

## **SECTOR PÚBLICO, DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO COMO EMPRESAS “PANTALLA”**

**Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta (Social), de 11 de noviembre de 2005, ponente Jesús Gullón Rodríguez, número de recurso 3856/2004.**

### **Frederic López i Mora**

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Investigador del IUDESCOOP  
Universitat de València

### **RELATO**

1. La sentencia es cuestión resuelve, desestimándolo, el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por un grupo de socios trabajadores de una CTA, por considerar, en su reclamación de cantidad frente a la Ciudad Autónoma de Melilla, que existía contradicción entre dos sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

2. La primera, que afectaba a su litigio, era la sentencia de 5 de marzo de 2004 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga (recurso 1628/2003), una vez interpuesto el oportuno recurso de suplicación frente a la sentencia de 20 de marzo de 2003 y dictada por el Juzgado de lo Social de Melilla, revocando su decisión, y que como primera instancia fue favorable a los actores al condenar a la citada Ciudad Autónoma al abono de determinadas cantidades en concepto de salario, lo que suponía reconocerles que su relación era laboral y no societaria, toda vez que la Cooperativa ALBAMEL constituía, en realidad, una empresa aparente, de la que se benefició esa Administración *externalizando* costes y responsabilidades cuando era ésta la verdadera empleadora. Frente a este posicionamiento del Juzgado de lo Social de Melilla, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la antes citada sentencia, decidió absolver a la recurrente Ciudad Autónoma de Melilla de las reclamaciones contra ella deducidas, por entender que no existía entre ésta y los actores vinculación laboral alguna, ni por tanto práctica de simulación, interposición o de cesión ilícita de trabajadores.

En el caso que nos ocupa, cabe mencionar como hechos relevantes que, constituida ante notario la referida Cooperativa ALBAMEL a la que pertenecen los demandantes, venían éstos prestando servicios en tareas de conservación y reparación de bienes y equipos (calzadas, aceras, pintura de parámetros verticales), así como realización de instalaciones y mantenimiento para actividades dependientes de la Ciudad Autónoma de Melilla (mobiliario de festejos, cargas, transportes y descargas), A la hora de desempeñar sus tareas compartían el trabajo

con otras empleados dependientes de la Ciudad Autónoma, recibiendo órdenes e instrucciones de los encargados municipales y utilizando materiales propios de la aquélla para realizar su cometido. Esa Administración pagaba los servicios prestados emitiendo facturas mensuales, que eran firmadas por el presidente de la cooperativa, en tanto que ésta liquidaba los tributos locales, el impuesto de sociedades y las cotizaciones a la Seguridad Social de sus socios cooperativistas - cuyos contratos registraba en el INEM -, estando en posesión del NIF correspondiente. La retribución que percibían se ajustaba, atendiendo a sus respectivas categorías profesionales, a lo dispuesto por el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Ciudad Autónoma de Melilla y su concreta reclamación judicial, denegada por silencio administrativo tras formular la correspondiente reclamación previa, viene referida a diferencias salariales del periodo comprendido entre noviembre de 2001 y octubre de 2002.

3. A partir de este pronunciamiento desfavorable para sus intereses, los actores de la Cooperativa ALBAMEL articulan recurso de casación para la unificación de doctrina, argumentando que la resolución del caso por parte de Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, contradice en sus propios términos otra de la misma instancia y fechada el 31 de enero de 2002 (recurso 1791/2001). Dicha sentencia, ratificando el pronunciamiento del Juzgado de lo Social de Melilla, mantuvo el criterio de que otra cooperativa melillense, llamada PUERTO DE AFRICA, en realidad constituía una empresa "pantalla" con mera apariencia formal, desarrollando sus actividades de vigilancia en mercados y de trabajo en el matadero municipal en condiciones de actividad análogas a las del resto del personal dicha Ciudad Autónoma, *"recibiendo órdenes e instrucciones de los encargados municipales, utilizando materiales de aquélla para la realización de su trabajo y recibiendo la retribución correspondiente a través de la emisión de facturas por la Administración melillense"*. Y a la vista de que el oficial de Mercados, siguiendo instrucciones de su superior, informó verbalmente a los socios trabajadores que cesaban en la prestación de servicios por falta de presupuesto, tanto el Juzgado de instancia como la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía declararon la existencia de relación laboral con la Administración y los despidos improcedentes.

4. Presentado en tiempo y forma el oportuno recurso de casación para la unificación de doctrina, la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo considera que, entre la sentencia de referencia (asunto ALBAMEL) y la sentencia de contraste (asunto PUERTA DE AFRICA), los hechos, fundamentos y pretensiones que les sirvieron de base no guardan la identidad sustancial que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral para la viabilidad del referido recurso, lo que no impide reconocer la existencia de algunos elementos fácticos que revelan una gran similitud.

Dicho esto, ante dos planteamientos radicalmente opuestos entre el problema que suscita la Cooperativa ALBAMEL - es una empresa real, válidamente constituida y que actúa con normalidad en el tráfico jurídico - y el de la Cooperativa PUERTA DE AFRICA - se trata de una entidad que, pese a gozar de personalidad jurídica propia y cumplir con todas las formalidades, constituye en realidad una empresa "pantalla", ficticia, que se utiliza fraudulentamente por parte de la Ciudad Autónoma de Melilla para abaratar costes y eludir responsabilidades -, y como se recoge literalmente en el Fundamento de Derecho Segundo de Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta (Social), de 11 de noviembre de 2005 y objeto de este comentario, el argumento en el fondo determinante que explica y permite diferenciar ambas contrapuestas resoluciones es que *"la ausencia [o no] de un sistema objetivo de adjudicación de la actividad de servicios a contratar mediante los procedimientos legalmente establecidos, por concurso u otro medio reglamentario, constituye un elemento de relevancia para decidir sobre*

*la existencia de una simulación, una mera apariencia de laboralidad con la Cooperativa que no debía impedir el reconocimiento de la relación de trabajo que se sostenía con la Ciudad Autónoma. Y, "sin embargo, como antes se ha cuidado en reflejar, la sentencia recurrida, reconociendo que la propia Sala en otras ocasiones había llegado a otras soluciones diferentes, en ese caso concreto estima que la actuación administrativa en el proceso de concurso, selección, adjudicación y contratación del servicio fue impecable desde el punto de vista legal, lo que, junto con los demás elementos de hecho condujeron a rechazar la pretensión de existencia de vínculo laboral con la Ciudad Autónoma".*

## COMENTARIO

5. Más allá del planteamiento y resolución desfavorable respecto a la solicitud de unificación de doctrina por parte del Tribunal Supremo en el concreto supuesto que nos ocupa, esta sentencia pone al descubierto que no sólo el sector privado viene utilizando al cooperativismo de producción - y seguramente también a otras formaciones de Economía Social de similares características - como estrategia más sofisticada y avanzada, para sus intereses, claro, en materia de descentralización y, más concretamente en su variante más perversa: el llamado *cosourcing por subordinación*. También cabe sospechar y comprobar, como sucede en el caso que da pie a este comentario, que el Sector Público español y, más en concreto, nuestras Administraciones Públicas, en ocasiones se aprovechan fraudulentamente de pequeñas entidades y sociedades, formalmente constituidas y registradas, en régimen de transparencia fiscal, dotadas de plantilla propia y ajena en origen al empleo que se desarrolla en los perímetros del Estado-patrón. Y no precisamente por razones de eficiencia y/o especialidad; su objetivo es muy otro: recurriendo a estas empresas *pantalla*, la Administración, aquí la Ciudad Autónoma de Melilla, desarrolla actividades y servicios que por sus características, su forma de ejecución y por su reiteración en el tiempo debiera asumir con personal propio, asumiendo sus costes profesionales (retribución, Seguridad Social o mutualismo), soportando el ejercicio de sus derechos laborales y, eventualmente, haciendo frente a las responsabilidades previstas por el ordenamiento (civiles, sociales, administrativas o penales). Y en lugar de ello, pese al deber de ejemplaridad y al idealario que debe informar el funcionamiento de las Administraciones Públicas, éstas caen en ocasiones en la tentación de desentenderse de todo ello y hacerlo recaer sobre empresas privadas, que suelen prestar sus obras o servicios en régimen de exclusividad; para colmo, en este y seguro que en otros supuestos, se trata de cooperativas o de sociedades laborales sostenidas y fomentadas por Estado con fondos públicos.

De todas maneras, y no siendo capaces de medir con precisión el impacto real que tienen en la práctica estas estratagemas, conviene puntualizar y recordar que para atender las necesidades de la ciudadanía, ciertamente, las Administraciones Públicas no tienen en ningún caso que satisfacerlas, tratándose de actividades auxiliares o periféricas que no afectan a funciones o servicios ligados a la identidad y al ejercicio de la soberanía del Estado, movilizándolo efectivos y personal propio (funcionario, laboral, etc.): para ello dispone como recurso alternativo el marco de la contratación administrativa ajustada a derecho. En suma, que en torno a este fenómeno hay que hilar con mucho cuidado para separar lo lícito de lo fraudulento.

6. Respecto al tema específico que subyace tras este pronunciamiento de Sala de lo Social del Tribunal Supremo, conviene recordar que el litigio se plantea en origen por una reclamación de cantidad, por diferencias retributivas que reclaman los socios trabajadores de la

Cooperativa ALBAMEL a la Ciudad Autónoma de Melilla, cuando ésta, formalmente, no es su empresario. Siendo así, en este litigio hay que determinar, como elemento de decisión previo, si existe relación laboral entre los socios de la cooperativa y la Administración citada, lo que supone dirimir la competencia o no de la jurisdicción social a pesar de ser la encargada, según la Ley de Procedimiento Laboral, de resolver los conflictos profesionales entre la cooperativa y sus socios - lo que no resulta ser el problema en el supuesto que comentamos -.

7. La desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, tal y como abiertamente señala el Tribunal Supremo, se basa en que los hechos, fundamentos y pretensiones que sirvieron de base a las sentencias de referencia y de contraste no guardan la *identidad sustancial* que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral y, en consecuencia, no pudo aquél prosperar; a mi entender, esta afirmación capital es sumamente discutible por no decir criticable, lo que con mayor profundidad los remite a un debate más general: el de las exigencias para observar contradicción entre pronunciamientos judiciales de los Tribunales Superiores de Justicia de nuestras CC.AA.

En el caso que nos ocupa, ciertamente, nos encontramos con elementos fácticos que no son coincidentes: así, la actividad productiva de una y otra cooperativa son claramente distintas, de modo que los socios trabajadores desarrollan funciones y tareas que no guardan relación entre sí (mantenimiento, reparación e instalación respecto a la cooperativa ALBAMEL, vigilancia y trabajo en el matadero municipal por lo que se refiere a la cooperativa PUERTA DE AFRICA); también se nos dice, muy de pasada, que según el relato del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la primera ha prestado servicios para otros organismos públicos. Otro factor que diferencia una controversia de otra es la pretensión que se formula ante la jurisdicción: coincidiendo que en ambos casos hay una reclamación de cantidad, en el segundo conflicto se reclama también por despido. Sin embargo, hay un hecho significativo que cumple con la exigencia de la identidad sustancial: la demandada, absuelta en primer supuesto, condenada en el segundo, es siempre la Ciudad Autónoma de Melilla.

8. Dicho esto, entiendo sumamente frágil la argumentación central que maneja el Tribunal Supremo para responder negativamente a la unificación de doctrina, ya que en su Fundamento de Derecho Segundo termina por zanjar el debate aferrándose a un hecho en exceso formalista y simplificador, y donde puede encontrarse esa quiebra al principio de identidad sustancial: el seguimiento (cooperativa ALBAMEL) o no (cooperativa PUERTA DE AFRICA) de un sistema objetivo de adjudicación de los servicios a contratar mediante el procedimiento legalmente establecido, por concurso u otro medio reglamentario, lo que constituye un elemento de relevancia para decidir, en palabras del Tribunal Supremo, el recurso planteado. Poco fuste para tan relevantes consecuencias, siendo en ambos casos la misma Ciudad Autónoma de Melilla la demandada y, en el fondo, si se mira bien, beneficiando con esta resolución desestimatoria también al sujeto infractor de las normas sobre contratación administrativa: extrapolando el razonamiento, es algo así como dar relevancia en el sector privado a lo que establezca el contrato mercantil entre principal y contratista con respecto a la naturaleza y a la efectividad de los derechos laborales.

9. Más allá de reconocer la frágil divisoria entre contratos o concesiones administrativas y tráfico ilícito de trabajadores - cuya regulación normativa ha sido muy recientemente reformada a mediados del 2006 (artículos 42 y 43 del ET) -, cuando se desarrolla una actividad económica simple, que no necesita de una especial infraestructura material y técnica y prevalece, funcionalmente hablando, el trabajo personal, como sucede en el caso de autos, lo cierto, para concluir este comentario son dos extremos: el primero se refiere al rigorismo que se exige para que prospere un recurso de casación para la unificación de doctrina, lo que no deja de

ser razonable por su trascendencia, aunque luego, paradójicamente, puede conducir a soluciones muy forzadas y cuestionables por parte del Tribunal Supremo. Y el segundo, del que ya dejamos constancia en otro comentario recogido en el número 16 de esta misma revista (*“Externalización productiva, cooperativas de trabajo asociado y fraude de ley. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta (Social), de 17 de septiembre de 2004, páginas 227 y siguientes*), es el torticero aprovechamiento de las empresas de Economía Social como vía abusiva para aplicar prácticas de subcontratación por capacidad.