

¿EL FINAL DEL *AFFAIRE* SERVICARNE? A PROPÓSITO DE LA STS DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2024¹

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

NET21 NÚMERO 19, septiembre 2024

La STS del Pleno de la Sala de lo Social del TS de 24 de septiembre de 2024 (Rec.5766/2022)² trata de poner fin a la conocida saga de asuntos litigiosos sobre la cooperativa cárnica Servicarne, mediante una unificación de doctrina que se le venía resistiendo hasta el momento, y que tampoco en este caso ha estado exenta de dificultades. Lo prueban la extensión del pronunciamiento y el no menos minucioso doble voto particular que lo acompaña, y que precisamente discute o discrepa sobre la concurrencia en este caso del presupuesto de la contradicción de respuestas judiciales a supuestos idénticos que, como es bien sabido, es pórtico de entrada para la admisión de un recurso de casación para la unificación de doctrina.

Empezando por esto último, procede observar que los razonamientos, tanto de la mayoría como de las voces discrepantes, sobre la existencia de semejanzas o diferencias entre los casos objeto de comparación ocupan la mayor parte de la que –ya se ha dicho— es tal vez una excesivamente prolija y considerablemente redundante resolución. Sin que esta apreciación suponga ni mucho menos desmerecer la trascendencia del asunto y de su desenlace judicial.

La cuestión de fondo que había de resolverse, y que condiciona lógicamente el complejo y delicado juicio de contradicción, consiste en determinar si la empresa cliente o comitente en el concreto caso, UVE SA, es la verdadera empleadora de las personas que, en condición de socios cooperativos de Servicarne, prestan servicios en las instalaciones de aquella, en el marco de

¹ El presente comentario se inscribe en el marco del proyecto de investigación con referencia PID2020-118499GB-C33/AEI/10.13039/501100011033, con cofinanciación de la Unión Europea.

² Puede verse un comentario de uno de los protagonistas del litigio en “El Tribunal Supremo acaba con la utilización de falsos autónomos en la industria cárnica. Habla Enrique Lillo”, lunes, 30 de septiembre de 2024 [<https://baylos.blogspot.com/2024/09/el-tribunal-supremo-acaba-con-la.html>] (última consulta el 18 de octubre de 2024)].

una contrata concertada entre las dos entidades. El proceso de origen se inicia, tras la correspondiente actuación de la ITSS que levantó sendas actas de infracción y liquidación de cuotas, en virtud de una demanda de oficio interpuesta por la TGSS, cuyo objeto era la declaración de la existencia de relación laboral entre UVE SA y los socios trabajadores, sobre el presupuesto fáctico de que la cooperativa de trabajo asociado Servicarne no tiene existencia real. Pretensión que fue desestimada tanto en la instancia como en suplicación –con la TGSS acompañada de Federación de Industria de CCOO, UGT Navarra, y las personas físicas codemandadas como recurrentes— en la STSJ de Navarra de 3 de octubre de 2022 (Rec.241/2022).

No me interesa ahora la más o menos acertada o desenfocada fundamentación que lleva a cabo la TGSS en su demanda omitiendo cualquier referencia a la existencia de cesión ilegal, porque al final el problema de fondo se dirime conforme a los elementos que califican un supuesto de hecho como verdadera contrata o como tráfico de mano de obra, por mucho que la sentencia –y el doble voto— se centren en desentrañar la parte nuclear del problema eludiendo –tal vez por congruencia— referirse a la práctica como prestamismo laboral. Me explico: una contrata es ficticia, y estamos ante lo que se conoce como una pseudocontrata, tanto cuando la entidad con la que se concierta o verifica el encargo no existe y es una mera apariencia creada, justamente, con el fin de suministrar mano de obra a otras empresas, como cuando la contratista existe en verdad, pero no asume materialmente la posición de empresario real porque no involucra su organización e infraestructura productiva en el desenvolvimiento de la actividad de que se trate en cada caso. Y, en uno y otro supuesto, se trata de una cesión ilegal de mano de obra cuya más significativa consecuencia para los trabajadores es que las personas cedidas puedan acabar considerándose empleadas de la empresa cesionaria. Bien porque así se declare como punto principal o central de la pretensión, bien porque el trabajador, a raíz o a tenor de la calificación del supuesto, acabe ejerciendo la opción que en tal sentido le otorga el art.43.4 ET.

En fin, y a mayor abundamiento como se suele decir, tal y como nos enseña la STS de 11 de febrero de 2016 (Rec.98/2015), la cesión ilegal comporta tres negocios jurídicos coordinados: un acuerdo entre los dos empresarios, el real y el formal, para que este proporcione al primero trabajadores, que serán ocupados o empleados por quien no asume jurídicamente la posición de empresario; un contrato de trabajo simulado entre el trabajador y el empresario formal; y un contrato de trabajo efectivo (presunto por mor del art.8.1 ET) entre

el trabajador y el empresario real. Y, como –aquí sí— con nitidez razona la sentencia *Servicarne* comentada, a este esquema no son inmunes las cooperativas de trabajo asociado,³ puesto que la posición del socio cooperativo es asimilable en términos generales a la de un trabajador.

Esta es la actual estructura normativa del citado art.43 ET y su despliegue interpretativo, tras haber acogido su redacción o tenor literal de manera explícita y bastante clara el precipitado de los criterios jurisprudenciales acuñados a partir del enorme casuismo que ha caracterizado la litigiosidad a que ha dado lugar la figura a lo largo de su conformación y evolución legislativa.⁴

Y así, con el paso del tiempo, la Sala Cuarta del TS ha ido decantando y pormenorizando los elementos que resultan esenciales para poder calificar un supuesto como cesión ilegal y concluir que el verdadero empleador es la empresa principal o comitente y no la contratista.⁵ Y que, insisto, me parece que resultan aplicables como patrón de enjuiciamiento tanto cuando se trate de una mera empresa aparente o ficticia como de una que lo sea de verdad, pero no involucre o ponga en juego su propia estructura empresarial en la vertiente puramente organizativa del trabajo, pero también –y aquí está a mi juicio la clave del asunto— en el plano productivo. Con independencia de algunas diferencias o matices que no habrían de pesar ni en el juicio de contradicción ni en el de fondo, los hechos indiciarios relevantes son, como es lógico, en primer lugar, la realidad empresarial de la contratista, que se comprueba o constata a través de datos económicos como los relativos al

³ Con referencia al precedente que constituye la STS 549/2018, de 18 de mayo (Rec.3513/2016), referida a una cooperativa de transporte.

⁴ De enorme interés a este respecto es el estudio de CEINOS SUÁREZ, A., “La cesión ilegal de trabajadores a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social* nº 143, 2019, pp.131 a 164.

⁵ Con exhaustiva recopilación de criterios contenidos en pronunciamientos anteriores, la STS de 14 de marzo de 2006 (Rec.66/2005). De gran interés también son las sentencias referidas a casos de cesión ilegal en el sector público [SSTS de 27 de enero de 2011 (Rec.1784/2010), 5 de noviembre de 2012 (Rec.4282/2011), 4 de julio de 2012 (Rec.967/2011) con condena a TRAGSA y la Organismo Parques Nacionales; o la STS de 10 de junio de 2012 (Rec.2200/2011); STS de 12 de enero de 2022 (Rec.1903/2020); STS de 28 de septiembre de 2022 (Rec.4347/2019); SSTS de 23 de enero de 2024 (Rec.2716/2022) y de 9 de abril de 2024 (Rec.699/2023) en relación con los monitores de educación especial de la Junta de Andalucía; negando la existencia de cesión ilegal en un caso similar, la STS de 25 de enero de 2022 (Rec.553/2020); y STS de 14 de febrero de 2024 (Rec.930/2021) respecto de profesora de la Escuela Municipal de Música y Danza del Ayuntamiento de las Rozas.]. Confirmando la negativa a la apreciación de la existencia de cesión ilegal en el sector de transporte de mercancías, la STS de 4 de octubre de 2022 (Rec.2498/2021); STS de 18 de octubre de 2022 (Rec.4261/2019), reiterando solución de la STS de 20 de octubre de 2014 (Rec.3291/2013). Y, más recientemente aún, también en relación con azafatas de la concesionaria del servicio de la sala VIP del aeropuerto de Málaga, a las que se reconoce el carácter de trabajadoras indefinidas no fijas de AENA, la STS de 11 de enero de 2023 (Rec.907/2019).

capital social, el patrimonio, la solvencia financiera o —y recalco esto último— la consistencia de una estructura productiva propia. Y después, y a partir de ahí, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación y empleo de medios de producción propios, y el ejercicio efectivo de poderes empresariales, fundamentalmente, por asumir la organización y dirección de la actividad laboral —distribución de tareas, organización de tiempos, turnos, vacaciones y descansos—, y llevar a cabo el control de la misma y, en su caso, el ejercicio de las facultades disciplinarias. Pero no sólo esto último.

Para el caso que nos ocupa, el razonamiento sobre la existencia de contradicción se articula sobre una base argumental muy simple, pese a lo complejo del proceso que lleva a la Sala a concluir en ese sentido, incluso para motivar la razón del cambio de criterio respecto de multitud de casos anteriores en los que, aun siendo siempre la misma empresa Servicarne, se inadmitió el recurso de casación unificadora por la falta de identidad de los supuestos comparados. A partir de un argumento en apariencia tautológico o que podría parecer que incurre en lo que se denomina “petición de principio”, la mayoría de la Sala explica que la diversidad de decisiones es debida a que la labor comparativa se lleva a cabo a partir de la fijación de unos hechos similares; porque —se dice casi textualmente— si Servicarne resulta ser finalmente una cooperativa ficticia no es posible que en ocasión alguna haya activado una infraestructura organizativa de la que carece. Y el problema está en que cada juzgador interpreta, valora y califica esos mismos hechos de manera dispar. O sea, que lo que para un TSJ supone realidad empresarial para otro no lo es. Y de ahí la necesidad de unificación.

Pero es que no puede ser de otro modo, porque en todas las ocasiones se trataba de contrataciones que diversos mataderos llevaban a cabo con Servicarne, a la que se encargaba de auxiliar o contribuir al desempeño de la actividad propia de la industria cárnica, consistente básicamente en la manipulación, despiece y envasado de productos de esa naturaleza. Actividad a la que la cooperativa lleva dedicada varias décadas, sin que el esquema operativo o la forma de organización haya cambiado sustancialmente. Sin perjuicio de que, tal vez precisamente para salir al paso de posibles pronunciamientos adversos calificando la actividad como cesión ilegal —de los que la propia Servicarne llevaba un recuento o tanteo que puede verse en su página corporativa—,⁶ se pudiera ir “corrigiendo”, ajustando o sofisticando la

⁶ <https://www.servicarne.com/resumen-sentencias.html> (última consulta el 18 de octubre de 2024).

fórmula organizativa empleada y el trato con los socios con el propósito de crear una apariencia más verosímil de participación real y material en los trabajos y tareas propios de los mataderos.

Salvado de este modo el escollo que supone la necesaria existencia de identidad de supuestos y de contradicción de pronunciamientos, la cuestión de fondo que en realidad se suscita no es si Servicarne existe —que es indudable—, sino si su constitución como cooperativa de trabajo asociado se llevó a cabo como maniobra fraudulenta con el fin de crear una mera apariencia empresarial para luego dedicarse realmente a suministrar mano de obra a los mataderos con los que contrata. Y a este respecto, del prolijo relato fáctico se desprende efectivamente que Servicarne existe, que se constituyó como cooperativa de trabajo asociado y dispone de la consiguiente estructura organizativa, un número nada desdeñable de socios y cuenta con una sede administrativa en Barcelona donde, además de oficinas, dispone de un servicio de prevención propio que atiende las tres especialidades preventivas y tiene concertado con un servicio ajeno de carácter local la vigilancia de la salud. Consta asimismo que en los distintos centros de trabajo donde colabora con las industrias cárnicas de los diferentes territorios, además de los socios que realizan las tareas de matarife, despique y manipulación de los productos, designa a unos pocos que asumen las funciones de jefes de equipo o celadores para ocuparse, básicamente, de la gestión de personal (asignación de tareas, realización del registro de horas, control de ausencias y contabilización de los trabajos).

En el otro lado de la balanza, existe constancia de que Servicarne no dispone de ningún tipo de infraestructura material productiva propia con la que poder desenvolver la actividad cooperativa que constituye su objeto social, que conforme a la legislación estatal de cooperativas (la Ley 27/1999) consiste en organizar en común la producción de bienes o servicios, en este caso, los propios de la industria cárnica. Y al no disponer de infraestructura productiva propia resulta del todo imposible que aporte alguna al desenvolvimiento de la actividad encargada por sus comitentes, las empresas dedicadas a matadero. Estas le alquilan una oficina en sus sedes o instalaciones, y les proporcionan a los socios, del mismo modo en que lo hacen a sus propios trabajadores, las herramientas, los útiles y la ropa de trabajo, la maquinaria y los restantes medios de producción, e incluso los EPIS; con la única diferencia de que luego le factura por todo ello a Servicarne. Conviene recordar que la mera presencia en las dependencias o centros de trabajo de las empresas principales de personal “delegado” de la contratista ha sido descartada por la doctrina de la

Sala como elemento decisivo o relevante capaz de enervar la existencia de una organización empresarial meramente aparente. Entre otras razones, porque, además de resultar insuficiente como participación o intervención de la contratista en la ejecución de los trabajos, suelen designarse justamente para crear la apariencia de ejercicio por quien ejecuta el encargo de las facultades organizativas, directivas y de control respecto de su propio personal. Máxime, como es el caso, cuando es la empresa principal de matadero quien se ocupa en realidad de organizar la producción, establecer la tarea o carga de trabajo y controlar la jornada, en función de los pedidos o del volumen de actividad que tenga o requiera en cada momento.

La Sala se sirve a su vez del precedente sentado en la STS de 18 de mayo de 2018 (Rec.3513/2016), relativa a una cooperativa de trabajo asociado del sector del transporte por carretera, que expresa perfectamente la doctrina a propósito de este tipo de prácticas que califica como mera puesta a disposición de la mano de obra necesaria; y considera de aplicación la doctrina del “levantamiento del velo” y el uso en fraude de ley de la personalidad societaria, cualquiera que sea su forma, también –como ya se ha dicho— la fórmula cooperativa. Y se separa de la solución anterior contenida en la STS de 17 de diciembre de 2001 (Rec.244/2001), en la que sí se consideró la existencia de una verdadera contrata, concluyendo que, con el paso del tiempo y la praxis continuada que se relata en los hechos se ha llegado al convencimiento de que, en efecto, Servicarne ha cumplido con las formalidades para constituirse como cooperativa de trabajo asociado, pero no está realmente operando y funcionando como tal, sino que lo hace como una organización que actúa como mera intermediaria para facilitar y suministrar mano de obra a las empresas de la industria cárnica, a los mataderos.

Por fin, la sentencia toma en consideración la circunstancia añadida de que, por Resolución del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social de 30 de abril de 2019, previo informe de la Dirección Especial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se decidió la descalificación como cooperativa de trabajo asociado de la entidad Servicarne. Resolución que ha sido confirmada en numerosas ocasiones por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional⁷ en sentencias que, aun no siendo

⁷ Con mención expresa de la SAN, Sala Cont.-adm., de 15 de marzo, núm.356/2019, que desestima el recurso formulado por la propia Servicarne.

firmes y estando pendientes del recurso ante la Sala Tercera TS,⁸ avalan o respaldan la decisión que finalmente adopta la mayoría de la Sala de lo Social.

Mi conclusión, que en buena medida ya adelanta Enrique Lillo en su primera valoración de este pronunciamiento, es que, sea en la industria cárnica, sea en cualquier otro tipo de actividad, para que se produzca una verdadera colaboración entre empresas y la práctica en que consiste la subcontratación, descentralización o externalización de actividades merezca la consideración de opción organizativa lícita, no bastará con la existencia meramente formal de la empresa, y un funcionamiento limitado a la gestión de ese personal que se traslada a los centros de trabajo de las empresas comitentes. Será preciso que la contratista acredite que dispone de la infraestructura y soporte organizativo y material correspondiente con el ciclo productivo en que se propone intervenir, y que desarrolle realmente en la práctica esa parte de la propia actividad de la actividad de la principal, que es lo que literalmente dice el art.42 ET.

⁸ Si bien el propio Enrique Lillo, en su comentario ya citado al comienzo, nos da cuenta de que uno de esos recursos ya ha sido inadmitido por Auto del Tribunal Supremo de fecha 25 de septiembre de 2024 (Rec. 7387/2023).