trabajadores, adquiría a petición de sus integrantes, ni contaba con personal directivo y técnico, elaborando la facturación según los datos proporcionados por el matadero (HP 7º), lo cual revela la no asunción por parte de la cooperativa de riesgos empresariales y laborales a su cargo, **(d)** SERVICARNE accedía a cursar el alta como socios de quienes, como la demandante, pretendían trabajar en empresas como SUAVI, la cual les remitía, previamente a tales efectos, a la cooperativa (HP 7º), **(e)** el matadero contaba con plantilla propia (32 trabajadores), junto a la prestaban servicios 11 socios de SERVICARNE que circunscribían sus funciones a labores de clasificado y despiece avícola (HP 8º), particularidad ésta que si bien ajustada al contrato de arrendamiento de servicios suscrito por cooperativa y SUAVI el 1-4-2003 (HP 3º), las ejecutaban en las condiciones ya referidas.

Entendemos que lo expuesto nos permite apreciar el carácter puramente formal de SERVICARNE por ausencia de los elementos que de ordinario configuran la estructura y acción empresarial, de forma tal que sus socios resultan ser trabajadores de SUAVI, por ser ésta la que, como indicamos, asume directa e inmediatamente la organización y dirección de su prestación laboral, así como los riesgos de su propia actividad; en este contexto, deviene irrelevantes hechos tales como que los "cooperativistas" percibieran su contraprestación de SERVICARNE, o la existencia en el matadero de personal de la cooperativa con cierta cualificación.

SEXTO: I. La tercera denuncia jurídica plantea dos cuestiones: Una, la necesaria vigencia de la cesión ilegal al tiempo de la rescisión del contrato entre las empleadoras y en el momento de la demanda. Dos, una vez apreciada la cesión ilegal de mano de obra, afirmar la responsabilidad solidaria de las empresas cedente y cesionaria.

II. La base jurisprudencial en que se sustenta la primera cuestión no es aplicable en el presente caso: Tales sentencias, en procedimientos sobre cesión ilegal de trabajadores, sobre si éstos disponen de acción de esta clase, cuando en el momento del juicio oral han pasado a depender desde la empresa cedente originaria a otra que se ha hecho cargo de la actividad y de los trabajadores mediante nueva contrata, niegan la existencia de dicha acción por no hallarse vigente la cesión fraudulenta al tiempo de la presentación de la demanda. Sin embargo, en el presente caso estamos ante un procedimiento de despido en cuyo ámbito no sólo se acciona frente a la respectiva decisión extintiva empresarial sino que, además, se ejercita una acción de cesión ilegal, la cual viene a ser una cuestión prejudicial de la acción principal de despido (TSJ Galicia s. 20-10-2017 / r. 2994-2017); acumulación de acciones que, no obstante los términos del artículo 26.3 LRJS, es admitida por el Tribunal Supremo (p.ej. ss. 5-2-2008, 14-10-2009) cuando declara que " *no es obstáculo para accionar conjuntamente la acción de despido y cesión ilegal, cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pues el trabajador puede accionar frente a aquel y alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionarias a responder de las consecuencias del despido, ni tampoco para que el proceso de despido deban extraerse las consecuencias inherentes a este tipo de cesión*".

Consecuencia de lo expuesto es que, en todo caso, hay que estar al tiempo del despido litigioso que, ahora y subsistiendo la ya acreditada cesión ilegal de la demandante, tuvo lugar el 8-8-2018 (HP 6º), por ser ésta la fecha en que la empleadora recurrente impidió entrar en sus instalaciones a quienes, como la actora, prestaban



servicios por cuenta y orden de SUAVI, previa comunicación entre las empresas sobre las fechas de suspensión y rescisión (7 y 15-8-2018; HP 5º) del contrato -interpuesto- de prestación de servicios que habían convenido el 1-4-2003 (HP 3º).

III. Es cierto que declarar la cesión ilegal de trabajadores implica, entre otros efectos, el tipo de responsabilidad patrocinado por la recurrente; así, el artículo 43.3 ET dispone: *"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"*.

Sin embargo, entendemos que ahora no procede afirmar este tipo de responsabilidad, porque aunque el TC (ss. 294/1993, 93/1997) declara, en interpretación no formalista de los requisitos de la suplicación, que lo trascendente *"no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido"*, el actual argumento jurídico de parte, si bien ajustado a la norma transcrita, no es compatible sino incluso contradictorio, con el suplico de recurso, en cuanto éste ha de contener los pedimentos concretos que se pretenden de una sentencia, una vez que SUAVI se limita a pedir expresa y exclusivamente su absolución, como muestra de su interés legítimo, en lugar de solicitar su condena efectiva y solidaria con SERVICARNE, de modo tal que la súplica no resulta formulada en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada; entendemos que la Sala no puede enmendar la divergencia referida, ponderando el carácter extraordinario y cuasicasacional del recurso de suplicación (art. 193 LRJS), la vigencia del principio de justicia rogada también en el presente trámite (arts. 216 LEC, 196 LRJS en relación con art. 80.1.d LRJS), y por respeto a los principios de neutralidad, equilibrio procesal y tutela judicial (TS ss. 23-10-2003, 22-3-2004).

IV. Por último, sobre la calificación del despido (nulidad) efectuada en la instancia estimamos conveniente indicar que el recurso incumple los artículos 193.c) y 196.2 LRJS, que reitera el Tribunal Supremo (s. 21-2-2018/ r. 198-2016), al no citar la normativa o la jurisprudencia que sobre el particular pudiera haber vulnerado la sentencia de instancia, lo que hace inalterable aquella declaración judicial y sin que en orden a cubrir esa omisión de parte sea suficiente alegar que *"...en el supuesto de que ese alto Tribunal entendiera que existe despido por cesión ilegal, las consecuencias del mismo serían la improcedencia y nunca la nulidad"*.

SÉPTIMO: De acuerdo con el artículo 204 LRJS, ha de darse el destino legal a los depósitos efectuados por la demandada-recurrente que, con conforme al artículo 235 LRJS, ha de abonar los honorarios de letrado de la actora-impugnante en cuantía de seiscientos un euros (601 €).

Por todo ello,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la letrada D^a. Pilar Cobas Ferreiro, en nombre y representación de MATADERO DE AVES SUAVI SL, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, de 29 de marzo de 2018 en autos nº 721/2018, que confirmamos.

Dése el destino legal a los depósitos efectuados por la demandada-recurrente, a la que condenamos a abonar los honorarios de letrado de la actora-impugnante en cuantía de seiscientos un euros (601 €).

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo**.

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).



Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

ción

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ