

Unión temporal de empresas para la ejecución de servicios públicos y despido colectivo ante la nueva adjudicación (Madrid Río)

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Constitución de una unión temporal de empresas para ejecutar un contrato de servicio público

1.1. Desde la reforma laboral del 2012 y pese a la desaparición de la autorización administrativa para despedir colectivamente, se sucede la declaración de nulidad del despido colectivo por parte de los tribunales. La falta de justificación de las causas alegadas suele ser uno de los principales factores de nulidad o, en su caso, de la declaración de no conformidad a Derecho, con distintas consecuencias (readmisión o indemnización, principalmente). Y, siendo difícil su alegación en empresas de factura simple, la dificultad se sobredimensiona cuando las empresas tienen una estructura compleja (grupos de empresas, empresas en red, agrupaciones empresariales, etc.).

Es lo que sucede cuando, como ocurre con asiduidad en el ámbito público, se constituye una unión temporal de empresas (UTE) para desarrollar un servicio público mediante su concesión a empresas privadas. Como es sabido, la UTE viene determinada por la existencia de un objeto social único consistente en la realización de obra o servicio en común, por lo que su duración está ligada a la duración que tenga la obra o servicio que se han de efectuar o prestar de manera conjunta. En su aspecto formal, la creación de una UTE requiere la

intervención notarial para la elevación en escritura pública del acuerdo fundacional o estatutario que ha de reflejar como mínimo su objeto social, socios que la integran, duración, domicilio social y aportaciones iniciales, si las hubiera, así como el porcentaje de participación de cada empresa o empresario dentro de la propia UTE, junto con el hipotético reparto de pérdidas o ganancias que se vaya a llevar a cabo en un futuro.

En el ámbito registral, la UTE tiene que inscribirse en el Registro Mercantil, pero con la peculiaridad de que dicha inscripción no le otorga personalidad jurídica propia. No se trata de una persona jurídica, de forma que la posible responsabilidad de la unión temporal de empresas recae solidaria e ilimitadamente sobre los socios que la integran, lo que difiere de las denominadas agrupaciones de interés económico, que sí gozan de personalidad jurídica propia, aunque su estructura sea muy similar. Con todo, su regulación es parca y, salvo algunas precisiones al objeto de su tributación (Ley 18/1982), pocas indicaciones legales existen al respecto. Precisamente, el artículo 7.1 de la citada Ley 18/1982 la define como el «sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro».

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

1.2. Recientemente, el denominado caso «Madrid Río» ha obligado a centrar la atención en una de estas uniones temporales de empresa. Gruporaga, S. A., y Nit-Lux, S. A., UTE Ley 18/1982 (abreviadamente, «UTE Parques Singulares») se constituye en el 2013 para ejecutar el contrato de Gestión Integral del Servicio Público de Parques y Viveros Municipales de Madrid, así como los trabajos y servicios complementarios o accesorios, incluidas aquellas ampliaciones y demás variaciones que pudieran producirse. La UTE comienza a prestar los servicios de mantenimiento integral de parques singulares de Madrid en diferentes parques, entre ellos, el de Madrid Río. Al día siguiente de subrogarse en este último, UTE Parques Singulares comunica a los representantes de los trabajadores del centro Madrid Río su intención de comenzar un despido colectivo y les requiere la composición de la comisión negociadora a efectos de abrir el periodo de consultas del artículo 51.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET).

En el proceso, los sindicatos UGT, CC. OO., CGT y CNT plantean demanda de despido colectivo en la que reclama su nulidad por vulneración de derechos fundamentales o, subsidiariamente, su declaración como no ajustado a Derecho por no concurrir las causas organizativas y productivas alegadas por la empresa, no existiendo relación causal razonable y proporcionada de éstas con las medidas de despido adoptadas.

La petición se basa en diferentes irregularidades tales como la inconcreción de los afectados y de la selección de los trabajadores, la existencia de defectos formales respecto a la documentación que preceptivamente debe entregarse, la apariencia de legalidad de una decisión adoptada que estaba preconcebida desde antes de adjudicarse la contrata, la mala fe en el proceso de negociación y vulneración del derecho fundamental de huelga por la contratación de trabajadores en sustitución de los huelguistas y la discriminación por razón de sexo. Sin perjuicio de aludir a buena parte de ellas, este análisis se centrará en las que han basado la declaración de nulidad del despido en la Sentencia del Tribunal

Supremo de Justicia de Madrid de 29 de junio del 2015 (procedimiento 40/2015), susceptible de recurso de casación.

2. Cuentas e informes de gestión de la unión temporal de empresas y su admisión como documento que demuestra la causa económica alegada en despido colectivo

2.1. Una de las alegaciones esgrimidas para anular el despido es que la UTE no entregó, al comienzo del periodo de consultas, el informe de gestión de los dos últimos ejercicios económicos referidos a las dos empresas que la conforman. En su defensa, estas últimas alegan que la UTE en cuestión carece de personalidad jurídica propia conforme a la lo dispuesto en la Ley 18/1992, bastando con la entrega de las cuentas provisionales.

Conviene poner de manifiesto que el artículo 4.2 del Real Decreto 1483/2012, por el que se desarrolla el proceso de despido colectivo, exige la acreditación de los resultados alegados por la empresa, debiendo el empresario aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos integradas por el balance de situación, las cuentas de pérdidas y ganancias, el estado de los cambios en el patrimonio neto, el estado de los flujos de efectivos, la memoria del ejercicio y el informe de gestión. En su caso, también cabe la aportación de la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y el balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditados en el caso de las empresas obligadas a efectuar auditorías, así como las cuentas provisionales al comienzo del procedimiento, firmadas por los administradores o representantes de la empresa que inicia el procedimiento. Si se tienen en cuenta las previsiones del artículo 253.1 de la Ley de Sociedades de Capital ante la obligación de los administradores de la sociedad a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados, disponiendo el auditor de un

plazo de un mes a partir del momento en el que le entregan las cuentas debidamente firmadas, parece que no existe excusa alguna que exima de esta obligación.

Bien es cierto que el Tribunal Supremo ha aclarado, por medio de distintos pronunciamientos, que no toda ausencia documental ha de conducir indefectiblemente a la declaración de nulidad del despido colectivo, sino que, de tan drástica consecuencia, han de excluirse razonablemente aquellos documentos que se revelen intrascendentes a los efectos que la norma persigue, cual es el de proporcionar información que permita negociar adecuadamente para conseguir un posible acuerdo sobre los despidos o medidas paliativas. En definitiva, «la enumeración de documentos llevada a cabo por la norma reglamentaria no tiene valor *ad solemnitatem* de manera que no toda ausencia documental ha de conducir necesariamente a la declaración de nulidad del despido colectivo, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse aquellos documentos que se revelen intrascendentes a los efectos que la norma persigue y que no es sino la de proporcionar información que permita una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos u otras posibles medidas paliativas, sustitutorias o complementarias» (STS de 18 de febrero del 2014, Ar. 2239, FJ 7). Y, así, «el carácter instrumental de los requisitos formales obliga a efectuar un análisis caso por caso. La nulidad del despido por esta causa vendrá ligada a la carencia de garantías del derecho a negociar, pues el periodo de consultas no puede entenderse efectuado si la falta de información suficiente impide que sirva a los fines del artículo 51 LET» (STS de 25 de junio del 2014, Ar. 4385, FJ 4).

Pues bien, teniendo en cuenta que las UTE no son sujetos contables, para poder llevar un adecuado control interno, aquéllas normalmente llevarán unos registros auxiliares cuya confección podrá realizarse de forma similar a los libros obligatorios de contabilidad de las empresas. Es más, la legislación fiscal considera a las UTE sujetos pasivos del impuesto de sociedades y exige que su

contabilidad se adecue a tal prescripción. La doctrina contencioso-administrativa matiza este requerimiento y señala que, desde la perspectiva contable, a la UTE no se le exige publicidad de su contabilidad ni es obligatorio el depósito de cuentas en el Registro Mercantil, pues no existe normativa mercantil que expresamente lo requiera, lo que no impide que la UTE acuda al uso de depositar las cuentas de la entidad y legalizar los libros contables conforme a las normas del Código de Comercio. «El propio legislador está reconociendo que el régimen de la Ley 46/2002 reproduce para estas entidades la misma regulación material que les era aplicable, lo cual implica que las entidades como la recurrente, que no tienen la consideración de transparentes fiscales, podían imputar los resultados de las UTE de las que son miembros al ejercicio siguiente en que aquellos resultados se producen» (STS, Sala Tercera, de 24 de febrero del 2014, Ar. 1394, FJ 4).

- 2.2 En el supuesto que nos ocupa, la UTE presentó, con la comunicación del inicio del periodo de consultas, las cuentas anuales de Gruporaga, S. A., correspondientes al ejercicio terminado del 2013, a 30 de noviembre, con el balance de situación, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo, la memoria correspondiente al ejercicio y el informe de gestión, y no aportó el informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2012, aunque sí las del 2013. Por su parte, la empresa Nit-Lux, S. A., aportó las cuentas de los ejercicios 2012 y 2013, pero no la auditoría de aquéllas ni tampoco la declaración firmada por el representante legal de estar exenta. También se han entregado a los representantes de los trabajadores las cuentas provisionales, el balance de situación y la cuenta de pérdidas y ganancias hasta octubre del 2014 firmadas por el representante legal de la UTE. Evidentemente no se entregaron las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios completos de las empresas que conforman la UTE, exigidas por el artículo 4.2 del Real Decreto 1483/2012 antes citado, estando únicamente auditadas

las del ejercicio 2013 de Gruporaga, S. A., que es la empresa dominante en la UTE (95 %).

Mas —entiende el tribunal— lo esencial son las cuentas de la UTE, que es la que desarrolla la actividad y, considerando que el comienzo de ésta data de enero del 2014, debe estimarse suficiente la documentación entregada en cuanto a los resultados alegados a 31 de octubre del 2014 para tener un conocimiento de la situación económica de la UTE. No constituye ésta, pues, una causa de nulidad que deba ser acogida, por cuanto se considera presentada la documentación necesaria para el buen fin del periodo de consultas al objeto de que la representación de los trabajadores pueda elaborar propuestas constructivas en tiempo hábil, debiendo incidir en que no ha existido manifestación alguna por parte de los representantes de los trabajadores sobre la insuficiencia de la documentación entregada.

3. Apariencia de legalidad de una decisión preconcebida antes de la adjudicación de la contrata y de la constitución de la unión temporal de empresas. Licitación a la baja con toda la plantilla y posterior despido colectivo

- 3.1. Otra de las razones alegadas para defender la nulidad del despido —y que finalmente prospera ante el tribunal— es que la tramitación de este despido colectivo genera una apariencia de legalidad sobre una decisión preconcebida antes de la adjudicación de la contrata. Concorre así el fraude de ley en la causa motivadora de la extinción colectiva al entender que la adjudicación de la contrata se ha logrado mediante una oferta por debajo del precio inicial de salida a licitación a sabiendas de que no lograría llevar a cabo la prestación de servicios en que tal contrata consistía al no poder asumir los costes de mantenimiento del personal existente al tiempo de la adjudicación.

De hecho, la UTE alega causas económicas intentando probar la existencia de pérdidas actuales —pues en el periodo de enero a octubre del 2014 la UTE ha acumulado

unas pérdidas de casi un millón de euros— y pérdidas futuras o previsión de pérdidas —porque los ingresos previstos no son suficientes para cubrir los gastos de personal futuros, siempre que se conserve la plantilla actual—. Entiende la empresa que, si no se llevaran a cabo las extinciones propuestas, las pérdidas totales en el momento de finalización de la adjudicación del servicio (año 2022) ascenderían a unos doce millones de euros. Sin embargo, una reducción de personal como la propuesta permitiría una ostensible mejora de los resultados, produciéndose beneficios y rentabilidad de la inversión.

- 3.2. Pese a la insistencia y rotundidad de la empresa, este argumento no es aceptado por el tribunal por considerar «evidente que el centro no había generado aún pérdida alguna y las obtenidas por la empresa ya eran previsibles cuando licitó». Reprocha a la empresa que esté proyectando unas cantidades económicas sobre unos trabajadores en los que todavía no se había subrogado cuando efectuó los cálculos. Con la reforma del 2012, el periodo de consultas debe versar sobre la posibilidad de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, limitándose el control judicial de estos despidos sobre la concurrencia de unos hechos, a saber, las causas invocadas. Pues bien, «para una empresa que inicia su actividad con un objeto concreto, sabiendo el importe que va a percibir cada año, es difícil justificar la causa económica sobrevenida que legitime el procedimiento al cual se somete. Es imposible valorar unas causas económicas sobrevenidas inexistentes porque los ingresos anuales y el personal a subrogar se conocen previamente. La empresa licita con un plan estructurado a fin de obtener beneficios en el periodo de explotación de la contrata y ello es compatible con la existencia de unas pérdidas que se generen en los primeros meses para, posteriormente, mediante reestructuración que se suele producir por diversas causas, entrar en beneficio» (STSJ, Madrid, de 29 de junio del 2015, procedimiento 40/2015, FJ 7).

Es cierto que la empresa alude a la situación fáctica de haber recibido una plantilla

sobredimensionada muy superior a la necesaria como consecuencia de que la empresa saliente de la contrata, cuando conoce que no será la adjudicataria en el nuevo periodo de concesión, convierte los contratos temporales en indefinidos. Sin embargo, en el momento en que se formula la licitación, el número de contratos indefinidos era de 214 y cuando se plantea el despido colectivo, de 231. La diferencia de 17 contratos no justificaría que el despido, tal y como se pretende, afectase a 121 trabajadores. Por lo demás, en el pliego de condiciones la empresa no alude a la necesidad de rebajar el personal existente para llevar a cabo el servicio. Por lo que el tribunal entiende que la «UTE que fue constituida con el objeto de ejecución del contrato de gestión integral aludido en el momento en que concurre a la licitación conocía tanto el personal en el que debía subrogarse como los costes necesarios para llevar a cabo la gestión de los parques que se le encomendaban y aun así la licitación de la demandada lo fue por debajo del precio de imputación presupuestaria del gasto a fin de que le fuese adjudicado el contrato y a sabiendas de que dentro de dicho precio se incluían los llamados gastos de conservación por medición que en los anteriores pliegos no estaban incluidos, lo que aúna a la cuestión relativa al sobredimensionamiento de la plantilla invocada como causa organizativa y productiva» (STSJ, Madrid, de 29 de junio del 2015, procedimiento 40/2015, FJ 7).

Tampoco se admite la alegación de causa productiva u organizativa alguna. La empresa señala, a este respecto, que debe cumplir unos estándares de calidad, incompatibles con la plantilla existente. La Sala entiende, sin embargo, que la actividad que llevan a cabo los trabajadores no ha experimentado mejora, innovación o mecanización que permita justificar una causa productiva u organizativa distinta, sin que pueda compararse el parque de Madrid Río —como hace la empresa— con otros parques en los que desarrolla su actividad puesto que se produce una comparación impropia de elementos no homogéneos. Y, así, Madrid Río es un parque lineal, no

forestal y permeable, construido sobre una autovía como es la M-30 (Calle 30), lo que le dota de una singularidad que dificulta las labores de conservación.

- 3.3. En conclusión, con la tramitación del despido colectivo, la empresa quiere dar una apariencia de legalidad celebrando reuniones, entregando documentación y formulando propuestas para evitar la declaración de la nulidad del despido colectivo, pero detrás de ella no existen causas que lo justifiquen, pues las medidas que se adoptan (bajas indemnizadas, jubilación, novación a empleo estable, etc.) no reflejan una voluntad de atenuar o disminuir los efectos negativos del despido, sino que se proponen a los solos efectos de reducir el coste de plantilla y ajustarlo al precio de adjudicación del contrato.

Prueba de ello es que, antes de que terminara el periodo de consultas, la empresa ya había enviado una carta a todos los trabajadores en la que les trasladaba la oferta de convertir su relación laboral en una relación mercantil. Si aceptaban, los trabajadores recibirían un soporte adecuado y las compensaciones correspondientes para convertirse en empresarios con garantías de trabajo suficiente para el lanzamiento de su nueva actividad. Evidencia así la empresa que no había exceso de personal pues, de haber sido aceptada esta propuesta, todos los trabajadores habrían continuado con la prestación de servicios, bien que con una relación mercantil (autónomos o trabajadores económicamente dependientes) y no laboral. Esta conducta de la empresa, remitiendo a la totalidad de los trabajadores objeto de despido una carta al margen del proceso de negociación establecido legalmente como periodo de consultas, resulta por lo demás incompatible con los principios de transparencia y razonabilidad que deben informar la actitud negociadora en el periodo de consultas y atenta contra la buena fe negocial. Y se subraya que esta conducta empresarial atenta contra el derecho constitucional de libertad sindical, por cuanto la negociación constituye contenido esencial de aquél y es evidente que la empresa no buscaba realmente un acuerdo

con los representantes de los trabajadores, sino directamente con los trabajadores afectados, «obviando la representación colectiva» (STSJ, Madrid, de 29 de junio del 2015, procedimiento 40/2015, FJ 8).

4. Vulneración de derechos fundamentales. De nuevo, huelga declarada por los trabajadores y realización de la actividad por la empresa

4.1. Aun cuando todos los argumentos anteriores son tenidos en cuenta, la declaración de nulidad se produce por considerar vulnerado el derecho fundamental de huelga del artículo 28.2 de la Constitución. Y esto es así porque durante la negociación del despido colectivo fue convocada una huelga, desatendida por la empresa. Esta última, utilizando personal ajeno al del parque Madrid Río (bien que recurriendo a trabajadores de otros parques a los que el tribunal define como «trabajadores externos») consiguió llevar a cabo los servicios no ejecutados por los trabajadores propios con la clara finalidad de «reducir la presión ejercida con la huelga», anulando su efectividad de forma ilícita.

En numerosas ocasiones el Tribunal Constitucional ha explicitado su doctrina a estos efectos entendiendo que «la sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima, el

referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien, en situaciones ordinarias, no tiene asignadas tales funciones, ya que, en tal caso, quedaría anulada o minorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo» (STC 33/2011, FJ 4).

4.2. Rechaza finalmente el tribunal la alegación de discriminación por razón de sexo basada en que la inconcreción de los criterios de selección considerados, y que se refieren a criterios profesionales, repercute en que la mayoría de las mujeres trabajadoras se encuentren incluidas en el listado de extinciones. Mas, comoquiera que «no se ha concretado el número de mujeres y hombres aunándolos a las causas por las que considera se ha producido discriminación», la falta de datos precisos sobre los que basar un indicio discriminatorio determina la desestimación de esta causa de nulidad (STSJ, Madrid, de 29 de junio del 2015, procedimiento 40/2015, FJ 10).

En consecuencia, prospera la declaración de nulidad de la decisión empresarial, se reconoce el derecho de los trabajadores a la reincorporación en sus puestos de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir y se imputa una responsabilidad solidaria a las empresas que componen la UTE, calificación común cuando, en una misma relación laboral, concurre una pluralidad de empresarios.