

OBITUARIO

CONTRATO PARA OBRA O SERVICIO DETERMINADO: DESCANSE EN PAZ. ¡VIVA EL CONTRATO FIJO- DISCONTINUO!

Arántzazu Vicente-Palacio
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaume I-Castelló
<http://orcid.org/0000-0002-6559-4386>

No se puede abordar la reforma de la subcontratación por el RDL 32/2020, de 28 de diciembre sin hacer referencia a la simultánea **derogación del contrato para obra o servicio determinado**. Esta figura contractual, que ha existido en nuestro Derecho desde la primera codificación de nuestras leyes “obreras” (1926), se había convertido en la principal modalidad de contratación laboral en España, convirtiéndose en una quimera la preferencia por la contratación indefinida (principio de causalidad) tardíamente reconocida en norma legal (1976). Como es sabido, la generalización del contrato para obra o servicio determinado fuera de su ámbito “tradicional” de la construcción (y obras públicas) se explica, fundamentalmente, por tres motivos: 1) el coste de la extinción del contrato de trabajo indefinido; 2) la generalización de la externalización productiva en las tres últimas décadas; y, c) la aceptación de las contrataciones o concesiones (por naturaleza, temporales) como causa legítima del contrato de obra y servicio determinado. A las anteriores cabe añadir otra trinidad: a) la aparición en el mercado de las empresas multiservicios, que han operado como encubiertas agencias de suministro de mano de obra o Empresas de Trabajo Temporal; b) la interpretación jurisprudencial del art. 44 ET que excluye la subrogación empresarial prevista en el supuesto de cambio de contratistas, por entender que en tales casos no se opera una transmisión empresarial entendida como un conjunto organizado (aunque posteriormente se haya configurado la doctrina de la “sucesión de plantillas”; c) La regulación legal y, en algún caso, las dudas sobre la identificación del convenio colectivo aplicable a los trabajadores de las contratistas cuando el objeto social de la empresa auxiliar era múltiple (empresas multiservicios).

Cabría pensar que la derogación del contrato de obra y servicio determinado supondrá la contratación por tiempo indefinido tanto de los trabajadores del sector de la construcción -donde la figura del “fijo de obra” ha sido tradicional- como en el ámbito de las empresas auxiliares en las que las empresas externalizan buena parte de sus procesos productivos en el actual proceso de adelgazamiento de la organización empresarial. No parece que sea (necesariamente) así si atendemos a la nueva regulación. *“El desarrollo de trabajos*

consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratas mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad normal de la empresa” (nueva redacción art. 16.1, párrafo segundo ET) abre la puerta a la contratación de los trabajadores de la contratista mediante el contrato fijo-discontinuo. En el ámbito de la construcción se configura una regulación propia para la extinción (por motivos inherentes a la persona trabajadora) del contrato *indefinido* en el sector de la construcción (nueva redacción D.A. 3ª Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción) lo que pone de manifiesto algo que, por evidente, a veces se olvida: la íntima conexión entre la flexibilidad de entrada (duración del contrato) y la flexibilidad de salida (causalidad de la extinción del contrato y coste de dicha extinción); o lo que es lo mismo, que la inaplicación del régimen extintivo general convierte en mera decoración el calificativo *indefinido* conferido al contrato.

Y es que, efectivamente, esta **regulación “propia” del régimen extintivo del contrato indefinido adscrito a obra en el ámbito de las empresas del sector de la construcción, en lo que a su coste se refiere**, se traduce en la posibilidad de que el citado contrato indefinido se extinga con una *“indemnización del 7% calculada sobre los conceptos salariales establecidos en el convenio colectivo que resulte de aplicación y que hayan sido devengados durante toda la vigencia del contrato, o la superior establecida en el Convenio General del Sector de la Construcción”* (en adelante, CGSC). En definitiva, el mantenimiento (art. 24.8 CGSC vigente) de la misma indemnización por fin de contrato (indefinido) que la prevista para el extinto contrato (temporal) fijo de obra me trae a la memoria aquella viñeta del genial Forges: *¡¡qué tiempos estos en los que a los Franciscos se les llama Borja¡¡* Más allá del certero humor de Antonio Fraguas, sería injusto negar a la reforma su pequeña contribución a la mejora de la estabilidad de los trabajadores del sector, al establecer sobre la empresa la obligación de ofrecer al trabajador al que se le extingue el contrato de trabajo por finalización de la obra una propuesta de recolocación; queda por ver cuál será su real efectividad, dadas las excepciones previstas.

El cambio de criterio del Tribunal Supremo (STS de 19-7-2018 y STS de 29-12-2020) sobre la licitud de las contratas y concesiones como causa (temporal) que justifica la suscripción de contratos para obra o servicio determinado probablemente ha facilitado el acuerdo social recogido en el RD Ley 32/2021, de 28 de diciembre. Al igual que en el supuesto anterior, tampoco implica necesariamente que las relaciones laborales de los trabajadores de las empresas auxiliares se articulen en el futuro a través del contrato de duración indefinida ordinario. El art. 16 ET contempla ahora expresamente la posibilidad de concertar un **contrato fijo-discontinuo “para el desarrollo de trabajo consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratas mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa”**. Se atiende así a la supuesta temporalidad de los servicios que presta la empresa contratista a la empresa principal y que constituye su actividad mercantil ordinaria, cuya continuidad está condicionada a la renovación de la contrata o contratas con el/los empresario/s principal/es y que durante décadas ha servido para justificar la suscripción de contratos para obra y servicio determinado. Esta habilitación del art. 16 ET se completa con la prohibición del art. 15 ET que excluye como causa del, también reformulado, contrato eventual *“la realización de trabajo en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos [previstos para el contrato eventual]”*. El incremento

ocasional e imprevisible de la actividad “normal” de la empresa justifica la suscripción del contrato eventual, mientras que la previsibilidad de los trabajos y el marco organizativo en el que se prestan (empresa de servicios) remite al contrato fijo-discontinuo, sin que se excluya la posibilidad de que ese marco de colaboración empresarial pueda justificar un contrato eventual si concurre un incremento ocasional o imprevisible que genera un desajuste temporal entre el empleo estable (en este caso, fijo-discontinuo) y el que se requiera.

El periodo de inactividad que justifica el carácter discontinuo atribuido por la norma a esta actividad es, exclusivamente, el plazo de espera de recolocación entre subcontrataciones. La supuesta incertidumbre en el mantenimiento de la continuidad de la actividad empresarial por parte de la contratista se sanciona ahora legalmente, de tal forma que durante el periodo de espera de recolocación se abre la puerta a la percepción por el trabajador fijo-discontinuo de las prestaciones por desempleo [art. 267.1.d) TRLGSS-2015] si cumple los requisitos generales exigidos. En defecto de otra duración prevista por el convenio colectivo sectorial, el plazo máximo de inactividad entre subcontratas será de tres meses. Terminado este plazo de espera, la empresa deberá adoptar las medidas provisionales o definitivas que procedan según el ET: es decir, medidas de flexibilidad interna (suspensión de contrato, reducciones de jornada) o externa (extinción del contrato por causas económicas, técnicas o de producción). En este último caso, el contrato ya no estará suspendido sino extinguido, sin que exista deber alguno de llamamiento en caso de que la empresa iniciara una nueva prestación de servicios.

Finalmente, la reforma ha querido actuar sobre otra de las causas que contribuyó a la generalización del contrato para obra o servicio determinado en el ámbito de la externalización productiva: la reducción de costes derivada de la aplicación de un convenio colectivo con peores condiciones laborales que el aplicado en la empresa principal. En definitiva, la reforma ha querido anular la competencia desleal de una reducción de costes basada en el empeoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores “subcedidos”. El resultado, sin embargo, es más limitado que las expectativas iniciales. El primer mandato del art. 42.6 ET es la aplicación del “convenio del sector de la actividad desarrollada en la empresa contratista o subcontratista”. Se trata de una previsión nada novedosa pues recoge la actual jurisprudencia sobre la identificación del convenio colectivo aplicable a los trabajadores de las empresas contratistas multiservicios, aunque sí hay que reconocerle el mérito de incrementar la seguridad jurídica. No se trata de aplicar a los trabajadores, total o parcialmente, el convenio de la empresa principal (sectorial o empresarial) sino que el convenio aplicable será, en principio, el sectorial de la actividad que desarrolla la empresa contratista en el marco de la relación interempresarial por lo que, en el caso de que la empresa realice varias actividades auxiliares para la empresa principal, serán aplicables tantos convenios colectivos como actividades desarrolladas por aquélla, manteniéndose así la pluralidad de estatutos jurídicos entre los trabajadores de la empresa principal y contratista y también entre los trabajadores de la propia contratista, cuando se trate de una empresa multiservicios o que presta servicios auxiliares encuadrados en distintos ámbitos sectoriales. Pese a lo señalado en el extensísimo Preámbulo en relación a la garantía del principio de igualdad de trato y no discriminación entre dos trabajadores que realizan un trabajo del mismo valor, este objetivo no se ha logrado. No se ha acogido finalmente la propuesta de implementar una solución similar a la prevista en el ámbito de las Empresas de Trabajo Temporal -la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo

vigentes en la empresa usuaria (art. 11 ET) quizá por el carácter concertado de la norma. Dos reglas exceptúan este mandato principal: 1º) cuando “exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III ET”; 2º) cuando la empresa contratista cuente con convenio propio, que se aplicará en los términos previstos en el art. 84 ET. En este último caso, y puesto que la norma legal también ha modificado el art. 84 ET excluyendo la determinación de la cuantía del salario base y de los complementos salariales de las materias en las que el convenio de empresa puede concurrir con un convenio sectorial vigente (no así el abono y compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos) aquél ya no puede instrumentarse para una mejora de la ventaja competitiva a costa de los derechos salariales de los trabajadores. Sin embargo, esto último no queda excluido cuando el convenio propio de la empresa principal no es “concurrente” con un convenio sectorial, dado el ámbito material restringido al que se refiere el art. 84 ET. Por lo que se refiere a la primera (crítica) salvedad habrá que entenderla referida a un (futuro) convenio colectivo sectorial para las empresas auxiliares o multiservicios.

La norma legal confiere todavía a la negociación colectiva un papel importante en la delimitación del régimen jurídico de la subcontratación, del contrato *indefinido* en el ámbito de la construcción y obras públicas y del fijo-discontinuo en el marco de las empresas auxiliares aunque ha recuperado parte del terreno cedido en las últimas décadas al convenio colectivo. Se ha puesto coto también al convenio empresarial instrumentado para el empeoramiento de los salarios de los trabajadores. El carácter limitado de la reforma en los puntos analizados se puede explicar sin duda, por la necesidad de alcanzar el siempre difícil consenso de los agentes sociales que permite conjugar las distintas sensibilidades y, previsiblemente, augura una aplicación tranquila de la norma. La limitada extensión de este comentario no permite abordar otras muchas cuestiones interesantes y entre ellas, qué futuro espera a los mecanismos de subrogación de plantillas previstos en los convenios colectivos sectoriales de actividades tradicionalmente externalizadas, como la limpieza de edificios y locales y la vigilancia y seguridad (entre otros) como sistemas para asegurar la estabilidad en el empleo. El entierro definitivo del contrato para obra o servicio determinado tendrá que esperar a que termine la tramitación parlamentaria de la norma de urgencia pero su resurrección queda completamente descartada; tampoco en la regulación de la subcontratación cabe augurar modificaciones de calado.