

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA-ESTUDI GENERAL
FACULTAT DE DRET
DEPARTAMENT DE DRET DEL TREBALL I DE LA SEGURETAT SOCIAL

CONTRATACIÓN Y SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS
Y ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

TESIS DOCTORAL
PROGRAMA DE DOCTORADO 650-76B

Presentada por:

D. Francisco Agustín Rodrigo Sanbartolomé

Dirigida por:

D. José María Goerlich Peset

(Catedrático de la Universitat de València)

Valencia, Año 2015

A mis padres. Gràcies per tot Mare.

ÍNDICE

ALGUNAS CUESTIONES INTRODUCTORIAS: EL SURGIMIENTO DE UNA NUEVA REALIDAD ECONÓMICA DESCENTRALIZADA Y SU INCIDENCIA SOBRE LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

PARTE I.- CONTRATAS Y SUBCONTRATAS: ESTUDIO DEL FENÓMENO DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

1. La descentralización productiva desde la perspectiva económica

2. La descentralización productiva desde la perspectiva jurídica

2.1. Marco legal

2.2. Concepto

2.3. Descentralización productiva y libertad de empresa

2.4. Formas lícitas de descentralización y cesión ilegal de mano de obra: criterios de distinción

2.5. La noción de “propia actividad”

2.6. La teoría de las tres zonas

PARTE II.- DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN SENTIDO DINÁMICO: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN EN LOS PROCESOS DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

1. Objeto de estudio

1.1. Cuestiones incluidas: Descentralización en sentido dinámico con efecto extintivo

1.2. Exclusión: Las descentralizaciones sin efecto extintivo. La subrogación del art. 44 ET

2. Potencial consideración de los procesos descentralización productiva como causa organizativa

2.1. Configuración tradicional de la causa organizativa como medida reactiva

2.2. La nueva caracterización proactiva de las causas técnicas, organizativas y productivas de extinción del contrato de trabajo

2.2.1. La reforma del Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio

2.2.2. La reforma tras la Ley 35/2010, de 17 de septiembre

2.2.3. La reforma laboral de 2012

3. Evolución jurisprudencial

3.1. Etapa inicial de admisión restrictiva

3.2. Incidencia inicial limitada de la reforma de la Ley 63/1997

3.3. Vaivén jurisprudencial previo a las reformas laborales recientes

3.3.1. Reconocimiento de los efectos de la descentralización como dificultades constitutivas de causa de extinción

3.3.2. Retorno a la consideración de las dificultades previas a la medida descentralizadora

3.3.3. Principales conclusiones sobre la evolución jurisprudencial anterior a las reformas laborales de 2010 y 2012

3.4. Jurisprudencia posterior a la reforma laboral de 2012

3.4.1. Vacilaciones de criterio en los primeros y escasos pronunciamientos judiciales

3.4.2. Asunción judicial de un papel corrector de la reforma a través del control de razonabilidad de la medida extintiva

PARTE III.- LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN SENTIDO ESTÁTICO: CUESTIONES A RAÍZ DE UNA REALIDAD EMPRESARIAL YA DESCENTRALIZADA

1) DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y CONTRATACIÓN TEMPORAL

1.1. Contrato de obra y descentralización productiva

1.1.1. La cuestión fundamental: Admisibilidad del contrato por obra o servicio determinado vinculado a la vigencia de una contrata

1.1.2. Evolución Jurisprudencial

1.1.3. Cuestiones controvertidas relacionadas

1.1.4. Fronteras y figuras afines al contrato de obra para atender a contratas

1.1.4.1. Proximidad respecto de los supuestos de cesión ilegal de trabajadores

1.1.4.2. Los contratos por obra o servicio determinado vinculados a actividades de las Administraciones Públicas sujetas a Planes o Programas dependientes de financiación externa

1.1.4.3. La difusa frontera entre los contratos por obra o servicio determinado celebrados sucesivamente para la atención de actividades reiterantes y la figura del fijo discontinuo

1.1.5. Peculiaridades en los casos de sucesión de contratistas y reducciones parciales de contratas

1.1.5.1. Incidencia de las sucesiones de contratistas sobre la extinción de los contratos de obra o servicio a ellas vinculados

1.1.5.2. Operatividad de las reducciones parciales de contrata a efectos extintivos de los contratos por obra o servicio a ellas vinculados

1.1.5.3. Extinciones de contratos temporales a tiempo parcial celebrados con un mismo trabajador adscrito a varias contrata a la finalización de éstas

1.1.6. Propuestas y tratamientos alternativos de la cuestión

1.1.6.1. Admisibilidad del fin de la contrata como cláusula resolutoria pactada individualmente en contrato de trabajo

1.1.6.2. Eventual procedencia de la extinción por causas objetivas de los arts. 51 y 52 c) ET motivada por la finalización de la contrata

1.1.6.3. Reflexión Final

1.2. Contrato de obra y negociación colectiva: Consideración especial del contrato fijo de obra

1.2.1. Régimen jurídico del contrato por obra o servicio determinado: La necesidad de especificación de las obras o servicios

1.2.2. Ámbitos de regulación por la negociación colectiva: La identificación trabajos y tareas objeto del contrato

1.2.3. La regulación convencional del contrato fijo de obra

1.2.3.1. Bloque normativo del contrato fijo de obra: Licitud y Concepto

1.2.3.2. Requisitos del contrato fijo de obra

1.2.3.3. Causas de extinción del contrato fijo de obra

1.2.3.4. Configuración del contrato fijo de obra mediante un límite temporal puesta en relación con otros similares: el art. 15. 5 ET

2) SUCESIÓN DE CONTRATAS Y ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

2.1. La aplicación de las normas sobre transmisión de empresa: El debate en Europa y en España

2.2. La subrogación convencional: Régimen jurídico y problemas generales

2.3. Límites de la garantía: El papel de la negociación colectiva

2.4. Otras formas de subrogación: Los pliegos de condiciones particulares de las concesiones administrativas y los acuerdos entre empresas

2.5. Reflexiones sobre la responsabilidad del empresario principal o contratista saliente

3) EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO A LA FINALIZACIÓN DE LA CONTRATA

3.1. Continuación de la actividad por un nuevo contratista o reversión en el empresario principal

3.2. Amortización de la actividad descentralizada

3.3. Jurisprudencia reciente sobre extinción por causas objetivas a la finalización de la contrata

3.4. Selección de los trabajadores a despedir

CONCLUSIONES FINALES: PRINCIPALES PROBLEMAS OBSERVADOS Y POSIBLES SOLUCIONES

BIBLIOGRAFÍA CITADA

PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS

AA.VV.: Autores varios

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

ET: Estatuto de los Trabajadores

ERE: Expediente de Regulación de Empleo

ERTE: Expediente de Regulación Temporal de Empleo

LGSS: Ley General de Seguridad Social

LRJS: Ley reguladora de la Jurisdicción Social

OIT: Organización Internacional del Trabajo

RD: Real Decreto

RDL: Real Decreto Ley

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

STCO: Sentencia del Tribunal Constitucional

STJCE/STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas/Unión Europea

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TCO: Sentencia del Tribunal Constitucional

TJCE/STJUE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas/Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

ALGUNAS CUESTIONES INTRODUCTORIAS: EL SURGIMIENTO DE UNA NUEVA REALIDAD ECONÓMICA DESCENTRALIZADA Y SU INCIDENCIA SOBRE LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

-En el contexto económico actual, altamente competitivo y globalizado, la reducción de costes fijos, la flexibilidad y la capacidad de adaptación de las empresas a los cambios en el mercado y a las nuevas necesidades de negocio se convierten en elementos clave que requieren de instrumentos cada vez más eficaces, entre los que destaca sobremanera, el conocido como **outsourcing o subcontratación empresarial**.¹

¹ Para MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N. en *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005: “El mundo empresarial contemporáneo se caracteriza por la proliferación de nuevos procesos de reorganización empresarial, y por la renovación del sistema de relaciones laborales en una actividad empresarial situada en un contexto global y en continua transformación por la fuerza que ejerce el principio axial de la eficiencia económica en condiciones de máxima competitividad. El fenómeno de desmembración del modelo clásico de empresa, no ha supuesto, en absoluto, una pérdida de centralidad de la empresa, sino su adaptación a un contexto transformado en un sentido de mayor descentralización de la empresa de grandes dimensiones. Ejemplos significativos son el apogeo de la «empresa red» y de los grupos de empresas de estructura flexible, como reflejo manifiesto de que la empresa ha cambiado su modelo de organización jurídica y económica para acomodarse a las nuevas circunstancias caracterizadas por la incertidumbre y la «impredecibilidad» derivadas de las transformaciones económicas y tecnológicas y del rápido cambio del contexto en que se mueven las empresas, en condiciones de máxima competitividad y globalización de la economía mundial. Es en la mediana y gran empresa donde se localizan las innovaciones organizativas (incluidas la política de descentralización productiva y funcional) y tecnológicas más relevantes; sin que ello suponga ignorar que en la pequeña empresa también se producen innovaciones en dichos ámbitos. Por lo demás, la empresa (de diversas dimensiones) tiende a desmaterializarse, perdiendo progresivamente relevancia el elemento estrictamente patrimonial. La empresa es cada vez más organización de actividades y de servicios para el mercado, sin que a menudo el aspecto patrimonial tenga verdadera relevancia. Al propio tiempo, la mediana y la empresa de grandes dimensiones tienden a realizar cada vez más formas descentralizadas de gestión y organización de las actividades («empresa flexible»)”.

En efecto, a través de la contratación por empresas principales con empresas contratistas -y, en su caso, la sucesiva subcontratación por éstas con nuevas subcontratistas- de determinadas actividades inicialmente desarrolladas en el seno de aquéllas se consigue la sustitución de un modelo de costes fijos de capital por uno de costes variables en el que se paga en función de los bienes o servicios concretos que son necesarios en cada momento. Esto es, se reemplaza la inversión fija por gasto flexible.²

Pero no sólo es una cuestión de costes sino que más allá de ello es, actualmente, una exigencia de competitividad de las empresas que deben enfocar su atención a aquello que constituye el núcleo esencial de la actividad en que están especializadas (*core business*) descentralizando todo lo demás: contabilidad, tesorería, gestión de impuestos, nóminas, recursos humanos, logística, u otras.

Este fenómeno reciente se encuentra en pleno proceso de crecimiento cuantitativo³ y de expansión cualitativa, por cuanto no sólo incrementa el volumen de negocio que se descentraliza sino también el número y variedad de actividades que constituyen su objeto.

Claro ejemplo de esto último lo constituye la moderna aparición de técnicas de externalización tan novedosas como el conocido como *outsourcing* informático o informática en la *nube* (*cloud computing*), por el que resulta posible suprimir los costes fijos de adquisición, mantenimiento y sustitución de *hardware* y *software* de las empresas mediante el recurso a una plataforma de servicios informáticos compartidos proporcionados a través de internet por las empresas

² A la flexibilidad del gasto que en sí mismo implica el *outsourcing* se añaden cada vez nuevas ventajas, como fórmulas de pago más flexibles de los servicios externalizados, pues el modelo de pago fijo está cediendo progresivamente en los sectores de descentralización más generalizada, como el informático en que no se retribuye el número de servidores en uso sino por carga de trabajo (volumen de operaciones o transacciones) o en la gestión de compras, de cobros, riesgos, o eficiencia energética en que se impone el pago según resultados.

³ Así lo atestiguan las curvas de crecimiento del “ISG Outsourcing Index”, que se ocupa de la medición y cuantificación, en el ámbito global, de los niveles de contratación de *outsourcing*.

proveedoras de servicios *cloud*. Estas empresas, a través del *cloud computing público*, ponen a disposición plataforma, servicios e infraestructura informática que pueden utilizarse de forma no personalizada bajo suscripción por las empresas usuarias o bien para un uso particular y personalizado, a través de un contrato de *cloud computing privado* que es propiedad de la empresa que lo utiliza y controla.

Asimismo, a raíz de la crisis económica ha proliferado el recurso de cada vez mayor número de empresas a la delegación externa de la realización de tareas administrativas y financieras, externalizándose así aspectos de la actividad empresarial que antes se consideraban estratégicos y reservados a la gestión propia e interna, tales como la elaboración y emisión de facturas o su gestión de cobro con los clientes pero también, cada vez más, la negociación de los contratos con los proveedores. Aparece así el *procurement* o gestión externalizada de compras que coexiste con la más tradicional de las ventas a través de redes de ventas externas, constituidas en muchos casos por *call centers* especializados, que no solo vienen a reportar una mayor eficiencia de costes y/o productividad, sino que también tratan de proporcionar un salto significativo en los niveles de calidad del servicio que se presta.

Esta misma tendencia a externalizar no sólo las funciones empresariales accesorias o de soporte sino también las funciones básicas o críticas del negocio (BPO: *Business Process outsourcing*) se reproduce en el sector de la logística y el transporte donde, junto a la tradicional utilización por empresas ajenas al sector de vehículos cedidos mediante contratos de *renting* para el desempeño de sus labores por directivos y comerciales al servicio de las mismas, también en el seno de las empresas distribuidoras se acude cada vez más a la subcontratación de almacenes y transporte.

Lo mismo ocurre con la descentralización del I+D, en industrias como la farmacéutica o la electrónica en las que las grandes empresas del ramo se limitan, en muchos casos, a comprar las mejores ideas o productos en sus últimas fases de desarrollo, en este ámbito, a pequeñas empresas, centros o instituciones.

En general, la descentralización de actividades es un recurso más provechoso para las grandes empresas pues cuanto mayor es el volumen de servicios que se externalizan más grande es el ahorro de costes que se consigue. Pero, ello no obstante, cada vez son más las pequeñas y medianas empresas que están añadiendo nuevas modalidades -como el comentado *cloud computing*- a otros servicios más arraigados en su caso, como las áreas jurídico-administrativas o informática tradicional, ahorrando en este caso en personal cualificado, mantenimiento de servidores y compra de licencias de *software*.

-Este fuerte impulso descentralizador ha redundado en el fenómeno conocido como ***deslocalización de actividades***. La deslocalización hacia nuevos países fabricantes/productores, con bajos costes, principalmente asiáticos, ha motivado el cierre por las grandes multinacionales de la electrónica o de la moda de sus últimas plantas de producción en Europa y EE.UU. y, en general, ha reducido a la mínima expresión el contacto de la empresa principal con su producto, como ocurre, por ejemplo, con las empresas del sector de la automoción en las que su actividad directa se limita básicamente al ensamblaje y al control final de calidad.

Pese a esta expansión imparable del denominado *offshoring* -especialmente en los sectores de producción industrial-, en el ámbito del *outsourcing* del sector servicios se aprecian ciertas tendencias nuevas que vienen a corregir algunos excesos derivados del ímpetu de las fases iniciales de este proceso de internacionalización, como el conocido modernamente como *nearshoring*, según el cual ya no sería suficiente con externalizar las actividades hacia países de bajo coste, cualquiera que sea la distancia, sino que ahora los proveedores de *outsourcing* son conscientes de que deben estar cerca de sus clientes, proporcionando sus servicios desde países no demasiado lejanos, y con mayores afinidades culturales e idiomáticas.

En cualquier caso, no se trata de un proceso en una sola dirección, pues también empresas españolas destacan como *outsourcers* a nivel internacional,

especialmente en ámbitos tales como: las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC), en telecomunicaciones, industria, energía o finanzas.

También en España, estos grandes *outsourcers* cada vez acaparan mayor cuota de mercado de un sector inserto en pleno proceso de concentración empresarial. Así, la presión sobre los precios generada por la reciente crisis económica, ha llevado a un abaratamiento de los contratos de *outsourcing* a cambio de lo cual los proveedores de estos servicios han exigido contratos de mayor volumen y duración, generando una competencia a precios tan bajos que sólo ha podido ser resistida por las grandes empresas de este sector, relegando a los operadores con menor potencial a actuar como subcontratistas de éstas o a limitarse a nichos de negocio muy específicos y especializados.

-Pese a todo lo anterior, la externalización de actividades que, como hemos visto, constituye un recurso habitual en el sector privado, se encuentra todavía infrautilizado en el ámbito de las Administraciones Públicas, especialmente en nuestro país, pese a tratarse de un sector en el que las restricciones presupuestarias impuestas por la recesión económica obligan a la búsqueda de nuevas soluciones. En efecto, el saneamiento de las tradicionalmente deficitarias cuentas públicas de nuestras Administraciones se está ensayando, todavía muy tímidamente (el proceso cuenta con un importante freno en la oposición sindical e ideológica de determinados sectores políticos), mediante la implantación de fórmulas de gestión privada de los servicios públicos, fundamentalmente en áreas correspondientes a actividades muy periféricas, como atención al ciudadano, informática, seguridad, etc.

Ello no obstante, parece que empiezan a abrirse camino nuevos ámbitos para la aplicación de este modelo de colaboración público-privado, que especialmente parece tener el terreno abonado en aquellos servicios en los que el proveedor no deba obtener el pago de la retribución de las exiguas arcas públicas sino directamente de los usuarios a través de la explotación de dichos servicios.

-Por otro lado, **desde la perspectiva jurídico-laboral**, el recurso por las empresas a las técnicas de descentralización pretende, generalmente, la obtención de ventajas relacionadas con una mayor flexibilidad en el uso de la mano de obra, tratando de aprovechar la mayor capacidad de maniobra – también, en ocasiones, con miras a favorecer la valoración de procesos extintivos por causas objetivas- que proporciona el desarrollo de la actividad a través de la contratación o subcontratación de la actividad con otras empresas de menor tamaño o solidez económico-financiera, preexistentes o de nueva creación, en muchos casos efímeras, así como con el fin –como veremos- de que la contrata sirva de fundamento para la contratación temporal, con la consiguiente precariedad laboral que ello origina, en sentido contrario al del principio de estabilidad en el empleo, tan preconizado y ambicionado desde antaño.

En efecto, la **estabilidad en el empleo** se ha venido configurando como un objetivo tradicional en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente en los últimos tiempos. Consideraciones variadas de política social o puramente laborales, tales como la mayor seguridad y capacidad del trabajador para proyectar su futuro, la elevación del grado de implicación e identificación con la empresa, mejor nivel formativo y pericia en el desempeño del puesto de trabajo -con las consiguientes implicaciones en materia de seguridad y salud laboral-, entre otras, aconsejan la permanencia de los trabajadores en el empleo, sin perjuicio de que cada vez sean mayores las exigencias de política económica que abogan por una mayor **flexibilidad en el mercado laboral** que no necesariamente tendría por qué traducirse en temporalidad.⁴

⁴ Un nuevo término, “*flexiseguridad*”, ha tratado de reunir en un solo concepto la pretensión de armonizar ambas necesidades que, en principio, se presentan como contrapuestas. Como señala GOERLICH PESET, J.M^a, en “El Real Decreto-Ley 3/2012: aproximación general”, en Blasco Pellicer, Ángel; Camps Ruiz, Luis M.; Goerlich Peset, José María; Roqueta Buj, Remedios y Sala Franco, Tomás, “*La reforma Laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*”, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, págs. 11 a 42, es el RDL 3/2012, la norma que procede, por vez primera, al acogimiento legal de este término. El autor resalta el contraste de la noción «vieja» de flexibilidad, *que se descompone en las «viejas» facetas que conocemos (externa e interna en sus diferentes manifestaciones)* con un concepto de seguridad pagado de

Así, desde el punto de vista jurídico-positivo, nuestro Derecho Laboral se decanta claramente en favor del contrato indefinido, que únicamente requiere del acuerdo de ambas partes, con preferencia sobre los contratos temporales que quedan tasados⁵ y caracterizados legalmente con la nota de excepcionalidad que resulta de la exigencia de ciertas causas⁶ y/o el

novedades, puesto que se añaden dos nuevos sentidos: seguridad del empleo y seguridad de la elección a los tradicionales más propios del derecho del trabajo (seguridad en el puesto) y de la seguridad social (seguridad de los ingresos). Al cambiar la perspectiva de la seguridad en el puesto hacia la más general de la seguridad en el empleo, parece –como explica el autor- que se facilita la conciliación de ambas necesidades, pues: *“cambian, en primer lugar, los «acreedores» de la seguridad: ya no es el concreto trabajador que aspira a conservar su puesto. Ahora es el conjunto de los trabajadores que aspiran a ser empleables cuando atraviesen una transición. Cambian, igualmente, los «deudores» de seguridad: ya no son los empresarios a los que limitar sus facultades de contratación o despido sino los poderes públicos, como encargados institucionales del mercado de trabajo en el que se desarrollan las transiciones. El escenario, en fin, está notablemente cambiado. Las soluciones contractuales tienen una importancia limitada. Lo verdaderamente importante es el gobierno del mercado de trabajo”*.

⁵ Las SSTS de 17 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2028 y RJ 2002/2116) sostienen que la relación de contratos de duración determinada contenida en el art. 15.1 ET constituye un *numerus clausus* legal no ampliable por otras fuentes, ni siquiera mediante convenio colectivo: *“La contratación temporal en nuestro sistema legal de relaciones laborales está sujeta a normas de Derecho necesario, de modo que el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, establece que podrán celebrarse contratos de duración determinada únicamente en los supuestos que a renglón seguido enumera (...) sólo pueden concertarse como temporales los contratos previstos por el legislador y que los agentes sociales podrán pactar, a los distintos niveles, únicamente en los campos que el legislador expresamente haya fijado”*. En el mismo sentido, la STS de 23 de septiembre de 2002 (RJ 2003/704). En parecida dirección la sentencia de 4 de octubre de 2007 (RJ 2008/696) -refiriéndose respecto al contrato de obra o servicio determinado a la habilitación conferida en el art. 15.1.a) ET en favor de la negociación colectiva- mantiene que el derecho constitucional a la negociación colectiva de acuerdo con el art. 85.1 ET debe ejercitarse con respeto a las leyes y no puede, por tanto, entenderse que con la habilitación del art. 15.1.a) ET se esté facultando a los convenios colectivos para introducir nuevos contratos temporales o modificar sus exigencias (en este mismo sentido, se cita la STS de 7 de marzo de 2003, RJ 2003/4499). Asimismo, cabe citar las SSTS de 7 de octubre de 1999 (RJ 1999/7762) y 26 de octubre de 1999 (RJ 1999/7838) como también la STS de 30 de junio de 2005 (RJ 2005/7791) que será objeto de estudio específico en otro momento en esta tesis.

⁶ Con independencia de los contratos formativos, relevo u otros en los que la temporalidad está ínsita en la propia finalidad de su regulación, la contratación temporal estructural es causal en el sentido de que el legislador fija un motivo o fin

cumplimiento de determinados requisitos previstos legalmente, básicamente en el art. 15.1 ET.⁷

Ocorre, sin embargo, que esta nota de excepcionalidad con la que la temporalidad de la relación laboral queda configurada en el plano teórico-legal no se traduce en la práctica de la realidad laboral de nuestro entramado empresarial pues, estadísticamente, España se encuentra tradicionalmente a la cabeza de los países europeos en las tasas de volumen de temporalidad, las cuales sólo tienden a disminuir en épocas recesivas, evidenciando que tales trabajadores son los elegidos primeramente, en tales situaciones, a la hora de destruir empleo.⁸

Es tal el volumen de la contratación temporal en nuestro país, fraudulenta en gran parte de los casos, que las vías administrativa-sancionadora y judicial se revelan a todas luces insuficientes para cambiar dicha realidad, de ahí que el legislador, desde antaño, haya preferido procurar el objetivo de estabilidad mediante el empleo de *medidas de fomento* de la contratación indefinida como método más eficaz.

que debe concurrir para poder formalizar un contrato con duración determinada en lugar de un contrato por tiempo indefinido que constituye la regla general.

⁷ En este mismo sentido el Tribunal Supremo en múltiples sentencias, entre otras las SSTs de 10 de mayo de 1993 (RJ 1993/4046), de 21 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9320), 6 de mayo de 2003 (RJ 2003/5765) y 17 de junio de 2008 (RJ 2008/4229). También, en el derecho comunitario, la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, mantiene que la contratación indefinida es la forma general para la contratación de trabajadores. Véase, en general sobre este tema, el Capítulo III “Contratación indefinida y contratación temporal” escrito por GOERLICH PESET, J. M^a. , pág. 134, en la obra colectiva *Contratación laboral y tipos de contrato: criterios jurisprudenciales*, coord. José María Goerlich Peset, Valladolid, Lex Nova. 2010.

⁸ La exposición de motivos del RDL 10/2010 cifraba aproximadamente en 1/3 del total a los asalariados con contrato temporal y reconocía que reducir la dualidad del mercado laboral impulsando la creación de empleo estable y de calidad era su primer objetivo. Efectivamente, resulta indudable el uso extralimitado de la contratación temporal en España, focalizándose principalmente en los imprecisos contratos por obra o servicio determinado y de eventualidad. Sin embargo, recientemente se ha producido una reducción de la tasa de temporalidad, precisamente en unos años caracterizados por la ingente destrucción de empleo, lo cual evidencia la dualidad de nuestro mercado de trabajo y que los reajustes de plantilla se han efectuado, principalmente, mediante la no renovación de los contratos temporales.

Ya desde la reforma de 1994 (Leyes 10/1994 y 11/1994, de 19 de mayo y 14/1994, de 1 de junio) se trató de reintroducir el principio de causalidad en la contratación temporal y encauzar al recurso a la misma⁹ como reacción frente a la regulación previa de la Ley 32/1984, de 2 de agosto,¹⁰ que basaba las medidas de fomento del empleo en la generalización de las posibilidades de acudir a la contratación temporal coyuntural o sin causa.

Pero es, sobre todo, a partir del Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo, que dio lugar al RDL 8/1997, de 16 de mayo y a la posterior Ley 63/1997, de 26 de diciembre,¹¹ cuando el fomento de la contratación indefinida

⁹ Ello no obstante, tanto La Ley 10/1994, de 19 de mayo, al regular el programa de fomento del empleo para 1994, como también la Ley 42/1994 que hizo lo propio para el año siguiente, hicieron uso del contrato temporal de fomento del empleo si bien reduciendo el colectivo de sujetos susceptibles de ser contratados por esta vía.

¹⁰ La citada Ley impulsó el uso de los contratos temporales de fomento del empleo ampliando su duración a 3 años, eliminando la exigencia de que los desempleados contratados estuviesen previamente inscritos como demandantes de empleo y suprimiendo la limitación numérica de estos contratos en relación al volumen de plantilla fija de la empresa. Asimismo, introdujo un nuevo contrato temporal causal (por lanzamiento de nueva actividad) y trató de potenciar el uso de los contratos formativos como medida de inserción laboral, suprimiendo la edad máxima general anterior de 18 años de edad para el contrato de formación, que pasaba a poder concertarse, con un duración máxima de tres años, con jóvenes de hasta 20 años de edad y con minusválidos de cualquier edad.

¹¹ El papel de estas reformas trató de completarse, posteriormente, por otras normas como la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, que dejó circunscrito el contrato temporal de fomento del empleo al ámbito de los trabajadores discapacitados o la Ley 12/2001, de 9 de julio, que encareció la contratación temporal con una indemnización mínima de 8 días por año trabajado (cuantía posteriormente mejorada, en escala progresiva, en la reforma de 2010) e incorporó a nuestro ordenamiento interno las directrices de la Directiva comunitaria 1999/70/CE, de 28 de junio, encomendando a la negociación colectiva el establecimiento de medidas para evitar la utilización abusiva de la contratación temporal sucesiva (rotación de trabajadores), si bien esta reforma también supuso una notable ampliación de los sujetos respecto de los que no resultaba exigible el límite máximo de edad en el contrato para la formación favoreciendo, en la práctica, el uso del mismo como un contrato de fomento del empleo. Por su parte, el RDL 5/2006, de 9 de junio, posteriormente Ley 43/2006, de 29 de diciembre, introdujo el apdo. 5 en el art. 15 ET por el que se limita a un máximo de 24 meses dentro de un período de 30 las posibilidades de concatenación de contratos temporales para cubrir un mismo puesto de trabajo (o también diferente, tras la reforma de 2010). Regla esta última cuya aplicación fue suspendida por dos años por

trató de impulsarse de manera definitiva, no sólo mediante el empleo de medidas concretas de estímulo basadas principalmente en bonificaciones en las cotizaciones sociales sino, más allá de ello, mediante la eliminación del contrato temporal por lanzamiento de nueva actividad y, especialmente, a través de la creación de una nueva figura contractual, una subespecie del contrato indefinido general, esto es, mediante el conocido como “contrato para el fomento de la contratación indefinida”. Y, lo que todavía es más importante, haciendo recaer el incentivo a la contratación indefinida –eso sí para determinados colectivos de trabajadores con especiales dificultades de acceso a la misma- sobre un nuevo elemento, el indemnizatorio, que había venido presentándose como el verdadero freno a tales contrataciones y el mayor obstáculo a la flexibilidad laboral, desde el punto de vista empresarial.

En efecto, con este nuevo contrato (inicialmente restringido desde el punto de vista subjetivo), era posible despedir improcedentemente por causas objetivas con abono de una indemnización de 33 días por año trabajado con máximo de 24 mensualidades, en lugar de los 45 días con un máximo de 42 mensualidades debidos con carácter general. Quizás, por causa de dicha limitación subjetiva, el alcance real de esta medida resultó ciertamente limitado o quizás más bien debido a los impedimentos judiciales que determinados pronunciamientos impusieron a los intentos de reconducir todas las extinciones de estos contratos al ámbito de las objetivas para conseguir, en todo caso, la extinción con las indemnizaciones reducidas propias de las mismas.¹²

el RDL 10/2011, de 26 de agosto, si bien el plazo de la suspensión quedó finalmente reducido hasta 31 de diciembre de 2012 por el RDL 3/2012, de 10 de febrero.

¹² Véanse las distintas posturas judiciales en las págs. 140 y ss. del citado Capítulo III “Contratación indefinida y contratación temporal” escrito por José María Goerlich Peset, de la obra colectiva *Contratación laboral y tipos de contrato: criterios jurisprudenciales*, ob. cit. En mi opinión, el problema interpretativo viene generado por carencias de la técnica legislativa empleada al tratar de establecer un beneficio (la indemnización reducida) no condicionado al cumplimiento de requisitos sino sobre la base de un hecho negativo, esto es, la falta de concurrencia de la causa que determina la procedencia del despido objetivo. Planteado el supuesto de hecho en estos términos lo cierto es que, tratándose de contratos para el fomento de la contratación indefinida, cualquier supuesto que llevase aparejada la improcedencia del

En cualquier caso, posteriormente, el legislador de la reforma laboral de 2010, a través del RDL 10/2010, de 16 de junio y la posterior Ley 35/2010, de 17 de septiembre, actuó sobre estas cuestiones profundizando en la ampliación del ámbito subjetivo del contrato para el fomento de la contratación indefinida.¹³

En todo caso, tanto de la antigua regulación del contrato para el fomento de la contratación indefinida como de la de la reforma de 2010, que ampliaba su aplicabilidad, en la medida en que se trataba de potenciar esta clase de contratación actuando sobre un tipo de contrato cuya principal característica era la menor cuantía de su indemnización se revelaba la tendencia tratar de conseguir el objetivo estabilidad actuando sobre elementos relativos a la fase extintiva del contrato indefinido.

Se trataba, pues, de compensar la rigidez de entrada resultante del restablecimiento de la causalidad de los contratos temporales operando, no tanto sobre el momento de la contratación, sino sobre todo sobre la flexibilidad de salida, reduciendo la cuantía de la indemnización por despido improcedente objetivo, o quizás *de facto*, por extensión, de cualesquiera extinciones de este tipo contrato, ahora más generalizado subjetivamente.

despido objetivo por falta de concurrencia de sus causas debería llevar aparejada la aplicación de la indemnización reducida que la ley condicionaba únicamente a tal improcedencia. Bajo mi punto de vista, ir más allá de ello, tratando de averiguar si la intención de quién recurría a ello era fraudulenta o trataba honestamente de alegar una causa que en el caso concreto no concurría suponía entrar en un subjetivo y peligroso juicio de intenciones que, con el texto de la ley en la mano, resultaba exorbitante.

¹³ Para un estudio más detallado de las medidas de esta reforma para favorecer la estabilidad en el empleo, así como para una visión retrospectiva sobre el *iter* histórico seguido con el mismo objetivo por las sucesivas reformas legislativas, tanto en Europa como en España, puede consultarse el trabajo de sugerente título “El fomento inestable de la contratación laboral estable “ de RIVAS VALLEJO, P., en la obra colectiva *Las reformas Laborales del 2010* (coordinadores por Moreno Gené, J. y Solé Puig, A.). Ponencia de XXII Jornades Catalanes de Dret Social. Iuslabor. 2011.

Pero no sólo sobre este tipo de contrato sino que el legislador de la reforma de 2010 operó también, genéricamente, sobre los aspectos extintivos de los demás contratos, elevando las indemnizaciones correspondientes a la extinción de los contratos temporales y reelaborando la regulación general de las extinciones por causas objetivas de todos los contratos, tratando de reequilibrar los efectos económicos extintivos de aquéllos con los de los contratos indefinidos.¹⁴

¹⁴ Uno de los principales objetivos de la reforma laboral de 2010 fue la reducción de la alta tasa de temporalidad que caracteriza a nuestro mercado de trabajo. Por ello, a la vista de los fracasados intentos anteriores, en esta ocasión, el legislador trató de ponerse en el lugar del empresario que contrata e intentó comprender las razones por las que éste, tradicionalmente, ha preferido acudir a la contratación temporal -en no pocos casos fraudulentamente- cuando ésta por definición debiera haber sido una vía excepcional para determinados supuestos tasados legalmente frente a la vía general constituida por el contrato indefinido.

En efecto, parece ser que el empresario, ante el temor a que una eventual disminución de la rentabilidad de su negocio le obligue a reducir su actividad y a prescindir de un determinado número de trabajadores, prefiere contratar con éstos por períodos cortos o para la realización de obras o servicios concretos a cuyo término o finalización pueda fácilmente despedir con indemnizaciones reducidas (8 días por año trabajado, ex art. 49.1.c) ET, antes de la reforma cuando no gratuitamente como, de modo general, ocurría hasta la Ley 12/2001 o también ahora, de manera concreta, en relación a los contratos de interinidad y formativos) y no asumir con un contrato indefinido el riesgo de tener que demostrar, en caso de dificultades, la concurrencia de unas causas económicas, técnicas, organizativas o productivas muy ambiguamente definidas por la ley y, por ello, enormemente sometidas a las variaciones de criterio de los Tribunales. Más aún si tenemos en cuenta que, incluso en caso de procedencia, esta última opción resultaría notablemente más cara -20 días por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades (art. 53.1.b) ET)- y más todavía en caso de improcedencia de tales causas objetivas -45 días por año con un máximo de 42 mensualidades (art. 56.1.a) ET) o 33 días por año con un máximo de 24 meses si el contrato a extinguir fuera el de fomento de la contratación indefinida introducido por Ley 63/97, de 26 de diciembre-.

En esta situación y ante el fracaso de las vías represivas/sancionadoras -la experiencia ha demostrado que el papel del legislador imponiendo limitaciones de causalidad y duración a los contratos de duración determinada resulta vacío e ineficaz sin el complemento de una labor de control adecuada por parte de la Inspección de Trabajo de Trabajo y Seguridad Social, la cual se ha visto superada ante un volumen de contratación temporal tan generalizado-, el legislador prefirió emplear en esta reforma un nuevo mecanismo consistente en fomentar voluntariamente la contratación

Siguiendo con la tendencia reciente comentada de estímulo de la contratación indefinida actuando sobre la flexibilidad de salida, con la reforma laboral de

indefinida potenciando el interés del empresario por ésta al reequilibrarla respecto a la temporal, en un doble aspecto: A) *Cuantitativamente*, por cuanto ahora -si bien de manera progresiva hasta 2015- los contratos temporales pasaban a tener una indemnización superior (12 días por año trabajado) y el empresario que extinguiera un contrato indefinido por causas objetivas procedentes sólo vendría obligado a abonar a su cargo 12 de los 20 días por año trabajado de indemnización, ya que los otros 8 – provisionalmente- serían a cargo del FOGASA, si el contrato hubiera tenido una duración superior a un año. De este modo, económicamente, desde la perspectiva del empresario, la extinción de un contrato temporal queda equiparada cuantitativamente a una extinción por causas objetivas precedente y, sin que desde la perspectiva del trabajador, ello supusiese una merma del montante de su indemnización que permanecía invariable. B) Lo anterior junto con, *cualitativamente*, una mayor limitación de los contratos temporales (se estableció una duración máxima de 3 años para el contrato por obra o servicio ampliable por convenio 12 meses más; se restringió más el encadenamiento de contratos, etc.) unida a una mejor definición de las causas objetivas de despido que eliminase la inseguridad jurídica, antes comentada, debía llevar, apriorísticamente, a producir un efecto en el juicio de valor del empresario en favor de las contrataciones indefinidas. Efectivamente, a iguales costes potenciales de extinción parece que siempre se presentaría como más conveniente contratar un trabajador cuyos servicios interesan con carácter permanente, mientras las necesidades/posibilidades del negocio lo permitan, con un contrato indefinido sin restricciones a hacerlo con contratos temporales ahora aún más limitados legalmente. Sin embargo, para que esta valoración se produjera así realmente y el nuevo –y bien pensado- mecanismo funcionase en la práctica, todo el nuevo entramado legal descansaba sobre una base fundamental: la definición precisa de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que garantizase la total seguridad jurídica en el empresario de que en caso de incurrir en estas causas le sería fácil demostrarlo jurídicamente. En caso contrario, el riesgo de incurrir en improcedencia llevaría de nuevo al empresario a contratar temporalmente al desvanecerse la percepción de opciones equiparables económicamente (pues el despido objetivo improcedente aun con abono de 8 días por el FOGASA supondría como mínimo, tratándose del ahora más generalizado *contrato para el fomento de la contratación indefinida*, 25 días por año de indemnización a cargo del empresario frente a los 12 días de un contrato temporal). Por ello, este último punto relativo a la definición y juego de las causas objetivas de extinción del contrato de trabajo resultaba de una importancia radical en lo referido al fomento de la contratación indefinida, al producirse una interconexión de los tradicionalmente separados planos de flexibilidad de entrada y salida en la medida en que la adecuada articulación de los cauces de salida mediante la correcta regulación de los mecanismos extintivos mencionados incidiría directamente, al ponerse en funcionamiento el conjunto de nuevas medidas incorporadas, en la opción, en la vía de entrada, en favor de la contratación indefinida en detrimento de los contratos de duración determinada.

2012 (RDL 3/2012, de 10 de febrero)¹⁵ se da un paso más allá del contrato para el fomento de la contratación indefinida, al generalizar la indemnización propia de éste de 33 días/año con un máximo de 24 mensualidades también en caso de improcedencia del despido disciplinario a todos los contratos indefinidos (sean o no para el fomento de la contratación indefinida) nuevos y preexistentes (En el caso de los contratos indefinidos anteriores a la entrada en vigor del RDL 3/2012 de 10 de febrero, se aplican los 33 días para los períodos posteriores a éste y también el límite máximo de 24 meses, salvo que el importe que resulte de los períodos anteriores al RDL que se siguen calculando sobre 45 días por año trabajado sea superior a los 24 meses, sin que en tal caso puedan superarse el límite antiguo de 42 mensualidades).

Con esta nueva medida, que trata de fomentar la contratación indefinida actuando sobre el temor empresarial a asumir sus altos costes extintivos reduciendo éstos -si bien se hace, en este caso, a costa de los intereses de la contraparte- desde luego lo que sí que se consigue es, a nivel formal, homogeneizar el importe indemnizatorio para todos los casos de improcedencia de las extinciones de contratos para el fomento de la contratación indefinida evitando las conductas fraudulentas que podían intentarse con el régimen

¹⁵ Pese a los generalizados e insistentes rumores previos a la reforma laboral de 2012 en relación a la posible incorporación por ésta de profundos cambios en el esquema de contratación de nuestro sistema de relaciones laborales, básicamente a través de la introducción de un contrato de trabajo único con indemnización por extinción creciente en función de la antigüedad, lo cierto es que el RDL 3/2012, de 10 de febrero por el que se aprueba aquélla ha tenido, en este aspecto, un alcance más limitado. En efecto, tal y como podía intuirse dada la abismal tarea y la enorme complejidad técnica que tal proyecto hubiera presentado para legislador de la reforma, esta -sin perjuicio de la adopción de otras medidas de gran trascendencia- mantiene el esquema tradicional desde antaño en nuestro ordenamiento jurídico-laboral basado en un contrato por tiempo indefinido que constituye la figura contractual standard básica que se acompaña de una serie tasada de contratos temporales excepcionales y modalidades contractuales que tienen fijada, por razón de su finalidad, una duración limitada en tiempo. La reforma, contrariamente a sus pretendidos fines simplificadores, no solo conserva el complejo esquema señalado que origina no pocos problemas jurídicos de distinta clase sino que, tal vez, ha complicado un poco más el panorama mediante la introducción de alguna figura de nueva factura, como el nuevo contrato indefinido para emprendedores.

anterior consistentes en la alegación inapropiada y alevosa de improcedentes causas objetivas con el fin de conseguir la aplicación de indemnizaciones inferiores (33 días por año con un máx de 24 meses) previstas hasta ahora para tal caso frente a las superiores (45 días por año con un máx. de 42 meses) que se hubieran aplicado en caso de despido disciplinario improcedente, pues en efecto ahora al concurrir el mismo importe para todos los supuestos de improcedencia quedan sin sentido actuaciones disfuncionales de este tipo.

Se trata de eliminar con estas medidas -según las propias declaraciones del legislador- la dualidad característica de nuestro mercado de trabajo, tratando de evitar que las necesidades extintivas de contratos de la empresa recaigan siempre inicialmente en el colectivo de trabajadores con contratos temporales frente a un colectivo con contratos indefinidos hiperprotegido. En la práctica, sin embargo, este intento no sólo no eliminará tal dualidad sino que la convertirá en triplicidad, por la previsible aparición de un grupo intermedio entre los dos anteriores, conformado por los trabajadores con contrato indefinido en cuya extinción tengan mayor peso las nuevas indemnizaciones por improcedencia de 33 días por año trabajado. Esto es, junto al primer colectivo de temporales que continuará siendo el más frágil a estos efectos, aparecerá en un segundo escalón un nuevo grupo de trabajadores con indemnizaciones intermedias y, finalmente, un último grupo cuasi blindado, residual y a extinguir constituido por los trabajados indefinidos con importante antigüedad que pese a que a partir de ahora contarán con la misma indemnización reducida de los anteriores, acumularán, normalmente, importantes períodos sometidos al régimen anterior que ahuyentarán eventuales extinciones de sus contratos.

-Pues bien, todos los problemas que afectan a la estabilidad en el empleo se presentan con especial virulencia en el ámbito de la conocida, genéricamente, como “subcontratación empresarial” en el que a las dificultades generales antes

esbozadas se añaden otras concretas cuestiones ocasionadas por este reciente fenómeno de enorme presencia e importancia creciente.¹⁶

A efectos didácticos, ejemplificando, es posible desgranar tales puntos críticos de un hipotético supuesto de hecho –sin perjuicio de otros muchos posibles que vengan ofrecidos por la realidad- que pone en juego la mayoría de cuestiones controvertidas que serán objeto de estudio en esta tesis. Así ocurre si partimos de imaginar una empresa principal que decide descentralizar la prestación de un servicio del que inicialmente se ocupaba directamente para pasar a encomendar su gestión, externamente, a una empresa contratista. Dicha empresa principal puede, en primer lugar, plantearse la posibilidad de despedir, por causas empresariales a los trabajadores, ahora excedentes, que originariamente se ocupaban de las tareas correspondientes en el seno de la misma. Pero también puede ocurrir que ello no sea necesario, especialmente si la contratista es una empresa de nueva creación o se ocupa por vez primera de esta actividad y, por ello, adquiere de la anterior los elementos productivos necesarios para su desarrollo (a lo cual art. 44 ET condiciona la existencia de sucesión de empresas) o cuando el proceso viene contemplado en convenio colectivo o en los pliegos de cláusulas administrativas de una concesión pública que contengan previsiones al respecto, puesto que en tales casos estos trabajadores, normalmente, podrán mantener su ocupación en la empresa contratista mediante la subrogación de ésta como empresario de sus respectivas relaciones laborales.

Siguiendo el mismo ejemplo y dirigiendo nuestra atención hacia la supuesta empresa contratista que recibe o inicia la actividad, ésta podría plantearse la conveniencia de completar la plantilla necesaria para ejecución de la contrata

¹⁶ Incluso, como llega a afirmar SANGUINETI RAYMOND, W. (“Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿Términos incompatibles?”, *Revista de Derecho Social*, 33/2006, Editorial Bomarzo. 2006), no sea arriesgado aventurar que de poco servirán todos los intentos relatados de la actual política de fomento de la contratación indefinida mientras se mantenga la construcción normativa y jurisprudencial imperante que, a su juicio, no sólo permite sino que también alienta los procesos de externalización y algunos de los efectos de precarización laboral usualmente asociados a ellos.

con nuevos trabajadores a través de la formalización de contratos por obra o servicio determinado que tuvieran por objeto la contrata misma.

Del mismo modo, las relaciones laborales en la empresa contratista pueden quedar afectas por nuevas cuestiones difusas en el momento de finalización de la contrata, con posibilidades distintas dependiendo de si la actividad queda definitivamente amortizada, revierte de nuevo en el empresario principal o pasa a ejecutarse por nuevo contratista contratado por éste o incluso, a su vez, subcontratado por la contratista inicial.

A la vista de esta multiplicidad de cuestiones, parece que la manera más ordenada de abordar la materia sea estudiar, en una **primera parte**, los elementos conceptuales que definen genéricamente la subcontratación empresarial y su regulación legal, para pasar, en una **segunda parte**, al estudio de la cuestión principal (la extinción por causas empresariales de los contratos de trabajo afectados) que plantea la descentralización en un sentido dinámico, es decir, cuando se trata de procesos de transformación, mediante externalización, de estructuras empresariales inicialmente centralizadas. La **tercera parte** queda así dedicada a las vicisitudes y problemas específicos que inciden sobre la relación laboral a causa de la formalización de contratas y subcontratas *ab initio*, en un sentido estático, cuando la configuración descentralizada de la actividad aparece desde el principio o bien cuando, tras un proceso dinámico externalizador, la estructura empresarial ha alcanzado ya su forma descentralizada.

Se distinguirá así, en esta tercera parte, por un lado, el momento inicial de la contratación, en el cual se plantea como punto controvertido principal el de la admisibilidad de nuevos contratos por obra o servicio determinado formalizados “*ad hoc*” con el fin de atender a la ejecución de la contrata. Ello requiere referirse, en el marco de la regulación legal y de la doctrina judicial, a la cuestión relativa a la posible conceptualización de las contratas como obras o servicios concretos a los efectos del contrato para obra o servicio determinado, regulado por el artículo 15.1. a) ET y por ende a las posibilidades de extinción por la vía del art. 49.1.c) ET. Por otro lado, en esta parte también se atenderá a

lo relativo a las posibilidades de mantenimiento de relaciones laborales anteriores en el caso de sucesión de contratistas a través del mecanismo de la subrogación empresarial. Así, en este momento, será objeto de análisis específico la incidencia que la regulación legal de la sucesión de empresa y, muy especialmente, el efecto legal subrogatorio previsto en el art. 44 ET, o también las cláusulas subrogatorias incorporadas en los convenios colectivos o en los pliegos de condiciones particulares de las concesiones administrativas pueden tener en la conservación del empleo de los trabajadores afectados por estos procesos de descentralización empresarial de actividades. Finalmente, por último, se estudiará la fase de extinción con los problemas que lleva aparejados tanto si tiene lugar en el ámbito de la empresa contratista con motivo de la finalización de la contrata como si aquélla ocurre en el seno de la empresa principal.

PARTE I

PARTE I.- CONTRATAS Y SUBCONTRATAS: ESTUDIO DEL FENÓMENO DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

1. La descentralización productiva desde la perspectiva económica

Desde el punto de vista de la realidad económica, la descentralización productiva,¹⁷ puede ser definida como *cualquier forma que permita hacer más competitivo el resultado de la gestión empresarial a partir del paralelo decrecimiento en el importe de los costes laborales por mor de desplazar al exterior parte de los trabajos necesarios para el fin de la empresa, haciendo así que, de una u otra forma, parte de la actividad de aquella sea realizada por trabajadores ajenos a su plantilla, siendo indiferente la ubicación de estos sujetos, quienes pueden realizar su cometido tanto en los locales exteriores de la empresa servida, como en sus propios centros de trabajo.*¹⁸ Entendida como *forma de organizar el proceso de elaboración de bienes y de prestación de servicios mediante el recurso a la contratación de proveedores y suministradores externos para la ejecución de ciertas fases o actividades,*¹⁹ la descentralización productiva constituye un fenómeno «*multidireccional*»,²⁰ que

¹⁷ La “descentralización productiva” -que es la expresión más habitual en el ámbito jurídico de nuestro país- ha recibido, además, otras múltiples denominaciones, tales como: “desconcentración”, “externalización” o más correctamente “exteriorización” -exteriorización del empleo- o, genéricamente, “subcontratación” u “*outsourcing*”. Sobre la cuestión terminológica véase GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*. Grupo Difusión. 2007 (pág. 32) quién prefiere la expresión “descentralización” sobre los términos “externalización” u “*outsourcing*” por describir el fenómeno de modo más general y no aspectos concretos del mismo y, además, ser una palabra española y no anglosajona.

¹⁸ BARREIRO GONZÁLEZ, G. en “Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 94. 1999, págs. 165 y 166.

¹⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Descentralización productiva y desorganización del trabajo. Relaciones Laborales*, No. 20, Madrid, 2001

²⁰ RIVERO LAMAS, J.: «La descentralización productiva y las nuevas formas de organización del trabajo», en AA.VV., *Descentralización Productiva y nuevas formas*

comprende dos elementos: la segmentación del ciclo productivo²¹ y la externalización de ciertas fases del mismo.

Desde esta perspectiva puramente económica, la estrategia descentralizadora se presenta como la **superación del modelo fordista de empresa autosuficiente**²² gozando de *indudables ventajas competitivas (centrarse en actividades clave, liberando recursos humanos, de capital y gestión), las*

organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS. MTAS, 2000.

²¹ Si bien como subraya GORELLI HERNÁNDEZ, J. en *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, ob. cit. (pág. 20) la técnica externalizadora se basa exactamente sobre el mismo principio que el sistema fordista imperante hasta hace bien poco: la posibilidad de dividir o segmentar el proceso productivo para así lograr una mayor especialización. Sin embargo, pese a partir de un mismo principio, la óptica cambia radicalmente: esa segmentación del trabajo ya no se realiza de manera interna en la empresa, sino hacia fuera; hacia terceros sujetos ajenos a la empresa. La división del trabajo no afecta ya a los trabajadores de la empresa, sino que la división se orienta hacia terceras empresas. Supone la aplicación a las relaciones entre las organizaciones empresariales del viejo principio de división del trabajo intraempresarial. BLAT GIMENO, F.: “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

²² Se ha pasado de un modelo tradicional centralizado y autónomo de empresa, basado en un control directo del ciclo de producción completo, a nuevas fórmulas organizativas de colaboración interempresarial (modelo de empresa flexible y modelo de empresa contratista) basadas en la especialización de las unidades productivas y en la coordinación de las aportaciones parciales de distintas empresas diferenciadas para la consecución de objetivos globales de un proyecto empresarial conjunto. Véase SANGUINETI RAYMOND, W.: “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿Términos incompatibles?”, *Revista de Derecho Social*, 33/2006, Editorial Bomarzo. 2006. VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Descentralización productiva y desorganización del trabajo*, ob. cit., describe que: “El modelo de organización tradicional descansaba sobre tres pilares: el control del entero ciclo de producción de bienes y servicios (integración vertical), la autonomía de cada empresa en sus relaciones con otras y una gestión funcional jerárquica. Este modelo había sido sustituido por otro con rasgos estructurales de signo opuesto: fragmentación del ciclo productivo (integración horizontal), dependencia, coordinación y articulación en las relaciones interempresariales y una gestión que privilegia la autonomía funcional. La centralización organizativa cederá el paso a la descentralización y la autonomía, a la interconexión, interna y externa”.

*reducciones de costes y riesgos, la flexibilidad organizativa, el incremento de rendimientos proporcionado por la pérdida del personal fijo y un largo etcétera (...). En el sentido contrario, como efectos negativos pueden proporcionarse la pérdida del know-how de la empresa, las dificultades para reducir plantilla o la dependencia del suministrador (que en algunos casos puede ser incluso competidor)... sin olvidar la pérdida de garantías para el trabajador -que desde un punto de vista jurídico cabe vigilar- derivada de la consideración bajo esta técnica organizativa del factor trabajo (...) como un simple coste más, un elemento a transmitir o a modificar para el cual el ordenamiento jurídico laboral o los sindicatos son meros obstáculos que estas fórmulas indirectas logran solventar mejor que otras técnicas alternativas (...).*²³

Esto último ha convertido a la descentralización productiva en un foco central de críticas desde el “banco social” al atribuírsele aspectos negativos, tales como: la quiebra del principio “a igual trabajo igual salario” como consecuencia de la sustitución mediante esta técnica de plantillas fijas por trabajadores -en muchos casos temporales- al servicio de empresas contratistas sometidas a convenios colectivos con condiciones sociales y económicas inferiores, falta de aprovechamiento de la experiencia y cualificación del personal sustituido por trabajadores en muchos casos poco y precipitadamente formados y al servicio

²³ En palabras de BARREIRO GONZÁLEZ, G. en “Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna”. ob. cit. págs. 167 y 168. En general, este enfoque bipolar respecto a la descentralización productiva es habitual por parte de la doctrina (no tanto para el legislador y la jurisprudencia que se aferran con recelo a una postura negativa obsoleta). Así, en la doctrina, es habitual distinguir una **visión patológica** inicial de este fenómeno el cual es observado con suma cautela al ser considerado principalmente como una vía de elusión de responsabilidades por parte del empresario, para pasar, posteriormente, a ser considerado un **fenómeno fisiológico**, capaz de reportar también múltiples beneficios económicos, organizativos e, incluso, laborales. Véase al respecto GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, ob. cit. (pág. 47) o NORES TORRES, L.E en *El Trabajo en contratas: la noción de contrata de propia actividad*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003, el cual aporta múltiples ejemplos doctrinales, algunos cuasi pioneros, de utilización de esta terminología en relación a este fenómeno.

de empresas que no priorizan la formación continua sino la reducción de costes con negativas consecuencias sobre la calidad del producto o del servicio.²⁴

La generalización de la descentralización productiva, según MARTÍNEZ GARRIDO,²⁵ como nuevo fenómeno organizacional se originó en el sector de la construcción -más concretamente en la construcción naval- como medida de respuesta a nuevas necesidades e inestabilidades. Se trataba de hacer frente a cuestiones relacionadas con problemas de amortización de los medios de producción ante la rapidez del cambio tecnológico, falta de rentabilidad de la adquisición de maquinaria especializada que puede ser proporcionada por

²⁴ En un plano teórico, a nivel de principios, el propósito declarado para acometer procesos descentralizadores es incrementar la capacidad de adaptación de la empresa, al reducir su dimensión a lo necesario para concentrarla en el núcleo de su actividad esencial, aprovechando el menor tamaño de las empresas colaboradoras para tener mayor capacidad de respuesta a los cambios del entorno económico y tecnológico, a través de la técnica de la subcontratación, como instrumento de carácter mercantil sin implicación laboral directa. Pero, en la práctica, ha quedado demostrado que está funcionando como un mecanismo para la flexibilización del uso de la mano de obra y el ahorro de costes salariales, creando una zona intermedia, sin una regulación clara, entre el trabajo subordinado (incluido en el ámbito de protección del derecho el trabajo) y el trabajo autónomo (excluido de dicha protección), que formalmente implica a trabajadores autónomos o contratados por empresas diferenciadas pero dependientes de facto de la comitente. Ligadas a este fenómeno aparecen más habitualmente ejemplos de figuras irregulares como el *falso trabajador autónomo* o *las empresas pantalla o interpuestas*. Asimismo, se denuncia que la falta de relación directa entre la empresa que genera la actividad y los trabajadores que la atienden produce efectos sobre las garantías que se aplican a la relación laboral convirtiendo el empleo en más precario e inseguro. Ocurre así que esta situación podría motivar, entre otros efectos, la alegación por la empresa contratista de la existencia de causa extintiva con motivo de la finalización del encargo; la conversión de empleo estable en temporal o precario; o la degradación de las condiciones de trabajo y salariales; así como la disgregación de los trabajadores y el aumento de las dificultades para la articulación de los intereses de los trabajadores y de sus mecanismos de defensa a través de la sindicación y de la negociación colectiva. Véase SANGUINETI RAYMOND, W.: "Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿Términos incompatibles?", ob. cit.

²⁵ en "Descentralización Productiva: *Outsourcing*" en la obra colectiva *Descentralización Productiva* dirigida por GIL SUÁREZ, Luís. Cuadernos de Derecho Judicial IX-2000. CGPJ. Madrid. 2000.

empresas contratistas en forma eficiente al emplearlas para una pluralidad de empresas así como, a nivel global, a la universalización de la economía debida a la desaparición de barreras arancelarias, el *dumping social* originado por la mejora de las condiciones en los convenios colectivos respecto de las aplicables en las economías emergentes y problemas de flexibilidad de la mano de obra (especialmente en España). Frente a ello -según el autor citado- la exteriorización de actividades a través de la descentralización redundaría en una disminución de costes fijos (de personal) que ahora se transformaban en variables con la ventaja su mayor adaptabilidad a las cambiantes necesidades empresariales (evidentemente se obtiene mucha menor rigidez que teniendo que acudir a expedientes de regulación de empleo para la adaptación de las plantillas a las nuevas necesidades del mercado), en la posibilidad de acceder a técnicas más recientes y mantenerse en estratos de alta tecnología y, en definitiva, en una disminución de costes y aumentos de las competitividad y de la eficacia, aun a costa generalmente de cierta pérdida del control efectivo de la calidad. En cualquier caso, parece claro que la reducción de costes laborales fue -y es- el motor fundamental de la difusión de este tipo de organización productiva.²⁶

Como señala ESCUDERO RODRÍGUEZ,²⁷ el auge de estos procesos externalizadores confluye con una clara tendencia a la *concentración* en grandes grupos empresariales, en direcciones sólo aparentemente inversas, pues *no son dos fenómenos excluyentes entre sí sino absolutamente complementarios, pues, por ejemplo, la concentración empresarial en grupos*

²⁶ LUQUE PARRA, M.: “La descentralización productiva y la responsabilidad empresarial en materia de seguridad social” en AA.VV., *Descentralización Productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS. MTAS, 2000.

²⁷ “Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo”, en *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva*, XIV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva. MTAS. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, Núm. 42, Madrid. 2001.

puede implicar la segregación de actividades productivas antes concentradas en determinada empresa y luego situadas en otras que conforman la red del propio grupo o, en su caso, en empresas externas al mismo.

Según MARTÍN ARTILES,²⁸ este interés creciente de las grandes empresas por la descentralización está basado en la idea de que las empresas pequeñas aportan flexibilidad dada su capacidad para producir en series cortas debida a su mayor facilidad de adaptación a las fluctuaciones del mercado, para ajustar el volumen de empleo a las necesidades de la producción y, en general, por la mayor precariedad laboral que les es propia en términos de salario, jornada, horas extra y movilidad de la plantilla. Según el autor citado la organización descentralizada del ciclo productivo empresarial adopta distintas formas, de entre las cuales, las principales son las siguientes:

a) La **empresa-red** que se basa en la existencia de una empresa grande y principal con la que colaboran distintas empresas pequeñas jurídicamente independientes y especializadas en determinadas fases de su ciclo productivo. Este modelo prolifera especialmente en tiempos de crisis como estrategia para minimizar el riesgo ante las fluctuaciones de la demanda pues al analizar el comportamiento de los mercados se distingue entre un segmento de demanda estable y predecible que se atiende por la empresa grande con el empleo de una inversión importante en estructura productiva y tecnología junto a otro segmento inestable o fluctuante que es atendido por pequeñas empresas subsidiarias.

b) El **distrito industrial o conglomerado regional** es un modelo muy similar al anterior en cuanto supone la subdivisión del ciclo productivo y la

²⁸ *Flexibilidad y Relaciones Laborales-Estrategias empresariales y acción sindical*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios. Nº 15. Madrid. 1995.

colaboración de diversas empresas para la consecución del producto final pero a diferencia de aquél el distrito industrial siempre está localizado y ligado a un territorio determinado, no existe una empresa dominante y está basado en lazos sociales y culturales.

c) Otra forma muy parecida a las anteriores es la constituida por la colaboración entre las llamadas **empresa cabeza y empresas mano** en las que la primera realiza la parte de principal y de diseño del ciclo productivo mientras que las segundas desarrollan las tareas más intensivas en mano de obra.

d) El **trabajo a domicilio** que, si bien ligado a la economía sumergida y apoyado en salarios bajos, prolongaciones de jornada y carencia de medidas y control en materia de seguridad e higiene, adquiere indudable importancia en determinados sectores como salida flexibilizadora, especialmente en tiempos de crisis.

e) Finalmente, el **teletrabajo** constituye una moderna forma de flexibilización con grandes perspectivas de futuro que aprovecha las posibilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías para permitir al trabajador el desarrollo de sus actividades desde su domicilio. Supone un importante ahorro de costes fijos al reducir las necesidades de espacio en la empresa y los gastos relacionados con el uso de locales.

Desde el punto de vista histórico,²⁹ la descentralización productiva culmina un proceso evolutivo de las formas de organización empresarial caracterizado por

²⁹ Sigo en esta pequeña reseña histórica, entre otras fuentes, a GÓMEZ ALBO, P. en "Descentralización Productiva, Externalización y Subcontratación", *Actualidad Laboral*, nº 10, 2000, págs. 157-162 y a Crespán Echegoyen, J.: "Nuevas formas de

el contraste manifiesto entre el trabajo fabril propio de la primera etapa industrial (segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX), basado en el elemento *centro de trabajo* con una estructura organizativa puramente jerárquica basada en la propiedad de los medios de producción, frente a la contrapuesta realidad empresarial actual en que el criterio espacial viene sustituido por el *factor tiempo* (la exigencia de la inmediata adaptación de la oferta a las necesidades de la demanda impone una enorme fluidez de los procesos productivos, mayor rapidez en los plazos de entrega, el rechazo del mantenimiento de *stocks* y mejoras en el transporte) y en la que la organización productiva, liberada del condicionante centro de trabajo y ayudada por las facilidades proporcionadas por “las nuevas tecnologías”, opta por la descentralización generalizada de casi cualesquiera fases del proceso productivo.

La transición entre estas dos situaciones tan diferentes se produce a través de una fase intermedia en la que la versión primitiva de fábrica antes esbozada evoluciona hacia un modo de producción en cadena, en el marco de un modelo taylorista-fordista de empresa autosuficiente, que en las últimas etapas admite la introducción de elementos de flexibilidad tanto en la organización -antes rígida de la cadena- y en la definición de los puestos de trabajo que se han automatizado al máximo y, frecuentemente, ya no requieren la presencia del trabajador. Aparecen elementos de movilidad funcional en relación a los trabajadores que cada vez se precisan con mayor formación y polivalencia, redundando en un fenómeno de precarización de la mano de obra importante. Y cuando las empresas alcanzan las cotas máximas de flexibilidad interna es cuando comienzan a recurrir a fórmulas de subcontratación de servicios, inicialmente en actividades accesorias y con bajo valor añadido,

organización empresarial y negociación colectiva”, en *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva*, XIV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva. MTAS. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, Núm. 42, Madrid. 2001.

fundamentalmente con un enfoque de reducción de los costes del factor trabajo.³⁰

En sentido propio, el proceso de verdadera descentralización es bastante reciente y tiene su origen en los EE.UU., en los años 60, a partir de las teorías organizacionales sobre externalización de Katz, Kahn, Lawrence o Lorsch las cuales dan paso en los 70' a la Teoría del Desarrollo Organizacional que constituye el germen inmediato de la descentralización productiva. Las primeras empresas que adoptan modelos organizacionales basados en el *outsourcing* fueron gigantes como EDS, Arthur Andersen, Price Waterhouse, etc.

A finales de los años 80, resulta clásico el ejemplo de la empresa Eastman-Kodak que, por iniciativa de su alta ejecutiva Katherine Hudson que no entendía la necesidad de gastar ingentes cantidades de dinero en áreas desvinculadas de la fotografía -su objeto principal de negocio- como la información e informática, cedió a IBM la gestión de su centro de datos y sistemas de telecomunicaciones. El extraordinario éxito de esta maniobra empresarial determinó la generalización del uso de la técnica descentralizadora no sólo en el ámbito de las tecnologías de la información sino también en otros sectores.

³⁰ En efecto, como recuerda ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. en “Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo”, ob. cit., ya desde antiguo es conocido el fenómeno descentralizador asociado a procesos de *descentralización funcional*, basados en la externalización de actividades instrumentales al objeto central de la empresa principal. Los ejemplos típicos son, básicamente, los relativos a la limpieza, la vigilancia, el catering o el transporte. Sin perjuicio de que, históricamente, fuera tomando protagonismo la contratación con terceras empresas —denominadas, comúnmente, auxiliares— de la realización de actividades que constituían segmentos de la propia actividad, como, por poner sólo algunos ejemplos paradigmáticos, demuestran sobradamente los sectores de la construcción, la siderurgia, la automoción o la construcción naval.

En Europa esta técnica tiene un desarrollo más tardío (crisis energética de los 70') y es analizada, principalmente, bajo el prisma de la preocupación por el empleo durante toda la década de los ochenta. En 1993, el Libro Blanco de Delors sigue reflejando el interés y preocupación por el tema de la flexibilidad interna y externa de las empresas como elemento necesario para el crecimiento económico y mejora de la competitividad.

Finalmente, la técnica descentralizadora gozará también de una inusitada expansión y proliferación en la realidad empresarial de nuestro país a lo largo de toda la década de los años 90 hasta nuestros días a un ritmo tan vertiginoso que, como veremos, ha dificultado la oportuna adaptación del ordenamiento jurídico laboral a las nuevas y variadas situaciones económicas y laborales generadas por este fenómeno.

2. La descentralización productiva desde la perspectiva jurídica

Desde el punto de vista jurídico, el tratamiento de esta materia debe partir de dos premisas fundamentales.³¹

-En primer lugar, la licitud, por principio, de esta forma de organización empresarial que, con base constitucional en el art. 38 CE, queda amparada en la libertad de empresa reconocida en tal precepto, la cual comprende no sólo la libre iniciativa económica para la creación de empresas, sino también la facultad empresarial de combinar libremente los medios de producción.

-En segundo lugar, la preocupación del sistema jurídico-laboral por proteger a los trabajadores afectados frente a los peligros generados por estas fórmulas descentralizadoras, tales como el riesgo de insolvencia del contratista (que es un empresario distinto de aquél que se aprovecha de los frutos del trabajo de estos trabajadores) y, en general, la elusión de responsabilidades laborales, opacidad, precariedad elevada o el mayor riesgo de siniestralidad y las dificultades añadidas para implantar y coordinar medidas preventivas, etc.

De ahí que, sin perjuicio de la libertad antes referida, el legislador ha sometido esta facultad empresarial de auto-organización a unas limitaciones (en especial late la inquietud por evitar que por esta vía puedan traspasarse las fronteras de la cesión ilegal de trabajadores) que se apoyan, asimismo, en una serie de medias de tutela, como la extensión de responsabilidades, solidaria o subsidiaria, según los casos, laborales y de seguridad social, y obligaciones de información y coordinación en materia de seguridad y salud laboral, entre otras. Por su parte, la negociación colectiva, se ha ocupado, asimismo, de la regulación de estas situaciones, en especial, en lo relativo a la imposición de obligaciones subrogatorias en los casos de sucesión de contratistas o también en orden a habilitar a la formalización de contratos por obra o servicio determinado para la cobertura de las contrataciones correspondientes.

³¹ Véase CALVO GALLEGOS, F.J.: “La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”. *Temas Laborales*. 56/00. Págs. 57-94.

De acuerdo con este esquema, partiendo de la base del marco legal y conceptual que delimita nuestro objeto de estudio, en lo que sigue me ocuparé de desarrollar lo relativo a las relaciones entre la descentralización productiva y la libertad de empresa pasando, a continuación, al estudio de la regulación jurídica que configura legal y jurisprudencialmente el ámbito en que puede ser ejercitada lícitamente esta facultad de empresarial de *externalización*.

2.1. Marco legal

El marco normativo de esta materia queda conformado por unos pocos preceptos que se ven claramente superados por las necesidades impuestas por una realidad económica y laboral en la que la descentralización productiva goza de notable presencia e imparable expansión como modelo organizativo empresarial.³²

Concretamente, la piedra angular sobre la que el legislador laboral de nuestro país hace girar la regulación de este fenómeno viene constituida por el art. 42 ET titulado “Subcontratación de obras y servicios” y situado en la sección segunda del Capítulo III del Título I, rotulada “Garantías por cambio de empresario”. Dicho precepto viene completado, dentro del Estatuto de los Trabajadores, por lo establecido en los arts. 43 y 44 a propósito de la cesión ilegal de trabajadores y sucesión de empresa,³³ respectivamente, y fuera del

³² Véase GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, ob. cit., págs. 18 y ss.

³³ Si bien -como podrá verse en este trabajo- no entiendo que el art. 44 ET juegue como un límite real al concepto de descentralización (pues a través de transmisiones parciales de empresa es posible desarrollar estrategias descentralizadoras de facto) sino más bien como un límite a su posible efecto extintivo en la medida en que, cuando exista transmisión de elementos organizativos suficientes, operará

mismo por lo previsto en los arts. 104 y 127.1 LGSS, en materia de seguridad social, y por los arts. 24.2 y 3 de la LPRL en el ámbito de seguridad y salud laboral, así como por la Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las ETT en la medida en que el propio art. 43.1 ET se remite a ellas.³⁴

2.2. Concepto

Del análisis del citado bloque normativo, cabe destacar el problema fundamental originado por la renuncia del legislador laboral (tanto en la redacción original del ET como en las distintas oportunidades que le han brindado sus sucesivas reformas -especialmente las de 2001 y 2006-) a proporcionar una definición legal de lo que deba entenderse por descentralización productiva.

automáticamente la conservación de los contratos de trabajo a través del mecanismo subrogatorio previsto en el art. 44 ET (vid. infra apdo. 1.2 de la Parte II de esta tesis).

³⁴ Como señala GARCÍA MURCIA, J. ("Contratas y subcontratas", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 48. 2004), *las diversas reglas que componen este complejo sistema normativo ni tienen siempre el mismo radio de acción, ni actúan con fines absolutamente coincidentes (...). Cada vez es más difícil, en definitiva, abordar de una forma unitaria la regulación protectora del trabajo en contratas (...). Ciertamente, ante la situación actual de acusada dispersión, no parece del todo descaminada una propuesta de refundición de las diferentes normas existentes, o, al menos, el reagrupamiento de las mismas dentro de un mismo «código» o disposición legal (ya avanzada en alguna ocasión, siquiera sea de forma indirecta). Una operación de ese tipo podría proporcionar, desde luego, mayores dosis de certeza sobre el alcance real de la regulación, y sin duda supondría mayores facilidades para el usuario. Pero no es seguro, pese a todo ello, que resultara viable, ni siquiera que fuera pertinente: en parte, por la diversidad de los problemas a los que tratan de dar respuesta aquellas distintas normas, y en parte por el diferente contexto normativo en el que cada una de ellas se inscribe.*

El nacimiento de la nueva realidad organizativa empresarial descentralizada podría haber ocasionado el surgimiento de un nuevo concepto de trabajador en el que la nota de subordinación propia del mismo en nuestro derecho laboral podría haber sido sustituida por un nuevo elemento (más laxo) denominado *dependencia económica*³⁵ y -tal vez-, de ahí, surjan los temores del legislador nacional a la hora de proporcionar una definición para esta materia, quizás, por ser consciente del riesgo de desbordar los límites de la misma para producir efectos sobre el esquema básico mismo de todo nuestro sistema jurídico de relaciones laborales.³⁶

Por parte de la doctrina, BLAT GIMENO³⁷ fue pionero en la tarea de ofrecer una definición del fenómeno al indicar que “*Grosso modo, la descentralización productiva consiste en la transferencia al exterior de la empresa de actividades hasta entonces asumidas internamente o que, según el común modelo de organización empresarial, habrían sido directamente gestionadas*”.

³⁵ Esta denominación ya vino proporcionada por el grupo de expertos creado por la Comisión Europea en 1998 para la elaboración de un Informe sobre Cambios en el Trabajo y Futuro del Derecho del Trabajo en Europa.

³⁶ Por su indudable interés jurídico -y pese a que por falta de consenso no llego a aprobarse- puede apuntarse la definición *trabajo en régimen de subcontratación* que se contenía en la propuesta de art. 1º de Convenio sobre Subcontratación de la OIT, allá por los años 1997-1998 : “*A efectos del presente Convenio, la expresión trabajo en régimen de subcontratación designa todo trabajo realizado para una persona física o jurídica (designada como empresa usuaria) por una persona (designada como trabajador en régimen de subcontratación), cuando el trabajo lo realiza el trabajador en régimen de subcontratación personalmente, en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto a la empresa usuaria, análogas a las que caracterizan una relación laboral de conformidad con la legislación y la práctica nacionales siempre que el trabajador en régimen de subcontratación no sea empleado de la empresa usuaria*”. Si bien es cierto que -bien mirado- esta definición parecía estar refiriéndose más bien a la técnica regulada en nuestro ordenamiento jurídico para las ETT (Vid. GÓMEZ ALBO, P.: “Descentralización Productiva, Externalización y Subcontratación”, *Actualidad Laboral*. Número 10. 2000. Pág. 159 in fine y ss.).

³⁷ “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, ob. cit., pág. 20.

Asimismo, para CRUZ VILLALÓN³⁸ con la descentralización productiva “una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo”.

Por su parte, SALA FRANCO,³⁹ en orden a aportar seguridad jurídica en el marco de la nueva realidad económica descentralizada, exhorta al legislador a abordar la definición del concepto de contrata y, para tal efecto, propone la adopción de una fórmula que genéricamente comprenda todo *contrato entre dos empresas que comporte una obligación de hacer, sea ésta de resultado o de mera actividad, en el que exista una subordinación entre ambas empresas.*⁴⁰

En cualquier caso y como ha ocurrido en tantas otras ocasiones, también en esta materia la falta de definición legal ha convertido en primordial la labor jurisprudencial y dentro de ésta, especialmente, por su importancia a estos efectos dogmáticos, la proporcionada por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina.⁴¹

³⁸ “Outsourcing y relaciones laborales” en AA.VV., *Descentralización Productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS. MTAS, 2000. Pág. 253.

³⁹ “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”. *Actualidad Laboral*. Núm. 9. Sección Estudios. 2005, pág. 3.

⁴⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J. en *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, ob. cit., págs. 25 y 26, recoge un interesante compendio de múltiples definiciones proporcionadas por la doctrina.

⁴¹ Resulta muy interesante a estos efectos (ya antes de la reforma de 2006 la cual, como veremos, supone la incorporación legal en gran medida de la citada doctrina jurisprudencial) el trabajo de MOLERO MARAÑÓN, M.L. *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*, Biblioteca de Unificación de Doctrina Social.

Conceptualmente, en relación al tema que nos ocupa, el art. 42.1 ET únicamente ofrece la expresión: *Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos (...)*, con lo cual nos encontramos ante el término **contrata**, extraño al Derecho,⁴² pero que según el Tribunal Supremo⁴³ incluiría

⁴² GOERLICH PESET, J.M^a. en “Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios” en la obra colectiva *Descentralización Productiva y Protección del Trabajo en Contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, recoge distintas calificaciones de la doctrina para este vocablo, caracterizándolo como “*un poco académico término que no se extrae del lenguaje jurídico sino del real, de la praxis negocial (...) procedente seguramente del argot empresarial (...) del lenguaje empresarial o económico (...) empleado en el sector de construcción y obras públicas*”(…), que por ello no remite directamente a ninguna categoría técnico-jurídica preexistente del Derecho de contratos. En esta misma línea, NORES TORRES, L.E. en *El Trabajo en contratas: la noción de contrata de propia actividad*, ob. cit., subraya que: “*El legislador español, por el contrario, no ha empleado un concepto técnico en el momento de fijar el negocio jurídico al que se dirige la tutela contenida en el artículo 42 ET. En efecto, como han destacado los autores, se ha optado por el uso de un término «poco académico», el de contrata de obras o servicios, y de carácter atécnico, procedente del lenguaje coloquial o del argot industrial. De ese modo, si bien se ganaba en comprensión por parte de los destinatarios de la norma, se perdía en rigor técnico e, igualmente, se generaba un problema interpretativo de importancia en el momento de atribuir un significado preciso a los términos en cuestión*”. Sin embargo, como el autor destaca, este *atecnicismo* de la norma cuenta con ciertas ventajas, respecto de otros ordenamientos que construyen su sistema protector sobre un concepto técnico, como ocurre en Italia. Así, en nuestro caso, la flexibilidad del término escogido permitió la extensión de la cobertura tanto a los casos de contrata como de subcontrata o la inclusión de la contratación administrativa, y, asimismo, podría facilitar, a futuro, la incorporación—como clama gran parte de la doctrina— de una nueva concepción basada en la idea de *subordinación o dependencia económica* —antes ya avanzada— que posibilitaría la integración de determinados supuestos (como las franquicias, cesiones de superficies comerciales con asunción de obligaciones de hacer o contratos de agencia) que —como veremos más adelante— actualmente se encuentran excluidos de la protección del art. 42 ET.

⁴³ La STS de 5 de abril de 1993 (RJ 1993/2906) entiende por contrata: “*(...) como específica la doctrina más autorizada, como el derecho que un empresario o empresa tiene a la prestación de un servicio a un tercero. Este tercero puede ser también una empresa, pero puede ser, como en el caso de autos, un órgano administrativo a quien corresponde la gestión de un servicio que, mediante el mecanismo de la concesión administrativa, lo adjudica, cumpliendo los trámites establecidos al efecto por el derecho administrativo, a quien corresponda según los términos de la convocatoria*”. Más recientemente, las SSTS de 9 y 10 de julio de 2014 (RJ 2014/4637 y 2014/4774),

los arrendamientos de obra o servicios recogidos en el art. 1588 y 1583 del Código Civil realizados a través de una empresa (STS de 17 de diciembre de 2001, RJ 2002/3026) y también otras figuras análogas como los contratos y concesiones administrativas (SSTS de 15 de julio, 15, 23 y 27 de septiembre, 18 de noviembre, 14, 23 y 31 de diciembre de 1996 o 18 de marzo de 1997).⁴⁴ Nos encontramos también ante el término **subcontrata** que parece que el legislador adopta en su sentido tradicional para designar sucesivas contrataciones efectuadas a su vez por los contratistas en lugar de -el más moderno y hoy aceptado- concepto que entiende la **subcontratación** genéricamente como descentralización, en sentido amplio.⁴⁵

En cualquier caso, también por parte de la doctrina parece bastante pacífica la asimilación de las contrata y subcontratas con el **contrato de empresa** que constituye una de las modalidades del contrato civil de ejecución de obra (o, en terminología del art. 1544 CC, de arrendamiento de obra),⁴⁶ albergando un concepto amplio integrador tanto de encargos que impliquen obligación de resultado (obras en sentido estricto) como obligación de actividad (servicios), incluso sin necesidad de dar entrada para estos últimos a la figura del arrendamiento de servicios, siempre que consistan en una prestación de hacer

han indicado también que: *“La contrata, como su nombre indica, es el contrato por el que una empresa se compromete a prestar a otra un servicio a cambio de un precio o a ejecutar la obra que se le encomienda”*.

⁴⁴ RAMOS QUINTANTA, M.I., *Subcontratación de Obras o Servicios y Transmisión empresarial*. Editorial Bomarzo. 2006. Pág. 16. SALA FRANCO, T.: “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”. *Actualidad Laboral*. Núm. 9. Sección Estudios. 2005. Pág. 2.

⁴⁵ BARREIRO GONZÁLEZ, G., “Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Número 94. 1999. pág. 168.

⁴⁶ En este sentido, GOERLICH PESET, J.M^a. en “Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios”, ob. cit., citando a BLAT GIMENO, F. y también a la STSJ Madrid de 9 de febrero de 1995 (AS 805) que expresamente considera a la contrata *“una variante del tipo contractual del arrendamiento de obra civil”*.

(un *facere* específico) con exclusión de los negocios cuyo objeto sea una prestación de dar (*dare*).⁴⁷

Aparecen, asimismo, en el apdo. 2 del artículo 42 ET los términos **empresario principal** y **contratista**. Hay que tener presente que, en la forma en que aparecen en texto legal, las posiciones de empresario principal y de contratista pueden coincidir en un mismo sujeto en las sucesivas subcontratas que puedan encadenarse al encargo inicial en cuanto quien asumió el papel de contratista en el mismo será, a su vez, empresario principal o comitente en la siguiente y así sucesivamente.

El debate jurídico en este punto se ha residenciado básicamente en torno a la noción de **empresario principal** que debe manejarse a estos efectos; ya sea la mercantil -más estricta y que provocaría exclusiones importantes: cooperativas, comunidades de propietarios, profesionales o autónomos y, muy especialmente, las Administraciones Públicas- o la laboral -más amplia y que

⁴⁷ Véase GOERLICH PESET, J.M^a. en “Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios”, ob. cit., quien, además, propone la conveniencia de incorporar en esta noción la presencia de un elemento de subordinación caracterizador de las relaciones interempresariales incluidas. GARCÍA MURCIA, J. (“Contratas y subcontratas”, ob. cit., pág. 25) entiende que el art. 42 ET “remite indirectamente a la legislación común y, en particular, a las normas generales sobre obligaciones y contratos, donde tiene asiento el contrato de ejecución de obra (arts. 1544 y 1588 y ss. CC), que tiene por objeto la ejecución de una obra o servicio a cambio de un precio, y que puede ser concertado por personas físicas o jurídicas, y en el que por supuesto pueden figurar como parte una empresa, tanto en la posición de principal o dueño de la obra, como en la posición de ejecutante. Aunque un objeto clásico de esta modalidad de arrendamiento ha sido la obra de construcción, nada impide desde luego que se utilice para llevar a cabo otros tipos de obras o servicios, como el transporte, la mediación, la facturación, el asesoramiento legal o contable, la limpieza o la vigilancia, por citar tan sólo algunos ejemplos. Todas esas actividades pueden constituir perfectamente el objeto de una contrata o subcontrata (contrata «de segunda mano»), siempre que impliquen un encargo o desplazamiento de actividad desde una empresa a otra, con la consiguiente participación de la contratista en la realización del objeto característico de la empresa contratante, y siempre que no supongan una mera habilitación para la explotación de marcas, derechos u otros títulos jurídicos (como sucede por lo general en la franquicia, o en negocios similares”.

incluiría cualesquiera formas empresariales que ocupen a trabajadores por cuenta ajena en el sentido del art. 1.2 ET-.

El Tribunal Supremo, en reiterada doctrina jurisprudencial,⁴⁸ ha optado -pese a la literalidad del art. 42.2 ET *in fine*, pensada claramente desde una perspectiva puramente mercantil al exigir que la contratación de la realización de la obra o servicio sea “por razón de una actividad empresarial”- por una interpretación teleológica a favor del sentido laboral del término empresario al indicar que *“entenderlo manera distinta supondría una reducción del ámbito protector del citado artículo 42, que no respondería al espíritu y finalidad del precepto”*.⁴⁹

Bajo este mismo prisma flexible de la noción empresa, en aras a dotar de efectividad a la protección legal a un nivel global comprensivo de todas las nuevas realidades descentralizadoras actuales, existen autores⁵⁰ que propugnan la ampliación del concepto empresario aún más allá de su sentido laboral para incluir supuestos de descentralización total del proceso productivo de la empresa principal en los que la misma no cuenta con trabajadores propios, ya se trate de pequeñas empresas principales sin asalariados o de empresarios principales constituidos por trabajadores autónomos que quedarían excluidos de la noción laboral comentada pero cuya exclusión -y consiguiente exención de responsabilidades- daría lugar a la desprotección de los trabajadores al servicio de las empresas subcontratadas y de cuyo trabajo se beneficia también el empresario principal.

⁴⁸ SSTS de 15 de julio de 1996 (RJ 1996/5990), de 27 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6910), 18 de noviembre de 1996, 14 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9464), 23 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9844), 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9867), 3 de marzo de 1997 (RJ 1997/2194), 18 de marzo de 1997 (RJ 1997/2572) y 29 de octubre de 1998.

⁴⁹ STS de 15 de julio de 1996 (RJ 1996/5990).

⁵⁰ Señaladamente MOLERO MARAÑÓN, M.L. en la obra citada.

Menos problemática se presenta la cuestión en lo que atañe a la noción **empresario contratista/subcontratista** dada la literalidad del art. 42 ET (“*las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores*”) que evidencia un claro matiz laboral y en tanto que aquí no pueden plantearse supuestos de sujetos empresariales sin trabajadores a cargo ya que, de lo contrario, toda la regulación carecería de sentido al ser precisamente los trabajadores de las empresas contratistas el objeto de la protección legal. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de los criterios legales (de inspiración jurisprudencial) -a los que después nos referiremos detenidamente- previstos en orden a diferenciar a las *verdaderas empresas contratistas* respecto de los meros empresarios aparentes o simulados con fines interpositivos o fraudulentos (que dan lugar a una cesión ilegal de trabajadores prohibida por el art. 43.1 ET), en cuanto lógicamente coadyuvan a determinar subjetivamente el concepto de lo que puede entenderse por empresa contratista legal.⁵¹

⁵¹ Tangencialmente, también pueden tenerse en cuenta las definiciones de contratista y subcontratista que, a los concretos efectos de regular unas disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, se contienen en el art. 2.1 del RD 1627/1997, de 24 de octubre: *h) Contratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato. I) Subcontratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista, empresario principal, el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución.*

2.3. Descentralización productiva y libertad de empresa

Tal y como ilustra PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL,⁵² el reconocimiento a nivel constitucional de la libertad de empresa en el art. 38 CE (situado, en pie de igualdad, junto al art. 35 que reconoce el derecho al trabajo, en la Sección Segunda del Capítulo Segundo del Título I),⁵³ se desdobra en dos vertientes:

Por un lado, en una dimensión de garantía institucional, que supone la consagración en nuestro sistema económico del modelo de “*libre mercado*” o “*economía de mercado*”, el cual debe ser considerado la regla general frente a las excepciones constituidas por las limitaciones que procedan en protección de otros derechos constitucionales (particularmente en nuestro caso el art. 35 CE: derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio).

Por otro lado, -aunque no siempre haya sido suficientemente valorado este aspecto por la jurisprudencia constitucional y ordinaria- la libertad de empresa debe ser considerada un verdadero derecho subjetivo fundamental con un contenido esencial que debe ser preservado legalmente, tal y como se desprende del mandato del art. 53.1 CE.

A su vez, estas dos vertientes se complementan la una a la otra, de modo que es posible afirmar que el reconocimiento y tutela de libertades económicas individuales tiene como efecto sistemático la virtualidad efectiva de la economía de mercado. Para que esta institución del mercado sea reconocible, es preciso que se garantice la libertad de iniciativa económica, la libre formación de los precios y la competencia en condiciones de igualdad, siendo clave este último elemento⁵⁴, especialmente en materia de descentralización productiva, en cuanto hay que interpretar que la libertad del empresario para determinar la organización de su empresa y planificar y estructurar la forma en que desarrolla

⁵² En “Descentralización productiva y libertad de empresa”, págs.181-220, de la obra colectiva *Libertad de empresa y relaciones laborales en España* (coord. por Francisco Pérez de los Cobos y Orihuel). Instituto de Estudios Económicos. Madrid. 2005.

⁵³ Ubicación que supone su configuración como derecho fundamental que goza de aplicabilidad directa, reserva de ley, cuya regulación debe respetar su contenido esencial y tutela a través del recurso de inconstitucionalidad (art. 53.1 CE).

⁵⁴ SSTCO 88/1986, de 1 de julio y 64/1990, de 5 de abril.

su actividad, resulta clave para hacer reales sus posibilidades de concurrir en el mercado en condiciones de igualdad.

Así pues, la libertad de empresa como derecho subjetivo implicará, entre otras facultades (libertad de creación, de elección de objetivos, etc.),⁵⁵ el derecho del empresario a organizar su empresa y a disponer los medios de producción en la forma que estime más conveniente. Queda comprendida, pues, dentro de esta genérica libertad empresarial, la capacidad del empresario para decidir si organiza su empresa de modo autosuficiente, según el modelo tradicional *fordista-taylorista* ya descrito, o bien opta por dotar a la misma de una configuración descentralizada, basada en la colaboración en su ciclo productivo de sujetos externos (terceras empresas o trabajadores autónomos), tanto desde en el momento germinal de la creación de la empresa como, con posterioridad, como resultado de un proceso de transformación de su estructura organizativa.

Como consecuencia, la descentralización, por principio, debe considerarse un fenómeno de carácter lícito que puede justificarse social y económicamente, y que no se puede prohibir por el legislador⁵⁶ sin perjuicio de que éste deba fijar las garantías para evitar el fraude o el perjuicio de los trabajadores.⁵⁷ Así, al

⁵⁵ Según las SSTCO 77/1985 y 225/1993, la libertad de empresa comprende el derecho de los particulares a la creación de empresas, a actuar en el mercado, a establecer los propios objetivos de la empresa, a dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del mercado, y al ejercicio de facultades decisorias en cuanto a nombramiento y cese del personal.

⁵⁶ Véanse las referencias aportadas por GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, ob. cit., págs. 43 y ss. Como señala este autor el reconocimiento de la licitud de la descentralización productiva no es absolutamente expreso, pero se deduce tanto por el hecho de admitir algunos de los fenómenos a través de los que puede desarrollarse la descentralización productiva (la contratación o subcontratación, las empresas de trabajo temporal, etc.), como por la falta de limitaciones expresas.

⁵⁷ En este sentido, la STS de 27 de octubre de 1994 (RJ 1994/8531) señala que en el ordenamiento jurídico no se *"contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa (...) y (...), con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse los derechos de los trabajadores"*. Asimismo, la STS de 17 de diciembre de 2001 (RJ

máximo nivel normativo, la libertad de empresa, va a encontrar limitaciones en el resto de la regulación constitucional y, específicamente, en los derechos constitucionales de titularidad laboral (por ejemplo, el derecho al trabajo entendido como derecho a la estabilidad en el empleo y a no ser despedido sin causa, derecho a la salud de los trabajadores, etc.).

Descendiendo al nivel legal, encontraremos, asimismo, concretas restricciones pensadas para garantía y en evitación del fraude de los derechos de los trabajadores. De este modo, por ejemplo, el empresario no podrá, a través de la externalización de su actividad, encubrir meras cesiones directas de mano de obra, ni acudir a ETTs para cubrir necesidades productivas permanentes de su actividad. El elemento principal sobre el que el ordenamiento jurídico-laboral regula la incidencia de la descentralización productiva sobre los derechos de los trabajadores afectados es la contrata o subcontrata (art. 42 ET), sin que, más allá de la previsión y regulación de las ETT (art. 43 ET), se contemplen expresamente otras posibilidades para externalizar, lo cual no impide que, en principio, sean admisibles para tal fin otros negocios jurídicos lícitos de carácter mercantil.⁵⁸

De hecho, con las limitaciones indicadas, en general, tanto todas las formas posibles de externalización (contratación de obras y servicios con otros empresarios u otras), o la satisfacción de las necesidades empresariales de mano de obra a través de la contratación con ETTs, como la contratación directa de los trabajadores necesarios, deben ser consideradas opciones lícitas

2002/3026) establece que: *“La contrata de obras y servicios de la propia actividad no es una actuación tolerada, como expresa la sentencia recurrida, sino una actividad legalmente regulada, en desarrollo del principio constitucional de libertad de empresa”*. NORES TORRES, L.E. recoge la misma percepción de esta libertad empresarial como derecho no absoluto en *El Trabajo en contratas: la noción de contrata de propia actividad*, ob. cit.

⁵⁸ Transmisiones de empresa, arrendamientos de obra o servicios, encargos a filiales de un mismo grupo de empresas, el trabajo autónomo y el parasubordinado, el trabajo a domicilio y recientemente el teletrabajo, etc.

que constituyen diversas manifestaciones del derecho constitucional a la libertad de empresa. Asimismo, derivarán de la libertad de empresa el derecho a cerrar empresas o transmitir las, total o parcialmente, o a constituir grupos de empresas.⁵⁹

Cuestión distinta será la valoración de las circunstancias y requisitos que sean necesarios para que las eventuales extinciones o subrogaciones de los contratos de trabajo asociados a estos procesos puedan ser consideradas lícitas con arreglo a la normativa aplicable (fundamentalmente: los arts. 49.1, 51.1, 52c y 44 ET, cláusulas subrogatorias de los convenios colectivos o de las condiciones particulares de las concesiones administrativas), que actúa como limitadora de estos posibles efectos de los tales actos derivados del ejercicio de la libertad de empresa, en la medida en que, en tales casos, dicho ejercicio fricciona con otros derechos constitucionales (también fundamentales) dignos de tutela que deben ser considerados: particularmente el derecho al trabajo y a la estabilidad en el empleo. El grado de intensidad y las concretas normas y medidas con que sea preciso limitar aquella libertad en garantía de estos otros derechos constitucionales es objeto de un vivo y constante debate dada la relevancia social y económica de sus consecuencias y a este análisis vienen destinados algunos de los bloques más importantes de la presente tesis.

Finalmente, como subraya PÉREZ DE LOS COBOS en la obra citada, no puede obviarse que la libertad de empresa no sólo corresponde al empresario principal, sino que también debe ser reconocida por igual a los empresarios contratistas que actúan en ejercicio de esta misma libertad cuando aceptan los encargos de tales empresarios comitentes. Es esto mismo lo que distingue la actividad de un verdadero empresario contratista que en ejercicio de dicha libertad ejerce una actividad empresarial real, frente a la conducta especuladora del mero cedente ilegal de mano de obra que no desarrolla ninguna actividad empresarial verdadera ni por tanto se encuentra respaldado, por ello, por el derecho de libertad de empresa. Cuestión ésta a la que dedico el siguiente apartado.

⁵⁹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. en la obra citada.

2.4. Formas lícitas de descentralización y cesión ilegal de mano de obra: criterios de distinción

En los términos expuestos, tal y como aparece configurada en nuestro ordenamiento jurídico, la descentralización productiva -en sus distintas formas y técnicas posibles- es totalmente lícita y deriva directamente del principio de libertad de empresa reconocido en el art. 38 de la Constitución. Ésta se concreta no sólo en la libertad de iniciativa de actividad económica sino también en el derecho o capacidad de la empresa para auto-organizarse libremente con un único -pero importantísimo- límite en el ámbito jurídico-laboral que viene impuesto por la arraigada prohibición de cesión de mano de obra entre empresas. Pues la contrata que tenga por objeto el mero traspaso de personal está plenamente prohibida en nuestro Derecho por el art. 43.1 ET, salvo que la misma se instrumente a través de un Empresa de Trabajo Temporal debidamente autorizada.

En efecto, desde el punto de vista laboral, dentro de la genérica descentralización productiva es tradicional distinguir, por un lado, la cesión indirecta de trabajadores a través de contratas y, de otro, la interposición (o cesión directa de mano obra)⁶⁰ que sólo está permitida legalmente cuando se efectúa a través de una ETT autorizada, dada la previsión legal de una batería de garantías *ad hoc* (Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las ETT).

Este es el sentido de la normativa existente en esta materia la cual revela una profunda preocupación del legislador por evitar que, en este marco originario de libertad descentralizadora, la utilización de estas técnicas de flexibilidad sirva a fines distintos de los propios de ésta; específicamente para aprovechar el menor potencial económico e incluso la eventual insolvencia de los

⁶⁰ (...) en estos casos la descentralización no implica externalizar la actividad, al contrario, supone introducir en la empresa personal ajeno que se integra dentro de una organización productiva. Se trata, por tanto, de una descentralización "integradora". GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, ob. cit.

contratistas/subcontratistas para menoscabo de los derechos de los trabajadores.⁶¹ De ahí que los esfuerzos del legislador⁶² vayan principalmente dirigidos a la extensión de responsabilidades en todos los ámbitos (salariales, seguridad social, seguridad e higiene en el trabajo) entre empresario principal y contratista y, en su caso, también entre empresarios contratistas y subcontratistas sucesivos.

Es decir, la Ley trata de asegurar que, en todo caso, nos encontremos ante una descentralización real y no ante situaciones ficticias ideadas para ceder los servicios de sus trabajadores entre empresas con el fin de burlar sus derechos. En definitiva, subyace la preocupación por hacer frente a uno de los problemas principales y tradicionales en el derecho laboral: la elusión de la condición de empresario a través de sujetos interpuestos.⁶³

Por ello, cobra una importancia radical dilucidar cuáles son los ***critérios que permiten discernir entre auténticas descentralizaciones productivas y cesiones de mano de obra prohibidas*** para lo cual el papel de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina ha sido trascendental hasta tal punto que, como veremos, ha llegado a ser objeto de recepción legal tras la reforma operada sobre el ET por el RDL 5/2006 (posteriormente Ley 43/2006).

⁶¹ Particularmente, trata de evitarse la creación de empresas inviables e insolventes con el fin de reducir plantilla de modo poco o nada oneroso (MARTÍNEZ GARRIDO).

⁶² Para MOLERO MARAÑÓN, M.L., en *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*, ob. cit., en la regulación legal de la materia se persiguen objetivos en un triple ámbito: a) Garantías sociales destinadas a proteger al personal laboral que se desenvuelve en el marco de la contrata, b) La seguridad social sobre la que puede repercutir y c) con la imposición de garantías y deberes de comprobación se colabora en la selección de las empresas más solventes o regulares, saneando el mercado de las contratas.

⁶³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, ob. cit.

En efecto, ya desde los años 80 las sentencias del Tribunal Central de Trabajo y, posteriormente, las de la Sala 4ª del Tribunal Supremo fueron diseñando una serie de criterios *indiciarios* que, ante la falta de definición legal, sirvieron de base para distinguir las contrataciones verdaderas de las simuladas o aparentes y, por tanto, ilegales.

Así, inicialmente, el dato “**la realidad de la empresa contratista**” se convirtió en crucial, de modo que si podía comprobarse que dicha empresa poseía una estructura patrimonial y medios de producción propios, domicilio social, medios personales y, en general, una organización empresarial suficiente se consideraba directamente que la contrata existía y si, por el contrario, no disponía de esos elementos se entendía que nos encontrábamos ante una empresa ficticia o aparente que tenía como único fin proporcionar mano de obra a la empresa principal y que, por ello, daba lugar a la cesión de mano de obra prohibida por el art. 43 ET.⁶⁴

Posteriormente, el criterio anterior -existencia de una empresa contratista real- quedó matizado por la exigencia de un requisito adicional destinado a comprobar **el comportamiento del contratista como empresario efectivo** en el negocio objeto de la contrata pues, además de disponer de los elementos patrimoniales y organizacionales anteriores, pasaba a ser necesario acreditar que los ponía en juego en la ejecución de la obra o servicio objeto de la misma, evitándose de este modo las cesiones ilegales de mano de obra entre empresas que disponían de una estructura real que, sin embargo, en el caso concreto no era utilizado y que conforme al criterio anterior hubieran escapado a la consideración de fraudulentas.⁶⁵

⁶⁴ SSTs de 17 de enero de 1991 (RJ 1991/58), 17 de febrero de 1993 (RJ 1993/1177), 17 de julio de 1993 (RJ 1993/5688), 11 de octubre de 1993 (RJ 1993/7586), 18 de marzo de 1994 (RJ 1994/2548), 25 de octubre de 1999 (1999/8152).

⁶⁵ SSTs de 19 de enero de 1994 (RJ 1994/352), 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9315), 25 de octubre de 1999 (RJ 1999/8152), 17 enero de 2001 (RJ 2001/2059), 14 de septiembre de 2001 (RJ 2002/582), 17 de enero de 2002 (RJ 2002/3755), 30 de mayo de 2002 (RJ 2002/7567).

Dicha actuación como verdadero empresario se controlaba básicamente a través de la comprobación de la presencia de dos tipos de indicios:

a) De carácter mercantil, destinados a comprobar que la empresa contratista-auxiliar ejercía los poderes de organización, control y dirección sobre la actividad contratada. Debería controlarse, a estos efectos, la existencia de poder sobre los medios patrimoniales propios de la empresa así como la asunción de los riesgos propios derivados de la actividad empresarial.⁶⁶

b) De carácter laboral, por medio de los cuales se controlaba que el empresario contratista ejercía autónomamente la política de recursos humanos sobre su personal. En este sentido, la empresa contratista debería ser la que controlara los procesos de selección de sus trabajadores, formalizara los contratos de trabajo decidiendo sus modalidades, asumiera las obligaciones salariales, de seguridad social, las formativas y adoptara las decisiones extintivas correspondientes.

Sin embargo, dado que el cumplimiento de dichos requisitos formales normalmente resultaba cumplido por la empresa auxiliar (también en el caso cesiones de trabajadores fraudulentas) se terminó por recurrir en orden a averiguar la auténtica realidad al dato determinado por el ámbito de organización y dirección al que quedaban sometidos los trabajadores

⁶⁶ RAMOS QUINTANA, M.I., *Subcontratación de Obras...*, ob. cit., pág. 18. Asimismo, NORES TORRES, L.E. en *El Trabajo en contratas: la noción de contrata de propia actividad*, ob. cit., describe el indicio de la asunción del riesgo empresarial, el cual se traduce en la necesidad de que el contratista sea el sujeto a quien se imputan las consecuencias de los eventuales éxitos o fracasos derivados de las operaciones que él realiza y que son objeto de la contrata. De este modo, cuando dicho sujeto queda al margen de los resultados positivos o negativos de la explotación y los mismos se repercuten directamente sobre el comitente, se afirma que el primero es un mero sujeto interpuesto que incurre en una cesión ilegal de trabajadores, como cuando el precio se fija de forma que comprenda todos los gastos generados al contratista por la producción (...) o cuando la contraprestación a satisfacer por el comitente se calcula en función de la mano de obra empleada por el contratista o por el número de horas desarrolladas por tales trabajadores o cuando se ha introducido una cláusula de adecuación automática del precio dependiente de las variaciones que se puedan producir en la dinámica contractual(...).

implicados en la contrata, según este fuera el correspondiente a la empresa principal o el de la contratista. Esto es atendiendo, en la práctica, a datos concretos tales como: quién impartía las instrucciones y daba las órdenes, controlaba los tiempos de trabajo y descanso, fiscalizaba el resultado final o ejercía el poder disciplinario.

Ello, no obstante, en el caso de las contratas este último tipo de controles presentaba la dificultad añadida que marcaba el hecho de que en ellas es habitual que la prestación de servicios se realice en locales o lugares propios de la empresa comitente con lo que no es extraño el sometimiento a la disciplina de trabajo e incluso el uso de herramientas o medios de producción de ésta por los trabajadores de la empresa contratista. Lo cual, sin embargo, no debe confundir más de lo necesario en la medida en que, doctrinalmente, se coincide en considerar que las facultades de control del empresario comitente no pueden ir mucho más allá del control de calidad del resultado final y sin poder implicar poderes de organización, dirección o disciplina sobre los trabajadores de la contratista pues lo contrario debería ser considerado un claro indicio de existencia de cesión ilegal de trabajadores.⁶⁷

Los criterios jurisprudenciales anteriores quedaron consolidados y generalizados de tal forma que, finalmente, han sido objeto de recepción legal. Así, tras la reforma operada en el ET por RDL 5/2006, de 9 de junio (posteriormente Ley 43/2006) dichos criterios han sido incorporados al texto del art. 43 ET, estimándose que se produce cesión ilegal de trabajadores cuando concorra alguno de los siguientes requisitos:

a) 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 cesionaria.

⁶⁷ La STS de 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9315) nos recuerda que sólo está permitida la separación de los poderes directivo y disciplinario en el caso de las ETT que es el único supuesto de cesión de mano de obra legalmente permitido de modo que, *sensu contrario*, los demás casos de disociación de estas facultades son cesiones ilegales.

- b) La empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable.
- c) No cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad.
- d) No ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

2.5. La noción de “propia actividad”

En nuestro objetivo de desentrañar lo que debe ser entendido por descentralización productiva tienen un papel esencial los requisitos -ya comentados- exigidos por el art. 43 ET que, en sentido negativo, vienen a configurar lo que no puede ser entendido legalmente por una contrata junto con lo que, de acuerdo con el art. 42 ET puede considerarse contrata en sentido positivo, con la limitación -ya advertida inicialmente- que nos impone el hecho de carecer de una definición legal de la misma.

Y, en este último sentido, cobra trascendental importancia el dato proporcionado por el legislador en dicho art. 42 ET al indicar que la contrata debe referirse a “**la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad**” con lo cual sólo podrán entenderse por tal, a efectos legales, aquellos encargos de obras o servicios inherentes a la actividad principal a que se dedica la empresa contratante. Este concepto restringido de “propia actividad” entendida como **actividad inherente** a la producción de los bienes y servicios específicos que la empresa se propone prestar al público o colocar en el mercado terminó por imponerse jurisprudencialmente: SSTS de 18 de enero de 1995 (RJ 1995/514), 29 de octubre (RJ 1998/9049) y 24 de noviembre de 1998 (RJ 1998/10034), 10 de julio (RJ 2000/8295) y 27 de octubre de 2000 (RJ 2000/9656), frente a la tesis -más amplia- de considerarla como aquella **actividad indispensable** para la realización de todas las labores, específicas o

inespecíficas, necesarias para el correcto desarrollo de las funciones asociadas al desempeño de la actividad productiva de que se trate.

Esta restricción legal implica una reducción del ámbito de aplicación del régimen de responsabilidad empresarial solidaria establecido en garantía y protección de los derechos trabajadores implicados en estos procesos en la medida en que sólo será aplicable cuando la subcontratación se refiera a tareas inherentes a la actividad que constituye el objeto principal de la empresa.⁶⁸

La consecuencia más importante de dicha restricción derivada del concepto “propia actividad” consiste en que quedan fuera del régimen de protección legal aquellas subcontrataciones referidas a tareas accesorias o no esenciales para el cumplimiento del fin principal de la empresa sin que, por ello, sean ilegales, salvo que concurriera alguno de los elementos previstos en el art. 43 ET.

⁶⁸ No quedan comprendidos, pues, dentro de esta delimitación legal todas las posibles manifestaciones que puede revestir el fenómeno de la descentralización productiva. Sobre este particular, resulta de interés consultar el análisis crítico de CRUZ VILLALÓN, J.: “Outsourcing y relaciones laborales” en AA.VV., *Descentralización Productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS. MTAS, 2000. Véase, asimismo, NORES TORRES, L.E. en *El Trabajo en contratas: la noción de contrata de propia actividad*, ob. cit. Como subraya este autor, el indudable protagonismo del art. 42 ET no puede hacer obviar la presencia de otros preceptos. Es más, el carácter limitado de aquél (excluye otras manifestaciones posibles distintas de la contrata e, incluso, dentro de las contratas y subcontratas de obras y servicios a aquéllas que no presentan una determinada cualidad y, asimismo, impone plazos limitados de ejercicio de las acciones derivadas del mismo), clama por la dotación de una protección complementaria. Y en este sentido, cobra importancia el todavía hoy vigente art. 1597 CC, que puede proveer de una cobertura supletoria –si bien muy limitada- a estos casos excluidos de la protección privilegiada del ET. En concreto, el citado precepto civil establece que “*Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación*”, permitiendo a todo trabajador que haya participado en la obra o servicio objeto de una contrata obtener, al menos, cierta protección si bien limitada doblemente, cualitativamente, en cuanto se refiere sólo a cantidades económicas y, cuantitativamente, pues respecto de ellas opera el límite del importe que el comitente adeude al contratista en el momento de reclamar.

Nos encontramos pues ante un nuevo campo de actuación en materia de subcontratación, lícito pero no regulado legalmente y que comprenderá aquellas contrataciones que tengan por objeto tareas no correspondientes a la “propia actividad” de la empresa principal las cuales coincidirán normalmente con servicios comunes o generales, tales como: limpieza, seguridad, mantenimiento, mensajería, servicios informáticos, etc. con la excepción, claro está, de que la empresa principal que descentraliza tenga por objeto principal alguna de estas actividades en cuyo caso sí estaríamos ante una contrata con todas las garantías legales.⁶⁹

Este nuevo campo de actuación ha facilitado la reciente proliferación del fenómeno de las denominadas **empresas multiservicios** que con una estructura organizativa y patrimonial escasa y basadas fundamentalmente en las características de su personal o mano de obra han implicado una huida del rígido régimen jurídico propio de las ETT, escapando generalmente -al menos por el momento- de la aplicación del art. 43 ET y aprovechando la noción “propia actividad” del art. 42 ET para evitar la extensión a estas contrataciones del régimen de responsabilidades empresariales previsto en el mismo.⁷⁰ Como subraya ESCUDERO RODRÍGUEZ,⁷¹ en estos casos, a diferencia de lo que sucede con los trabajadores puestos a disposición por las ETTs (que, de acuerdo con el art. 11.1 de la Ley 14/1994 reguladora de las ETT, tienen derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les

⁶⁹ Como señala BARREIRO GONZÁLEZ, G. en “Notas sobre la descentralización (...)”. ob. cit. , pág. 167, la distinción entre *outsourcing operativo o táctico* (descentralización de actividades simples o no básicas) y *outsourcing estratégico* (descentralización de actividades importantes o básicas) (MARTÍNEZ GARRIDO/CASANI, LUQUE, RODRÍGUEZ Y SORIA) dependerá en último extremo del sector productivo en el cual se aplique la operación ya que “la excepción- que nunca puede ser perdida de vista- vendrá dada precisamente por el hecho de tratarse de empresas que actúen y tengan por objeto precisamente tales actividades simples”.

⁷⁰ Véase sobre estas cuestiones GOERLICH PESET, J, M^a.: “Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores”, *Actualidad Laboral*, núm.1, 2001.

⁷¹ “Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo”, ob. cit.,

corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto) no hay, ni en el art. 42 ET ni en otros preceptos, ninguna norma que trate de equiparar las condiciones de los distintos trabajadores que prestan servicios en beneficio de la empresa comitente, tratando de que gocen de unas condiciones similares tanto si estuviesen contratados directamente por ésta como por empresas contratistas, los cuales no tienen en materia salarial *más red de seguridad legal que la constituida por la cuantía del salario mínimo interprofesional*. Así pues, la existencia de un rígido régimen jurídico para la ETT que las somete a un estricto control administrativo y, por otro lado, alternativamente, la disponibilidad de esta tentadora vía para la diferenciación laboral que posibilita el establecimiento de condiciones más ventajosas para las empresas respecto de los trabajadores contratados por las empresas contratistas/subcontratistas, han motivado el reciente florecimiento de estas empresas multiservicios.⁷²

⁷² En estos casos -como relata ESCUDERO RODRÍGUEZ en el trabajo citado- bajo la supuesta apariencia de una contrata lícita (en realidad, en no pocas ocasiones, una pseudocontrata) a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas se les aplican unas *condiciones laborales peyorativas, normalmente mediante la aplicación de un convenio colectivo de menor nivel de protección o, incluso, la expulsión de la propia negociación colectiva y del Derecho del Trabajo*, si la descentralización se ha hecho a favor de un trabajador autónomo o de una fórmula societaria construida sobre el autoempleo, constituyendo una *huida espuria* —y, sobre todo, *ilegal*— de ciertos convenios más garantistas o de la posible afectación por cualquiera de ellos cuando la realidad que sirve de base a esta diferenciación es constitutiva de cesión ilegal de trabajadores, según lo previsto en el art. 43 ET y de acuerdo con los criterios jurisprudenciales -ya estudiados- proporcionados al efecto. Sin embargo, hay que reconocer que fuera de este supuesto de cesión ilegal, lo cierto es que esta diferenciación de condiciones laborales no puede reputarse antijurídica ni, en sí misma, contraria al **principio de no discriminación**, para lo cual sería preciso que la aplicación de diferentes convenios colectivos a unos y otros trabajadores, no respondiese a unos *criterios objetivos* (que motiven bien la conformación de un convenio colectivo específico distinto al de la empresa principal o bien la aplicación de uno sectorial cuyo ámbito coincide plenamente con la actividad externalizada) que eviten la tacha de arbitrariedad. *En otras palabras, si se parte de la premisa de la licitud de la subcontratación, la consecuencia obligada no puede ser otra que la conformidad a Derecho de la posible aplicación de distintos convenios colectivos a cada una de las empresas que se encuentren en el correspondiente ámbito de aplicación de estos últimos.*

Estas motivaciones y pretensiones de fondo de este fenómeno son las que obligan –como advierte el autor citado- a velar por *la aplicación rigurosa del régimen jurídico sustantivo aplicable a las contrata y a la cesión de trabajadores*, procurando, *por todos los medios posibles, que la subcontratación se desarrolle dentro de los estrictos márgenes que condicionan su licitud y que el prestamismo laboral se canalice a través de las únicas empresas facultadas legalmente para ello*. Debiendo de evitarse que el recurso a la subcontratación de obras y servicios oculte, en realidad, una auténtica cesión ilegal de trabajadores prohibida expresamente en el art. 43 ET.

Ello no obstante, es cierto que esta tarea encuentra no pocas dificultades, como la delicada situación en que se encontrarían los trabajadores afectados (que, según establece el art. 43.3 del ET, tendrían derecho a adquirir, a su elección, la condición de fijos de la empresa cedente o cesionaria), los cuales, en el actual contexto de marcado desempleo, y ante la fragmentación y debilidad sindical propias de las actividades empresariales descentralizadas, se verían enormemente condicionados a la hora de reclamar. Más aún, a la vista de la inseguridad jurídica e incertidumbre que genera la ambigüedad de la normativa contenida en los arts. 42 y 43 del ET que, como hemos visto, ha repercutido en una *excesiva judicialización* de los criterios interpretativos de distinción entre contrata y cesión ilegal de trabajadores los cuales, incluso tras su recepción legal por la Ley 43/2006, siguen dependiendo en gran medida de las decisiones concretas que emanan de la casuística judicial. Curiosamente, desde el reconocimiento legal de la vía de las ETT (que en demasiados casos sirven para poner a disposición de las empresas usuarias a trabajadores que van a satisfacer necesidades permanentes de éstas) se ha iniciado jurisprudencialmente también, en el ámbito de las contrata, un camino de flexibilización que ha tenido como resultado un acercamiento entre ambas posibilidades, que se traduce en el ejemplo paradigmático -a que se refiere ESCUDERO RODRÍGUEZ en el trabajo que ahora comento- relativo a grandes grupos de empresas multiservicios que *ofrecen, indistintamente, idénticos*

servicios a empresas, usuarias o clientes, bien por la vía de una empresa de trabajo temporal bien por la de la contrata.

2.6. La teoría de las tres zonas

Por consecuencia de todo lo anterior, en mi opinión, cabe distinguir tres zonas que derivan de la interrelación del concepto de “propia actividad” previsto en el art. 42 ET , de la prohibición de cesión de mano de obra contenida en el art. 43 ET y de la propia realidad empresarial descentralizada:

A) Contratas y subcontratas (reguladas legalmente). Serían las contratas que reúnen los requisitos previstos en el art. 42 ET y que, al recaer sobre la propia actividad de la empresa principal, dan lugar a la aplicación de responsabilidad solidaria sobre ésta por las obligaciones de naturaleza salarial y, en su caso, de seguridad social adquiridas por los contratistas-subcontratistas durante la vigencia de la contrata, en los términos previstos en el apartado 2º de dicho artículo.

B) Prácticas no legales (pero lícitas).⁷³ Que se corresponderían con aquellas subcontrataciones que por recaer sobre tareas simples o accesorias -salvo que

⁷³ MOLERO MARAÑÓN, M.L. en “La descentralización productiva en la unificación de doctrina”. ob. cit., en un sentido parecido, dice: “Al lado de dichos procesos de descentralización contemplados por la norma conviven nuevos tipos y supuestos de subcontratación cuyo juicio de licitud permanece, salvo claro está que la relación de colaboración merezca la calificación de pseudocontrata (art.43 ET). (...) No constituyen fenómenos aislados, sino que por el contrario son cada vez más las hipótesis que salen fuera del supuesto de hecho de la norma estatutaria, (...). De esta forma, el ordenamiento laboral va quedando vacío de respuestas ante dichas prácticas descentralizadoras, viéndose sometido el trabajador al estatuto jurídico laboral común, sin una protección adicional en el devenir de su prestación laboral y, por tanto, sin una

estas constituyan el objeto principal de la actividad de la empresa comitente en cuyo caso quedarían incluidas en la zona anterior- no dan lugar a la aplicación del art. 42 ET y que, en la medida en que no les sean aplicables los criterios del art. 43 ET, dan lugar a una *zona de nadie* oportunamente aprovechada para el reciente y exitoso surgimiento del fenómeno de las denominadas empresas multiservicios o de servicios globales. Les sería de aplicación el régimen laboral común pero no las cautelas especiales previstas en la sección segunda del Capítulo III del Título I del ET. No obstante, estos supuestos no escaparían en materia de seguridad social a la aplicación del régimen de responsabilidad subsidiaria previsto para el caso de insolvencia en el art. 127.1 LGSS ni a las obligaciones de información en materia de riesgos laborales previstas en el art. 24. 2 LPRL en cuanto -a diferencia de lo que ocurre en los arts. 42.1 ET y 24.3 LPRL- dichos preceptos no condicionan su aplicación a que se trate obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal.

C) Prácticas ilícitas. Son las que por reunir alguno de los elementos -ya comentados- del artículo 43 ET son constitutivas de puras cesiones de mano de obra las cuales están prohibidas por el mismo y, por tanto, son ilícitas, salvo que se lleven a efecto por Empresas de Trabajo Temporal debidamente autorizadas. En estos casos, la ilicitud además de a la generación de responsabilidades solidarias entre cedente y cesionario da lugar a un derecho de opción para el trabajador afectado para adquirir la condición de trabajador fijo en la empresa de su elección con unos criticados⁷⁴ efectos *ex nunc*, salvo la antigüedad que sí se computa *ex tunc*, esto es, “*desde el inicio de la cesión ilegal*”(art. 43.3 ET, *in fine*).

carga añadida para la entidad principal que queda liberada de deberes, responsabilidades y obligaciones frente a dichos asalariados“.

⁷⁴ Vid. MOLERO MARAÑÓN, M.L. en *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*, ob. cit., pág. 116.

De otro lado, podrían distinguirse, además, dos modalidades de descentralización lícita: con o sin aplicación del art. 44 ET -según exista o no previo traspaso de elementos productivos suficientes-. Puedo anticipar, por el momento, que las segundas podrían ser susceptibles de llegar a producir la extinción de contratos -estudiada en la parte II de esta tesis- en la empresa principal y previa a la ejecución de la descentralización mientras que las primeras obligarían al traspaso de trabajadores a la contratista impidiendo aquellas extinciones pero posibilitándolas, en este caso, a posteriori en el seno de la contratista, debiendo controlarse, en ambos casos, las posibles conductas simuladoras con fines fraudulentos sin perder de vista la prohibición de cesión de trabajadores contenida en el art. 43 ET.

Cabe, asimismo, referirse en este punto -como propone el profesor GOERLICH PESET-⁷⁵ a una serie de supuestos muy específicos que han proliferado recientemente por los cuales empresas principales (normalmente grandes superficies) pasan a externalizar la prestación a sus clientes de un determinado servicio a través de otras empresas con las que no conciertan propiamente contrata. En efecto, para ello suelen servirse de un mecanismo distinto consistente en la cesión de un espacio o local en sus propias instalaciones en los que se desarrollan tales actividades, habitualmente, a cambio del percibo de un canon o arrendamiento. En mi opinión, estos casos -integrables dentro del fenómeno genérico externalización pero no en el concepto subcontratación en sentido estricto- serían subsumibles dentro la segunda de las zonas descritas por cuanto si bien, en principio, son lícitos no entrarían en el supuesto de hecho previsto en el art. 42 ET que se refiere expresamente al término “contrata” la cual -como he señalado- no concurre

⁷⁵ Sobre estos casos puede consultarse GOERLICH PESET, J.M^a, pág. 105 de “Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios”, ob. cit. También *El Trabajo en contrata: la noción de contrata de propia actividad* por NORES TORRES, L.E., ob. cit.

estrictamente en estos casos,⁷⁶ pues no existe, realmente, más que una cesión o arrendamiento del local de negocio pero no del negocio mismo.

Es posible concluir, pues, finalmente, que la descentralización, en sus distintas formas lícitas, (tanto las reguladas legalmente para proteger los derechos de los trabajadores implicados como las no previstas en la ley -por un patente retraso, voluntario o involuntario,⁷⁷ en su adaptación a la realidad social- pero que no son ilícitas al no poder ser tipificadas cesión ilegal de mano de obra ex art. 43.1 ET) forma parte del contenido de la libertad de empresa (art. 38 CE). *De tal modo que el empresario posee plena libertad para dimensionar y estructurar la organización productiva del modo que más le convenga, sin tan siquiera tener que ofrecer una justificación de los motivos que le impulsan a dicha decisión externalizadora (...) -ya sean éstos la especialización técnica o funcional, eficacia organizativa al evitar sobredimensionamientos de plantilla, la*

⁷⁶ CALVO GALLEGO, F.J., en “La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”, ob. cit., (pág.63) señala que la clara referencia legal a obras y servicios parece excluir aquellos fenómenos que se limiten a una mera prestación de dar o de no hacer, como los arrendamientos de locales de negocio en grandes superficies (con cita de la STSJ de Andalucía de 20 de marzo de 1996), subarrendos de concesiones mineras, compraventas o contratos de suministros. SALA FRANCO, T. en “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”. *Actualidad Laboral*. Núm. 9. Sección Estudios. 2005, pág. 3, se refiere, asimismo, a cesiones de superficies comerciales, a determinadas franquicias, o *merchandising*, como supuestos excluidos en general por la jurisprudencia de la protección legal, caracterizados por tratarse de contratos de creciente desarrollo en el sector servicios que, por lo general, comportan una obligación de medio o de mera actividad y no una obligación de resultado.

⁷⁷ MOLERO MARAÑÓN, M.L. en *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*, ob. cit., al hilo de los comentarios que realiza sobre el hecho de que hayan quedado multiplicidad de situaciones fuera del ámbito de cobertura de los preceptos legales reguladores de las contrataciones se pregunta si *efectivamente la vertiginosa evolución de dicha realidad en fase de plena expansión ha provocado una necesaria restricción normativa a favor de los supuestos más necesitados de protección (...) o, por el contrario, se trata de solventar el grado de incidencia que ha podido tener en su delimitación la repercusión económica que podía provocar una ampliación desmesurada de la cobertura del precepto, al grabar en exceso a las entidades que decidieran utilizar dicha técnica organizativa (...).*

simple reducción de costes sociales, o cualesquiera otros- (...) y *sin que con carácter general los operadores jurídicos tengan que entrar a valorar la causa que condiciona la división funcional, con la excepción de si dicha técnica empresarial se utiliza como causa organizativa para llevar a cabo un despido objetivo del art. 52 c) ET; en esta hipótesis, el órgano judicial si habrá de entrar a conocer la causas que han determinado la utilización de dicho mecanismo de organización empresarial.*⁷⁸

Llegados a este punto, una vez estudiado el concepto de descentralización y, tras reconocer la existencia de una genérica libertad para su ejercicio (con el límite impuesto por la prohibición de la cesión de mano de obra), haber identificado las distintas posibilidades fácticas (reguladas o no por la ley) que quedan incluidas en aquél, es pues cuando, como vemos, surge la cuestión problemática objeto de la siguiente parte de esta tesis, esto es, a la hora de determinar si la comentada libertad de auto-organización y consiguiente libertad de subcontratación es suficiente por sí misma para producir extinciones en los contratos de los trabajadores afectados o, en caso contrario, a qué requisitos debe someterse.⁷⁹

⁷⁸ MOLERO MARAÑÓN, M.L., ob. cit., la cual aporta como fundamento a estas afirmaciones las SSTs 27 de octubre 1994 (RJ 1994/8531), 17 de diciembre de 2001 (RJ 2002/3026), 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615), 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7426) y 3 de octubre de 2000 (RJ 2000/8660).

⁷⁹ Lógicamente, a los efectos de nuestra investigación, de las tres zonas antes descritas, únicamente nos interesarán las dos primeras (lícitas, ya gocen o no de garantías legales específicas) en cuanto constituyen el bloque de lo que legalmente podemos entender por descentralización productiva ya que la tercera por ser ilícita, indudablemente, no puede dar lugar válidamente a la constitución los efectos jurídicos extintivos aquí estudiados. Baste recordar, en este sentido, el derecho de opción – arriba comentado para el caso de ilicitud- del trabajador afectado para adquirir la condición de trabajador fijo en la empresa de su elección.

PARTE II

PARTE II.- DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN SENTIDO DINÁMICO: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN EN LOS PROCESOS DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

1. Objeto de estudio

1.1. Cuestiones incluidas: Descentralización en sentido dinámico con efecto extintivo

El cada vez más generalizado fenómeno de la *descentralización productiva* consistente en un desplazamiento hacia el exterior de actividades o servicios, tradicionalmente desarrolladas o prestados en el seno de la empresa, a través de la formalización de contrata y subcontratas con otras empresas o profesionales supone el surgimiento de un nuevo modo de organización empresarial que, en la mayor parte de los casos, contribuye a una reducción de costes y mejora de la eficiencia de aquélla pero que, a su vez, traslada el centro de imputación de las relaciones jurídico-laborales y de seguridad social fuera de la misma, originando problemas jurídicos interpretativos de diversa clase.

De entre los distintos problemas que este fenómeno suscita nos interesa aquí el estudio del que surge cuando la configuración descentralizada de la organización productiva de una empresa no aparece *ab initio* desde el momento de su creación sino que es resultado de un proceso de transformación que suele llevar aparejada la adopción de medidas de reducción de plantilla⁸⁰ y, más concretamente, las cuestiones que plantea la

⁸⁰ DESDENTADO BONETE, A. en “Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico” en la obra colectiva *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas*, dirigida por José Pablo

posibilidad de utilización de las figuras legales extintivas del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en aras a la adopción de dichas medidas.

Debe tenerse presente la gran importancia del tema ya que en caso de concluir que no pueden utilizarse dichas figuras legales extintivas se produciría un claro efecto desincentivador de estas medidas externalizadoras -de especial interés para las empresas- dado que su utilización resultará notablemente más cara pues frente a un coste del despido por causas objetivas procedente de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades (art. 53.1.b ET) pasaríamos -de tener que pasar por el despido improcedente con abono de indemnizaciones-, con carácter general tras la reforma de 2012, a un mínimo de 33 días de salario por año trabajado con un máximo de 24 mensualidades para los contratos de trabajo posteriores a 12 de febrero de 2012 así como para los períodos posteriores respecto de contratos anteriores (art. 56.1.a ET) o 45 días de salario por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades para los períodos anteriores por contratos de trabajo vigentes antes de dicha fecha (D.TR. 5ª RDL 3/2012).

Aramendi Sánchez, CGPJ, Madrid, 1996, (pág. 95 in fine) lo expresa con las siguientes palabras: “(...) *la descentralización puede producirse también en el marco de una estrategia de reducción de costes, que en algunos casos afecta significativamente al factor trabajo*”. ESTEVE SEGARRA, Mª. A. en “El despido objetivo por causas organizativas en supuestos de descentralización organizativa. A propósito de las SSTs de 3 y 4 de octubre de 2000, recursos 651/2000 y 4098/1999”. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2001 (21), diferencia entre el “(...) *surgimiento de empresas con organizaciones claramente descentralizadas* “ y “(...) *la renovación de estructuras productivas de empresas ya creadas*” y, para este segundo caso, aporta la expresión “*estrategia de externalización sobrevenida*” la cual, asimismo, se emplea por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª. F., en la pág. 409, de “Descentralización Productiva, Contratas y Despido por Causa Organizativa”, en la obra colectiva *Descentralización Productiva y Protección del Trabajo en Contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, como fuente también de los problemas más graves a diferencia de los *procesos de descentralización de actividades productivas (...) originarios* a los que apunta nada parece puede objetarse por ser, en principio, el resultado del ejercicio plural de la libertad de empresa ex art. 38 CE y todo lo más susceptibles de ser sometidos a la doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad solidaria prevista para los grupos de empresa.

1.2. Exclusión: Las descentralizaciones sin efecto extintivo. La subrogación del art. 44 ET

No serán objeto de estudio en esta parte⁸¹ los procesos de descentralización sin efecto extintivo, esto es, aquellos en los que la *simplificación de la estructura de la empresa principal tiene lugar por un mero desgajamiento de un segmento de la organización original*⁸² por medio de la transmisión de elementos organizativos suficientes para el desarrollo de la actividad y que dan lugar a la asunción de las relaciones laborales originarias por la empresa receptora en virtud de la aplicación del art. 44 ET (no generando, por lo tanto, reducción de empleo ni dando lugar a las extinciones aquí estudiadas, al menos en el seno de la empresa principal).

En efecto, el juego de la **subrogación empresarial por sucesión** (aun parcial) **de empresa regulado en el art. 44 ET** determina que será obligado asumir por la empresa contratista (nueva o preexistente) a los trabajadores antes empleados en la actividad descentralizada cuando se reciba la transmisión de elementos organizativos autosuficientes para el desarrollo de aquella (ya se haya transmitido un centro de trabajo entero o una unidad productiva autónoma).⁸³

⁸¹ A ello está dedicado un capítulo específico de la parte III de esta tesis en el cual, si bien en relación a las sucesiones de contratistas en el sentido estático referido a estructuras empresariales ya descentralizadas, se aborda esta materia de manera más detenida.

⁸² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Descentralización Productiva, Contratas y Despido por Causa Organizativa” en la obra colectiva *Descentralización Productiva y Protección del Trabajo en Contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000, págs. 409 y 410. En este mismo trabajo se refiere a esta modalidad como “*externalización en cierto modo impropia*”.

⁸³ Véase SOLÁ MONELL, X. en “El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva” en la obra colectiva *Descentralización Productiva y Relaciones Laborales: Problemática Jurídica Actual*, dirigida por DEL REY GUANTER, S., Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, pág.166 y, asimismo, la STS de 12 de marzo de 1997 (RJ 1997/2318), entre otras muchas. Para BARREIRO GONZÁLEZ, G. (págs. 172 y ss. de “Notas sobre la

Éste viene a constituir un nuevo e importantísimo límite para las descentralizaciones productivas “fácticas” en cuanto revela la existencia de un grupo diferenciado de subcontrataciones (aparte de las ilícitas del art. 43 ET y de las lícitas en que no concurriera causa extintiva) en las que no es posible el efecto extintivo en la medida en que *ope legis* opera la conservación del vínculo contractual a través de la transmisión automática de la relaciones laborales a la empresa contratista. En este caso tampoco habrá que perder de vista la posibilidad de que, adicionalmente, se pretenda la traslación de la cuestión extintiva a nuevas entidades cesionarias creadas, con fines fraudulentos (al tratarse habitualmente de empresas con menor potencial económico y dimensión), a las cuales se transmiten los trabajadores a despedir - aprovechando la vía del art. 44 ET- con el fin de procurarse mayor facilidad para el reconocimiento de causas objetivas de extinción, o escapar de la normativa que regula los despidos colectivos, entre otras finalidades fraudulentas posibles, que deberían ser analizadas detenidamente a la luz del art. 43 ET.

descentralización productiva en la empresa y su escisión interna”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 94. 1999) la transmisión de empresas regulada en el art. 44 ET comprende 2 elementos: 1.- Elemento objetivo, que presupone la existencia de una unidad productiva organizada, susceptible de funcionamiento autónomo, que se transmite. Entendiendo por unidad productiva transmitida la que sigue un criterio funcional que se mide en términos de capacidad productiva y no criterios organizativos (se pueden transmitir unidades que comprendan partes de distintas secciones o divisiones de una empresa) ni geográficos (pueden transmitirse unidades coincidentes con un centro de trabajo, inferiores o de parte del centro de trabajo o que se extienden a todos o parte de varios centros de trabajo), incluyéndose los supuestos de transmisión no definitiva (en este sentido, las SSTs de 30 de octubre de 1986 y 16 de mayo de 1990, RJ 1986/5940 y 1990/4343, que se refieren al arrendamiento de industria). Según la STS de 27 de octubre de 1994 (RJ 1994/8531) la “unidad productiva autónoma” proveída por el art. 44 ET es *una noción objetiva que se define por la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales pertenecientes a un empresario para ser susceptibles de una explotación económica independiente*. 2.- Elemento subjetivo, que requiere la presencia de un nuevo titular efectivo y real, debiendo controlarse la existencia de verdaderas entidades cesionarias en evitación de situaciones de pura diferenciación formal con fines defraudatorios de los derechos de los trabajadores.

A mi modo de ver, el tratamiento legal ofrecido por el art 44 ET para la transmisión de empresas representa algo bien distinto a lo que implica el art. 43 ET pues mientras éste supone la interdicción de las contrata simuladas, es decir, de aquellos encargos realizados formalmente de la empresa principal a la contratista carentes de contenido real y que, en el fondo, sólo pretenden prestar trabajadores con las condiciones de la empresa contratista para que trabajen para la principal, el art. 44 ET se refiere a conductas lícitas que sí pueden surtir efectos consistentes en la subrogación obligatoria en las relaciones laborales del anterior cuando para la realización del encargo que se encomienda a la contratista⁸⁴ se le transmiten los elementos organizativos necesarios para el desarrollo de una actividad verdadera. Por tanto, a diferencia del supuesto de hecho regulado en el art. 43 ET en este caso sí que puede producirse lícitamente la descentralización (contrata con transmisión de los elementos organizativos necesarios para el desarrollo de la actividad) pero ésta -en lo que interesa a este estudio- no podrá dar lugar a la extinción de los contratos de los trabajadores empleados en la actividad que se descentraliza dada la previsión en el art. 44 ET de una subrogación legal obligatoria.

En este sentido, deberán entenderse nulas las extinciones colectivas o individuales/plurales realizadas fraudulentamente en el seno de la empresa principal con carácter previo a la transmisión de la actividad para evitar la subrogación de la empresa receptora en las relaciones laborales del anterior. Es posible citar claros ejemplos, muy recientes (posteriores a la reforma laboral de 2012), como la **STS de 18 de febrero de 2014 (RJ 2014/2769)**, referida a un supuesto de subarriendo de una estación de servicio concertado mediante un pacto interempresarial inmediatamente posterior al despido colectivo de la totalidad de la plantilla al amparo del art. 51 ET. El TS entiende en dicha sentencia que se desprende la existencia de un pacto *tendente a evitar las previsiones que el art. 44 ET tiene establecidas en materia de sucesión, o sea,*

⁸⁴ No obstante, debe tenerse presente que el art. 44 ET tiene un juego más amplio -no limitado a los casos ahora estudiados- sino que opera también en aquellas transmisiones en que la receptora no mantendrá después relación alguna con la transmitente.

*de una actuación consistente en la utilización de las previsiones del art. 51 del Estatuto -norma de cobertura- para evitar la aplicación del art. 44 de la misma, o sea para evitar las consecuencias laborales de una transmisión, en clara incursión en el supuesto fraudulento contemplado en el art 6.4 CC, que debe llevar como consecuencia la nulidad y la obligación solidaria de readmisión de los trabajadores fraudulentamente despedidos. En la misma línea, es posible referirse a la **STS de 26 de junio de 2014 (RJ 2014/4392)** que consideró que con el ERE objeto del caso se había pretendido eludir que el personal de la plantilla de la APDCM (Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid) pasase a prestar sus servicios, sin solución de continuidad, al Órgano administrativo que asumiese las competencias y la actividad que venía llevando a cabo la APDCM. Decisión colectiva extintiva ésta que se tomó sobre la base de un mero proyecto de ley que, entre otras disposiciones, preveía la extinción de la APDCM, considerando el TS la concurrencia del fraude de ley, con las consecuencias previstas en el art. 124.11 LRJS y con la condena solidaria de quienes participaron en este fraude, cuyas consecuencias *trascienden a un plano superior de intereses generales, revistiendo mucha mayor gravedad que las propias de un cese individual*.⁸⁵*

⁸⁵ Asimismo es posible señalar, como nuevos ejemplos de extinciones colectivas acordadas por entidades incursas en procesos de reorganización considerados fraudulentos por el TS, las distintas sentencias relativas a las disoluciones de los Consorcios Andaluces de Empleo (CUTEDLT). De estos supuestos es representativa la STS de 23 de septiembre de 2014 (RJ 2014/5223) que consideró que, efectivamente, sí concurrió fraude a la vista de que los Consorcios UTEDLT pudieron haberse disuelto por exclusiva voluntad de sus Entes locales integrantes (art. 49 de sus Estatutos) sin que esto les comportase coste alguno, puesto que por disposición legal autonómica esa extinción supondría que los trabajadores se integrasen en el SAE (Servicio Andaluz de Empleo) sin solución de continuidad, de forma que los Ayuntamientos -los Consorcios habían agotado la subvención autonómica- no hubieran tenido que satisfacer indemnización alguna. Y, pese a ello, las UTEDLT optaron por la salida que les iba a producir perjuicio económico (despedir colectivamente, indemnizando) y que a la vez sacrificaba la estabilidad laboral de los trabajadores, impidiendo la subrogación empresarial que atribuía al SAE la legislación autonómica. Con base en lo anterior en la citada sentencia y en otras muchas (como las SSTS de 18 de febrero de 2014, RJ 2014/3266; 19 de febrero de 2014, RJ 2014/2094; 15 de abril de 2014, RJ 2014/2967; 20 de mayo de 2014, RJ 2014/4355; 25 de junio de 2014, RJ 2014/4764; 11 de diciembre de 2014, RJ 2014/6819 y 11 de

Cabe concluir, pues, que será posible distinguir dos modalidades de descentralización lícita: con o sin aplicación del art. 44 ET -según exista o no previo traspaso de un *conjunto de medios organizados*-. Las segundas podrían ser susceptibles de llegar a producir la extinción de contratos que se estudia en esta parte la tesis en la empresa principal y previa a la ejecución de la descentralización mientras que las primeras obligarían al traspaso de trabajadores a la contratista impidiendo tales extinciones pero posibilitándolas, en este caso, a posteriori en el seno de la contratista, debiendo controlarse, en ambos casos, las posibles conductas simuladoras con fines fraudulentos a la luz de la prohibición de cesión de trabajadores contenida en el art. 43 ET. Más aún a la vista –como será visto en el capítulo correspondiente- de los importantes riesgos que, desde esta perspectiva, implica la asunción en nuestro ámbito interno de la ***doctrina comunitaria de la sucesión de plantilla***, de acuerdo con la cual en aquellos sectores de actividad basados principalmente en la mano de obra, la simple asunción por la nueva contratista de un núcleo esencial organizado de plantilla puede llegar a considerarse, en sí mismo, equivalente a la transmisión de un conjunto de medios organizados prevista en el art. 44 ET.

Así pues, deben vigilarse no sólo las eventuales extinciones fraudulentas estudiadas que tratan de evitar que se consuma la subrogación, sino también los posibles objetivos fraudulentos que puedan procurarse a través de tales subrogaciones. Pues si bien, en general, estos procesos de descentralización con subrogación, en un primer momento, conducen a conclusiones positivas - en lo que al problema de estabilidad en el empleo estudiado en este trabajo se

marzo de 2015, RJ 2015/1801) el TS consideró evidenciada la consecuente intencionalidad fraudulenta de despedir para así disolver sin que se produjese la subrogación legalmente establecida, con la correspondiente desviación de poder que comporta en este ámbito laboral el fraude de Ley consistente en evitar la aplicación de la normativa autonómica sobre la integración del personal del Consorcio en el SAE. En el mismo sentido, la STS de 21 de mayo de 2014 (RJ 2014/4357) declaró la nulidad del despido colectivo en la Agencia Valenciana de Movilidad por ser resoluciones administrativas (que no la propia Ley en que se dispone la extinción del organismo) las que acuerdan el despido colectivo. Por lo contrario, la STS de 23 de septiembre de 2014 (RJ 2014/6420), no consideró fraudulento el despido colectivo adoptado en el seno de la Agencia Pedro Laín Entralgo.

refiere- al incidir en forma de mantenimiento/conservación de los contratos de los trabajadores afectados, no obstante, debe mantenerse cierta prevención respecto a ellos puesto que, en no pocos casos, puede pretenderse el traspaso de trabajadores a empresas receptoras ficticias o simuladas que ofrezcan mejores condiciones para la obtención de fines fraudulentos, tales como conseguir por esta vía la apreciación de causas objetivas de extinción que en el seno de la empresa cedente no hubieran podido acreditarse o procurarse un juego distinto de los umbrales cuantitativos del art. 51.1 ET en orden a evitar los trámites y requisitos previstos legalmente para los despidos colectivos.⁸⁶

⁸⁶ No hay que perder de vista, además, la posibilidad de trasladar por esta vía nuevos problemas organizativos a la empresa contratista, en el caso de que ésta ya contase con trabajadores propios con anterioridad, que pudieran revertir en extinciones en su seno. Así, la opción subrogatoria comentada parece más plausible en el caso -cada vez más frecuente- de empresas contratistas nuevas cuya creación es auspiciada -en muchos casos veladamente- por grandes empresas principales que descentralizan con el objeto de dotar de mayor eficiencia, eficacia o agilidad a la producción o prestación de bienes o servicios a través de empresas externas más pequeñas -o con otros fines, menos transparentes, como escapar del ámbito de aplicación de convenios colectivos, a la presión sindical o, en general, con el fin de buscar la aplicación de condiciones laborales más ventajosas-. Pues parece mejor opción que la cobertura de los puestos de trabajo de nueva creación en la empresa receptora de la actividad se efectúe con los trabajadores que desarrollaban ésta en aquélla -con experiencia profesional acreditada, por tanto- que la opción del desempleo de los mismos.

BARREIRO GONZÁLEZ, G. (en la pág. 174 de la obra ya citada: “Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna”) se refería a estas cuestiones en el ámbito de los grupos de empresa, muy gráficamente, con las siguientes palabras de inspiración jurisprudencial: “*la decisión de crear una empresa filial que asuma, con la autonomía propia de la atribución de personalidad jurídica y de las responsabilidades de funcionamiento, una gestión especializada es un objetivo lícito que tiene amparo en el art. 44 ET, aunque los fenómenos de la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa deben ser examinados con cuidado y adoptarse las medidas adecuadas cuando existe la evidencia de que, a través de la sucesión, se persigue eludir la aplicación de las garantías de los trabajadores o hacer ineficaces los derechos reconocidos a éstos*” (STS de 27 de octubre de 1995. Ar. 7930), *pues bien podría apuntar objetivos repudiables -por ilícitos- como “crear una empresa inviable o insolvente para reducir plantilla”* (STS de 27 de octubre de 1994. Ar. 8531), “*evitar las consecuencias adversas al cese de una determinada actividad*” (STS de 27 de marzo de 1989. Ar. 2416), “*reducir plantilla eludiendo los rígidos controles del despido colectivo*” (STCT de 14 de febrero de 1984. Ar 1414) (...).

2. Potencial consideración de los procesos descentralización productiva como causa organizativa

2.1. Configuración tradicional de la causa organizativa como medida reactiva

Desde antaño, la práctica totalidad de la doctrina y jurisprudencia que se han acercado al tema objeto de este capítulo no han dudado en calificar como derivadas de *causa organizativa* a las extinciones de los contratos derivadas de procesos de “*outsourcing*”.⁸⁷ Ello, sin duda, es debido a que generalmente se ha partido de considerar que las medidas descentralizadoras derivan del

⁸⁷ Sirva como ejemplo DESDENTADO BONETE, A. en “Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico”, ob. cit., al enfocar el tema en los siguientes términos: “*Por lo general, la causa organizativa se refiere a medidas internas de gestión en el marco de la propia empresa, pero es posible también relacionarla con una gestión externa. En este caso se trata de una descentralización productiva*” (pág.95). En la pág. 97 del mismo trabajo indicaba que la cuestión se suscita:“(…)cuando la descentralización con contratación externa de los servicios que antes realizaban los trabajadores de la empresa se presenta como una causa organizativa para el despido objetivo de éstos, alegando el empresario que resulta más rentable la externalización del trabajo“. Si bien hay que tener en cuenta que el autor terminaba concluyendo en dicha obra (pág.98) -inspirado por las sentencias de los Juzgados de lo Social de Madrid de 21 de marzo de 1995 y de 11 de diciembre de 1995- que lo determinante, a efectos de justificar la medida extintiva en estos casos, no es tanto el juego de la descentralización productiva como causa organizativa sino su configuración como medida de racionalización de la organización productiva que actúa en beneficio de la viabilidad y competitividad de la empresa y no para el simple incremento del beneficio empresarial generado por la reducción de costes. Asimismo, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. en “Descentralización Productiva, Contratas y Despido por Causa Organizativa”, ob. cit., partía indubitadamente de esta premisa por el inequívoco título de su trabajo y en la página 412 al indicar: “*Así planteada la cuestión, hay una afirmación unánime en nuestros Tribunales: se trataría, en su caso, de una causa organizativa, en los términos en que se refieren a ella los arts. 52 c) y 51.1 ET, y parece adecuada esta primera aproximación a los problemas que están en la base de la externalización propia*”.

legítimo ejercicio por el empresario de su libertad de organización⁸⁸ (la cual, a su vez, estaría comprendida en la más genérica libertad de empresa consagrada en el art. 38 de la Constitución) y, sobre todo, de entender –incluso antes de la reforma de 2012- dicho ejercicio como el detonante de la situación disfuncional que sirve de causa a estas extinciones.⁸⁹

En otras palabras, partiendo de que la Ley, originariamente, para poder extinguir el contrato por causas empresariales exigía la preexistencia de un problema o situación desfavorable en la empresa frente a la que fuera preciso reaccionar con este tipo de medidas, muy habitualmente se identificaba dicho problema o situación con el desajuste organizativo (que, normalmente, se traduce en un exceso de personal) generado por el empresario al tratar de hacer frente a un problema inicial con una medida organizativa -la descentralización productiva- en lugar de atender a la naturaleza de aquel problema originario que generaba la adopción de la medida descentralizadora en orden a la valoración de la procedencia de los despidos por estas causas.

Al atender al problema organizativo producido por la medida descentralizadora y no a la situación generadora de ésta es lógico que, en estos casos, siempre se otorgara carácter organizativo a la causa de los despidos y que, incluso -ya

⁸⁸ SOLÁ MONELL, X.:” El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva” en la obra colectiva *Descentralización Productiva y Relaciones Laborales: Problemática Jurídica Actual*, dirigida por Del Rey Guanter, Salvador, Editorial Lex Nova. Valladolid. 2001. Pág. 169 y 170. SORIANO CORTÉS, D.: “La incidencia del despido por causas económicas y empresariales en el marco de las contrataciones” en *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. Nº 2-2007. Pág. 585.

⁸⁹ Así, como claro ejemplo, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., en la pág. 412 de la obra citada, fundamentaba su opción a favor de la causa organizativa -tras definirla con apoyo en la STS de 14 de junio de 1996 (AS 5162/1996)- en el ejercicio de dicha libertad, al razonar: “Evidentemente, la propia configuración de los contenidos del trabajo en la empresa; de los ámbitos materiales en que se ha de operar -o dejar de operar en este caso- es una primera y fundamental decisión organizativa de la empresa, de ahí la corrección de la tesis judicial de partida”.

entonces- se llegara a otorgar a la medida descentralizadora, por sí misma, el carácter de causa habilitante del despido.

En mi opinión, la descentralización productiva, en efecto, tiene siempre carácter organizativo pero puede ser una solución preventiva (frente a problemas tanto organizativos como técnicos o de producción) e incluso reactiva (aplicable cuando la situación es ya negativa económicamente) pero, antes de la reforma de 2012, eran sólo estos problemas o situaciones los que podían llegar a constituir causa de una extinción por causas objetivas y no la medida descentralizadora en sí misma. Pues la medida extintiva estaba condicionada a la preexistencia de situaciones disfuncionales que la justificaran y al cumplimiento del fin de su superación.⁹⁰

⁹⁰ En el marco normativo anterior, si la empresa se encontraba ante un presupuesto de hecho determinante ya fuera de causa técnica, organizativa o de producción (problemas insalvables que afecten a sus medios de producción, la eficiencia del trabajo o a la competitividad de sus productos o servicios) o incluso ante una crisis de resultados (pérdidas continuadas o incluso -en una interpretación más flexible- pérdida de beneficios continuada que pudieran llevar a entender razonablemente que en breve se incurriría en pérdidas) y adoptaba la decisión de descentralizar actividades o servicios hasta entonces desarrollados en el seno de la propia empresa por trabajadores que no pudiesen ser recolocados internamente y se probaba que esta medida unida a la de prescindir de los trabajadores mencionados contribuiría razonablemente al objetivo de garantizar la supervivencia de la empresa y el empleo de los demás trabajadores o a superar la crisis de resultados, habría que entender entonces que el despido colectivo por estas causas estaba justificado y no así en los demás casos. Cuando la empresa no se encontrase en alguno de estos casos podía descentralizar -lógicamente, estaba dentro de las facultades de organización y dirección del empresario hacerlo-, o trasladar a los trabajadores a otros puestos de trabajo e incluso despedirlos, pero no por estas causas previstas por la ley para situaciones excepcionales. Ocurre así que la mera decisión del empresario de descentralizar, por crear con ello duplicidad de actividades, o la mera posibilidad de mejorar los resultados con estas medidas de contratación externas, no justificaban en sí mismas la extinción por las causas estudiadas. En efecto, en mi opinión, las medidas descentralizadoras eran adoptables pero sólo podían producir el efecto de estas extinciones si pretendía salvarse a la empresa de una situación previa a la crisis o de la crisis misma y siempre que los trabajadores afectados no puedan ser recolocados, pero no en cualquier caso.

No cabía analizar, pues, la descentralización productiva como un problema organizativo en sí mismo sino como un remedio a disfunciones en la empresa de cualquier clase y, por tanto, las extinciones motivadas por aquélla no deberían identificarse necesariamente y en todo caso con la extinción por causas organizativas. De hecho, las primeras sentencias en que se reconocía la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por causas objetivas para estos casos se dieron precisamente en supuestos ligados a causas económicas lo cual se señaló⁹¹ que era por consecuencia de la “vinculación de las causas organizativas a las económicas en la orientación jurisprudencial”. A mi modo de ver, más bien, era una prueba más de un constante empeño por reconducir artificialmente estos casos a la causa organizativa y confirmaba, en realidad, el hecho de que la descentralización productiva es un remedio organizativo para causas de cualquier tipo (incluso las más de las veces económicas) y no necesariamente organizativas.

Así, por ejemplo, si los medios de producción son obsoletos (causa técnica) puede encontrarse solución comprando otros nuevos o contratando la producción de la empresa con otra empresa que disponga de los medios

En el caso de la extinción por causas objetivas del art. 52c) ET, tras la reforma operada por la Ley 63/1997, cuando se trataba de extinciones con origen en causas técnicas, organizativas o de producción ya no se requería que la empresa se encontrase en situaciones críticas o pre-críticas bastando para la procedencia de la medida con que existieran dificultades que afectasen al buen funcionamiento de la empresa y que se acreditase que, de este modo, se contribuía a la superación de las mismas, frente al art. 51.1 ET que para el despido colectivo seguía exigiendo la garantía de viabilidad de la empresa y del empleo. Parece claro que el legislador quiso establecer *dos niveles distintos de exigencia* según el caso, uno más rígido para los despidos colectivos y otro más tenue para los individuales-plurales, si bien en el caso de extinción por esta vía con causa económica, era aplicable lo previsto para el despido colectivo por causa económica, ya que entiendo -con la mayor parte de la doctrina- que la introducción de la expresión en plural “situaciones económicas negativas” en el art. 52c) ET no implicó ninguna diferencia de fondo respecto al singular del art. 51.1.

⁹¹ ESTEVE SEGARRA, M^a. A. en “El despido objetivo por causas organizativas en supuestos de descentralización organizativa. A propósito de las SSTs de 3 y 4 de octubre de 2000, recursos 651/2000 y 4098/1999”, *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, (21), 2001, (págs. 508-509).

adecuados. Si existen problemas de productividad de la mano de obra (causa organizativa) pueden aplicarse sistemas de mejora de la eficiencia y rendimiento del trabajo en la empresa o, directamente, contratar la producción, la distribución o la actividad de que se trate con otra empresa y si la empresa pierde cuota de mercado, sus productos o servicios no son productivos o competitivos (causa productiva) ello también puede mejorarse internamente o contratando externamente con otra empresa (que quizás se ocupe de fabricar un producto más atractivo o de presentarlo en el mercado de manera más comercial al desarrollar una campaña publicitaria más eficaz que la de la empresa descentralizadora). Incluso si la empresa ya está en crisis (causa económica) puede encomendarse a otra empresa la realización de actividades (que antes eran propias de la primera) para intentar el saneamiento de la situación.

Entiendo, por tanto, que se comprende dentro de la libertad de empresa (artículo 38 de la CE) contratar o subcontratar actividades o servicios con otras empresas, entidades o sujetos, pero en el ámbito de la extinción de contratos de trabajo por causas empresariales, con el anterior texto de la Ley en la mano, era un error identificar la descentralización productiva siempre con causas organizativas o, incluso más allá, pensar que la mera contratación externa (al ser considerada automáticamente causa organizativa) legitimaba por sí misma a extinguir contratos por esta vía.⁹²

⁹² En definitiva, en mi opinión, la descentralización productiva propia (con extinción de contratos) constituía un proceso complejo integrado por dos medidas combinadas:

- a) La extinción de los contratos de trabajo (como uno más de los elementos que componen la fase interna de aquel proceso consistente en la supresión de la actividad en la empresa principal) y que no era libre sino causal.
- b) La externalización de la actividad (que se corresponde con la fase externa del proceso mediante la cual el desarrollo de la actividad se encomienda a través de contratos u otros instrumentos a otras empresas) y que es libre pues deriva directamente del derecho del empresario a organizar su actividad libremente.

A pesar de lo dicho, en base a la ya comentada percepción generalizada de estas situaciones como constitutivas de causa organizativa, por algunos autores se llegó a sostener ya entonces -bajo la vigencia de la normativa anterior- la posibilidad de considerar la decisión empresarial de externalización de una actividad como legitimadora, por sí misma, del despido por causas empresariales.⁹³

En efecto, estas medidas combinadas pueden jugar como una prevención/reacción frente a situaciones negativas actuales o potenciales o bien simplemente como medio de optimización de los resultados empresariales (objetivo totalmente legítimo) pero mientras la segunda medida es libre (procede en cualquier caso) la primera sólo podía utilizar las vías previstas para la extinción por causas empresariales en los casos justificados por aquellas situaciones (sin que ello impidiera al empresario completar el proceso extinguiendo los contratos por otras causas -si procedían- o por cualesquiera -aunque no procedieran- ateniéndose entonces a las consecuencias previstas legalmente para los casos de improcedencia o falta de causa: básicamente mayores indemnizaciones).

⁹³ Por ej., GARCÍA FERNÁNDEZ, al menos inicialmente. No creemos incluido en este grupo a GOERLICH PESET, J. M^a. (pese a que SORIANO CORTÉS, D. en “La incidencia...”, ob. cit., pág. 585, le señalaba como defensor de dicha tesis) quien en *La extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 74, se refirió a la sustantividad de las causas organizativas respecto de las técnicas, en cuanto aquéllas no requieren inversión en bienes de capital para entenderse producida la causa de despido sino que bastaba la decisión empresarial pero no por dotar a esta decisión de eficacia extintiva por sí misma fuera del marco del art. 51 ET, y en “Los despidos colectivos”, en AA. VV., *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*. Tomo II. Edersa. Madrid. 1994, se refería a que la decisión del empresario de descentralizar puede ser causa de despido colectivo siempre que “se adecue a los criterios del artículo 51.1.II del ET”.

No obstante, lo cierto es que arraigó con fuerza la opinión de que, al no existir en nuestro ordenamiento un previsión específica para despedir por causa de descentralización productiva, a diferencia de lo que ocurre con otras situaciones: tales como reconversiones industriales, venta judicial de empresa, etc. (SOLÁ MONELL, X.: “El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva”, ob. cit.) había que aplicar el régimen general de extinción por causas empresariales a estos supuestos y no considerar la mera decisión de externalizar causa independiente de despido. Así: 1.- Por SOLÁ MONELL, X., en la obra arriba citada, se esgrimían dos razones: La primera, que era necesario para el juego de las causas empresariales de extinción del contrato que la empresa se hallase en situación de dificultad por problemas de rentabilidad o eficiencia y que la medida extintiva contribuyera a su superación, por ello, consistiendo

En conclusión, bajo la regulación legal anterior, desde la perspectiva de un sistema garantista como el nuestro, las extinciones/suspensiones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción quedaban configuradas como excepciones a la protección rígida y a ultranza de la figura del trabajador en aras a evitar el propio fin del sistema. Podría afirmarse que en orden a conciliar el principio de estabilidad en el empleo (en sentido amplio, esto es, entendido como derecho a la permanencia en el empleo y al mantenimiento de las condiciones laborales pactadas) con el fin productivo de la empresa⁹⁴ el legislador optó por hacer ceder al primero pero imponiendo dos límites fundamentales. Primero, la definición de las situaciones o motivos que justificaban la adopción de las medidas y segundo, la determinación de las medidas mismas o remedios (mecanismos de distinta intensidad: movilidad funcional, art 39.1 ET, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de

la descentralización en un mero desplazamiento de actividades al exterior de la empresa debían ser las circunstancias que la acompañan y no la descentralización en sí misma las que determinasen la existencia o no de causa de despido. La segunda, es que entender que la decisión descentralizadora legitimaba por sí misma para la extinción suponía -utilizando palabras de LÓPEZ GÓMEZ, JOSÉ M^a -“*eleva a la categoría de causa la mera voluntad del empresario*”, lo cual, sería contrario a los principios de buena fe, no abuso de derecho, y a la prohibición de fraude de ley. 2.-En el mismo sentido, SORIANO CORTÉS, D. (“La incidencia del despido por causas económicas y empresariales en el marco de las contrata” en *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. Nº 2-2007), indicaba que “*no cabe inferir que tal práctica descentralizadora tenga legitimación suficiente para amparar por sí misma el despido*”(…) , “*ya que nuestro ordenamiento no la contempla expresamente como causa de despido, ni tampoco contiene un procedimiento especial para tales supuestos* (...)”. Ambos autores se refirieron a las SSTS de 21 de marzo de 1997 y 30 de septiembre de 1998 (RJ 1997/2615 y 1998/7586) como justificativas de su posición al señalar: “*únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisivo que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial*”.

⁹⁴ MONTOYA MELGAR, A.:“Contrato de Trabajo y economía (Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como fundamento legal de las extinciones, suspensiones y modificaciones de las relaciones de trabajo)”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 8.1998.

las condiciones de trabajo, arts. 40 y 41 ET, cese temporal o suspensiones, 47 ET y cese definitivo o extinción, arts. 51 y 52c ET).

Se trataba, en definitiva, de evitar que la rigidez absoluta del sistema de protección de derechos laborales individuales bloquease la salida a situaciones de crisis con los consiguientes efectos negativos sobre la existencia de la propia empresa, el empleo en la misma y para la economía, en general.⁹⁵

⁹⁵ Si examinamos bien los fines señalados podemos desentrañar de todos ellos un mismo denominador común: todos ellos tienden a la protección y salvaguarda de la empresa. Este dato constituye, bajo mi punto de vista, el verdadero elemento diferencial de la **naturaleza jurídica** de la extinción del contrato de trabajo por causas empresariales. Sin ello, el estudio de las extinciones del contrato de trabajo por estas causas no diferiría en gran medida del esquema de extinción de un contrato civil por circunstancias sobrevenidas y creo -como ocurre en tantas otras ocasiones- que hay en el ámbito laboral unos elementos característicos en estas extinciones que las diferencian claramente de las que podrían ser objeto de estudio por la doctrina civil. Estos elementos tienen que ver -aparte de con el tradicional y peculiar desequilibrio en la relación laboral entre los sujetos que la integran que requiere de una ordenación jurídica tuitiva-, sobre todo, con el hecho de que aquélla tenga lugar en el seno de la empresa y el que esta última haya sido dotada de un nivel máximo de protección por nuestro legislador. En efecto la consideración de la empresa como elemento esencial de nuestro sistema económico y social implica la orientación de las extinciones por estas causas estudiadas no ya a la protección directa de la persona del trabajador -y al blindaje de su contrato de trabajo- sino a flexibilizar los mecanismos de ruptura siempre que estén ordenados a un fin esencial: la conservación de la empresa y del empleo; protegiendo de este modo, indirectamente, también los intereses de trabajadores y de la sociedad en general. Dicho fin consistiría en *la salvaguarda de la empresa* y con ello -como es fin general tradicional del derecho laboral- la protección indirecta del trabajador, considerado en su conjunto, a través del mantenimiento del volumen de empleo. La persecución de dicho fin constituiría también un beneficio para la sociedad y la economía en general (dentro de cuya estructura el elemento “*empresa*” es considerado como básico y esencial) y, por ello, recibe del legislador un tratamiento especial y se le orientan una serie de medidas flexibilizadoras -como las que nos ocupan- en orden a garantizar su defensa y permanencia ante situaciones de grave riesgo. En este sentido, la propia EE.MM. de la Ley 11/1994 contenía claros ejemplos de la configuración de la “*empresa*” como elemento clave de todo el sistema a cuya salvaguarda sirve el despido por causas empresariales:“(…)Cuando la necesidad de extinción tiene carácter colectivo y se encuentra basada en crisis de funcionamiento de la actividad empresarial, en ella confluyen elementos de trascendental importancia, vinculados tanto a los derechos de los individuos como a

Ello suponía excepcionar bienes jurídicos individuales en pro de intereses colectivos o sociales y, por ello, al operar por vía de excepción, en un principio, estos mecanismos debían aplicarse restrictivamente, sólo en caso de crisis económica (causas económicas) o en la fase inmediatamente previa a la crisis (causas técnicas, organizativas o de producción) pero no como medio para mejorar resultados individuales pues se entendía que ello podría suponer eliminar, de facto, todo el sistema de garantías vigente frente al despido.

Pese a una corriente jurisprudencial más reciente⁹⁶ que propugnó una aplicación de estas causas con mayor laxitud y pese a la tendencia cada vez más flexibilizadora de las sucesivas modificaciones legislativas, lo cierto es que la extinción o suspensión por las causas estudiadas, de *lege data*, continuaba configurada como una excepción y no como una norma aplicable con el único fin de mejora de la competitividad.

Ocurría así que la consideración de algunas sentencias de que la mera decisión empresarial de descentralizar, dado que producía duplicidad de actividades para una misma función, o que por el simple hecho de reducir costes, al favorecer la competitividad de la empresa y tender por ello a su viabilidad, justificaba el despido objetivo por causa organizativa en caso de descentralización, no encajaba sin dificultades en el texto y conjunto sistemático de la ley entonces vigente.

las posibilidades de supervivencia de las empresas, los cuales, según las soluciones que se adopten, pueden llegar a afectar, en épocas de especiales dificultades, a la propia viabilidad, incluso, de los sistemas económicos y sociales". "Se trata, en definitiva, de garantizar los elementos básicos de competitividad de una empresa, haciendo posible que las decisiones rescisorias, adoptadas con sometimiento a procedimientos legales puedan llevarse a cabo con la finalidad precisamente de mantener en el futuro la pervivencia de la empresa".

⁹⁶ Véase en el punto 3.

Los recientes tiempos de crisis, el entorno económico cada vez más competitivo, y la necesidad adaptación de nuestro sistema jurídico a las exigencias y tensiones generados por ambos forzaron a una interpretación flexible que hubiera podido admitirse respecto al alcance o la extensión de las causas e incluso en relación a temas procedimentales pero, más allá de ese ámbito, resultaba contradictoria con el conjunto de la regulación anterior y planteaba la necesidad, para tal fin, de la modificación legislativa y el cambio de sistema. Esto ha sido lo que, progresivamente, se ha llevado a término, primero parcialmente a través de la reforma laboral de 2010 y, posteriormente, de manera definitiva por la de 2012.

2.2. La nueva caracterización proactiva de las causas técnicas, organizativas y productivas de extinción del contrato de trabajo

Todo este panorama ha cambiado radicalmente tras las reformas laborales de 2010 y 2012, tras las cuales solo en el caso de las causas económicas la adopción de la medida extintiva aparece configurada para los casos de pérdidas, en cierto modo e indirectamente, como una medida reactiva frente a previas situaciones “patológicas” de la empresa, mientras que el resto de causas extintivas ya no vienen condicionadas a la existencia de dificultades o problemas previos ni orientadas al cumplimiento de un fin concreto. Vienen a equipararse, así, las extinciones por estas causas a lo previsto en relación a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y medidas de movilidad interna para las que, tradicionalmente, sólo se ha exigido que la adopción de la decisión empresarial estuviera orientada a mejorar la competitividad o eficiencia de la empresa.

Por tanto ahora, sin perjuicio la existencia de situaciones económicas negativas determinantes de causa económica o de la apreciación de otras posibles causas, en los casos de descentralización productiva queda más clarificado que ya no será preciso referirse a dificultades o problemas previos sino que la causa organizativa de despido objetivo podrá estar constituida por la propia medida descentralizadora en sí misma (la cual implicará siempre por sí misma los *cambios en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción* que la ley exige únicamente ahora)⁹⁷ y sin necesidad de que la misma esté orientada ya al cumplimiento de fin alguno.

⁹⁷ Cabe resaltar la semejanza de estas expresiones utilizadas por la Ley tras la reforma de 2012 con las empleadas antes por las SSTS de 14 de junio de 1996 (RJ 1996/5162) y de 6 de abril de 2000 (RJ 2000/3285), respectivamente, al referirse a “*los sistemas y métodos de trabajo del personal*” y “*al ámbito de los sistemas o métodos de trabajo que configuran la estructura de la empresa en una organización racional de los mismos*”. Como veremos en el punto 3 al abordar el estudio de las sentencias

Del mismo modo, al haber desaparecido la referencia legal a la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo que se contenía en el art. 52c) ET y al haberse homogeneizado los presupuestos habilitantes y suprimido la diferenciación de los fines -o más bien en sí misma la necesidad de éstos- de las medidas propuestas por los arts. 39, 40, 41, 47 y 49, ya no cabe defender su configuración escalonada y el carácter de “última ratio” de la medida extintiva sino que el empresario que pretenda una descentralización de sus actividades podrá elegir libremente entre ellas y priorizar -si así lo estima- el recurso a las medidas extintivas frente a otras, como suspensiones contractuales, movilidad geográfica, funcional o modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y reducciones de jornada.

Del mismo modo, al no ser precisa desde 2010 la justificación de la “*necesidad de amortizar*” los puestos de trabajo, tampoco impedirá la procedencia de la extinción el hecho de que en la misma empresa pudieran existir otras vacantes (en las que no tendrá porqué intentarse con carácter previo el acomodo de los trabajadores a despedir) o que pudieran crearse otros puestos que, simultánea o posteriormente, pasen a cubrirse con la contratación de nuevos trabajadores.

Esta nueva realidad en el tratamiento legal de estas situaciones es el resultado de un proceso de flexibilización que se iniciaba con la reforma de 2010 a través del **RDL 10/2010, de 16 de junio** y después la **Ley 35/2010, de 17 de septiembre**, y alcanzaba su culminación con la reforma laboral de 2012, mediante el **RDL 3/2012, de 10 de febrero** y la posterior **Ley 3/2012, de 6 de julio**.

anteriores a estas reformas, no solo estas expresiones cuentan con inspiración jurisprudencial, sino que también la consideración de la medida descentralizadora misma como determinante de la extinción e incluso el rechazo a la equivalencia de la necesidad de amortizar los puestos de trabajo con una configuración escalonada de las distintas medidas disponibles para el empresario cuentan con precedentes claros en determinadas tendencias de la jurisprudencia previa estas reformas, pero lo que ocurre es que ahora estas posiciones interpretativas –que, a mi modo de ver, no encajaban con facilidad en la anterior redacción del ET- encuentran ya un claro respaldo en el texto legal y alcanzan así su confirmación y acomodo definitivo.

2.2.1. La reforma del Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio

Por Real Decreto-Ley 10/2010⁹⁸ se introdujeron en el texto del ET dos modificaciones principales que afectan a nuestra materia:

1.- En primer lugar, la desconexión de las causas empresariales de extinción de los fines legales a los que antes se hallaban sujetas. En efecto, las causas económicas a que el art. 51.1 ET se refiere, ya no se vinculan a la *superación* de situaciones económicas negativas sino que basta con que éstas se desprendan de los resultados de la empresa, exigiéndose únicamente la necesidad de acreditar tales resultados y *“mínimamente”* la razonabilidad de la decisión extintiva. Lo mismo ocurre con las causas técnicas, organizativas y productivas de las extinciones colectivas a que se refiere el art. 51.1 ET para las cuales frente a la finalidad antes exigida de garantizar la viabilidad de la empresa y del empleo en la misma ya sólo se requeriría justificar *“mínimamente”* la razonabilidad de decisión extintiva bastando con que con ello se consiga mejorar la situación de la empresa o, preventivamente, evitar una evolución negativa de la misma.

⁹⁸ El art. 51.1 ET pasó a definir las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción del siguiente modo: *“Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva”*. *“Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a mejorar la situación de la empresa o a prevenir una evolución negativa de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”*.

Parece pues que el legislador optó por residenciar la valoración de la validez de estas causas extintivas en un juicio de mínima razonabilidad de las mismas desconectado totalmente, en el caso de las económicas, de la necesidad de consecución de fines y, para las restantes causas, relacionado con la consecución de unos fines mucho más laxos que los anteriores pues se pasó respecto a ellos de objetivos tan exigentes como la garantía de viabilidad de la empresa y el empleo a la simple contribución a *cualquier* mejoría o a la prevención de *posibles* evoluciones negativas.

Por otro lado, en cuanto a la cuestión relativa a la definición de las causas se desaprovechaba la oportunidad de trazar una delimitación precisa de las mismas que pusiera fin a las disquisiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre este particular.

Así, en efecto, las causas económicas existirían cuando los resultados de la empresa evidenciaran una situación económica negativa de la misma⁹⁹ pero

⁹⁹ Tradicionalmente, la jurisprudencia entendió por **causa económica** “*aquella que opera en el ámbito de los resultados de la explotación*” (STS de 14 de junio de 1996, RJ 1996/5162) que se traduce en “*pérdidas de entidad suficiente*” (STS de 24 de abril de 1996, RJ 1996/5297, STSJ La Rioja de 2 de mayo de 1995, RJ 1791/1995) debiendo tratarse de una situación económica negativa “*objetiva, real y actual*” (STS de 27 de febrero de 1998, RJ 1998/2256). En efecto, en su concepción tradicional, la causa económica legal equivalía a una situación crítica, de gravedad extrema, caracterizada por la existencia de pérdidas, constantes y ascendentes, que pusieran en peligro la supervivencia de la empresa misma (STSJ de Cantabria de 5 de diciembre de 1994, AS 1994/4881 y STSJ de Galicia de 8 de febrero de 1995, AS 1995/584). Como ejemplos de situaciones fácticas que se han admitido como determinantes de causa económica encontramos: resultados negativos en las cuentas de balance (STS de 14 de junio de 1996, RJ 1996/5162) o en la cuenta de resultados, problemas de tesorería en la empresa o la reducción sensible de beneficios.

Dada la gran variedad de estructuras empresariales se ha solido plantear la cuestión de cuál debe ser **la extensión** de estas situaciones, esto es, si deben extenderse a la totalidad de la empresa o basta con que afecten a uno o algunos de sus centros de trabajo. Cuando se trata de causas económicas, la STS de 14 de mayo de 1998 (RJ 1998/4650) entendió que: “*de tener la empresa varias secciones autónomas o diversos centros de trabajo, para declarar la procedencia de los despidos objetivos por causas económicas ex art. 52c) ET, la situación económica negativa debe afectar a la*

sin que, nuevamente, se especificase si estos resultados exigirían la presencia de pérdidas, disminución continuada en los beneficios o bastarían, simplemente, disminuciones puntuales.¹⁰⁰

empresa en su conjunto”, lo cual se justifica en el hecho de que si bien el Tribunal no aceptaría la aplicación de estas medidas si las situaciones negativas sólo afectan a centros de trabajo concretos tampoco rehusaría su aplicación en los casos en que la situación de la empresa sea negativa globalmente por el hecho de que uno o varios centros de trabajo puedan tener resultados positivos.

¹⁰⁰ En lo que se refiere a esta causa habitualmente se ha planteado la cuestión de si realmente esas situaciones deben ser de una gravedad tal que impliquen necesariamente *la existencia de pérdidas*. Así, se discutió si, además de las pérdidas, existen otras situaciones que puedan dar lugar a causa económica pero incluso también la equivalencia misma entre pérdidas y causa económica (así la STSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2007. En contra, la STS de 11 de junio de 2008, RJ 2008/3468). Concretamente, un importante sector doctrinal y jurisprudencial entendió que la expresión legal “*contribuir a superar situaciones económicas negativas*” no es sinónimo de pérdidas y cabe entenderla referida también a los casos de disminución de beneficios: Admiten la mera caída de beneficios como situación económica negativa las SSTSJ de Castilla y León de 29 de noviembre de 1994 (AS 1994/4441) y de Cataluña de 4 de septiembre de 1996 (AS 1996/3635), entre otras. Es particularmente destacable, a estos efectos, la posición de DESDENTADO BONETE, A. quien en “Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico”, ob. cit. (págs. 78, 79 y 80), se refería a la conveniencia de abordar este problema desde la perspectiva concreta del provecho del contrato y no desde la visión general, a nivel empresa, habitual en el análisis de este punto en nuestro sistema. Por contra, otra facción doctrinal y jurisprudencial se apoyó en el hecho de que la ley se refiera literalmente a “*superar*” y no a “*mejorar*” estas situaciones para restringir el alcance de la causa económica a las situaciones de pérdidas. Son múltiples las sentencias de suplicación que sobre la base criterio *pérdidas* definen las causas económicas como: las que actúan sobre el resultado de la gestión empresarial, sobre su equilibrio de ingresos y gastos, de costos y beneficios y, en definitiva, pérdidas, no simple disminución de beneficios empresariales (STSJ de Murcia de 17 de Julio de 1995, AS 1995/2827), o como un concepto jurídico indeterminado que engloba los supuestos empresa sujetas a pérdidas (STSJ del País Vasco de 4 de abril de 1995, AS 1995/1402), o como las situaciones en equidistancia entre la protección del lucro empresarial y la importante crisis que imposibilita el reflotamiento (STSJ de Cataluña de 30 de junio de 1995, AS 1995/2436). No se admitió la causa cuando no se han producido pérdidas sino beneficios inferiores a anteriores ejercicios (STSJ Cantabria de 5 de diciembre de 1994, AS 4881/1994), STSJ de Galicia de 8 de febrero de 1995 (AS 584/1995) y STSJ de Andalucía de 4 de octubre de 1994 y la de Navarra de 10 de octubre de 1995 (AS 1995/3612). También la STSJ País Vasco de 20 de junio de 1995 (AS 1995/2523) dijo que al quedar

Lo único que parecía claro por la referencia expresa de la ley a los **resultados** es que no serían suficientes descensos en los niveles de facturación sino tuviesen incidencia en la cuenta de pérdidas y ganancias de la empresa.

Por su parte, las causas técnicas, organizativas y de producción quedarían definidas, con incorporación de la jurisprudencia precedente, por la presencia de cambios en los medios o instrumentos de producción,¹⁰¹ en el ámbito de los

constancia de las pérdidas se evidencia la situación negativa y la de Andalucía de 5 de julio de 1995 (AS 1995/2976) que la disminución de beneficios no es situación económica negativa. Según la STS de 6 de abril de 2000 (RJ 2000/3285), la causa económica exige siempre una situación negativa, lo cual no se exige respecto de las demás causas que están desvinculadas de la existencia de pérdidas o resultados económicos desfavorables pese a que la propia sentencia reconoce que las otras causas también tienen un fuerte componente económico pues se dan en el seno de empresas que siempre tienen un fin económico. Así, existe una importante corriente doctrinal que entiende que la diferencia se encontraría en que la alegación de causa económica procede cuando la empresa ya se encuentra en crisis de resultados, mientras que las restantes causas serían alegables en una fase previa a la crisis en sentido estricto, esto es, *con carácter preventivo* (de ahí que tengan también carácter económico pero de modo indirecto). Otro criterio de distinción podría ofrecerse, conforme señala la jurisprudencia, en base a que la causa económica afectaría a lo relativo a la *rentabilidad* de la empresa y las demás causas a lo referente a la *eficiencia* de la misma.

¹⁰¹ En efecto, por **causa técnica** la jurisprudencia había entendido tradicionalmente la que “se refiere a la esfera o ámbito de los medios o instrumentos de producción”, por posible “*vejez o inutilidad total o parcial de los medios de producción*” (STS de 14 de junio de 1996, RJ 1996/5162 y de 6 de abril de 2000, RJ 2000/3285). Así, siguiendo a FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M., (“Extinción de la relación de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas: un análisis jurisprudencial”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. 2002) podemos ejemplificar casos admitidos jurisprudencialmente como causa técnica: la adquisición de un microordenador en la empresa (STS de 5 de febrero de 1985), de una máquina registradora-facturadora (STS de 11 de noviembre de 1987) o la instalación de un portero automático (STS de 21 de febrero de 1991). Asimismo, la sustitución de un vigilante por la implantación de un sistema de alarmas (S. Juzgado 1 de Móstoles de 15 de marzo de 1995) o el despido de un Jefe del Departamento de informática de una empresa que instala un programa informático que únicamente requiere de un operador para su mantenimiento (S. Jdo. 33 de Madrid de 11 de octubre de 1995). En cualquier caso, no debe ser confundida esta causa de extinción que supone la amortización de puestos de trabajo objetivamente por motivos técnicos con las extinción prevista en el

sistemas y métodos de trabajo¹⁰² y en el de los productos y servicios, respectivamente.¹⁰³

art. 52b) ET por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas incorporadas en su puesto de trabajo (STSJ de Navarra de 24 de noviembre de 1995, AS 1995/4099). Concurrirá la causa técnica cuando estemos ante una situación mejorable instrumentalmente y, aun con resultados económicos positivos, la organización de los recursos puede ser mejorada en aras la viabilidad y el empleo futuros (STSJ de La Rioja 2 de mayo de 1995, AS 1995/1791). Como ejemplo de situaciones determinantes de causa técnica, asimismo, se pueden señalar: retraso tecnológico respecto a los competidores (STS de 14 de junio de 1996, RJ 1996/5162) u otras.

¹⁰² Por **causa organizativa** ha solido entenderse la que afecta a *“los sistemas y métodos de trabajo del personal”* o, en otros términos, *“al ámbito de los sistemas o métodos de trabajo que configuran la estructura de la empresa en una organización racional de los mismos”* (STS de 14 de junio de 1996, RJ 1996/5162 y de 6 de abril de 2000, RJ 2000/3285, respectivamente). Es decir, aquellas necesarias para *“la mejor coordinación de medios y personas, que contribuyan a mejorar la viabilidad y el empleo”* (STSJ de La Rioja 2 de mayo de 1995 (AS 1995/1791). En el mismo sentido de exigir el fin de viabilidad y el empleo y no la simple adopción de un sistema organizativo de mayor racionalidad podemos citar la STSJ de Cataluña de 19 de octubre de 1995 (AS 1995/4007) y la STSJ de País Vasco de 21 de julio de 1995 (AS 1995/3151) y a diferencia de las técnicas no requieren inversión en nuevos bienes de capital. Podrían determinar causa organizativa: la escasa productividad del trabajo (STS de 14 de junio de 1996. Por las sentencias de suplicación se ha exigido que la expresión de esta causa debe comprender una descripción de las deficiencias observadas y la conexión de la medida extintiva con la eliminación de las mismas, STSJ de Asturias de 26 de mayo de 1995, AS 1995/1822) y, en general, todas aquellas que toman en consideración la gestión y empleo de la propia fuerza de trabajo o la combinación de los factores productivos, en general. Concretamente, la causa organizativa se ha identificado tradicionalmente también con los supuestos de extinción motivados por procesos de descentralización productiva.

¹⁰³ Finalmente, en relación a la **causa productiva** las sentencias se refirieron a lo relativo a los *“productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”* o *“las que inciden sobre la capacidad de producción de la empresa para ajustarla a los eventos del mercado, y corresponde a la esfera de los productos y servicios de la empresa”* (STS de 14 de junio de 1996 y de 6 de abril de 2000, respectivamente). Para algunos autores constituyen una subclase diferenciada de las económicas y consistirían, básicamente, en aquellas medidas que adopte la empresa con el objeto de ajustar su volumen de producción de bienes o servicios al demandado por el mercado. Serían determinantes de causa productiva la obsolescencia o pérdida de cuota de mercado de los productos o servicios y, en general, lo que afecta la relación entre precios y costes (STS de 14 de junio de 1996, RJ 1996/5162).

Por tanto, a la vista de lo anterior, parece que una vez acreditado el acaecimiento de cualquier circunstancia que afectase a los resultados de la empresa o a los ámbitos mencionados para las causas técnicas, organizativas o productivas¹⁰⁴ se posibilitaría la procedencia del despido colectivo en la práctica totalidad de los casos, dado que sin necesidad de que los despidos contribuyeran a determinados fines o, en su caso, debiendo contribuir a fines muy débiles, la medida aparecería como justificada con el único requisito real de que ésta fuera mínimamente razonable.¹⁰⁵ Aspecto este último –el de la mínima razonabilidad- en el cual el legislador iba, incluso, más allá de la tendencia jurisprudencial más flexible que, interpretando la normativa anterior a la reforma, sólo exigía que el empresario demostrase que la medida tuviera razonablemente el efecto de *contribuir* a los fines legales “*de acuerdo con las reglas de experiencia reconocidas en la vida económica*”,¹⁰⁶ pues, como acabamos de ver, en la práctica, tales fines habrían desaparecido ahora.

¹⁰⁴ En cuanto al punto relativo al **ámbito o extensión** de las causas técnicas, organizativas o de producción, el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de febrero de 2002 (RJ 2002/3787) señala: “*La necesidad de tratar de distinta manera unas y otras causas de extinción del contrato la ha puesto de relieve el propio legislador, en cuanto que ha introducido un factor diferencial para las causas económicas, por un lado, y para las técnicas, organizativas o de producción, por otro, en relación con la finalidad perseguida con la puesta en práctica de una u otras causas; las económicas tienen como finalidad contribuir a la superación de situaciones económicas negativas que afectan a una empresa o unidad productiva en su conjunto. Cuando lo que produce es una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afectan y se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, pero que no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en que la patología se manifiesta, el remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes (...)*”. También las SSTS de 19 de marzo de 2002 (RJ 2002/5212) y 21 de julio de 2003 (RJ 2003/7165).

¹⁰⁵ Así se desprendía del nuevo apartado 6, párrafo 2º in fine, del artículo 51 ET cuando el legislador señalaba que “*La autorización procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda que concurre la causa alegada por el empresario y la razonabilidad de la medida en los términos señalados en el apartado 1 de este artículo*”, obviando cualquier referencia a los fines a diferencia de lo que ocurría en la redacción anterior de este mismo apartado.

¹⁰⁶ STS de 24 de abril de 1996 (RJ 1996/5297) y STS de 14 de junio de 1996 (RJ 1996/5162).

Habría triunfado, pues, tras la reforma del RDL, aquella opción según la cual bastaría para la validez de estas medidas su mínima racionalidad económica o -lo que es lo mismo- que sería suficiente, por lo general, para justificar su procedencia la mera reducción de costes que la extinción del contrato de trabajo supone para la empresa, como el propio legislador parecía tratar de impulsar a interpretar al emplear expresamente el término “*mínimamente*”.

2.- La segunda gran novedad es el tratamiento que el nuevo artículo 52c) ET otorgaba a las extinciones objetivas no colectivas. Según el nuevo texto éstas procederían: «c) *Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo*”. Con lo cual **desparecían aquí las referencias a la necesidad de amortizar los puestos de trabajo, a la superación de situaciones económicas negativas o de las dificultades que afectasen al buen funcionamiento de la empresa** que aparecían en el texto anterior a la reforma –y que ya entonces parecían requisitos flexibles- bastando ahora, simplemente, con que concurra alguna de las causas previstas en el art. 51.1 ET. Cabe destacar el hecho de que en este artículo no se produzca una remisión completa a la regulación contenida en el artículo 51.1 ET sino sólo a la concurrencia de causa lo cual podría inducir a pensar, incluso, que para estas extinciones bastaría con que se acreditase la existencia de la misma en los términos en aquél especificados pero sin que fueran exigibles, ni siquiera, la mínima razonabilidad de la medida ni la contribución, en el caso de las causas técnicas, organizativas o productivas, a los laxos fines que, como comentábamos, sí se exigían para los despidos colectivos.

2.2.2. La reforma tras la Ley 35/2010, de 17 de septiembre

A primera vista, la tramitación como Proyecto de Ley del contenido de la reforma operada inicialmente por el RDL 10/2010, de 16 de junio, que culminó con la promulgación de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre (BOE de 18/09), parecía implicar un pequeño retroceso o cierta rectificación del fuerte impulso flexibilizador efectuado por aquel RDL en lo que a la definición de las causas objetivas de extinción se refiere, si atendemos a las novedades que fueron introducidas en el texto del ET.¹⁰⁷

Como elemento común, destaca significativamente la eliminación para ambos tipos de causa de la expresión “*mínimamente*” que en el texto anterior acompañaba a la razonabilidad que debía caracterizar a estas medidas extintivas para poder ser juzgadas procedentes y que evidencia cierta voluntad del legislador de evitar la admisibilidad general y sin condiciones de cualquier situación como justificativa de estas extinciones a la que -como comentaba más arriba- podía llevar la interpretación del texto introducido inicialmente por el RDL.

¹⁰⁷ En efecto, según la nueva redacción: “*Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado*”. En cuanto a las causas técnicas, organizativas o productivas el ET, tras la Ley 35/2010, pasó a exigir que “*la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda*”.

Este mismo deseo también quedó plasmado también en la definición individualizada y requisitos que se especificaron para cada grupo de causas. Así:

1.- Por lo que se refiere a las causas económicas, se incorporaron soluciones para algunas de las carencias que advertía más arriba en lo que se refiere a la definición de lo que por **situación económica negativa** debe entenderse, pues pasó a detallarse que ésta puede darse tanto en caso de pérdidas (actuales o previstas) como de disminución persistente de ingresos.¹⁰⁸ Resulta significativo en cuanto a las pérdidas, que además de las *actuales* pasaran a admitirse también las *previstas*, pues mientras las primeras son hechos reales y objetivos, las segundas incluyen un elemento claramente valorativo que puede jugar como una puerta abierta a una amplia admisibilidad de supuestos procedentes.

Asimismo, resulta destacable el hecho de que la situación económica negativa se definiera también por una disminución persistente (no puntual) del nivel de ingresos con lo cual, a diferencia de lo dicho para las pérdidas, quedaba excluida la admisibilidad de las disminuciones de ingresos *previstas* puesto que sólo será posible otorgarles carácter persistente, a posteriori, una vez haya podido comprobarse que estas disminuciones han tenido lugar repetidamente, pero no de antemano.

Pese a lo anterior este segundo supuesto resulta más amplio que el anterior por cuanto se refiere a disminuciones persistentes de ingresos pero no necesariamente de beneficios. En efecto, resulta muy sorprendente comprobar cómo, pese a que el debate jurisprudencial y doctrinal se encontraba circunscrito a la admisibilidad de las caídas de beneficios como posible elemento configurador (además de las pérdidas) de lo que legalmente podía entenderse por situación económica negativa, la reforma terminó resolviendo el

¹⁰⁸ Pese a que en el texto legal vengán precedidos de la expresión “tales como”, los casos señalados parece que deben entenderse como enumeración taxativa y no ejemplificativa, ya que si no hubiera sido intención del legislador acotar los casos subsumibles en el concepto de situación económica negativa bien podría haberse mantenido el texto con la indefinición que lo había dejado el RDL 10/2010.

problema con un paso de mayor alcance: la admisibilidad de las meras caídas, aun persistentes, de ingresos sin precisarse que éstas tengan si quiera que tener incidencia sobre los niveles de beneficios. Ello conlleva que, con la nueva redacción legal, puedan entenderse en situación económica negativa aquellas empresas que por reducción de actividad, facturación o ventas obtengan menor volumen de ingresos aun cuando, paralelamente, por aumentos de precios, márgenes o disminuciones de costes y gastos consigan mantener o incluso incrementar sus beneficios.¹⁰⁹

A la vista de estas consideraciones es posible juzgar que el mayor esfuerzo definidor del legislador en los aspectos hasta ahora comentados, a diferencia de lo que hubiera podido esperarse, no se traducirá en una mayor restricción de los supuestos admisibles como situación económica negativa sino que más bien producirá el efecto contrario. Claro corolario de ello será la admisibilidad, por hipótesis, con la nueva normativa en la mano de la existencia de situaciones económicas negativas “legales” en empresas sin pérdidas (pues éstas pueden ser no actuales sino previstas) e incluso con beneficios o con incrementos de beneficios (siempre que los ingresos sean persistentemente menores).

Otra cosa podría pensarse, por otro lado, inicialmente, a la vista de lo que aparecía como la reintroducción del elemento finalista en el tenor legal del artículo 51.1 ET cuando, tras la Ley 35/2010, éste quedó referido a la virtualidad de las situaciones económicas negativas de las empresas “para afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo”, en la medida en que ello hubiera podido interpretarse como el retorno de la

¹⁰⁹ Esto último vino a confirmarse posteriormente con el reforma laboral de 2012. En efecto, entre las medidas introducidas como innovadoras por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, destacó la admisibilidad de las disminuciones de ventas en 3 trimestres continuados a efectos de la procedencia de las extinciones objetivas lo cual, sin embargo, no constituye realmente especial novedad sino mera especificación de una posibilidad (la extinción objetiva procedente por la mera disminución de facturación sin que sea necesaria la presencia de pérdidas o caída de beneficios) que -como hemos visto- ya se deducía de la anterior reforma de 2010.

exigencia legal de garantía de la viabilidad de la empresa y el empleo como requisito para la admisibilidad de estas medidas extintivas.

Sin embargo, esta apreciación debe ser rechazada por varias razones. En primer lugar, porque en el texto anterior a la reforma de 2010 este elemento finalista venía exigido en relación a las causas técnicas, organizativas y productivas pero no para las económicas respecto de las que bastaba con que trataran de superar situaciones económicas negativas. No parece plausible que ahora el legislador pretendiera imponer requisitos tan exigentes para las causas económicas que, por su propia naturaleza, quedan referidas a situaciones más graves –consiguientemente bloqueándolas aún más- y, a su vez, los hiciera desaparecer para las restantes causas que, tradicionalmente -y tras la reforma también en el texto legal-, se configuran con carácter preventivo y, por tanto, de por sí operan más flexiblemente y se hacen, por ello, susceptibles de mayores limitaciones.

Pero, sobre todo, por una segunda consideración. Principalmente porque, bajo mi punto de vista, la reaparición del elemento finalista no se produjo realmente en este lugar del texto legal si no en el inciso final cuando el legislador valoró la razonabilidad de *la decisión extintiva* por referencia a su virtualidad “*para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado*” de modo similar al que, paralelamente, para las causas técnicas, organizativas y productivas, ya se venía exigiendo, desde el RDL 10/2010, la razonabilidad de la medida extintiva “*para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda*”.

En efecto, mientras la virtualidad para afectar a la viabilidad o a la capacidad de mantener el volumen de empleo quedó referida en el texto legal a la definición de las situaciones económicas negativas, la finalidad de preservar o favorecer la posición competitiva en el mercado se relacionó con la razonabilidad de la decisión extintiva. Por lo que puede deducirse que la mención a la viabilidad y capacidad para mantener el volumen de empleo se empleaban aquí como

criterios calificativos o descriptivos de las situaciones económicas negativas legalmente válidas, debiendo tratarse de aquellas de una gravedad tal que, habitualmente -pero no necesariamente-, producen efectos sobre los ámbitos de la viabilidad y/o el empleo y no de cualquier situación, pero no pudiendo entenderse como requisitos finalistas de las medidas extintivas que, en caso de causa económica, quedaban sujetas a fines mucho más laxos, como eran preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado.¹¹⁰

Se trataría, en definitiva, de un nuevo intento de matización de la impresión de excesiva amplitud provocada por la redacción del RDL 10/2010, tratando de corregirla y de evitar la percepción de admisibilidad de cualesquiera situaciones. A mi juicio, sin embargo, el debate entre flexibilizar abiertamente o matizar lo flexibilizado provocó aun una mayor ambigüedad en la redacción de este artículo y, lo que es peor, perdió de vista el que debió ser el objetivo primordial de la reforma: dotar de una verdadera claridad definidora al texto legal que asentase una auténtica seguridad jurídica en materia de extinciones a la vez que dotara de sentido y operatividad al conjunto de las medidas incorporadas por la reforma laboral de 2010.

2.- En cuanto a las causas técnicas, organizativas o productivas, además de la ya mencionada eliminación del término “*mínimamente*” en lo que se refiere a la valoración de la razonabilidad de las medidas extintivas, se alteraba con la Ley 35/2010 el orden de los fines -alternativos- a que éstas debían estar orientadas, pasando al primer lugar la prevención de evoluciones negativas de la empresa

¹¹⁰ Entendida así la referencia a la viabilidad de la empresa y a la capacidad para mantener el volumen del empleo -como meros elementos descriptivos de las situaciones negativas y no como requisitos finalistas de las medidas extintivas- se presenta como aún más vacuo el que fue uno de los principales puntos de discusión del debate parlamentario en la tramitación de la reforma como proyecto de ley que giró en torno al “famoso punto y coma” que separaba el supuesto de pérdidas actuales y previstas del de la disminución persistente de ingresos. CiU logró en el Senado que entre estas dos expresiones figurase un punto y coma, al considerar que, de este modo, la referencia a la viabilidad o a la capacidad de mantener el volumen de empleo se exigiría sólo en caso de disminución persistente de ingresos y no en el supuesto de pérdidas pero el PSOE, con el apoyo del PNV, consiguió recuperar la redacción inicial.

y apareciendo a continuación la contribución a mejorar la situación de la misma, en ese mismo intento de matización, ya comentado, por tratar (en el marco del paso flexibilizador iniciado por el RDL 10/2010) de moderar la radicalidad de la reforma, primando y resaltando aquellas expresiones de las que se desprendían exigencias más rigurosas y tratando de *tapar* o postergar aquellas que implicaban mayor laxitud, tales como la tan genérica referencia a *“mejorar la situación”* de la empresa. Si bien, con ello, no parecía conseguirse efecto práctico alguno habida cuenta de que el nuevo texto legal seguía siendo excesivamente oscuro y su interpretación más enrevesada -si cabe- y llena de matices que la del anterior.

Finalmente, respecto al artículo 52c) ET, cabe destacar la ausencia de modificaciones, con lo que éste siguió remitiéndose al artículo 51.1. ET en lo que a la concurrencia de las causas se refiere, con las consiguientes implicaciones que los cambios -que acabamos de comentar- operados por la Ley 35/2010 en el mismo para la definición de estas causas tendrían también sobre los despidos objetivos individuales/plurales. Sin embargo, se mantuvieron también, por ello, las dudas arriba expresadas a raíz del RDL en relación a la aplicabilidad a estos despidos de los requisitos de razonabilidad y orientación a los fines exigidos por el artículo 51.1 ET para los despidos colectivos en cuanto la remisión del art. 52 c) ET se refería exclusivamente a lo relativo a la concurrencia de causa y no a estos otros aspectos.

2.2.3. La reforma laboral de 2012

Todos estos problemas originados por la razonabilidad de la medida extintiva y su adecuación a unos fines determinados quedaron superados drásticamente con la reforma laboral de 2012, al **eliminar los elementos valorativos en la definición de las causas y suprimir el sometimiento a fines** de la misma.¹¹¹

Concretamente, el nuevo tenor de los arts. 51.1 ET y 52 c) ET, tras la reforma de 2012, que configura la redacción vigente en la actualidad, define las causas objetivas de extinción del siguiente modo: *“Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”*.¹¹²

¹¹¹ Dice el preámbulo de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que ésta *“se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre”*. (...) *tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos, cuanto para los despidos por causas objetivas ex artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores”*.

¹¹² Una de las novedades de la reforma de 2012 es la inclusión de las disminuciones persistentes de ventas junto a las disminuciones de ingresos -ya previstas en la reforma de 2010- y, asimismo, tras la Ley 3/2012 -pues no aparecía en su RDL predecesor- la introducción de la llamada *“cláusula de automaticidad”* según la cual siempre se considerarán *persistentes* aquellas disminuciones de ingresos o ventas que tengan lugar durante 3 trimestres consecutivos. Se da, pues, un nuevo paso de flexibilización en favor de una mayor admisibilidad de causas económicas en la medida en que ahora también podrán admitirse situaciones en las que no sólo no se hayan generado -ni previsiblemente se vayan a generar- pérdidas, sino también

“Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado” (Art. 51.1 ET)

Art. 52c): “Cuando concorra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo. Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado”.

Otra de las innovaciones reseñables de esta reforma se refiere al **idéntico tratamiento que reciben las suspensiones del contrato de trabajo** originadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, las cuales con arreglo a la normativa anterior venían enfocadas a la superación de situaciones de carácter coyuntural, mientras que en la nueva redacción del art. 47.1 ET ya no aparecen definidas con esta diferenciación respecto de las medidas extintivas, lo cual corrobora la total disponibilidad y elegibilidad tras la reforma –antes comentada- de las distintas medidas por parte del empresario

aquellas en las que los niveles de ingresos ordinarios se mantuvieran o incrementaran, si el volumen de ventas netas decreciera durante tres trimestres consecutivos: La SAN de 11 de marzo de 2013 (AS 2013/1138) especifica que las ventas a considerar (a diferencia de los ingresos que serán brutos) serán las netas, deducidas las bonificaciones y demás reducciones sobre ventas, así como el IVA y otros impuestos directamente relacionados con la mencionada cifra de negocios, que deban ser objeto de repercusión.

Por lo que se refiere al período de 3 trimestres consecutivos parece, a la vista del art. 4.4 del RD 1483/2012, -que se refiere en todo momento a la documentación *fiscal* justificativa- que deberá tratarse de trimestres fiscales (no naturales) e inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación del inicio del procedimiento de despido colectivo.

en pie de igualdad y no de forma escalonada en función de la intensidad de las situaciones a enfrentar.¹¹³

Destaca, asimismo, tras la reforma de 2012, la **supresión de la necesidad de autorización administrativa para el despido colectivo**. De acuerdo con el nuevo art. 51.1 ET, a la autoridad laboral se le reconoce un nuevo papel más limitado que se contrae a que:

- a) se le comunicará la apertura del periodo de consultas;
- b) será el enlace con la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social;
- c) velará por la efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir advertencias y recomendaciones a las partes que no supondrán la paralización ni la suspensión del procedimiento, así como realizar durante el periodo de consultas (a petición conjunta de las partes) las actuaciones de mediación que resulten convenientes para buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo y, con la misma finalidad, realizar funciones de asistencia a petición de cualquiera de las partes o por iniciativa propia;

¹¹³ Así lo confirma respecto a las medidas suspensivas que ahora comento la reciente STS de 17 de julio de 2014 (RJ 2014/5743) al señalar: “A la vista de ello, de la identidad formal de conceptos, todo invita a sostener que mediando la causa descrita, el empresario es el que debe decidir soberanamente si procede acudir a medidas extintivas [ERE] o meramente suspensivas [ERTE]; y aunque una racional interpretación sistemática de ambos preceptos induce a concluir que en principio los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales, en todo caso resulta claro que corresponde a la exclusiva gestión empresarial decidir si está en presencia de una situación meramente coyuntural o si para ella ya es estructural, de forma tal que el acudir a un ERE o a un ERTE viene a traducirse en un juicio de «oportunidad» que exclusivamente corresponde a la dirección de la empresa. Ello con la obligada exclusión de los supuestos de abuso del derecho o fraude de ley, que lógicamente no pueden encontrar amparo en una decisión que se presenta antijurídica; en el bien entendido de que esas excepciones han de ser objeto del correspondiente alegato y de cumplida prueba”.

d) y podrá, tras conocer el resultado del periodo de consultas, impugnar los acuerdos adoptados, pero ya no podrá resolver sobre la autorización o denegación de la medida extintiva.¹¹⁴

¹¹⁴ De esta manera se pone fin al intervencionismo administrativo en la autorización de decisión extintiva colectiva que contaba con arraigo histórico desde antaño en nuestro ordenamiento jurídico laboral. En efecto, ya desde la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 se reguló, en su artículo 76. 7ª, como causa de extinción del mismo la cesación de la industria, comercio, profesión o servicio fundada en crisis laboral o económica debidamente autorizada (a diferencia de lo que ocurría durante el período republicano el cese de la actividad no legitimaba por sí mismo para la extinción de los contratos sino que aquél debía estar basado en crisis laboral o económica y estar debidamente autorizado por la autoridad laboral) y, en su artículo 80, la suspensión por causa no prevista ni imputable al empresario cuando existan motivos fundados a juicio de la Administración Laboral. La intervención administrativa (regulada por Decreto de 26 de enero de 1944) suponía un verdadero control por la Administración de la existencia de causa legal, so pena de nulidad de la extinción o suspensión. La autorización administrativa era necesaria tanto para despidos colectivos como individuales, afectaba a los ceses totales y parciales y no quedaba limitada a crisis laborales o económicas sino que se extendía a los casos de fuerza mayor propia y extinción de la personalidad jurídica del contratante. Con ello quedó instaurado en nuestro país un auténtico sistema intervencionista sobre el régimen de despido por causas empresariales criticado, en no pocas ocasiones, por su rigidez pero que se ha mantenido, con modificaciones, hasta fechas recientes. Posteriormente, el Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo 17/1977, de 4 de marzo, trató de flexibilizar este intervencionismo, básicamente, mediante la introducción de una nueva figura extintiva: el despido individual por causas objetivas -actualmente regulado en el art. 52c) ET- que procedía cuando era necesario amortizar un puesto de trabajo por necesidades de funcionamiento de la empresa “cuando no proceda utilizar al trabajador afectado en otras tareas” (art.39), pero sin concretar en mayor medida las causas. A partir de este momento y en base a un criterio cuantitativo pasará a adicionarse al, hasta entonces, régimen regulador del despido colectivo (necesitado de autorización administrativa) el referido al nuevo despido objetivo individual articulado a través de la simple decisión empresarial sometida a control judicial posterior por el orden social. Finalmente, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, marcó las líneas fundamentales que han prevalecido hasta el reforma de 2012: A) Por un lado, mantuvo el esquema intervencionista clásico basado en la exigencia de autorización administrativa (so pena de nulidad de la extinción, pues el art. 124 de la Ley de Procedimiento Laboral, establecía que el órgano judicial declarararía nulo el acuerdo empresarial de extinción colectiva de los contratos si no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa) para el despido colectivo que contrastaba con el régimen previsto para el despido objetivo, que no requería dicha autorización. Este último no quedaba circunscrito sólo al que afectase a un solo puesto de trabajo (despido individual) sino que comprendía también los denominados “despidos colectivos

Parece, pues, que tras el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012 se ha dado un paso legislativo decisivo en la flexibilización de estas medidas extintivas –el cual presumiblemente terminará teniendo reflejo sobre las decisiones judiciales posteriores sobre este particular- que revertirá en la profundización del proceso de descausalización de nuestro sistema de extinción del contrato de trabajo, que a través de las distintas reformas y de las últimas interpretaciones jurisprudenciales ya tendía claramente a ello pero que, ahora, con mayor fundamento legal, puede conducir a vaciar de contenido real muchas de las previsiones del art. 49 ET y concordantes. Por cuanto bastará, en gran variedad de casos, con adoptar por el empresario la decisión de implantar cambios en la forma de organizar el trabajo o los sistemas productivos de la empresa –concretamente, en nuestro caso, será suficiente con la decisión empresarial de descentralizar/externalizar- para que quede automáticamente justificada la extinción por causa organizativa de los contratos de trabajo que se estimen necesarios para tal fin, con indemnizaciones reducidas de 20 días de salario por año trabajado (máximo 12 mensualidades), sin necesidad de mayores justificaciones y sin que sea necesaria ya la autorización de la autoridad laboral en el caso de los despidos colectivos.¹¹⁵

menores” o “plurales” en los que el número de extinciones se encontrase comprendido por debajo de los umbrales cuantitativos fijados por el art. 51.1 ET para el despido colectivo según el tamaño de la empresa. B) De otro lado, el despido colectivo no quedaba sometido necesariamente a la decisión heterónoma de la Administración sino que aquél quedaba sometido a un período de consultas entre empresario y representantes legales de los trabajadores y, en caso de acuerdo, se reconocía autonomía a éstos ya que la resolución de la Administración se limitaría a sancionar lo acordado y sólo en caso de desacuerdo en período de consultas la Administración decidía realmente sobre la procedencia de la medida.

¹¹⁵ Si bien esta conclusión ha venido, al menos inicialmente, matizada por las primeras sentencias aplicativas de la reforma, las cuales –como se verá más adelante al analizar la jurisprudencia correspondiente a este período- pese a la claridad del tenor del preámbulo de la Ley 3/2012 y del nuevo texto de los arts. 51 y 52c) ET, han venido exigiendo requisitos adicionales en términos de razonabilidad y adecuación de la medida empresarial, considerando insuficiente, a efectos de su validez, la única y mera concurrencia del supuesto de hecho legal si no queda demostrada su necesidad e idoneidad/proporcionalidad.

3. Evolución jurisprudencial

Paralelamente a las modificaciones legislativas y cambios en el tratamiento conceptual legal analizados en el apartado anterior, también en el ámbito de la doctrina judicial ha sido posible apreciar cierto proceso evolutivo, en ocasiones algo difuso y en muchos casos con pronunciamientos contradictorios. Con ello se ha evidenciado la tensión -ya comentada- entre un deseo notorio y generalizado de flexibilización que iba tratando de forzar al límite las interpretaciones de un texto legal que sólo en los últimos tiempos ha llegado a alcanzar una redacción con laxitud suficiente para tal fin, la cual irá haciéndose notar, presumiblemente, en el contenido cada vez más abierto y favorable de las sentencias más recientes.

3.1. Etapa inicial de admisión restrictiva

Según ESTEVE SEGARRA,¹¹⁶ tres elementos sirvieron de base a la jurisprudencia inicialmente para una admisión restrictiva¹¹⁷ del despido en los casos de descentralización productiva:

¹¹⁶ en “El despido objetivo por causas organizativas en supuestos de descentralización organizativa. A propósito de las SSTs de 3 y 4 de octubre de 2000, recursos 651/2000 y 4098/1999”, ob. cit.

¹¹⁷ Sentencias en suplicación que mantienen posturas restrictivas son, por ejemplo: STSJ de Cataluña de 20 de enero de 1996 (AS 172). STSJ de Cataluña de 9 de diciembre de 1995 (AS 4900). STSJ de Castilla y León de 8 febrero de 1995 (AS 549). STSJ de Galicia de 24 de febrero de 1995 (AS 607). STSJ de La Rioja de 21 de abril de 1995 (AS 1373) y 8 de abril de 1997 (AS 1799). STSJ de Castilla y León de 2 de mayo 1995 (AS 2037). STSJ de Navarra de 26 de septiembre de 1995 (AS 3172) y 31 de julio de 1997 (AS 2542). STSJ de Andalucía de 18 de octubre de 1996 (AS 4902). STSJ de País Vasco de 28 de noviembre de 1995 (AS 4386). STSJ de Cataluña de 17 de noviembre de 1995 (AS 4464). STSJ de Cataluña de 30 de junio 1995 (AS 2436). STSJ de Cataluña 19 de octubre 1995 (AS 4007). STSJ de Asturias 28 de abril 1995 (AS 1450), 26 de septiembre de 1997 y 6 de noviembre de 1998. STSJ de Andalucía 2

1.- *VINCULACIÓN DE LAS CAUSAS ORGANIZATIVAS A LA ECONÓMICA*, ya que la definición legal de las causas (también para los despidos objetivos individuales/plurales antes de la reforma del art. 52c) ET por Ley 63/1997)¹¹⁸ exigía que el despido contribuyera a “garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo” lo cual llevó a las sentencias de esta etapa inicial, aun cuando partieran de la premisa de considerar la externalización como constitutiva de causa organizativa, a tener siempre como punto de referencia la situación económica de la empresa y su posible incidencia sobre el futuro de la misma.¹¹⁹

de octubre 1995 (AS 3878). STSJ de Galicia 10 de enero 1996 (AS 688). STSJ de Cataluña 21 de febrero 1997 (AS 1836). STSJ de Galicia de 22 de mayo (AS 1671) y 29 de octubre de 1997 (AS 3736). STSJ de Andalucía de 27 de noviembre de 1997 (AS 5197). STSJ de País Vasco de 3 de octubre de 1995 (AS 3702) y de 30 de enero de 1996. STSJ de Extremadura de 21 de marzo de 1997. STSJ de Comunidad Valenciana de 16 mayo de 1997 (AS 1606). STSJ de Cataluña de 26 mayo (AS 1965), 2 septiembre (AS 3585) y 2 noviembre de 1997 (AS 3585). STSJ de Madrid de 28 de febrero de 1997 (AS 408). STSJ de Andalucía de 15 de diciembre de 1995 (AS 4658). Por contra, admiten la STS 14 octubre 1983 (RJ 1983/5094) y la STS de 24 abril de 1996 (RJ 1996/5297) la cual suaviza la exigencia de que la medida extintiva sea por sí sola la que lleve a la superación de la crisis bastando con que contribuya a la mejoría de la empresa.

¹¹⁸ Hay que recordar que a partir de la Ley 63/1997 la adopción de estas medidas quedaría condicionada al cumplimiento de unos fines distintos, según el siguiente esquema: **Si la medida era extintiva**, a) *por causa económica*: de acuerdo con los artículos 51.1 y 52c) ET el fin era contribuir a superar una situación económica negativa de la empresa o contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, respectivamente. b) *por causa técnica, organizativa o de producción*: a través de una más adecuada (art. 51.1 ET) o mejor (art. 52c ET) organización de los recursos, el fin era: en caso de despido colectivo, según el art. 51.1 ET, garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma y, en caso de despido objetivo, individual o plural, según el art. 52c) ET, superar las dificultades que impidieran el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda. **Si la medida era suspensiva**, el fin era la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa (art. 47.1 ET).

¹¹⁹ Las STSJ de Galicia de 24 de febrero de 1995 (AS 607) y también la STSJ de Navarra de 26 de septiembre de 1995 (AS 3172) son muy significativas en lo que se refiere a la exigencia de prueba de situación económica negativa y garantía de la viabilidad futura de la empresa. En otro caso, como hemos comentado, se corría el

No hay que olvidar que, con anterioridad a la reforma laboral de 2012, además de la valoración de la razonabilidad de la medida, era preciso verificar el grado adecuación de la medida a la consecución de unos fines. En efecto, a la existencia de las situaciones disfuncionales (económicas, técnicas, organizativas o de producción) había que añadir otro elemento, esto es, que la adopción de la medida extintiva contribuyera a unos determinados fines.¹²⁰ La carga de acreditar que la medida tendía a esos fines correspondió siempre al empresario,¹²¹ pero el grado de contribución de la medida a los fines, la conexión entre medida y resultado fue claramente objeto de una evolución jurisprudencial tendente a la flexibilización, a medida que las modificaciones legislativas iban abonando estas interpretaciones.

Se pasó así de posturas jurisprudenciales que exigieron que se probase la necesidad de la medida para la obtención de los fines¹²² a posturas menos

peligro de entender que la mera decisión organizativa del empresario constituiría causa de despido y, de este modo, siendo la mejora de la organización empresarial una necesidad de toda empresa podría resultar un panorama cercano al despido libre o sin causa.

¹²⁰ En palabras de FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Reflexiones sobre los despidos por causas empresariales”, ob. cit.: “(...) *la prueba del despido, cuya carga procesal habrá de comprender, para que el despido sea declarado procedente en plano de legitimidad causal, no sólo la existencia de la razones enunciadas en el art.51.1 ET, sino también la adecuación del despido a las finalidades pretendidas*”.

¹²¹ Autores como MONTOYA MELGAR, A. preferían el término “*argumentar*” sobre términos tales como probar o demostrar.

¹²² STS de 3 de noviembre de 1980 (RJ 1980/4271). También la STSJ de Navarra de 10 de noviembre de 1995 (AS 149/1996). Las STSJ del País Vasco de 4 de abril de 1995 (AS 1423/1995) en la que se exigía un Plan de acción y no el simple dato obvio de que la extinción disminuye los costes salariales y de seguridad social y de 28 de noviembre de 1995 (AS 1995/4386) o también STSJ de Extremadura de 18 de diciembre de 1995 (AS 1995/4718). La STSJ de Canarias de 18 de octubre de 1995 (AS 1995/3665) rechazó la extinción por no probarse que la amortización se integra en un Plan de acción destinado a superar la situación económica negativa. La STSJ de Cantabria de 20 de diciembre de 1994 (AS 1995/4890) al referirse a la prueba de la relación causa-efecto entre extinción y superación de la crisis entendió que para ello no bastan meras conjeturas dimanantes de la deficitaria economía de la empresa.

radicales que no exigían que tuviera que “demostrarse en forma plena e indubitada que la extinción (...) lleve consigo necesariamente la consecuencia de superar la crisis económica”¹²³ sino que bastaba con que el empresario demostrase que la medida tendría razonablemente el efecto de contribuir a esos fines “de acuerdo con las reglas de experiencia reconocidas en la vida económica”.¹²⁴

Esta última opción parecía apoyada, además, por la dicción literal de la Ley que, en todo caso, se refería expresamente -tras la Ley 11/1994- con el término “contribuir” a la superación¹²⁵ de estas situaciones. Contribuir es sólo ayudar o concurrir con otros¹²⁶ al logro de algún fin, aun cuando dicha contribución deba

¹²³ STS de 24 de abril de 1996 (RJ 1996/5297) o también STS de 28 de enero de 1998 (RJ 1998/1148). Las STSJ Castilla y León de 29 de noviembre de 1994 (AS 1994/4441) y de 17 de enero de 1995 (AS 1995/92) consideraron inexigible la elaboración de un Plan de acción o la configuración como última ratio de la medida extintiva. La STSJ de País Vasco de 6 de octubre de 1995 (AS 1995/3705), STSJ de Cataluña de 16 de mayo de 1995 (AS 1995/1967): basta “la existencia de una razonable expectativa” y de 10 de octubre de 1995 (AS 1995/3082). También la STSJ de Andalucía de 26 de mayo de 1995 (AS 1995/1624).

¹²⁴ STS de 14 de junio de 1996 (RJ 1996 /5162).

¹²⁵ Para DESDENTADO BONETE, A. y DURÁN HERAS, A. en “Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico”, ob. cit. tanto las expresiones “superar” como “contribuir” eran desafortunadas y debían ser entendidas flexiblemente pues habrá casos (pérdida definitiva de actividad/cese de empresa o reducción definitiva parcial de la producción y la plantilla) en los que la situación negativa no se superará o en los que la medida extintiva podría actuar sola sin necesidad de “contribuir” con otras medidas y no por ello dejar de ser procedente pues, en su opinión, lo relevante en estos casos era “actuar en términos de racionalidad económica”.

¹²⁶ En cuanto a la concurrencia con otras medidas DESDENTADO BONETE, A. en “El despido económico entre dos reformas: 1994 y 1997”, ob. cit., destacó la evolución jurisprudencial que representaron las sentencias (como la del TSJ de Cataluña de 10 de octubre de 1995, AS 1995/3982) que no exigieron la existencia de otras medidas coadyuvantes ni la inserción de la medida extintiva en un Plan de acción frente a las que así lo requerían, tales como la STSJ de Cataluña de 17 de noviembre de 1995 (AS 1995/4468) o la STSJ del País Vasco de 19 de febrero de 1996 (AS 1996/952).

ser directa y adecuada al objetivo que se persigue y no ocasional, tangencial o remota.¹²⁷

FERNANDEZ LÓPEZ¹²⁸ se refiere, así, para esta etapa inicial, a un segundo grupo de sentencias – en las que trasluce ya el influjo del RDL 8/1997, de 16 de mayo, que precedió a la Ley 63/1997- en las que (...) *ya no se exige con la misma contundencia ese telón de fondo crítico que se mantenía en la primera línea jurisprudencial (...)*. En ellas *la causa organizativa aparece como una justificación realmente autónoma frente a la económica (...)* y (...) *la causa de despido se considera concurrente con la disfunción organizativa*. La autora cita, en este sentido, las SSTSJ de Cataluña de 2 de septiembre de 1997 (AS 1997/3585), País Vasco de 10 de febrero de 1998 (AS 1998/875) y reproduce parte del texto de la STSJ de Castilla y León de 3 de junio de 1997 (AS 1997/1922): *no es precisa -dice ésta-, en el caso de que el despido se fundamente en causas organizativas “la existencia de un resultado deficitario en la explotación empresarial, siendo suficiente el desajuste en la organización de los recursos humanos, de modo que tal alteración menoscabe... la posición competitiva (de la empresa) en el mercado, amenazando razonablemente su pervivencia.*¹²⁹

¹²⁷ STS de 24 de abril de 1996 (RJ 1996/5297). Esta misma STS se conformaba, asimismo, con una débil conexión general (muy criticada doctrinalmente: véase DESDENTADO BONETE, A., pág. 462, de “El despido económico entre dos reformas: 1994 y 1997”, ob. cit.) entre causa y fin ya que probada la existencia de la situación negativa entendía que, salvo casos especiales, la mera reducción de costes que la extinción supone siempre contribuiría a la superación de aquélla. Por el contrario, en otros casos, se llegó a exigir (STSJ Cantabria 5 de diciembre de 1995 y STSJ Navarra 10 de octubre de 1995, AS 1995/3612) incluso que se acreditase que el despido era la última solución posible. En contra, STSJ del País Vasco 28 de mayo de 1996 (AS 1996/3130) o la STSJ Canarias de 16 de abril de 2008 (AS 2008/1710).

¹²⁸ “Descentralización Productiva, Contratas y Despido por Causa Organizativa”, ob. cit., págs. 414 y 415.

¹²⁹ En mi opinión, este segundo grupo de sentencias no sólo representaban la desvinculación de la causa organizativa respecto a la económica sino que, más allá de ello, constituían un buen ejemplo de la correcta configuración de la causa de extinción

2.-INTERPRETACION ESTRICTA DE LA “NECESIDAD” OBJETIVAMENTE ACREDITADA DE AMORTIZAR PUESTOS DE TRABAJO a que se refería el art. 52c) ET para el despido por causas objetivas.

No sólo se exigía por la jurisprudencia el requisito anterior, esto es, que la empresa se encontrase en situación económica negativa sino que, además, debía acreditarse que la medida descentralización-extinción era *necesaria* para salir de esa crisis y si faltaba dicho requisito se rechazaba la medida por entenderse ejecutada por mera conveniencia empresarial. En otras palabras, venía a interpretarse el término “*necesidad*” como contribución total de la

en los casos de descentralización productiva, con arreglo al texto legal en aquel entonces vigente. En efecto, del mismo modo que -como se ha dicho más arriba- la conjunción descentralización-extinción puede responder a causas distintas de las organizativas también, efectivamente, -como trasluce en el texto reproducido- podía venir vinculada a causas sólo organizativas en sentido propio, cuando la adopción de las medidas respondía realmente a *un desajuste previo en la organización de los recursos humanos* y sin que el hecho de que no se exigiera para la valoración de esta causa la existencia de una situación deficitaria haga sino evidenciar la doble confusión en que incurrían las tesis jurisprudenciales anteriores; en primer lugar, al colgar directamente el cartel “organizativa” por el hecho de mediar una descentralización productiva pero también, en segundo lugar y pese a dicha calificación, al no hacer sino buscar indicios de causas económicas para justificar la medida cuando para ello lo que se exigía es que la medida extintiva respondiera a la finalidad de garantizar la viabilidad de la empresa y del empleo y no la existencia de problemas de rentabilidad. El desenfoque se remataba, pues, con esta última equiparación absoluta (viabilidad amenazada=situación económica negativa).

En línea con la importante corriente doctrinal que abogaba por la atribución de carácter preventivo a las causas técnicas, organizativas y productivas, debió configurarse la causa organizativa como condicionada a la finalidad de garantía de viabilidad de la empresa y del empleo pero previo y desligado de la existencia de situaciones económicas críticas. Es lo que FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F. vino a expresar, con otras palabras en “Descentralización Productiva, Contratas y Despido por Causa Organizativa”, ob. cit., pág. 419, al decir: “(...) *esas deficiencias pueden deducirse de una situación en la que las pérdidas no se han materializado aún, sino que son razonablemente previsibles, de continuar con la inadecuada asignación de los medios humanos y materiales (...). La aproximación que parte de un peligro cierto para la viabilidad de la empresa (...) en un marco de pérdidas propio de las situaciones de crisis queda descartada o, en su caso, queda circunscrita a las causas económicas*”.

medida extintiva a la solución o dependencia absoluta de ésta respecto de aquella.¹³⁰

Sin embargo, en mi opinión, la expresión **“necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo”** que contenía el artículo 52c) ET, en realidad se refería a que, aun cumpliéndose con los requisitos antes expresados exigidos por los artículos 49, 51.1 y 52c) ET, no estaba automáticamente justificado el efecto extintivo de la medida descentralizadora si no se probaba la inviabilidad del resto de soluciones -menos drásticas- proporcionadas por el legislador, o lo que es lo mismo, que no procedía la extinción del contrato de trabajo si el empleo del trabajador podía ser mantenido mediante la adopción de medidas de movilidad funcional (art. 39 ET), movilidad geográfica (art. 40 ET), modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET) o suspensión del contrato de trabajo (art. 47 ET).¹³¹

¹³⁰ A este respecto la STS de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615) entendió *“que no se puede confundir «necesidad» con «conveniencia» en la decisión extintiva empresarial”*.

¹³¹ Los artículos 40 y 41 ET sujetaban las respectivas medidas por ellos reguladas al fin de *“contribuir a mejorar la situación de la empresa”*; tenor legal bastante más flexible que las expresiones de los artículos 51.1 y 52c) ET de contribuir a superar situaciones económicas negativas, garantizar la viabilidad futura de la empresa y el empleo o superación de dificultades de funcionamiento. Un importante sector doctrinal propugnó el recurso a la extinción como medida última para situaciones graves y suficientes una vez agotada la posibilidad de utilización de medios menos drásticos: GOERLICH PESET, J. M^a. en *La extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 76 y 100; VALDÉS DAL-RÉ, F. “Los despidos por causa económica” en *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994, págs. 403 y 405; o DEL REY GUANTER, S., DEL VALLE VILLAR, J. M. y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. En el mismo sentido, por ejemplo, las SSTSJ de Castilla La Mancha de 27 de junio y 17 de octubre de 1995 (AS 1995/4034 y 1996/36), entendieron que debía demostrarse la *necesidad*, esto es, que el despido no podía ser evitado con otras acciones normales de la gestión empresarial. MONTOYA MELGAR, A. “Contrato de Trabajo y economía (Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como fundamento legal de las extinciones, suspensiones y modificaciones de las relaciones de trabajo)”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 8. 1998, señaló que existían tres niveles o grados que se combatían con sus correspondientes medidas: 1.-La situación económica negativa que

A mi juicio, este era, en efecto, el verdadero sentido de la expresión legal “(...) **necesidad objetivamente acreditada de amortizar** (...)” pues esa necesidad debía ser entendida como imposibilidad de adopción de otras medidas menos radicales que pudieran dar solución al problema de que adoleciese la empresa. Interpretada así, la expresión *necesidad* induciría a pensar en que se tratara de un “último recurso” pues no existiría otra solución posible.

El legislador habría tratado con ello de revestir a las medidas extintivas del carácter más excepcional posible por la consideración del principio de estabilidad en el empleo como un valor a proteger y a la gravedad con que en nuestro entorno se ha presentado tradicionalmente el problema del desempleo.¹³²

se combate con despidos colectivos y amortizaciones objetivas. 2.- La situación económica mejorable para la que serían aplicables las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y los traslados. 3.- La situación económica coyuntural que se corresponde con las suspensiones colectivas de contratos de trabajo. No obstante, el autor citado se situaba en contra de esta configuración legal de medidas escalonadas en función de la gravedad de la situación a superar, con el despido como último recurso, y también CASAS BAAMONDE, M^a. E. en “Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea” en la obra colectiva *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas* dirigida por ARAMENDI SÁNCHEZ, José Pablo. CGPJ. Madrid. 1996, págs. 43, 44 y 45. La autora entendía que, tras la reforma de 1994, podría prevalecer la interpretación de que la decisión sobre qué medidas deben adoptarse y su prevalencia correspondería al empresario que sólo necesitaría probar la existencia de las causas previstas y con la gravedad exigida para cada medida, de la misma forma que las autoridades administrativa y judicial deberían limitarse a comprobar la concurrencia de las mismas y su suficiencia y no dedicarse a gestionar empresas. En cualquier caso, de mantenerse la interpretación escalonada tradicional, defendía que los despidos colectivos podrían haber dejado de ser la última “ratio” pasando a ocupar su puesto las suspensiones dada la mayor rigidez en la literalidad de la ley en relación a éstas últimas.

¹³² Tengo que reconocer, sin embargo, que totalmente en contra de esta concepción de “última ratio” se encontraba la doctrina reiterada del TS, en cuya sentencia de 13 de febrero de 2002 (RJ 2002/3787) indicaba que: “*conduce a la inaceptable conclusión de que cuando se alegan causas organizativas o de producción, han de agotarse todas las posibilidades de acomodo del trabajador o de su destino a otro puesto vacante de la misma empresa, hasta el punto de que si no se procede así el despido se califica de improcedente. A este respecto debe tenerse presente el texto legal en sus*

3.-*DIFICULTAD DE PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE CAUSA Y DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA MEDIDA DESCENTRALIZADORA-EXTINTIVA.* Se trataría aquí de las dificultades tradicionales para la prueba de la existencia de causa de despido a las que se añadían muy especialmente, en caso de descentralización productiva, un segundo tipo de problemas interpretativos que originaba, nuevamente, la expresión *necesidad de la amortización del puesto de trabajo*, habida cuenta de que, en la mayor parte de los casos, sus funciones seguirían siendo desempeñadas por trabajadores o empresas externos. En efecto, la expresión comentada del antiguo art. 52c) ET planteaba una segunda cuestión adicional. Como ya he expuesto, generalmente, las extinciones derivadas de descentralizaciones productivas han sido estudiadas como constitutivas de extinción por *causa organizativa* y, tradicionalmente, las causas organizativas han estado vinculadas a medidas de gestión interna donde el puesto de trabajo se amortiza por haberse vaciado de contenido, ya sea directamente por su total supresión como consecuencia de una reducción del volumen de negocio o por pasar a ser desarrollado por otros trabajadores de la empresa. Cabía plantearse pues, si -en nuestro caso- el hecho de que las funciones antes desempeñadas por los trabajadores despedidos pasasen a desarrollarse por trabajadores de otras empresas o profesionales pugnaba con la exigencia del art. 52c) ET de que existiera *“una necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo”* o, si por el contrario, cabía entender que si tradicionalmente se admitía el despido por causas objetivas cuando las funciones se pasaban a desempeñar por otros trabajadores de la

pronunciamientos concretos; el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores no contempla esa posibilidad ni impone de manera expresa al empresario la obligación de mantener al trabajador afectado por la medida, en la plantilla utilizando sus servicios en otros centros de trabajo de la misma o de distinta localidad“. En el mismo sentido, las SSTs de 19 de marzo de 2002 (RJ 2002/5212) y 21 de julio de 2003 (RJ 2003/7165) entendieron que el art. 52 c) ET no imponía al empresario la obligación legal, que sí podrían prever los convenios colectivos, de *“agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador” en la empresa, o de “su destino a otro puesto vacante de la misma”* (STS 13-2-2002, STS 19-3-2002) *“estableciendo en cambio otras compensaciones como indemnización por cese, preaviso y licencia de horas para buscar nuevo empleo”*.

misma empresa¹³³ por idéntica razón se podría admitir su desarrollo por trabajadores externos aun cuando, en ambos casos, en cierto modo, se pueda apreciar la pervivencia del puesto de trabajo o, al menos, de las funciones en él desarrolladas. En otras palabras, la expresión del art. 52c) ET “*cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo(...)*” planteaba la cuestión de si dicha “amortización” quedaba referida a la extinción del contrato de trabajo con supresión del puesto de trabajo y de la función¹³⁴ o si, por el contrario, podía entenderse que la ley manejaba un concepto formal de puesto de trabajo que admitía su supresión permitiendo a las funciones que a él estaban asociadas una vida independiente.

¹³³ En este sentido, se pronunció inequívocamente la STS de 15 de octubre de 2003 (RJ 2004/4093), al señalar: “*De acuerdo con nuestra sentencia de 29 de mayo de 2001 (RJ 2001/5452), la amortización de puestos de trabajo en que consiste el despido objetivo o económico del art. 52.c. ET tiene lugar cuando se produce una disminución de los efectivos de la empresa por extinción de contratos de trabajo acordada por el empresario, aunque las funciones o cometidos laborales desempeñados antes por los trabajadores despedidos se asignen a otros trabajadores de la empresa o sean asumidos por el propio empresario. El art. 52.c. ET se refiere por tanto a una amortización orgánica efectiva o propiamente dicha, relativa a un puesto de trabajo de la plantilla u organigrama de la empresa, y no a una amortización funcional o virtual, concerniente a las concretas tareas o trabajos que se desarrollan en la misma*”. En suplicación, las SSTSJ de Andalucía de 30 de octubre de 1995 (AS 1995/3855): “*siendo lógica la amortización aun cuando las funciones de los cesados pasaran a realizarlas otros trabajadores del mismo o de otro centro*” y País Vasco de 24 de febrero de 1998 (AS 1998/762) admitieron la supresión del puesto de trabajo y la asunción de sus funciones por otros puestos de la misma empresa. Esta misma sentencia nos proporcionaba la STS de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615) como ejemplo de admisión del desarrollo de estas funciones fuera de la empresa. Las STSJ de Galicia de 29 de julio de 1995 (AS 1995/2020) y la del Jdo. Madrid de 21 de marzo de 1995 no exigían tampoco la supresión simultánea del puesto de trabajo y de las funciones. Por el contrario, la STSJ de Galicia de 12 de septiembre de 1995 (AS 1996/85) rechazó el despido si las funciones desempeñadas por el despedido eran asumidas por otro trabajador.

¹³⁴ MONTOYA MELGAR, A., “Contrato de Trabajo y economía (...)”, ob. cit., pág. 62 *in fine*.

En este sentido, algunas opiniones que entendieron que dicha “amortización” exigía la del puesto de trabajo y la de la función porque era lógico que si la ley autorizaba a extinguir contratos sobre la base de que el mantenimiento del mismo (y de sus funciones) resultaba demasiado oneroso para el empresario no debería admitirse que el mismo puesto siguiera funcionando a manos de otro trabajador.¹³⁵

Esto último tenía especial importancia en el asunto que nos ocupa pues, según lo anterior, no podría aceptarse el despido por esta vía siempre que las funciones del puesto a amortizar pervivieran a manos de otro trabajador y, por consiguiente, tampoco podría admitirse que las funciones que desarrollaba en su puesto el trabajador despedido fuesen contratadas o subcontratadas con trabajadores autónomos o de otras empresas. Sin embargo, prevaleció la opinión contraria.¹³⁶

¹³⁵ STSJ de Galicia de 20 septiembre de 1995 y a la STSJ de Castilla la Mancha de 13 de julio de 1997 (proporcionadas por MONTOYA MELGAR, A. en “Contrato de Trabajo y economía (...)”, ob. cit., pág. 63). En contra, las SSTSJ de Cataluña de 30 de octubre y 19 de junio de 1995 (AS 1995/2401) y la de Castilla y León de 29 de noviembre de 1994 (AS 1994/4442) siguiendo el criterio de la STS de 17 de abril de 1986 (RJ 1986/ 2195), así como la de Andalucía de 18 de octubre de 1995 (AS 1995/3817). BRIONES GONZÁLEZ, C. (en “La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas”, MTSS, Madrid) mantuvo una posición más matizada al entender que la extinción exigía la amortización del puesto de trabajo afectado pero no de sus funciones en la medida en que éstas podían continuar desarrollándose de forma mecanizada o automatizada o por otros trabajadores ya contratados con anterioridad pero nunca por trabajadores nuevos contratados para desarrollar las funciones del trabajador sustituido.

¹³⁶ Así, el trabajo citado, para SORIANO CORTÉS, D. *“la necesidad de amortizar se vincula al puesto o puestos de trabajo afectados y, no tanto, a las funciones llevadas a cabo por los trabajadores. Consiguientemente, amortizar un puesto de trabajo significa suprimirlo, sin que ello equivalga a la desaparición de las funciones que en él se hacían (...)”*. En el mismo sentido, SOLÀ MONELL, X., ob. cit., entendió que para que exista amortización *“es suficiente con que se suprima el puesto sin necesidad de que desaparezcan las funciones”*. También DESDENTADO BONETE, A. (en “Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico”, pág. 75., remitiéndonos para ello a la STSJ de Galicia de 17 de octubre de 1994, AS 1994/2820) entendía que el puesto puede desaparecer pero continuar desarrollándose las funciones por la máquina o por otros trabajadores que sustituyen al despedido. Por su parte, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. (“Descentralización

En general, este tipo de problemas relativos a la justificación de la concurrencia de causa y de la *necesidad* de la medida extintiva, podrían haber quedado superados en el caso de que se entendiese suficiente un control judicial meramente formal reducido a comprobar la existencia de causa para la medida en tanto no se incluirían valoraciones de otro tipo.¹³⁷

Productiva, Contratas y Despido por Causa Organizativa”, ob. cit., pág. 413) señaló que la amortización *queda referida al puesto o puestos de trabajo afectados, y no tanto a las funciones o la actividad productiva desarrolladas por los trabajadores que los ocupaban, entendidas en abstracto*. Esta misma autora, como también MONTOYA MELGAR, A., (Contrato de Trabajo y economía (...), ob. cit., pág. 63) sugirieron la STS de 21-03-1997 (RJ 1997/2615) (A la que se remite la STS de 30 de septiembre de 1998, RJ 1998/7586, pero de la que, sin embargo, en este aspecto no parece desprenderse el mismo criterio cuando refiriéndose a la sentencia de suplicación ofrecida como de contraste decía: *“puesto que el servicio médico que prestaba la actora siguió prestándose, pero por distinto facultativo, perteneciente al centro de salud con el que contrató la empresa, lo que supone que no había necesidad de amortizar el puesto de trabajo, sino que de hecho no se amortizó”*) como paradigmático ejemplo de la admisión de descentralizaciones productivas que afecten a funciones desarrolladas por trabajadores despedidos objetivamente. Dicha STS se decantaría, según estos autores, por un entendimiento flexible del requisito de la necesidad de amortización del puesto de trabajo del art. 52c) ET al manejar un concepto formal de puesto de trabajo que elude toda equiparación del mismo con las funciones desempeñadas por el trabajador.

¹³⁷ En relación a esta cuestión se manejan por la doctrina (GOERLICH PESET, J. M^a. en *La extinción del contrato de trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; DEL VALLE VILLAR, J.M. en “Sobre el llamado despido objetivo”, *DL*, núm. 54, 1997; DESDENTADO BONETE, A. en “El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997”. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*. Nro. 20. 1998.Tomo II) distintas posibilidades de control judicial: desde el mero *control formal*, limitado únicamente a comprobar la existencia de causa para la decisión extintiva, pasando por un *control de razonabilidad* del despido, dónde el juez podría valorar si la medida propuesta es la acertada o más conveniente desde a la vista de los datos y antecedentes que proporciona la experiencia económica, hasta un *control* que incluya la *valoración social* de la medida, ponderando no sólo los intereses económicos y de empresa sino también los efectos sociales de aquélla. CASAS BAAMONDE, M^a. E. (Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea”, ob. cit., pág.26) aporta, por su parte, las denominaciones “corriente judicialista limitada” en sus vertientes “descausalizadora” y “de control suave o de razonabilidad de las causas”. La jurisprudencia de suplicación también se ha ocupado del alcance del control judicial. Así, por ejemplo, mientras las SSTSJ de Galicia 29 de julio de 1995 (AS 2820): *“la revisión judicial del ejercicio de*

En contra de esta posibilidad se pronunció una parte de la doctrina. Así, por ejemplo, ALFONSO MELLADO¹³⁸ denunció que la *necesidad de amortizar puestos de trabajo* del art. 52c) ET obligaba al órgano judicial a razonar al respecto, debiendo determinar si era realmente necesario el despido. Considerar que el control judicial debía limitarse sólo a comprobar si la medida era plausible o razonable en términos de gestión empresarial era calificado por el autor como una renuncia a sus facultades por parte de los Tribunales en

estas facultades por el empresario no puede llegar a suplantarlas hasta el punto de alcanzar al modo en que aquél debe dirigir y organizar su empresa”, Andalucía de 30 de octubre de 1995 (AS 3855): “*sin que el control judicial pueda alcanzar a la oportunidad de la medida en lugar de otras*”, y Cataluña de 10 de octubre de 1995 (AS 3082) entendían que el papel del juez en esta materia no puede alcanzar el enjuiciamiento de la razonabilidad/oportunidad de la medida sino que debe limitarse al control la existencia de causa y de requisitos formales. Otras sentencias como las de los TSJ de Cataluña de 30 de junio de 1995 (AS 2436), La Rioja de 21 de abril de 1995 (AS 1373) o Baleares de 11 de mayo de 1995 (AS 1783) defendieron la necesidad de un control judicial más valorativo que abarcase la razonabilidad de la medida y su adecuación a los fines legales. La STSJ de Andalucía de 10 de enero de 1997 (AS 429) relativa a un despido por causas objetivas de un médico de empresa con alegación de causa organizativa ex art. 52c) ET por contratación de su actividad con una empresa externa, rechazó la procedencia del despido por no acreditarse que la medida extintiva cumpliera la finalidad de garantizar la viabilidad de la empresa y del empleo en la misma. Más flexible se mostraba, por ejemplo, STSJ de Navarra de 29 de enero de 1997 (AS 753) la cual declaró la procedencia de la extinción contractual por supresión de la División de Consumo -con simultánea contratación externa de los servicios de marketing, ventas y distribución- de una empresa de Aluminios por pérdidas arrastradas en los años anteriores a la extinción por ésta y por la empresa en general, por entender que la medida contribuía a la mejoría de la situación económica negativa de la empresa, aun sin necesidad de tener que probarse que fuera por sí sola medida suficiente e ineludible para superación de la crisis (en línea con la doctrina de la STS de 24 de abril de 1996). Pese al reconocimiento de la procedencia de la medida la sentencia comentada aplicó criterios restrictivos a la hora de valorar la existencia de situación económica negativa en la medida en que la justificación de dicha procedencia se basaba en la comprobación de la concurrencia de pérdidas que la medida extintiva contribuye a superar.

En los últimos tiempos, sin embargo, resurgió la doctrina del control laxo o formal en nuestra jurisprudencia (Fdto. Jdco. 4º STS de 10 de mayo de 2006, RJ 2006/7694 y fdto. jdco. 5º STS de 02 de marzo de 2009, RJ 2009/1719).

¹³⁸ en “Despido Objetivo por Descentralización Productiva (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2009)”, *Revista de Derecho Social*, nº 46, Editorial Bomarzo, 2009, en las págs. 157 a 159.

menoscabo del derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador: *“La ley no acoge el estándar de la prudencia empresarial, de la razonabilidad empresarial, sino expresamente el de la necesidad de la medida, bastante más exigente y riguroso. No se entiende la renuncia judicial a aplicar la norma legal y a ejercer las funciones de control que de ella se derivan (...)”*.

Más adelante volveré a dedicarme, con más detalle, a este tema relativo al alcance del control judicial de razonabilidad y proporcionalidad de la medida extintiva pues –como podremos comprobar- ha tenido un reciente resurgimiento, convirtiéndose en una cuestión central con enorme protagonismo en el debate doctrinal y jurisprudencial, a raíz de la supresión de los condicionamientos previos y del sometimiento a fines de estas medidas por la reforma laboral de 2012.

3.2. Incidencia inicial limitada de la reforma de la Ley 63/1997

A partir de la reforma operada por la Ley 63/1997, el art. 52c) ET acogió una definición de las causas independiente de la del art. 51 y (como fruto de un proceso de negociación entre los agentes sociales que quedaba plasmado en la Ley) se pasaba a exigir para las técnicas, organizativas o de producción únicamente la existencia de dificultades que afectasen al buen funcionamiento de la empresa respecto de los despidos objetivos de alcance cuantitativo limitado, manteniéndose la exigencia (por el art. 51 ET) de garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo para los despidos colectivos.

En efecto, la ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas de acompañamiento a la de Presupuestos Generales del Estado por la que se ratificaba el contenido del Real Decreto Ley 8/1997, de 16 de mayo, que a su vez había supuesto la plasmación legal del Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo firmado el 7 de abril de 1997 por las organizaciones sindicales y empresariales

más representativas en el ámbito estatal (UGT y CCOO, CEOE y CEPYME) vino a constituir, en cierta forma, una rectificación de la reforma de 1994 habida cuenta de la ausencia real de sus pretendidos efectos flexibilizadores y de las diferentes interpretaciones jurisprudenciales (tanto en suplicación como en unificación de la doctrina) que había propiciado.

La nueva redacción del texto del artículo 52c) ET,¹³⁹ incorporó algunas novedades de escasa importancia, tales como la introducción del plural para las causas económicas, convirtiendo la “situación” a superar en “situaciones económicas negativas”, o como también, de otro lado, la eliminación del término “empresa” del texto del precepto, lo cual si bien para la mayor parte de la doctrina resultaba irrelevante existieron opiniones que pretendieron ver en ello objetivos flexibilizadores.¹⁴⁰

Otros cambios, sin embargo, revistieron mayor significación como, para las causas técnicas, organizativas o de producción, la ya comentada desconexión operada respecto al art. 51 ET al no sujetar el juego de estas causas a la necesidad de garantizar la viabilidad de la empresa y del empleo sino que, para los despidos objetivos individuales o plurales regulados en el art. 52 c) ET,

¹³⁹ El artículo 52 quedó redactado de la siguiente forma: “c) *Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo. A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos*”. Se trata, como señaló DESDENTADO BONETE, A. en “El despido económico entre dos reformas: 1994 y 1997”, ob. cit., de una fórmula intermedia entre la expresión del art. 51.1 ET: “*garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma*” y la prevista en los arts. 40 y 41 ET “*contribuir a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda*”.

¹⁴⁰ PRADOS DE REYES, F., BLANCO MARTÍN, J. M., Y MARTÍN VALVERDE, A., según DESDENTADO BONETE, A. en “El despido económico entre dos reformas: 1994 y 1997”, ob. cit., pág. 465.

pasaba a bastar con que se contribuyera a superar dificultades que afectasen al buen funcionamiento de la empresa.

Parece claro que el legislador quiso establecer *dos niveles distintos de exigencia* según el caso, uno más rígido para los despidos colectivos y otro más tenue para los individuales-plurales. En efecto, si el art. 52c) ET no se refería a la viabilidad de la empresa y del empleo sino, solamente, a superar dificultades que impidiesen el buen funcionamiento de la empresa es porque el legislador pretendía con ello que se pudieran adoptar las medidas que aquí estudiamos aunque no estuviese amenazada la viabilidad de la empresa, con el solo requisito de que el mantenimiento de los contratos de que se tratase, por motivos técnicos, organizativos o productivos, supusiera un problema para el buen funcionamiento de la empresa. Y también resulta evidente que si el legislador realizó esta modificación legislativa solo en ese artículo y no en el art. 51 ET (el cual seguía requiriendo para la adopción de estas medidas un trasfondo de viabilidad empresarial amenazada) es porque para estos casos -cuantitativamente más importantes- el legislador no se decidió a dar ese mismo paso de flexibilización.¹⁴¹

¹⁴¹ Pese a lo anterior no faltaron opiniones que entendieron que la interpretación flexible debía aplicarse a todos los casos -y también en el despido colectivo- al entender que toda empresa que no adopta medidas ante puestos de trabajo que impiden el buen funcionamiento de la empresa está poniendo en riesgo, aunque sea indirectamente, su viabilidad (STSJ de Cataluña de 3 de octubre de 1995 (AS 1995/3950). Existieron minoritariamente quienes, en sentido contrario, defendieron que la nueva redacción del art. 52c) venía a confirmar una interpretación restrictiva unitaria en la medida en que las extinciones debían estar dirigidas, en todo caso, a superar dificultades de funcionamiento y no a la simple mejora de la eficiencia o la rentabilidad. Véanse los autores referidos (LILLO, etc.) en la pág. 465 *in fine* de “El despido económico entre dos reformas: 1994 y 1997”, ob.cit., DESDENTADO BONETE, A.). En cualquier caso, resultó bastante pacífica la opinión que defendía que existía una diferenciación según el número de trabajadores afectados en lo que se refiere al alcance de los controles aplicables y una diferencia de regulación en cuanto al fin de las medidas entre despido colectivo del art. 51.1 ET y el despido objetivo del art.52c) ET pero no en cuanto al contenido de las causas que debía a ser idéntico en ambos casos. En este sentido, ya antes de la reforma de 1997, CASAS BAAMONDE, M^a. E. en su trabajo “Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea”, ob. cit.,

Desde el punto de vista de la nueva doctrina jurisprudencial que iba a nacer de estos cambios lo que, concretamente, se planteaba es si el intento claramente flexibilizador de la reforma debía quedar limitado por las corrientes doctrinales y jurisprudenciales iniciales que sólo admitían este tipo de extinciones en el marco de un escenario de crisis o si, por el contrario, bastaba con que se pretendiese la supresión de puestos claramente disfuncionales (especialmente para los despidos objetivos) o si incluso, interpretando al extremo, podían llegar a admitirse tales extinciones con tal de que fueran *"un medio racional en términos de eficacia de la organización productiva"*, con lo que la práctica totalidad de los procesos de descentralización productiva hubieran sido ya admisibles, a estos efectos, en cuanto tienden normalmente a una mejora de la organización productiva de cualquier empresa.

El cambio, sin embargo, no surtió, al menos inicialmente, el efecto directo flexibilizador de las interpretaciones judiciales que podría haberse esperado en la medida en que, pese a la suavización del tenor de la ley en cuanto a los requisitos aplicables, los jueces siguieron exigiendo que las "nuevas" dificultades que afectaban al funcionamiento de la empresa debían ser serias y de cierta entidad y, asimismo, preservaron la exigencia de un juicio de razonabilidad/adecuación de la medida el cual, si bien cada vez admitía una aplicación más flexible, aún se mantenía.¹⁴²

En cuanto al procedimiento se seguía pudiendo despedir por esta vía -por debajo de los umbrales cuantitativos fijados en el art. 51 ET- sin necesidad de previa autorización administrativa, con la única limitación del control judicial a posteriori y el previo cumplimiento de las obligaciones de información y consulta con los representantes de los trabajadores previstas en los arts. 53.1.c) y 64 ET (que no períodos de consulta a modo de negociación colectiva como el previstos en el art. 51 ET).

¹⁴² Así, contamos con varios ejemplos de posturas restrictivas incluso después de la reforma del art.52 c) ET por Ley 63/1997: STSJ Cataluña de 2 de marzo de 1998 (AS 1497). STSJ de Cataluña de 14 julio de 1998 (AS 3628). STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de marzo de 1999 (AS 1639). STSJ de Asturias de 8 octubre 1999 (AS 3117). STSJ de Navarra de 15 de octubre 1998 (AS 216). STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 abril de 1999 (AS 5808). STSJ de Cataluña de 9 marzo de 1999 (AS 5748). STSJ de Cataluña de 14 diciembre de 1999 (AS 4098). STSJ de Cataluña de 30 abril de 1999 (AS 2589). STSJ de Cataluña de 16 de julio de 1999 (AS 3153). STSJ

Así, por ejemplo, la STSJ de Asturias de 6 de noviembre de 1998 (AS 1998/4001), pese a la reforma operada en el texto del art. 52 c) ET, seguía declarando la improcedencia de un despido objetivo porque la empresa sustituía a la actora por otra empresa porque le convenía económicamente y sin que se hubiera practicado prueba demostrativa de que su viabilidad económica se encontrase en peligro. Así, refiriéndose al art. 52c) ET señalaba que *“es claro que no está permitiendo una extinción contractual por la libre decisión o conveniencia del empleador sino que está regulando una extinción causal limitada a concretas situaciones que corresponde probar a la empresa, quien tal como se establece en los preceptos de referencia, podrá prescindir de un trabajador por las causas organizativas aquí alegadas si dicha extinción «contribuye a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos».*

En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña de 14 de julio de 1998 (AS 1998/3628) había razonado: *“Tal falta de apoyo justificativo de la medida obliga por sí solo a negar la razonabilidad de la extinción de los contratos como medio eficaz de preservar un proyecto empresarial no amenazado. La empresa acude a la extinción por la sola razón de que la contratación del servicio de limpieza con una empresa externa le resulta más rentable y con el fin de eludir la situación creada, según sus alegaciones, por un elevado absentismo laboral. Ni una ni otra de dichas razones puede servir de justificación al despido objetivo pues se eluden aquí todos los requisitos del mismo: dificultades en el funcionamiento de la empresa y adecuación de la medida a la finalidad de mantener la buena marcha de la misma”.*

Posteriormente, la STSJ de Comunidad Valenciana de 4 de marzo de 1999 (AS 1999/1639) pese a que reconoció que: *“La nueva regulación de estas causas*

de Cataluña 2 de noviembre de 1999 (AS 6621). STSJ de Asturias de 1 de octubre de 1999 (AS 3113). STSJ de Andalucía de 30 de marzo de 2000 (AS 1996).

de despido suaviza la exigencia en tanto que lo que el legislador impone ahora es que la media contribuya a «superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa», añadía: (...) para negar la razonabilidad de la extinción como medida eficaz de preservar un proyecto empresarial no amenazado pues la empresa demandada acude a la extinción contractual por haber suprimido el servicio de Valencia que es realizado por otra empresa en Madrid a través de contrata apareciendo así la amortización del puesto de trabajo justificado más por criterio de conveniencia o oportunidad que por necesidad, resultando como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 21-3-1997 (RJ 1997/2615), «decisorio que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento de beneficio empresarial»».

Incluso a finales de 1999, la STSJ de Cataluña de 14 de diciembre de 1999 (AS 1999/4098) aunque reconocía que “ya no es necesario que se encuentre en peligro la viabilidad futura de la empresa como anteriormente se exigía” seguía manteniendo grandes precauciones: “esta flexibilización efectuada por el legislador de los requisitos anteriormente exigidos, no exime al empleador del deber de acreditar que real y efectivamente atraviesa por determinadas dificultades de cierto nivel y entidad para cuya superación es medida adecuada y razonable la extinción de contratos de trabajo, lo que no le habilita para utilizar cualquier situación puramente coyuntural que pueda incidir en un momento determinado en la actividad de la empresa para adoptar tan drástica decisión, que por su trascendencia y finalidad está exclusivamente reservada para ser aplicada cuando los problemas de la empresa sean de cierta entidad e importancia y afecten al conjunto de su actividad, de manera que realmente perjudiquen su buen funcionamiento globalmente considerado, y no cuando únicamente se trate de los ordinarios y habituales problemas meramente episódicos y transitorios que en la normal actividad de toda empresa se producen con mayor o menor frecuencia como avatares lógicos de su actuación en el mercado.”

3.3. Vaivén jurisprudencial previo a las reformas laborales recientes

Ello no obstante, en esos mismos años, -y posteriormente cada vez más- fueron apareciendo una serie de sentencias¹⁴³ que rompían el viejo esquema y que abrieron la perspectiva hacia una mayor flexibilidad en la interpretación judicial de estos casos, especialmente en lo que se refiere a la aplicación del art.52c) ET. Se fue abriendo así una nueva fase en la que siendo más o menos pacífica, para el caso de despido colectivo, la cuestión relativa a la necesidad de que la medida se dirigiera a garantizar la viabilidad de la empresa y del empleo, no obstante, surgieron dificultades interpretativas a nivel jurisprudencial en relación al despido por causas objetivas que se plasmaron en sentencias dispares con interpretaciones diversas de los nuevos requisitos impuestos por el art. 52c) ET tras la Ley 63/1997.

Así, encontramos gran variedad de pronunciamientos; partiendo de posturas jurisprudenciales -como las antes citadas- en las que apenas se percibía el cambio legislativo operado por la reforma indicada,¹⁴⁴ pasando por sentencias -la mayoría- en las que se exigía la existencia de dificultades previas (pero de

¹⁴³ Por ejemplo: STSJ de Madrid de 24 de noviembre de 1997 (AS 685). STSJ de Extremadura de 8 de junio de 1998 (AS 6154). STSJ de Madrid de 9 de junio de 1998 (AS 2586). STSJ de Galicia de 5 noviembre de 1998 (AS 3896).

¹⁴⁴ La STSJ de Canarias de 16 de abril de 2008 (AS 2008/1710) pese a que inicialmente parece incluíble en este grupo cuando señalaba: “*La reorganización de la actividad empresarial debe estar ligada a una determinada finalidad, cual es el mantenimiento de la actividad empresarial, por lo que habrá de ofrecerse los términos de conexión entre una y otra para poder calificar de procedentes las decisiones extintivas. No dudamos que cualquier cambio tecnológico u organizativo se hace para mejorar la situación de la empresa y que también la reducción de plantilla incide en unos mejores resultados económicos, mas no basta la mera conveniencia de la empresa para acudir a este tipo de despido*”, puede excluirse ya que también reconoció una suavización por la reforma del 97 para el art. 52 c) ET y en su decisión no sólo pesó el criterio de la finalidad de mantenimiento de la actividad empresarial sino también aspectos sólo relacionados con la demanda y competitividad.

menor gravedad a las del art. 51.1 ET) a cuya superación debía contribuir razonablemente la medida descentralizadora-extintiva,¹⁴⁵ hasta llegar a aquellas otras en las que se otorgaba el carácter de causa a la descentralización en sí misma (o, al menos, a sus efectos) y únicamente se valoraba si dicha medida era razonable desde el punto de vista de la mejor organización de los recursos de la empresa.¹⁴⁶

¹⁴⁵ SSTs de 10 Y 31 de mayo de 2006 (RJ 2006/7694 Y 2006/3971), fuertemente influidas por la STS de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005/9696). En suplicación: La STSJ de Canarias de 29 de abril de 2008 (AS 2008/1446 y de 16 de abril de 2008 (AS 2008/1710): *“No se halla en peligro el mantenimiento de la actividad empresarial, no habiendo variado ni la demanda de servicios ni la posición competitiva de la empresa en el mercado”*. También, entre otras, las SSTSJ de Cataluña de 5 de mayo de 2000 (AS 2000/2084), 8 de mayo de 2000 (AS 2000/1923), de 18 de septiembre de 2000 (AS 2000/2792), 3 de enero de 2001 (AS 2001/560) y 15 de marzo de 2001 (JUR 2001/152933), 17 de marzo de 2003 (AS 2003/1953), de 13 de octubre de 2004 (AS 2004/3255) y 15 de junio de 2007 (AS 2007/2802) en relación a otra del mismo TSJ de 18 de julio de 2005, de Andalucía de 19 de abril de 2007 (AS 2007/3399), de Castilla y León de 23 marzo de 2005 (JUR 2005/89303) y 24 de julio de 2006 (AS 2006/2271), de La Rioja de 21 de abril de 1995 (AS 1995/1373), 11 de abril de 2000 (AS 2000/5290), 3 de diciembre de 2002 (JUR 2003/73491) y de 1 de marzo de 2005 (AS 2005/650), de Madrid de 20 de junio de 2000 (AS 2000/3240), de 11 de septiembre de 2007 (AS 2008/2252), 21 de enero de 2008 (AS 2008/1057) y 26 de marzo de 2008 (AS 2008/1565), la de Extremadura de 8 de febrero de 2001 (AS 2001/756) y 15 de marzo de 2007 (JUR 2007/137140) o Castilla La Mancha de 29 de noviembre de 2002 (AS 2003/1189), de Navarra de 27 de abril de 2006 (AS 2006/1192), matizadamente las de Valencia de 26 de mayo de 2000 (JUR 2000/282179) y 24 de marzo de 2004 (AS 2004/3095) y País Vasco de 15 de mayo de 2007 (AS 2007/3180).

¹⁴⁶ La STSJ de Madrid de 20 de junio de 1996 (AS 1996/3208), cuya impugnación resolvió la STS 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615) y la STS 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7586) que se remitía a la fundamentación jurídica de ésta. En parecido sentido, la STSJ de Castilla y León de 13 de octubre de 1999 (AS 1999/4484) y las SSTs de 3 y 4 de octubre de 2000 (RJ 2000/8660 y 2000/8291).

Asimismo en suplicación, entre otras, las SSTSJ de Murcia de 18 de octubre de 1999 (AS 1999/3396), de Valencia de 22 de febrero de 2001 (AS 2001/3008) que fue muy clara en este sentido, 7 de marzo de 2006 (AS 2006/2409) y de 30 de junio de 2006 (AS 2006/3499), de Aragón de 15 de abril de 2009 (JUR 2009/273109) la cual pese a contener una remisión a la STS de 2 de marzo de 2009 (RJ 2009/1719) ésta no contenía, en realidad, el mismo criterio decisorio. También la STSJ de Cataluña de 1 de diciembre de 2004 (AS 2004/4009), 6 de abril de 2006 (AS 2006/2788) y de 13 de

3.3.1. Reconocimiento de los efectos de la descentralización como dificultades constitutivas de causa de extinción

Las **SSTS de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615) y 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7586)** aparentemente representaron -ya que ellas mismas se auto inscribieron en ella- “la postura tradicional” al entender que la descentralización no constituía sin más causa organizativa sino que requería la concurrencia de ciertas circunstancias, esto es, que constituyera una medida racional en términos de la eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un beneficio empresarial pero terminaron, no obstante, por separarse, en la práctica, de dicho criterio tradicional al no exigir la existencia de una situación previa de dificultad en la empresa.

Se trata de dos sentencias de importancia capital en la materia que nos ocupa pues, pese a que en ninguno de los dos casos se resolvió sobre el fondo del asunto por no darse las identidades precisas con la sentencia de contraste (conforme al art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral) para poder admitir el recurso de casación, el Tribunal Supremo no desaprovechó en ellas la ocasión de pronunciarse sobre el debate relativo a si la descentralización productiva tiene encaje en la causa prevista en el art. 52c) ET y -si bien *obiter dicta*- sentó una doctrina que constituiría una referencia en este tema para los pronunciamientos judiciales y opiniones doctrinales posteriores.¹⁴⁷

enero de 2009 (AS 2009/269), Madrid de 31 de mayo de 2004 (JUR 2004/272199) y 10 de junio de 2005 (AS 2006/599).

¹⁴⁷ Del reflejo que en otras sentencias del TS tuvo esta doctrina contamos con innumerables ejemplos, entre otros, las SSTS de 3 y 4 de octubre de 2000 (RJ 2000/8660 y 2000/8291) o las de 10 y 31 de mayo de 2006 (RJ 2006/7694 y 2006/3971) -que posteriormente comentaré- las cuales se remitieron a ella expresamente. En cuanto a su influencia sobre las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las CC. AA., SOLÀ MONELL, X. en “El despido por causas...” ob. cit., pág. 176, ofrece los siguientes ejemplos: STSJ de Cataluña de 14 de Julio de 1998 (AS 3628), STSJ del País Vasco de 8 de abril de 1998 (AS 5863) y STSJ del País Vasco de 24 de febrero de 1998 (AS 762). Su influencia en el ámbito doctrinal es tan amplia que resulta imposible cualquier intento de enumeración ya que

Concretamente las sentencias que ahora se comentan se refieren, la primera de ellas, a un supuesto de descentralización del servicio de jardinería de una empresa dedicada al desarrollo de actividades de club de campo y deportivas que da lugar al despido objetivo de los trabajadores que, hasta entonces, desarrollaban dichas tareas de jardinería y, en el caso de la segunda sentencia, al despido por causas objetivas de un trabajador que venía prestando sus servicios como director de marketing y publicidad en una empresa dedicada a la actividad comercial de óptica que, posteriormente, se asoció a una sociedad cooperativa que prestaba a sus asociados tales servicios de publicidad, entre otros.

Ambas sentencias, ya que la segunda se remite a la primera, sentaron la siguiente doctrina: en el *"debate doctrinal relativo a si una descentralización productiva de la empresa o externalización de funciones a través de contrata tiene encaje en tal causa en todo caso o sólo cuando concurren determinadas circunstancias; la solución correcta es la última en el sentido de que únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisivo que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial"*. (Fundamento de Derecho Tercero de la STS de 30 de septiembre de 1998).

Estas afirmaciones fueron interpretadas por la doctrina como una confirmación de que la descentralización era por sí misma insuficiente para legitimar un despido por causas empresariales sin la concurrencia de determinadas circunstancias reveladoras de la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción si bien la mayor parte de los autores resaltaron que la STS de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615) terminaba, en la práctica, dando pie a una conclusión totalmente diferente al aplicar la doctrina anterior al

la práctica totalidad de los estudios doctrinales sobre esta materia, posteriores a estas sentencias, incluyeron alguna referencia a las mismas.

caso de autos pues “admite una decisión extintiva basada exclusivamente en los efectos de la descentralización, sin requerir la existencia de una situación de dificultad a superar ni comprobar que efectivamente el despido contribuirá a la superación de la misma”.¹⁴⁸

El TS partía de la vinculación de estas medidas a la garantía de viabilidad de la empresa y el empleo -como había sido tradicional- quizás por influjo del art. 51 ET al que antes se remitía el 52c) si bien ahora, alternativamente, también se refería, como fin independiente y autosuficiente, a asegurar su competitividad (quizás como reflejo del nuevo y más flexible art. 52c ET resultante de la reforma de la Ley 63/97). Sin embargo, lo verdaderamente innovador resultó del hecho de que, por vez primera, se reconocía a la descentralización productiva, en sí misma y de forma independiente (no a la situación previa a la que ésta pudiera responder) como receptora del juicio de razonabilidad que venía exigido por la ley. Esto es, que el proceso de descentralización en sí mismo y no otras situaciones era el que debía constituir una medida racional y garantizar la viabilidad o la competitividad de la empresa.

La segunda gran aportación de la STS de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615) está relacionada con un entendimiento flexible del requisito de la necesidad de amortización del puesto de trabajo del antiguo art. 52c) ET al manejar un concepto formal de puesto de trabajo que eludía toda equiparación del mismo con las funciones desempeñadas por el trabajador. De esta forma, se legitimaba totalmente la extinción de contratos de trabajo¹⁴⁹ en el seno de un proceso de descentralización aun cuando a consecuencia del mismo las funciones del puesto amortizado -además, en este caso, difícilmente

¹⁴⁸ SOLÀ MONELL, X. en “El despido por causas...” ob. cit., págs. 176 y 190. El autor citado en dicha obra nos remite a DEL REY GUANTER y LUQUE PARRA: “Descentralización Productiva y relación laboral: Escisión de empresas” en AA.VV. *Manual Práctico Laboral*, IEGYDE, Madrid, 1999, pág. 529, en cuanto al efecto contradictorio de esta sentencia.

¹⁴⁹ Siempre que constituyera “una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial”.

prescindibles: tareas de jardinería en un club de campo- siguieran desempeñándose a manos de otros trabajadores pertenecientes a la empresa contratista. Esto se admitía *“sin plantearse siquiera la cuestión como un problema (...)”*¹⁵⁰

Estos pronunciamientos del Tribunal Supremo que no venían, en principio, sino a consagrar la doctrina tradicional al vincular la operatividad de estas extinciones a la garantía de viabilidad/competitividad de la empresa, abrieron la puerta a otras resoluciones posteriores para la introducción de ciertas innovaciones en la forma de entender estos casos, fundamentalmente, al dotar de virtualidad extintiva al fenómeno descentralizador con independencia de la existencia de dificultades previas.

Es lo que ocurrió con las **SSTS de 3 y 4 de octubre de 2000 (RJ 2000/8660 y 2000/8291)**, las cuales tenían por objeto resolver, en casación para unificación de la doctrina, sendos supuestos relativos a una misma empresa que, como consecuencia de haber concertado con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social los servicios de prevención de riesgos laborales en los términos establecidos por la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales y su Reglamento, se vio en la necesidad de amortizar los puestos de trabajo de un ATS (STS de 3 de octubre de 2000, RJ 2000/8660) y un médico de empresa (STS de 4 de octubre de 2000, RJ 2000/8291) –junto con los demás que integraban el Servicio Médico de Empresa–.

El Tribunal Supremo consideró, en ambos casos, que resultaba preciso saber si los servicios concertados por la empleadora recurrente cubrían todo el campo de actuación en el que venía desarrollándose el Servicio Médico de empresa, valorando, en caso afirmativo, como contrario a “la buena organización de los recursos” el mantenimiento de un servicio médico propio

¹⁵⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., “Descentralización Productiva, Contratas y Despido por Causa Organizativa”, ob. cit., pág. 418.

que en parte se superpondría a la actividad contratada, y entendiendo que, en este caso, la decisión de amortizar los puestos de trabajo respondería a la necesidad objetiva requerida en aquel entonces por el art. 52 c) en relación con el art. 51.1 del ET, constituyendo una *«medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial»*, *“tal como esta Sala señaló en sentencias de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615) y 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7586)”*.¹⁵¹

El Tribunal basó, pues, su decisión de considerar procedente la extinción por causa organizativa por la vía del antiguo art. 52c) ET en el criterio de la duplicidad de servicios y/o actividades, al señalar: *“(...) esta superabundancia de personas y solapamiento de actividades, no cabe duda de que serían contrarios a la «adecuada organización de los recursos» que justifica el despido objetivo conforme al art. 52 c) en relación con el art. 51.1, ambos del ET”*.

Sin embargo, en mi opinión, este criterio, por sí solo, en aquel momento aún no podía resultar suficiente para justificar una extinción por estas causas puesto que no aparecía en el texto de la ley referencia alguna a la superposición de actividades pero sí a la existencia de “dificultades que afectasen al buen funcionamiento de la empresa” que la medida extintiva debía contribuir a superar. Como he subrayado más arriba, entiendo que estas dificultades debían ser preexistentes a la medida descentralizadora-extintiva y no creadas por ésta y, por ello, el criterio de superposición de actividades sólo hubiera sido válido si la opción de cobertura de estos servicios con una Mutua fuera obligatoria y no voluntaria ya que la causa de los problemas organizativos sería la obligación legal (una dificultad externa sobrevenida) y no una opción

¹⁵¹ No deja de parecer, cuanto menos, arriesgada la remisión a esta última sentencia de 30 de septiembre de 1998 habida cuenta de que ésta refiriéndose al supuesto de hecho -muy similar- objeto de la sentencia que se le proporcionaba como de contraste argumentaba en un sentido totalmente opuesto al defendido en la sentencia remitente, al decir: *“puesto que el servicio médico que prestaba la actora siguió prestándose, pero por distinto facultativo, perteneciente al centro de salud con el que contrató la empresa, lo que supone que no había necesidad de amortizar el puesto de trabajo, sino que de hecho no se amortizó”*.

voluntaria del empresario. De otro modo, el resultado hubiera sido que todo proceso de descentralización que cubriese, suficientemente, las actividades anteriormente desarrolladas en el seno de la empresa justificaría automáticamente la amortización por las causas aquí estudiadas de los puestos de trabajo que se ocupaban de las mismas y ello dependiendo, simplemente, de la decisión empresarial de descentralizar. Lo cual –como también ha sido visto- es precisamente lo que se deriva de la redacción actual de la Ley, posterior a la reforma de 2012, pero no tenía cabida, a mi juicio, en el texto legal vigente en la fecha en que fueron dictadas estas sentencias.

No obstante -parece que con la intención de no desembocar en un resultado de generalización de esta conclusión¹⁵² que acabo de advertir y de reflejar que la solución, en el caso enjuiciado, estaba condicionada por el deseo de no perjudicar el ejercicio de la facultad, reconocida legalmente, de optar para la cobertura de los servicios de prevención por una Mutua- la STS de 4 de octubre de 2000 (RJ 2000/8291) añadió a lo anterior que: *“si la Mutua Madín, ha asumido dentro de las actividades de prevención también la asistencia sanitaria no cabe duda que en este caso están justificadas las razones organizativas alegadas por la empresa para tomar su decisión por estar dentro de sus facultades concertar con una Mutua de Trabajo los servicios de prevención, lo que conlleva la amortización de la plaza de Médico de Empresa, existiendo el necesario nexo causal entre la medida y la decisión, pues ello contribuye a la competitividad de la empresa”* *“(…) la exteriorización de los servicios de prevención como una facultad del empresario, pero **ésta quedaría vacía de contenido si no se permitiera un desplazamiento de servicios, cuando con el Médico de Empresa no se cubrían todas las necesidades del servicio de prevención**“*. Añadía, pues, esta sentencia un segundo criterio de decisión: evitar que quedase vacía de contenido la facultad del empresario de exteriorizar los servicios de prevención.

¹⁵² La propia STS de 4 de octubre de 2000 (RJ 2000/8291) advertía que hay que ir *“Partiendo de la base de que en esta materia hay que ir caso por caso, pues no cabe soluciones absolutas unificadoras (…)*”.

Tampoco entiendo que por el hecho de negar la posibilidad de extinción de los contratos por la vía privilegiada del art. 52 c) ET se vaciase necesariamente de contenido dicha facultad, especialmente, si consideramos que en el reconocimiento legal de la misma por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus normas de desarrollo no se incluye la facilidad de poder extinguir por causas objetivas los contratos de los trabajadores afectados. Esta facultad -bajo mi punto de vista- hubiera podido ejercitarse, los servicios de prevención ser externalizados y los contratos extinguidos pero no con las indemnizaciones de un despido objetivo sino como bajas incentivadas o despidos improcedentes indemnizados.

Otra conclusión hubiera sido posible, sin embargo, si la sentencia hubiera decidido en base a un dato proporcionado por la última expresión del párrafo transcrito: **“(...) cuando con el Médico de Empresa no se cubrían todas las necesidades del servicio de prevención”**. En efecto, mi opinión sería diferente si la *ratio decidendi* hubiera sido la existencia de problemas -que pudieran elevarse a la categoría de hechos probados, por ejemplo, mediante la aportación de reclamaciones presentadas, vacíos de cobertura de servicios, etc.- en la prestación de servicios por el Servicio Médico de Empresa pues se hubiera puesto de manifiesto la existencia de dificultades que afectaban al buen funcionamiento de la empresa que, con la decisión de descentralizar en una Mutua y extinguir los contratos de los trabajadores integrantes del Servicio Médico de Empresa, se contribuiría a superar.

Entiendo, pues, que atendiendo al tenor literal de la ley (art. 52c) ET, en su redacción dada por la Ley 63/1997) -así: probando los problemas y dificultades por falta de cobertura de todas las necesidades de prevención de la empresa- sí que hubiera quedado justificado, para este caso, el recurso a esta vía extintiva. Podría haber quedado acreditada la necesidad de amortizar puestos de trabajo para superar dificultades que afectasen al buen funcionamiento de la empresa y siempre que la medida descentralizadora/extintiva contribuyera *razonablemente* a la mejora de este servicio y a la superación de aquellas dificultades.

Pese a que desde mi interpretación del texto del art. 52 c) ET entonces vigente no pueda compartir estos argumentos del TS basados únicamente en la superposición de actividades y en el libre ejercicio de la facultad del empresario de optar por una Mutua para la cobertura de los servicios de prevención, lo cierto es que las sentencias indicadas tuvieron una notable importancia al venir a profundizar en la línea abierta por el Tribunal en las sentencias de 21 de marzo de 1997 y 30 de septiembre de 1998 (RJ 1997/2615 y 1998/7856) -a las que se remitía expresamente-. Dicha línea se caracterizaba porque partiendo de la posición tradicional defensora de que la medida extintiva no podía ser un “simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial” se comenzaba, no obstante, a desvincular (en base a las posibilidades abiertas por el art 52 c) ET) el análisis de la procedencia del despido objetivo de la finalidad de garantía de la viabilidad de la empresa y del empleo en la misma (que ya no se exigía en la ley para estos casos de despido objetivo individual/plural) para pasar a tener en cuenta otras consideraciones relacionadas sólo con la mejora de la competitividad y con la optimización de la organización de los recursos de la empresa. Aunque, para ello, se dotase de vida propia e independiente (de la preexistencia de dificultades) a los procesos descentralizadores para la producción de efectos extintivos.¹⁵³

¹⁵³ ESTEVE SEGARRA, M^a. A., en sus comentarios a las sentencias de 3 y 4 de octubre de 2000 en: “El despido objetivo por causas organizativas en supuestos...”, ob. cit., pág. 517 y ss., resaltaba las siguientes novedades introducidas por estas sentencias: 1.-Desvinculación de la legitimidad del despido por causa organizativas (descentralización) de la situación económica de la empresa pues aunque se parte de la doctrina tradicional de que la lógica de la medida no sea sólo la de obtener beneficios estas sentencia analizan la razonabilidad de la causa organizativa, en sí misma, pero sin hacer ninguna consideración sobre la situación económica de la empresa. No se exigen una situación de crisis o viabilidad amenazada para justificar la reestructuración organizativa. 2.-Innovación fundamental: Hacer depender la justificación de la medida extintiva únicamente del hecho de que la contrata cubra todas las funciones que antes se desempeñaban en el seno de la empresa entendiendo que si se produce esa dualidad total de servicios sería contrario a la buena organización de los recursos el mantenimiento de un servicio médico de empresa que se solapase con la actividad contratada. Para la autora el criterio de la dualidad de servicios empleado por la TS en estas sentencias “suscita perplejidad, pues parece demasiado amplio, sin ninguna limitación” y si bien entendía que las

3.3.2. Retorno a la consideración de las dificultades previas a la medida descentralizadora

El siguiente paso en la evolución del tratamiento de este tema por el TS vino representado por la **STS de 21 de Julio de 2003 (RJ 2003/7165)** que, en lo que se refiere a este estudio, tiene una relevancia muy especial por cuanto vino a plasmar -salvo en un aspecto concreto que después se dirá- una imagen muy fidedigna del sentido que aquí he defendido como pretendido por el legislador en la reforma del art. 52c) ET de 1997.

Se trataba en este caso de determinar la procedencia de una extinción de contrato de trabajo por la vía del art. 52c) ET acordada por la empresa *Pescanova Alimentación* tras, como consecuencia de una evolución negativa de las cifras de ventas de un área comercial de la zona de Asturias, no “tener más remedio” que recurrir a un Distribuidor Comercial que asumiera la compra de sus productos para su posterior venta y distribución, habida cuenta de que a consecuencia de tal proceso de externalización surgía la necesidad de amortización del puesto de trabajo del recurrente que se dedicaba a tales labores comerciales.

En dicha sentencia se dieron por probadas una serie de dificultades que surgían como consecuencia de factores exógenos¹⁵⁴ (el cambio no venía

sentencias comentadas acertaban al desvincular la situación económica de la empresa de la valoración de la procedencia de la medida extintiva no compartía tampoco el criterio utilizado por el TS para decidir y apoyaba que la justificación de estas extinciones debería basarse en *criterios de mejora de la eficiencia*: tales como, menores costes u oferta de servicios complementarios ...

¹⁵⁴ “el fenómeno de la moderna distribución, se produce la absorción y fusión de clientes disminuyendo enormemente su número. A ello se une la política de estos grandes clientes de optimizar sus costes centralizando la recepción de la mercancía mediante la constitución de plataformas y utilizando sistemas de aprovisionamiento automáticos (sistema edj e Internet fundamentalmente, además del uso del fax). En el área de Asturias debido a la constitución de la plataforma Alimerka, los puntos de venta que antes eran gestionados por nuestros vendedores disminuyen (...). “De este mismo fenómeno de la gran distribución se deriva la extinción y desaparición de buen

provocado por el empresario con el fin de optimizar sus resultados) a las que era preciso reaccionar y que terminaron patentizándose en una disminución de la facturación de los vendedores afectados, acompañada de un incremento de costes directos y de estructura en el ejercicio 2000 respecto del precedente que originaron, finalmente, pérdidas en la actividad de tales comerciales, si bien *Pescanova* -como conjunto- era indiscutidamente rentable y considerado “*un grupo en expansión*”.

La situación descrita obligó a la empresa a modificar su sistema organizativo descentralizando su actividad comercial (para pasar a atender al pequeño cliente a través de un Distribuidor y no directamente mediante comerciales) lo cual, a juicio del TS, justificó el despido por causas objetivas del trabajador recurrente empleado en tales labores comerciales.

Salvo en lo referente a la falta de obligación de búsqueda de acomodo del trabajador, comparto la práctica totalidad del planteamiento de la sentencia que ahora analizamos por cuanto, bajo mi punto de vista, en este caso sí concurrían las circunstancias que contemplaba el art. 52c) ET, tras su reforma por Ley 63/1997. En efecto, parece claro que no se buscaba la mera mejora del beneficio empresarial pues se acreditaban dificultades de funcionamiento serias (pérdidas derivadas de una menor facturación y mayores costes). Es éste el sentido correcto de la mención de las pérdidas en este caso (servir de prueba de la intensidad de las dificultades productivas/organizativas) y no la alegación de causa económica de extinción que nunca hubiera triunfado pues - como sabemos- a diferencia de lo que ocurre con las demás causas (que habrían podido apreciarse en ámbitos empresariales concretos) el TS tenía

número de establecimientos pequeños del mercado tradicional”. “(...) no obstante, la gestión de este comercio a través de personal propio tampoco es posible porque se trata de establecimientos pequeños con poca capacidad de compra y escaso margen dispersos geográficamente, factores que conllevan unos costes de distribución y de personal que harían la actividad completamente antirrentable”. “(...) No tiene más remedio que recurrir a la figura del Distribuidor Comercial”.

sentado, en reiterada doctrina,¹⁵⁵ que las situaciones económicas negativas deben afectar a la empresa entendida globalmente y, como hemos visto, en este caso se trataba de una empresa en expansión y en conjunto muy solvente.

Considero, asimismo, un acierto de esta sentencia la admisión de la simultánea concurrencia de causas organizativas y productivas: **“encaja en el supuesto de causa productiva (y también en el de causa organizativa, si ésta se entiende en su acepción amplia) previsto en el art. 52.c. ET”**. Pues el hecho de que con mayores costes se obtuviera menor facturación revelaba que la configuración del mercado y de la demanda había cambiado (causa productiva) y con la organización preexistente no se atendían las necesidades del negocio correctamente en el nuevo entorno (causa organizativa). Resultaban inequívocas las dificultades organizativas al admitirse como probado el hecho de que en el nuevo entorno con el sistema organizativo previo la asunción de mayores costes no sólo no generaba más beneficio sino que éste decrecía hasta llegar a las pérdidas. Sin embargo, debe reconocerse en esta argumentación un punto de debilidad, en este caso concreto, representado por el hecho de que la evolución negativa de la actividad comercial quedase demostrada sobre el corto espacio de tiempo a que se contraía la comparación

¹⁵⁵ En este sentido la propia STS de 21 de Julio de 2003: *“las causas económicas se refieren a la rentabilidad de la empresa, manifestándose como situación de pérdidas o desequilibrios financieros globales, mientras que las restantes causas tienen su origen en sectores o aspectos limitados de la vida de la empresa, manifestándose como desajuste entre los medios humanos y materiales de que dispone la empresa y las necesidades de la empresa o las conveniencias de «una mejor organización de los recursos» (STS 14-6-1996 (RJ 1996,5162) STS 13-2-2002 (RJ 2002,3787), STS 19-3-2002 (RJ 2002,5212); 3) la extinción del contrato de trabajo que deriva de una «exteriorización» o subcontratación de servicios se puede considerar producida por causas organizativas o productivas a efectos del art. 52.c) ET, si efectivamente la decisión empresarial responde a dificultades acreditadas en el funcionamiento de la empresa (STS 30-9-1998, SSTS sala general 3-4-2000 y 4-4-2000); 4) cuando se alegan causas técnicas, organizativas o productivas no es necesario que la causa alegada «haya de ser valorada y contrastada en la totalidad de la empresa», bastando con que se acredite «exclusivamente en el espacio en el que se ha manifestado la necesidad de suprimir el puesto de trabajo» (STS 13-2-2002 (RJ 2002,3787), STS 19-3-2002 (RJ 2002,5212)”*.

de los resultados de únicamente dos ejercicios (1999 y 2000) y que podría haber planteado dudas sobre el carácter estructural de tales dificultades.

En cualquier caso, aparecía clara la existencia de dificultades serias en un ámbito concreto de una empresa que no estaba en crisis, ni en un escenario previo a la crisis, pero esto es precisamente lo que el art 52 c) ET contempló después de la Ley 63/97. Creo, sinceramente, que el legislador cuando modificó su redacción de este artículo en aquel momento pensaba en un caso de estas características, esto es, en una empresa que debía adoptar medidas para reaccionar ante problemas organizativos serios (las pérdidas daban prueba de tal seriedad) con posibilidades de largo alcance negativo pero sin llegar al extremo de que fuera necesaria la concurrencia de riesgo para la viabilidad de la empresa y sin que tampoco fuera suficiente, por otro lado, la mera conveniencia.

Con todo, en mi opinión, el mayor acierto reseñable en esta sentencia reside en que, pese a que se remitiera expresamente, a estos efectos, a la STS de 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7856) y a las SSTS de 3 y 4 de octubre de 2000 (RJ 2000/8660 y 2000/8291), a diferencia de ellas, atendió a la existencia de dificultades previas y no al problema organizativo que genera el cambio de sistema organizativo en sí mismo. Pues no se sometió a consideración la cuestión relativa a si a la empresa comitente le sobraba el trabajador por subcontratar con el Distribuidor (es decir si la descentralización era causa organizativa) sino que lo que se analizó es si, antes de ello, existían problemas serios que hicieran necesario cambiar el sistema organizativo adoptando la combinación de medidas: despido del trabajador y subcontratación con un Distribuidor. Para ello, como había señalado el TS en otras ocasiones,¹⁵⁶ no era necesario probar que la contrata con el Distribuidor fuera a ser necesariamente la solución segura y definitiva pero sí que -de acuerdo con las reglas que la lógica de la experiencia económica dicta- ello sería lo más razonable.

¹⁵⁶ STS de 14 de junio de 1996 (RJ 1996/5162)

Sin perjuicio de todas las coincidencias anteriores disiento, sin embargo, de la apreciación final que el TS realizaba en la sentencia estudiada al decir que **“el art. 52.c) ET no impone al empresario la obligación legal, que sí podrían prever los convenios colectivos, de «agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador» en la empresa, o de «su destino a otro puesto vacante de la misma» (STS 13-2-2002, STS 19-3-2002)”** pues -como expuse ya más arriba- entiendo que la medida no sólo debía ser razonable sino también adecuada y si bien admitimos que lo razonable era contratar al distribuidor quizás lo más proporcionado no tuviera porqué ser siempre acompañar la subcontratación del despido pues creo -contra la doctrina consolidada del TS- que el ET vigente en aquel entonces (con base en la expresión *“necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo”* de su antiguo art. 52c) y en una interpretación teleológica de su sistemática) pretendía que el despido fuera un último recurso, debiendo intentarse la recolocación del trabajador mediante movilidad geográfica o funcional o -¿por qué no? (como también defendieron algunos autores)- intentando potenciar, voluntariamente, la subrogación de las relaciones laborales afectadas en la empresa subcontratista aun en los casos en que ésta no fuera obligada ex art. 44 ET por no transmitirse elementos productivos suficientes.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Que no es lo que ocurre en el caso aquí enjuiciado pues se reconocía inicialmente por la empresa comitente (*“Por burofax se envió al actor la carta siguiente: “En el desarrollo de los procesos de mejora de PESCOVA ALIMENTACION, S.A., se ha llevado a cabo una cesión de negocio y de actividad para el área de ASTURIAS, a favor la empresa REPRESENTACIONES BECARES, S.L., en virtud de contrato celebrado entre ambas con efectos de fecha 1/6/01. El hecho descrito se encuadra en el supuesto de sucesión de empresa regulado en el artículo 44 del ET ya que se produce un cambio en la titularidad de una unidad productiva autónoma de la empresa”*) la transmisión de una unidad productiva autónoma que debió llevar a una subrogación obligatoria que, sin embargo, quedó frustrada (*“el asesor jurídico de R. Becares le aconsejó que no aceptase la subrogación, ya que, si tenía que despedir a los trabajadores en un breve plazo, aunque Pescanova prometía “asumir la antigüedad” de los mismos, Becares tendría problemas porque, al menos, sería llevada a juicio”*) y sobre lo cual -no deja de sorprender pese a las limitaciones que implica el recurso de casación- que el TS pasara por encima, sin mayores consideraciones, por entender que el *“tema, del intento fallido de esta cesión del*

Así pues, cuando la doctrina del TS contenida en las sentencias inicialmente comentadas parecía que abría el camino a una nueva tendencia en la interpretación judicial de estos casos (sobre todo en lo que se refería a la consideración de la descentralización en sí misma como causa organizativa) la aparición de la sentencia que acabamos de estudiar junto con la siguiente **STS de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005/9696)** -cuyo análisis se aborda a continuación- supuso, a mi modo de ver, el retorno a la concepción tradicional de este tema.

Aunque esta STS de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005/9696) estaba referida a un supuesto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y no propiamente a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, en su *iter decisorio* se siguieron una serie de argumentaciones que, indirectamente -a través de la comparación de los requisitos entonces exigidos por la ley para ambos tipos de medidas- definieron también la concepción que sobre el tema que nos ocupa mantenía el Tribunal Supremo en el momento de ser dictada.

Así, la sentencia citada estableció: *“La interpretación literal del precepto reproducido inclina a pensar que no es la «crisis» empresarial sino la «mejora» de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo. Se trata únicamente de que tal decisión, mediante una más adecuada organización de los recursos, favorezca la posición competitiva de la empresa, o la eficacia del servicio prestado por la misma, o una y otra cosa a la vez, sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas. Esta conclusión, que se desprende de la utilización del canon de la interpretación literal, se confirma mediante la comparación de lo que ordena el art. 41 del ET con lo que mandan los artículos 51 y 52.c del propio ET para el despido colectivo y para el despido objetivo por necesidades de la empresa. Estos preceptos sí establecen una referencia*

contrato de trabajo ni se planteó en suplicación ni se ha planteado tampoco en unificación de doctrina, habiendo perdido trascendencia por ello, en el presente debate procesal”.

mucho más estricta y limitada para considerar razonables las causas de estos dos supuestos legales de despidos económicos, imponiendo de manera expresa que las respectivas decisiones empresariales de despedir contribuyan a objetivos más exigentes; a saber, bien a «superar una situación económica negativa de la empresa» (art. 51, para las causas económicas en sentido estricto de los despidos colectivos), bien a «garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma» (art. 51, para las causas técnicas, organizativas y de producción de los despidos colectivos), bien a la «superación de situaciones económicas negativas» (art. 52.c., para las causas económicas en sentido estricto de los despidos objetivos por necesidades de la empresa), bien a «superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa» (art. 52.c., para las causas técnicas, organizativas y de producción de los despidos objetivos por necesidades de la empresa)».

La posición arriba transcrita coincide plenamente con la aquí expuesta en este estudio y, en mi opinión, era aplicable tanto en los casos en que la extinción del contrato de trabajo concurría con la circunstancia de una descentralización productiva como con otras circunstancias. No sólo reproducía el esquema: existencia de dificultades previas-contribución de la medida extintiva a su superación sino que, más allá de ello, compartía también una misma comprensión general de la estructura del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, según la cual, las medidas propuestas por los arts. 39, 40, 41, 47 y 49 del mismo, incrementaban su intensidad a la vez que también crecía la importancia de los fines que con ellas se pretendía salvaguardar.

Creo que ese mismo sentido tenía que el Tribunal Supremo en esta sentencia se refiriese a las extinciones por causas empresariales en un caso esencialmente relativo a modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo del art. 41 ET, pues ello parecía querer acentuar el hecho de que para estas últimas bastaban los objetivos de “mejora” de la situación de la empresa frente a los fines más exigentes de superar situaciones económicas negativas (despidos colectivos u objetivos por causa económica), salvaguardar la

viabilidad de la empresa y del empleo o superar las dificultades que impidiesen el buen funcionamiento de la empresa (causas técnicas, organizativas o de producción, según se tratara de despido colectivo u objetivo, respectivamente) en el caso de las extinciones (art. 51.1 y 52c) ET).

A mayor abundamiento, desde esta perspectiva finalista, la sentencia comentada, añadió que la razón del distinto tratamiento entre ambas medidas radicaba *“en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo (...) que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo”* y, de esta manera, se justificaba que las medidas extintivas debieran tener un margen de actuación más estrecho vinculado a la consecución de objetivos más exigentes en la medida en que el ejercicio de la libertad de empresa amparado por el art. 38 de la Constitución quedaba enfrentado, en este caso, al derecho al trabajo reconocido por el art. 35 de la misma norma.

Lo establecido en esta sentencia era de crucial importancia por cuanto –como he dicho antes- recuperaba, después de las líneas abiertas por las sentencias más arriba comentadas, la consideración del despido por causas empresariales como medida reactiva frente a dificultades empresariales preexistentes.

Esta misma concepción reaparecería más tarde en las **SSTS de 10 y 31 de mayo de 2006 (RJ 2006/7694 Y 2006/3971)**. Así, la segunda de ellas afirmaba que: *“Caracteriza, por tanto, al supuesto de hecho del art. 52 c) del ET que la amortización del puesto de trabajo que justifica el despido es la que responde o reacciona frente a dificultades ya actualizadas y acreditadas, y no la que resulta de otros proyectos, iniciativas o anticipaciones del empresario, que podrían justificar el recurso a otras medidas de reorganización o mejora de gestión (STS 17-5-2005 [RJ 2005, 9696] , rec. 2363/2004), pero no el despido objetivo por causas empresariales”*.

La expresión “otras medidas de reorganización o mejora de gestión” se refería claramente a las modificaciones sustanciales de trabajo sobre las cuales versaba la STS de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005/9696) (de ahí que ésta

apareciese expresamente referenciada el párrafo que acabo de transcribir) pero no cabe duda que también comprendía cualquier tipo de medida de efecto no extintivo (movilidad geográfica, funcional, etc.) que pudiera adoptar el empresario que decidiese descentralizar una actividad para solventar los problemas organizativos generados por ésta en el caso de que no pudiese acreditar la existencia de dificultades ya actualizadas previamente.

En esta misma línea en favor de atender a la existencia de dificultades previas y no a la descentralización en sí misma como generadora de situaciones organizativas disfuncionales para la valoración de la procedencia de estas extinciones se movió también la **STS de 13 de Julio de 2005 (RJ 2005/8904)**. Dicha sentencia analizaba un recurso de casación relativo al despido objetivo de uno de sus repartidores acordado por la empresa Diralta, SA tras descentralizar sus tareas de distribución y logística en la mercantil Buitrago, SA. El Tribunal Supremo, pese a inadmitir el recurso de casación interpuesto por falta de contradicción, no rehusó pronunciarse a favor de la sentencia de suplicación recurrida por entender que esta basó su decisión de confirmar la improcedencia de la extinción en la falta de prueba, en instancia, de que la situación organizativa previa supusiese una merma de la posición competitiva de la empresa o de su capacidad para atender a las exigencias de la demanda pero sin que, por ello, se produjera un desconocimiento de la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia que, según esta STS, recogía que: *“(...) la nueva y desnuda medida de descentración por sí misma, no es suficiente para habilitar al empresario a adoptar medidas extintivas fundadas en causas objetivas, sino que es necesario que concurran los requisitos exigidos (...)”*.

Lo que resulta sorprendente, en este caso, es que el Tribunal Supremo se remitiera, expresamente, a las *SSTS de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615) y de 3 y 4 de octubre de 2000 (RJ 2000/ 8660 y 8291, respectivamente)* como depositarias de esa doctrina cuando son esas sentencias, precisamente, -tal y como se ha sido visto más arriba- las introductoras de la tesis contraria y que, sin embargo, ni siquiera se mencionase las *SSTS de 21 de Julio de 2003 (RJ*

2003/7165) y de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005/9696) que fueron inmediatamente anteriores a ella y que -como acabo de justificar- fueron las que realmente supusieron la recuperación del análisis de las dificultades preexistentes y la negación de la virtualidad extintiva del fenómeno descentralizador de forma independiente.

Las ya citadas **SSTS de 10 y 31 de mayo de 2006 (RJ 2006/7694 y 2006/3971)** -con contenido prácticamente idéntico ambas- venían referidas a la extinción de las relaciones laborales de una oficial administrativo y un repartidor, respectivamente, al amparo del artículo 52c) ET, por causas organizativas y productivas, al exteriorizar a través de otra empresa el servicio de distribución y reparto que venían desarrollando en un almacén de distribución situado en Zaragoza, donde prestaban servicios.

Estas sentencias retomaron el esquema de análisis ya avanzado más arriba, derivado de la redacción del ET entonces vigente, basado en dos puntos: A) Verificación de la existencia de dificultades que afectasen al buen funcionamiento de la empresa; B) Juicio de razonabilidad o adecuación de la medida para la consecución del fin de superación de aquellas dificultades al afirmar que *“se trata ahora de comprobar sucesivamente, en primer lugar si la empresa demandada ha acreditado (...) la concurrencia de «dificultades» o problemas de gestión de entidad suficiente para justificar la amortización del puesto de trabajo de la actora, y en segundo lugar, **si la subcontratación o exteriorización**¹⁵⁸ de actividades que ha sido la causa inmediata de la amortización constituye una respuesta o reacción razonable a tales dificultades, de acuerdo con el patrón de conducta del buen comerciante“*.

¹⁵⁸ Cabe destacar, sin embargo, que la sentencia hacía radicar para esta segunda cuestión el juicio de razonabilidad sobre la medida descentralizadora y no sobre la medida extintiva. En este mismo sentido se reafirmaba el TS en la sentencia de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006/7694) al decir que: *“la exigencia de acreditar una conexión de funcionalidad entre la conducta de la empresa y el objetivo de superar sus problemas o deficiencias de funcionamiento se remonta en este supuesto a la propia decisión de subcontratación o externalización“*.

A) En cuanto a la primera de las cuestiones a dilucidar el Tribunal señaló que las «dificultades» a que el art. 52 c) del ET se refería eran sinónimo de problemas de gestión o pérdidas de eficiencia que debían ser perceptibles u objetivables, y no meramente hipotéticos aunque no necesitaran ser de tal entidad como para poner en peligro la viabilidad futura de la empresa o del empleo bastando con que «impidieran» su «buen funcionamiento». Concretando más, las sentencias entendieron que el ajuste del coste de distribución no era principalmente una cuestión de «beneficio», rentabilidad o resultado final de la empresa, sino en primer lugar y antes que otra cosa una cuestión de eficiencia en el uso de los medios o recursos de la organización empresarial.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal Supremo consideró acreditada la existencia de dificultades que afectaban al buen funcionamiento de la empresa, en el caso de la extinción del contrato de la agente comercial, porque «la externalización supuso una reducción del coste por unidad de 0,20 a 0,11 euros» así como por los informes periciales practicados en instancia que reflejaban un problema o dificultad objetiva del sistema o método de transporte y reparto y, en el caso del repartidor, en base a que la extinción del puesto de trabajo supondría un ahorro en costes del 45% y a las dificultades productivas y organizativas mencionadas en el informe de la Inspección de Trabajo cuyo contenido se incorporó al relato fáctico la sentencia de suplicación.

Dichas sentencias al partir del esquema indicado y, por ello, exigir la acreditación de dificultades previas en el funcionamiento de la empresa desvincularon la valoración de la existencia de causa de despido de la decisión empresarial de descentralizar o de sus efectos -como frecuentemente ocurrió en la apreciación judicial de estos casos- y pusieron el foco de atención en las dificultades existentes con carácter previo en el funcionamiento de la empresa negando, de este modo, la virtualidad de la decisión descentralizadora para constituir por sí misma causa de despido por causas empresariales.

Ocurre, sin embargo, que este esquema correctamente trazado a nivel teórico resultó -en mi opinión- desvirtuado por el propio TS, en la práctica, en el

momento en que procedió a concretar la existencia de dificultades organizativas en el servicio de distribución prestado anteriormente en la empresa haciendo uso del criterio del **ajuste de costes** arriba reproducido (esto es, un coste por unidad que se reduce de 0,20 € a 0,11 € en el caso de la STS de 10 mayo de 2006 y un ahorro de costes del 45% en el caso de la STS de 31 de mayo de 2006). Este criterio se reveló enormemente peligroso no sólo, como fue denunciado por la doctrina,¹⁵⁹ por tratarse de un argumento más propio de los casos de extinción por causas económicas sino, sobre todo y especialmente, por los efectos generalizadores contrarios a los pretendidos que hubieran podido derivarse de considerar el ahorro de costes como prueba de la existencia de dificultades previas en la organización de la empresa ya que, como la práctica totalidad de los procesos de descentralización producirían este efecto economizador, se hubiera podido llegar a la conclusión de que toda descentralización -en cuanto reductora de costes- constituiría automáticamente causa de despido por causas objetivas.

B) En lo que se refiere a la segunda cuestión, señalaron las sentencias indicadas que *“el control judicial (...) se ha de limitar en este punto a comprobar si tales medidas (en nuestro caso, la decisión de subcontratación que ha originado la amortización del puesto de trabajo de la actora y la extinción de su contrato de trabajo) es plausible o razonable en términos de gestión*

¹⁵⁹ PASTOR MARTÍNEZ, A. en “Descentralización productiva y extinción del contrato por causas organizativas o de producción. Comentario a la STS (UD) de 31 de mayo de 2006 (RJ 3971)”. *Iuslabor* 4/2006. ISSN: 1699-2938, denunciaba que el criterio del ahorro de costes no infería automáticamente la existencia de problemas organizativos de competitividad o eficiencia de la empresa por poder tener lugar en empresas plenamente competitivas y que, en todo caso, era un criterio más útil a la hora de ejercer el juicio de razonabilidad de la medida que a efectos de verificar la existencia de dificultades organizativas en la empresa. En cualquier caso, el autor consideraba que el ahorro de costes constituía un elemento más vinculado con las causas económicas con lo que la transposición de este criterio al ámbito las causas organizativas o productivas hubiera podido suponer eludir el requisito de “situación económica negativa” que el art. 52c) ET exigía para el despido por causas económicas.

empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de conducta del «buen comerciante». (...) en el presente caso el referido juicio de adecuación o funcionalidad arroja un resultado positivo».

Cabe destacar, finalmente sobre estas sentencias, el voto particular formulado a la sentencia de 31 de mayo de 2006 (RJ 2006/3971) por el Excmo. D. Jesús Gullón Rodríguez en el que procedió a relacionar la entidad de las dificultades que debían afectar a la empresa con la *necesidad* objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo. Así, según sus propias palabras: *“la necesidad de amortización ha de vincularse con una situación de dificultad en la empresa, y no cualquier dificultad, sino aquella o aquellas que sean de tal entidad que impidan su buen funcionamiento. Por tanto, en supuesto como el presente en el que no hay rastro de mal funcionamiento de la empresa”* (las medidas empresariales sólo) *“optimizarán lo que está funcionando adecuadamente, aunque ese funcionamiento pueda ser llevado a cabo de manera más eficiente”.*

La posterior **STS de 11 de octubre de 2006 (RJ 2006/7668)** declaró la improcedencia del despido objetivo de dos trabajadoras del departamento de bases de datos de marketing de la empresa *IBM* acordado por ésta como consecuencia de la externalización de sus tareas para su realización a través de la empresa *Harte Hanks Market Intelligence*. La empresa justificó su decisión subsumiendo estas medidas dentro de un proceso genérico de descentralización de la empresa a nivel global con el que se pretendía reducir sus actividades al núcleo esencial constituido por las tareas de carácter estratégico mediante la contratación con empresas externas de la realización de las actividades operativas o accesorias con el fin de mejorar la competitividad y viabilidad empresarial.

En dicha sentencia el Tribunal Supremo fijó como objeto principal del análisis para la apreciación de la existencia de causa el dilucidar *“si la situación de la empresa que le impulsó a dicha exteriorización de servicios o actividades se*

puede subsumir o no en el concepto legal de "dificultades" que impiden el buen funcionamiento de la empresa" pero reincidía una vez más en un reiterado e incomprensible intento de dotar de una ficticia homogeneidad a la doctrina que sobre este particular venía recogida en sus sentencias anteriores ya estudiadas.

Concretamente, en este caso, se declaró la improcedencia al entenderse que en la situación base no concurrían tales dificultades o -en palabras propias de la sentencia- al considerar *"que no se aprecia la existencia real de una situación económica negativa o de una posición que exige la aplicación de medidas organizativas para aumentar el rendimiento empresarial o la competitividad en los mercados"*. Este criterio -como ya he comentado- resultaba el más ajustado con el texto y el sentido del art. 52 c) ET pero, además, confirmaba la tesis aquí más arriba defendida en relación a que en los casos de descentralización productiva la causa de extinción -caso de concurrir- no tenía por qué ser necesariamente de tipo organizativo sino que como señalaba el TS en este último párrafo transcrito (**"situación económica negativa"**) podría ser también, por ejemplo, de tipo económico según el carácter que pudieran tener las situaciones o dificultades previas de que adoleciera la empresa.

Sin embargo, como hemos dicho -una vez más- en su intento de presentar esta doctrina como resultante de una pretendida continuidad en el tratamiento jurisprudencial de esta materia el TS se apoyó, entre otras, en las sentencias de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615), 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7586) y de 3 y 4 de octubre de 2000 (RJ 2000/8660 y 8291) que no decían lo que esta sentencia decía que decían.

En efecto, una cosa es -y en esto sí que coincidieron todas las sentencias- la finalidad de la medida sobre la que es cuestión pacífica que se produjo una relajación del nivel de exigencia tras la Ley 63/1997 (pues ya no era necesario en los casos del art. 52c) ET que tuviese por objeto la garantía de viabilidad de la empresa y el empleo bastando objetivos más modestos como la mejora de la competitividad o de la respuesta a la demanda) y otra, bien distinta, es que

existiera consenso a la hora de determinar qué debía analizarse para apreciar la existencia de causa para la adopción de tal medida. Así, la STS de 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7586)¹⁶⁰-en párrafo transcrito por la propia sentencia ahora comentada- al decir: *“(...) únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisorio que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial(...)”* confirmaba lo primero al admitir un objetivo de grado medio (la “competitividad”) junto al objetivo de grado máximo “asegurar la viabilidad” pero sin aceptar como fin válido el objetivo mínimo de “lograr el incremento del beneficio empresarial”. Pero, en modo alguno, ello pudo ser entendido como equivalente a que, como dijo la sentencia que ahora estudiamos, *“La indicada exigencia de actualización y acreditación de dificultades, problemas de gestión o pérdidas de eficiencia se mantiene, como ha declarado esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS 30-9-1998 [RJ 1998, 7586] y STS 21-7-2003 [RJ 2003, 7165] en los supuestos de amortización de puestos de trabajo por subcontratación o exteriorización de actividades productivas o comerciales”* pues estas sentencias no se refirieron a tales dificultades o problemas previos sino únicamente a la medida descentralizadora como constitutiva de causa (siempre organizativa) y respecto de la que únicamente exigían que fuera una medida racional en términos organizativos.

Es decir, que una cosa eran los fines más laxos a los que podía orientarse la medida tras la reforma de 1997 respecto de los que sí existió una homogeneidad de criterio y otra bien distinta la cuestión relativa a *“la indicada exigencia de actualización y acreditación de dificultades, problemas de gestión o pérdidas de eficiencia (...)”* que sólo se retomó a partir de la STS de 21 de Julio de 2003 (RJ 2003/7165) pero no en las anteriores que citaba esta

¹⁶⁰ Dicha STS se remitía a la de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615) que es la que introdujo originariamente el texto transcrito.

sentencia para las cuales bastaba con que la descentralización constituyera una decisión racional y que en base a ésta se generase un excedente de personal que justificaba la extinción de los contratos afectados. A mi juicio, tales sentencias de ser citadas debieron serlo, a estos efectos, conjuntamente y en idénticos términos a los empleados por el TS para referirse a la sentencia de suplicación recurrida cuando indicaba que *”Contrariamente a lo que parece entender la sentencia recurrida, la mera decisión empresarial de externalizar unos determinados servicios es desde luego legítima, pero ha de recordarse que el repetido artículo 52 c) del texto estatutario determina la necesidad de que exista una necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo, lo que significa que el precepto no ampara opciones enraizadas en la mera conveniencia del empleador”*.

Por el contrario, sí que parecen acertadamente citadas la STS de 21 de Julio de 2003 (RJ 2003/7165) y siguientes (STS 17-5-2005, RJ 2005/9696) y de 10 (RJ 2006/7694) y 31 de mayo de 2006 (RJ 2006/3971) ya que, como hemos visto, éstas sí que habían ido contribuyendo a la consolidación de la exigencia de la existencia de dificultades previas de funcionamiento que la propia STS de 11 de octubre de 2006 (RJ 2006/7668) comparte.

Posteriormente, la **STS de 23 de enero de 2008 (RJ 2008/2552)** se refirió a una extinción por causas objetivas del contrato de trabajo de un Monitor de Ventas invocando como causa la prevista en el art. 52c) ET en base a la necesidad de amortizar su puesto de trabajo por causas organizativas y productivas. Sintéticamente dichas causas derivaban de que, a resultas de la integración de DONUT en GRUPO PANRICO, se hacía precisa la unificación de sus redes de distribución en las zonas de Andalucía y Badajoz. Esta sentencia contiene, en sus Fundamentos de Derecho, una espléndida síntesis –que incluye cita de la práctica totalidad de las sentencias que he comentado– de la doctrina consagrada en aquellos años por el TS en relación a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas y a su aplicación en los casos de descentralizaciones productivas pese a que, en este caso, el desencadenante

de la extinción no era, estrictamente, la formalización de una contrata con una empresa externa sino la absorción de una empresa por otra.¹⁶¹

La Sala de lo Social del TS daba continuidad al criterio que había mantenido en las últimas sentencias comentadas e iniciaba sus razonamientos buscando apoyo precisamente en ellas. Así, las primeras sentencias que citaba, en su Fundamento Jurídico 2º, eran las inmediatamente anteriores de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006/7694), 31 de mayo de 2006 (RJ 2006/3971) y 11 de octubre de 2006 (RJ 2006/7668), para referirse, nuevamente, a que el término genérico "**dificultades**", que el art. 52.c. del ET utiliza para describir la coyuntura de la empresa afectada por las "causas técnicas, organizativas o de producción" justificativas del despido, es sinónimo de problemas de gestión o pérdidas de eficiencia en una u otra de las áreas en que se despliega su actividad. En base a ello adoptó su decisión final: "Examinado a la luz de la doctrina antes expuesta el supuesto concreto que enjuiciamos, se llega a la conclusión en el sentido de que el despido objetivo que nos ocupa no se ajusta a las exigencias del art. 52.c) ET, ni siquiera tras la flexibilización operada por virtud de la Ley 63/1997, toda vez que no se ha acreditado la existencia de una real necesidad de adoptar la medida para evitar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa(...)", las cuales además parece que, a juicio del TS, hubieran podido haberse admitido en una doble versión: como **dificultades presentes** pero también como **latentes**, como se desprendía del Fundamento Jurídico 3º *in fine*, cuando refiriéndose a la falta de prueba de tales dificultades de funcionamiento, se reprochaba que tal "proyecto empresarial" se ejecutase "sin ningún refrendo que garantice que tal proyecto resulte acorde con la realidad, ni menos aún que, si no se reducen esos puestos, se produzcan las

¹⁶¹ No obstante, no fue la primera vez que el problema se planteaba de esta manera. Baste recordar, por ejemplo, como el caso analizado por la STS de 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7586) versaba sobre una empresa de óptica cuyo titular decidió integrarse como socio de pleno derecho en una sociedad cooperativa, que agrupaba a las principales empresas del sector. En el caso de la STSJ de Andalucía de 19 de abril de 2007 (AS 2007/3399), citada por el Auto del TS de 7-10-2008 (JUR 2008/375350) el problema surgió como consecuencia de la adquisición de la empresa por otra que ya tenía externalizado el servicio de asesoría y gestión.

dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa a las que se refiere el precepto que comentamos“. Con lo cual el TS parece que admitía la posibilidad de que estas medidas extintivas estuviesen justificadas tanto con carácter reactivo frente a dificultades ya reales como con carácter preventivo frente a dificultades aún latentes y que podrían tomar cuerpo o concretarse (*“se produzcan”* en términos de la sentencia) *“si no se reducen esos puestos”*.

Por otro lado, cabe denunciar -otra vez más- la reaparición en el texto de esta sentencia de la siguiente afirmación: *“La indicada exigencia de actualización y acreditación de dificultades, problemas de gestión o pérdidas de eficiencia se mantiene, como ha declarado esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS 30-9-1998 [RJ 1998, 7586], rec. 7586 [sic] y STS 21-7-2003 [RJ 2003, 7165], rec. 4454/2002), en los supuestos de amortización de puestos de trabajo por subcontratación o exteriorización de actividades productivas o comerciales”* en la que se seguía incluyendo incomprensiblemente la STS de 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7856). En esta última -haciendo un enorme esfuerzo de extensión conceptual- las únicas dificultades de funcionamiento que pueden encontrarse referidas son las que se originarían como efecto de la descentralización misma y con posterioridad a ella pero que nada tienen que ver con las de carácter preexistente que se manejaron en todas las STS desde la de 21 de Julio de 2003 (RJ 2003/7165), incluida la ahora estudiada.

Finalmente me referiré a la **STS de 2 de marzo de 2009 (RJ 2009/1719)** que tuvo por objeto resolver sobre la procedencia del despido objetivo de unas lavanderas que venían prestando servicios por cuenta de la empresa USP Madrid S.L. en una Clínica. Un informe de auditoría reveló que la planta baja en la que se ubicaba la lavandería se encontraba fuera de ordenación por situarse en un patio interior de manzana; no habiéndose constatado que tuviera licencia para ese uso. Ante esta situación, la empresa procedió al despido de estas trabajadoras, al cierre de las instalaciones de lavandería y encomendó las labores de lavandería a la fundación ONCE y el grupo FLISA.

La sentencia declaró la procedencia del despido siguiendo el criterio consolidado de atender a la concurrencia de dificultades previas, en este caso organizativas: *“En el supuesto presente las dificultades han sido evidentes: desde el año 2000 se sabía del indebido emplazamiento fuera de ordenación de la lavandería en un patio de manzana que aconsejaba una solución, y sin que conste la posibilidad de ubicar el servicio en otro lugar de la propia Clínica. Ante este hecho, es solución idónea la descentralización del servicio, técnica de explotación empresarial cada más extendida y que encuentra su apoyo legal en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores y 38 de la Constitución. Y, acreditados esos dos extremos, no nos incumbe a los Tribunales de Justicia tratar de hallar otras soluciones organizativas que estimemos más adecuadas sustituyendo la misión que la Ley y la realidad económica encomiendan al empresario”*. (Fundamento Jurídico 5º).

A mi modo de ver, aunque también advierto en este caso la concurrencia de tales dificultades justificativas de la extinción, tampoco creo que aparecieran tan claramente como para poder afirmar que *“han sido evidentes”* ya que, en principio, estos problemas de ordenación de la planta baja en que estaba ubicada la lavandería no parecen aparentemente constitutivos, en sí mismos, de “dificultades de funcionamiento”¹⁶² o de organización del servicio de lavandería como tal sino, más concretamente, del local en que se localizaba y, caso de haberlo sido, tampoco derivaría de ello que la medida adecuada para superarlos tuviera que ser necesariamente amortizar puestos de trabajo y externalizar pues, frente a ello, apriorísticamente, hubiera bastado más sencillamente con cambiar de local. Opino que, con arreglo al marco legal entonces vigente, más bien, tendría que haberse justificado que el servicio de

¹⁶² En este mismo sentido, ALFONSO MELLADO, C. L. en “Despido Objetivo por Descentralización Productiva (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2009)”, ob. cit., en la pág. 160, reflexiona sobre lo que realmente supone estar fuera de ordenación, viniendo a concluir que se trata de una situación muy común en la relación de nuestras empresas con el planeamiento urbanístico y que en sí misma no implica ninguna dificultad de funcionamiento real, sin perjuicio de los problemas concretos en que, a futuro, estas situaciones puedan llegar desembocar: olores, molestias, y que podrían dar lugar a actuaciones administrativas de diversa índole y no necesariamente al cese de actividad.

lavandería o, más exactamente, su organización generaban problemas y que había necesidad (no conveniencia)¹⁶³ de amortizar puestos y contratar las funciones externamente.

Por ello comprendo -aunque no las comparta- las razones que esgrimía la sentencia recurrida del TSJ de Madrid de 26 de marzo de 2008 (AS 2008/1565) cuando al declarar la improcedencia del despido *“Basa su decisión en no estimar objetivamente acreditada la necesidad de amortizar los puestos de trabajo, hecho que deducía de la inexistencia de actuaciones administrativas que requieran a la demandada que cese de actuar en las condiciones que lo estaba realizando o que se haya procedido a la clausura de la instalación de lavandería por no reunir los requisitos para que se desempeñe la actividad en el lugar que hasta la extinción de los contratos se venía desarrollando”*. En efecto, considero que el sentido de sus palabras no era tan simple como el que le atribuía el TS en la sentencia comentada cuando dijo: *“La realidad es que la sentencia recurrida, impuso un requisito que la Ley no impone, para la procedencia de la medida empresarial de externalizar el servicio y prescindir del propio: exigencia de actuaciones administrativas que requieran a la empresa el cese de las actuaciones en la forma que las venía realizando”*.

Pues no creo que la sentencia de suplicación desconociera que la ley no imponía tal requisito para la adopción de medidas descentralizadoras y tampoco considero que dicha sentencia pretendiera imponerlo. En mi opinión lo que ésta realmente quería significar es que para encontrarnos ante un problema organizativo auténtico, serio y perentorio, sería necesario que *obligatoriamente* no se pudiese seguir trabajando de la forma en que se hacía hasta entonces por una circunstancia involuntaria sobrevenida, como podrían ser una actuaciones administrativas que compelieran al cese en las actividades. Habría, entonces, dificultades claras de funcionamiento mientras que sin esa obligación quizás las dificultades de funcionamiento no serían tan

¹⁶³ “(...) no se puede confundir «necesidad» con «conveniencia» en la decisión extintiva empresarial”, decía la STS de 21 de marzo de 1997.

reales pues se podría seguir funcionando quizás solucionando el problema legal o cambiando de local, etc.

Se trataría de algo parecido a lo que me refería más arriba cuando, en contra del criterio mantenido por las SSTs de 3 y 4 de octubre de 2000 (RJ 2000/8660 y 2000/8291), señalaba que si en aquel supuesto la opción por la Mutua hubiese sido obligatoria entonces sí que hubiera procedido el despido objetivo, ya que hubiera existido un problema organizativo previo a la extinción -en tal caso generado por una obligación legal- pero como dicha opción tenía carácter facultativo no existía realmente ningún problema ya que en nada perjudicaba a la empresa seguir en la situación inicial. En definitiva, la empresa, en aquel caso, si consideraba que el ejercicio de tal opción podía beneficiarle nada le impedía hacer uso de ella pero sin que para dicho objetivo pudiera utilizar la opción extintiva del art 52 c) ET prevista legalmente en aquel tiempo sólo para los casos en que la actuación del empresario respondiese a la necesidad de reaccionar ante dificultades serias como las que hubiera podido generar la imposibilidad por obligación legal (pero no la mera opción voluntaria) de mantener la organización existente.

Y precisamente es este el punto (que sería la primera clave para la resolución del asunto que ahora nos ocupa) en el que radica la diferencia con el caso que ahora estudiamos pues en el caso de la lavandería su situación previa a la adopción de la medida era irregular e insostenible y lo era -a diferencia de lo que se desprende de la sentencia de suplicación recurrida- con independencia de que existieran o no actuaciones administrativas que exigiesen el cese de la actividad pues parece lógico que ningún Tribunal de Justicia debería ofrecer como una opción aceptable una solución provisional (mientras esta no sea denunciada) contraria al ordenamiento jurídico y, con mayor razón, era de esperar que el TS no pudiera confirmar una interpretación de ese tipo pues

constituye su función interpretar y aplicar la ley y no fomentar el mantenimiento situaciones contrarias a ella.¹⁶⁴

Concluyo, por lo tanto, en que el mantenimiento de la situación irregular del local de la lavandería no podía aceptarse como una opción válida y en que, en consecuencia, el empresario venía forzado a efectuar cambios en su organización para adaptarla a la legalidad y tales cambios pudieron realizarse mediante la libre adopción de medidas descentralizadoras pero ello no siempre tenía porqué identificarse con la existencia de un problema organizativo que autorizara automáticamente a la extinción por causas objetivas de los contratos de sus trabajadores.¹⁶⁵ En efecto, como dijo el TS,¹⁶⁶ la solución más idónea pudo ser la descentralización del servicio, sin que quepa inmiscuirse en la capacidad de las empresas de decidir su propia organización, pero sin que, a su vez, cupiera predicar es misma libertad de la extinción de contratos que, con arreglo al texto del art. 52 c) ET entonces vigente, era causal y limitada.

La reorganización -obligada en este caso- del servicio por el empresario podía decidirse libremente mediante su subcontratación pero -como he dicho tantas veces- ésta sólo podía ir acompañada de extinciones objetivas, conforme a la regulación vigente en aquel tiempo, cuando viniera precedida de dificultades de funcionamiento que, en mi opinión, sólo se hubieran manifestado en este caso si, además, de resultar forzoso el cambio para la adaptación del servicio a la legalidad dicha adaptación no hubiera sido posible a través de medidas menos

¹⁶⁴ Art. 1.6 del CC: *“La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.*

¹⁶⁵ Pues de lo contrario como señalaba ALFONSO MELLADO, C. L., en la obra citada, pág. 161: *“Parece como si cualquier dificultad empresarial justificase el despido objetivo ex art. 52c), pero legalmente no es así, sólo unas muy concretas dificultades pueden justificarlo”.*

¹⁶⁶ *“Ante este hecho, es solución idónea la descentralización del servicio, técnica de explotación empresarial cada más extendida y que encuentra su apoyo legal en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores y 38 de la Constitución. Y, acreditados esos dos extremos, no nos incumbe a los Tribunales de Justicia tratar de hallar otras soluciones organizativas que estimemos más adecuadas sustituyendo la misión que la Ley y la realidad económica encomiendan al empresario”.*

gravosas que las extinciones de contratos, pues -como expuse-, según mi visión, -no compartida por la doctrina del TS- la expresión “necesidad de amortizar puestos de trabajo” del art. 52 c) ET debía ser interpretada como recurso a los despidos objetivos como última salida posible. Así, por ejemplo, la posibilidad de realización de reformas sencillas que posibilitasen la obtención de licencias, el cambio a un local con posibilidades similares (que no implicara mayor inversión o gasto o pérdidas de eficiencia respecto al anterior), etc. hubiera implicado que estas extinciones objetivas no eran realmente necesarias pues existían otras soluciones menos gravosas posibles.

Y es aquí donde aparece la segunda clave de este asunto a efectos justificativos de las decisiones empresariales. Concretamente, de la expresión empleada por el TS en esta sentencia **“y sin que conste la posibilidad de ubicar el servicio en otro lugar de la propia Clínica”** se desprendía la consideración como probada de la imposibilidad de adoptar tales medidas menos gravosas¹⁶⁷ y, entonces, constatada la existencia de dificultades serias de funcionamiento (imposibilidad de seguir funcionando *legalmente* como hasta entonces) las cuales, además, tenían capacidad para influir sobre los fines legales: competitividad o respuesta a las exigencias de la demanda quedaba legalmente justificado el recurso a las extinciones del art. 52c) ET.

¹⁶⁷ A otra conclusión se hubiera podido llegar, sin embargo, si se entendiese que esta expresión del TS “y sin que conste” significaba -como señalaba ALFONSO MELLADO, C. L., en la pág. 161 de la obra antes citada- que no se había probado la imposibilidad de reubicación del servicio de lavandería en otro lugar de la propia Clínica pues entonces, según mi posición expuesta, no hubiera sido posible admitir la validez de estas extinciones objetivas al no encontrarnos ante dificultades reales que afectasen al buen funcionamiento de la empresa, pues dicho servicio hubiera podido seguir funcionando en iguales condiciones en otro local de conformidad con el ordenamiento urbanístico y por no haberse podido considerar verdaderamente “necesaria” la medida extintiva por haber existido otras soluciones menos drásticas posibles (tales como la indicada reubicación) con idénticos efectos para el correcto funcionamiento de la empresa.

Pues, en efecto, en el ámbito de los fines, las extinciones no se habrían adoptado por mera conveniencia sino por imposibilidad de aplicar soluciones alternativas equivalentes menos gravosas para los trabajadores, pues el TS parecía asegurar que no se pudo hacer uso de otro local de la Clínica y, asimismo, hubiera podido aceptarse que el uso de un local en otro edificio hubiera producido problemas de competitividad o respuesta a la demanda (pues, por ejemplo, pudiera haber resultado menos eficiente al tener que añadir los costes del transporte de la ropa hasta la clínica u originar demoras que implicasen responder deficientemente a las exigencias de la demanda, etc.)

Por las razones anteriores, considero a esta sentencia continuadora de la doctrina mantenida por los pronunciamientos precedentes del TS aquí estudiados en cuanto que, pese a dotar de gran protagonismo a la descentralización productiva como libre opción auto-organizativa empresarial, no otorgó virtualidad a ésta en el juicio de valoración de la procedencia de los despidos objetivos sino que atendió en realidad, a estos efectos, a la concurrencia de dificultades preexistentes,¹⁶⁸ las cuales quedaron acreditadas en el presente caso. En el ámbito de los fines, el TS en esta sentencia continuó adoptando el criterio intermedio -generalmente aceptado tras la Ley 63/97- de mejora de la competitividad y de la respuesta a las exigencias de la demanda,

¹⁶⁸ En el Fundamento Jurídico 3º esta sentencia se remitió a la de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006/7694) al señalar: “*El control judicial previsto en la ley para determinar si las medidas adoptadas por la empresa para "superar" las dificultades que impidan su buen funcionamiento se ha de limitar en este punto a comprobar si tales medidas (en nuestro caso, la decisión de subcontratación que ha originado la amortización del puesto de trabajo de la actora y la extinción de su contrato de trabajo) es plausible o razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de conducta del "buen comerciante".* Pese a que en este texto se incluyese conjuntamente la subcontratación y la extinción como medidas sujetas únicamente al requisito mínimo de mera razonabilidad ello no desvirtúa la conclusión arriba expuesta en cuanto dicho control judicial mínimo actuaba sobre unas medidas que –como decía el propio texto- trataban de “superar las dificultades” con lo cual -si bien de una manera un tanto enrevesada- en el párrafo transcrito se presuponía cumplido el requisito legal previsto entonces para las extinciones que exigía la concurrencia de aquéllas.

que quedaba a caballo entre la insuficiente mera conveniencia empresarial y la ya inexigible -para estos casos de causas técnicas, organizativas o de producción del art. 52 c) ET- necesidad de garantía de viabilidad de la empresa y del empleo. El hecho de no pudieran haberse considerado equivalentes, en estos términos de mejora de la competitividad y respuesta a la demanda, las otras medidas posibles contribuyó a potenciar la sensación de gravedad del problema organizativo (que no presentaba aquí otras soluciones que pudieran considerarse auténticamente alternativas) aunque en esta sentencia -como en general nunca ocurrió en la doctrina del TS- ello no operase a modo de requisito, esto es, como necesidad de entender agotadas las demás soluciones menos gravosas con carácter previo a las extinciones de contratos.

3.3.3. Principales conclusiones sobre la evolución jurisprudencial anterior a las reformas laborales de 2010 y 2012

Una vez analizadas, individualizadamente, las distintas sentencias del TS de este bloque podemos llegar a dos conclusiones fundamentales sobre la manera en que fue interpretada la cuestión que estudiamos por la doctrina judicial inmediatamente anterior a las recientes reformas laborales de 2010 y 2012:

- En primer lugar, cabe resaltar la existencia de una divergencia cierta pero no reconocida -baste recordar las innumerables veces que he denunciado remisiones entre sentencias que no siempre tenían el mismo contenido real- entre dos grupos bien definidos de sentencias en torno a la cuestión concerniente a la determinación de cuáles eran las “dificultades de funcionamiento” que debían ser valoradas como presupuesto legal necesario exigido por el art. 52 c) ET, en la redacción entonces vigente, para la procedencia las extinciones individuales o plurales por causas técnicas, organizativas o de producción.

Así, mientras **para un primer grupo de sentencias**, integrado por las **SSTS de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/ 2615) y 30 de septiembre de 1998 (RJ**

1998/7586) y las **SSTS de 3 y 4 de octubre de 2000 (RJ 2000/8660 y 2000/8291)**, los problemas organizativos originados por la descentralización productiva podían ser considerados como las “dificultades que impidiesen el buen funcionamiento de la empresa” a que se refería el art. 52c) ET y, por tanto, obtenían virtualidad jurídica suficiente para justificar estas extinciones, **para todas las sentencias posteriores**, tal consideración sólo se otorgó a las dificultades preexistentes y anteriores a la adopción de la medida descentralizadora.

Sin embargo, esta disparidad no impide considerar a la segunda de las opciones -por el número de sentencias y por su prolongación en el tiempo- como la postura dominante.

- En segundo lugar, lo anterior no impide apreciar, en general, una línea doctrinal homogénea y continuada que permitía ofrecer cierta seguridad jurídica en una materia que, como hemos visto, se revela complicada por su heterogeneidad y la variedad de detalles de su casuística. Así, de todas las sentencias comentadas era posible extraer un criterio común, muy unánime, en dos aspectos importantes:

a) Por un lado, la consideración de los fines legales en aquel entonces previstos en el art. 52 c) ET -para las causas no económicas- de mejora de la competitividad y de respuesta a las exigencias de la demanda como superiores a la mera conveniencia empresarial -que era insuficiente para justificar estas extinciones- pero inferiores a la exigencia de garantía de viabilidad de la empresa y el empleo que, tras la Ley 63/1997, se seguía requiriendo en el art. 51 ET para los despidos colectivos.

b) De otro lado, la admisión automática de la medida extintiva una vez comprobada la existencia de causa y su contribución a los fines legales, con el consiguiente rechazo a interpretar la exigencia legal de la *necesidad de amortización del puesto de trabajo* como la configuración de la extinción por causas objetivas con el carácter de medida última e inevitable. Lo cual hubiera implicado -como he comentado más arriba- la obligación de priorizar la

aplicación de otras medidas menos traumáticas, como las de movilidad funcional, geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, etc.

3.4. Jurisprudencia posterior a la reforma laboral de 2012

3.4.1. *Vacilaciones de criterio en los primeros y escasos pronunciamientos judiciales*

Desafortunadamente, en la actualidad, todavía contamos con muy pocos ejemplos de sentencias recientes sobre el caso particular aquí estudiado, con entidad suficiente para conformar un bloque de jurisprudencia susceptible de constituir doctrina y ayudarnos, de esta forma, a desentrañar, desde un punto de vista dogmático, la previsible incidencia –arriba avanzada- que las recientes reformas laborales puedan tener sobre el criterio de nuestros Tribunales.

Una de estas escasas muestras viene constituida por la **STS de 23 de septiembre de 2014 (RJ 2014/5094)** la cual, pese a que no entró a decidir sobre el fondo del asunto al desestimar el recurso de casación por no reunirse los requisitos formales exigidos por la LRJS, no obstante, presenta el interés de remitirnos a las valoraciones que sobre esta materia se contienen en la sentencia de instancia de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2013 la cual vino referida a uno de los primeros casos en los que a los hechos enjuiciados ya les era aplicable el texto resultante de ambas reformas.

Sorprendentemente, dicha **SAN de 15 de julio de 2013 (AS 2013/2641)**, contrariamente a lo que podría esperarse a la vista de las modificaciones operadas por las citadas reformas, da continuidad al criterio contenido en la doctrina judicial anterior y con apoyo expreso en la misma sostiene que el Tribunal Supremo mantiene que en el “(...) *debate doctrinal relativo a si una descentralización productiva de la empresa a través de contratas tiene encaje en tal causa [organizativa] en todo caso o sólo cuando concurren determinadas circunstancias; la solución correcta es la última en el sentido de que*

únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisorio que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial" STS de 21-03-1997(RJ 1997/2615); doctrina ratificada en SSTS 30-09-1998 (1998/7586),3-10-2000 (RJ 2000/8660), 4-10-2000 (RJ 2000/8291), dictadas en Sala General]. Más recientemente, el Tribunal Supremo ha precisado que la subcontratación ha de ser respuesta a problemas de gestión o pérdidas de eficiencia apreciables en el momento del despido, perceptibles u objetivables, y no meramente hipotéticas. "Caracteriza, por tanto, al supuesto de hecho del art.52C) ET que la amortización del puesto de trabajo que justifica el despido es la que responde o reacciona frente a dificultades ya actualizadas y acreditadas, y no la que resulta de otros proyectos, iniciativas o anticipaciones del empresario, que podrían justificar el recurso a otras medidas de reorganización o mejora de gestión (STS 17-5-2005 (RJ 2005/9696), pero no el despido objetivo por causas empresariales. La indicada exigencia de actualización y acreditación de dificultades, problemas de gestión o pérdidas de eficiencia se mantiene, como ha declarado esta sala de lo social del TS en STS de 30-09-1998 (1998/7586) y STS de 21-07-2003 (RJ 2003/7165), en los supuestos de amortización de puestos de trabajo por subcontratación o exteriorización de actividades productivas o comerciales" [STS de 11-10-2006 (RJ 2006/7668) citando las SSTS de 10-05-2006 (RJ 2006/7694) y 31-05-2006 (RJ 2006/3971)]. En nuestro caso, el recurso a la subcontratación no obedece a la pura conveniencia y estrategia empresarial para incrementar beneficios, sino que se alza como fórmula de supervivencia ante pérdidas crecientes y niveles de endeudamiento amplísimos, procurando así menguar tanto los costes laborales como los de inversión, y facilitar la capacidad de adaptación a las exigencias de la demanda. Estamos, pues, ante un supuesto en el que la subcontratación resulta un medio útil y racional para apuntalar la viabilidad de la empresa y su competitividad. No escapa a la Sala que el efecto que con ello se consigue, además de la reducción de costes, es también la precarización de

las condiciones laborales, pues, según se admitió por el Director de Recursos Humanos, los salarios que pasan a cobrar las camareras subcontratadas son inferiores a los que tenían en su contratación directa. Eso es así, y es absolutamente lamentable, pero no existe un derecho a la contratación directa, ni se contempla deber alguno de la empresa de abstenerse de subcontratar partes de su actividad, más allá del que se ha pactado justamente en este acuerdo de despido, restringiendo esta fórmula para el futuro hasta convertirla en excepcional. Y lo que sí existe, como veremos, son causas suficientes para extinguir los contratos de trabajo, de modo que la recolocación, aunque sea en condiciones más precarias, será siempre mejor -y así debería verse por todos los implicados- que la salida indemnizada de un mercado de trabajo con serias dificultades de reabsorción de quienes pierden su empleo. Así lo estima el legislador cuando exige planes de recolocación y sugiere este tipo de medidas entre las de acompañamiento social. Y así lo estimó la mayoría de la representación social cuando suscribió un acuerdo que garantiza ofertas de recolocación del 90% de los afectados con contratos indefinidos”.

A la vista de lo anterior, lo cierto es que cuesta comprender que, aunque finalmente la base de la decisión se adopte sobre la consideración de la concurrencia de causa económica acreditada por la existencia de pérdidas crecientes y niveles de endeudamiento elevados, se trate de justificar para ello que la medida tiende a garantizar la viabilidad de la empresa y su competitividad, o a facilitar la capacidad de adaptación a las exigencias de la demanda, cuando se trata de requisitos que ya no venían exigidos en la redacción vigente de la Ley en la fecha de acaecimiento del supuesto de hecho. Asimismo, resulta chocante que para llegar a esta conclusión se realice un recorrido sobre la doctrina del TS aplicable a los supuestos de extinción del contrato de trabajo por causa organizativa, con cita de sentencias del TS referidas a la antigua exigencia de dificultades preexistentes a la medida descentralizadora y a la necesidad de amortizar puestos de trabajo, que tampoco vienen ya previstas en el texto vigente de la Ley. Da la sensación de que se rehúye la responsabilidad de tener que afrontar el reto de aplicar la nueva normativa, pretendiendo resolver el caso aplicando -y dando

continuidad- a la doctrina jurisprudencial anterior, pero obviando el trascendental dato de que ésta venía referida a un texto legal sustancialmente diferente.¹⁶⁹

Poco después, la **STS de 2 de diciembre de 2014 (RJ 2015/1254)**, al analizar un caso referido a la concurrencia de causa económica en relación a un despido colectivo adoptado por una Corporación Local, se ha referido marginalmente a esta cuestión, señalando que la normativa aplicable al caso permite (la sentencia se refiere expresamente a la Ley 3/2012 como aplicable al supuesto) concluir que, además de causa económica: *concurren causas organizativas, al haberse producido "cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público", que justifican la procedencia del despido colectivo impugnado. No cabe, por otra parte, cuestionar la adecuación y proporcionalidad de la medida impugnada, pues se encuadra en el ámbito de otras muchas tendentes a la racionalización de medios para reducir al máximo el alto grado de endeudamiento municipal, y sin que comporte, a pesar de las alegaciones del Comité recurrente (sin justificación en los inalterados hechos probados) la posible sustitución de los puestos de trabajo de los despedidos por trabajadores subcontratados, cuando de lo expuesto se puede deducir, al contrario, que las labores realizadas por los despedidos pasarán a ser realizadas por el personal ya existente en la Corporación local demandada como consecuencia de la reestructuración llevada a cabo.*

¹⁶⁹ Se aprecia todavía cierta reticencia por parte de nuestros Tribunales a la hora de aplicar la nueva regulación resultante de las recientes reformas combinada con una tendencia generalizada a buscar apoyo en pronunciamientos y doctrina jurisprudencial con origen en la legislación anterior. Así lo denuncia también, por ejemplo, RODRÍGUEZ RAMOS, M^a.J. en relación a la STSJ de Cataluña, de 4 de mayo de 2012 (AS 2012/1778) que comenta en su trabajo "Externalización de servicios, despido objetivo y concepto de causa" en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. 61/2012, parte Presentación. Editorial Aranzadi, Pamplona. 2012.

En el caso de esta sentencia contrasta la referencia inicial, para esta causa organizativa, a la sola exigencia de la existencia de cambios en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal como única justificación necesaria para la procedencia de este tipo de despidos, congruentemente con el nuevo texto del art. 51 ET, con las posteriores argumentaciones con las que se atienden las alegaciones sobre la falta de adecuación y proporcionalidad de la medida y también –más concretamente en relación a las subcontrataciones de servicios- con las justificaciones en orden a excluir la sustitución de los puestos de trabajo amortizados con trabajadores subcontratados, cuando la resolución de estas cuestiones ya no parece precisa a la vista de las exigencias actuales de la Ley. En efecto -como se ha expuesto más arriba- con el nuevo texto legal ya no resulta necesaria la adecuación de la medida extintiva al cumplimiento de fines, ni existe la previsión de una eventual resolución de la Autoridad Laboral que deba verificar la razonabilidad de la medida desde la perspectiva de tales fines. Únicamente, podría –si cabe- entenderse comprendida en el texto legal, muy remotamente, la referencia a una necesidad -mucho más laxa- de adecuación y proporcionalidad de la medida extintiva en la previsión del citado art. 51.1 ET en relación a que el período de consultas con los representantes de los trabajadores *deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos*. Por otro lado, asimismo, en relación al segundo tipo de justificaciones señaladas, parece superfluo el esfuerzo de esta sentencia por corroborar la prestación de los servicios correspondientes a los puestos de trabajo amortizados con personal de la propia Corporación Local, excluyendo su cobertura por trabajadores subcontratados, cuando esta cuestión tradicionalmente ha sido planteada en relación a la valoración de la concurrencia real de la *necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo*, que ya no viene contemplada en la redacción actual del art. 52c) ET y que, en cualquier caso, no se exigía respecto de los despidos colectivos.

Ello no obstante, pese a la mencionada eliminación de los fines a los que la medida debía venir abocada y la supresión de la necesidad de amortizar puestos de trabajo, lo cierto es que la jurisprudencia del TS posterior a la reforma sigue manteniendo su reflejo. Así, la **STS de 26 de marzo de 2014 (RJ 2014/2778)** (sentencia *Telemadrid*), refiriéndose a la extinción por causa económica señala: *“La justificación del despido económico tiene que realizarse a través de tres pasos: 1º) Acreditar la existencia de una situación económica negativa; 2º) Establecer el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo, en la medida en que aquélla provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo y 3º) Mostrar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad”*.

El voto particular formulado en esta sentencia por los Excmos. Magistrados Aurelio Desdentado Bonete y José Luis Gilolmo López resulta muy significativo a estos efectos al señalar que es necesario que la situación determine la necesidad de reducir la plantilla de la empresa o de cesar de forma total en la actividad y que las medidas extintivas respondan a esa necesidad. Es lo que la doctrina del TS (se citan las SSTs de 14 de junio de 1996, RJ 1996/5162 y 29 de septiembre de 2008, RJ 2008/5536: *“lo decisivo es adoptar las medidas de ajuste -terminación de la actividad, reducción de la plantilla que se correspondan con las necesidades económicas de la empresa”*) ha denominado conexión de funcionalidad o instrumentalidad de las decisiones extintivas con la necesidad de amortizar puestos de trabajo. Y dando continuidad a estos criterios, se añade que aunque con la reforma de 2012 desaparecen las valoraciones a partir de proyecciones de futuro de carácter finalista, como la superación de la situación negativa y la defensa o promoción de la posición competitiva de la empresa, hay que entender que no desaparece la conexión de funcionalidad que se funda en la relación causa y efecto, esto es, que la situación originada debe tener entidad suficiente para generar la necesidad de amortizar puestos de trabajo y que las medidas extintivas responden a esa necesidad.

Así, con cita de la anulada **STS de 20 de septiembre de 2013 (RJ 2013/7744)**¹⁷⁰ se limita el alcance de la desaparición de la referencia al control de razonabilidad de la medida previsto en la legislación anterior en el sentido de entender que el canon de control que la ley establece debe quedar ahora circunscrito a un control de supuesto de hecho, destinado a verificar únicamente si la situación fáctica es la prevista en la norma para determinar la procedencia del despido, con independencia que pueda ser posible otra que a juicio del órgano que realiza el control resultara más adecuada. Dicho control queda reducido a un papel de garantía frente a la arbitrariedad pero respeta el margen de discrecionalidad del empresario pues no puede consistir en un control de óptimos, según el cual el órgano judicial podría entrar a valorar la medida más adecuada en sentido técnico de gestión empresarial o en términos de coste social.

Existe, asimismo, un segundo voto particular en la sentencia de 26 de marzo de 2014 que formula el Excmo. Magistrado Jordi Agustí Juliá de cuya lectura se pone de manifiesto el contraste existente, tras la reforma de 2012, entre la causa económica rigurosamente definida -si bien en términos más amplios que antes de la reforma- conforme a criterios objetivos, respecto a la definición totalmente abierta de las restantes causas, y particularmente de la organizativa, que con el nuevo tenor legal puede llegar a depender únicamente de la decisión del empresario de adoptar cambios en la organización, como por ejemplo si decide descentralizar la prestación de una determinada actividad.¹⁷¹

¹⁷⁰ Se dice de ella que, aunque ha sido anulada, conserva todo su valor doctrinal aunque haya perdido el jurisprudencial, y se transcribe de la misma lo referido a que el legislador de 2012 ha querido que *“los órganos jurisdiccionales encargados del enjuiciamiento de los despidos colectivos no sustituyan al empresario en la elección de las medidas concretas a adoptar, limitando su control a verificar que las causas económicas alegadas existen, que tienen seriedad suficiente para justificar una reestructuración de los objetivos y de los recursos productivos de la empresa, que no son por tanto un pretexto o excusa para despedir, y que la supresión o amortización de puestos de trabajo acordada es una medida apropiada (o una de las medidas apropiadas) para hacerles frente”*.

¹⁷¹ El voto particular resalta que en el caso estudiado se ha procedido a una muy profunda “externalización”: Los términos y expresiones *“nuevo modelo”* o *“modelo de solución y continuidad para Telemadrid”*, *“externalización de los servicios”*, *“costes*

En efecto, desde este planteamiento, parece evidente que el empresario que pretenda una extinción por estas causas en el seno de su empresa, a la vista de precedentes como el constituido por esta sentencia, preferirá no arriesgarse a alegar y sostener, únicamente, como causa justificativa del despido la económica, que le exigirá acreditar y probar con datos objetivos la concurrencia de la situación económica negativa, sino que le será más práctico y eficaz adoptar medidas de reorganización del trabajo en la empresa, y alegar causa organizativa, que únicamente le exige la existencia de este tipo de cambios - que pueden venir motivados por su sola voluntad- y, a lo sumo, -como hemos visto- cierta proporcionalidad y/o razonabilidad de la medida extintiva.

externalizados”, “redimensionamiento” de áreas, “adscripción organizativa de los puestos de trabajo” , “responsable de área que supervise al proveedor externo”, “encargado de coordinar la gestión para la realización externa”, etc., aparecen en prácticamente todos los hechos probados y, además, la propia sentencia recurrida, destaca que “se ha transferido la producción de noticias, la recepción de señales, la realización de programas y buena parte de su soporte material”.

Parece evidente, pues, –según el voto particular- que las medidas externalizadoras puestas en marcha pudieron ser invocadas como causas organizativas para iniciar el procedimiento de despido colectivo, pues pudieran tener encaje en las “*causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción*”, a que se refiere el artículo 51.2 del ET (**sic**), e incluso se podría haber invocado y sostenido, para iniciar el despido colectivo, la concurrencia de ambas causas, la económica y la organizativa.

“En efecto, a través del citado precepto, nuestro ordenamiento jurídico laboral —como se ha visto— establece las ya diferentes y señaladas vías u opciones —causas económicas, técnicas, organizativas o productivas— para que las empresas puedan proceder a extinguir los contratos de trabajo de sus trabajadores, cuando exista justificación suficiente, previo el oportuno y exigible procedimiento y el pago de la indemnización legalmente establecida, y es sin duda a la empresa a la que corresponde adoptar la decisión más conveniente en función de sus necesidades”. “Sin embargo, una vez ejercitada la opción —u opciones—, necesariamente, la empresa debe ajustarse al mecanismo legal y reglamentario establecido”. Y en el presente caso, quedó acreditado que, pese a ser la verdadera causa del despido colectivo la organizativa, como la única causa aducida y sostenida por las demandadas para proceder al despido colectivo fue la económica y no se pudo probar la situación económica negativa, ello desembocó en la calificación judicial de no ajustada a derecho de la decisión extintiva adoptada, por falta de concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva.

De ser así, ello conducirá, en la práctica, a limitar la aplicabilidad real de la causa económica en beneficio de esta otra causa, y lo que es aun más peligroso -tal y como denunciaba ya al referirme antes de la reforma a las interpretaciones que, a mi juicio, sin cabida suficiente en el texto legal anterior, pretendían residenciar en la decisión de descentralización misma la existencia de causa de despido-, ahora con fundamento legal, se correrá el riesgo de que la mera decisión del empresario de externalizar (o genéricamente de adoptar cualquier cambio organizativo) sea suficiente para legitimar este tipo de despido, vaciando de contenido real los restantes preceptos del ET que establecen una causa para cada extinción y, en general, descausalizando en su conjunto el sistema de extinción del contrato de trabajo previsto en el art. 49.1 ET y concordantes, en la medida en que bastará casi con la sola voluntad de una de las partes del contrato para ponerle fin por esta vía.¹⁷²

¹⁷² Esta situación parece muy difícil de cohonestar con los principios generales que inspiran, con carácter general, el derecho de contratos en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, el art. 1256 CC establece que: *“La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”*.

3.4.2. Asunción judicial de un papel corrector de la reforma a través del control de razonabilidad de la medida extintiva

En orden a evitar tan inquietante resultado, con este trasfondo subyacente de ausencia de las antiguas cautelas legales, parece que el criterio de nuestros Tribunales se está dirigiendo en las sentencias más recientes a la aplicación del principio de razonabilidad de la medida, como derivación de la genérica función de control judicial constitucionalmente reconocida.¹⁷³

¹⁷³ Resulta muy expresiva a este respecto la STSJ de Cataluña de 9 de enero de 2014 (AS 2014/333) la cual entiende que el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012 no pueden interpretarse en el sentido de que se haya eliminado totalmente cualquier tipo de control judicial de razonabilidad del despido objetivo, si no que este debe ceñirse ahora a un juicio de razonabilidad moderado, limitado a verificar que los cambios organizativos tienen algún tipo de relación con el contrato que se ve afectado, pues no vale cualquier cambio, descartando de esta manera todo tipo de decisiones que pudieran calificarse de absurdas o arbitrarias, o que persiguieran un fin distinto al descrito en la Ley, o simplemente que supongan un claro y manifiesto abuso: *“Teniendo en cuenta la finalidad y espíritu que perseguía la norma, no es descabellado aseverar que a pesar de lo que recoge el preámbulo de la Ley, y de la desconfianza hacia control judicial, la intención del legislador no fue nunca extraer de las competencias de los Juzgados de lo Social la necesidad de hacer el correspondiente juicio de razonabilidad sino más bien la de evitar que los juzgados y tribunales realizaran éste tipo de juicios de valor del modo y forma que se venían haciendo antes de la reforma del 2010, o del que se hizo tras ella hasta la reforma del 2012. Por ello es importante destacar que el juicio de razonabilidad: la relación que debe haber entre la medida adoptada y el fin perseguido, no ha sido suprimido de forma absoluta, entre otras cosas porque una ley ordinaria no puede extraer del ámbito de competencias que la Constitución atribuye a los jueces, la realización de juicios de razonabilidad, dado que la decisiones que estos tomen no sólo debe ser razonadas sino que deben ajustarse a la finalidad que persigue la ley. En suma, como el legislador no puede suprimir algo que es inherente a la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, si algo quiso regular no fue otra cosa que evitar que los juzgados y tribunales hicieran un uso abusivo y arbitrario de ese juicio más allá de los términos que regula la ley. Piénsese, que de no poder hacerse por los órganos de esta jurisdicción social este tipo de valoraciones se podría llegar al absurdo de que unos cambios irrisorios en la situación económica de la empresa o en su organización y producción, pudieran servir sin más para justificar una decisión extintiva injusta o incluso para avalar la extinción de un contrato, cuando probado el cambio, el despido ninguna relación tenía con el cambio adoptado”. “La reforma, insistimos, no impide, que los jueces y tribunales puedan valorar si la empresa ha cumplido con los requisitos formales que para este*

En efecto, como señala SALINAS MOLINA,¹⁷⁴ siendo éste un campo tradicionalmente proclive al enfrentamiento de intereses y derechos contrapuestos, como la **libertad de empresa** y el **derecho al trabajo** (e incluso el interés público a favor del mantenimiento del empleo) el punto de equilibrio se encontraría en determinar si la medida extintiva supera o no el “juicio de proporcionalidad”.

Refiriéndose a esto mismo, en relación al alcance del control judicial del despido objetivo, la **STS de 29 de noviembre de 2010 (RJ 2010/8837)**, ya antes de la reforma de 2012 -y después de la de 2010, aunque en relación a un supuesto de hecho al que era aplicable la normativa anterior a ambas- subrayaba que existe un espacio en el que no debería inmiscuirse el criterio del juez: “(...) la más pura **libertad empresarial** [libertad para decidir qué producir y cómo hacerlo] y por lo mismo debe permanecer inmune al control

tipo de despido regula el 53 ET (juicio de formalidad); ni si concurren la causa o causas objetivas alegadas (juicio de causalidad); ni si existe cierta proporcionalidad entre la situación de la empresa y la medida extintiva adoptada (juicio de proporcionalidad), y, sobre todo, no prohíbe que podamos analizar si la medida justifica la extinción en el sentido de que no sea fraudulenta, dolosa o se haya tomado en claro y manifiesto abuso de derecho (juicio de razonabilidad limitada)”.

¹⁷⁴ “La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. La reformulación de las causas de extinción contractual” en la obra colectiva *Las reformas Laborales del 2010* (coordinadores por Moreno Gené, Josep y Solé Puig, Ascensió). Ponencia de XXII Jornades Catalanes de Dret Social. Iuslabor. 2011. El autor señala que, según la jurisprudencia constitucional (con cita de las SSTCO 66/1995 de 8 de mayo, 55/1996 de 28 de marzo, 207/1996 de 16 de diciembre, 37/1998 de 17 de febrero, 186/2000, de 10 de julio) *cuando entran en conflicto derechos o libertades fundamentales, lo verdaderamente relevante consiste en determinar si la medida adoptada por la empresa, sometida a los cánones establecidos para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental, supera o no el “juicio de proporcionalidad” (...). Este debe ser el principio inspirador (...) para garantizar el necesario equilibrio y respeto entre los derechos e intereses contrapuestos; pues, como ha destacado un sector doctrinal, el cumplimiento de un contrato no puede dejarse al arbitrio de una de las partes (art. 1256 Código Civil) y que el “dejar en manos del empresario la llave de su continuidad o de su finalización supondría darle un poder absolutamente exorbitante no solamente sobre la relación laboral – precarizando hasta un extremo intolerable la posición del trabajador en el marco de la misma – sino incluso sobre el desarrollo global de la vida del trabajador”.*

jurisdiccional; otra cosa significaría valorar -más allá de lo razonable- la global actividad de la empresa, con indebida sustitución del empresario por el Juez en el núcleo de las decisiones que sólo a aquel corresponden, en tanto que intransferible reducto de autonomía en la dirección de la empresa. No hay que olvidar que si el art. 38 CE «garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial "en libertad", ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado» (así, SSTCO 225/1993, de 8 de julio, y 112/2006, de 5 de abril. Reproducidas por las SSTS de 08/10/07 (RJ 2007/9178 y 08/07/10 (RJ 2010/3615))”.

Pero, ello no obstante, la sentencia contraponía a lo anterior “(...) **el derecho al trabajo** que reconoce el art. 35.1 CE, que en su vertiente individual se concreta en el «derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir en el derecho a no ser despedido sin justa causa» (SSTCO 22/1981, de 2 de julio y 192/2003, de 27 de octubre, porque, tanto exigencias constitucionales como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción -para su licitud- a condiciones de fondo y de forma, lo que no significa que no hayan de tenerse en cuenta los derechos constitucionales de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero sí que se ha de atender a la necesaria concordancia entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho (STCO 192/2003, de 27/Octubre, FJ 4). Lo que necesariamente invita -en el supuesto de que tratamos- a acoger interpretaciones no extensivas en la aplicación del derecho empresarial a amortizar puestos de trabajo por causas objetivas, en tanto que más favorables a la deseable continuidad en el empleo”.

Así pues, desde este enfoque, el sistema extintivo causal del contrato de trabajo –que parecía ponerse en riesgo en los términos advertidos al final del apartado anterior- aparece como una garantía del derecho al trabajo y a la estabilidad en el empleo que se deriva del art. 35 CE el cual actúa como contrapunto de la libertad empresarial de auto-organización que se desprende del art. 38 CE. Un mínimo control judicial de razonabilidad de la medida extintiva parece, pues, que debe ser mantenido –aunque haya desaparecido la referencia legal al mismo- en orden a mantener el equilibrio de estos derechos y libertades que gozan de reconocimiento constitucional y evitar que se desvirtúe *de facto* la causalidad del despido.

Más recientemente, la **STS de 27 de enero de 2014 (RJ 2014/793)** (sentencia *Cortefiel*), si bien viene referida a una modificación sustancial de las condiciones retributivas adoptada por la empresa por la vía del art. 41 ET,¹⁷⁵ contiene unas consideraciones muy relevantes en relación al tema que nos ocupa sobre la necesidad de un control judicial de la razonabilidad de las medidas empresariales, tras la nueva redacción dada al ET por la reforma de 2012. Pues, en efecto, cabe resaltar que, tras dicha reforma, también han sido eliminadas del texto del art. 41 ET las exigencias anteriores –que, como he comentado, en la primitiva redacción ya eran de por sí mucho más laxas que las tradicionalmente exigidas para los despidos por causas empresariales- en relación a que las modificaciones tuvieran por fin «prevenir» una evolución negativa o «mejorar» la situación y perspectivas de la empresa, bastando ahora con que las medidas estén «relacionadas» con la competitividad, productividad u organización técnica.

Se trata, por tanto, de una situación muy similar a la planteada respecto de las medidas extintivas, por cuanto también aquí la desaparición de la orientación a fines de estas medidas, podría -como dice el TS en esta sentencia- interpretarse como un impulso radical del legislador del «*ius variandi*» empresarial que rompiera el equilibrio de derechos antes comentado en favor

¹⁷⁵ Véase también la STS de 10 diciembre 2014 (RJ 2014/6818).

de la libertad de empresa y *que pudiera llevar a entender –equivocadamente, a nuestro juicio– la eliminación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad judicialmente exigibles hasta la reforma, de manera que en la actual redacción de la norma el control judicial se encontraría limitado a verificar que las «razones» –y las modificaciones– guarden relación con la «competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa».*

La similitud del problema planteado redundaba en la semejanza de la solución ofrecida por el TS, el cual aplica también en este caso como elemento corrector de la situación de amenaza de desequilibrio advertida, el recurso al papel del control judicial de la razonabilidad de las medidas a adoptar. Respecto del cual se especifica –en un sentido parecido al ya avanzado más arriba que después contendrían, respecto de las medidas extintivas, la posterior **STS de 26 de marzo de 2014 (RJ 2014/2778)** y como también recoge la más reciente de **23 de septiembre de 2014 (RJ 2014/6420)**- que aunque no correspondan a los Tribunales *“los juicios de «oportunidad» que indudablemente pertenecen ahora –lo mismo que antes de la reforma– a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta [art. 24.1 CE], determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar –si concurriese– la posible vulneración de derechos fundamentales”.* *“Razonabilidad que no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella [lo que es privativo de la dirección empresarial, como ya hemos dicho], sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo [juicio de idoneidad], excluyendo en todo caso que a través de la degradación de las condiciones de trabajo pueda llegarse –incluso– a lo que se ha llamado «dumping» social, habida cuenta de que si bien toda rebaja salarial implica una*

mayor competitividad, tampoco puede –sin más y por elemental justicia– ser admisible en cualesquiera términos”.

La cuestión radica pues, según esta STS, en determinar si la medida acordada por la empresa se justifica también en términos de juicio de razonable idoneidad y, por lo mismo, se ha de rechazar –por contraria a Derecho– la modificación que no ofrezca la adecuada racionalidad, tanto por inadecuación a los fines –legales– que se pretenden conseguir, cuanto por inalcanzable, o por patente desproporción entre el objetivo que se persigue y los sacrificios que para los trabajadores comporta.

Parece, por tanto, como indica el voto particular primero -ya comentado- de la **STS de 26 de marzo de 2014 (RJ 2014/2778)**, que el control judicial de razonabilidad no puede alcanzar el nivel de un control de óptimos, pero el control de concurrencia de supuesto de hecho -referido en dicho voto particular-, a juicio de estas SSTS (incluida la posición mayoritaria de la STS de 26/03/2014),¹⁷⁶ debería incluir también un control de necesidad y de idoneidad/proporcionalidad de la medida. En definitiva, lo que en palabras de SALINAS MOLINA, en la obra antes citada, sea necesario para garantizar que estemos ante la *solución idónea, necesaria y proporcionada para la consecución del fin empresarial a que pretende destinarse. En suma, que deberá tratarse: a) de una medida de cuyo susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); b) necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, c) finalmente, ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que*

¹⁷⁶ *“Partiendo de la doctrina unificadora expuesta, ha de concluirse que, corresponde al órgano jurisdiccional comprobar si las causas además de reales tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, además, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al Standard de un buen comerciante al igual que se venía sosteniendo antes de la reforma de 2012. Compete a los órganos jurisdiccionales no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada”.*

perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

En el mismo sentido, la posterior **STS de 17 de julio de 2014 (RJ 2014/5743)**, viene a matizar la -ya avanzada- declaración del preámbulo de la Ley 3/2012 que afirmaba rotundamente que: *“Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas”*. Concretamente la sentencia precisa que *“a pesar de esta contundencia, no son admisibles ni el extraordinariamente limitado papel que de manera formal se atribuye a los Tribunales en ese Preámbulo ni la discrecionalidad absoluta que -en consecuencia- correspondería al empresario cuando mediase la causa legalmente descrita”*.

Y dando continuidad al criterio mantenido por las sentencias precedentes (con cita expresa de las ya comentadas de 27 de enero de 2014, RJ 2014/793 y 26 de marzo de 2014, RJ 2014/2778), introduce cierta corrección en la intención del legislador manifestada en el citado preámbulo, haciendo persistir *por fuerza un ámbito de control judicial fuera de la «causa»*, con apoyo en normas e intereses constitucionales y compromisos internacionales,¹⁷⁷ y en la aplicación de los principios generales de Derecho Común en el ejercicio de los derechos subjetivos («principio de buena fe» del art. 7.1 CC y «abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo» del art. 7.2 CC).

¹⁷⁷ Art. 35 CE (derecho al trabajo en su dimensión individual: derecho de obtención de puesto de trabajo en igualdad de condiciones y «derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir a no ser despedidos sino existe una justa causa», SSTCO 22/1981, de 2 de julio, 125/1994 de 25 de abril y 192/2003, de 27 de octubre), y arts. 4 y 9 del Convenio 158 de la OIT (relativos a la justificación causal del despido), que no sólo actúan como norma mínima, sino que presentan resistencia pasiva respecto de las disposiciones legales internas posteriores (art. 96.1 CE).

La sentencia sobre la base de todo lo anterior construye un esquema de control de *razonabilidad* de estas medidas basado en tres escalones sucesivos:

- 1) Control de la ***existencia de la causa*** tipificada legalmente.
- 2) Control sobre la ***adecuación de la medida*** adoptada a los fines legales que se pretenden conseguir.
- 3) Control de ***racionalidad*** propiamente dicho –o ***proporcionalidad*** en sentido estricto-. Este tercer control determina la exclusión, por contrarias a Derecho por carecer de razonabilidad (o *elemental proporcionalidad*), de aquellas decisiones empresariales que ofrezcan una patente desproporción *entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores por las medidas empresariales*, sin que, en ningún caso, pueda alcanzarse el nivel de un control de *oportunidad* en términos de gestión empresarial.

A la vista de las consideraciones y fundamentaciones de esta sentencia, parece como si el TS ejerciera *de facto* funciones más bien propias del TCO, pues da la sensación de que en ella trata de darse a la nueva redacción legal una determinada interpretación distinta de la manifestada por el propio legislador en el preámbulo de la norma¹⁷⁸ -y de la que parece evidenciar la laxitud de los términos del nuevo texto legal-, sobre la base de fundamentos de orden constitucional y de principios básicos del ordenamiento jurídico. Se desprende, por tanto, de forma implícita, una guiño hacia la calificación de inconstitucionalidad de la norma por parte del TS en caso de ser interpretada en un sentido de total flexibilidad. Pues, en efecto, el TS entiende que en la materia que tratamos (ámbito del control judicial de la decisión extintiva) hay

¹⁷⁸ Si bien el propio TS relativiza el sentido de las declaraciones del citado preámbulo aportando la contestación del Gobierno de España a la interpelación de la OIT -en justificación de la reforma legal llevada a cabo por la Ley 3/2012- en el sentido de que las diversas causas legales «deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo que se pretenden extinguir».

que optar por fuerza por la interpretación de la norma que sea acorde con esta normativa de rango máximo (*no hay que olvidar que la interpretación de las normas ha de ser acorde a la CE, en virtud del art. 5.1 LOPJ*), obligando ello “*a excluir como admisible la interpretación del Preámbulo de la Ley 3/2012 consagra una facultad empresarial, la de extinción de contratos de trabajo mediando determinada causa legal, que se declara exenta de los límites propios de cualquier otro derecho, constitucional y ordinario, y que puede ser ejercido extramuros de la buena fe, de forma abusiva o antisocial; tal interpretación no solamente sería rechazable por contraria a los valores constitucionales citados y a alguno más, sino que resulta inadmisibile en un Estado social y democrático de Derecho (art.1 CE), resultando más acomodado a la Constitución entender -porque la literalidad del texto lo permite- que la referida Ley 3/2012 únicamente prohíbe los «juicios de oportunidad» que censura y que -por supuesto- sujeta el derecho de extinción contractual al condicionamiento de que su ejercicio sea ejercido -como insistiremos- en forma ajustada a los principios generales del Derecho».*

El TS parece buscar legitimación para su inmersión en esta tarea cuasi constitucional en el enlace que le proporciona el mandato del art. 5.1 de la LOPJ de interpretar las normas conforme a la Constitución y, con esta base, dota al nuevo texto introducido en el ET por la Ley 3/2012 en los arts. 51.1, 52c) y concordantes de una determinada interpretación más próxima al sentido acorde con la Constitución (que viene a reducir la incidencia de la nueva norma en materia de control judicial a la mera exclusión de los «juicios de oportunidad» por parte de los Tribunales, que ya se venían rechazando antes de la reforma) pero totalmente alejada de las pretensiones mucho más ambiciosas manifestadas muy claramente por el propio legislador en el preámbulo citado.

En cualquier caso, de lo que no hay duda es que aun cuando no llegara a tener continuidad el criterio “conservador” construido por el TS en estas primeras sentencias, y terminara por imponerse el impulso “flexibilizador” inicialmente pretendido por la Ley 3/2012, tras los pronunciamientos de estas sentencias, ha quedado sembrada ya seriamente la duda sobre la constitucionalidad de esta norma y está servida la polémica al respecto de cara al futuro.¹⁷⁹

¹⁷⁹ GOERLICH PESET, J.M^a, en "El Real Decreto-Ley 3/2012: aproximación general", ob. cit., denuncia, asimismo, la existencia de fuertes impedimentos de origen constitucional, *“(...) para sostener, a pesar de la contundente declaración de la Exposición de Motivos y del alcance de las modificaciones legales, que la amplísima discrecionalidad empresarial que parece desprenderse del RDL 3/2012 no resulta admisible. No todas las medidas justificadas en el interés de la empresa pueden ser consideradas alternativas igualmente válidas en una determinada situación por la sencilla razón de que los intereses en juego, protegidos constitucionalmente, no son siempre los mismos. Así, con cita de la STS de 17 de mayo de 2005 se reafirma en esta idea de que “(...) la distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la «libertad de empresa» y de la «defensa de la productividad» reconocidas en el art. 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de «reestructuración de la plantilla», la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la «libertad de empresa» y el «derecho al trabajo» de los trabajadores” (art 35 CE).*

El autor propone una posible forma de integrar la intención de la reforma laboral de 2012 con las exigencias constitucionales, basada en reducir la carga de la prueba empresarial a la mera demostración de la existencia de los hechos determinantes de la concurrencia de la causa (que derivaría en la consideración de la decisión empresarial como regular sin necesidad de mayores justificaciones), pero siendo posible siempre el intento de demostrar en contra (correspondiendo a los trabajadores esta carga probatoria) el ejercicio antisocial de la facultad empresarial de despedir, que debe ajustarse a los principios del art. 7. CC: buena fe y prohibición del abuso de derecho.

PARTE III

PARTE III.- LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN SENTIDO ESTÁTICO: CUESTIONES A RAÍZ DE UNA REALIDAD EMPRESARIAL YA DESCENTRALIZADA

Como ya fue avanzado al inicio de esta tesis, esta parte viene dedicada al estudio de los temas más controvertidos que se generan desde la perspectiva de una actividad empresarial que ya se encuentra organizada en forma descentralizada mediante el recurso a contrata y, en su caso, subcontrata, ya sea porque ésta fue la estructura empresarial elegida desde el inicio de la actividad o bien porque sea la forma organizativa resultante de procesos dinámicos de descentralización productiva como los que han sido objeto de estudio en la Parte II de este trabajo.

Así, entre las materias a abordar, cabe preguntarse, en primer lugar, si es posible formalizar contratos temporales por obra o servicio determinado para contratar a los trabajadores que hayan de prestar servicios en tales contrata, así como qué ocurre con los trabajadores asignados a ellas, cualquiera que sea su tipo de contrato, cuando un nuevo contratista o adjudicatario sucede al anterior contratista/empleador. Finalmente, habrá que preguntarse qué sucede con los contratos de los trabajadores afectados cuando las contrata lleguen a su fin.

1) DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y CONTRATACIÓN TEMPORAL

1.1. Contrato de obra y descentralización productiva

La interrelación entre subcontratación empresarial y contrato por obra o servicio determinado plantea, junto al asunto fundamental en torno a la admisibilidad de este contrato para la cobertura de actividades limitadas en el tiempo por la vigencia de una contrata, un buen número de cuestiones conexas de inusitado interés, de las cuales también me ocuparé a continuación.

En efecto, junto a la cuestión principal, en caso de aceptarse la viabilidad del contrato de obra a estos efectos, surgen –entre otras- la cuestión de la eficacia extintiva de las decisiones finalizadoras de las contratas por parte de los empresarios que las celebran, según su origen, así como también, la de los efectos que la admisión de esta figura contractual, puede tener sobre los principios de ajenidad (con que, legalmente, el art. 1.1 ET configura la relación de trabajo) y de igualdad. A nivel normativo, cabe preguntarse, asimismo, si la negociación colectiva puede ejercer algún tipo de influencia en orden a delimitar el marco jurídico de esta cuestión y la eventual incidencia que la nueva duración máxima de este contrato, introducida por la reforma laboral de 2010, puede tener a estos efectos.

En lo que sigue trataré también de delimitar y aislar la controversia fundamental objeto de este estudio respecto de otras situaciones y figuras afines, tales como cesiones ilegales de trabajadores, concesiones administrativas o trabajos fijos discontinuos, sin perjuicio de extraer los elementos sinérgicos que se pudieran desprender de un eventual tratamiento jurisprudencial analógico de éstas. Y a continuación abordaré lo relativo a sucesiones y reducciones de contratas.

Por último, en la fase conclusiva, plantearé las posibles opciones alternativas que se derivan de la jurisprudencia recaída sobre la materia, las cuales principalmente surten de los arts. 49.1.b) y 51.1 y 52c) ET, antes de tomar posicionamiento y ofrecer mi propia conclusión y propuesta de solución.

1.1.1. La cuestión fundamental: Admisibilidad del contrato por obra o servicio determinado vinculado a la vigencia de una contrata

El asunto principal a dilucidar se concreta en determinar si la tensión que suscita la contradicción entre la duración limitada exigida legalmente por el art. 15.1.a) ET para la obra o servicio objeto de este tipo de contrato y, por contraposición, el eventual carácter permanente de las necesidades de la empresa comitente que encarga una contrata a un contratista/empleador para el desarrollo de una actividad, la cual puede ser, a su vez, la normal o habitual del mismo, puede superarse atendiendo al criterio del carácter temporal que la necesidad de trabajo originada por tal contrata tiene para la empresa contratista.

La cuestión, desde luego, no es baladí, habida cuenta del generalizado uso del contrato por obra o servicio determinado en la realidad laboral de nuestro país –no sin contribución de la jurisprudencia- particularmente, en relación a contratas y, muy especialmente, en el ámbito de las Administraciones Públicas y de las concesiones administrativas. Pues, en efecto, el contrato por obra o servicio determinado, aun siendo una figura contractual tradicional de nuestro derecho laboral, ha experimentado un inusitado crecimiento en épocas recientes, como lógica consecuencia, primero en los años 80, del recurso a la contratación temporal como principal medida para hacer frente al desempleo y más tarde, en la década de los años 90, al convertirse, a partir de la supresión legal de la contratación temporal coyuntural como medida de fomento del empleo, con cierto efecto sustitutivo, en el principal medio, un tanto forzado, de

evitación de la contratación indefinida, a lo cual coadyuvó en gran medida - como veremos-, al menos inicialmente, la actitud favorable de la jurisprudencia, en especial en el campo de las contrataciones en el ámbito de las Administraciones Públicas.¹⁸⁰

Se trataría, pues, de esclarecer si es posible obtener la causa de la temporalidad de este contrato no sólo intrínsecamente, en función de los límites de duración de la obra o servicio que se ejecutan en sí mismos, sino también en virtud de los condicionantes externos determinados por los términos en que se instrumenta la contrata, los cuales delimitan una necesidad de trabajo de carácter temporal para el contratista/empleador.

¹⁸⁰ VICENTE PALACIO, A.: “La dotación presupuestaria como justificativa de los contratos para obra o servicio determinado en perjuicio de la contratación fija discontinua: matizaciones a la doctrina reiterada del Tribunal Supremo admitiendo la adecuación del contrato para obra o servicio determinado para las campañas de detección de incendios”. *Aranzadi Social Paraf.* 37, Presentación. Editorial Aranzadi. Pamplona. 2002. Como ha sido subrayado por la doctrina (BALLESTER PASTOR, M^a. A., págs. 386-387 de “El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural, en la obra colectiva *Descentralización Productiva y Protección del Trabajo en Contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000), tras la desaparición de la contratación coyuntural en fomento del empleo, se produjo una duplicación del número de contratos temporales por obra y servicio y de eventualidad. La práctica de acudir a la contratación temporal por obra o servicio determinado para la cobertura de contrata ha sido y es tan habitual que ha llevado a autores como ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (“Negociación Colectiva, empleo y flexibilidad de entrada e interna a la luz de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de reforma del mercado de trabajo” en *La Contratación y el empleo en la negociación colectiva*. XXII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva. MTAS. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, Núm. 98, Madrid. 2011) a considerar la opción de la reforma de 2010 por la fijación de un límite temporal máximo a la contratación de dicha naturaleza como una solución menos efectiva, en la práctica, que otras que hubieran sido posibles como, por ejemplo, la prohibición de vincular la duración de un contrato para obra o servicio a la de una contrata que, en su opinión, hubiera supuesto una regla bastante más restrictiva y eficaz de cara a reducir el elevadísimo número de contratos de tal modalidad al afectar a un volumen muy superior de supuestos.

En palabras de VICENTE PALACIO, la cuestión que se plantea es si la temporalidad que, en virtud del principio de causalidad, justifica el recurso a esta contratación temporal debe reputarse de la actividad en sí misma considerada o si, por el contrario, es posible predicarla también de la necesidad que se cubre con la persona contratada.¹⁸¹

¹⁸¹ “La dotación presupuestaria como justificativa de los contratos para obra o servicio determinado en perjuicio de la contratación fija discontinua...”, ob. cit., La autora subraya la similitud de esta controversia con el debate que surgió, hasta su admisión legal expresa a través del contrato de interinidad, en relación a los supuestos de coberturas temporales de vacantes en la Administración hasta la provisión definitiva de los puestos por los cauces legales y reglamentarios.

BALLESTER PASTOR, M^a. A. (Págs. 388 y ss. de “El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural”, ob. cit.) se refiere a esta misma cuestión al analizar el proceso de descausalización sufrido por la contratación temporal estructural, en general, y por el contrato por obra, en particular, tras la desaparición de la contratación temporal coyuntural como medida de fomento del empleo. Así, señala que desde la perspectiva del empleador parte en una contrata pasa a reconocerse la existencia de una obra con autonomía y sustantividad aunque ésta no tenga una manifestación fáctica o real sino puramente formal en el ámbito jurídico-contractual, afectando esta descausalización no sólo al momento inicial de la contratación sino también a la extinción del contrato que, de este modo, queda en mayor modo condicionada por la voluntad del empresario empleador que, además de parte en el contrato de trabajo, también lo es en la contrata que provee de causa a aquél. En este sentido, la autora nos recuerda, asimismo, la admisión, desde antiguo, de la parcelación de una obra principal o actividad en fragmentos para ser atendidos con contratos de obra determinados. El siguiente paso del proceso vino determinado por la aceptación por nuestros Tribunales de la validez de estos fragmentos de obra sobre la base de elementos no fácticos, que se patentizó especialmente con la admisión de la licitud de contratos de obra, o también de eventualidad, para dar cobertura a puestos de la Administración Pública pendientes de cobertura definitiva, hasta que se produjo la normativización de estos supuestos a través de la figura del contrato por interinidad mediante RD 2546/1994. Lo anterior, junto con los supuestos de admisión jurisprudencial de contratos de obra para la cobertura de actividades permanentes o cíclicas limitadas por el criterio de la disponibilidad presupuestaria, abrieron la puerta, según esta autora, al menos en el ámbito de la Administración Pública, a un nuevo concepto de autonomía y sustantividad referido a realidades, no coincidentes con la actividad material en que consista la prestación, susceptibles de fragmentación con criterios diferentes al puramente real.

Jurisprudencialmente, la cuestión a resolver queda planteada, de forma arquetípica y ejemplar, en la STS de 15 de enero de 1997 (RJ 1997/497), al señalar que se trata de “(...) *determinar si el servicio objeto del contrato previsto en el artículo 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores ha de ser en sí mismo -es decir, por su naturaleza en relación con la actividad de la empresa- un servicio limitado temporalmente o si, por el contrario, aun siendo un servicio que en principio tiene una duración permanente, puede ser objeto de un contrato de obra o servicio determinado cuando para el empresario la realización de ese servicio queda en la práctica limitada en el tiempo, no por el*

A esta cuestión se refirió, también, MARÍN CORREA, J. M^a. (“La contratación temporal”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Núm. 38. 1998), quien, tras significar en la pág. 55, que se abandona el “*criterio físico en la configuración de la obra o servicio*” el cual viene ampliado con la utilidad de identificaciones jurídicas –mercantiles, civiles o administrativas- proporcionadas por las contrataciones o concesiones, pasa a referirse (pág. 62) a que la superación de la dificultad conceptual inicial con que topó el TS en la tarea de identificación de la contrata con la obra o servicio, que venía impuesta por el hecho de que se trataba de una temporalidad introducida en la actividad normal y permanente de la empresa, se solventó distinguiendo entre *actividad permanente* y *necesidad de mano de obra permanente*. Tratándose de dos conceptos distintos, aún tratándose de actividades permanentes de la empresa, sólo las necesidades -a su vez- permanentes de mano de obra impedirían el contrato de obra pero no así las necesidades temporales aunque viniesen referidas a la actividad normal de la empresa contratista/empleadora.

En este orden de cosas, la STS de 6 de marzo de 2009 (RJ 2009/3818) clarifica que tal autonomía y sustantividad propias de la obra o servicio no se refieren a que estén fuera de la actividad de la empresa sino "dentro" de la misma, de modo que puede existir una contratación para obra o servicio determinado para la misma actividad habitual de la empresa, siempre y cuando las tareas objeto del contrato tengan esa sustantividad y autonomía, es decir, permitan su individualización dentro de la actividad habitual y sean limitadas y acotadas en el tiempo, aunque no pueda precisarse la fecha exacta de su terminación. Se trata de que la propia naturaleza de la actividad concertada permita delimitarla en relación a otras actividades de la empresa, con una duración limitada que depende de la propia actividad. Esta sentencia, con remisión expresa las SSTS de 20 de febrero de 1984 (RJ 1984/895) y 21 de diciembre de 1984 (RJ 1984/6478), concluye que cabe este tipo de contrato aunque se trate de la actividad normal de la empresa, cuando en ésta se individualiza la necesidad temporal no creada arbitrariamente por el empresario, sino que responde a necesidades reales y de duración limitada que son perfectamente individualizables.

*carácter de aquél, sino por las condiciones en que se ha pactado su realización con un tercero y por cuenta de éste”.*¹⁸²

Existe, sin embargo, en el habitual caso de contrata con término fijo, un posible impedimento a esto último, determinado por la exigencia legal de una duración de la obra o servicio limitada pero *incierta*. Pues, en efecto, es una cuestión pacífica, doctrinal y jurisprudencialmente (STS de 17 de junio de 2008 (RJ 2008/4229),¹⁸³ que el contrato por obra o servicio determinado queda

¹⁸² Asimismo, resultan de sumo interés a estos efectos introductorios las consideraciones efectuadas por la STSJ de Canarias de 25 de octubre de 2001 (AS 2002/1253) la cual, comentando la sentencia de 18 de octubre de 2000 del Juzgado de lo Social Nº 6 de Las Palmas, resalta que son dos las cuestiones a resolver en este ámbito:

A) La primera y principal es la posibilidad -ya apuntada arriba- de que la duración de una contrata pueda actuar, a su vez, como límite a la duración del vínculo laboral en el marco del contrato por obra o servicio determinado regulado en el artículo 15.1 a) ET.

B) Pero, si se parte de que es lícita y ajustada a derecho la posibilidad anterior, junto a ella, la citada sentencia muestra certeramente como aparece una segunda cuestión a analizar cuando concurren, además, supuestos de sucesión de contrata, por cuanto si se aplica lo dispuesto en el artículo 44 ET por considerar que existe una sucesión de empresas, la obra o servicio cuya ejecución fue contratada no finalizaría realmente (el trabajador sigue prestando servicios en el mismo lugar –dice-) y la relación laboral continuaría con el nuevo empresario. En otras palabras, según la sentencia, habría que entender que si, en tales casos, se produce una sucesión de empresas porque el nuevo empresario pasa a ser titular de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la misma, éste debe subrogarse en la posición del empleador anterior respecto a los contratos de trabajo (con todo su haz de derechos y obligaciones) de los empleados que prestaban servicios en dicha empresa por cuenta de su anterior titular y ello implicaría que la cláusula del contrato temporal para obra o servicio determinado que vincula la duración de éste a la vigencia de una contrata no entraría en juego y no extinguiría válidamente el contrato de trabajo.

En efecto, como veremos, ambas cuestiones, aparecerán, en no pocas ocasiones entremezcladas, en el discurrir de la jurisprudencia recaída sobre esta materia y serán, por ello, especialmente la primera de ellas, objeto primordial de análisis y valoración en el presente capítulo.

¹⁸³ Esta STS define el contrato por obra o servicio determinado como comprensivo de una “obligación de plazo” en cuanto se encuentra sujeto al vencimiento de un plazo (la ejecución de la obra o servicio) que se sabe se producirá aunque puede o no saberse cuándo y que, según se trate de uno u otro caso, de acuerdo con la doctrina civil, dará lugar a obligaciones de plazo determinadas o indeterminadas pero –afirma- que, de

configurado legalmente en el art. 15.1.a) ET, como sujeto a un plazo o término resolutorio indeterminado o atípico, cuya vigencia dependerá normalmente de la producción de un hecho cierto (el fin de la obra o servicio) pero incierto en cuanto al momento concreto en que tendrá lugar.¹⁸⁴

ningún modo, nos encontramos ante una “obligación condicional” o contrato sujeto a una condición resolutoria de los previstos en el art. 1125 del CC en los que es incierta la producción del hecho que extinguirá el contrato. El TS se apoya para esta conceptualización en que el art. 15.1.a) ET exige la existencia de un límite temporal cierto para la formalización de este contrato aunque sea incierta la duración concreta y en el hecho de que por dicho precepto se demande para el mantenimiento del contrato la subsistencia de una necesidad temporal de trabajadores para atender a una actividad concreta. Concluye, por ello, que *“(…) lo que no será posible es que el contrato determine ese plazo resolutorio en contra de la naturaleza de ese contrato y del objetivo perseguido por la Ley al admitirlo: cubrir una necesidad temporal de mano de obra que tiene una empresa para ejecutar una obra o servicio temporalmente, en el sentido amplio que tiene esta expresión. Por ello, mientras subsista esa necesidad temporal de empleados, mientras la empleadora siga siendo adjudicataria de la contrata o concesión que motivó el contrato temporal, la vigencia de este continua, al no haber vencido el plazo pactado para su duración, que por disposición legal debe coincidir con la de las necesidades que satisface”*.

En mi opinión, de los distintos tipos de obligaciones tan didácticamente expuestas por el TS, el art. 15.1.a) ET sólo admite las “obligaciones de plazo indeterminadas” pues el contrato que regula sólo puede tener por objeto las ejecuciones de obras o servicios determinados con duración limitada pero “en principio incierta” aunque es comprensible la admisión por la sentencia estudiada de las “determinadas” pues, lo contrario, seguramente, hubiera obligado al TS a pronunciarse expresamente en contra de la admisibilidad en el ámbito de los contratos por obra o servicio determinado de la vinculación de su duración a la de las contratas dado que éstas suelen acordarse por lo general por un período de vigencia cierto fijado de antemano, salvo que la incertidumbre quisiera decirse alcanza a las siempre posibles extinciones sobrevenidas de la contrata por voluntad de la contraparte. En este sentido, la sentencia dice: *“(…) al tiempo de firmarse el contrato se sabe que es de duración determinada, pero se ignora cuando se extinguirá, pues ello dependerá de la ejecución del encargo recibido de un tercero y de la voluntad de este, de si decide mantener o renovar su encargo(…)*. Si bien, aún en este último supuesto, la cuestión se estaría tratando de reconducir a la incerteza de la duración del servicio ejecutado y, por tanto, resultaría innecesaria la admisión, a estos efectos, de las obligaciones de plazo determinadas.

¹⁸⁴ A esto mismo se refiere FITA ORTEGA, F. en “El contrato de obra o servicio determinado vinculado a la contrata o subcontrata”. *Actualidad Laboral*. Nº 12. 2005, cuando, al hilo de sus valoraciones sobre la argumentación del TS en la sentencia de

Pese a estas dificultades para el encaje de estos supuestos de hecho en el art. 15.1.a) ET, tras la **STS de 15 de enero de 1997 (RJ 1997/497)**, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia, se fundaron en ella para la admisión de los contratos de obra celebrados para la cobertura de contrata,¹⁸⁵ aunque dicha

15 de enero de 1997, señala que “*el contrato por obra o servicio determinado exige la necesidad de que su ejecución sea de duración incierta, lo que no sucede, desde luego, en todo supuesto de descentralización productiva*”. En este sentido, destaca el hecho de que el art. 2.2 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, que desarrolla reglamentariamente el art. 15 ET, especifique que en el caso de que en el contrato por obra o servicio determinado se fijara una duración o término, deberá considerarse que éstos tienen un carácter meramente orientativo, asumiendo así la doctrina precedente del TS (Sentencia de 28 de diciembre de 1993).

¹⁸⁵ Dicha corriente se basa en parte del texto de la citada STS de 15 de enero de 1997 (RJ 1997/497) en el que se razona, para estos casos, lo siguiente:

1.- Aunque no existe un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización,

2.- Existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste.

3.- No cabe argumentar que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato (las actividades de construcción).

4.- Y tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente.

En definitiva, lo que interesa es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato.

Como señala LÓPEZ BALAGUER, M. (“Supuestos legales de contratación temporal - El contrato para obra o servicio determinado” en AA.VV.: *Contratación laboral y tipos de contrato: criterios jurisprudenciales*, coord. José María Goerlich Peset, J.M^a, Lex Nova, Valladolid. 2010, pág. 165), para esta opción doctrinal y jurisprudencial, la celebración de la contrata se convierte en la obra o servicio a realizar por el trabajador y justifica un vínculo contractual por tiempo determinado con la empresa (coincidente

sentencia realmente se mostrara tan dudosa en cuanto a tal extremo que terminase reconociendo que, bajo una concepción sustancialista,¹⁸⁶ el art. 15.1.a) ET resultaría inaplicable, si bien sí que podría limitarse la vigencia del contrato, a estos efectos, vía art. 49 ET, haciendo operar la terminación de la contrata como una condición resolutoria (si la vigencia de la contrata operara con una incertidumbre plena) o como un término atípico (si la incertidumbre - como suele ocurrir más habitualmente- afectara sólo al cuándo).¹⁸⁷

Desde esta perspectiva, resulta fundamental, pues, para llegar al fondo de la cuestión, atender a las tareas que realmente se ejecutan y por ello, como ha hecho la doctrina,¹⁸⁸ parece importante indagar, también, acerca de la influencia que el tipo de actividad ejerce sobre la admisibilidad del contrato por obra o servicio determinado para la cobertura de contrata. Así, distinguiendo

con el de duración de la contrata). Siendo, por todo ello, necesaria la adscripción del trabajador a la contrata que justifica el contrato y sin que el trabajador puede ser empleado, con carácter general, en obras o servicios distintos de los que corresponden a tal contrata (SSTS de 10 de diciembre de 1996, RJ 1996/9139 y 30 de diciembre de 1996, RJ 1996/9864).

¹⁸⁶ Véase BALLESTER PASTOR, M^a. A., págs. 394-396 de “El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural”, ob. cit. La autora se refiere en estas páginas a la denominada, por la STS de 15 de enero de 1997, “concepción sustancialista” como la única garantizadora de la causalidad del contrato al venir referida a un elemento fáctico desligado de la contratación en sí misma y, también así, independiente de la voluntad de la partes.

¹⁸⁷ Se hace aquí notar -como he avanzado- que el contrato de obra queda configurado legalmente por el art 15.1.a) ET como sujeto a término resolutorio indeterminado y, por ello, no podrían acogerse al mismo, dada la redacción de dicho artículo, los supuestos de hecho inciertos en cuanto su producción en sí mismos (condiciones resolutorias de las previstas en el art. 1125 del Código Civil) y, tampoco normalmente, los supuestos fácticos constitutivos de términos típicos o determinados, cuya canalización jurídica en estos casos sólo resultaría viable a través del art. 49.1.b) ET.

¹⁸⁸ GARCÍA NINET, J. I. (Dir.) y VICENTE PALACIO, A. (Coord.), AA.VV.: *Contratación Temporal y Medidas de Fomento de Empleo*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona. 2009. Pág. 38 y ss.

por sectores, los hay (por ejemplo, los de vigilancia y seguridad o también limpieza de edificios y locales) en los que, la naturaleza permanente de la actividad, hace más cruda y evidente la artificialidad de las interpretaciones que causalizan la temporalidad del contrato de obra en función de que también la necesidad de mano de obra sea temporal para el empleador. En ambos casos (vigilancia y seguridad y también limpieza), se da la circunstancia de que existen en sus respectivos convenios colectivos previsiones que tratan de legitimar la utilización de los contratos de obra para estos supuestos, tratando de compensar, en favor de la estabilidad en el empleo, mediante el establecimiento de mecanismos subrogatorios, para los casos en que se produzca la sucesión de adjudicatarios en la concesión o contrata.

En estos casos de sectores de actividad de carácter típicamente permanente, resalta mayormente el hecho de que, quedando configurado legalmente el contrato por obra o servicio determinado como un contrato sometido a término y no a condición resolutoria, la incertidumbre únicamente puede afectar al momento en que pueda producirse la finalización de la actividad pero no a tal finalización en sí misma. De este modo, la incertidumbre que origina la posible pérdida de la concesión o falta de renovación de la contrata para la prestación de este tipo de servicio de carácter permanente, aparece como más difícil de canalizar a través de este contrato temporal, y como más apropiada la contratación indefinida con aplicación, según el caso, de la extinción del contrato por causas objetivas o de la subrogación del contrato en el nuevo empresario contratista/adjudicatario.¹⁸⁹

¹⁸⁹ Junto a los anteriores, existen también otros sectores, como el de montajes metálicos, en los que la actividad no consiste en la prestación de un servicio de tracto continuado, sino en la realización de una obra y en los que la actividad por sí misma tiende a un fin sirviéndole, de un modo más natural, de horizonte temporal a la duración del contrato de obra sin necesidad de referenciarlo a la vigencia de una contrata. Si bien en este sector -u otros- puede plantear nuevos problemas la actividad de las empresas auxiliares que conciertan contratas con empresas principales dedicadas a tales actividades para el desarrollo de tareas accesorias de las mismas, ya que en el caso de las auxiliares su actividad es la permanente de trabajar

Ello no obstante –como es sabido- la doctrina y jurisprudencia posteriores a la **STS de 15 de enero de 1997 (RJ 1997/497)**, con dudoso apoyo en la misma, también en estos casos de actividades permanentes, se decantaron en favor de atender al criterio de la necesidad temporal de mano de obra para el empresario contratista a la hora de justificar contratos de obra condicionados a la incierta subsistencia de la contrata o concesión.¹⁹⁰ Si bien es posible apreciar, recientemente, una reconducción jurisprudencial de este criterio, volviendo las sentencias más recientes a enfocar la obra o servicio objeto de estos contratos con criterios materiales y no formales.¹⁹¹

accesoriamente para aquéllas con independencia de las finalizaciones de un concreto montaje o de las resoluciones de contratas que afecten a la empresa principal.

¹⁹⁰ En este sentido, entre otras, cabe destacar, principalmente, las SSTs de 25 de junio de 1997 (RJ 1997/6133), 11 de noviembre de 1998 (RJ 1998/9623), 18 de diciembre de 1998 (RJ 1999/307), 28 de diciembre de 1998 (RJ 1999/387), 8 de junio de 1999 (RJ 1999/5209), 20 de noviembre de 2000 (RJ 2001/1422), 26 de junio de 2001 (RJ 2001/6839), 22 de octubre de 2003 (RJ 2003/8390), 15 y 30 de noviembre de 2004 (RJ 2005/336 y RJ 2005/1327), 31 de enero de 2005 (RJ 2005/2849), 11 de mayo de 2005 (RJ 2005/4981), 7 de noviembre de 2005 (RJ 2006/1691), 5 de diciembre de 2005 (RJ 2006/1316), 4 de mayo de 2006 (RJ 2006/2398), 6 de octubre de 2006 (RJ 2006/6730), 5 y 6 de marzo de 2007 (RJ 2007/4180 y RJ 2007/3260), 2 y 3 de abril de 2007 (RJ 2007/5007 y RJ 2007/3490), 21 de noviembre de 2007 (RJ 2007/9341), 14 de junio de 2007 (RJ 2007/5479), 4 de octubre de 2007 (RJ 2008/696), 10 de octubre de 2007 (RJ 2008/465) y 21 de febrero de 2008 (RJ 2008/3477).

¹⁹¹ Entre otras, son ejemplificativas de este cambio de dirección, aisladamente, la STS de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005/8004) y, con mayor continuidad de criterio, las SSTs de 17 y 18 de junio de 2008 (RJ 2008/4229 y 2008/4449), 17 de julio de 2008 (RJ 2008/7054), 23 de septiembre de 2008 (RJ 2008/5534), 14 de junio de 2010 (RJ 2010/2704), 11 de noviembre de 2013 (RJ 2014/1214) y las SSTs de 17 de septiembre de 2014 (RJ 2014/5041) y 22 de septiembre de 2014 (JUR 2015/57851).

1.1.2. Evolución jurisprudencial

Concretamente, los vaivenes jurisprudenciales sobre este particular, podrían sintetizarse de la siguiente manera:

-Primera fase restrictiva

Originariamente, es posible distinguir una primera etapa de negación en el tratamiento jurisprudencial de esta materia¹⁹² que se inicia con la **STS de 26 de septiembre de 1992 (RJ 1992/6816)** y la **STS de 17 de marzo de 1993 (RJ 1993/1866)** que se remite a la primera, las cuales niegan la temporalidad de una relación laboral en una empresa dedicada a ejecutar contratos de limpieza al no entender que el hecho de que en el contrato figure un lugar de trabajo ajeno determine que el servicio tenga sustantividad o autonomía ni que esta

¹⁹² Sin perjuicio de algunas referencias tangenciales remotas a este asunto, en las que, primitivamente, el Tribunal Supremo, en algunas sentencias aisladas, reconoció indirectamente, la viabilidad de la extinción de los contratos por obra o servicio determinado motivada en la finalización de contratos. En este sentido, la STS de 24 de julio de 1986 (RJ 1986/4294), con fundamento expreso en la STS de 3 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6044), declaró que la empresa no procedió de forma irregular y anormal a comunicar la extinción del contrato de trabajo objeto del litigio, al obedecer ello a la pérdida de una contrata que pasó a ser adjudicada a otra empresa. Asimismo, la STS de 2 de marzo de 1990 (RJ 1990/1749), referida a un contrato que tenía por objeto los servicios de mantenimiento mecánico en una Central Nuclear, rehusó la admisibilidad del contrato por obra o servicio determinado por la imprecisión de los datos de identificación de la obra o servicio que exige el art. 2.2.a) del Real Decreto 2104/1984 -que se desprende, asimismo, del art. 15.1.a) del ET-, por cuanto era absolutamente necesario haber consignado algún dato identificador de la contrata para la cual el trabajador iba a desarrollar su trabajo. Al no hacerse así, el TS advierte, que no existe la adscripción determinada y precisa que exige este tipo de contrato temporal y se facilita, de este modo, al empleador la posibilidad hacer uso de los servicios del trabajador en distintas y sucesivas contrata. De lo cual, parece desprenderse, a sensu contrario, que sí que se hubiera admitido la vinculación de la vigencia del contrato de obra a la de la contrata si se hubiera identificado correctamente ésta en aquél.

actividad pueda considerarse limitada en el tiempo al ser la limpieza una necesidad permanente de la empresa usuaria.¹⁹³

La **STS de 30 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9292)** resuelve el recurso de casación interpuesto contra la STSJ del País Vasco de 22 de noviembre de 1991 (AS 1991/6238) que reconocía la validez de la extinción del contrato de trabajo de unos trabajadores al servicio de una empresa concesionaria del servicio de alumbrado público de Bilbao basándose en que la empresa adjudicataria tenía la concesión por tiempo determinado y ello determinaba la naturaleza temporal del contrato añadiendo que el contrato no podía transmitirse a la nueva empresa que asumiera el servicio en los casos de sucesión, según lo previsto en el art. 44 ET, al no poder considerarse el alumbrado público una unidad productiva autónoma. Esta sentencia había revocado la del Juzgado de lo Social 5 de Vizcaya de 10 de mayo de 1991 que había considerado que la no incorporación de los trabajadores a la nueva empresa concesionaria implicaba la existencia de despido nulo al entender que, aunque algunos trabajadores habían suscrito contratos por el tiempo de la concesión, la actividad que desarrollaban no podía ser considerada una obra o

¹⁹³ Ello no obstante, el fundamento definitivo de la sentencia para esta conclusión parece que se quiere hacer radicar en la falta de especificación en el contrato del carácter temporal de la actividad como si la mera mención en él de tal carácter transformara *per se* en temporal la naturaleza del contrato y no fuera -como tiene sentido reiterada jurisprudencia- la concurrencia en la realidad de la prestación de trabajo de los elementos que la configuran legalmente como tal la verdaderamente determinante, con independencia de la calificación que le otorguen las partes. En este sentido, las SSTs de 18 de octubre de 1989 (RJ 1990/10519), 6 de febrero de 1985 (RJ 1985/607) y 3 de junio de 1991 (RJ 1991/5123), entre otras muchas, establecen que la naturaleza jurídica de las instituciones y relaciones se determina y define por su propia esencia y contenido y no por el concepto que le haya sido atribuido por las partes. Más concretamente, en relación a los contratos de duración determinada, establecen la invalidez de los pactos o acuerdos plasmados tanto en convenio colectivo como en contrato individual de trabajo cuando no se reúnen los requisitos y exigencias legales con que se caracterizan estas contrataciones, entre otras, la STS de 22 de junio de 1990 (RJ 1990/5507), las de 17 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2028 Y RJ 2002/2116) y 22 de septiembre de 2002 (RJ 2003/704), como también la más reciente de 4 de octubre de 2007 (RJ 2008/696).

servicio determinados sino un trabajo permanente por su naturaleza, por lo que el cambio del titular de la concesión administrativa no podía afectar a la subsistencia de los contratos de trabajo.

A la vista de todo lo anterior, el TS decide anular la sentencia recurrida al considerar que la actividad de mantenimiento del alumbrado público no puede ser considerada de duración limitada a efectos de formalizar el contrato por obra o servicio determinado del art. 15.1.a) ET pues tiene un carácter permanente incuestionable. De este modo, el TS atiende a la realidad de la actividad desarrollada en orden a determinar su auténtica naturaleza y no al dato de la presencia temporal del titular de la concesión pues, a su juicio, el artículo citado no autoriza a trasladarla a los contratos de trabajo que su titular concierte para atribuirles una duración igual a la de la concesión. Es más, el TS en esta sentencia considera que la propia sucesión/continuidad de otros titulares en la concesión ofrece un indicio a la hora de valorar el carácter permanente de la actividad objeto del contrato de trabajo.

La **STS de 5 de abril de 1993 (RJ 1993/2906)** si bien tiene por objeto resolver sobre la posible existencia de la subrogación empresarial prevista en el art. 44 ET en un supuesto de sucesión de contratistas dedicados a la actividad de limpieza pública en favor del Ayuntamiento de Altea, en su Fundamento de Derecho Cuarto, apartado 2, viene a referirse circunstancialmente al tema que nos ocupa, al señalar “(...) *salvo supuestos de contratos temporales celebrados al amparo de la normativa legal, como serían los de fomento del empleo o los interinos, en los demás casos se estará ante contratos indefinidos por tratarse de una actividad no sujeta a tiempo cierto (...)*”, de lo cual es posible extraer que, a juicio del TS en esta sentencia, el dato de que medie una contrata no es determinante de la admisibilidad de contratos por obra o servicio determinado cuando se trata de actividades permanentes en sí mismas, como la limpieza pública.

La **STS de 4 de mayo de 1995 (RJ 1995/3746)** tras plantearse si la prestación de trabajos de limpieza por parte de una empresa contratista en el marco de una contrata celebrada por ésta con una empresa comitente justifica la suscripción de un contrato por obra o servicio determinado, rechaza la validez de las cláusulas de los contratos de trabajo que, al tiempo que califiquen como obra o servicio determinado la prestación de trabajo en empresas o entidades comitentes, consideren la terminación de la contrata o encargo como causa de resolución de la relación laboral existente entre la empresa contratista y el trabajador. Acoge de este modo el TS el razonamiento de la sentencia de contraste aportada por el recurrente, esto es, la **STSJ del País Vasco de 24 de marzo de 1994 (AS 1994/982)**, al entender que ésta se inscribe en la línea de la doctrina jurisprudencial que debe adoptarse. Concretamente, esta STSJ entendió que: *“La contratación temporal requiere, no sólo la común voluntad de las partes al respecto, sino también que concorra alguna de las causas tipificadas legalmente al efecto, de tal forma que, si éste no se diera, la cláusula de temporalidad convenida sería nula, y haría que entrase en juego la presunción, legalmente establecida, en favor de la duración indefinida de la relación laboral establecida”*. Para tal fin, la STS de 10 de mayo de 1993 (RJ 1993/4046) acababa de subrayar la necesidad de que se consigne expresamente en el contrato la modalidad contractual y causa concreta que justifica la temporalidad del contrato ya que, en otro caso, el contrato de trabajo se presumirá, salvo prueba en contrario, concertado por tiempo indefinido. A ello no puede oponerse la presunción también *iuris tantum* del art. 1277 Código Civil a favor de la existencia de causa pues en estos casos no se discute que el contrato tenga causa en el sentido del art. 1274 CC -la prestación de trabajo- sino cuál es la causa legal que permite romper la presunción en favor del carácter indefinido de contrato de trabajo. Tampoco basta para ello la mera mención de la norma en que se ampara el contrato temporal pues ello se entiende contrario al art. 3.1.c) ET que no permite que, a través de la voluntad individual de las partes manifestada en el contrato puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las establecidas en norma legal, y para que estas últimas queden verdaderamente

cumplidas deben respetarse las exigencias de forma y fondo -mención de la modalidad y causa de la temporalidad- que tal norma establece. En el mismo sentido, la STS de 27 de octubre de 1998, RJ 1998/9047.¹⁹⁴

-Cambio de dirección hacia la admisibilidad

La importantísima **STS de 15 de enero de 1997 (RJ 1997/497)** parte del reconocimiento de cierta divergencia en la doctrina jurisprudencial al abordar la cuestión que aquí estudiamos, diferenciando un grupo de sentencias que niegan la virtualidad de la contrata para habilitar la formalización de contratos por obra o servicio determinado por considerar que la actividad debe ser limitada temporalmente en sí misma, entre las que incluye algunas de las que

¹⁹⁴ La citada STSJ, concretando la cuestión principal, continuaba del siguiente modo: *“Nada impide que la obra o servicio sea propia de la actividad habitual a la que el empresario se dedica, porque lo relevante, a estos efectos, es analizar si la actividad que se concierta y ejecuta tiene autonomía y sustantividad propia, así como que su duración no se prevea indefinida, de tal forma que, aunque se enmarque dentro de la actividad habitual de la empresa, pueda deslindarse nítidamente de otras por sí misma, y también que esté acotada en el tiempo (aunque no pueda precisarse la fecha exacta de su terminación). Es, pues, la naturaleza de la actividad concertada la que determina la posibilidad de que se convenga un contrato temporal de esta clase, al ser ella misma y no otra circunstancia la que viene a delimitarla en relación a las otras actividades de la empresa. E igual cabe decir de su limitada duración: ha de proceder de la misma actividad, y no de una razón ajena a ella. Sentado lo anterior, la conclusión que la Sala obtiene es la de que estamos ante un contrato de duración indefinida, por cuanto que el objeto de la prestación de servicios convenida no se circunscribía a una actividad de duración determinada, toda vez que se trataba de ejecutar la limpieza de una concreta oficina, no limitada en el tiempo. Dicho de otra forma, no se las contrató para que trabajaran en una específica limpieza que, desde ese primer instante tenía ya una duración predeterminada, sino que lo fueron para que prestara sus servicios en tanto que su empresario mantuviera la contrata que había convenido con la codemandada para la realización de esa labor. Por ello, la delimitación de la duración del contrato de trabajo de las demandantes en función de la contrata no se ajusta al criterio con que nuestras leyes configuran esa modalidad contractual (...).”*

se acaban de comentar, como las SSTs de 26-09-1992, 17-03-1993, 4-5-1995 y 30-11-1992. Mientras que, por el lado contrario, entiende que la **STS de 13 de febrero de 1995 (RJ 1995/1150)** -que también la precedió- rompe el anterior criterio al admitir la aplicabilidad del art. 15 del Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Seguridad que permitía una extinción de los contratos de trabajo afectados originada por la reducción parcial de la contrata y, en cierta manera, abrir la puerta, de este modo, al reconocimiento de la operatividad de la vigencia y extensión de las contrataciones para incidir sobre la duración y extinción de estos contratos.

La STS de 15 de enero de 1997 (RJ 1997/497) rompe con la primera línea jurisprudencial al rechazar expresamente la habitualidad de la actividad contratada para la empresa contratista/empleadora o la permanencia de la necesidad de trabajo para la empresa comitente como excluyentes de la calificación del contrato como de obra o servicio determinado, pasando a establecer como determinante, a estos efectos, el criterio del “**carácter temporal de la necesidad de trabajo**” para la empresa empleadora.

Es a la segunda línea señalada a la que la STS de 15 de enero de 1997 opta por dar continuidad, profundizando en los argumentos de la citada STS de 13-02-1995 (al otorgar relevancia a las cláusulas de los convenios colectivos del sector de vigilancia y seguridad que permiten extinciones de contratos aparejadas a resoluciones totales o parciales de contrataciones) y también con nuevas argumentaciones como es la admisibilidad por la vía del art. 49 ET (expiración del tiempo convenido o cláusulas acordadas válidamente en contrato por las partes) de términos o condiciones resolutorias pactadas libremente por las partes que referenciadas a la finalización de la contrata pueden terminar por producir la temporalidad real del contrato. Todo ello, sin embargo, sin llegar a dar el paso de reconocer que estos contratos puedan ser considerados *por obra o servicio determinado* por el hecho de estar vinculados al desarrollo de una contrata: “*En casos como el presente es claro que no existe un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin,*

y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización”.

Así pues, pese a que el TS reconoce de esta manera que no puede hablarse en estos casos de contratos por obra o servicio determinado en sentido propio, esta STS tiene claro desde el principio que estos supuestos presentan un sustrato de temporalidad que debe canalizarse jurídicamente aun cuando sea por otras vías: *“Sin embargo, existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésta es -es importante subrayarlo- una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste”.*

De ahí que el TS recurra a esta doble vía alternativa -ya avanzada- para la justificación de la temporalidad los contratos de trabajo vinculados a contrata. Concretamente estas vías son:

a) Admisibilidad de cláusulas acordadas en el contrato individual de trabajo que hagan referencia a la finalización de la contrata como determinante de la extinción del contrato y que puedan jugar como condiciones resolutorias (art. 49.1.b) ET) si la finalización de la contrata opera con una incertidumbre plena (en cuanto a si se produce o no y, en su caso, a cuándo se produce) o sólo en cuanto al cuándo, en cuyo caso jugarían como un término atípico (art. 49.1.c) ET en cuanto se refiere a la extinción por expiración del término convenido). A estos efectos la STS de 15 de enero de 1997 se remite a la de 28 de febrero de 1996 que también será objeto de estudio específico en este trabajo.

b) Apoyo en la legitimación que otorga el reconocimiento por ciertos convenios colectivos de vinculaciones entre las resoluciones totales o parciales de contrata y las extinciones de contratos de trabajo. Se reconoce, asimismo, expresamente el valor garantizador de las previsiones de tales convenios a la hora de valorar la licitud de las cláusulas estipuladas, a estos efectos extintivos, en contratos individuales -a que acabamos de referirnos-, resultando esto especialmente pertinente a la luz de la prohibición de abuso de derecho prevista en el art. 49.1.b) ET.

El TS, en esta sentencia de 15 de enero de 1997, da –como se ha visto- un importante paso en el proceso de definición del problema que tenemos planteado y ofrece nuevas soluciones que rehúyen el contrato por obra o servicio determinado pero desembocan igualmente en la temporalidad del contrato de trabajo con base en lo acordado por la libre voluntad de la partes. A su vez la temporalidad resultante viene atemperada por el papel definidor y garantizador que se otorga a la autonomía colectiva en los términos descritos pero, muy particularmente, por el protagonismo que se le reconoce para el fomento de la estabilidad en el empleo en orden a articular medidas y compromisos de garantía de empleo, especialmente en los casos de sucesión de contratas.

En cualquier caso, esta sentencia resulta de una importancia radical por cuanto con el tiempo pasó a constituir una referencia para múltiples sentencias posteriores sobre este particular, las cuales reprodujeron asiduamente pasajes de la misma escogidos selectivamente,¹⁹⁵ con el fin de apoyar la procedencia en estos casos del contrato por obra o servicio determinado, obviando las

¹⁹⁵ *“En casos como el presente es claro que no existe un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización. Sin embargo, existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésta es -es importante subrayarlo- una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste.*

En este sentido no cabe argumentar que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato (las actividades de construcción). Y tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato”.

referencias de esta STS a las vías alternativas conducentes a la temporalidad comentadas.

La **STS de 25 de junio de 1997 (RJ 1997/6133)** si bien resuelve la inexistencia de contradicción advierte que *“aunque se aceptara la existencia de contradicción en cuanto al carácter temporal del vínculo, el recurso debería desestimarse en concordancia con la doctrina de la STS de 15 de enero de 1997 (RJ 1997/497), que considera lícita la cláusula que limita la duración de estos contratos en atención a la propia duración del servicio de seguridad objeto de la contrata”*. En el mismo sentido, reitera el contenido de la STS de 15 de enero de 1997 el **Auto del TS de 24 de septiembre de 1998 (RJ 1998/8551)** que inadmite el recurso por falta de contenido casacional.

La **STS de 8 de junio de 1999 (RJ 1999/5209)** reitera la admisibilidad de las cláusulas que condicionan la duración del contrato de trabajo a la vigencia de la contrata siempre que la causa de la finalización de ésta no quede comprendida dentro de la esfera de imputabilidad a la voluntad del empresario empleador. Para ello, reproduce el contenido principal de la STS de 15 de enero de 1997, se refiere a los pronunciamientos *obiter dictum* de la STS de 23 de junio de 1997 y, asimismo, resume las consideraciones de las entonces recientes SSTs de 18 y 28 de diciembre de 1998 (RJ 1999/307 y RJ 1999/387).

Pero ésta es, además, una STS de sumo interés didáctico en la medida en que a continuación de lo anterior, en su Fundamento Jurídico 4º, procede a deslindar cuatro cuestiones controvertidas de gran significación en esta materia –a algunas de las cuales me referiré en capítulo aparte-. En este sentido, el TS clarifica que la admisibilidad de contratos por obra o servicio determinado vinculados a una contrata no implica:

1.- Una traslación al trabajador del riesgo empresarial que resulte contraria a la nota de ajenidad que caracteriza legalmente al contrato de trabajo. Así, se señala que en estos casos no se debate la existencia de riesgo alguno pues

más bien estamos ante una certidumbre de terminación de la contrata que las partes han previsto y regulado en el contrato y de lo que se trata es de determinar si tal regulación es o no conforme a Derecho. Asimismo, a estos efectos, se afirma que la falta de previsión en convenio colectivo resulta intrascendente.

2.- En segundo lugar, tampoco supone un trato desigual entre los empresarios contratistas y el resto de empresarios, en la medida en que la desigualdad de trato presupone la existencia de supuestos de hecho idénticos y esto no ocurre en estos casos pues las actividades de los contratistas están limitadas por las contratas y no ocurre así para el resto de empresarios.

3.- Tampoco se consagra ninguna arbitrariedad pues no será válida la limitación del contrato cuando sea el empresario contratista quién denuncie el vencimiento del término o si la contrata finaliza por causa a él imputable. Este punto de la imputabilidad al contratista de la finalización de la contrata es de gran importancia -como podrá verse- a partir de la STS de 14 de junio de 2007 (RJ 2007/5479).

4.- Finalmente, el TS no cree que con esta doctrina se esté creando una nueva modalidad de contratación temporal no prevista en el art. 15.1 ET, en la medida en que la considera comprendida en el apdo. a) del mismo y, en todo caso, tal y como se avanzaba en la STS de 15 de enero de 1997, en el caso de que por adoptarse una posición restrictiva no pudiera subsumirse en el artículo citado sería igualmente legal en virtud de lo preceptuado en el art. 49.1.b) ET.¹⁹⁶

¹⁹⁶ En mi opinión, excluir la aplicabilidad del art. 15.1.a) ET por considerar que éste define el objeto del contrato por obra o servicio determinado como de duración limitada atendiendo a la obra o servicio en sí mismos y no a los condicionantes de la actividad empresarial no es -como esta STS dice- mantener un criterio interpretativo restrictivo sino, sencillamente, atender al tenor literal de la ley. Por el contrario, ir más allá de ello, incluyendo supuestos o condicionantes no mencionados expresamente por el legislador, es lo que, más bien, podría calificarse, probablemente, como una interpretación exorbitante. Ello no obstante, debe reconocerse el acierto y pedagogía del resto de consideraciones descritas aunque con esta sentencia consolide la tendencia a reconocer la aplicabilidad del art. 15.1.a) ET en estos casos y pase a ser sólo tangencial la referencia de la STS de 15 de enero de 1997 a la opción en favor de

La **STS de 20 de noviembre de 2000 (RJ 2001/1422)** realiza una nueva afirmación de la doctrina general del TS en favor de la validez de los contratos por obra o servicio limitados en su duración por la vigencia de una contrata, con apoyo expreso en las SSTS de 15 de enero de 1997, 18 y 28 de diciembre de 1998 y 8 de junio de 1999.

En referencia a esta doctrina el TS, en esta sentencia, realiza las siguientes puntualizaciones:

1.- Una vez más se reitera que en estos casos *"no existe propiamente un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización"* y que exigir obras o servicios con tales características (como hizo, por ejemplo, la STS de 30 de noviembre de 1992) supone atender a un **criterio físico** que ha sido superado por el **criterio funcional** basado en la necesidad temporal de trabajo para la empresa contratista, el cual es empleado por las sentencias arriba citadas. Estas últimas atienden a la existencia de *"una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la*

las cláusulas contractuales que condicionan la duración del contrato de trabajo a la vigencia de la contrata al amparo del art. 49.1.b) ET. Aunque el resultado, en cuanto a la licitud de ambas opciones, pudiera llegar a aceptarse como similar, bajo mi punto de vista, cada una de ellas tiene consecuencias bien diferentes por cuanto no es lo mismo aceptar la validez de la extinción de un contrato de trabajo a la finalización de la contrata por haberse previsto y pactado, previa y expresamente, tal circunstancia por mutuo acuerdo de las partes que finalizar el contrato automáticamente por entender que concurre causa legal extintiva por cuanto, en este último caso, no parece quedar claramente garantizado - tal y como auspiciaba la citada STS de 15 de enero de 1997 en orden a justificar estas extinciones- que la necesidad de trabajo limitada para la empresa contratista esté realmente definida de manera objetiva y sea verdaderamente conocida y aceptada por las partes en el momento de contratar. Trato con esto de subrayar que a la hora de garantizar que la limitación temporal que impone el hecho de que el servicio se preste mientras se mantenga el encargo de un tercero sea conocida y aceptada por las partes (y la extinción, por ello, sea previsible para las mismas) es más eficaz la cláusula en que se pacta expresamente la extinción al fin de la contrata y no tanto -sino nada- la formalización del contrato bajo una modalidad en cuya regulación legal nada se dice al respecto.

empresa y objetivamente definida y ésta es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste".

2.- No impide la aplicación de esta doctrina el hecho de que el servicio contratado pueda responder a necesidades permanentes de la empresa comitente ni que se trate de la actividad normal de la empresa contratista (como muestra el supuesto típico de este contrato: la actividad de construcción) pues lo decisivo es el carácter temporal de la necesidad de trabajo para quién asume la posición empresarial en el contrato de trabajo.

3.- Asimismo, resulta intrascendente, según esta STS, que el contrato de trabajo se formalice coincidiendo con el inicio de la contrata o con posterioridad. Lo relevante para la licitud del contrato no es que éste hubiera podido ser aplicado antes sino que en el momento de la contratación exista un servicio en ejecución al que pueda quedar referido dicho contrato, con independencia de que ese mismo servicio hubiera podido estar atendido antes con otra modalidad contractual. Incluso, en su Fundamento de Derecho 2º, esta sentencia se refiere favorablemente a la STS de contraste de 12 de febrero de 1998, cuando ésta llegó a admitir la validez de un contrato por obra o servicio determinado anterior en algunos días al comienzo de la contrata.

4.- Se aprecia gran flexibilidad por esta STS en lo que se refiere a la redacción de las cláusulas que fijan como causa de la temporalidad del contrato la existencia misma de una concesión o contrata. Así, en el caso concreto analizado se admiten las expresiones *"mantenimiento y explotación de marquesinas durante el tiempo de duración de la contrata"* y *"la realización del mantenimiento y explotación del mobiliario urbano según la contrata suscrita"* como equivalentes ambas a que el contrato de trabajo queda condicionado en su duración por la vigencia de la contrata.

5.- Finalmente, se reitera la irrelevancia de la negociación colectiva -que ya había sido afirmada por la STS de 8 de junio de 1999 si bien en este caso

refiriéndose específicamente al punto de la posible traslación al trabajador del riesgo empresarial- a efectos de determinar la licitud de estas cláusulas ya que el reconocimiento de las mismas en convenio colectivo opera como una garantía adicional pero no como un elemento necesario para su licitud.

La STS de 15 de noviembre de 2004 (RJ 2005/336) -y también la STS de 30 de noviembre de 2004 (RJ 2005/1327) que la reafirma- declaran la improcedencia de la extinción de los contratos de obra o servicio determinado sobre los que versa el caso al entender que la causa de extinción que se acredita es la finalización de un servicio distinto del contratado.

La sentencia recurrida (STSJ de Galicia de 10 de marzo de 2003, AS 2003/3059) entendía que si el cese se amparaba en la finalización de un programa genérico de sanidad anual (que es la única finalización que quedó acreditada) la falta de justificación de la sustantividad de la contratación determinaría el carácter indefinido de la relación laboral y la improcedencia del despido. Dicha sentencia establecía, asimismo, que idéntico resultado se obtendría si, alternativamente, se alegaba la extinción por la causa autónoma prevista en el contrato porque, en ese caso, si bien la autonomía causal legitimaría el contrato temporal, la improcedencia de la extinción resultaría de la falta de acreditación de la finalización de la obra singular pactada a cuyo efecto no sería válida la de un plan genérico de sanidad.

El TS, por su parte, declara la improcedencia del despido por la segunda de las razones apuntadas, esto es, por la falta de correspondencia entre el servicio objeto del contrato y aquél cuya finalización se acredita pero, a su vez, se preocupa de precisar que no hubieran servido para tal fin los razonamientos - señalados en primer lugar por la sentencia combatida- basados en la falta de justificación de la singularidad de la obra o servicio objeto del contrato. Así, con apoyo en la STS de 22 de octubre de 2003 (RJ 2003/8390), se reafirma la doctrina contenida en las SSTS de 11 de noviembre, 18 y 28 de diciembre de 1998 y 8 de junio de 1999 que en ella se citaban, en el sentido de entender que aunque no exista una obra entendida como elaboración de una cosa dentro de

un proceso con principio y fin o tampoco exista un servicio consistente en una prestación de hacer que concluye con su total realización el contrato por obra o servicio determinado puede admitirse cuando *“(...) existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésta es -es importante subrayarlo- una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste”*.

Con lo cual, a los efectos de lo que al objeto de la investigación que nos ocupa interesa, esta sentencia pese a que en el caso concreto rechaza la procedencia de la extinción por falta de acreditación de la causa extintiva sí que entiende válido el contrato por obra o servicio determinado aún cuando este hubiera tenido por objeto, en abstracto, el desarrollo de un programa genérico anual de sanidad ya que, según la doctrina jurisprudencial consolidada referida, esta falta de concreción del objeto del contrato no desvirtúa el hecho de que, realmente, existe una necesidad temporal de trabajo determinada por el encargo de un tercero. En conclusión, el TS sigue admitiendo en esta sentencia la celebración de contratos por obra o servicio determinado con motivo genérico en la ejecución de contratos, planes o programas por encargo de un tercero, refiriéndose expresamente a que la falta de especificidad de la obra o servicios concretos no obsta a su validez pero, ello no obstante, se echa en falta una referencia a cómo afectaría a esta misma valoración el haberse puesto en relación la exigencia del art. 15.1. a) ET de una duración limitada pero incierta del servicio objeto del contrato con el carácter anual prefijado y cierto del Plan que pudiera motivar el mismo.¹⁹⁷

¹⁹⁷ Posteriormente, la STS de 31 de enero de 2005 (RJ 2005/2849) referida al mismo asunto que las que acabamos de comentar, reitera el sentido y fundamento decisorio de las mismas y resume que *“(...) en los supuestos de contratos es, en efecto, lícito que la empresa contratista pueda acudir a los contratos por obra o servicio determinado que regula el art. 15.1.a) cuando existe en ella una necesidad de trabajo temporalmente limitada y objetivamente definida por la propia contrata, aunque se trate de su actividad normal y ordinaria. Pero ello no empece a que el cese de los trabajadores así contratados deba adecuarse al carácter causal de su contrato y por*

Las **SSTS de 7 de noviembre de 2005 (RJ 2006/1691)** y **5 de diciembre de 2005 (RJ 2006/1316)** vienen referidas, en ambos casos, a contratos de trabajo sucesivos, formalizados inicialmente como contratos eventuales y, con posterioridad, como obra o servicio determinado que, en todo caso, tenían por objeto atender la ejecución de una contrata y respecto de los cuales, en aplicación de la doctrina que venía consolidando el TS sobre este particular (la STS se remite expresamente a la de 20 de noviembre de 2000, RJ 2001/1422), se resuelve la calificación de los contratos eventuales iniciales como celebrados en fraude de ley. En efecto, partiendo de la adecuación del contrato por obra o servicio determinado para la cobertura de contrata, se exige la utilización de esta modalidad contractual en tales casos, debiendo identificarse *la relación interempresarial en el contrato de trabajo, puesto que constituye la causa legitimadora de su temporalidad*. Con base en tal exigencia de referencia a la contrata que sirve de causa al contrato -y con apoyo asimismo en el Convenio Colectivo Estatal de Telemarketing vigente en aquellas fechas- se concluye que el fin de dichos contratos eventuales era el de poder extinguir la relación laboral con anterioridad a la conclusión de la contrata interempresarial -la cual es reputada verdadera causa de contrato-, y ello da lugar a la consideración de la relación laboral como indefinida con efecto desde la primera contratación eventual irregular, suponiendo, indirectamente, a su vez, el reconocimiento de la idoneidad de las contrata interempresariales para servir de causa a los contratos por obra o servicio determinado.

consiguiente que éste solo pueda ser extinguido válidamente cuando finalice la obra o servicio que constituye objeto. Y en el caso, la empresa no ha logrado probar la realidad de la finalización del servicio alegada, por cuanto que de un lado el certificado oficial aportado, única prueba que ha esgrimido en juicio, se refiere a otro distinto de aquel para el que el actor fue contratado, y de otro la existencia, tras el cese del actor, de otros veterinarios que siguen realizando las mismas funciones evidencia la persistencia del servicio. Con la lógica consecuencia de convertir la decisión patronal de cese en un despido improcedente". En el mismo sentido se pronuncia la STS de 11 de mayo de 2005 (RJ 2005/4981).

La **STS de 6 de octubre de 2006 (RJ 2006/6730)** se refiere a un supuesto en el que por la empresa Tragsa,¹⁹⁸ adjudicataria de la Generalitat Valenciana para la prestación del servicio de prevención y extinción de incendios forestales, se había procedido a la formalización sucesiva e ininterrumpida de varios contratos por obra o servicio determinado para la atención de las correspondientes campañas. Asimismo, por acuerdo de empresa posteriormente incorporado a Convenio Colectivo, se reconocía para los trabajadores que hubieran estado adscritos al Servicio de Emergencia durante la campaña de 1997 la consideración de *fijos de servicio*, con derecho a ser llamados al inicio de cada campaña formalizando a tal efecto contrato de trabajo bajo la modalidad del art. 15.1.a) ET.

En este caso, el TS estima aplicable la doctrina contenida en las SSTS de 18 y 28 de diciembre de 1998 y en la de 8 de junio de 1999, así como en la más reciente de 22 de octubre de 2003, que a su vez se refería también, además de a las anteriores, a la de 11 de noviembre de 1998. Todas suponían una consolidación de la doctrina introducida por la STS de 15 de enero de 1997. Así, en este nuevo supuesto el TS entiende correctamente aplicado el art. 15.1.a) ET y rehúsa reconocer al trabajador el carácter de fijo de plantilla en la medida en que, con independencia de que para la Generalitat Valenciana (comitente) la actividad pueda ser más o menos permanente, para la empresa Tragsa (adjudicataria/contratista) se cumple lo previsto en el texto referenciado por las sentencias citadas, en tanto que para ella existe una necesidad de trabajo limitada y objetivamente definida dado que depende de que el órgano competente de la Generalitat le ordene la ejecución del servicio. Y, además,

¹⁹⁸ Estos supuestos surgen en no pocas ocasiones en relación a contrataciones de empresas privadas que en muchos casos actúan como adjudicatarias de Administraciones Públicas así es posible aislar grandes grupos de SSTS por razón de la empresa contratante y, en este sentido, es especialmente reseñable el conformado por las de 6 de octubre de 2006 (RJ 2006/6730), 5 de marzo de 2007 (RJ 2007/4180), 6 de marzo de 2007 (RJ 2007/3260), 2 de abril de 2007 (RJ 2007/5007), 3 de abril de 2007 (RJ 2007/3490), 21 de noviembre de 2007 (RJ 2007/9341) y 6 de junio de 2008 (RJ 2008/5147), relativas todas ellas a asuntos originados por contrataciones de la empresa TRAGSA.

esa limitación temporal que impone el hecho de que la actividad dependa de que se haga el encargo y mientras éste se mantenga es conocida por las partes en el momento de contratar, puesto que también viene prevista en el Acuerdo de empresa y Convenio Colectivo mencionados.¹⁹⁹

¹⁹⁹ La STS de 5 de marzo de 2007 (RJ 2007/4180), la cual resuelve un supuesto de hecho prácticamente idéntico al de la precedente de 6 de octubre de 2006, decide en el mismo sentido. al expresar: *“aunque efectivamente la actividad de prevención y extinción de incendios se configure como una actividad normal y permanente de la Administración, no sucede lo mismo desde la perspectiva de la empresa Tragsa, pues para ella la prestación del servicio viene determinada por la vigencia de la concesión o la contrata con la Administración competente, lo que crea para la empresa concesionaria o contratista una necesidad de trabajo temporalmente limitada y es ésta además una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible, en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste”. “En este sentido se destaca también que tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato”. “De ahí que en el caso decidido, con independencia del carácter permanente que la actividad de prevención y extinción de incendios pueda tener para la Generalidad Valenciana, existe para Tragsa una necesidad de trabajo temporalmente limitada y objetivamente definida, en cuanto depende de que el órgano competente de la Generalidad le ordene la ejecución de ese servicio”.*

En el mismo sentido y para similar supuesto, la STS de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007/3260) resuelve que el contrato para obra o servicio determinado tiene por objeto la realización de obras o servicios determinados con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta y que esta modalidad contractual puede ser utilizada tanto en el supuesto de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin o de un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización como en el supuesto de una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida, como es el caso de una actividad que se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga» dicho encargo.

Con cita de las STS de 22 de octubre de 2003 y de las anteriores de 18 y 28 de diciembre de 1998, así como de la de 8 de junio de 1999, esta STS precisa que a lo anterior no cabe objetar el que la realización de este tipo de trabajos constituya la actividad normal de la empresa o que dicha actividad constituya una exigencia permanente de la entidad comitente, ya que lo decisivo es el carácter temporal de la

La **STS de 14 de junio de 2007 (RJ 2007/5479)**, pese a rechazar la procedencia de la extinción, afirma la coherencia de esta decisión con la doctrina general mantenida por su Sala de lo Social hasta entonces (la cual es una vez más reproducida con cita de las SSTS de 15-01-1997, 23-06-1997, 18-12-1998, 28-12-1998 y 8-06-1999), en la medida en que la razón de la improcedencia del despido no se basa en la inadmisión de la virtualidad de la finalización de las contrataciones para dar por concluidas las obras o servicios objeto de los contratos de trabajo de este tipo sino que se apoya exclusivamente en el dato de que tal finalización se produce por causa imputable a los empresarios contratantes. En efecto, tal coherencia queda confirmada, de un lado, por la afirmación del hecho de que lo uno no excluye lo otro y, de otro, por el precedente contenido en la STS de 8 de junio de 1999 (RJ 1999/5209) que, en su día, ya advertía que: *“lo que se autoriza es la limitación del vínculo contractual cuando la terminación de la contrata opera por causa distinta de la voluntad del contratista y por ello si es éste el que denuncia el vencimiento del término o si el contrato termina por causa a él imputable, no podrá invocar válidamente el cumplimiento del término”*.

La STS ahora estudiada aporta, para la reafirmación de la doctrina consolidada mencionada, el art. 14c) del 3º Convenio Estatal del Sector de Telemarketing el cual, en consonancia con el art. 15.1a) ET y la función de identificación de

actividad para quien asume la posición empresarial en el contrato de trabajo. Con base en lo anterior se concluye que, al igual que ocurría en la STS de 6 de octubre de 2006, en este caso, existe para Tragsa una necesidad de trabajo temporalmente limitada y objetivamente definida, en cuanto depende de que el órgano competente de la Generalitat mantenga el encargo de la actividad de prevención y extinción de incendios que ha venido desarrollando.

En otros supuestos idénticos, las posteriores SSTS de 2 de abril de 2007 (RJ 2007/5007) y 3 de abril de 2007 (RJ 2007/3490), resuelven en el mismo sentido, en estos casos, mediante una reproducción, exacta y fiel, del texto de la STS de 6 de octubre de 2006 (RJ 2006/6730). Con posterioridad, la STS de 21 de noviembre de 2007 (RJ 2007/9341), mediante la reproducción parcial del texto de la STS de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007/3260), resolverá de forma similar otro supuesto de contratación sucesiva por la empresa Tragsa, esta vez bajo encargo de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Castilla la Mancha.

trabajos o tareas con sustantividad propias a efectos del contrato de obra o servicio determinado que se encomienda a los convenios colectivos por el mismo, considera que tienen sustantividad propia todas las campañas o servicios contratados por un tercero para la realización de actividades o funciones de Telemarketing, reconociéndose así, en este caso, por los interlocutores sociales mismos (con la fuerza vinculante y eficacia general propia de los convenios estatutarios) la virtualidad de las contrata, sin más, para constituir el objeto de tales contratos. (No deben obviarse, sin embargo, las matizaciones que efectúa la posterior STS de 4 de octubre de 2007, RJ 2008/696, sobre el papel que estas cláusulas de los convenios colectivos pueden jugar a la hora de caracterizar figuras que vienen pre-configuradas legalmente).

La **STS de 4 de octubre de 2007 (RJ 2008/696)**, en el punto 3 de su Fundamento de Derecho Segundo, con cita de las SSTs de 15 de enero de 1997 (RJ 1997/497), de 25 de junio de 1997 (RJ 1997/6133), 8 de junio de 1999 (RJ 1999/5209) y 20 de noviembre de 2000 (RJ 2001/1422), admite “*la celebración de contrato para obra o servicio cuyo objeto sea la realización de la actividad contratada con un tercero por tiempo determinado, extendiéndose su duración por el tiempo que abarca la contrata, aunque su celebración no esté expresamente prevista en el convenio colectivo, pero siempre que no medie fraude interpositorio (...)*” y, tras ello, reitera la doctrina consolidada del TS en esta materia mediante la trasposición, una vez más, del texto introducido por la STS de 15 de enero de 1997, con cita a estos efectos de las SSTs de 24-09-1998 (Auto de inadmisión por falta de contenido casacional, RJ 1998/8551), 18-12-1998, 28-12-1998, 08-06-1999, 22-10-2003, 15-11-2004, 30-11-2004, 04-05-2006, 06-10-2006, y 02-04-2007 como comprensivas de dicha doctrina general.²⁰⁰

²⁰⁰ En esta sentencia, una vez decidida la licitud del contrato el TS pasa a analizar la validez de la decisión extintiva y no deja de sorprender que, tras los esfuerzos y vaivenes argumentales conducentes a la apreciación de la existencia de un contrato

La **STS de 21 de febrero de 2008 (RJ 2008/3477)** reitera la aplicación de la doctrina jurisprudencial consolidada en favor de la admisibilidad del contrato por obra o servicio determinado referenciado a contrata, apoyando su decisión en el art. 14 del Convenio Colectivo del sector de Telemarketing pero con ciertas consideraciones relativas a la licitud de este último. Así, en cuanto a esta última cuestión se señala que la redacción del mismo (*“se entenderá que tienen sustantividad propia todas las campañas o servicios contratados por un tercero para la realización de actividades o funciones de Telemarketing cuya ejecución en el tiempo es, en principio, de duración incierta, y cuyo mantenimiento permanece hasta la finalización de la campaña o cumplimiento*

por obra o servicio determinado legal, no se declare la procedencia de la decisión extintiva atendiendo, simplemente, a la finalización de la contrata que constituye el servicio objeto del contrato sino que, para ello, se acude a dos letras distintas -b) y c)- del art. 49.1 ET y al cumplimiento de una condición resolutoria o de un término atípico, sin especificar con base en cuál de todos esos motivos se entiende producida la extinción del vínculo contractual. En otras palabras, si se admite que la referencia al art. 49.1.c) ET se hace en lo que a “realización de la obra o servicio objeto del contrato” se refiere, no se entiende el porqué de la alusión al cumplimiento de condiciones resolutorias o términos atípicos sin aceptar que, en realidad, se está pensando en la letra b) o en la “expiración del tiempo convenido” de la letra c) del citado 49.1 ET. Desde la perspectiva de la doctrina jurisprudencial dominante, el recurso a tales motivos alternativos sólo se entiende -como la propia STS de 15 de enero de 1997 (RJ 1997/497), que se refirió a ellos inicialmente, se cuidaba de especificar- cuando pueda cuestionarse la existencia de un contrato de obra o servicio determinado pero no en el caso de la sentencia ahora analizada en que ella misma parte del reconocimiento de la total licitud de tal contrato. En este sentido, la STS de 15 de enero de 1997 señalaba que cuando *“(…) tal actividad no pudiera incluirse en el artículo 15.1.a) ET -por una concepción sustancialista de la permanencia del servicio- sí tendría acogida en los apartados 2 ó 3 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, como una condición resolutoria -si la vigencia de la contrata opera con una incertidumbre plena- o como un término atípico -si la incertidumbre afecta sólo al cuándo-, porque en cualquier caso no sería apreciable ningún abuso de derecho por parte del empresario al introducir esta cláusula. En este sentido, la Sentencia de 28 febrero 1996 (RJ 1996/2738) ha considerado lícita la cláusula que limita la duración del contrato de trabajo a la realización de un estudio sobre la organización definitiva del servicio objeto de contrato, porque, aunque por el carácter de la actividad laboral realizada no se trataba de un supuesto encuadrable en el artículo 15.1. a) ET, la mencionada cláusula no podía considerarse abusiva al responder a una exigencia justificada de gestión”.*

del servicio objeto del contrato”), podría considerarse categórica en exceso y suscitar serias dudas de ajuste a la legalidad por cuanto la mera existencia de la contrata no puede determinar por sí misma la exigible sustantividad, sin más, de "todas las campañas o servicios contratados por un tercero" lo cual habría de examinarse en cada caso singular.

La **STS de 10 de junio de 2008 (RJ 2008/5149)** marca el punto de partida para un grupo de sentencias del TS que van a dibujar cierta corrección en la doctrina recaída sobre la materia que nos ocupa. Pese a ello, esta sentencia no implica aún un cambio real sobre tal doctrina consolidada anterior en la medida en que resulta coherente con la misma al seguir obedeciendo al criterio de la existencia (permanencia) de la contrata y no atender específicamente a la obra o servicio determinados que se ejecutan. Así, para un supuesto de un contrato "*hasta fin de obra*" vinculado a la vigencia de una contrata en el que se produce la extinción por el hecho de que la comitente comunica la necesidad de un menor número de trabajadores para la prestación del servicio, el TS resuelve que al permanecer la vigencia de la contrata y no existir previsión legal, reglamentaria o convencional alguna en relación a los efectos extintivos de las posibles reducciones del ámbito de la contrata aplicable, la extinción debe declararse improcedente.

Ello no obstante, sí que se separa –para un supuesto de hecho muy similar- del criterio de la STS de 15 de enero de 1997 -iniciadora de la doctrina consolidada mencionada- ya que esta última, precisamente, resolvía a favor de la extinción del contrato de trabajo motivada por la reducción parcial del ámbito de la contrata, si bien -tal y como había hecho la STS de 13 febrero de 1995 (RJ 1995/1150)- apoyándose expresamente para tal fin en la previsión al respecto contenida en el convenio colectivo aplicable.²⁰¹

²⁰¹ La STS de 15 de enero de 1997 se refería a que los diversos convenios aplicables en la actividad de vigilancia y seguridad -y, desde luego, el entonces vigente- habían venido reconociendo la procedencia del contrato por obra o servicio pactado para la

Precisamente, con esa intención parece referirse la STS ahora estudiada a la inexistencia de norma legal, reglamentaria o convencional al respecto (*“como quiera que ni las disposiciones legales y reglamentarias estatales, ni el convenio colectivo aplicable, ni tampoco el propio contrato contienen mandato ni previsión alguna en el sentido de que el tipo de contrato que contemplamos pueda extinguirse por el hecho de que la empresa comitente haya dispuesto que la contratista destine a la ejecución de la contrata un menor número de operarios que los inicialmente requeridos, es visto que este hecho no autoriza a la empleadora a dar por finalizada la relación laboral”*) como si, con ello, tratase de justificar el motivo del distinto sentido de su decisión e intentando salvar de este modo la coherencia del discurso jurisprudencial.

Por lo demás, esta sentencia se cuida mucho de seguir el criterio introducido por la mencionada STS de 15 enero de 1997 y también seguido por las posteriores, que cita expresamente, de 8 de junio de 1999, 20 de noviembre de 2000, 26 de junio de 2001, 14 de junio de 2007, 25 de junio de 1997, 18 y 28 de diciembre de 1998, mediante la reiteración de la parte del texto de la primera que resume sus principales rasgos y, también, mediante el recurso justificativo alternativo y adicional a que también se refería la misma para el caso de que no pueda aceptarse la procedencia del contrato por obra o servicio determinado, esto es, proponiendo la vía del art. 49.1.b) ET, u otras (despido por causas objetivas del art. 52c ET).

Así, en este último sentido, la sentencia se refiere -desvinculando, en gran medida, del debate la cuestión concreta de la procedencia o no del contrato por obra o servicio determinado- a la eficacia que, como fuente de la relación laboral ex art. 3.1 ET, pueda tener lo acordado por la autonomía individual de las partes, con mención expresa del principio *pacta sunt servanda* y de los arts. 1089 y 1091 del CC, para terminar afirmando que la extinción por reducción de la contrata podría haber procedido de *“(...) haberse previsto al concertar la relación laboral, pues no resulta insólito en el curso de las contratas para la*

vigencia de una contrata y a que también habían previsto la extinción de los contratos de trabajo tanto en caso de resolución total como parcial de dicha contrata.

prestación de servicios entre empresas, pudiendo haberse consignado una cláusula en el sentido de que la relación laboral terminaría si tal cosa sucediera y, en este caso, el contrato habría quedado válidamente extinguido a tenor de lo previsto en el art. 49.1.b) del ET. Y, en último término, también habría podido acudir a la figura de la extinción contractual por causas objetivas contemplada en el apartado c) del art. 52 estatutario (...).²⁰²

-Nuevas orientaciones matizadas: retorno al criterio “sustancialista”

En esta nueva fase nos encontramos con una nueva tendencia en la jurisprudencia más reciente de nuestro TS en la que sin llegar al extremo de romper expresamente con la aceptación del contrato por obra o servicio determinado para atender a la cobertura de contrata -sino más bien tratando de afirmar una continuidad de doctrina a favor de su admisión que se remonta a la STS de 15 de enero de 1997-, en realidad, lo que trasluce es el abandono de facto del criterio introducido por aquélla basado en la “necesidad temporal de mano de obra para la empresa contratista” para pasar atender

²⁰² Desde mi punto de vista, dentro de mi concepción del problema contraria a la admisibilidad general de la procedencia del contrato de obra o servicio determinado para estos casos bajo la forma en que este está configurado legalmente pero, ello no obstante, en favor de la validez de otras vías más sencillas (49.1.b y 49.1.c, primera parte del ET) e igualmente eficaces o más complejas (art. 52c ET) pero también aplicables, el acierto de estas últimas consideraciones de la sentencia ahora comentada es indiscutible. Sin embargo, por otro lado, no deja de inquietarme, a la luz de la prohibición de cesiones ilegales de mano de obra contenida en el art. 43.1 ET, el silencio de la misma sobre este aspecto (quizás guiada a la hora de resolver por el principio de congruencia con la cuestión planteada en el litigio), en presencia de un supuesto de hecho tan dudoso desde esta perspectiva como el que se presentaba en este caso en el que la reducción de la contrata no se acordaba por los empresarios contratantes en términos materiales de resultado de la misma sino mediante instrucciones directas por parte del comitente al contratista sobre el número concreto de trabajadores que necesitaba que le “prestara” para la ejecución del servicio.

específicamente a la compatibilidad con el art. 15.1 a) ET de la obra o servicio que se ejecutan por medio de la contrata.

La **STS de 17 de junio de 2008 (RJ 2008/4229)** se refiere a un supuesto en el que se trata de determinar si al término de la contrata se extinguen automáticamente los contratos por obra o servicio determinados que se habían formalizado para su ejecución o si, por el contrario, dicha extinción no se produce cuando la empresa contratante concierta posteriormente una nueva contrata con la misma empresa.

Tratándose de un supuesto de renovación de la contrata a favor del mismo contratista, y sin perjuicio de referirme más adelante nuevamente a esta misma sentencia -dadas sus importantes implicaciones sobre la incidencia de las sucesiones de contratistas en la extinción de los contratos de obra celebrados *ad hoc*- al ocuparme de este tema en el apartado correspondiente, es importante la inclusión en este punto de este pronunciamiento del TS ya que entre los fundamentos empleados para la resolución del caso contiene un nuevo enfoque que supone un auténtico cambio de criterio sobre la cuestión principal que ahora analizamos.

Pues la sentencia que ahora es objeto de estudio, corrige el criterio de las sentencias anteriores y pasa a entender que no es posible extinguir el contrato por obra o servicio determinado cuando la contrata o concesión que lo motiva se nova, renueva o es sustituida por otra posterior en la que el objeto sigue siendo el mismo.

Para ello se basa en dos razones jurídicas de distinta clase. En primer lugar, en la aplicación por analogía a estos supuestos de la nueva doctrina introducida por la jurisprudencia comunitaria de la "*sucesión en la plantilla*" pero también por una segunda razón en favor de la pervivencia del contrato por obra o servicio determinado en estos casos, que toma como base una interpretación exquisita del contenido jurídico del art. 15.1.a) ET. Así, en esta sentencia del TS -quizás tratando de salvar la coherencia de su discurso con el de la

doctrina general iniciada por la STS de 15 de enero de 1997- se parte de la aceptación de una acepción genérica o amplia del concepto de obra o servicio determinado que se corresponde con la existencia de una necesidad temporal de trabajadores limitada y concretamente definida en el momento de contratar.

Pero, a continuación, esta STS –como hemos avanzado- define este contrato como comprensivo de una “obligación de plazo” en cuanto se encuentra sujeto al vencimiento de un plazo (la ejecución de la obra o servicio) que se sabe se producirá aunque puede o no saberse cuándo y que, según el caso, de acuerdo con la doctrina civil, dará lugar a obligaciones de plazo determinadas o indeterminadas pero –afirma- que, de ningún modo, nos encontramos ante una “obligación condicional” o contrato sujeto a una condición resolutoria de los previstos en el art. 1125 del CC en los que es incierta la producción del hecho que extinguirá el contrato.

El TS se apoya para esta conceptualización en que el art. 15.1.a) ET exige la existencia de un límite temporal cierto para la formalización de este contrato aunque sea incierta la duración concreta y en el hecho de que por dicho precepto se demande para el mantenimiento del contrato la subsistencia de una necesidad temporal de trabajadores para atender a una actividad concreta.

Concluye, por ello, que *“(...) cuando la contrata o concesión que lo motiva se nova, renueva o es sustituida por otra posterior en la que el objeto sigue siendo el mismo, el contrato de trabajo no se extingue por no haber transcurrido el plazo pactado para su duración: la ejecución de la obra que lo motiva y la consiguiente desaparición de la necesidad temporal de mano de obra que requiere la ejecución de la "obra o servicio" que la empleadora se comprometió a realizar, objetivo que es el que, legalmente, autoriza una contratación temporal que en otro caso no sería acorde con la norma. Así pues, en la modalidad contractual estudiada cabe que se pacte un plazo resolutorio determinado o indeterminado, según las circunstancias de la obra o servicio a ejecutar o de la concesión obtenida, aunque la mayoría de las veces será difícil determinar la fecha exacta de la extinción. Pero lo que no será posible es que el contrato determine ese plazo resolutorio en contra de la naturaleza de ese*

contrato y del objetivo perseguido por la Ley al admitirlo: cubrir una necesidad temporal de mano de obra que tiene una empresa para ejecutar una obra o servicio temporalmente, en el sentido amplio que tiene esta expresión. Por ello, mientras subsista esa necesidad temporal de empleados, mientras la empleadora siga siendo adjudicataria de la contrata o concesión que motivó el contrato temporal, la vigencia de este continua, al no haber vencido el plazo pactado para su duración, que por disposición legal debe coincidir con la de las necesidades que satisface”.

Esta STS me parece enormemente acertada y trascendente puesto que, aunque en principio únicamente parece corregir el criterio de las SSTS de 26 de junio de 2001 (RJ 2001/6839), 22 de octubre de 2003 (RJ 2003/8390) y 4 de mayo de 2006 (RJ 2006/2398)²⁰³ en relación a la extinción de los contratos por obra o servicio determinado cuando se produce la sucesión de contratas o concesiones en un mismo titular, más allá de ese punto concreto, supone un cambio de criterio de mayor alcance, pues el TS pasa a fijarse para decidir sobre el mantenimiento del contrato de trabajo no en la subsistencia de la contrata sino en la del servicio que se ejecuta. Por tanto, reconduce el contrato de obra a la configuración que le es propia ex art 15.1.a) ET y viene, de este modo, a enfocar el juicio decisorio en cuanto a la procedencia de la extinción del contrato por obra o servicio determinado en caso de finalización de contratas a la pervivencia real de la obra o servicio determinado cuya ejecución motivó la celebración del contrato de trabajo, con independencia de los avatares que puedan incidir sobre la vigencia de la contrata o instrumento jurídico que los originó. A partir de esta sentencia es posible, pues, dejar de entender que la pervivencia del contrato por obra o servicio está determinada por la mera formalidad impuesta por la vigencia de una contrata mercantil o concesión para pasar a estar subordinada a la permanencia real de la obra o servicio que se ejecuta, impidiéndose de esta forma la extinción de estos

²⁰³ El propio TS en las recientes sentencias de 17 de septiembre de 2014 (RJ 2014/5041) y 22 de septiembre de 2014 (JUR 2015/57851) lo reconoce al indicar: *“Rectificando y armonizando criterios precedentes, venimos también sosteniendo que mientras el mismo contratista es titular de la contrata (sea por prórroga o nueva adjudicación) no puede entenderse que ha llegado a su término la relación laboral (...)”*

contratos por el mero hecho de que la contrata inicial que los motivó finalice si persiste la obra o el servicio que se ejecuta mediante la renovación, novación o suscripción de otra contrata similar a la anterior.

En el mismo sentido que la anterior, en un supuesto en el que también se produce una sucesión de contratas idénticas a favor de la misma empresa adjudicataria, la **STS de 18 de junio de 2008 (RJ 2008/4449)** modifica expresamente el criterio previamente mantenido por las SSTS de 26 de junio de 2001 (RJ 2001/6839), 22 de octubre de 2003 (RJ 2003/8390) y 4 de mayo de 2006 (RJ 2006/2398) pese a que, inicialmente, lo justifica en la individualidad y propia autonomía jurídica de cada contrata pública las cuales al estar sujetas a una previa convocatoria y al cumplimiento de pliegos de condiciones impide conocer de antemano la empresa adjudicataria y determina que todo el conglomerado de relaciones jurídicas (incluidas las laborales) que surgen de las mismas tengan un plazo de terminación coincidente con el de extinción de la contrata correspondiente.

Sin perjuicio de estas justificaciones del criterio jurisprudencial anterior, esta sentencia, para los casos de adjudicaciones sucesivas de contratas idénticas en favor de la misma empresa adjudicataria, entiende que la citada doctrina *“merece ser modificada a la vista de la propia naturaleza del contrato temporal para obra o servicio determinado, en los términos en que aparece definido en el art. 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores y sin necesidad de acudir, en este caso, a la nueva normativa europea (...)”*. En efecto, se prescinde, en esta ocasión, de los argumentos empleados por la STS de 17 de junio de 2008 (RJ 2008/4229) basados en la jurisprudencia comunitaria sobre *“sucesión en la plantilla”* y se resuelve, exclusivamente, con apoyo en la configuración legal del contrato por obra o servicio determinado.

Así, de este modo, tras advertir que, en el ámbito laboral, el contrato de trabajo goza de una serie de garantías, entre ellas la de tendencia a la estabilidad en el empleo, el TS entiende que la mera finalización de la contrata no puede determinar por sí misma la extinción del contrato de trabajo pues *“ha*

deslindarse adecuadamente el aspecto formal del sustancial” y, en tal sentido, establece que “las sucesivas contrataciones administrativas para la cobertura o atención de un mismo servicio público, de las que, sin solución de continuidad, sigue resultando adjudicataria o contratista la misma empresa, no pueden propiciar, por sí mismas y en buena lógica jurídica, una propia y verdadera conclusión de la obra o servicio determinado por el solo hecho, de innegable repercusión jurídico administrativa, de terminación de una contrata y subsiguiente inicio de otra sin solución de continuidad, resultando, en cambio, mucho más coherente y ajustado, desde una perspectiva jurídico laboral, el entender que el objeto del contrato laboral temporal no ha concluido y que, por ende, debe subsistir el mismo en los términos establecidos hasta que se den por terminados, efectivamente, la obra o servicio que constituyeron su objeto”.

El verdadero argumento que produce este cambio de concepción es, pues, la apreciación real o material y no formal de la conclusión de la obra o servicio objeto del contrato y, por ello, la referencia al aspecto sustancial y no formal de la cuestión aparece hasta tres veces en los fundamentos de derecho de la sentencia: “(...) *ha deslindarse adecuadamente el aspecto formal del sustancial”, (...)* desfigurar, desde unos parámetros de pura formalidad jurídica, la realidad de una continuidad material, sin solución alguna, de la obra o servicio(...), (...)*no debe conducir a un grado de dependencia tal que llegue al extremo de configurar una puramente formal, que no real, extinción de aquellos contratos (...)*”. Este acertado argumento ya traslucía en la fundamentación de la anterior sentencia de 17 de junio de 2008 (RJ 2008/4229) que es la auténtica pionera en el cambio de criterio -aunque esta de 18 de junio parezca otorgarse el papel modificador de la doctrina anterior- el cual, en mi opinión, hubiera sido deseable que, por coherencia intelectual, se hubiera generalizado y extendido también a los supuestos de nuevas contrataciones con adjudicatarios distintos, en la medida en que, también en tales casos, la misma obra o servicio pueden subsistir aunque ejecutados por una empresa contratista distinta, de un modo similar al previsto en el art. 44 ET.

La sentencia se refiere, asimismo, a dos cuestiones adicionales que resultan de gran interés. Así, el TS se plantea, en primer lugar, la incidencia que puedan tener las cláusulas de rescisión acordadas en los contratos para cuando concluya, total o parcialmente, la contrata y, en segundo lugar, la eficacia, en este ámbito de continuidad de contratos tras la sucesión de contratas, de las condiciones de los pliegos de la concesión que obligan a la empresa adjudicataria a seleccionar el personal que ha de prestar servicios.

Respecto a la primera de las cuestiones se resuelve que debe prevalecer la naturaleza del contrato por obra o servicio determinado que resulta del art. 15.1.a) ET por encima de las estipulaciones de las partes y de tal naturaleza resulta que la temporalidad del contrato por obra o servicio viene determinada por la duración de una u otro de tal modo que en tanto éstos subsistan el contrato no debe darse por extinguido aunque aparezca íntimamente ligado a la existencia de una contrata. Es decir, lo que viene a hacerse patente es la falta de cabida de estas cláusulas en el seno del contrato por obra o servicio determinado cuya configuración viene diseñada legalmente y resulta, por ello, indisponible e inmutable para las partes, pero sin que el TS llegue a pronunciarse aquí sobre la eventual validez de tales cláusulas a la vista del art. 49.1.b) ET, ni sobre la medida en que éste sí podría posibilitarlas en otros contratos en los que no exista una causa de temporalidad pre-configurada legalmente.

Si con las consideraciones anteriores el TS excluía la eficacia de estas cláusulas resolutorias en el ámbito del contrato por obra o servicio determinado por razón de la naturaleza con la que se caracteriza legalmente al mismo, en el análisis de la segunda de las cuestiones se resuelve, asimismo, -con base en argumentos de jerarquía normativa no explicitados- que la naturaleza y específicas causas legales de extinción de la relación laboral concertada deben prevalecer sobre las condiciones de la contratación administrativa singular que imponen al adjudicatario la selección de trabajadores al inicio de la nueva contrata, pues éstos *“han de quedar sometidos a su normativa propia con*

preferencia a lo dispuesto en el pliego de condiciones de la contrata administrativa”.

La **STS de 17 de julio de 2008 (RJ 2008/7054)** y la **STS de 23 de septiembre de 2008 (RJ 2008/5534)** que se tramitaron frente a la misma empresa y por idéntica causa de extinción, corroboran la nueva doctrina introducida por las SSTS de 17 y 18 de junio de 2008. Así, tras efectuar un recorrido por la doctrina antigua del TS sobre esta materia mediante la remisión a la STS de 10 de junio de 2008 (RJ 2008/5149) y a las sentencias anteriores de que ésta se sirve para resolver, toman como punto de partida para fundamentar su fallo el texto –que reproducen parcialmente- de la STS de 17 de junio de 2008 (RJ 2008/4229) y, con base en el mismo, desestiman el recurso y reconocen la improcedencia de un despido que se fundó por la empresa contratista-empleadora en la extinción de la contrata que ocasionó la asunción de sus tareas por la empresa principal. El TS entiende, en estos casos, que el hecho de haberse celebrado una nueva contrata similar, para la que incluso se contrataron algunos trabajadores de la anterior, añadido a la circunstancia de que en los contratos de los trabajadores despedidos no constara que sus tareas quedaban referidas a la atención de los clientes de los que pasaría a encargarse después la empresa principal, determina que no pueda entenderse cumplido el término o vencimiento del plazo resolutorio a que se refiere la STS de 17 de junio de 2008 y, por tanto, implica que los contratos de trabajo no puedan considerarse extinguidos válidamente.

La **STS de 7 de diciembre de 2009 (RJ 2010/2105)** es, a mi parecer, de un gran interés dogmático, en cuanto en sí misma ejemplifica la contradicción y pulsión latente, en esta materia, entre dos opciones doctrinales distintas: por un lado, la mantenida por la sentencia de contraste aportada -del TSJ de Cataluña de 30 de noviembre de 2007 (AS 2008/633)- en favor de la consideración como causa exclusiva de extinción del contrato por obra o servicio de la conclusión efectiva de una u otro y, de otro lado, la mantenida por la doctrina consolidada

del TS y por la propia sentencia que ahora se estudia, que preconiza el fin de la contrata como determinante de la extinción de este tipo de contrato de trabajo, con independencia de si la obra o servicio que objetivamente se ejecutan han concluido o no, en la medida en que se considera como elemento principal a valorar la proyección temporal que la contrata ejerce sobre la actividad de la empresa contratista. La presente sentencia profundiza, incluso más, en esta segunda doctrina introduciendo nuevos *matices de los matices* propios de la misma, concretamente a la hora de valorar la imputabilidad al contratista de la finalización de la contrata, revelando, a mi juicio, aún más, la complejidad y artificialidad de esta última opción interpretativa.

Concretamente, el supuesto de hecho que aborda la sentencia se refiere al despido de dos trabajadores por la empresa contratista a raíz de la finalización *ante tempus* de la contrata por decisión unilateral de la empresa comitente, motivada por cambios en la organización interna de esta última.

Para la sentencia de contraste mencionada, al entender que el contrato de trabajo no puede extinguirse válidamente si no han concluido realmente la obra o servicio objeto del contrato, la rescisión unilateral *ante tempus* de la contrata por el empresario principal no puede producir la extinción del contrato de trabajo por la vía del art. 49.1.c) ET, sino que tratándose de una circunstancia que atañe a las vicisitudes del contrato firmado entre ambos empresarios, caso de pretenderse el despido por el contratista, ante la imposibilidad de continuar la actividad, debería haberse utilizado la vía prevista legalmente para el despido objetivo (art. 52c ET).

Sin embargo, en sentido contrario, en este caso el TS resuelve esta cuestión mediante el retorno a la aplicación de la doctrina tradicional iniciada por la STS de 15 de enero de 1997 (RJ 1997/497) y sostiene que *“la aplicación de esta doctrina determina que sea errónea la tesis fundamental de la sentencia de contraste (...) pues en el marco de la doctrina de la Sala la temporalidad no se refiere en estos casos objetivamente a la obra o al servicio en cuanto tales, sino a la proyección temporal de la contrata sobre la actividad de la empresa contratista”*.

La **STS de 14 de junio de 2010 (RJ 2010/2704)**, con apoyo en las SSTS de 31 de mayo de 2004 (RJ 2004/4894), 10 de abril de 2002 (RJ 2002/6006), 25 de noviembre de 2002 (RJ 2003/1922) y 17 y 18 de junio de 2008 (RJ 2008/4229 y RJ 2008/4449), decide a favor del verdadero carácter indefinido de una contratación fraudulenta por obra o servicio determinado efectuada con una trabajadora como Técnico de laboratorio de una Clínica que tenía un Concierto con el Servicio Canario de Salud. El TS entendió que se trataba de una actividad de carácter permanente incompatible con el concepto legal de "obra o servicio determinado" como probaba el hecho de que pocos días antes del despido se contratase a otra persona de su misma categoría para prestar los mismos servicios. Asimismo, se consideró que faltaba vinculación de la actividad de la trabajadora con el Concierto con el Servicio Canario de Salud desde el momento en que aquélla realizaba sus funciones tanto para los pacientes de la Seguridad Social como para los privados y, sobre todo, porque la actividad en la Clínica siguió en la misma forma y con el mismo concierto después del cese de la trabajadora, una vez prorrogado tácitamente y para el siguiente año el referido concierto con el Servicio Canario de Salud. Confirmando la nueva doctrina del TS a favor de la continuidad del contrato en caso de sucesión de concesiones en favor de un mismo adjudicatario, esta STS concluye que *"no cabe vincular la duración de este tipo de contratos con la percepción de subvenciones o la adjudicación de contratos cuando es la misma empresa la que sigue llevando a cabo la actividad sin solución de continuidad. Con mayor motivo lo será en el caso presente en el que no se ha interrumpido la vigencia y operatividad del concierto con la Administración Sanitaria Canaria"*.

La **STS de 11 de noviembre de 2013 (RJ 2014/1214)** resulta de sumo interés en cuanto a la presente temática pues en ella converge la doble circunstancia de que, en primer lugar, en 2008, la empresa contratista/empleadora pasa a convertirse en subcontratista por acuerdo entre empresas que da lugar a la irrupción de un nuevo empresario principal para el que opera como contratista

quien antes era principal y, en segundo lugar, en 2011, se produce la finalización de la contrata con sustitución del subcontratista para el que los trabajadores prestaban servicios.

En efecto, la presente sentencia resulta muy significativa en cuanto evidencia de manera muy representativa el distinto peso que para el TS tienen las sucesiones de contrata según exista o no cambio de contratista. Pues en el primer caso -en aplicación de la nueva tendencia jurisprudencial que venimos comentando- se considera, con argumentaciones jurídicas del ámbito laboral y también del civil- que no existe una finalización real de la contrata que pueda tener implicaciones extintivas de los contratos por obra o servicio determinado y ello impide que pueda hablarse de sucesiones de varios contratos de este tipo que pudiera dar lugar a plantearse la conversión de contratos temporales en fijos por aplicación del art. 15.5 ET. Pero, a sensu contrario, se entiende que estos contratos que -por lo apuntado- siguen siendo temporales de obra se extinguen por finalización de la contrata cuando es un nuevo contratista el que pasa a ocuparse de la prestación de los mismos servicios. Parece, pues, que cabría concluir que, a juicio del TS, la sustitución del empresario comitente -el cual no es parte en la relación laboral- no tiene incidencia a efectos extintivos de los contratos de obra pero sí, en cambio, las sucesiones de contratistas.²⁰⁴

²⁰⁴ En cuanto al cambio del empresario principal que el objeto principal de litigio, en esta STS, con referencia a las ya comentadas sentencias de 17 y 18 de junio de 2008 (RJ 2008/4229 y 2008/4449), se da continuidad a la tesis de que el contrato de obra o servicio determinado no se ve afectado en cuanto a su extinción por el hecho de que la contrata permaneciendo idéntica, finalizara llegado su término y fuera sustituida por otra continuando la empleadora en su posición de contratista (o, como sucede en este caso, como subcontratista): "*puede decirse, se ha sucedido a sí misma*" (STS de 17 de junio de 2008).

La STS de 11 de noviembre de 2013, nos recuerda que en las citadas "*sentencias se niega valor extintivo a la sustitución de una contrata por otra, es decir que siendo idéntica no basta con atenerse a una fecha de extinción y sustituirla por otra, justificando así la finalización de los contratos temporales, y siguiendo esa interpretación, a contrario sensu, no habría existido justificación para extinguir los contratos en 2008 cuando se modifica la cláusula adicional, pero en cambio hemos de entender que concurre la justificación cuando finaliza la contrata que ha sido una y la*

Finalmente, las recientes **SSTS de 17 de septiembre de 2014 (RJ 2014/5041) y 22 de septiembre de 2014 (JUR 2015/57851)**, constituyen un buen ejemplo del criterio seguido por el TS sobre este particular en esta última fase evolutiva, pues sin querer romper directamente con la admisibilidad del contrato de obra para la cobertura de contrataciones –de hecho estas sentencias más bien la confirman expresamente, con cita de las STS de 15 de enero de 1997, 8 de junio de 1999 y 20 de noviembre de 2000-, en su fundamentación jurídica se trata de matizar –con cita de las SSTS de 5 de abril de 2003 y 21 de febrero de 2008- que para que *“(…) la contratación se considere válida, los servicios concertados entre empresa principal y auxiliar han de tener la consistencia, individualidad y sustantividad propias del artículo 15.1.a)ET”*. Lo cual evidencia, a mi juicio, una tendencia hacia el retorno al criterio de los servicios concretos concertados que de manera efectiva se desarrollan en detrimento de otros elementos más formales como el negocio jurídico a través del que se instrumenta la contrata.

misma desde el inicio hasta 2011, sin que la modificación de 2008 acarree el fin de un contrato de trabajo y el nacimiento de otro”.

La relación laboral ha existido siempre desde 2008 hasta 2011 entre el empleador y los trabajadores sin alteración de sujetos. *“Siendo cierto que en la cláusula adicional se sustituye la mención de una principal por otra, el cambio en el objeto es meramente nominal sin que concurran los supuestos de novación extintiva que contempla el art. 1204 CC, expresa declaración o que las obligaciones sean de todo punto incompatibles, pudiendo enunciar a título de ejemplo la disparidad en las actividades, el objeto del servicio o el lugar de prestación del mismo. Ninguna de dichas condiciones se hallan presentes por lo que deberá afirmarse el carácter no extintivo de la novación operada por cambio del titular del encargo, que si bien redundaría en un cambio nominal del objeto de la contrata, no lo es hasta el punto de su incompatibilidad. En consecuencia, permaneciendo idéntico el contrato no cabe predicar la sucesión entre los contratos, anterior y posterior a 2008, que de existir habría supuesto la superación del límite de 24 meses en un periodo de 30, incurriendo en el supuesto que contempla el artículo 15.5 ET (…)”*.

-Algunas consideraciones personales

En este momento, una vez visualizado el *iter* doctrinal seguido por la jurisprudencia del TS en torno a la cuestión fundamental planteada, es cuando, ante los interrogantes abiertos por la misma, parece oportuno detenerse a reflexionar sobre ésta con una visión de conjunto que nos sitúe en la perspectiva más adecuada para abordar el análisis de las principales cuestiones concretas relacionadas.

A la vista de la doctrina jurisprudencial consolidada en favor de la necesidad temporal de trabajo para el empresario contratista/empleador, daba la sensación que, cuando no media una contrata, los requisitos de la obra o servicio determinado se interpretan de manera distinta a cuando ésta está presente en cuyo caso se dice que, pese a que no concurre lo que se exige para aquellos supuestos, no importa pues se aplica un nuevo criterio, el de la necesidad temporal de la mano de obra, que no aparece en la ley (esta habla de sustantividad y autonomía de la obra o servicio y de su duración limitada e *incierto* pero no de necesidades temporales de trabajo), cuando legalmente tampoco se habilita para aplicar criterios distintos o entender que los conceptos puedan ser diferentes en función de que existan o no contrata. Es decir, a mi juicio, los criterios definidores deberían ser los mismos para todos los casos y no mutables -cuando la ley no los cambia- según el caso. Asimismo, en todo caso, tal criterio único debe estar basado en las cualidades de la obra o servicio a desarrollar -que es a lo que se refiere la ley- y no en que el contrato mercantil que origina aquélla o éste impongan un marco temporal a la actividad o a la necesidad de la mano de obra porque, en última instancia, toda actividad empresarial está sujeta a la existencia de demanda y a unos determinados pedidos que derivan de contratos que concretan unas determinadas cantidades limitadas de obra, productos o servicios. Se sabe de antemano por las partes que habrá trabajo mientras los clientes de la empresa demanden sus productos pero no por ello queda autorizada la celebración de contratos de trabajo

mientras la empresa mantenga su volumen de negocio y su extinción automática cuando éste decaiga sino que, por regla general, el contrato debe ser indefinido y las extinciones producirse por las causas generales del art. 49.1 ET, entre las que -como vemos- cobra especial importancia en este ámbito la prevista en su letra b) y también, específicamente, las causas objetivas de las letras i) y l), si la pérdida de la contrata supone una merma económica de entidad suficiente a estos efectos.

Esta visión tiene predicamento también en algunas sentencias de nuestro TS como, por ejemplo, en la STS de 10 de abril de 2002 (RJ 2002/6006), que – como veremos con más detenimiento más adelante- consideran la dependencia de la actividad de condicionantes externos, (concretamente en su caso de una subvención) una causa objetiva de despido más que un elemento configurador de los contratos de obra o servicio determinado. Así viene a expresarlo al señalar que “(...) *el nuevo apartado e) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores al reconocer como causa objetiva de extinción del contrato de trabajo la pérdida o insuficiencia de la consignación presupuestaria o de otro orden de los planes y programas que no tengan un sistema estable de financiación, está reconociendo que la financiación en sí misma no puede ser causa de la temporalidad de la relación*”. En un sentido parecido se expresa la STS de 19 de marzo de 2002 (RJ 2002/5989) al decir: “*de la existencia de una subvención, no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal, como lo corrobora la Ley 12/2001, de 9 de julio, que ha introducido un nuevo apartado en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores(...)*” y también las SSTS de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002/5990) y de 25 de noviembre de 2002 (RJ 2003/1922). Lo mismo viene a expresar, si bien más indirectamente, las STS de 22 de junio de 2004 (RJ 2004/7472).

La multiplicidad de problemas que la asunción del criterio de la contrata genera desaparecen, en el ámbito del contrato por obra o servicio determinado, en la medida en que sólo sea necesario atender a la pervivencia o no de la obra o

servicio objeto del encargo que se ejecuta. Sobre este particular cabe recordar los problemas que se suscitaban en algunas de las sentencias estudiadas, por ejemplo, cuando se trataba de justificar el carácter incierto de la duración de la contrata o concesión con el recurso al argumento de su dependencia de factores externos los cuales –como ya he dicho- inciden, en mi opinión, en general, sobre toda actividad económica. En efecto, una vez superado este argumento sobre la base de que esta incertidumbre es propia todo negocio, actividad o pedido, el hecho de que –como será estudiado separadamente en el siguiente punto- se excluyan los efectos extintivos de los supuestos en que las contratas finalizan por voluntad de la empresa empleadora, de manera unilateral (STS de 8 de junio de 1999, RJ 1999/5209 y de 2 de julio de 2009, RJ 2009/6067) o convencionalmente (STS de 14 de junio de 2007, RJ 2007/5479) no resuelve, en modo alguno, la cuestión pues pueden existir otras finalizaciones de contratas que se producen por causa no imputable exclusivamente a la empresa parte en el contrato de obra o servicio (por ejemplo, unilateralmente a iniciativa de la empresa comitente) pero las cuales, normalmente, se habrán concertado inicialmente por un período cierto, contrariamente a lo que permite el art. 15.1.a) ET cuando se refiere a ejecuciones de obras o servicios de duración limitada, en principio, incierta. A mayor abundamiento, el criterio del efecto extintivo de la finalización de contrata por factores externos presenta, además, enormes posibilidades de fraude (eventuales confabulaciones y connivencias entre los contratistas para acordar la iniciativa de la finalización de la contrata).

El recurso al criterio del fin de la contrata podría plantear incluso nuevos problemas también para el propio empresario contratista-empleador en el hipotético supuesto de contratas concertadas con vencimiento en una fecha fija y en las que la obra o servicio se concluyan con anterioridad a la misma, pues en tal caso atendiendo a aquél criterio el empresario empleador no podría extinguir válidamente el contrato hasta el vencimiento de la fecha estipulada en la contrata pese a que no existe ya actividad que lo justifique y, en caso de

querer finalizar anticipadamente la contrata para evitar el mantenimiento de puestos de trabajo ociosos, al provenir de sí mismo la iniciativa, de acuerdo con la doctrina antes avanzada, habría que excluir el efecto extintivo de tal finalización dando lugar a la improcedencia del despido. En el lado contrario, aparece el problema inverso que acontece cuando la contrata finaliza antes que la obra o servicio que se ejecuta y que, como se ha visto, da lugar a extinciones de contratos que se producen precedentemente pese a que la obra o servicio que se ejecutaban continúa mediante la prórroga de la contrata correspondiente. Todos estos problemas y efectos disfuncionales se evitan atendiendo al texto de la ley (art. 15.1.a) y 49.1.c) ET) y fijando -como a partir de la STS de 17 de junio de 2008 (RJ 2008/4229) defiende también el TS- en la conclusión real de la obra o servicio que se ejecuta (y no en la finalización de la contrata o concesión) el hecho determinante de la extinción del contrato por obra o servicio determinado.

Por ello, en el estricto ámbito del contrato por obra o servicio determinado (art. 15.1.a) y 49.1.c) ET) no será posible, en mi opinión, la incorporación a su clausulado de descripciones de las obras o servicios que constituyen su objeto que queden definidas por la simple referencia a contrata o concesiones concretas -dada la ineficacia que, también ahora según el TS, tienen estos instrumentos por sí mismos a la hora de incidir sobre la duración de este específico tipo de contrato de trabajo- sino que, más bien, deberán, en todo caso, quedar referidas a las obras o servicios que se ejecutan en virtud de tales contrata o concesiones.

Este retorno al criterio de la obra o servicio determina, además, implicaciones en el objeto del contrato pues al no poder quedar éste delimitado en su duración por referencia al tiempo de vigencia de una contrata sólo podrá estar referido a actividades limitadas en el tiempo por sí mismas, por su propia naturaleza, y con fecha de finalización en principio incierta, excluyéndose

aquéllas que sean temporales pero con duración predeterminada y, en todo caso, las permanentes o indefinidas.

No es menos cierto que este criterio plantea, no obstante, otros problemas, pues cabe preguntarse qué ocurre en el caso de que finalizada la contrata pero no la obra o servicio el empresario empleador no sea el elegido para la continuación de la actividad pues, en tal caso, a nivel teórico, en una interpretación estricta, la obra o servicio no han finalizado y no es posible extinguir precedentemente. Para tal caso -como veremos en el apartado correspondiente- sería posible acudir en la mayor parte de los casos, seguramente, a la subrogación de las relaciones laborales del antiguo contratista en el nuevo si concurren los requisitos previstos para la sucesión empresarial en el art. 44 ET o para la “*sucesión en la plantilla*”, tal y como ha sido configurada esta última por la jurisprudencia comunitaria europea. En los casos en que ello no sea posible, esta circunstancia habrá de ser considerada, probablemente, como un riesgo de empresa que será posible encauzar jurídicamente, a efectos extintivos de los contratos de trabajo, a través de los despidos o extinciones por causas objetivas regulados por los arts. 51 y 52 c) ET. Esto último, no obstante, debe subrayarse que constituye mi opinión propia divergente de la del TS el cual, como se ha visto, -a mi juicio incoherentemente- acepta en estos casos de cambio de contratista la extinción del contrato por el mero hecho formal de que acontezca la finalización de la contrata y sólo acude al criterio material de la permanencia de la obra o servicio que realmente se ejecutan en los casos de continuidad del mismo contratista en la nueva contrata.

A continuación me ocuparé, entre otras, de algunas de estas cuestiones que surgen del análisis de la evolución jurisprudencial estudiada.

1.1.3. Cuestiones controvertidas relacionadas

a) Eficacia extintiva sobre los contratos por obra o servicio vinculados a contrata de las eventuales finalizaciones de éstas imputables a las empresas parte, según su origen

En relación a esta cuestión, se ha venido reconociendo una eficacia extintiva distinta en función de la imputabilidad de la decisión finalizadora de la contrata, lo cual da lugar a la inadmisión, a estos efectos, de las finalizaciones por mutuo acuerdo y de las imputables a la empresa contratista/empleadora y, de otro lado, a la validez de las que tienen origen en la decisión de la empresa comitente/principal de forma sobrevenida o en fecha cierta prefijada si actúa por denuncia de ésta.²⁰⁵

²⁰⁵ Como señala GARCÍA RUBIO, M. A. en “La extinción de los contratos temporales”, en *Extinción del contrato de trabajo*, Albiol Montesinos, Ignacio (Director), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011: “se considera lícita la extinción del contrato temporal cuando la finalización de la contrata se produce antes de la fecha acordada para su vigencia, siempre, eso sí, que esa conclusión anticipada se haya producido por causa ajena a la empresa contratista titular del vínculo laboral: v.gr. por retraso en el pago de la empresa principal (SSTSJ Madrid de 13 de diciembre de 2002, rec. nº 4330/2000, y de 3 y 10 de marzo de 2003, rec. nº 5736/2002 y 5819/2002); o también, por decisión unilateral de esta última (STSJ Madrid de 29 de marzo de 2004, rec. nº 141/2004), aun cuando se justifique por el retraso de las obras, en tanto no se acredite que éste se debe al voluntario y negligente incumplimiento de la contratista (STSJ P. Vasco de 5 de marzo de 2002, rec. nº 2501/2001). Salvo algún pronunciamiento excepcional en que se sigue el criterio contrario (v.gr. STSJ P. Vasco de 21 de enero de 2003, rec. nº 2583/2002), esa falta de voluntariedad del empresario en la resolución de la contrata constituye un criterio jurisprudencial necesario para la válida extinción del vínculo laboral [STS de 7 de diciembre de 2009, recud. nº 1032/2009 (Tol 1768665)], de ahí que se califique como despido improcedente el cese del trabajador basado en la finalización ante tempus de la contrata decidida o provocada por el contratista o acordada de mutuo acuerdo por las dos empresas contratantes”.

En este sentido, la jurisprudencia excluye como causa para la extinción del contrato de obra la decisión unilateral de la empresa contratista-empleadora (**SSTS de 8 de junio de 1999, RJ 1999/5209 y 2 de julio de 2009, RJ 2009/6067**).²⁰⁶

Tampoco admite el acuerdo entre contratistas para poner fin a la contrata antes de la finalización de la obra (**STS de 14 de junio de 2007, RJ 2007/5479**), pero

²⁰⁶ Concretamente, en relación a este asunto, la STS de 8 de junio de 1999 (RJ 1999/5209) –ya comentada más arriba en sus aspectos generales- tras reconocer la validez de las cláusulas que vinculan la vigencia del contrato de trabajo a la de las contratas, advierte que con ello no se consagra ninguna arbitrariedad pues no será válida la limitación del contrato cuando sea el empresario contratista quién denuncie el vencimiento del término o si la contrata finaliza por causa a él imputable: *“lo que se autoriza es la limitación del vínculo contractual cuando la terminación de la contrata opera por causa distinta de la voluntad del contratista y por ello si es éste el que denuncia el vencimiento del término o si el contrato termina por causa a él imputable, no podrá invocar válidamente el cumplimiento del término”*.

Por su parte, la STS de 2 de julio de 2009 (RJ 2009/6067) se refiere a un supuesto de extinción de un contrato por obra o servicio determinado, concurriendo la circunstancia de que la finalización de dicha ejecución se produjo por iniciativa de la propia organización empleadora. El TS declara en este supuesto la improcedencia de la extinción, mediante la aplicación de la doctrina contenida en la STS de 14 de junio de 2007 (RJ 2007/5479) –que después será estudiada- la cual se cita expresamente para referirse a que se excluye *“la licitud de la decisión extintiva, para supuestos como el presente en que ha sido la voluntad de la contratista la causa determinante del cese de la contrata y de la terminación consiguiente del contrato de trabajo temporal”*. En este mismo sentido añade que *“en estos supuestos de cese anticipado de la contrata por voluntad de la contratista no puede decirse que haya operado como causa de extinción del contrato de trabajo el hecho de la finalización de la obra o servicio objeto de la contrata por voluntad de la empresa comitente, sino el propio acto de voluntad de la empresa contratista de darla por finalizada ante tempus”*. Esta sentencia se inscribe, pues, -tal y como ella misma procura destacar- como continuadora de la doctrina tradicional sobre esta materia, y es reconocedora de la eficacia extintiva general de las finalizaciones de contratas pero matizada por la exclusión de las que sean imputables, de algún modo (unilateralmente o por mutuo acuerdo), a la voluntad de la empresa contratista-empleadora. Llama la atención, sin embargo, que tratándose de un supuesto en que la iniciativa de la finalización reside exclusivamente en la ONG contratante se tome como base la STS de 14 de junio de 2007 referida a un supuesto de cesación de la actividad por mutuo acuerdo y ni siquiera se mencione la STS de 8 de junio de 1999 (RJ 1999/5209), pues si bien, efectivamente, ambas contienen una misma *ratio decidendi* lo cierto es que esta última sí se refería expresamente a que la contrata termine por causa sólo imputable a la empresa contratista.

sí cuando, por el contrario, la decisión finalizadora es sólo imputable al empresario comitente (**STS de 4 de octubre de 2007, RJ 2008/696**).²⁰⁷

²⁰⁷ Las SSTs citadas son muy representativas de este criterio pues viniendo en ambos casos originadas por contrataciones de la empresa AUNA, se resuelve en sentido opuesto en cada una de ellas: en contra, en la de 14 de junio de 2007 (RJ 2007/5479) por haber mutuo acuerdo resolutorio de la contrata entre ambos empresarios contratantes y en favor de la extinción del contrato de obra, en la de 4 de octubre de 2007 (RJ 2008/696) por ser imputable la decisión finalizadora sólo al comitente.

La STS de 14 de junio de 2007 (RJ 2007/5479) resuelve en contra de la validez de la extinción de los contratos por obra o servicio determinado referenciados a la vigencia de una contrata cuando ésta no finaliza en la fecha inicialmente estipulada sino anticipadamente por mutuo acuerdo de los empresarios contratantes. Concretamente, en el caso enjuiciado, se trataba de un contrato por obra o servicio determinado suscrito con una trabajadora por una empresa de telemarketing para el desarrollo de la campaña “*Televenta Aúna*” en ejecución de la correspondiente contrata suscrita con esta última empresa. Sin embargo, ambas empresas decidieron poner fin a la contrata, de manera sobrevenida, comunicando a la trabajadora la extinción del contrato de trabajo suscrito por finalización del servicio. El TS entiende que “*lo que no es factible, es que antes de llegar el tiempo de finalización de la campaña, quienes concertaron la contrata unilateralmente pongan fin a la misma y como consecuencia extingan el contrato, ya que no estamos ante una finalización de la contrata por causa ajena a la empresa, o por transcurso del plazo contractualmente previsto de duración de la contrata que impusiera la terminación del encargo, sino que fue la voluntad de los contratistas quienes por causa a ellos imputable pusieron fin a la contrata, causa por la cual, no cabe invocar como causa de la extinción del contrato con el actor, el cumplimiento del término*”.

En mi opinión, la opción de esta sentencia por negar la eficacia para extinguir el contrato por obra o servicio determinado del mutuo acuerdo sobrevenido de los empresarios contratantes finalizador de la contrata es muy acertada pues, de otro modo, como se alegaba por el recurrente, se dejaría la duración del contrato de trabajo al arbitrio de una de las partes, vulnerando el art. 1256 CC al establecer que “*la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*”. Pese a que, por la razón apuntada y por motivos de equidad, lo anterior me parece lo más razonable, no deja de resultarme paradójico el hecho de que a la luz de la doctrina consolidada del TS sobre esta materia, que admite la contrata como objeto del contrato por obra o servicio determinado sobre la base del criterio de la existencia de una necesidad de trabajo temporalmente limitada, objetivamente definida y previamente conocida, se acepten supuestos de extinción de contratos a la fecha cierta previamente estipulada en la contrata y, sin embargo, se rechacen estos casos en los que la finalización de la contrata se produce de manera imprevista por voluntad de los empresarios contratantes, cuando el sentir del art. 15.1.a) ET parece ser precisamente el contrario, es decir, aceptar los contratos por obra o servicio

Y, asimismo, se rechaza, a estos efectos, la resolución parcial del encargo de la empresa comitente (**SSTS de 10 y 12 de junio de 2008 (RJ 2008/5149 y RJ 2008/4447)**).²⁰⁸

determinado cuyo objeto tenga una duración incierta y rechazar aquéllos que tengan una limitación temporal con fecha cierta. Pues, en realidad, la misma dependencia tiene la duración del contrato de trabajo de la voluntad de los empresarios contratistas en el caso de finalización sobrevenida de la contrata que en el caso –sí aceptado- en que por éstos se fije, de antemano y de común acuerdo, una fecha para la finalización de la contrata, pues en ambos casos es el mutuo acuerdo de los mismos, ya sea previo o sobrevenido, el determinante de la extinción del contrato de trabajo. Puestos a elegir, la terminación sobrevenida casa algo más con la “incerteza” que subyace en el art. 15.1.a) ET.

A mi juicio este aparente absurdo o contradicción obedece a que, efectivamente, el criterio mantenido por esta sentencia es totalmente conforme con la doctrina reiterada de la necesidad de trabajo temporalmente limitada para el empresario contratista, objetiva y previamente conocida, iniciada por el TS con la STS de 15-01-1997, pero – como he anticipado en otros momentos- ni aquélla ni ésta son, en mi opinión, del todo conformes con el texto del art. 15 del ET. Así, problemas como los planteados en esta sentencia no se producen con una aplicación del art. 15.1.a) ET según sus propios términos, bajo una interpretación de las obras o servicios objeto del contrato regulado por el mismo que las entienda estrictamente, en palabras de la propia STS de 15-01-1997, como procesos de elaboración de cosas con un principio y fin o prestaciones de hacer que concluyen con su realización, pues en tal caso, la vigencia del contrato depende de realidades cuya duración queda limitada por su propia naturaleza y no por instrumentos contractuales que dependen de la voluntad –a veces mutable- de las partes que los suscriben. En este sentido, puede decirse que el art. 15.1.a) ET es, a estos efectos, completo y autosuficiente.

Al igual que en la sentencia precedente de 14 de junio de 2007, en la STS de 4 de octubre de 2007 (RJ 2008/696) la contrata para la prestación de servicios para *Aúna* que constituía el objeto del contrato de trabajo termina anticipadamente de forma sobrevenida pero, en este caso, no por mutuo acuerdo de las empresas contratantes sino por decisión exclusiva de la empresa comitente lo cual lleva -aunque el TS en esta sentencia no se refiere expresamente a esta cuestión- a aplicar una solución distinta –posiblemente al entender que siendo así no es imputable la finalización a la empresa empleadora- y a entender el contrato por obra o servicio válidamente celebrado y la extinción del mismo procedente, si bien con base en una *ratio decidendi* ciertamente plural y difusa.

²⁰⁸ A la doctrina jurisprudencial indicada, incluyendo también la STS de 10 de junio de 2008 (RJ 2008/5149), se refiere asimismo, al ocuparse de esta cuestión, LÓPEZ BALAGUER, M.: “Supuestos legales de contratación temporal - El contrato para obra o servicio determinado”, ob. cit., pág. 176 y 183.

Así pues, en general, tratan de excluirse las finalizaciones de contrataciones imputables, de algún modo, por voluntad o culpa,²⁰⁹ a la empresa contratista parte en la relación laboral, para evitar dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento del contrato, tal y como prohíbe el art.

²⁰⁹ La STS de 7 de diciembre de 2009 (RJ 2010/2105) se refiere expresamente a esta noción en sentido amplio de la imputabilidad, introduciendo nuevos matices en la doctrina jurisprudencial antes descrita a la hora de valorar la imputabilidad al contratista de la finalización de la contrata. Concretamente, pese a que el supuesto de hecho que aborda la sentencia se refiere al despido de dos trabajadores por la empresa contratista a raíz de la finalización *ante tempus* de la contrata por decisión unilateral de la empresa comitente, motivada por cambios en la organización interna de esta última, aparece como una novedad el hecho de que esta sentencia no se refiera sólo, como las anteriores, a la simple y directa imputabilidad de la decisión al empresario contratista (unilateralmente o de mutuo acuerdo con el empresario principal) sino que en ella se alude genéricamente a *la esfera* de decisión del contratista sin que *“a diferencia de lo que sucede en la sentencia de contraste, conste ninguna circunstancia que pueda llevar a la conclusión de que esa decisión [la del empresario principal] ha sido provocada por la contratista”*. En esta última afirmación late el deseo del TS de destacar que en el presente caso desestima el recurso dejando bien sentado que la decisión de la empresa principal es imputable exclusivamente a sus propias razones organizativas, a diferencia del supuesto de la sentencia de contraste en que la decisión finalizadora era también de la empresa principal pero *“materialmente provocada por la conducta de la contratista, que alegó la imposibilidad de prestar el servicio en la forma que la primera había interesado (...)”*. Tras lo cual la sentencia entiende que: *“La diferencia es relevante, porque podría sostenerse que la iniciativa real de la terminación de la contrata corresponde a la contratista, lo que, de acuerdo con la doctrina de esta Sala, podría determinar la exclusión de la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento del término”*.

De este modo, a mi juicio, se entra en una peligrosa dinámica de consideraciones en torno a la verdadera responsabilidad y consiguiente imputabilidad de la finalización de la contrata porque si bien es razonable entender, como hace esta sentencia, que las decisiones finalizadoras de las empresas principales pueden venir realmente motivadas por la negativa de las empresas contratistas a ajustarse a las condiciones que para la prestación del servicio aquéllas les requieren, también es posible imaginar que dicha negativa de las empresas contratistas pueda venir motivada, en algunos casos, por exigencias exorbitantes de las empresas comitentes que, de este modo, pueden forzar estas situaciones. En mi opinión, todo esto conduce a una espiral de posibilidades y consideraciones subjetivas que deja en manos del juzgador demasiados elementos de una decisión que en el texto de la ley (art. 15.1.a) y 49.1.c) ET) se encuentra totalmente objetivada, en función de si la obra o servicio han concluido o no.

1256 del CC y para que, asimismo, no puedan eludirse o enmascararse por esta vía -extinguendo contratos de obra con indemnizaciones de como mucho 12 días por año trabajado- supuestos que realmente debieran haberse canalizado como despidos por causas empresariales de los arts. 51 ó 52c) ET o, en otro caso, improcedentes, con indemnizaciones muy superiores de 20 ó 33/45 días por año trabajado.²¹⁰

b) Improcedencia de la extinción de estos contratos cuando ésta se produce antes de la finalización de la contrata o cuando se ha continuado trabajando con posterioridad

La improcedencia de estas extinciones de contratos de obra es lógico correlato de la equiparación jurisprudencial realizada entre contrata y obra o servicio, pues si -según el art. 15.1. a) y el art. 49.1.c) ET- el contrato por obra o servicio determinado sólo se extingue con la finalización de la obra o servicio que constituyan su objeto, tampoco podrá extinguirse, en caso de que se admita que su objeto también puede serlo una contrata, si todavía no ha llegado la fecha estipulada para su finalización o cuando la permanencia en la prestación de servicios posterior a dicha fecha revele la continuidad, de facto, de la contrata.²¹¹

²¹⁰ LAHERA FORTEZA, J.: “Límites en la extinción del contrato de obra conexas a una contrata mercantil: el inicio de la quiebra de un modelo de empleo temporal asociado a la descentralización productiva (STS 8 de noviembre de 2010)”, *Relaciones Laborales*, número 17, 2011. Asimismo, el autor concluye que la vinculación entre finalizaciones de contrata y extinciones de contratos de obra se reduce, de este modo, a los supuestos de incumplimientos, resolución total a iniciativa de la empresa cliente, o vencimiento del plazo pactado para la contrata, siempre que ésta no recaiga de nuevo en la contrata.

²¹¹ GARCÍA RUBIO, M. A., (en “La extinción de los contratos temporales”, ob. cit.) señala: “Como es obvio, lo que en todo caso resulta totalmente coherente con la causa y duración del contrato de obra es la declaración de despido improcedente cuando la extinción del vínculo contractual se produce antes de la finalización de la contrata [SSTSJ Madrid de 14 de marzo de 2005, rec. nº 6063/2004, y de 18 de diciembre de

c) Influjo potencial de la negociación colectiva para incidir sobre la admisibilidad de los contratos por obra o servicio determinado vinculados a contrata

El art. 15.1.a) ET, tras la modificación operada por la Ley 11/1994, incluye entre las competencias atribuidas a la negociación colectiva, la de identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que pueden cubrirse con contratos por obra o servicio determinado.

Con apoyo en este precepto –aunque también existen ejemplos anteriores a la reforma de la Ley 11/1994, que tomaron como base el art. 85.1 ET-, la **STS de 15 de enero de 1997 (RJ 1997/497)**, refiriéndose a las previsiones de los convenios colectivos en el sector de vigilancia y seguridad que admiten la procedencia de contratos por obra o servicio determinado para la cobertura de contrata, se mostró favorable a la eficacia interpretativa de las mismas a la hora de valorar la licitud y la concurrencia o no de abuso de derecho en estos casos.²¹² Si bien el propio TS reconoce que la modificación indicada,

2006, rec. nº 4016/2006 (Tol 1219867)]. Tal conclusión no se altera por el hecho de que el cese haya venido requerido por la empresa principal, en virtud de una cláusula estipulada en la contrata por la que se le faculta a exigir de la contratista la sustitución de las personas encargadas del servicio: en tal sentido, se ha argumentado que si la causa última de la resolución residía en un incumplimiento contractual del trabajador, la vía adecuada hubiera sido seguir los trámites de un despido disciplinario, pero no concluir la relación antes de la finalización de la obra (STSJ P. Vasco de 27 de marzo de 2001, rec. nº 271/2001)”. “Idéntico carácter ilícito se aprecia en la extinción cuando el trabajador sigue prestando servicios varios días después de finalizada la contrata o el servicio que dentro de ella ha sido objeto del contrato de trabajo, pues en tal caso se entiende que su posterior cese carece de justificación [SSTSJ C. Valenciana de 23 de octubre de 2006, rec. nº 2817/2006 (Tol 1055095); Madrid de 16 de junio de 2008, rec. nº 1457/2008 (Tol 1364008), y de 18 de mayo de 2010, rec. nº 551/2010 (Tol 1884295)]”.

²¹² Para FITA ORTEGA, F., (“El contrato de obra o servicio determinado vinculado a la contrata o subcontrata”, ob. cit.), pese a estas consideraciones de la STS de 15 de enero de 1997, no es posible reconocer a la negociación colectiva ni siquiera este papel de garantía adicional (al cual se refieren también las SSTS de 20 de noviembre

introducida por la Ley 11/1994 en el art. 15.1.a) ET, no atribuye ninguna competencia nueva a la negociación colectiva para la determinación de la causa del contrato de obra,²¹³ lo cierto es que no deja de ser paradójico que al reconocimiento por los convenios de vigilancia y seguridad de la aplicabilidad del contrato previsto en dicho artículo a los supuestos de cobertura de contrata, le otorgue el papel de indicio favorable de la ausencia de abuso de derecho que se exige por el art 49.1. b) ET, cuando el TS apoya, en esta sentencia de 15 de enero de 1997, la licitud de los contratos temporales de duración coincidente con la vigencia de la contrata exclusivamente en este artículo pero sin reconocer expresamente la viabilidad del contrato de obra del art. 15.1.a) ET para estos casos.²¹⁴

Ello no obstante, el TS, posteriormente, en **sentencia de 4 de octubre de 2007 (RJ 2008/696)**, matizará que la atribución por el art. 15.1.a) ET, tras la reforma operada por la Ley 11/1994, a los convenios colectivos de capacidad

de 2000 y 8 de junio de 1999, RJ 2001/1422 y 1999/5209), indiciario de la ausencia de abuso de derecho y de la licitud de la contratación temporal, ya que ello sería contrario a la que el autor considera doctrina preponderante del TS en esta materia, la cual considera la regulación legal de la contratación temporal como normativa de derecho necesario absoluto y no mínimo de derecho necesario mejorable por la regulación convencional (STS de 17 de diciembre de 2001, RJ 2002/2028 y RJ 2002/2116; 23 de septiembre de 2002, RJ 2003/704 y 7 de marzo de 2003, RJ 2003/4499).

²¹³ Como LÓPEZ BALAGUER, M. resume, (en “Supuestos legales de contratación temporal - El contrato para obra o servicio determinado”, ob. cit., pág. 166 y ss.), la labor de identificación de los convenios en relación a las tareas o trabajos que pueden ser objeto del contrato de obra, en modo alguno vincula a los Tribunales (STS de 26 de octubre de 1999, RJ 1999/7838), y sólo se permite identificar tareas que pueden ser objeto de este contrato siempre que reúnan los requisitos legales (STS de 23 de septiembre de 2002, RJ 2003/704), sin que puedan crearse por esta vía contratos temporales no previstos legalmente (STS de 4 de octubre de 2007, RJ 2008/696), ni considerar obra o servicio el lanzamiento de nueva actividad (STS de 23 de septiembre de 2002, RJ 2003/704) y sin que la falta de concreción de tales tareas o trabajos por parte del convenio pueda entenderse como una habilitación general sin límites para la celebración de este tipo de contrato (STS de 15 de diciembre de 1998, RJ 1998/10510).

²¹⁴ BALLESTER PASTOR, M^a. A., pág. 404 de “El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata (...)”, ob. cit.

para la identificación de trabajos o tareas con sustantividad propia a efectos del contrato por obra o servicio determinado, no ofrece a los negociadores unas facultades omnímodas en este sentido, puesto que el convenio no es un instrumento hábil para alterar los términos legales en este ámbito pues *la determinación de los supuestos de contratación temporal y sus requisitos constituyen un núcleo de derecho necesario indisponible para las partes*, que no impide ni vincula el control judicial de legalidad del contrato (SSTS de 7 de octubre de 1999, RJ 1999/7762 y de 26 de octubre de 1999, RJ 1999/7838).

A mayor abundamiento, en este sentido se añade que el derecho constitucional a la negociación colectiva de acuerdo con el art. 85.1 ET debe ejercitarse con respeto a las leyes y no puede, por tanto, entenderse que con la habilitación del art. 15.1.a) ET se esté facultando a los convenios colectivos para introducir nuevos contratos temporales o modificar sus exigencias (en este mismo sentido se cita la STS de 7 de marzo de 2003, RJ 2003/4499).²¹⁵

²¹⁵ En efecto, en esta sentencia para determinar la validez del contrato por obra o servicio determinado parece acudir, en primer lugar, al art. 14 del Convenio del Sector de Telemarketing, aplicable al contrato objeto del caso, con base en la habilitación que el art. 15.1.a) ET concede a las normas convencionales. Sin embargo, tras remitirse a las amplias capacidades y papel garantizador que les reconocía la tan nombrada STS de 15 de enero de 1997, terminará matizando que la atribución a los convenios colectivos por el art. 15.1.a) ET, tras la reforma operada por la Ley 11/1994, de capacidad para la identificación de trabajos o tareas con sustantividad propia a efectos del contrato por obra o servicio determinado no ofrece a los negociadores unas facultades omnímodas en este sentido. En el caso concreto, son tales las reservas de esta STS en relación a las cláusulas de los convenios colectivos en este ámbito, que pese a admitir el cumplimiento por el contrato controvertido del art. 14 del Convenio mencionado, llega a ponerse en tela de juicio la licitud de este último y, para evitar tener que pronunciarse expresamente sobre esta, se termina apoyando la validez del contrato por obra o servicio exclusivamente en el cumplimiento de las exigencias del art. 15 ET.

d) Incidencia sobre el requisito de la ajenidad de la relación laboral y posible asunción, en estos supuestos, del riesgo empresarial por parte del trabajador

La **STS de 7 de diciembre de 2009 (RJ 2010/2105)** se ocupa –como ya hizo la **STS de 8 de junio de 1999 (RJ 1999/5209)**- de desmontar el argumento del traspaso al trabajador del riesgo de la actividad empresarial, sobre la base de que no puede confundirse el riesgo empresarial consistente en la asunción de los resultados económicos favorables o desfavorables de la explotación y el riesgo del contrato que se proyecta sobre las prestaciones del mismo el cual tampoco concurre en estos casos pues no hay riesgo sino certidumbre, que las partes han previsto y regulado en el contrato, del carácter temporalmente limitado de la actividad objeto del mismo y de su influencia sobre su duración.

A mi modo de ver, esta acertadísima y didáctica disertación en relación a los riesgos de empresa es plenamente aplicable al supuesto de un contrato por obra o servicio determinado cuando el contrato concluye por la normal finalización de uno u otro pero no encaja cuando, como en el supuesto objeto de esta sentencia, la contrata finaliza anticipadamente antes de lo inicialmente pactado en ella (o, en cualquier caso, antes que la obra o servicio objeto de la misma) pues, en tal caso, no se confirma la mencionada certidumbre y como no se ha cumplido todavía el término previsto inicialmente no es posible extinguir válidamente el contrato por obra o servicio determinado. La situación de inactividad forzada obedece, en estos casos, a vicisitudes que afectan al negocio jurídico acordado entre los empresarios comitente y contratista y corresponde a la esfera del riesgo que asume, genéricamente, todo empresario en relación a su actividad cuya improvisada paralización -lógicamente, afectando a sus resultados- podrá canalizar, si procede, a través de lo previsto en los arts. 51 y 52 c) ET, a efectos de la extinción por causas objetivas de aquellos contratos que, como consecuencia de tal situación sobrevenida, le resulten ineficientes.

e) Posible vulneración del principio de igualdad frente a los trabajadores indefinidos por el hecho de que la finalización de la contrata sólo determine la extinción para los contratados por obra o servicio determinado

La **STS de 7 de diciembre de 2009 (RJ 2010/2105)**²¹⁶ se refiere a esta cuestión planteada en el recurso -con base en la sentencia de contraste- relativa a la posible diferencia de trato que puede resultar en estos casos entre los trabajadores contratados para actividades permanentes por la empresa principal y los contratados para tales actividades por la empresa contratista.

Desde mi perspectiva del asunto llama la atención el hecho de que el TS resuelva la cuestión con el argumento de que la diferencia de trato está justificada por la distinta posición en que se encuentran ambas empresas en orden a la actividad a que se refiere el contrato, la cual es de duración limitada para la empresa contratista ajustándose a ello la fórmula de contratación. En efecto, en mi opinión, de lo anterior resulta chocante el hecho mismo de que llegue a plantearse la cuestión en relación a actividades permanentes en la medida en que el art. 15.1.a) ET especifica que la obras o servicios objeto de tal fórmula de contratación han de tener una duración limitada en el tiempo y, por tanto, excluye aquéllas.

²¹⁶ Sobre esta cuestión véase también la STSJ de Aragón de 7 de abril de 2004 (AS 2004/2671).

f) Influencia de la nueva duración máxima del contrato por obra o servicio determinado, introducida por la reforma de 2010

La reforma laboral de 2010 introdujo un plazo máximo de 3 años, ampliable por convenio colectivo hasta doce meses más, en la regulación legal del contrato por obra o servicio determinado, contenida en el art. 15.1.a) ET²¹⁷ y, de este modo, elimina unas de las mayores ventajas apreciadas por las empresas para estos contratos: su extinción cierta. Ya que, aun teniendo una duración incierta, las empresas tenían la seguridad de que una vez finalizada la obra o servicio para los que necesitaban al trabajador el contrato quedaba extinguido, pero a partir de ahora cuando la duración de la obra o servicio se prolongue más allá de la duración máxima (legal o convencional), el contrato se nova, ope legis, en indefinido y, una vez que esto ocurre, ya no puede ser extinguido aún cuando concluya la obra o servicio para la que el trabajador fue contratado²¹⁸ sino que,

²¹⁷ Como señala LAHERA FORTEZA, J. (“La reforma de la contratación laboral”. *Relaciones Laborales*, número 21, 2010), hasta la reforma, la duración del contrato era siempre exactamente la misma que la de la obra o servicio –en nuestro caso, la contrata- para la que se contrataba al trabajador, pero a partir de la imposición de esta duración máxima de tres años (ampliable 12 meses por convenio sectorial estatal o, en su defecto, sectorial de ámbito inferior), se descausaliza a lo largo de su duración este contrato, al convertir en fijo al trabajador cuando la obra o servicio supera dicho plazo máximo, si bien el contrato sigue siendo causal al inicio ya que para poder formalizarlo se debe justificar que el trabajador es contratado para ejecutar una obra o servicio con autonomía y sustantividad propia de duración incierta. La conversión del trabajador en fijo introducida en el art. 15.1.a) ET se configura de manera imperativa e indisponible para las partes y opera como una novación automática *ex lege* del contrato, al alcanzarse la duración máxima, modificando su contenido y no extinguiéndolo, al modo de lo previsto en el art. 1204 CC (“*Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles*”), el cual muestra preferencia por la conservación de las obligaciones, modificando su contenido, frente a la extinción que solo se produce cuando se señale expresamente o en caso de incompatibilidad. Así pues, para el autor, la nueva duración máxima no implica ni su descausalización en origen ni la introducción de un término final.

²¹⁸ BLASCO PELLICER, A., en “La duración máxima del contrato para obra o servicio determinado”. *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2011, entiende que el legislador ha

a lo sumo, esta circunstancia podrá ser tenida en cuenta a los solos efectos de justificar una eventual extinción del contrato por causas objetivas.²¹⁹

Interesa en este punto, pues, subrayar cómo la previsión de una duración máxima para los contratos por obra o servicio determinado afectará a los mismos, en nuestro caso, en la medida en que la duración de la contrata y, en su caso, de sus renovaciones exceda de los tres o hasta cuatro años máximos fijados ahora en la ley,²²⁰ pues como señala LAHERA FORTEZA,²²¹ en los supuestos, muy habituales, tanto de contrata de larga duración como de sucesiones de contrata o concesiones con la misma adjudicataria, donde se mantiene vivo un único contrato de obra, la duración máxima de tres/cuatro años tendrá un especial impacto, pues puede, con el paso del tiempo, dada la

desconectado las exigencias causales que justifican el recurso a este contrato de las que inciden sobre la duración de éste, de modo que la misma causa que justifica su formalización no determina, al menos enteramente, su duración.

²¹⁹ Véase MIRÓN HERNÁNDEZ, M.M.: “El endurecimiento de la contratación temporal”, en la obra colectiva *Las reformas Laborales del 2010* (coordinadores Moreno Gené, Josep y Solé Puig, Ascensió). Ponencia de XXII Jornades Catalanes de Dret Social. Iuslabor. 2011, pág. 100. También GOERLICH PESET, J.M^a. : “La limitación temporal del contrato para obra o servicio determinado tras la reforma laboral” en *La reforma del Mercado de Trabajo*. Lex Nova. Valladolid. 2010. O también, FERNÁNDEZ DÍEZ, A.: “El contrato de trabajo temporal de obra o servicio determinado, duración máxima y vinculación con las contrata tras la reforma laboral del año 2010”. *Revista de Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos)*. Núm. 21/2010. 2010, para quién el legislador de la reforma ha tenido en cuenta la jurisprudencia sobre el contrato de obra o servicio referenciado a contrata y no ha excluido este supuesto, por lo que entiende que dicha doctrina judicial resulta plenamente aplicable tras la reforma laboral de 2010, pero con la nueva exigencia del límite temporal máximo de tres o hasta cuatro años aludido.

²²⁰ MORENO GENÉ, J. en “La duración del contrato para obra o servicio determinado tras la reforma laboral del 2010”, en la obra colectiva *Las reformas Laborales del 2010* (coordinadores por Moreno Gené, Josep y Solé Puig, Ascensió). Ponencia de XXII Jornades Catalanes de Dret Social. Iuslabor. 2011.

²²¹ “La reforma de la contratación laboral”, ob. cit., págs. 52-55.

generalización de estos supuestos, convertir en fijos a un alto porcentaje de trabajadores temporales.²²²

Si bien no debe subestimarse el importante efecto limitativo de dicho fenómeno que supondrá la previsión contenida en el apdo. 2º de la D. A.15ª ET, en la redacción dada por la Ley 35/2010,²²³ al establecer que esta limitación no “*será de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años*” lo cual, previsiblemente, tendrá gran incidencia dado que esta excepción a la duración máxima del contrato para

²²² Hay que tener en cuenta que esta conversión, de acuerdo con la D. A. 15ª del ET, y por aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad recogidos en el art. 103.3 CE, en el ámbito de las Administraciones Públicas y de sus organismos públicos, no da lugar a la adquisición por el trabajador de la condición de fijo de plantilla, sino –tal y como había venido consolidando abundante jurisprudencia precedente- solamente a la consideración del trabajador como indefinido hasta la provisión reglamentaria del puesto de trabajo a través del procedimiento selectivo precedente, momento en el que dicho contrato indefinido no fijo se extingue sin derecho a indemnización, por cumplimiento de la condición resolutoria consistente en la cobertura de la vacante. En este sentido, entre otras, las SSTs de 7 de octubre (RJ 1996/7492), 10 (RJ 1996/9139) y 30 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9864); 14 de marzo de 1997 (RJ 1997/2471); 7 de julio de 1997 (RJ 1997/6250); 20 de enero de 1998 (RJ 1998/1000); 21 de enero de 1998 (RJ 1998/1138); 27 de marzo de 1998 (RJ 1998/3159); 20 de abril de 1998 (RJ 1998/3725); 18 de noviembre de 1998 (RJ 1998/10000); 19 de enero de 1999 (RJ 1999/810); 3 de febrero de 1999 (RJ 1999/1152); 29 de noviembre de 2000 (RJ 2001/1440); 22 de abril de 2002 (RJ 2002/1152); 8 de noviembre de 2005 (RJ 2006/1301) y 30 de mayo de 2007 (RJ 2007/6113).

²²³ Debe considerarse, asimismo, que de acuerdo con la D. T. 1ª y con la D. A. 1ª. 1 de esta misma Ley, el nuevo plazo máximo no será aplicable a los contratos por obra o servicio determinado celebrados con anterioridad a 18 de junio de 2010 ni a los que se hallen incluidos dentro del ámbito de aplicación de convenios colectivos que, con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma, hubieran establecido límites temporales distintos.

obra o servicio determinado viene referida a un importantísimo número de contratos que son suscritos por las Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes que se encontrarán vinculados a proyectos de inversión que excederán también de tres años. Más aún si tenemos en cuenta que -en parte a causa de la contribución de la jurisprudencia- las Administraciones Públicas, desde el punto de vista cuantitativo, son unos importantísimos usuarios de este tipo de contrato.

En mi opinión, el contrato por obra o servicio determinado debe seguir teniendo por objeto obras o servicios identificables, con autonomía y sustantividad dentro de la actividad de la empresa y con una duración limitada aunque, en principio, incierta, con el único añadido ahora que determina el hecho de que cuando la duración de tales obras o servicios supere los tres años el contrato se convierte en indefinido. Esta nueva medida no tiene por qué influir en una valoración más favorable de las posibilidades de utilización de este tipo de contrato para dar cobertura a actividades *permanentes* de la empresa por el hecho de que su realización derive de la formalización de una contrata que las limita en el tiempo pues, en estos casos, el contrato debe ser indefinido desde el principio y no a partir de los 3 años. Es más, con la reforma, el art. 15.5 ET pasa a limitar hasta un máximo de 24 meses en un período de 30 las sucesiones de contratos temporales (incluidos los de obra) que tengan por objeto el mismo o -también ahora- diferente puesto de trabajo, con lo que aún manteniéndose el criterio jurisprudencial de la “*necesidad temporal de trabajo para la empresa contratante*”, las posibilidades de reiteración de estos contratos para cubrir las distintas contratas en el seno de la misma empresa quedarán, de facto, muy limitadas.

1.1.4. Fronteras y figuras afines al contrato de obra para atender a contratas

1.1.4.1. Proximidad respecto de los supuestos de cesión ilegal de trabajadores

Resulta de notable importancia, en el caso de admitirse la validez de los contratos por obra o servicio determinado celebrados para la cobertura de contratas, no perder de vista la estrecha frontera que separa estos supuestos de los constitutivos de cesión ilegal de trabajadores, proscrita por el art. 43 ET. Pues, como se ha señalado por la doctrina,²²⁴ es muy grande el paralelismo que existe entre la situación de la empresa contratista que contrata trabajadores mediante un contrato temporal para emplearlos exclusivamente en el desarrollo de una actividad concreta al servicio de la otra empresa parte en una contrata y el supuesto prohibido de una empresa cedente que recluta mano de obra con el único fin de ponerla a disposición de otro empresario. A la vista de lo cual no habrá que perder de vista los criterios indiciarios de la existencia de cesión ilegal servidos al efecto por el apdo. 2º del art. 43 ET, tales como que la empresa empleadora/cedente carezca de actividad u organización propia y estable, no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.²²⁵

²²⁴ BALLESTER PASTOR, M^a. A. en las págs. 391 y 392 se refiere a ello al hilo de sus comentarios a la STS de 15 de enero de 1997 en “El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural”, ob. cit.

²²⁵ BALLESTER PASTOR, M^a. A., en la obra antes citada, se refiere a tales criterios en su desarrollo jurisprudencial (existencia de infraestructura empresarial, capacidad directiva y organizativa del empresario contratista empleador y asunción de responsabilidades y riesgos por parte del mismo) como posible justificación latente, no explicitada, para la diferencia de trato, según se trate de empresas de limpieza o de empresas de vigilancia, a la hora de admitirse por la jurisprudencia la validez de los contratos por obra o servicio determinados para la cobertura de contratas. Siendo

Como señala FITA ORTEGA,²²⁶ la admisión de la utilización de trabajadores temporales contratados por obra o servicio determinado para realizar actividades que se descentralizan por medio de la celebración de contrata, tiene un enorme paralelismo, en la práctica, –con el consiguiente riesgo de que acontezca, *de facto*, un fenómeno sustitutorio- con el papel diseñado legalmente para las empresas de trabajo temporal (ETT), con la única diferencia de que en el caso de éstas, al contar los trabajadores con las garantías específicas establecidas por Ley en su favor para estos casos,²²⁷ se

pues, muy probablemente, la frecuente carencia por los contratistas dedicados a la limpieza de edificios de una infraestructura material y de personal relevante así como el habitual carácter efímero de estas empresas (las cuales, a menudo, son creadas con el único fin de atender a una contrata), lo que ha marcado la tendencia de nuestros Tribunales a rechazar en mayor medida la licitud de los contratos de obra celebrados para tal fin en este sector.

²²⁶ “El contrato de obra o servicio determinado vinculado a la contrata o subcontrata”.
Ob. cit.

²²⁷ Como FITA ORTEGA, F. subraya, en la obra citada, las garantías legalmente previstas para los casos de cesión de trabajadores a través de ETT que, mediante la utilización de este otro mecanismo -si se admite la utilización trabajadores con contrato por obra o servicio determinado para cubrir contrata-, podrían quedar burladas son de varios tipos:

- Por un lado, las relativas a las empresas contratistas/cedentes, la cuales de esta manera no quedarían sometidas a los controles y limitaciones que por ley sí vienen previstos para las ETT, tales como la exigencia de autorización previa sujeta a la constitución de garantía financiera suficiente para responder de las deudas por indemnizaciones, salarios y seguridad social (arts. 2 y 3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las ETT y 7 a 10 del RD 4/1995, de 13 de enero) o la obligación de las ETT de contar con un volumen mínimo de plantilla que les permita atender a los compromisos que asuman (art. 2.1 de la citada Ley 14/1994).
- De otro lado, las relacionadas con la actividad que, al no aplicarse lo previsto en el art. 6 de la Ley 14/1994, dará lugar a la cobertura de actividades permanentes con trabajadores temporales. Y también, al eludirse las previsiones contenidas en art. 8 de la citada Ley reguladora de las ETT, podrían terminar utilizándose estos trabajadores, contratados por obra o servicio determinado, para sustituir trabajadores en huelga o para cubrir puestos con especial peligrosidad para la seguridad o salud que, de otro modo, deberían haber quedado reservados a trabajadores fijos.
- Asimismo, en lo que se refiere a la extinción del contrato, cabe destacar la posibilidad de eludir, por esta vía, las previsiones contenidas en los arts. 51 y 52c) ET cuando la empresa principal diese por finalizada *ante tempus* la contrata, lo cual no resultaría posible normalmente cuando la cedente hubiera sido una ETT.
- En cuanto a costes, es claro que el nuevo mecanismo que evita el recurso a las ETT sería más barato, en la medida en que no se aplicaría la garantía salarial prevista en el

permite que el trabajador quede sometido al poder de dirección y organización de la empresa usuaria, siendo ésta la única vía (la de las ETT) para que una cesión de trabajadores con estas características pueda no reputarse ilícita (art. 43.1 ET). Por ello, a sensu contrario, parece lógico afirmar que en estos casos que ahora estudiamos de contrataciones en las que son empleados al servicio de la empresa principal trabajadores con contratos por obra o servicio determinado, cabrá valorar la existencia de la cesión ilegal de trabajadores prohibida por el art. 43.1 ET cuando el contratista empleador no conserve los poderes de organización y dirección de estos trabajadores sino que los traslade a la empresa principal²²⁸, como cuando el trabajador no es ocupado exclusivamente en tareas propias de la obra o servicio objeto de la contrata sino que su actividad se confunde con la de los trabajadores del empresario comitente, más allá de los términos de la contrata.²²⁹

art. 11 de la Ley 14/1994; por una indemnización a fin de contrato prevista en el art. 49.1.c) ET menor que la establecida, a estos mismos efectos, en el citado artículo de la Ley 14/1994; y por las menores inversiones en materia de formación que derivan de la inaplicación del art. 12.2 de dicha Ley.

- En materia de representatividad, los trabajadores contratados por obra o servicio que dan cobertura a una contrata no disfrutarían tampoco de las funciones que, en este ámbito, el art. 17 de la Ley 14/1994 confiere a los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria en beneficio de los trabajadores de empresas de trabajo temporal cedidos para prestar servicios en la misma ni del derecho al uso de los servicios colectivos de ésta.

- Finalmente, en especial en el caso de las empresas multiservicios que cedan trabajadores contratados por obra o servicio determinado en el marco de una contrata, será especialmente delicada también la posible elusión de las normas sectoriales previstas para la protección del trabajo en contrataciones, así como de las medidas tuitivas previstas en el art. 42 ET cuando la contrata no se refiera a obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal.

²²⁸ Véase, como ejemplo, entre otras, las SSTs de 25 de enero y 27 febrero 2012 (RJ 2012/3628 y RJ 2012/4025) y las en ellas citadas.

Asimismo, conviene recordar en este punto el delicado terreno en que queda situado en este aspecto el cada vez más generalizado fenómeno de las llamadas empresas multiservicios en la que por el tipo de actividad (vigilancia, limpieza, seguridad, etc.) no suele existir apenas aporte de medios ni instrucciones, sino mera facilitación de mano de obra.

²²⁹ STS de 19 de junio de 2012 (RJ 2012/8551).

1.1.4.2. Los contratos por obra o servicio determinado vinculados a actividades de las Administraciones Públicas sujetas a Planes o Programas dependientes de financiación externa

A los efectos de este estudio, resulta muy ilustrativa la jurisprudencia del TS sobre la cuestión paralela -pero muy conexas con la principal aquí planteada- que surge cuando el contratante es una Administración Pública y la causa de la temporalidad pretende atribuirse al sometimiento de la actividad a un determinado Plan o Programa de actuación, especialmente cuando estos dependen de subvenciones o fuentes de financiación externas.

A) DOS GRUPOS DE SENTENCIAS DE SIGNO CONTRARIO

-Las sentencias del TS recaídas sobre este particular pueden ser agrupadas, además de por el sentido de sus decisiones, por razón de la materia y, así, se pueden aislar grupos de sentencias para ciertos planes o programas públicos singulares u ocasionales respecto de los que **sí se ha reconocido, en principio, la existencia de obra o servicio determinado de duración limitada**, como las SSTS de 10 de junio de 1994 (RJ 1994/5422), 3 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8590) y 10 de abril de 1995 (RJ 1995/3038), en relación a programas de prevención de incendios forestales; la de 23 de septiembre de 1997 (RJ 1997/7296), sobre campamentos infantiles de verano; las de 11 de noviembre y 18 y 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9623, 1999/307 y 1999/387) en relación a los servicios de ayuda a domicilio; y las de 18 de mayo de 1995 (RJ 1995/7579) y 21 de julio de 1995 (RJ 1995/6324), sobre el Plan FIP (Formación e Inserción Profesional) que forman parte de toda una multiplicidad de sentencias relativas a actividades formativas del INEM (SSTS 7 de octubre de 1992, RJ 1992/7621; 16 de febrero de 1993, RJ

1993/1174; 24 de septiembre de 1993, RJ 1993/8045; 11 de octubre de 1993, RJ 1993/7587; 25 de enero de 1994, RJ 1994/375; 17 de mayo de 1994, RJ 1994/4212; 19 de mayo de 1995, RJ 1995/3988; 21 de julio de 1995, RJ 1995/6324 y 18 de diciembre de 1995, RJ 1996/3068).

La **STS de 25 de enero de 1994 (RJ 1994/375)** es una de las sentencias ejemplificativas de contratos por obra o servicio determinado que tienen por objeto el desarrollo por el INEM del llamado *Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional*, el cual se entiende por esta STS que goza de autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de dicha entidad gestora y al que, además, se le reconoce la duración incierta que la ley exige en base a que el desarrollo del Plan queda condicionado a las disponibilidades presupuestarias y a la concesión de ayudas por parte del Fondo Social Europeo. Este criterio debe ser tenido muy en cuenta puesto que es de fácil extensibilidad a los supuestos de contratos en sentido estricto, especialmente en aquellas en que por comitentes Administraciones Públicas se encomienda la ejecución o prestación de obras o servicios públicos para la gestión en forma indirecta de la actividad pública, dadas las limitaciones presupuestarias propias de estos casos. En el mismo sentido, entre otras, se pronuncia la STS de 16 de febrero de 1993 (RJ 1993/1174).

En la **STS de 11 de noviembre de 1998 (RJ 1998/9623)** se plantea directamente la admisibilidad del contrato de obra o servicio determinando para atender a necesidades derivadas de la concertación de Planes de actuación entre Administraciones Públicas, concretamente en el caso enjuiciado, para el desarrollo de tareas propias de un auxiliar de ayuda a domicilio en el marco de un convenio suscrito al efecto entre el Ayuntamiento de Ciudad Real y la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha.

Entiende la sentencia que sí es admisible tal modalidad contractual al considerar que las tareas mencionadas gozan de autonomía y sustantividad

propias dentro del conjunto de actividades del Ayuntamiento dado que esa actividad no constituye la exclusiva ni principal actividad de la Corporación, no confundiendo con otros servicios que presta. Asimismo, entiende que concurre la nota de la duración limitada en el tiempo ya que se prevé en los contratos que finalizarán cuando se cumpla el Plan concertado, lo que equivale a la conclusión de la obra o servicio determinado prevista en el art. 49.1.c) ET.

Sin embargo, en mi opinión, cabe plantearse si la duración era limitada pero también incierta como exige la ley (art. 15.1.a ET) o ésta realmente era limitada cierta pues el contrato se celebró para la prestación del servicio del año 1996 y el contrato finalizó justamente el 31-12-1996, con lo cual parece claro que se concertó por una duración limitada pero claramente coincidente con la duración del ejercicio 1996.

Por otra parte, la STS ahora estudiada reconoce, con carácter general, la validez del contrato por obra o servicio determinado en el marco de los planes de actuación concertados entre Administraciones Públicas, con apoyo en las SSTS de 10 de junio y 3 de noviembre de 1994 (RJ 1994/5422 Y 1994/8590) y 10 de abril de 1995 (RJ 1995/3038) sobre campañas anuales para la extinción de incendios forestales y en las SSTS sobre contratos con el INEM y expresamente reconoce, por vez primera, que *“superando la doctrina anterior”* las SSTS de 15 y 16 de enero de 1997 (RJ 1997/497) consideran válidos los contratos de obra o servicio determinado que supeditan su duración a la vigencia de una contrata.

La **STS de 18 de diciembre de 1998 (RJ 1999/307)** analiza un supuesto de hecho muy similar al de la anterior STS de 11 de noviembre de 1998 (RJ 1998/9623) y, en este caso, también se toma como referencia la STS de 15 de enero de 1997 (RJ 1997/497) cuyo contenido se reproduce extensamente pero sin referirse expresamente al hecho de que la *ratio decidendi* de la misma toma como base la aplicación de un determinado precepto contenido en un convenio

sectorial aplicable únicamente y específicamente al sector de vigilancia y seguridad.

Ello no obstante, la STS de 18-12-1998 decide en favor de la admisibilidad de los contratos por obra o servicio determinado para todos estos supuestos que la propia sentencia caracteriza por el dato común que determina el hecho consistente en que la necesidad de trabajo para el empresario depende de las condiciones en que se ha pactado su realización con un tercero. Partiendo de esta definición quedan englobados para un mismo tratamiento los supuestos de contratos de trabajo celebrados en el marco de contrataciones, de planes de actuación concertados entre Administraciones Públicas y, en general, los supuestos en los que la duración del contrato de trabajo depende de factores ajenos a la voluntad del empresario contratante, principalmente por razones presupuestarias.

Es lo que ocurre en el caso concreto que se enjuicia en esta STS en que el Ayuntamiento implicado ejerce los servicios que dan lugar al contrato de trabajo discutido en virtud de concierto con la Comunidad Autónoma y con los fondos que le son concedidos por esta al efecto. Dice expresamente el TS que *"Hacer depender la duración de los contratos de trabajo necesarios para la prestación de estos servicios de la persistencia de la subvención necesaria para su funcionamiento, cuando esta subvención procede de un tercero y no de una mera consignación presupuestaria del propio empleador, no es un acto que pueda estimarse abusivo, en fraude de ley o contrario a Derecho y sí, por el contrario, susceptible de ser encuadrado en el contrato por servicio determinado (...)".*²³⁰

²³⁰ En mi opinión, entender automáticamente que la dependencia de una subvención o, en general, de factores ajenos a la voluntad del empresario contratante determina que la duración de contrato es incierta, tal y como el art. 15.1.a) ET exige, podría dar lugar a una utilización exorbitante y generalizada de este tipo de contrato en la medida en que, genéricamente, del mismo modo, podría entenderse que el mantenimiento de la actividad de cualquier empresa o entidad está sujeta a la existencia de pedidos, clientes, contratos, o negocio en general. En este mismo sentido, la posterior STS de 10 de abril de 2002 (RJ 2002/6006) entendió que "(...) el nuevo apartado e) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores al reconocer como causa objetiva de

En la **STS de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1999/387)** el TS, analizando un supuesto de hecho similar al de las dos sentencias anteriores, concentra inicialmente, como punto más controvertido jurídicamente, en la cuestión relativa a la duración incierta de los servicios desarrollados el juicio crítico que debe llevar a resolver sobre la admisibilidad del contrato por obra o servicio determinado en estos supuestos.

Pese a ello, procede a resolver el caso concreto con apoyo específico en las SSTS anteriores de 11 de noviembre de 1998 y 18 de diciembre de 1998, especialmente en esta última cuyo contenido reproduce parcialmente y con referencia en la doctrina general contenida en dos grupos de sentencias, constituidos por las SSTS de 10 de abril de 1995, 10 de junio de 1994, y 3 de noviembre de 1994 sobre contrataciones del ICONA para atender campañas contra incendios y, de otro lado, las SSTS de 21 de julio de 1995, 7 de octubre de 1992, 16 de febrero, 24 de septiembre y 11 de octubre de 1993 y 25 de enero y 17 de mayo de 1994, relativas a contrataciones del INEM en el marco del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional. La STS ahora analizada, como las anteriores citadas, opta pues por aceptar la admisibilidad del contrato por obra o servicio determinado para estos casos atendiendo a criterios generales y no como consecuencia de un análisis específico del requisito de la duración limitada e incierta de la obra o servicio, a diferencia de lo que parecía anticipar.

extinción del contrato de trabajo la pérdida o insuficiencia de la consignación presupuestaria o de otro orden de los planes y programas que no tengan un sistema estable de financiación, está reconociendo que la financiación en sí misma no puede ser causa de la temporalidad de la relación”; tal y como, en parecida dirección, la STS de 19 de marzo de 2002 (RJ 2002/5989) había expresado antes, al señalar que “de la existencia de una subvención, no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal, como lo corrobora la Ley 12/2001, de 9 de julio, que ha introducido un nuevo apartado en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores(...).”

-Por el contrario, **no reconocen la validez del contrato de obra o servicio determinado** en estos casos las SSTS de 22 de junio de 2004 (RJ 2004/7472), 7 de julio de 2004 (RJ 2004/5345) y 21 de octubre de 2004 (RJ 2004/7171) dictadas en relación a contrataciones efectuadas para la realización de campañas de saneamiento ganadero por parte de la Junta de Castilla y León o la STS de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005/8004) referida a una trabajadora contratada como veterinaria por la Xunta de Galicia con contrato por obra o servicio determinado para la realización de la campaña “Plan Nacional de Investigación en Animales y Carnes Frescas”. Así como tampoco las SSTS de 19 de marzo de 2002 (RJ 2002/5989), 21 de marzo de 2002 (RJ 2002/5990) y 25 de noviembre de 2002 (RJ 2003/1922) recaídas en relación a los contratos celebrados por el Ayuntamiento de las Palmas en el marco del *Plan Concertado de Prestaciones Básicas para los Centros Municipales de Servicios Sociales*. Muy recientemente, el grupo de SSTS conformado por las sentencias de 29 de abril de 2014 (RJ 2014/4207), 30 de abril de 2014 (RJ 2014/4207, 4208, 4349, 4350), 3 de junio de 2014 (RJ 2014/5195), 17 de junio de 2014 (RJ 2014/4512), 24 de junio de 2014 (RJ 2014/5033), 1 de julio de 2014 (RJ 2014/4401), 16 de septiembre de 2014 (2014/4818), 4 de noviembre de 2014 (RJ 2014/6449) y 12 de noviembre de 2014 (RJ 2015/16), han rechazado las contrataciones por obra o servicio determinado y considerado indefinidas las relaciones laborales de unos asesores de empleo contratados por el Servicio Andaluz de Empleo en el marco del Plan Extraordinario de orientación, formación profesional e inserción laboral.

B) EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL CRITERIO DE LA DEPENDENCIA DE SUBVENCIONES EXTERNAS

En general, es posible concluir que el devenir del criterio de nuestros Tribunales sobre la cuestión objeto de este capítulo gira en torno a la ambivalencia del dato de la dependencia de la actividad de una subvención externa como criterio determinante, inicialmente, de la duración incierta de la obra o servicio propios de este tipo contrato de duración determinada, para pasar a ser considerado, posteriormente, como causa objetiva de extinción del contrato indefinido –cuya formalización procedería con carácter general en ausencia de los requisitos exigidos por el art. 15 ET-, tras la introducción, por el RDL 5/2001, de 2 de marzo -y por la posterior Ley 12/2001, de 9 de julio- del apartado e) en el art. 52 ET, en el cual se configuraba como causa objetiva de extinción del contrato de trabajo indefinido, formalizado por Administraciones Públicas o entidades sin ánimo de lucro, la insuficiencia de la correspondiente consignación presupuestaria.²³¹

²³¹ Así, GARCÍA RUBIO, M. A. en “La extinción de los contratos temporales”, ob. cit., destaca como si bien, inicialmente, los tribunales no apreciaron inconveniente jurídico en que el contrato para obra o servicio determinado se utilizara para cubrir actividades cuya duración se hacía depender del mantenimiento de la subvención necesaria para su funcionamiento cuando dicha concesión procediera de un tercero y no de una mera consignación presupuestaria del propio empleador, posteriormente, la incorporación al texto del ET del art. 52 e), dio paso a la actual doctrina del TS *según la cual, ni la realización de planes o dotaciones presupuestarias anuales ni la existencia de una subvención a la que se ligue la contratación es elemento suficiente y determinante de la temporalidad del servicio, por lo que no en todo caso queda justificado el contrato para obra o servicio pues no lo estará en caso de que se celebre para cubrir una actividad permanente u ordinaria de la empresa o entidad siendo el cauce correcto, tratándose de contratos en el ámbito de las Administraciones Públicas o entidades sin ánimo de lucro, proceder a la contratación indefinida y, en su caso, extinguir por pérdida o insuficiencia de la consignación presupuestaria o financiación por la vía del despido objetivo previsto en el indicado art. 52, letra e), del ET. Ahora bien, como destaca la autora citada, si la necesidad financiada por la subvención constituye una obra o servicio determinado de naturaleza temporal, en tal caso resulta válida esta modalidad de contratación temporal, quedando vinculada su lícita extinción a la*

Así lo evidencia la **STS de 19 de marzo de 2002 (RJ 2002/5989)** la cual, en esos años, tratando de determinar si eran válidos los contratos por obra o servicio determinado en los que, como causa justificativa de su temporalidad, se hizo constar que su objeto y duración eran los del «Proyecto subvencionado, denominado Plan Concertado de Prestaciones Básicas para los Centros Municipales de Servicios Sociales de 1999» del Ayuntamiento de Las Palmas, introdujo una cierta matización en el criterio mantenido por las sentencias anteriores para las que la dependencia de una subvención externa era considerada indicio, no único pero sí determinante, de la temporalidad de la actividad objeto del contrato.²³² Así, en ella el TS entiende que de la existencia de una subvención no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal y, a la luz del nuevo apdo. e) del artículo 52 e) ET introducido por la Ley 12/2001, pasa a considerar que en estos casos procede suscribir un contrato indefinido el cual, en caso de cesar la subvención, podría llegar a considerarse extinguido precedentemente por causa objetiva.

Así, no es posible asumir el argumento de que el servicio para el que fue contratado el trabajador no respondía a una actividad permanente del Ayuntamiento puesto que dependía de consignaciones presupuestarias ajenas. Podría sostenerse así de alguna obra o servicio determinado muy concreto y específico que el Ayuntamiento no estuviera obligado a desarrollar o que sólo le fuera posible hacerlo, por su magnitud económica, si es financiado por otra Entidad. Pero no puede afirmarse lo mismo respecto de los servicios sociales básicos que el Ayuntamiento está obligado a mantener en todo caso y a financiar con su solo presupuesto pues para esos servicios la subvención no

finalización de la subvención y, por ello, se generaría la ilicitud del cese en el caso de que el contrato se resolviera antes de haber concluido dicha subvención.

²³² Tanto es así que, sólo un mes antes, la STS de 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/6464) declaraba que *"hacer depender la duración de los contratos de trabajo necesarios para la prestación de estos servicios de la persistencia de la subvención necesaria para su funcionamiento, cuando esta subvención procede de un tercero y no de una mera consignación presupuestaria del propio empleador, no es acto que pueda estimarse abusivo, en fraude de Ley o contrario a derecho y si, por el contrario susceptible de ser encuadrado en el contrato por servicio determinado"*

pasa de ser una mera ayuda que, como tal, ninguna virtualidad puede tener para convertir en temporal una actividad que por Ley es permanente. Lo anterior parece indicar, *a sensu contrario*, que el TS hubiera considerado la subvención, de nuevo, determinante de la temporalidad, de acuerdo con las mencionadas sentencias precedentes, en el caso de que no constituyera una mera ayuda sino el sustento económico principal de la actividad.

Tampoco es necesariamente signo de temporalidad que la dotación presupuestaria de una obra o servicio concreto tenga que estar incluida en los presupuestos anuales. La financiación anual es mera consecuencia de la obligación que impone el art. 112 de la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local y, por consiguiente, que la financiación de los servicios sociales obligatorios del Ayuntamiento deba estar prevista e incluida en sus Presupuestos anuales no revela que el servicio sea temporal por naturaleza ni justifica por sí sola la formalización de contratos anuales, aunque sea esa la duración de los presupuestos.

En este caso, el TS rechaza la idoneidad del contrato por obra o servicio determinado por varias razones que podríamos valorar a efectos de su posible extensibilidad al concreto supuesto de las contrataciones:

1.- La exigencia de identificar, con precisión y claridad, la obra o servicio objeto del contrato no puede entenderse satisfecha con la mera alusión al «Proyecto subvencionado» pues este es un simple instrumento de gestión económica que no cabe confundir con un programa o proyecto para desarrollar una actividad concreta y específica, ni menos aún, con una obra o servicio determinado.

En cuanto a la identificación que se hace en el contrato de la obra o servicio determinado con el «Plan Concertado de Prestaciones Básicas para los Centros Municipales de Servicios Sociales de 1999» se señala que, de su literalidad, se desprende que el Plan abarca todos los Servicios Sociales Básicos del Ayuntamiento y que la misma utilización del plural «servicios sociales» supone la existencia de no solo un servicio determinado sino de varios de ellos y cuando éstos son tan numerosos y diferentes, y tan distintos los lugares de actividad, queda absolutamente indefinido el servicio concreto en

que el trabajador debe desempeñar su actividad. Y no es válido argumentar que éste podía dedicarse indistintamente a cualesquiera de los servicios examinados porque la modalidad contractual prevista en el artículo 15.1.a) ET sólo autoriza contratar a su amparo cuando su objeto lo constituye una sola obra o servicio «determinado» y no un conjunto de ellos.

2.- No cabe presumir el carácter temporal del contrato. El artículo 9 del Real Decreto 2720/1998 permite combatir la presunción de fijeza que se deriva de la insuficiente identificación en él de la obra o servicio determinado y concreto que constituye su objeto mediante prueba en contrario que acredite su temporalidad. En el caso objeto de esta sentencia, del carácter anual del Plan no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que subvenciona pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones pero no a los servicios básicos que las mismas financian y que el Ayuntamiento está obligado a mantener. En conclusión, si se trata de servicios de prestación obligatoria permanente resulta obvio que no puede presumirse la temporalidad del contrato.

La **STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002/5990)** -como la **STS de 25 de noviembre de 2002 (RJ 2003/1922)**- contiene una reproducción, casi literal, de los argumentos contenidos en la inmediatamente precedente de 19 de marzo que acabamos de comentar²³³ pero resulta, sin embargo, de un interés especial por cuanto -antes de abordar con base en los mismos la resolución del caso concreto que se somete a su decisión- en ella se procede a aclarar y aleccionar sobre el sentido correcto en el que debe interpretarse la doctrina más reciente del TS sobre contratos por obra o servicio determinado concertados por las

²³³ Como en la anterior de 19 de marzo de 2002 (RJ 2002/5989) y como en las posteriores STS de 10 de abril de 2002 (RJ 2002/6006) y de 25 de noviembre de 2002 (RJ 2003/1922), el TS también aquí se apoya en la redacción del nuevo apdo. e) del art. 52 ET, introducido por la Ley 12/2001, al configurar la pérdida o insuficiencia de la subvención como causa objetiva de extinción, para concluir que de la existencia de una subvención no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal.

Administraciones Públicas para atender a Planes o Programas de actuación dependientes de subvenciones ajenas. Así, esta STS entiende que no es preciso acudir a consideraciones sobre la naturaleza de las distintas clases de subvenciones y su posible influencia en la validez de la contratación efectuada cuando la normativa laboral específica es suficiente por sí misma.

En esta sentencia se dice que el TS se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de que quede acreditada la causa de la temporalidad y, de ahí, la necesidad de identificar en el contrato, con toda claridad y precisión, cuál es la obra concreta o el servicio determinado que lo justifican. En este sentido se cita la STS de 26 de marzo de 1996 (RJ 1996/2494) al valorar que “este requisito es fundamental o esencial pues, si no quedan debidamente identificados la obra o servicio al que el contrato se refiere, no puede hablarse de obra o servicio determinados; mal puede existir una obra o servicio de esta clase, o al menos mal puede saberse cuáles son, si los mismos no se han `determinado´ previamente en el contrato concertado entre las partes; y si falta esta concreción o determinación es forzoso deducir el carácter indefinido de la relación laboral correspondiente, por cuanto que, o bien no existe realmente obra o servicio concretos sobre los que opere el contrato, o bien se desconoce cuáles son, con lo que se llega al mismo resultado”.²³⁴

En efecto, en todo caso, se tiene muy en cuenta, junto al dato de la existencia de la subvención, la concurrencia de los demás requisitos exigidos por el tipo legal y, fundamentalmente, que la singularidad de la obra o servicio quedara suficientemente determinada y concreta, pues las Administraciones Públicas, por el mero hecho de serlo, no pueden eludir la aplicación del art. 15 ET y demás normas reguladoras de la contratación temporal, puesto que quedan

²³⁴ En análogo sentido se pronuncian las SSTS de 22 de junio de 1990 (RJ 1990/5507), 26 de septiembre de 1992 (RJ 1992/6816) y 21 de septiembre de 1993 (RJ 1993/6892). Ahora bien, se advierte que, como ni la forma escrita con inclusión de ese dato constituye una exigencia «*ad solemnitatem*», ni la presunción a favor del carácter indefinido para los incumplimientos formales es «*iuris et de iure*», pues se admite prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal pero si la prueba fracasa el contrato deviene indefinido.

sujetas a la legislación laboral, como cualquier otro sujeto, cuando actúan en calidad de empleadores -en el sentido previsto descrito por el art. 1.2 ET-, como es lógico correlato del mandato contenido en el art. 9.1 de la Constitución que sujeta, no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.²³⁵

El TS especifica que en ninguna sentencia (se citan expresamente, a estos efectos, los grupos de sentencias que ya he relacionado sobre contrataciones del INEM, servicios de ayuda a domicilio, contrataciones para campañas contra incendios o campamentos infantiles de verano) se ha elevado la existencia de una subvención a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez de este contrato temporal causal aunque se haya puesto, en ocasiones, un mayor énfasis en dicho dato. En todo caso, -se recalca por esta STS- se tuvo muy en cuenta, junto al dato de la existencia de la subvención, la concurrencia de los demás requisitos exigidos por el tipo legal y, fundamentalmente, que la singularidad de la obra o servicio quedara suficientemente determinada y concreta.

Como prueba de ello se aportan las SSTS de 7 de octubre de 1998 [*sic*] (si bien probablemente pretendía citarse la de 7 de mayo de 1998, RJ 1998/4585, relativa a contrataciones del INEM para el Plan FIP en la cual se resolvió en favor del contrato indefinido), de 5 de julio de 1999 (RJ 1999/6443) y de 2 de

²³⁵ SSTS de 5 de julio de 1999 (RJ 1999/6443), de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002/5990), de 25 de noviembre de 2002 (RJ 2003/1922), 22 de junio de 2004 (RJ 2004/7472) y 18 de julio de 2007 (RJ 2007/6738), entre otras.

En este sentido, la STS de 23 de noviembre de 2004 (RJ 2005/569), se refiere a la doctrina jurisprudencial general establecida para el contrato por obra o servicio determinado, la cual dice no quiebra cuando quien contrata es una Administración pública, que sin duda puede acudir a la contratación temporal para cubrir sus necesidades limitadas en el tiempo; la Administración -dice- cuando acude a este tipo de contrataciones, recibe un trato semejante al que se dispensa a los empresarios, aunque con las particularidades del caso, y cuando queda acreditado que la actividad contratada era habitual y ordinaria en la Administración debe calificarse de indefinida la relación laboral, pese a la existencia de una subvención, pues evidentemente también pueden financiarse servicios permanentes de la Administración por medio de subvenciones.

junio de 2000 (RJ 2000/6890), en las que se negó la validez de los contratos por obra o servicio determinado celebrados por la Administración y se calificó de indefinida la relación laboral, pese a la existencia de una subvención, porque *“este último requisito no se cumplió, o quedó acreditado que la actividad contratada era habitual y ordinaria en la Administración contratante,(...) pues es obvio que también pueden financiarse servicios permanentes de la Administración por medio de subvenciones”*.

En efecto, incluso en la fase inicial en que se admitía el contrato de obra para estos casos, si bien el hecho de que el empleador fuera una Administración Pública era un dato tenido en cuenta por la jurisprudencia a la hora de valorar la validez de los contratos por obra o servicio determinado celebrados para la cobertura de programas de actividad pública temporalmente limitados, la admisión de esta figura contractual en tales supuestos no era absoluta sino condicionada a que la actividad en sí misma no fuera permanente o no pudiera adquirir este carácter en virtud de condicionamientos derivados de su propia configuración como servicio público,²³⁶ entre los que podría encontrarse su

²³⁶ La STS de 7 de julio de 2003 (RJ 2004/4953) -o también las SSTS de 25 de noviembre de 2003 (RJ 2003/9115) y de 22 de marzo de 2004 (RJ 2004/2942) que se refieren a ella-, remitiéndose a la de 10 de abril de 2002 (RJ 2002/6006), señalaba que, ya antes del nuevo art. 52 e) ET, la doctrina del TS sobre la aplicación del contrato por obra o servicio determinado a los programas de actuación de las Administraciones Públicas temporalmente limitados admitía tal contrato para tales supuestos de manera no absoluta sino condicionada a que *“la actividad en sí misma no sea permanente o no pueda adquirir este carácter en virtud de condicionamientos derivados de su propia configuración como servicio público , entre ellos, en su caso, la financiación cuando ésta opera como elemento determinante de esa configuración”*. En este sentido, las SSTS de 2 de junio de 2000 (RJ 2000/6890) y la de 30 de abril de 2001 (RJ 2001/4613) clarifican que no sólo son permanentes, en el caso de los municipios, las actividades de prestación mínima obligatoria del art. 26.1 de Ley de Bases de Régimen Local sino que también pueden serlo cualesquiera otras, salvo que la concurrencia de un elemento objetivo y externo que limite la prestación de la actividad permita admitir la existencia de un límite temporal. Y estos efectos, no basta por sí misma la mera existencia de una subvención sino que, como indica la STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002/5990), es necesaria la concurrencia de los demás requisitos exigidos por el tipo legal *“y, fundamentalmente, que la singularidad de la obra o servicio (ya fuera formación profesional, ayuda a domicilio, prevención de incendios, campamentos o guarderías infantiles, etc.) quedará suficientemente determinada y concreta”* y, en caso contrario, se debe calificar la relación laboral de

sometimiento a financiación externa o a consignaciones presupuestarias²³⁷ pero sin que este dato pudiera considerarse automáticamente un elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez de este contrato temporal causal.

La **STS de 22 de junio de 2004 (RJ 2004/7472)**, y también la **STS de 7 de julio de 2004 (RJ 2004/5345)** que la reafirma, resuelve que no concurren en el caso que analiza las notas definitorias que para el contrato por obra o servicio determinado viene moldeando el TS, entre otras, en las SSTS de 10 y 30 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9139 Y RJ 1996/9864), 11 de noviembre de 1998 (RJ 1998/9623) Y 21 de marzo de 2002 (RJ 2002/5990).²³⁸

indefinida, aunque exista una subvención, o la actividad venga prevista en los presupuestos anuales, como hacen las SSTS de 7 de octubre de 1998 (RJ 2709/1997), 5 de julio de 1999 (RJ 1999/6443), 2 de junio de 2000 (RJ 2000/6890) y 16 de marzo de 2002 (RJ 2002/5989) citadas por esta misma sentencia de 7 de julio de 2003, la cual asimismo resuelve en favor del carácter fijo (indefinido más bien, por tratarse de un puesto en una Administración Pública) discontinuo de la actividad habitual y ordinaria de unos monitores de natación/socorristas que fueron contratados por una Administración para cubrir una necesidad de trabajo permanente, de carácter intermitente o cíclico.

²³⁷ LÓPEZ BALAGUER, M.: "Supuestos legales de contratación temporal - El contrato para obra o servicio determinado" en AA.VV.: *Contratación laboral y tipos de contrato: criterios jurisprudenciales* (coord. José María Goerlich Peset, J.M^a), Lex Nova, Valladolid. 2010, pág. 157 y ss.

²³⁸ En este caso, el TS señala que como indican las SSTS de 21 de septiembre de 1993 (RJ 1993/6892), 14 de marzo de 1997 (RJ 1997/2474), 16 de abril de 1999 (RJ 1999/4424), 31 de marzo de 2000 (RJ 2000/5138) y 18 de septiembre de 2001 (RJ 2001/8446), entre otras, dichas notas deben concurrir conjunta y simultáneamente para que la contratación temporal se acomode a las exigencias legales y, además, resulta decisivo que la causa de la temporalidad quede suficientemente acreditada en el contrato pues, en caso contrario, se presumirá que la relación es de duración indefinida, como la sentencia de 26 de marzo de 1996 (RJ 1996/2494) ya advirtió. En el mismo sentido se citan también las SSTS de 22 de junio de 1990 (RJ 1990/5507), 26 de septiembre de 1992 (RJ 1992/6816) y 21 de septiembre de 1993 (RJ 1993/6892).

Estas SSTS recuerdan también que esta doctrina se aplica también cuando quien contrata es una Administración Pública la cual, aún con las particularidades del caso,

En el caso objeto de la sentencia el trabajador suscribió distintos y sucesivos contratos que concluían todos ellos el último día de cada año. Como veterinario se integraba en equipos formados por facultativos para prestar servicios en actividades que no eran esporádicas o temporales sino que, por su propia naturaleza, se trataba de labores que deben ser desarrolladas por la Administración en las explotaciones ganaderas, lo cual denota la ausencia de la nota de la temporalidad en el servicio contratado.

La sentencia aclara que el dato de que la ejecución de la obra o la prestación del servicio esté supeditada a dotaciones presupuestarias de procedencia ajena, limitadas en el tiempo y variables, no ha sido elevado por el TS, en ningún caso, a la categoría de elemento decisivo y concluyente, como dicen las sentencias de 21 de marzo de 2002 y las que en ella se citan y tampoco lo es, por ello, con mayor motivo cuando, en casos como el presente, la subvención se acuerda y concede por la propia Administración contratante.

Por otra parte, esta STS recuerda una vez más que en caso de pérdida de la asignación presupuestaria la extinción de la relación laboral por decisión unilateral de la Administración podría haberse llevado a cabo, por causas objetivas, por la vía del artículo 52 e) ET.

La **STS de 21 de octubre de 2004 (RJ 2004/7171)** con el telón de fondo proporcionado por las sentencias de 22 de junio de 2004 y 7 de julio de 2004 relativas a la misma cuestión, y siguiendo la doctrina contenida en las SSTS de 10-12-1996 (RJ 1996/9139), 30-12-1996 (RJ 1996/9864), 7-7-1997 (RJ

recibe un trato semejante al que se dispensa a los empresarios y, por ello, la obra o el servicio debe quedar suficientemente identificado y concretado. Así, como advierten las SSTS de 7 de octubre de 1998 (RJ 1998/7428), 2 de junio de 2000 (RJ 2000/6890) y 21 de marzo de 2002 (2002/5990), si queda acreditado que la actividad contratada era habitual y ordinaria en la Administración contratante se deberá calificar de indefinida la relación laboral, pese a la existencia de una subvención, pues evidentemente también pueden financiarse servicios permanentes de la Administración por medio de subvenciones.

1997/6250) 21-1-1998 (RJ 1998/4), 19-3-2002 (RJ 2002/5989) Y 21-3-2002 (RJ 2002/5990), resuelve que la realización de campañas de saneamiento ganadero por parte de la Junta de Castilla y León no es una actividad ocasional o singular puesto que nos encontramos ante unas tareas que se vienen realizando desde hace más de veinte años y que han continuado incluso después de la extinción de los contratos de trabajo, si bien en régimen de encargo o descentralización productiva.

Asimismo, advierte que esta decisión no puede entenderse contraria a la doctrina contenida en las sentencias evacuadas – ya comentadas- para los casos de prevención de incendios, campamentos infantiles de verano, ayudas a domicilio, y planes formativos del INEM (en las que sí se reconoció la validez de los contratos de obra o servicio determinado), pero sin que especifique porqué en este caso no es aplicable la citada doctrina.

La **STS de 23 de noviembre de 2004 (RJ 2005/569)** reitera que el dato del sometimiento de la actividad contratada a las dotaciones presupuestarias, limitadas en el tiempo y variables, cuando son de procedencia ajena, no se ha elevado por el TS a la categoría de elemento decisivo y concluyente pues, como dice la STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002/5990) y las en ella citadas, ese dato, por sí mismo, no es determinante de la validez de un contrato temporal, porque no es esa la causa habilitante de tales contratos, sino la que expresa el art. 15 ET y ello es así con mayor razón cuando la asignación presupuestaria no es ajena sino que procede de la propia Administración contratante. La sentencia concluye que la supuesta falta de asignación presupuestaria no es suficiente para legalizar la contratación temporal y que aun concurriendo ésta, la extinción de la relación laboral por decisión unilateral de la Administración podría llevarse a cabo por la vía del artículo 52 e) ET, por causas objetivas.

La **STS de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005/8004)** viene referida a una trabajadora que fue contratada como veterinaria por la Xunta de Galicia con contrato por obra o servicio determinado para la realización de la campaña “Plan Nacional de Investigación en Animales y Carnes Frescas” desde 1994 hasta 2001, a través de sucesivas prórrogas.

En este caso, a juicio del TS, las funciones desempeñadas corresponden a una actividad ordinaria y permanente, no ocasional o excepcional, de la Administración contratante, como pone de manifiesto el hecho de que la empleada desempeñó ininterrumpidamente sus funciones desde el año 1994 hasta el año 2001, a lo que debe añadirse que resulta harto vaga e inconcreta la especificación de la obra que fue objeto del contrato, al no especificarse cuáles eran las funciones que se asignaban a la empleada dentro del “Plan Nacional de Investigación en Animales y Carnes Frescas”, ni cuál era la previsible duración de tales funciones, de tal suerte que se llega a la conclusión de que la Administración autonómica cometió fraude de Ley al contratar a una trabajadora como meramente temporal para unas funciones de carácter permanente.

La **STS de 10 de noviembre de 2006 (RJ 2006/9067)** (y también las **SSTS de 8 de febrero de 2007, RJ 2007/1900, 21 de enero de 2009, RJ 2009/1831, 1 de abril de 2009, RJ 2009/3247 y 14 de julio de 2009, RJ 2009/6093**, las cuales contienen idéntico criterio decisorio y reproducen parcialmente aquélla)²³⁹, a la vista del recorrido jurisprudencial reproducido, concluye que el hecho de que por la STS de 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/6464) se diga que *“hacer depender la duración de los contratos de trabajo necesarios para la prestación de estos servicios de la persistencia de la subvención necesaria para su funcionamiento, cuando esta subvención procede de un tercero y no de una mera consignación presupuestaria del propio empleador, no es acto que*

²³⁹ Se remiten para esta cuestión a las SSTS de 22 de marzo de 2002 (*sic*, se refiere a la STS del 21 del mismo mes y año) (RJ 2002/5990), 25 de noviembre de 2002 (RJ 2003/1922) y de 31 de mayo de 2004 (RJ 2004/4894).

pueda estimarse abusivo, en fraude de Ley o contrario a derecho y si, por el contrario susceptible de ser encuadrado en el contrato por servicio determinado", no implica, como señalan las SSTs de 10 de abril de 2002 (RJ 2002/6006) y 22 de marzo de 2002 (RJ 2002/5990) se haya elevado *"la existencia de una subvención a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por si mismo, de la validez del contrato temporal causal"*. Viene a decirse así que el carácter anual del plan no determina la temporalidad de la obra o servicio objeto del contrato y de la subvención, pues el carácter temporal afecta exclusivamente a las subvenciones, pero no necesariamente a los servicios que las mismas financian. En este último sentido se cita la STS de 25 de noviembre de 2002 (RJ 2003/1922) en relación con el apartado e) del artículo 52 ET, y se dice que este último al reconocer *"como causa objetiva de extinción del contrato de trabajo la pérdida o insuficiencia de la consignación presupuestaria o de otro orden de los planes y programas que no tengan un sistema estable de financiación, está reconociendo que la financiación en sí misma no puede ser causa de la temporalidad de la relación"*. La sentencia ahora analizada concluye que de lo que se trata es de establecer si lo pactado se ajusta al tipo legal del contrato de obra o servicio determinado y éste exige en cuanto al criterio determinante de la configuración temporal de la actividad, que opere de manera cierta en cuanto determine su terminación cuando finalice su financiación no permanente a través de las correspondientes aportaciones ("certus an"), pero incierta en cuanto al momento en que esa terminación ha de producirse ("incertus quando"). De lo contrario, en caso de certeza en cuanto al momento de dicha finalización no estaríamos ante un contrato de obra o servicio determinado, que es, en principio, un contrato de duración incierta (a estos efectos cita las ya estudiadas sentencias de 26 de septiembre de 1992, RJ 1992/6816 y 4 de mayo de 1995, RJ 1995/3746) sino ante un contrato a término cierto que no se ajusta a ninguno de los tipos del artículo 15.1 ET.

Del mismo modo, la reciente **STS de 12 de marzo de 2014 (RJ 2014/2515)**, partiendo de la diferenciación entre la condición de fijo de plantilla y de

trabajador con carácter indefinido al servicio de una Administración Pública²⁴⁰ rechaza la validez de sucesivos contratos por obra o servicio determinado realizados para atender a distintas tareas y Planes por el Ayuntamiento de Reus, por entender que se trataba de una relación laboral de duración indefinida. A partir de lo cual se concluye que la trabajadora no podía ser despedida por extinción a término de un contrato aparentemente temporal que, en realidad, como se ha dicho, tenía la condición de indefinido, dada la reiteración y sucesión de contratos, todos con la misma finalidad y respondiendo a una necesidad permanente del citado Ayuntamiento.

Finalmente, tras la reforma laboral de 2012, habrá que permanecer atentos a cómo incide en la jurisprudencia futura sobre este aspecto la supresión de las Administraciones Públicas del texto del art. 52e) ET, por la D.A. 18ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio.

²⁴⁰ Se entiende por tal trabajador indefinido al servicio de la Administración –como será visto con mayor detalle más adelante- la situación de quién no habiendo superado los procedimientos selectivos que garantizan la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad previstos en la Constitución (art.103) que le darían derecho a plaza, no obstante se encuentra ligado a la Administración mediante un vínculo que no está sometido, directa o indirectamente, a un término (entre otras, las SSTs de 21 de enero de 1998 y 29 de enero de 2009, RJ 1998/1138 y 2009/1182).

1.1.4.3. La difusa frontera entre los contratos por obra o servicio determinado celebrados sucesivamente para la atención de actividades reiterantes y la figura del fijo discontinuo

Es muy habitual en nuestra realidad económica y laboral -en muchos casos en el seno de las Administraciones Públicas de manera entrelazada con la cuestión anterior- la celebración de sucesivos contratos por obra o servicio determinado para atender a actividades que tienden a reiterarse en el tiempo, a raíz de lo cual se ha planteado la duda de si es válido tal modo de proceder o más bien nos encontraríamos ante prestaciones de trabajo de carácter fijo-discontinuo de las previstas en el art. 12.3 ET.

Tal vez por la usual interconexión comentada de esta cuestión con la antes estudiada respecto de este mismo contrato de obra en relación a planes y programas públicos sometidos a limitaciones presupuestarias, lo cierto es que - como vamos a ver- la doctrina de nuestros Tribunales se ha acercado a este asunto, con soluciones diferentes, pero casi siempre sobre la base del criterio de discernimiento determinado por la “*dependencia económica*” de la actividad.

Sin embargo, en mi opinión, en estos casos (tales como campañas agrícolas, cursos escolares, etc.), en que son frecuentes los problemas de deslinde entre ambas figuras, el criterio de solución básico debería partir del propio ET en cuyos arts. 12.3 y 15.8 regula lo que debe entenderse por trabajos fijos-discontinuos y el cual no se refiere a la falta de sometimiento de la actividad a disponibilidades presupuestarias sino al “*volumen normal de actividad de la empresa*” y, por tanto, realmente debería atenderse a la habitualidad de la actividad para la empresa empleadora, procediendo la cobertura de tales actividades normales con trabajadores fijos discontinuos y excluyendo, en dichos supuestos, la viabilidad del contrato por obra o servicio determinado – aun cuando se cumpla con la exigencia de la duración limitada y, en muchos casos también, de su carácter incierto- por carencia del requisito de la

autonomía o sustantividad propia (art. 15.1.a) ET) de la obra o servicio dentro de la actividad de la empresa contratista.²⁴¹

No obstante, el TS, en las **sentencias de 10 de junio de 1994 (RJ 1994/5422), 3 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8590) y 10 de abril de 1995 (RJ 1995/3038)**, en relación a programas de prevención de incendios forestales, entre otras, pese a la reiteración de tales incendios y al carácter sucesivo de las campañas anuales destinadas a tal fin, no consideró que ello implicase la necesidad de contratación de trabajadores fijos discontinuos y admitió la procedencia del contrato de obra en estos casos, en base a la incertidumbre que genera que la actividad esté sujeta a la existencia de disponibilidades presupuestarias, a las variaciones que impone la planificación anual de las distintas campañas con objetivos y características específicos para cada temporada y por las exigencias del trabajo concreto a desarrollar cada año, con pruebas físicas y de otro orden que pueden ser distintas en las bases de las diferentes convocatorias para cada ejercicio.²⁴² Ello no obstante, como señala

²⁴¹ En este sentido, la STS de 25 de febrero de 1998 (RJ 1998/2210) señalaba que *"la condición de trabajador fijo discontinuo configurada hoy como modalidad de contratación a tiempo parcial, a tenor de lo dispuesto en el art. 12.3 ET responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa - de ahí la condición de fijeza - que se presentan por lo regular de forma cíclica o periódica, y que no alcanzan la totalidad de la jornada anual "*.

²⁴² Véase VICENTE PALACIO, A.: "La dotación presupuestaria como justificativa de los contratos para obra o servicio determinado en perjuicio de la contratación fija discontinua...", ob. cit., en que la autora se centra en el estudio de la STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2002 (AS 2002/1803) la cual, contrariamente, sostuvo la procedencia de la contratación de trabajadores fijos discontinuos en estos casos al entender que la dependencia de una dotación presupuestaria sólo es un criterio considerable a efectos de la validez de contratos de obra cuando es externa y no cuando depende de la propia Administración contratante. La citada sentencia de suplicación desdeña, asimismo, el criterio de las variaciones de la planificación anual al entender que este tipo de consideraciones no pueden ser relevantes a la hora de definir el tipo de contrato de trabajo ya que en toda relación laboral pueden producirse variaciones que afecten a la modificación e, incluso, a la extinción del contrato, para lo cual ya existen las correspondientes previsiones al respecto en el Capítulo II del Título I del ET. Finalmente, dicha STSJ tampoco otorga relevancia, a estos efectos, a las diferentes exigencias, de tipo físico u de otro orden, que se exigen por las bases de las

LÓPEZ BALAGUER,²⁴³ es posible apreciar un interesante giro en el criterio jurisprudencial referido a la actividad de detección y extinción de incendios a partir de la STS de 14 de marzo de 2003 (RJ 2003/4502).

La **STS de 30 de abril de 2001 (RJ 2001/4613)** trata de deslindar las difusas fronteras que existen entre el contrato por obra o servicio determinado y la figura del fijo discontinuo en un supuesto de contratación por el Ayuntamiento de Jódar de una educadora de guardería para trabajar en ésta en los períodos correspondientes a las campaña de la vendimia o de la aceituna.

La sentencia entiende que nos encontramos ante una necesidad de trabajo que debe ser atendida con un contrato por obra o servicio determinado. Para ello se apoya en diversos pronunciamientos judiciales anteriores, incluida la sentencia aportada por el recurrente de 10 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9729) la cual señala -como también las sentencias de 10 de junio de 1994 (RJ 1994/5422) y 10 de abril de 1995 (RJ 1995/3038) dictadas en el marco de las campañas de lucha contra incendios- que la modalidad contractual de obra o servicio determinado es apta para estas situaciones sin que el hecho de que hubieran mediado otras contrataciones similares en anteriores campañas determine fijeza discontinua.

En este mismo sentido, se sugiere la STS de 23 de septiembre de 1997 (RJ 1997/7296), que además aporta un dato de fundamental importancia a juicio del TS a la hora de valorar la procedencia de un contrato por obra o servicio determinado, esto es, la ***dependencia económica*** del servicio que se atiende

distintas convocatorias, ya que según la sentencia aquéllas siempre tienen carácter básico, limitándose a la exclusión de defectos físicos o enfermedades incompatibles con las funciones del puesto a desarrollar.

Cabe apuntarse, por último, la existencia de voto particular que formula el Magistrado Ilmo. Sr. José de Quintana Pellicer, para quién los argumentos señalados no son de suficiente entidad como para justificar el apartamiento de la doctrina general del TS esbozada en aquellas primeras sentencias sobre contrataciones para las campañas de lucha contra incendios.

²⁴³ “Supuestos legales de contratación temporal - El contrato para obra o servicio determinado”, ob. cit., pág. 161 y ss.

con el contrato de trabajo. Para la mencionada STS es clave la supeditación a una subvención o asignación económica procedente de un tercero que convierta en contingente e incierta la continuidad futura de la actividad lo cual se considera impropio de los trabajos de carácter fijo discontinuo.

Poniendo el acento en este mismo criterio de la dependencia económica, la STS ahora estudiada aporta también la de 18 de diciembre de 1998 (RJ 1999/307) -que también ha sido analizada en este trabajo- si bien, a mi juicio, el sentido en el que en esta opera la mención a la dependencia de una subvención se encuentra circunscrito a valorar la duración "incierta" aunque limitada que para el servicio objeto del contrato de obra o servicio determinado exige el art. 15.1.a) ET, mientras que en el caso que nos ocupa actuaría, más bien, como criterio para el deslinde entre trabajos fijos discontinuos y trabajos para cuya cobertura es apto el contrato de obra o servicio determinado. Es decir, en aquel caso, respecto de un servicio del que ya se conocía que era limitado en el tiempo la subvención determinaba que no se supiera exactamente hasta que fecha podría seguir prestándose (duración limitada pero incierta) y, en el presente caso, la subvención determina, si no existe, que el servicio pueda ser considerado permanente (se trata de un trabajo fijo discontinuo) o, si media, que tal servicio sea de duración limitada (contrato de obra o servicio determinado).

Con el fin de salvar la coherencia entre la sentencia que estudiamos, y la de 10 de diciembre de 1999 citada, con la de 2 de junio de 2000 (RJ 2000/6890), el TS se refiere expresamente a esta última ya que en un supuesto aparentemente idéntico resuelve de forma opuesta. La razón se encuentra, una vez más, tal y como la propia STS de 2 de junio de 2000 advierte, en que en el caso enjuiciado por esta la actividad es permanente y se presta por el Ayuntamiento correspondiente con cargo a su propio presupuesto lo cual determina que resuelva en favor de la fijeza discontinua, mientras que la doctrina de las dos primeras sentencias señaladas toma como base una actividad que estaba condicionada por la percepción de las subvenciones concedidas año a año por la correspondiente Diputación Provincial y ese dato

les lleva a resolver en favor del contrato temporal por obra o servicio determinado.

A los efectos del tema que aquí nos interesa, esto es, a la hora de determinar si puede emplearse el contrato por obra o servicio determinado en casos de concesiones administrativas, contrata, etc. la presente sentencia y las en ella relacionadas confirman la posibilidad de emplear este contrato para atender a necesidades de trabajo derivadas de concesiones y subvenciones externas y no así si el servicio es permanente y sufragado con fondo propios. Con lo cual, en definitiva, viene a corroborarse la doctrina unificada mantenida por las últimas sentencias del TS en cuanto a una valoración flexible del carácter temporal del servicio a atender que no atiende exclusivamente a la naturaleza de este en sí mismo sino también a los condicionantes externos que inciden en su desarrollo.²⁴⁴

No obstante estas sentencias comentadas, con posterioridad, -como he avanzado para el ámbito de la extinción de incendios- se produce una evolución jurisprudencial –muy probablemente también en este caso por influencia de la introducción, por el RDL 5/2001, del nuevo apdo. e) en el art. 52 ET en cuanto al criterio de la dependencia de dotaciones presupuestarias- que no se limita a este sector de actividad, sino que tiene un alcance más general.

²⁴⁴ En este sentido, resulta muy expresivo el texto de la propia STS de 2 de junio de 2000 (RJ 2000/6890) citada, la cual al señalar: *"No existe, una obra o servicio determinado, pues el servicio es en sí mismo permanente (...). El límite temporal, que, como se acaba de decir, no está en la actividad en sí misma, ni en las condiciones de su prestación"*, parece admitir ambas perspectivas a la hora de plantearse la temporalidad de la actividad: la intrínsecamente atinente a la actividad en sí misma y la de las condiciones externas que la delimitan.

No puede finalizarse el análisis de esta STS de 30 de abril de 2001 (RJ 2001/4613) sin hacer mención, aún a título anecdótico, a que -como el propio TS denuncia en ella- la propia existencia de la misma deriva de que el fallo de la STSJ de Andalucía de 6 de septiembre de 2000 que origina este recurso obedece a un flagrante error de transcripción, dada la contradicción total existente entre el mismo al desestimar el recurso del Ayuntamiento y confirmar la sentencia de instancia y sus fundamentos de derecho en los que, expresamente, se anticipada que estimando el recurso dicha sentencia iba a ser revocada.

Así, concretando en relación a supuestos de actividades reiterantes, otras **SSTS**, como la de **7 de julio de 2003 (RJ 2004/4953)**, establecen que cuando no queda justificada la causa de la temporalidad sino que la actividad contratada es la habitual y ordinaria de la Administración contratante y de duración concreta y cierta en el tiempo, desprendiéndose el carácter permanente de la actividad, como consecuencia de una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, a intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad, los contratos deben considerarse como contratos de carácter discontinuo e indefinido (o fijo si el empleador no es una Administración Pública).²⁴⁵

²⁴⁵ La STS de 7 de julio de 2003 (RJ 2004/4953), referida a unos trabajadores que habían prestado servicios laborales mediante contratos como monitores socorristas para la obra «programa 2000-2001 de cursos deportivos y temporada de piscina», y que fueron cesados por finalización del plazo previsto en el contrato, establece que, como señala la STS de 10 de abril de 2002 (RJ 2002/6006), el TS ha ido estableciendo un cuerpo de doctrina sobre la aplicación del contrato de obra o servicio determinado a los programas de actuación temporalmente limitados de las Administraciones Públicas que ha admitido la licitud de tal aplicación, antes de la vigencia del nuevo apartado e) del artículo 52. Pero la admisión de la aplicación de esta modalidad contractual en tales supuestos no es absoluta y está condicionada a que la actividad en sí misma no sea permanente o no pueda adquirir este carácter en virtud de condicionamientos derivados de su propia configuración como servicio público, entre ellos, en su caso, la financiación cuando ésta opera como elemento determinante de esa configuración. En este sentido, las SSTS de 2 de junio de 2000 (RJ 2000/6890) y 30 de abril de 2001 (RJ 2001/4613) señalan que no deben confundirse las actividades permanentes con las actividades de prestación mínima obligatoria del artículo 26.1 de la Ley de Bases de Régimen Local, pues las restantes actividades del municipio pueden ser también permanentes, y para aceptar el límite temporal debe acreditarse que hay un elemento objetivo y externo que limite la prestación de la actividad. También la STS de 21 marzo de 2002 (RJ 2002/5990) para la validez de este contrato temporal causal tuvo muy en cuenta, junto con el dato de la existencia de la subvención, la concurrencia de los demás requisitos exigidos por el tipo legal y, especialmente, que la singularidad de la obra o servicio (ya fuera formación profesional, ayuda a domicilio, prevención de incendios, campamentos o guarderías infantiles, etc.) quedará suficientemente determinada y concreta. Por eso, en las ocasiones en que este último requisito no se cumplió, o cuando quedó acreditado que la actividad contratada era habitual y ordinaria en la Administración contratante, el TS ha calificado de indefinida la relación laboral, pese a la existencia de una subvención (SSTS de 7 de octubre de 1998, RJ 2709/1997; 5 de julio de 1999, RJ 1999/6443 y 2 de junio de 2000, RJ 2000/6890). Añade esta sentencia que el hecho de que la financiación de los servicios obligatorios, como la de cualquier otra actividad

La **STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007/6113)**, por su parte, nos retrotrae a las de 5 de julio de 1999 (RJ 1999/6443) y 21 de diciembre de 2006 (RJ 2006/9913) las cuales, a su vez, recuperaron los criterios de delimitación entre trabajo eventual y fijo discontinuo que proporcionó la de 26 de mayo de 1997 (RJ 1997/4426): *"cuando el conflicto consiste en determinar si la necesidad de trabajo puede atenderse mediante un contrato temporal, eventual o de obra, o debe serlo mediante un contrato indefinido de carácter discontinuo lo que prima es la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por periodos limitados"*. Será posible pues la contratación temporal, ya sea eventual o por obra o servicio determinado, cuando ésta se realice para atender a circunstancias excepcionales u ocasionales, es decir *"cuando la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular"*. Por el contrario *"existe un contrato fijo de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, o lo que es igual, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad"*.²⁴⁶

Posteriormente, otras STSS recientes han tomado como apoyo la STS de 30 de mayo de 2007, como por ejemplo las **de 30 de abril de 2012 (RJ 2012/6093)** y **18 de septiembre de 2012 (RJ 2012/9983)**, para reconocer, asimismo, la existencia de trabajo fijo discontinuo -y la consiguiente inadecuación del contrato de obra- en los casos de actividades reiteradas con carácter cíclico.

temporal o permanente del Ayuntamiento, deba estar prevista e incluida en sus presupuestos anuales, no revela necesariamente que el servicio sea temporal por naturaleza, ni justifica por sí sola la formalización de contratos anuales, aunque sea esa la duración de los presupuestos» (También STS de 16 de marzo de 2002, RJ 2002/5989).

²⁴⁶ En la misma línea se pronuncian otras SSTS como las de 12 de diciembre de 2008 (RJ 2008/7687) y 30 de noviembre de 2010 (RJ 2011/1357). En idéntico sentido LÓPEZ BALAGUER, M., en "Supuestos legales de contratación temporal - El contrato para obra o servicio determinado", ob. cit., pág. 161, aporta las SSTS de 26 de mayo de 1997 y 1 de octubre de 2001 (RJ 1997/4426 y RJ 2001/8488).

Ello no obstante este criterio no es del todo constante y uniforme pues es posible identificar también otras sentencias de esta misma etapa en las que para supuestos muy similares la opción del TS es en favor del contrato por obra o servicio determinado.

Así, en la **STS de 10 de octubre de 2007 (RJ 2008/465)** se resuelve acerca del deber de reintegro de prestaciones por desempleo en un supuesto en que, con apoyo en el art. 145bis LPL (introducido por la Ley 45/2002), la entidad gestora había pretendido la condena de una empresa contratista de un colegio. Dicha empresa suscribió a tal efecto sucesivos contratos por obra o servicio determinado para cada curso escolar, percibiéndose por el trabajador prestaciones por desempleo en el ínterin en lugar de extender tales contratos a la duración total de la contrata la cual se probó fue de, al menos, cuatro cursos.

El TS absuelve a la empresa contratista por entender que el citado precepto de la LPL no convierte a la entidad gestora en *“custodio o garante de la legalidad de la contratación laboral en general”* sino que su actuación, en estos casos, debe limitarse a evitar la obtención fraudulenta de prestaciones y no procede en casos como el analizado en los que aún habiéndose empleado una modalidad contractual incorrecta si se hubiese utilizado el contrato adecuado también se hubiera generado, igualmente, el derecho a tales prestaciones.

El mayor interés de la sentencia a los efectos de este estudio reside en las valoraciones que, en orden a la decisión anterior, efectúa el TS en lo que se refiere a la validez del contrato por obra o servicio determinado en estos supuestos. Así, partiendo de la doctrina unificada ya mencionada iniciada por la STS de 15 de enero de 1997, reconoce la validez de los contratos por obra o servicio determinado que se refieren a la duración de una contrata, *“cuando para el empleador la realización de ese servicio queda en la práctica limitada en el tiempo por las condiciones de aquella”*, para a partir de ahí rechazar la validez del contrato de obra o servicio determinado suscrito en el caso enjuiciado por haberse hecho coincidir su duración con la del curso escolar y no con la global (al menos cuatro años) de la contrata.

A su vez, el TS declara que para esta situación el contrato correcto que debió suscribirse entre las partes, con base en los arts. 15.8 y 12.2 ET, *“era el de obra o servicio determinado (de duración incierta como ocurre en todas las obras o servicios, y de modo especial en las contrataciones cuya duración depende de la voluntad de la empresa que la adjudica) y a tiempo parcial.”*²⁴⁷

²⁴⁷ A mi modo de ver, con independencia de los problemas de acomodo de un servicio respecto del que la propia sentencia dice que se *“repite todos los años a lo largo de todo el curso escolar”* en un artículo 15.8 ET, que establece que *“A los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido”* en relación con el art. 12.3 ET que establece que *“(…) el contrato a tiempo parcial se entenderá celebrado por tiempo indefinido cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos (…)”*, el mayor problema que, a mi juicio, presenta la solución adoptada deriva, precisamente, del art. 12.2 ET que permite conjugar el contrato a tiempo parcial con contratos de duración determinada en los supuestos en que legalmente se permita la utilización de esta modalidad de contratación lo cual no ocurre en este caso.

No ocurre sólo -como digo- porque como hemos visto el art. 15.8 y 12.3 ET remiten para los supuestos de trabajos periódicos y de fecha cierta al contrato indefinido e impiden conjuntar en este supuesto contrato de obra y tiempo parcial sino tampoco si, de acuerdo con el art. 12.2 ET, se analizan independientemente los motivos que la sentencia estudiada aduce para la procedencia del contrato por obra o servicio determinado y, más concretamente, si se valora la concurrencia del peliagudo requisito de la **duración incierta** del servicio prestado en el caso de las contrataciones. Así, para ello, el TS se refiere a la *duración incierta* como concurrente *“(…) en todas las obras o servicios, y de modo especial en las contrataciones cuya duración depende de la voluntad de la empresa que la adjudica”*. A la luz de esta expresión, habría que considerar que todas las obras o servicios que una empresa ejecuta y, particularmente, todas las contrataciones, en la medida en que dependen de la voluntad de la contraparte que las encarga, son de duración incierta y justifican el contrato por obra o servicio determinado. Pudiera parecer así que prácticamente toda actividad empresarial sería reconducible para su ejecución a este contrato en la medida en que toda ella se ejecuta para un cliente y su mantenimiento depende de la voluntad de éste. Extrañamente, el principio general de nuestro ordenamiento jurídico-laboral en favor del contrato indefinido (art. 15 ET) parece desvanecerse repentinamente de esta manera sustituido en la práctica por el contrato por obra o servicio determinado.

En mi opinión, sin embargo, pese a que todos los pedidos, todos los contratos y todas las actividades empresariales dependen de la existencia de demanda y de su permanencia y, en este sentido amplio, adolecen siempre de riesgo e incertidumbre, en sentido estricto, el art. 15.1.a) ET se refiere a obras o servicios que tienen en sí mismos, intrínsecamente y por su propia naturaleza, una duración incierta porque el fin de los mismos no es posible fijarlo en una fecha exacta de antemano, con

La posterior **STS de 21 de noviembre de 2007 (RJ 2007/9341)** -y también más adelante la **STS de 6 de junio de 2008 (RJ 2008/5147)**- se enfrenta a un problema parecido en cuanto tiene que determinar el carácter indefinido fijo discontinuo o temporal de la relación laboral mantenida entre la empresa Tragsa y un trabajador al que se contrata mediante sucesivos contratos por obra o servicio determinado para la atención de servicios de distinta índole, bajo encargo de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Castilla la Mancha. Mediante la reproducción parcial del texto de la STS de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007/3260) se resuelve en favor del contrato por obra o servicio determinado de forma similar a como lo habían hecho las anteriores SSTs de 6 de octubre de 2006, 5 de marzo de 2007, la propia de 6 de marzo de 2007 y las de 2 y 3 de abril de 2007, para otros supuestos de contratación sucesiva por parte de esta misma empresa, en tales casos por encargo de la Generalitat Valenciana. Finalmente, la aún más reciente **STS de 16 de octubre de 2013 (RJ 2013/7660)**, para un supuesto de continuidad de una contrata limpieza para un mismo Colegio Público que es atendida por un contrato de obra o servicio determinado el cual venía precedido de otro eventual (en ambos casos motivados por la petición por parte del Ayuntamiento comitente de la asignación de más recursos al servicio por la contratista), revoca la sentencia de suplicación la cual, recogiendo la doctrina jurisprudencial que afirma que la terminación de la temporada o la campaña no supone el fin del contrato de trabajo, entendió que no cabía hablar de despido hasta que se produjera la falta de llamamiento para el siguiente curso escolar, por entender que se trataba de una relación laboral fija discontinua.

independencia de que el negocio empresarial que lo origina, como cualquier otro, esté sujeto a las contingencias e incertezas que le son propias. En este sentido, el servicio de comidas en un colegio es totalmente previsible que finalizará en la fecha cierta en que termine el curso escolar y, por tanto, no tiene la duración incierta que permite cubrirlo mediante un contrato por obra o servicio determinado sino que más bien, a mi juicio, en este caso se trataría de un trabajo fijo discontinuo.

1.1.5. Peculiaridades en los casos de sucesión de contratistas y reducciones parciales de contrata

1.1.5.1. Incidencia de las sucesiones de contratistas sobre la extinción de los contratos de obra o servicio a ellas vinculados

En este ámbito se plantean como opciones alternativas, por un lado, la continuidad de la relación laboral con el nuevo contratista que quedaría subrogado en la posición del anterior por la no finalización real, de facto, del objeto de la contrata y, de otro lado, la extinción del contrato a la finalización de la prestación de servicios para el contratista inicial. Hay que tener muy presente, tal y como ha advertido la doctrina,²⁴⁸ que la aceptación de la validez de las extinciones de contratos por obra o servicio determinado a la finalización de las contrata para las que fueron concertados, podría favorecer la inaplicación de las normas de subrogación empresarial, legales (art. 44 ET) o convencionales, en sectores de actividad caracterizados por la permanente rotación de contratistas.

Esta cuestión ha sido objeto de especial tratamiento por la jurisprudencia desde que la **STS de 15 de enero de 1997 (RJ 1997/497)** -pese a la existencia de algunos pronunciamientos previos en contra-²⁴⁹ plantease la posibilidad de que

²⁴⁸ BALLESTER PASTOR, M^a. A., en la pág. 393, se refiere a ello al hilo de sus comentarios a la STS de 15 de enero de 1997 en “El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural”, ob. cit.

²⁴⁹ La STS de 30 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9292) había reconocido la validez de la extinción de los contratos de trabajo de unos trabajadores al servicio de una empresa concesionaria del servicio de alumbrado público de Bilbao al considerar que el contrato no podía transmitirse a la nueva empresa que asumiera el servicio, según lo previsto en el art. 44 ET, al no poder considerarse el alumbrado público una unidad productiva autónoma.

tales casos pudieran considerarse equivalentes a las sucesiones de empresas previstas en el art. 44 ET el cual prevé, para los casos de sucesión de empresa, la subrogación del nuevo empresario en la posición del empleador anterior respecto a los contratos de trabajo (con todo su haz de derechos y obligaciones) de los empleados que prestaban servicios en dicha empresa por cuenta del mismo, lo cual implicaría que la cláusula del contrato temporal por obra o servicio determinado que vincula la duración de éste a la vigencia de una contrata no entraría en juego y no extinguiría válidamente el contrato de trabajo.

Ello no obstante, las sentencias posteriores a la de 15 de enero de 1997 no admitieron, inicialmente, tal subrogación ni consideraron que la contrata tuviese continuidad a estos efectos, incluso en el caso de que el nuevo adjudicatario fuese el mismo contratista (SSTS de 26 de junio de 2001, RJ 2001/6839, 22 de octubre de 2003, RJ 2003/8390 y 4 de mayo de 2006, RJ 2006/2398).

La primera de ellas, la **STS de 26 de junio de 2001 (RJ 2001/6839)** analiza un supuesto de extinción de un contrato de trabajo que no sólo se había formalizado bajo la modalidad de contrato por obra o servicio determinado sino que, además, en él se pactaba, expresamente, su duración hasta fin de obra o servicio y se incluía una cláusula en la que se significaba que duraría *"hasta el día de la fecha que por Coalfer, SL o por alguno de los centros detallados sea rescindido total o parcialmente el contrato mercantil existente, quedando extinguida en el acto la relación laboral"*.

El TS, en esta ocasión, entiende aplicable la doctrina que, con carácter general, había venido estableciendo en los anteriores pronunciamientos (en esta sentencia se citan expresamente las de 11 de noviembre, 18 y 28 de diciembre de 1998 y el 8 de junio de 1999), en base a la cual entiende que un contrato con las características arriba descritas resulta ajustado a Derecho. Asimismo, entiende ajustada al art. 49.1.c) ET la extinción del contrato de trabajo

celebrado precisamente para la realización del servicio objeto de una contrata cuyo fin es decretado por la empresa cliente.

Más novedoso que lo anterior resulta la especificación que esta sentencia realiza en cuanto a que no objeta a la validez de esta extinción el hecho de que la empresa empleadora concierte otra contrata con la empresa cliente con el mismo objeto (limpieza de establecimientos comerciales) pero en local distinto y con distintos pactos. En tal caso, se trataría de otra contrata diferente en la que podrá emplearse (mediante contrato nuevo con nueva fecha de efectos o novación del anterior) o no al mismo trabajador pero sin que exista obligación por ley o convenio colectivo de volverlo a contratar en la misma.

El TS no especifica que ocurriría en cuanto a la obligación de emplear a los antiguos trabajadores o a la posible caracterización como fraudulentos de los casos en que la nueva contrata sí tuviera por objeto prestar servicios en el mismo local o si tras formalizar una nueva contrata para local distinto con trabajadores nuevos se volviese a formalizar otra para el antiguo local con otros trabajadores.

Por su parte, la **STS de 22 de octubre de 2003 (RJ 2003/8390)** se refiere a un supuesto en el que no se presenta la circunstancia de que la nueva contrata se ejecuta en local distinto y, pese a ello, mantuvo la aplicabilidad de la doctrina general contenida en la citada STS de 26 de junio de 2001. La sentencia se ocupa de resolver sobre la extinción de unos contratos de trabajo por obra o servicio determinado que habían sido concertados para la prestación de servicios de transporte única y exclusivamente para un cliente determinado y por el tiempo de duración de la contrata correspondiente. El TS, tras afirmar la doctrina unificada anterior y con expresa cita de las SSTS de 11 de noviembre, 18 y 28 de diciembre de 1998 y el 8 de junio de 1999, admite la validez para este caso de los contratos por obra o servicio determinado, ex art. 15.1.a) ET, así como la de las extinciones por la causa prevista en el art. 49.1.c) ET.

Sin embargo, con esta afirmación de la doctrina general sin matizaciones, viene a resolver, indirectamente, dos cuestiones específicas que planteaba el caso analizado. En primer lugar, contrariamente a la sentencia de suplicación recurrida (STSJ del País Vasco de 12 de noviembre de 2002), no considera constitutivo de fraude -determinante de la consideración del contrato como indefinido ex art. 15.3 ET- el hecho de que conociendo la empresa la fecha exacta de finalización de la contrata que sirve de objeto al contrato de obra o servicio determinado ésta no se hiciera constar en el mismo sino que únicamente se especificara que aquél se concertaba por el tiempo que durara el contrato suscrito con la empresa cliente. En este sentido, esta STS en su Fundamento Jurídico 4º, in fine, entiende que la doctrina de la Sala tiene establecido que el contrato por obra o servicio determinado formalizado en función de la contrata tendrá la duración de esta última, sin que sea relevante que se diga que la duración del contrato es la de la contrata o se fije la fecha exacta de finalización de la contrata en el contrato.²⁵⁰

De otro lado, la segunda cuestión pendiente a que me refería es la determinada por la suscripción de una nueva contrata similar a la precedente y posterior a las extinciones de contratos. A diferencia de lo que ocurría en la STS de 26 de junio de 2001, antes estudiada, en que con posterioridad a la extinción la empresa empleadora concertaba otra contrata con la misma empresa cliente con el mismo objeto pero en local distinto, en este caso, la contrata nueva posterior modifica los medios a aportar por el contratista y el precio pero, por lo demás, es reproducción fiel de la anterior.

²⁵⁰ A mí, personalmente, todo esto me resulta muy chocante. Una vez más debo reiterar que la ley exige que el servicio objeto de este contrato debe tener una duración limitada pero *incierto* y parece claro que si la empresa omitió en el contrato el dato - que conocía- de la fecha exacta de finalización de la contrata fue tratando de salvar este requisito legal de incerteza. En mi opinión, si existe fecha exacta de finalización (se incluya o no en el contrato) no existe un servicio de los que permiten formalizar legalmente este tipo de contratos.

Pese a ello, el TS -a diferencia de la sentencia recurrida que consideró la nueva contrata una prórroga de la anterior que determinaba la improcedencia del despido- entiende que debe aplicarse la doctrina general contenida en la citada STS de 26 de junio de 2001. Es decir, en tal caso, se trataría de otra contrata diferente en la que podrá emplearse (mediante contrato nuevo con nueva fecha de efectos o novación del anterior) o no al mismo trabajador pero sin que exista obligación por ley o convenio colectivo de volverlo a contratar en la misma.

El TS, de este modo, viene a confirmar la posibilidad de concertar contratos por obra o servicio determinado con duración vinculada a la de una contrata a cuya finalización es posible extinguir válidamente aquéllos sin que a ello obste la posterior suscripción de nuevas contrataciones similares a las anteriores con o sin formalización de nuevos contratos de obra o servicio determinado con los mismos o distintos trabajadores.

En el mismo sentido se pronunció, asimismo, la **STS de 4 de mayo de 2006 (RJ 2006/2398)** la cual resuelve un supuesto similar al contemplado por las anteriores SSTs de 26 de junio de 2001 (RJ 2001/6839) y 22 de octubre de 2003 (RJ 2003/8390) en las que a la cuestión de la validez de la extinción del contrato por obra o servicio determinado con motivo del fin de la contrata se añade la circunstancia de que con posterioridad a dicha finalización por la empresa empleadora vuelve a suscribirse una contrata similar con la misma empresa cliente.

En este caso se trataba de un trabajador que prestaba servicios de lectura de contadores para una empresa contratista de Iberdrola que vio extinguido su contrato a la finalización de la correspondiente contrata, sin que fuera contratado nuevamente para prestar servicios con motivo de la posterior suscripción de una contrata similar. El TS entiende procedente dicha extinción por aplicación de la doctrina contenida en la STS de 22 de octubre de 2003 (RJ 2003/8390) decidiendo en los siguientes términos: *"el contrato (...) era temporal, existe una necesidad de trabajo temporalmente, objetivamente*

definido y conocido por las partes en el momento de contratar, con un límite temporal previsible en la medida que el servicio se prestaba por encargo, de un tercero y mientras se mantuviera este, extinguiéndose el contrato por finalización de la contrata, lo que no se alteró por el hecho de haber concertado una nueva contrata con la misma empresa”.

Sin embargo, por influjo de la doctrina comunitaria sobre “*sucesión de plantilla*”,²⁵¹ el criterio de estas sentencias fue revocado por las posteriores –ya estudiadas en este mismo trabajo en el punto “*evolución jurisprudencial*”- **SSTS de 17 de junio de 2008 (RJ 2008/4229)**²⁵² y **18 de junio de 2008 (RJ**

²⁵¹ Esta doctrina jurisprudencial comunitaria europea (no reconocida y acogida por el TS hasta las sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004, RJ 2004/7162 y 2004/7202) viene contenida, entre otras, en la STJCE de 11 de marzo de 1997 (Asunto *Süzen*), y entiende que existe sucesión de empresa, aunque la transferencia entre empresas sea de mera actividad, si viene acompañada de la asunción de un núcleo esencial de plantilla anterior, al considerar que a ese conjunto puede atribuírsele el carácter de “*entidad económica*”. Vid. LÓPEZ BALAGUER, M. (“Supuestos legales de contratación temporal - El contrato para obra o servicio determinado”, ob. cit., pág. 178).

²⁵² Si bien esta sentencia no se refería a un supuesto de sucesión entre empresas en el sentido estricto de rotación de empresas distintas al que queda referida la mencionada doctrina comunitaria, ya que la contrata se renovaba en este caso en favor del mismo contratista, el TS entiende que, si cuando la contrata es asumida por un nuevo contratista puede considerarse que éste debe asumir las relaciones laborales de los trabajadores al servicio del contratista anterior, con mayor razón, en el caso de que el adjudicatario o contratista de la nueva contrata sea el mismo, se deberá entender que el vínculo contractual con el trabajador debe mantenerse. Para ello, entre otros fundamentos, toma como base la aplicación por analogía a estos supuestos de la nueva doctrina introducida por la jurisprudencia comunitaria de la “*sucesión en la plantilla*”, en virtud de la cual hay que considerar producida (para determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra) una sucesión de empresas que obliga al nuevo titular a subrogarse en las relaciones laborales del anterior, cuando aun no transmitiéndose elementos significativos del activo material o inmaterial, acontece el traspaso de un núcleo considerable de plantilla que ejerce de forma duradera una actividad común, el cual puede ser considerado “*entidad económica*”. Así, si bien en el supuesto estudiado en la sentencia no se produce una sucesión empresarial en sentido estricto en la medida en que nadie sucede a la empresa contratante en su actividad sino que la sucesora es, más bien, ella misma al resultar de nuevo adjudicataria de la misma contrata, el TS entiende que “(...) si cuando un tercero sustituye a otro en la explotación de un

2008/4449),²⁵³ pasando a entender que no es posible extinguir el contrato por obra o servicio determinado cuando la contrata o concesión que lo motiva se

servicio o concesión y asume parte de la plantilla del anterior adjudicatario de la actividad, se le obliga a contratar a todas las personas que estaban empleadas en ella, más razones en favor de la pervivencia de los contratos laborales, suscritos con el fin de atender las necesidades de determinada contrata, cuando no existe cambio en la titularidad de la actividad económica, sino continuidad de la misma, al haberse adjudicado de nuevo la explotación de esa actividad al mismo contratista(...)”

²⁵³ MIRÓN HERNÁNDEZ, M. M., en “El endurecimiento de la contratación temporal”, ob. cit., pág. 104, se refiere a ambas SSTs, de 17 y 18 de junio de 2008 (RJ 2008/4229 y 2008/4449), para el supuesto de sucesión de contrataciones en un mismo contratista a efectos de su consideración, respecto a los contratos por obra o servicio determinado, como si de una misma obra que continúa se tratase, impidiendo la extinción de éstos. Asimismo, GARCÍA RUBIO, M. A. en “La extinción de los contratos temporales”, ob. cit., recuerda que *“hasta hace poco, la jurisprudencia venía defendiendo la validez de la extinción por finalización de la contrata, incluso en los casos en que ambas empresas contratantes volvían a suscribir una nueva contrata o concesión con igual o similar objeto, sin que se considerara despido la decisión empresarial de cesar al trabajador e impedirle su continuidad en los nuevos servicios concertados [SSTs de 22 de octubre de 2003, recud. nº 107/2003 (Tol 332331); de 4 de mayo de 2006, recud. nº 1155/2005 (Tol 935659); y, entre otras, SSTSJ I. Balears de 14 de marzo de 2007, rec. nº 65/2007; Castilla-La Mancha de 9 de abril de 2007, rec. nº 1855/2006 (Tol 1115988); Castilla y León/Burgos de 26 de septiembre de 2007, rec. nº 590/2007]. Sólo excepcionalmente se encontraban pronunciamientos judiciales en contra que consideraban ilícito el cese de los trabajadores en estos casos [v.gr. STSJ P. Vasco de 23 de septiembre de 2003, rec. nº 1699/2003 (Tol 322443)]. Pues bien, esta postura minoritaria es la que recientemente ha asumido la STS de 17 de junio de 2008, recud. nº 4426/2006 (Tol 1369637), dictada en Sala General, en la que, dando un giro a su propia doctrina, el Tribunal Supremo ha pasado a defender que la conclusión de la contrata no constituye causa lícita para resolver el contrato de obra o servicio cuando, a continuación, las empresas contratista y principal vuelven a suscribir una nueva contrata con el mismo objeto”. En efecto, para ello, el TS se apoya en la doctrina jurisprudencial comunitaria europea de la sucesión de plantilla aunque, en estos casos, no exista una sucesión de una empresa contratista por otra nueva y, por ello, aún con mayor razón, debe entenderse la nueva contrata como una continuación de la anterior y manteniéndose la necesidad de trabajo no puede apreciarse la existencia de finalización de obra que justifica la extinción del contrato. Como señala la autora citada, dicha jurisprudencia “refuerza la postura ocasionalmente sostenida en algunas sentencias respecto a supuestos, distintos del anterior, en que la empresa no renueva la contrata, sino que se produce un cambio de contratista y el nuevo empresario entrante contrata una parte significativa de los trabajadores empleados por el adjudicatario anterior. En tales circunstancias y en aplicación directa —aquí sí— de la jurisprudencia sobre sucesión de plantilla, estos*

nova, renueva o es sustituida por otra posterior en la que el objeto sigue siendo el mismo,²⁵⁴ con lo cual, en la práctica, vino a consolidarse una *paradójica “estabilidad precaria” de los trabajadores así contratados.*²⁵⁵

Este nuevo criterio ha sido mantenido después, entre otras, por las **SSTS de 17 de julio y 23 de septiembre de 2008 (RJ 2008/7054 y 2008/5534)** y por la **STS de 28 de abril de 2009 (RJ 2009/3844)** (y también, más tarde,

pronunciamientos han destacado que nos encontramos ante una transmisión de empresa y que, por efectos de la obligación de subrogación, resulta ilícito el cese del resto de trabajadores ligados a la contrata precedente” [SSTSJ I. Canarias/Las Palmas de 25 de octubre de 2001, rec. nº 855/2001; Cataluña de 15 de febrero de 2007, rec. nº 7151/2006 (Tol 1111122); Madrid de 5 de febrero de 2010, nº 5700/2009 (Tol 1824829)]”.

²⁵⁴ Desde esta nueva perspectiva, como señala, LÓPEZ BALAGUER, M. (“Supuestos legales de contratación temporal - El contrato para obra o servicio determinado”, ob. cit., pág. 179), la duración del contrato de obra se extenderá en el tiempo tanto como la contrata, considerando no sólo la primera de las relaciones jurídicas entre empresa principal y contratista sino cualesquiera otras que supongan -mediante novación, renovación o sustitución- una extensión de ésta.

Lo cual, a mi juicio, evidencia que, a fin de cuentas, siguiendo el tenor de la ley, lo que debe primar es la continuidad real de la obra o servicio, con independencia del soporte jurídico a través del cual éstos se instrumenten.

²⁵⁵ LAHERA FORTEZA, J.: “Límites en la extinción del contrato de obra conexo a una contrata mercantil: el inicio de la quiebra de un modelo de empleo temporal asociado a la descentralización productiva (STS 8 de noviembre de 2010)”, *Relaciones Laborales*, número 17, 2011. En este mismo sentido, FITA ORTEGA, F. (“El contrato de obra o servicio determinado vinculado a la contrata o subcontrata”, ob. cit., citando expresamente a SALA FRANCO, T., en “Los efectos laborales de la contratación o subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”) entiende que el contrato con el que el trabajador quedará vinculado tras la sucesión de la contrata será el mismo de obra inicial y que esto dará lugar, en sectores como vigilancia y seguridad, en que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, por la aplicación de la doctrina europea sobre **sucesión de plantilla** y por la frecuente inclusión de cláusulas subrogatorias para estos ámbitos de actividad en la negociación colectiva española, a la creación convencional de una especie de figura contractual cercana al contrato indefinido, sometida a la condición suspensiva de que siga recontratándose la realización de la obra o servicio y de que siga vigente el convenio colectivo que incluya tales cláusulas subrogatorias.

tangencialmente, por las SSTS de 3 de febrero y 14 de junio de 2010, RJ 2010/1433 y 2010/2704).²⁵⁶

²⁵⁶ Las SSTS de 17 de julio de 2008 (RJ 2008/7054) y de 23 de septiembre de 2008 (RJ 2008/5534) ya han sido comentadas más arriba al tratar de la evolución jurisprudencial respecto a la cuestión principal. Por su parte, la STS de 28 de abril de 2009 (RJ 2009/3844) nuevamente se ocupa de “(...) *esclarecer si la suscripción de una nueva contrata con el mismo objeto entre la empleadora y la empresa comitente es o no causa válida para extinción del contrato de obra o servicio determinado suscrito con los empleados*” y, a tal efecto, se remite a la doctrina contenida en las SSTS de 17 y 18 de junio de 2008 (RJ 2008/4229 y 2008/4449) (transcribiendo parte del fundamento jurídico segundo de la primera de ellas), lo que le lleva a estimar el recurso y entender improcedente la decisión extintiva de sendos contratos para obra o servicio determinado adoptada por la empresa “*Babcock Montajes, S.A.*”, con base en la conclusión del contrato que tenía con “*Elcogas, S.A.*” cuando constaba, asimismo, que ésta adjudicó de nuevo a “*Babcock*” los servicios de mantenimiento que anteriormente le tenía encomendados.

1.1.5.2. Operatividad de las reducciones parciales de contrata a efectos extintivos de los contratos por obra o servicio a ellas vinculados

De entrada es posible negar la virtualidad de las reducciones de volumen de las contrata a efectos de causar la extinción del contrato por obra o servicio determinado en la misma medida en que legalmente tampoco viene prevista la disminución de obra o servicio como causa de extinción de dicho contrato.²⁵⁷

Sin embargo, como señala GARCÍA RUBIO,²⁵⁸ el Tribunal Supremo, en recientes sentencias, da cierto juego a este tipo de extinciones, otorgando relevancia, a estos efectos, a lo negociado colectivamente o pactado

²⁵⁷ MIRÓN HERNÁNDEZ, M.M., “El endurecimiento de la contratación temporal”, ob. cit., pág. 105.

El TS lo entendió también así en las sentencias de 10 de junio (RJ 2008/5149), 16 de junio y 23 de septiembre de 2008 (RJ 2008/5534). La STS de 12 de junio de 2008 (RJ 2008/4447), por su parte, entendió que una reducción del encargo o contrata no implica la imposibilidad por completo de continuar las relaciones o situaciones y que las llamadas resoluciones o extinciones “parciales” son, en realidad, jurídicamente, modificaciones o novaciones modificativas de un contrata que se mantiene.

²⁵⁸ En “La extinción de los contratos temporales”, ob. cit., la autora aporta sentencias (SSTS de 16 de marzo de 2005, RJ 2005/3510; 12 de junio de 2008, RJ 2008/4447; 10 de junio de 2008, RJ 2008/5149; y múltiples en suplicación) en favor del carácter determinante de la existencia de acuerdo en convenio colectivo o también, ex art. 49.1.b) ET, en contrato individual de trabajo, para producir efectos extintivos del contrato de obra con causa en la disminución del volumen de trabajo o rescisión parcial de la contrata por la empresa comitente. Esta jurisprudencia al referir la validez de la extinción a la existencia de previsión convencional o contractual al respecto, suele sujetar la procedencia del cese al cumplimiento de los requisitos procedimentales que suelen venir previstos en tales instrumentos. Así, por ejemplo, es habitual que los convenios colectivos exijan la información a los representantes de los trabajadores sobre la reducción de la obra o que regulen un orden de prioridad de menor a mayor antigüedad en la profesión y categoría para el cese, debiendo tratarse de trabajadores adscritos a la obra o servicios cuyo volumen se reduce, sin que con carácter general, según STS de 16 de mayo de 1985, gocen de preferencia en estos casos los representantes de los trabajadores, salvo previsión convencional expresa al respecto.

individualmente por las partes. En efecto, incluso en sentencias muy recientes (**SSTS de 18 de diciembre de 2012 y de 15 de mayo de 2013, RJ 2013/601 y RJ 2013/5704**), se admiten preceptos como el contenido en el art. 15 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad,²⁵⁹ por el que se establece una extinción parcial automática de los contratos adscritos al servicio cuando el cliente de la empresa de seguridad resuelve parcialmente el contrato de arrendamiento de servicios, determinándose la preferencia para el cese en función de la menor antigüedad del trabajador y fijándose, como criterio supletorio, el de mayores cargas familiares. En estos casos, el TS argumenta que este tipo de provisiones es perfectamente admisible y conforme con la regulación legal cuando queda referida a contratos temporales, sobre la base de que puede entenderse que quedan sometidos a la condición resolutoria de finalización de su objeto, debiendo imponerse la vía del despido objetivo previsto art. 52c) ET, únicamente, cuando se trate de contratos indefinidos, al entender –discutiblemente- que de otro modo, en estos casos, *“se le daría el mismo tratamiento -injustificadamente- a los contratos indefinidos y a los contratos temporales para obra o servicio, de forma que éstos perderían toda su razón de ser”*.

Ello no obstante, en otras sentencias, como la **STS de 22 de diciembre de 2011 (RJ 2012/1890)**, refiriéndose al art. 17 del Convenio Colectivo de Empresas de Contact Center que permite la extinción del contrato por obra o servicio por disminución del volumen de la campaña contratada, el TS entiende que un precepto semejante produce indefensión en los trabajadores y

²⁵⁹ Más remotamente, la STS de 13 de febrero de 1995 (RJ 1995/1150), analizando un supuesto de suscripción de contratos por obra o servicio determinado en el marco de una contrata para la prestación de servicios de vigilancia y seguridad, había admitido también ya la aplicabilidad del art. 15 del Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Seguridad que permitía una extinción de los contratos de trabajo afectados originada por la reducción parcial de la contrata mediante la limitación de la zona de vigilancia y el número de trabajadores necesarios, con lo que en cierta manera comenzaba a reconocerse la operatividad de la vigencia y extensión de las contratas para incidir sobre la duración y extinción de estos contratos.

desnaturaliza el contrato por obra o servicio determinado desde la perspectiva de su concepción legal, porque al sujetar la extinción a la disminución del volumen de la contrata se impide identificar la obra o servicio para la que el trabajador es contratado así como también la determinación del momento y forma en que una u otro pueden considerarse acabados, lo cual supone una elusión de los términos en los que legalmente se configura esta causa extintiva. En este último sentido se pronunció también otra STS anterior, la **STS de 8 de noviembre de 2010 (RJ 2011/388)**, la cual calificó de ilegal una cláusula pactada en contrato de obra que condicionaba la extinción del mismo a la eventual reducción del volumen de la contrata por la empresa cliente,²⁶⁰

²⁶⁰ Para OLMOS PARÉS, I., (en “La extinción del contrato de obra y/o servicio por disminución/novación de la obra o por expediente de regulación de empleo”, *Actualidad Laboral*, Número 15, 2011), este tipo de cláusulas suponen la introducción en el contrato de obra o servicio determinado de una condición resolutoria de origen pactado junto al término o plazo resolutorio con que legalmente se configura este contrato. Así, en estos casos, el contrato podría extinguirse tanto por la conclusión de la obra o servicio en sí misma -o con la finalización de la contrata, en nuestro caso- (lo cual supondría el cumplimiento del plazo resolutorio o término incierto), como por el acaecimiento del acontecimiento previsto en la condición resolutoria, esto es, la disminución de la obra –o disminución del volumen de la contrata, en nuestro caso-. Si bien la autora, en un primer momento, entiende –refiriéndose a la doctrina sobre el abuso de derecho que se proscribe en el art. 49.1.b) ET en las cláusulas que se consignan libremente en el contrato como determinantes de su extinción- que sólo los casos de disminuciones de contratas acordadas por un tercero (la empresa comitente) serían, en principio, admisibles dado que todos los casos dependientes de la voluntad del propio empleador serían supuestos evidentes de condiciones potestativas abusivas nulas en el sentido del art. 1.115 del CC, lo cierto es que, finalmente, se decanta por la inadmisibilidad de estas cláusulas incluso cuando la disminución de la obra –o la contrata- es imputable a un tercero. En efecto, a la vista de que el recurso a este tipo de cláusulas posibilita la extinción del contrato con las indemnizaciones previstas legalmente para las finalizaciones del contrato de obra en sustitución de las superiores que hubieran procedido de haberse utilizado las vías previstas en los arts. 51 ó 52c) ET, la autora termina por concluir que, tras la aparente pulcritud de estas cláusulas, se esconde una renuncia de derechos -prohibida por el art. 3.5 ET- que encaja, a su vez, en el concepto de abuso de derecho que ella misma proporciona, entendido como uso antisocial de un derecho, en cuyo ejercicio se han sobrepasado los límites normales con daño económico o moral para el trabajador. Por último, apoya el rechazo a este tipo de cláusulas en los argumentos jurisprudenciales -arriba esbozados- relativos a la falta de delimitación de la causa del contrato ya que, al referir la extinción del contrato a la posible disminución de la contrata, no se especifica e identifica de manera suficientemente clara y precisa –tal y como se exige legal y reglamentariamente- la

encauzando ambas sentencias las finalizaciones de contratos, en estos supuestos de disminución de volumen de la contrata, por la vía de la extinción por causas objetivas.

Concretamente, la STS de 8 de noviembre de 2010 (RJ 2011/388)²⁶¹ resuelve que: *“La generalidad de los términos en que aparece redactada la cláusula*

obra o servicio que constituyen su objeto, con la consiguiente imprevisibilidad sobre la duración de aquél, indefensión del trabajador a la hora de impugnar una eventual decisión extintiva empresarial e imposibilidad judicial para la determinar si la extinción se ha producido o no por la realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la luz de todas las consideraciones anteriores -y con apoyo ahora en el art. 6.4 CC- concluye que este tipo de cláusulas revelan un fraude de ley para eludir la aplicación de las normas procedentes en estos casos, esto es, las que regulan la extinción por causas objetivas del contrato de trabajo, cuya aplicación no deberá impedirse y, por ello, tales cláusulas deberían ser entendidas nulas y tenidas por no puestas y en caso de ser utilizadas para justificar la extinción de contrato, ello debería dar lugar a la calificación y efectos propios de un despido improcedente.

²⁶¹ Esta sentencia gira en torno a la resolución de la controversia que se suscita entre la sentencia recurrida y la de contraste en la interpretación de un párrafo del texto de la STS de 10 de junio de 2008 (RJ 2008/5149) en el cual para un supuesto similar de extinción del contrato de trabajo por reducción parcial de la contrata se comenta, *obiter dicta*, que de *“(…) haberse previsto al concertar la relación laboral, pues no resulta insólito en el curso de las contrataciones para la prestación de servicios entre empresas, pudiendo haberse consignado una cláusula en el sentido de que la relación laboral terminaría si tal cosa sucediera y, en este caso, el contrato habría quedado válidamente extinguido a tenor de lo previsto en el art. 49.1.b) del ET. Y, en último término, también habría podido acudir a la figura de la extinción contractual por causas objetivas contemplada en el apartado c) del art. 52 estatutario (...)”*.

En efecto, este mismo texto se emplea en la sentencia recurrida para destacar su carácter *obiter dicta* que no impide por ello que una cláusula que estipulaba que la duración del contrato se extendería hasta la descontratación total o parcial del servicio sea considerada abusiva y constitutiva de la renuncia de derechos por el trabajador prohibida por el art. 3.5 ET. Por otro lado, en sentido inverso, la sentencia de contraste utiliza estas mismas palabras para apoyar la versión contraria del asunto.

Claramente, esta STS toma partido a favor de la opción defendida por la sentencia recurrida al afirmar que *“en este último párrafo transcrito de la sentencia de casación no se crea doctrina unificada, pues no se está resolviendo directamente sobre el caso objeto del recurso, sino que se plantea una hipótesis para el supuesto de una posible consignación en un contrato temporal de tal naturaleza de una cláusula en la que se dispusiera la procedencia de una extinción contractual cuando la <<empresa comitente haya dispuesto que la contratista ... destine a la ejecución de la contrata un menor número de operarios que los inicialmente requeridos>>; pero, lógicamente, con los*

contractual controvertida (...) privaba desde su inicio la posibilidad de determinación la obra o servicio objeto del contrato temporal por carecer de virtualidad suficiente para delimitar la causa del contrato, con la derivada consecuencia de la imprevisibilidad de su duración, al vulnerarse las exigencias legales y reglamentarias, antes transcritas, en orden a que en el contrato temporal de esta naturaleza se debe especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituya su objeto con lo que <<La duración del contrato será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio>>; la citada cláusula, además, impide que en el momento de acordarse por el empresario la extinción contractual con fundamento en la misma, pueda impugnarse sin indefensión por el trabajador la decisión empresarial, así como resulte imposible judicialmente determinar si el contrato por obra o servicio cuestionado se ha extinguido válidamente <<por la realización de la obra o servicio objeto del contrato>> dada la indefinición de la misma que deja sin causa al contrato en este extremo y evidencia una actuación en fraude ley de la empleadora para intentar eludir las causas válidas de extinción de esta modalidad de contratación temporal, lo que le priva de validez y no puede impedir la debida aplicación de las normas que se hubieren tratado de eludir”.

Las normas que se tratan de eludir a que la sentencia se refiere son, seguramente, las que regulan la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas ya que, en otro momento, la propia sentencia se refiere a ello al señalar: *“En suma, también como obiter dicta se argumenta en la citada STS de 10-junio-2008 en último término, también habría podido acudirse a la figura de la extinción contractual por causas objetivas contemplada en el apartado c) del art. 52 estatutario, que presenta para el trabajador determinadas garantías*

propios argumentos de la referida sentencia, no puede entenderse que la Sala afirme o entienda que cualquier tipo de cláusula de extinción contractual que contemple la posible finalización de un concreto contrato de obra pudiera ser considerada válida aunque privara al contrato de obra o servicio determinado de la exigible y concreta causa de temporalidad o implicara dejar al arbitrio de uno solo de los contratantes (el empleador) la apreciación acerca de la validez y el cumplimiento del contrato”.

en orden a posible preferencia respecto de otros para permanecer en la empresa, y le confiere derecho a la correspondiente indemnización"; (...) la doctrina de esta Sala ha venido siendo que para supuestos similares, por todas sentencias de 7 de junio de 2007 (RJ 2007/4648) y 31 de enero de 2008 (RJ 2008/1899), la reducción del volumen de producción justificaría el despido objetivo o colectivo por parte de los trabajadores destinados a una contrata, pero no la extinción o finalización del contrato (...)." ²⁶²

También pueden ser citadas, en este último sentido, las **SSTS de 7 de junio de 2007 (RJ 2007/4648)**, **31 de enero de 2008 (RJ 2008/1899)**, **16 de septiembre de 2009 (RJ 2009/6157)**, **8 de julio de 2011 (RJ 2011/6270)**, así como la **STS de 8 de julio de 2012 (RJ 2012/9967)**²⁶³ la cual recoge esta doctrina indicando que no ofrece duda -respecto de las empresas de servicios- que «*la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores*».

Por su parte, las muy recientes **SSTS de 16 de julio de 2014 (RJ 2014/4426)**, **17 de septiembre de 2014 (RJ 2014/5041)** y **22 de septiembre de 2014 (JUR 2015/57851)**, entienden que en estos casos no nos encontramos ante “una

²⁶² Cabe señalar -tal y como se destaca en esta misma tesis en el capítulo dedicado a la jurisprudencia sobre extinción por causas objetivas a la finalización de las contrata- que la primera de las dos sentencias citadas por el TS en este último párrafo (STS 7-6-2007) no dice exactamente lo mismo, aunque lo cierto es que, a partir de la STS de 12 de diciembre de 2008 (RJ 2008/1899), ha sido citada –indiscutidamente- como depositaria de la misma doctrina favorable a la apreciación, con carácter general, de la existencia de causa objetiva de extinción en los casos de finalizaciones o reducciones de contrata.

²⁶³ Cabe citar como precedente de ésta las SSTS de 3 de julio de 2012, RJ 2012/ 9584 y RJ 2012/9585.

*finalización de la contrata sino una mera modificación consistente en una reducción de las tareas encomendadas. Ello podría justificar la extinción de cierto número de contratos por circunstancias objetivas al amparo del artículo 52c) ET pero no la extinción al amparo del art. 49.1c), preceptos que tienen presupuestos aplicativos y consecuencias heterogéneas”.*²⁶⁴

²⁶⁴ Concretamente las SSTS de 17 de septiembre de 2014 (RJ 2014/5041) y 22 de septiembre de 2014 (JUR 2015/57851) resumen que: *“En nuestras SSTS de 10 de junio de 2008 (RJ 2008/5149), 8 de noviembre de 2010 (RJ 2011/388) y 16 de julio de 2014 (RJ 2014/4426), entre otras, hemos puesto de relieve que la reducción del volumen de actividad encomendado por una empresa comitente a otra auxiliar puede justificar la extinción de cierto número de contratos por circunstancias objetivas al amparo del artículo 52,c) ET , pero no la extinción al amparo del art. 49.1,c), preceptos que tienen regímenes indemnizatorios diversos. Como quiera que ni las disposiciones legales y reglamentarias estatales, ni el convenio colectivo aplicable, ni tampoco el propio contrato contienen mandato ni previsión alguna en el sentido de que el tipo de contrato que contemplamos pueda extinguirse por el hecho de que la empresa comitente haya dispuesto que la contratista destine a la ejecución de la contrata un menor número de operarios que los inicialmente requeridos, es visto que este hecho no autoriza a la empleadora a dar por finalizada la relación laboral con el actor, pues lo contrario supondría dejar al arbitrio de uno solo de los contratantes (el empleador) la apreciación acerca de la validez y el cumplimiento del contrato, en contra de la prohibición expresa del art. 1256 CC”.*

Las SSTS citadas no rehúyen la referencia a la doctrina contraria -antes comentada- referida al sector de vigilancia y seguridad y la justifican del siguiente modo: *“Es cierto que en la STS de 18 de diciembre de 2012 (RJ 2013/601) aceptamos la validez del sistema de cese, por orden de menor antigüedad, para poner fin a los contratos por obra o servicio determinado cuando se produce una reducción del objeto de la contrata, pero solo a la vista de que habían mediado las garantías propias de una negociación colectiva y de que el sector de empresas de seguridad resulta especialmente afectado por esos vaivenes contractuales (“esa regulación específica que se hace para los casos de reducción de la contrata, es un desarrollo convencional que complementa las previsiones del ET, con una razonable solución para los supuestos que tan a menudo se contemplan en el ámbito sectorial de que tratamos”).*

1.1.5.3. Extinciones de contratos temporales a tiempo parcial celebrados con un mismo trabajador adscrito a varias contrataciones a la finalización de éstas

A medio camino entre las dos cuestiones que se acaban de analizar (sucesión de contratistas y reducciones de actividad subcontratada), modernamente están proliferando –sobre todo a raíz de sucesiones de contratistas en el sector limpieza- situaciones en las que trabajadores que prestaban servicios a tiempo parcial para diversos contratistas pasan a concentrar en una única jornada para la misma empresa la prestación de estas actividades diferenciadas que son objeto de contrataciones distintas.²⁶⁵ Tanto en este supuesto con origen en la sucesión de contratistas como, en general, en cualquier otro caso en el que se acumulen para una misma empresa contratista-empleadora varias prestaciones de servicios a tiempo parcial por adscripción del trabajador a distintas contrataciones se plantea la cuestión de si es posible considerar cada una de estas prestaciones de trabajo como un contrato de trabajo diferenciado e independiente susceptible de ser extinguido a la finalización de la contrata

²⁶⁵ Las sucesiones de contratistas constituyen una vía de entrada habitual –aunque no el único cauce posible- para la acumulación respecto de un mismo empresario de varias prestaciones a tiempo parcial referidas a distintas contrataciones. Este es el caso, entre otras, de la STS de 1 de junio de 2012 (RJ 2012/8324) en virtud de la cual, con motivo de una sucesión de contratistas, la nueva empresa adjudicataria del servicio externalizado vino obligada a aceptar la subrogación de los servicios a tiempo parcial que habían venido siendo prestados para el contratista saliente pese a tratarse de trabajadores que ya se encontraban vinculados a aquella simultáneamente mediante contrato a jornada completa.

Pero la sucesión de contratistas también plantea, desde la perspectiva inversa de salida, la cuestión -paralela a la extintiva que constituye el objeto principal de este apartado- de si es posible desmembrar las distintas prestaciones de trabajo no sólo a efectos extintivos sino también en orden a la subrogación por sucesión del nuevo adjudicatario por la parte de jornada correspondiente a la actividad que es objeto de cambio de empresario. Esto último viene aceptado expresamente en la STS de 18 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8299) y, en suplicación, entre otras muchas, en las SSTSJ de Cataluña de 14 de abril de 2011 (JUR 2011\249741), 14 de febrero de 2012 (AS 2012/598), de Galicia de 22 de diciembre de 2011 (AS 2011/169) y Castilla-La Mancha de 9 de noviembre de 2004 (AS 2004/3027).

correspondiente o si, por el contrario, nos encontramos ante una única relación laboral concertada con un mismo empleador para la ejecución de funciones en actividades diferentes cuyas disminuciones de volumen por pérdida de la contrata solamente llevarían aparejadas las reducciones de jornada correspondientes.

Esta dicotomía aparece fielmente reflejada en la **STS de 21 de marzo de 2005 (RJ 2005/3879)**, en la cual el TS, a raíz de tener que decidir en torno a la reanudación de la prestación por desempleo parcial de una trabajadora, con motivo de la extinción de uno de los dos contratos temporales a tiempo parcial que, simultáneamente, la unía con la misma empresa, se ve indirectamente conminado a pronunciarse en relación a la calificación jurídica de estas situaciones.

La sentencia cuenta con una opción mayoritaria y con un -interesantísimo a estos efectos- voto particular que evidencian y ponen de manifiesto este posible doble tratamiento alternativo de la cuestión dogmática de fondo. La postura mayoritaria que fundamenta el fallo de esta sentencia sigue el criterio previamente establecido al respecto por la precedente **STS de 17 de mayo de 2004 (RJ 2004/4157)** –y después reiterado también en la **STS de 4 de mayo de 2005 (RJ 2005/6329)**- para un supuesto de hecho prácticamente idéntico en que simultaneándose para el Ayuntamiento de Ataurun dos prestaciones de trabajo a tiempo parcial, una por 1/3 de la jornada y otra por los restantes 2/3, se produce la extinción de la segunda de ellas.

En ambos casos el INEM había entendido que no podían mantenerse simultáneamente dos contratos temporales a tiempo parcial con el mismo empleador, por lo que, habiéndose producido una reducción de jornada en el contrato único no autorizada administrativamente, denegó la prestación por desempleo en base a lo dispuesto en el art. 203.2 de la LGSS. Sin embargo,

contrariamente, el TS sostuvo –con apoyo en las SSTS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/7167) y 7 de abril y 20 de noviembre de 2000 (RJ 2000/3287 y RJ 2000/10294)- que no hay precepto alguno que prohíba la contratación plural fraccionada a tiempo parcial con un mismo empleador, sino que más bien ello debe ser admitido en virtud del principio de libertad contractual proclamado en el art. 1255 del CC, salvo que la misma sea efectuada en fraude de Ley, como podría ocurrir en el caso de que entre los dos contratos se rebasara la jornada máxima legal. Con base en lo anterior, el TS concluyó que si se produce la extinción de uno de los contratos por la expiración del término pactado, se genera derecho a la percepción de la prestación contributiva por desempleo, de conformidad con lo previsto en el art. 208 1. f) de la LGSS, sin que sea de aplicación la reducción de jornada del art. 203.3 de la misma norma.²⁶⁶

²⁶⁶ Concretamente esta STS de 21 de marzo de 2005 (RJ 2005/3879) fundamentó que *“Ya los más antiguos comentaristas del Código Civil señalaban que «nada se opone a que existan entre varias personas distintos vínculos jurídicos, independientes entre sí, ninguno de los cuales se extinga por la aparición de otro». El art. 1204 del Código Civil establece que «para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare expresamente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles». Y en el caso enjuiciado, no han manifestado las partes voluntad novatoria, que no puede inducirse del hecho de la suscripción del contrato de obra determinada –segundo en el tiempo– y, además, la prestación de servicios por sustitución no es incompatible con la realización de una obra determinada para la misma empleadora. Por otra parte la existencia de dos causas de temporalidad independientes aconsejan la persistencia de ambas figuras contractuales, cuya extinción deberá producirse en cada caso de acuerdo con lo lícitamente acordado.*

Tampoco se ha producido una novación modificativa. El art. 1203.1º del Código Civil admite que las obligaciones puedan modificarse «variando su objeto o condiciones principales» y, en el supuesto que examinamos, ni se modificó el objeto del contrato primitivo, ni tampoco su principal característica de ser un contrato de interinidad por sustitución, que había de regirse por las reglas que le son propias.

La tesis del INEM conduciría, por otra parte, a resultados contrarios a la lógica. La actora, al ser contratada por obra determinada, estaba trabajando a tiempo parcial y percibiendo prestación parcial contributiva de desempleo, y resulta contraria a los principios que deben inspirar la protección en la materia de desempleo, que pierda definitivamente aquella prestación, por haber aceptado realizar un trabajo durante unos días, y en los que no percibió prestación por estar empleada. Tampoco tendría sentido obligar a tramitar un expediente de regulación de empleo por una reducción de jornada que obedece precisamente a la extinción de uno de los contratos”.

Sin embargo, sin perjudicar el derecho a la prestación por desempleo de los trabajadores afectados, es posible enfocar la cuestión de fondo con otra perspectiva desde la que no se vislumbran dos contratos de trabajo independientes, sino una única relación contractual modificada, tal y como se desprende del –antes avanzado- voto particular a esta STS de 21 de marzo de 2005 formulado por el Excmo. Magistrado D. Antonio Martín Valverde (al que se adhiere el Excmo. Magistrado D. Luis Gil Suarez).

Concretamente, esta posición discrepante que defiende “la tesis de la integración y absorción en un único contrato de trabajo de las prestaciones de servicios concertadas en virtud de diferentes acuerdos de trabajo a tiempo parcial”, se sustenta en tres razones fundamentales:

-En primer lugar están los argumentos que se califican como de «doctrina general»:

a) Así, desde la perspectiva de la dogmática civilista, contra el voto mayoritario, se entiende que en estas situaciones en que a la actividad laboral inicial se añade una nueva prestación a tiempo parcial nos encontramos ante un supuesto de simple pacto o contrato modificativo de una relación laboral única con un mismo empleador que se mantiene y que afecta al objeto del contrato de trabajo, el cual se amplía a nuevas labores o cometidos profesionales durante un cierto tiempo, y también a una de las condiciones de trabajo: la jornada de trabajo. Con base en lo previsto en los arts. 1203 («variando su objeto o sus condiciones principales») y 1204 del CC («para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituye es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles»), se otorga, pues, prevalencia a una interpretación favorable a la conservación mediante novación de un único vínculo preexistente.

b) Asimismo, se llega a idéntica conclusión desde el enfoque proporcionado por la amplia regulación específica que para el ámbito laboral dispone el ET en sus

arts. 39 a 41, dotando al contrato de trabajo de «una extraordinaria elasticidad» al regular las variaciones de su objeto o de la duración de la jornada de trabajo, (incluso cuando las variaciones del objeto o del tiempo de trabajo son «sustanciales» y potencialmente permanentes, como sucede en los supuestos previstos en el art. 41 ET) como simples vicisitudes o modificaciones de la relación contractual y no como causas de extinción de la misma.

c) Finalmente, se añade que “la elasticidad o capacidad de la relación individual de trabajo de asimilar o integrar variaciones de su contenido se manifiesta también en la propia regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial, que consiente expresamente, sin que ello suponga extinción contractual alguna, la «conversión voluntaria de un contrato de trabajo a tiempo parcial en a tiempo completo y viceversa» art. 12.4. ET”, lo cual no difiere cuando ello se produce mediante variaciones de cometidos.

-En segundo lugar, se ofrece un nuevo argumento que deriva de una aplicación analógica del mecanismo legal previsto para los supuestos de polivalencia funcional en el art. 22.5.2º ET. El legislador, cuando se concierta «la realización de funciones propias de dos o más categorías, grupos o niveles» profesionales, para este supuesto de hecho legal, no opta por la clasificación diferenciada o separada en dos o más categorías, grupos o niveles sino por la atribución de una única categoría, grupo o nivel «en virtud de las funciones que resulten prevalentes». El voto particular entiende que este mismo tratamiento debe ser aplicado tanto en el supuesto directamente contemplado en el art. 22.5. ET como en nuestro caso de enriquecimiento en un momento posterior de las funciones laborales y, por tanto, las prestaciones de servicios que constituyen el objeto del contrato de trabajo podrán ser distintas sin perjuicio de la unidad de la relación contractual.

-Una tercera y última clase de argumentos se ofrecen con base en la manera en que se articula la configuración básica de la relación laboral misma en los

arts. 4.2 y 5 ET. Pues no tiene sentido aplicar entre un mismo empresario y trabajador un régimen dual en materia de derechos y obligaciones y de sus posibles incumplimientos. Pues, por ejemplo, el trabajador estaría así sometido a dos poderes empresariales de dirección totalmente distintos (art. 5.c. ET); a un doble deber y una doble prohibición de no concurrencia con la actividad de la empresa de otros posibles trabajos prestados (art. 5.d. ET); y sus incumplimientos contractuales por obligaciones de conducta afectarían a una sola de las relaciones contractuales paralelas existentes. Es más, habría que aplicar al caso la prohibición de desempeño de dos o más puestos de trabajo en las Administraciones públicas que establece la Ley 53/1984 e, incluso, a efectos de seguridad social, reiterar, las comunicaciones de alta y baja, cuando lo más razonable es simplemente elevar la base de cotización en la parte correspondiente a la remuneración percibida.²⁶⁷

Por otro lado -como ha sido avanzado al principio de este apartado- una controversia similar –que, en cierto modo, supone un desdoblamiento de la misma cuestión de fondo relativa a la opción: admisibilidad de varias prestaciones de trabajo para un mismo empleador o necesidad de que únicamente pueda existir un sola relación laboral entre un mismo trabajador y empresario cualquiera que sea la diversidad de los cometidos que constituyan su objeto- se suscita en los casos de procesos inversos de sucesión de contratistas en los que la obligación de la empresa entrante de subrogarse en las relaciones laborales del contratista saliente tiene como consecuencia la acumulación por cuenta de éste nuevo y único empleador de las distintas jornadas antes prestadas simultáneamente para ambos.

²⁶⁷ En el sentido contrario, manteniendo la existencia de distintos contratos bien diferenciados cabe citar, entre otras muchas, en suplicación, las SSTSJ de Castilla León (Burgos) de 16 de noviembre de 1998 (AS 1998/4477) y del País Vasco de 25 de mayo de 1999 (AS 1999/2626).

A ello se refiere concretamente la **STS de 1 de junio de 2012 (RJ 2012/8324)** –antes citada- en la que, con motivo de una sucesión de contratistas, la empresa multiservicios nueva adjudicataria del servicio externalizado rechazó la subrogación de las correspondientes actividades a tiempo parcial que venían siendo prestadas para el contratista saliente, so pretexto de que ello supondría una vulneración de la jornada máxima legal/convencional, ya que estos mismos trabajadores ya estaban empleados a jornada completa en la propia empresa obligada a la subrogación. El TS desestimó el recurso formulado por la nueva adjudicataria sobre la base de que si la prestación simultánea de dos actividades para distintos empleadores en diferentes centros de trabajo con jornada total acumulada superior la máxima era válida antes de la subrogación, también debe admitirse cuando como consecuencia de ésta el empleador pase a ser uno solo pues, de lo contrario, se estaría perjudicando el objetivo de estabilidad en el empleo perseguido con dicha medida subrogatoria.

Existe, sin embargo, también en este caso, un significativo voto particular en dicha sentencia, formulado por la Excm. Magistrada Maria Lourdes Arastey Sahún, que consideró que no existe en estos casos dicho perjuicio para el empleo de los trabajadores que ya formaban parte de la plantilla de la empresario entrante puesto que no puede hablarse de despido por parte de éste cuando mantienen la relación laboral con el mismo.²⁶⁸

²⁶⁸ *“Este último dato hace de difícil aceptación que el despido derive de quien sigue siendo el empresario de la trabajadora despedida. La solución que alcanza la sentencia recurrida se torna antitética. Conduce a la asunción de la tesis de que las partes de un contrato de trabajo pueden estar ligadas entre sí por dos vínculos contractuales laborales distintos pero simultáneos. Tal sucede al sostenerse que la empresa EULEN es a la vez empleadora a jornada completa respecto de los servicios del centro Sur y ha despedido improcedentemente respecto de los servicios del centro Norte. La decisión de suplicación habrá de implicar, lógicamente, que la empresa mantenga a su trabajadora y, al mismo tiempo, opte entre su readmisión o la extinción indemnizada de la relación (respecto de la que hubiera procedido la subrogación)”.*

El voto particular entiende que, en estos casos en que la nueva adjudicataria de la contrata ya era empleadora del trabajador, caben tres posibilidades: a) *que el trabajador realizara jornada parcial en ambas empresas; en cuyo caso la asunción de la contrata implicará al ampliación de jornada, hasta la suma de las jornadas parciales realizadas; b) que el trabajador realice igualmente jornada a tiempo parcial para las dos empleadoras, pero la suma de ambas supere el límite máximo, en cuyo caso, la subrogación solo podrá ser parcial (tal era el supuesto sobre el que recayó la STS de 15 de enero de 2007, RJ 2007/2042, si bien la Sala no entró sobre el fondo del asunto por falta del requisito de contradicción); y c) que la jornada en la entrante ya fuera a tiempo completo,*²⁶⁹ en cuyo caso la obligación de subrogación de los trabajadores adscritos a la contrata habría de considerarse de imposible cumplimiento respecto de quienes ya fueran trabajadores de la empresa entrante pues, en caso contrario, se correría el peligro de consagrar la desmembración de múltiples jornadas parciales para un mismo empresario bajo la cobertura de contrataciones separadas, eludiendo así las normas sobre límites del tiempo de trabajo. Se añade que *“La obligación de subrogación tiene como presupuesto necesario la inexistencia de vínculo contractual laboral entre los trabajadores adscritos a la contrata y la nueva adjudicataria de la misma. La subrogación implica una novación subjetiva, de carácter modificativo (art. 1203 CC) que afecta a la persona del empresario, manteniéndose el resto de elementos del contrato de trabajo. Tras la novación, el vínculo liga al trabajador con un nuevo*

²⁶⁹ *“Negando que en cualquiera de estos supuestos pueda hablarse de despido por parte de la empresa entrante, las discrepancias derivadas de la jornada resultante tras la asunción de la contrata habrán de ventilarse mediante el procedimiento correspondiente. Sin perjuicio, no obstante, de cual haya de ser la responsabilidad de la empresa saliente en aquellos casos en la subrogación deviene imposible por la concurrencia de ese nexo contractual previo del trabajador con la nueva adjudicataria: (...) en relación a esa particular situación, la empleadora inicial había de seguir asumiendo el nexo contractual -reubicando a la trabajadora en otro centro- o, de entender que concurría causa justificativa, acudir a la vía del despido objetivo con motivo de la pérdida de la concesión administrativa. No haciéndolo así, la ruptura del vínculo constituye un despido improcedente solo imputable a dicha empresa inicial (...).”*

empresario, que debe respetar las condiciones del contrato en el que se subroga. Mas si ese vínculo contractual ya existía, no podrá hablarse de subrogación en la posición empresarial, por más que se amplíe la actividad en que la prestación de servicios consiste, pues el objeto del contrato de trabajo sigue siendo el mismo: la prestación de servicios retribuidos y por cuenta ajena”.

Esta segunda opción, defendida en los dos votos particulares a ambas sentencias comentados, basada en el reconocimiento de la existencia de una única relación laboral entre un mismo empresario y trabajador (por tanto, sólo susceptible de producir reducciones de jornada con motivo de las finalizaciones de las contratatas correspondientes y no extinciones de los hipotéticos contratos diferenciados vinculados a ellas) es la que, a mi juicio, debe guiar más acertadamente el tratamiento jurídico-laboral de estas situaciones. No sólo desde una más correcta interpretación de *lege data* basada en los argumentos expuestos en tales votos particulares, sino también de *lege ferenda*, para la evitación preventiva de eventuales situaciones abusivas en las que sobre la base de la discutible consideración -ya denunciada más arriba- de las contratatas como objeto de los contratos de obra con potencialidad para originar extinciones “artificiales” de éstos, podría abrirse la posibilidad de procesos generalizados de contrataciones de trabajadores por parte de empresas contratistas que no gozando de la consideración de ETT –sin las garantías legales a ello asociadas pero emulando el papel de éstas- podrían ceder sus servicios a distintas empresas comitentes extinguiendo los correspondientes contratos a tiempo parcial de manera cuasi-automática cuando por parte de éstas ya no fueran necesarios, produciéndose de este modo una versión aumentada de la situación rayana con la cesión ilegal de trabajadores a la que me he referido ya en el apartado correspondiente.

Por lo demás, este enfoque, en general, actúa en beneficio de los intereses de los trabajadores afectados, por cuanto en caso de finalización de alguna o algunas de las contratatas a cuya ejecución simultánea éstos pudieran estar

adscritos, las distintas opciones estarían basadas, directa o indirectamente en el consentimiento del trabajador pues, salvo en el hipotético caso de que la suma de las prestaciones a tiempo parcial iniciales no alcanzase la jornada completa, estaría siempre subyacente el principio del art. 12.4.e) ET según el cual la conversión del contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial y viceversa requiere del consentimiento del trabajador. Alternativamente, las posibilidades serían la reducción de jornada bien por el cauce de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo del art. 41 ET (que cuenta con un derecho de dimisión indemnizada por parte del trabajador) o bien, en caso de concurrir causa objetiva suficiente para ello, por la vía de las reducciones temporales de jornada introducidas en el art. 47.2 ET por las reformas laborales de 2010 y 2012 (con derecho a prestación por desempleo)²⁷⁰ e incluso, en el caso de que la pérdida de la contrata tenga

²⁷⁰ En cumplimiento de lo previsto en el art. 12.4.e) ET, la jurisprudencia, desde antaño, ha vedado la transformación del contrato de trabajo de jornada completa en a tiempo parcial si no media acuerdo de las partes, sin que dicha conversión pueda venir impuesta por convenio colectivo ni sea posible sustituir el consentimiento individual del trabajador por un acuerdo de empresa con los representantes legales de los trabajadores (SSTS de 21 de julio de 1992, RJ 1992/5645, 11 de abril de 2005, RJ 2005/4060 y 14 de mayo de 2007, RJ 2007/5084, entre otras). Por su parte, las SSTS de 15 de octubre de 2007 (RJ 2007/9308) y 7 de octubre de 2011 (RJ 2011/7340) partieron de la diferenciación, por un lado, de la conversión de un contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial (entendido como una *“modalidad contractual muy compleja en la que existen elementos, como la regulación de la horas complementarias por ejemplo, que alejan esta figura contractual enormemente de la que se lleva a cabo a tiempo completo”*) la cual requiere en todo caso del consentimiento del trabajador y, por otro lado, la simple reducción de jornada de un contrato a jornada completa sin cambio de esta última modalidad contractual (*“la mera reducción de la jornada hasta situarla en valores inferiores a los que corresponden a la jornada a tiempo completo comparable no basta para calificar, cuando no existe la conformidad del trabajador, la nueva situación resultante de contrato a tiempo parcial”*) que podría mediar sin consentimiento directo del trabajador -como en estas sentencias referidas a supuestos anteriores a la reforma de 2010- por la vía de la modificación sustancial de condiciones de trabajo -o por la vía del art 47. 2 ET tras dicha reforma- cuando la reducción temporal de jornada se adopta por la empresa como reacción ante una reducción del volumen de actividad de la empresa cliente de la contrata de limpiezas en que los trabajadores prestaban servicios, al entender que no se estaría ante una novación de un contrato de trabajo a tiempo completo en contrato a tiempo parcial, sino ante una medida coyuntural de reducción de jornada por necesidades de la empresa, conservando el contrato su carácter de contrato a jornada completa.

suficiente significación sobre la situación a largo plazo de la empresa en su conjunto, podría argumentarse como base para una extinción de contrato por causas objetivas, ex art. 51 y 52c) ET, pero percibiéndose, en todos los supuestos descritos en los que se terminara llegando a la resolución/extinción del contrato, indemnizaciones de -como mínimo- 20 días de salario por año trabajado, en lugar de los 12 días por año que corresponderían en el caso aceptarse la validez de las extinciones de los contratos de obra a tiempo parcial que se hallaran vinculados a las contrataciones que hayan finalizado.²⁷¹

Muy representativa de lo dicho resulta la **STS de 26 de abril de 2013 (RJ 2013/4767)** que viene referida a un caso en el que se enjuiciaba la validez de una extinción por causas objetivas originada por la finalización de una contrata que afectaba sólo a parte de la jornada del trabajador.

La sentencia se plantea, en primer lugar, si en estos casos en que la actividad del trabajador se encuentra distribuida entre dos contrataciones distintas es posible evitar la pérdida de empleos mediante otro tipo de medidas de flexibilidad

²⁷¹ Únicamente, aparecería como más ventajosa la situación de aquellos trabajadores cuya jornada conjunta resultante de los diversos contratos a tiempo parcial que se prestaban inicialmente no alcanzase la duración acumulada necesaria para considerarse trabajador a tiempo completo y, por tanto, no jugando el principio del art. 12.4.e) ET y no pudiendo oponerse a la reducción de jornada, en caso de no estar conformes, como contrapartida de la percepción de dicha indemnización superior se verían abocados a la extinción total del contrato y a la pérdida de todas las prestaciones de trabajo que desarrollaban para un mismo empresario por razón de las distintas contrataciones, mientras que en otro caso hubieran percibido una indemnización inferior pero manteniendo las actividades restantes. A la vista de lo dicho, cabe resaltar que la opción interpretativa aquí defendida es, a mi juicio, de *lege data* la más ajustada al conjunto normativo vigente, y también desde una perspectiva finalista, con carácter general y en abstracto, la más garantista en relación a los derechos de los trabajadores, sin perjuicio de que descendiendo a los supuestos de hecho concretos – como se ha visto- desde el punto de vista de los criterios de oportunidad, el juicio sobre el carácter más o menos ventajoso de una u otra opción estará sujeto a una casuística infinita, puesto que siempre dependerá del peso y retribución que en cada caso tengan las actividades que finalizan respecto de las que se mantienen en comparación con el montante de las indemnizaciones que se percibirían.

interna por parte de la empresa.²⁷² Así, tras recordar que la conversión del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial exige la voluntariedad del trabajador (con cita del art. 12.4.e) ET y de la STS de 14 de mayo de 2007, RJ 2007/5084) la sentencia constata que se verificó que la empresa hizo oferta al trabajador buscando *“el acuerdo de voluntades para efectuar esa conversión, lo que no pudo hacerse por negativa del propio trabajador. Por consiguiente, no cabía al empresario utilizar la medida de la modificación sustancial de condiciones del art. 41ET -que, de haber sido legalmente posible, de no ser aceptada por el trabajador, hubiera llevado al mismo efecto de la extinción contractual indemnizada-“* y, finalmente, una vez descartado lo anterior, concluye que la pérdida de uno de los clientes de la empresa sí que supone un descenso del volumen de actividad que, según la jurisprudencia precedente –aquí ya estudiada en el apartado anterior- (SSTS de 14 de junio de 1996, RJ 1996/5162; de 7 de junio de 2007, RJ 2007/4648; 31 de enero de 2008, RJ 2008/1899; 12 de diciembre de 2008, RJ 2009/256; 16 de septiembre de 2009, RJ 2009/6157 y 16 de mayo de 2011, RJ 2011/4879), es susceptible de ser considerada un motivo suficiente para la extinción del contrato de trabajo por causa objetivas.

²⁷² Pese a reconocer que, en general, la doctrina consolidada del TS sobre la materia tiene sentado que el art. 52c) ET no impone al empresario la obligación de agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador en la empresa y que no está obligado a destinar al trabajador a otro puesto vacante, citando respecto a ambos aspectos la STS de 7 de junio de 2007 (RJ 2007/4648).

1.1.6. Propuestas y tratamientos alternativos de la cuestión

Al hilo de las consideraciones efectuadas en los puntos anteriores surgen - ahora desde una perspectiva más general- en orden a determinar qué incidencia pueden tener la contrata y su duración sobre la vigencia del contrato de trabajo, dos sugestivas posibilidades alternativas, pues, por un lado –como hemos visto- la jurisprudencia del TS se refiere con no poca frecuencia a la posibilidad, con importante base jurídica en el art. 49.1.b) ET, de incorporar las finalizaciones de contrata a contrato de trabajo a modo de condiciones resolutorias y, de otro lado, de manera predominante, se vislumbra una importante tendencia jurisprudencial a canalizar tales finalizaciones o reducciones de contrata por la vía de los art. 51.1 y 52c) ET, como causas objetivas de extinción del mismo.

1.1.6.1. Admisibilidad del fin de la contrata como cláusula resolutoria pactada individualmente en contrato de trabajo

En cuanto a la posible cobertura de estos supuestos fácticos a través de un contrato indefinido con cláusula resolutoria (art. 49.1.b ET) referenciada a la finalización de la contrata, ya he dicho más arriba que la configuración con que legalmente el art. 15.1.a) ET diseña el contrato por obra o servicio determinado (obras o servicios con duración limitada pero en principio incierta) determina que éste, bajo mi punto de vista, sólo pueda ser comprensivo de términos o plazos resolutorios inciertos pero no de los ciertos (como son las más de las veces los que resultan de las fechas prefijadas en que finalizan las contrata) ni de condiciones resolutorias.²⁷³

²⁷³ Véanse más arriba los comentarios a la STS de 17 de junio de 2008 (RJ 2008/4229). Siguiendo a esta última es posible recordar que, como es bien sabido, de acuerdo con la teoría civilista, es posible distinguir entre: a) Término o Plazo Cierto: en

Ello no obstante, el art. 49.1.b) ET, sí que parece permitir, con el límite de que no sean abusivas, acordar cualesquiera cláusulas constitutivas de un término cierto, incierto o de condiciones resolutorias que determinen la extinción de un contrato indefinido, pues se refiere genéricamente a cualesquiera “*causas consignadas válidamente en el contrato*” y no sólo a las de tipo condicional, como habitualmente suele entenderse. Por tanto, la virtualidad del fin de las contrataciones para extinguir el contrato de trabajo, aun cuando no sea posible encauzarla a través del contrato por obra o servicio determinado, parece, en principio, contar con una vía alternativa –la del art. 49.1.b) ET- que, además, también cuenta con cierto apoyo jurisprudencial. En este sentido cabe referirse, entre otras, a la STS de 10 de junio de 2008 (RJ 2008/5149) ya estudiada más arriba.

Asimismo, la **STS de 28 de febrero de 1996 (RJ 1996/2738)** se refiere expresamente a la posibilidad aquí estudiada al derivar la naturaleza temporal del contrato de trabajo no necesariamente del carácter de la actividad laboral convenida sino de la circunstancia de tiempo que expresamente se estipula. De este modo, en un supuesto de desarrollo de actividades de limpieza en una residencia por cuenta del Ayuntamiento de Vitoria, entiende esta STS que aunque dicha actividad no reunía todos los caracteres exigidos legalmente para

el cual el hecho que determina la extinción del contrato es cierto que tendrá lugar y se sabe cuándo tendrá lugar (*certus an et certus quando*). Este será normalmente el caso de las contrataciones respecto de las cuales se suele saber previamente que finalizarán y cuando lo harán; b) Término o Plazo Incierto: en el cual el hecho que determina la extinción del contrato se sabe que tendrá lugar pero no cuando ocurrirá (*certus an et incertus quando*). Este es el supuesto típico del contrato por obra o servicio determinado cuyas obras o servicios deben tener una duración limitada pero en principio incierta; c) Condición Resolutoria: No se sabe si el hecho que determina la extinción del contrato tendrá lugar ni, en su caso, cuando ocurrirá (*incertus an et incertus quando*). Es el supuesto al que tradicionalmente se considera referido el art. 49.1.b) ET pero, a mi juicio, nada en él –a diferencia del art. 15.1.a) ET que sí se circunscribe claramente al segundo tipo- obliga a entenderlo restringido necesariamente a un solo tipo de cláusulas.

el contrato por obra o servicio determinado, el hecho de que en una de las cláusulas de los contratos se especificase que esta actividad se desarrollaría *“mientras se realiza un estudio de organización y de forma de gestión”* permite considerar válidamente extinguidos los contratos, con base en el art. 49.1.b) ET, al conceptualizar esta última como una auténtica condición resolutoria.

A juicio de esta STS es posible incluir este tipo de condiciones en el contrato como causa de extinción dado que el art. 49.1.b) ET establece que el contrato de trabajo puede extinguirse *“por las causas consignadas válidamente en el contrato, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario”*. En mi opinión esto último resulta evidente, dado el tenor literal de la ley, pero lo que me parece enormemente relevante es el razonamiento por el cual se hace derivar de ello la naturaleza temporal del contrato. Como ha sido reconocido de forma generalizada –y ya se hizo referencia a ello al comienzo de esta tesis- nuestro ordenamiento jurídico-laboral establece, por principio, el carácter indefinido del contrato de trabajo con las únicas excepciones que se prevén por aquél expresamente, sin que parezca que esta cuestión se deje a disposición de las partes.

Sin embargo, una interpretación como la ofrecida por la sentencia que ahora se estudia abre la puerta para que éstas puedan estipular contratos temporales en cualquier caso mediante la inclusión de cualesquiera condiciones resolutorias o términos en los correspondientes contratos. Entender -con la única salvedad de los casos abusivos- que las partes pueden pactar libremente las causas de terminación del contrato parece que supone reconocer (como también derivaría de la extinción de mutuo acuerdo prevista en el art. 49.1.a) ET) a la autonomía de la voluntad de las partes una disponibilidad sobre los preceptos laborales quizás impropia del carácter tuitivo del Derecho del Trabajo (en este sentido operan los arts. 3.1.c) y 3.5. ET), de modo que seguramente debería tenerse muy presente la limitación legal impuesta por la ley en relación a las cláusulas abusivas.²⁷⁴

²⁷⁴ BALLESTER PASTOR, M^a. A., (Págs. 399-402 de “El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación

Así pues, a juicio de esta sentencia (“*La actividad laboral asumida por las demandantes en sus respectivos contratos no reunía todos los caracteres expresados en la norma transcrita, pero ello no es de suyo suficiente para fundamentar la postulada naturaleza indefinida de tales relaciones contractuales*”) el hecho de que la actividad convenida no quede comprendida en alguno de los supuestos de contratación temporal previstos legalmente ya no daría lugar, necesariamente, a reconocer a la relación laboral el carácter general residual indefinido que hubiéramos podido presumir apriorísticamente sino que hay que atender antes a lo expresado por la voluntad de la partes. La sentencia ahora estudiada se apoya para un paso tan trascendente en la doctrina contenida a este respecto en las SSTs de 24 de julio y 7 de noviembre de 1995 (RJ 1995/6334, RJ 1995/6335, RJ 1995/8252 y RJ 1995/8673) las cuales vienen referidas a supuestos en los que el contrato fue configurado inicialmente como por obra o servicio determinado y en las que el TS terminó reconociendo la naturaleza temporal del contrato por resultar evidente que lo que realmente pretendió acordarse era un contrato de interinidad al haberse pactado su finalización con la incorporación del trabajador sustituido titular de la plaza pendiente de provisión definitiva. Sin embargo, en mi opinión, en estas

temporal estructural, en la obra colectiva *Descentralización Productiva y Protección del Trabajo en Contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000) resalta que, el art. 49 ET que, hasta entonces, no había tenido más funcionalidad que la de sintetizar las distintas causas de extinción del contrato de trabajo recogidas en otros preceptos estatutarios, pasa, a partir de esta STS, a través de la condición resolutoria del apdo. 1.b) de dicho artículo, a acumular a los supuestos de contratación temporal previstos en el art. 15 ET, todos los que, sin suponer abuso de derecho por parte del empresario, tengan a bien estipular las partes. Para la autora, este paso no sólo supone la admisibilidad por esta vía de contratos de obra para la cobertura de contratas, sino que implica también la consolidación de un proceso más general de descausalización de la contratación temporal, que dota de mayor protagonismo, en este orden, a la valoración de los Tribunales e incrementa el papel, a estos efectos, de la negociación colectiva, con la consiguiente minoración de la seguridad jurídica e incremento de criterios de oportunidad a la hora de apreciar la concurrencia de causa, incrementando la crisis del principio “pro operario”. La autora denuncia, asimismo, que la interpretación de esta sentencia entraría en conflicto con las reformas que, en aquel momento, trataron de poner fin, por su causalidad difusa, a figuras contractuales tales como el contrato de lanzamiento de nueva actividad, el cual -según la autora- hubiera encajado perfectamente en el supuesto de hecho enjuiciado por esta sentencia.

últimas sentencias la *ratio decidendi* del TS para mantener la naturaleza temporal del contrato no es propiamente la existencia de una condición resolutoria sino el hecho de que habiéndose producido un error de calificación por las partes (ya nos hemos referido en otro momento al principio jurisprudencial de la irrelevancia de la denominación del contrato por las partes) la inclusión de la cláusula de extinción al tiempo de la reincorporación del trabajador sustituido evidenciaba que el contrato era temporal no por la simple voluntad de las partes sino porque éstas habían acordado realmente otra modalidad de contrato temporal sí regulada legalmente, esto es, un contrato de interinidad.

Así, la STS de 24 de julio de 1995 (RJ 1995/6334) establecía: “(...) *mera irregularidad formal, el acogimiento a la modalidad contractual para obra o servicio determinados por la que optaron las partes, sin que dicha opción, formal tan sólo, dado que las cláusulas pactadas desvelaban el carácter interino de la relación laboral que constituía, pudiera generar la fijeza que declara la sentencia recurrida, impropia de un contrato pactado como temporal, en el que concurría causa suficiente para desarrollarse con mantenimiento de tal carácter. Así lo ha declarado esta Sala, ante supuesto coincidente, en Sentencia de 17 mayo 1995 (RJ 1995/4445), sentando doctrina que siguen otras posteriores y que ahora se reitera*”. Parece, pues, que el alcance de lo que esta sentencia pretende expresar no sea seguramente tanto como el que la STS de 28-02-1996 pretende atribuirle pues, solamente, viene a decir que el contrato no es de obra o servicio determinado pero que tampoco es indefinido porque está claro que es de interinidad.

En cualquier caso, como indica VICENTE PALACIO,²⁷⁵ incluso sin la modificación de la reforma de 2001 sobre el art. 52 ET, la configuración legal

²⁷⁵ “La dotación presupuestaria como justificativa de los contratos para obra o servicio determinado en perjuicio de la contratación fija discontinua...”, ob. cit.

del contrato por obra o servicio determinado como un contrato sujeto a término resolutorio (aunque se trate de un término incierto) y no a condición resolutoria,²⁷⁶ asimila claramente más esta situación de incertidumbre que genera la prestación de un servicio cuya pervivencia está condicionada a que no acontezca la pérdida de la consignación presupuestaria que lo sufraga a la de un contrato indefinido sometido al cumplimiento de una condición resolutoria, incierta en sí misma, que a la de un contrato como el de obra que debe estar sometido a un término cierto en sí mismo, aunque incierto en cuanto al momento de producirse.

El propio TS, en su paradigmática **sentencia de 15 de enero de 1997 (RJ 1997/497)** hace un gesto en favor de esta posibilidad al referirse, como destaca FITA ORTEGA, F.,²⁷⁷ a que la limitación temporal que impone la contrata a la

²⁷⁶ Véase, asimismo, MIRÓN HERNÁNDEZ, M.M., de “El endurecimiento de la contratación temporal”, ob. cit., pág. 99.

O también BALLESTER PASTOR, M^a. A., (Págs. 399-402 de “El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural, en la obra colectiva *Descentralización Productiva y Protección del Trabajo en Contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000), en relación a la STS de 28 de febrero de 1996 (RJ 1996/2738).

²⁷⁷ “El contrato de obra o servicio determinado vinculado a la contrata o subcontrata”. Ob. cit. Como señala el autor -con el telón de fondo de la duda sobre la admisibilidad para estos supuestos del contrato por obra o servicio determinado- la citada sentencia ofrece la posibilidad de cláusulas resolutorias del contrato de trabajo, configuradas como un término atípico, pensando en las contrataciones que se conciertan por un tiempo limitado sin concreción de una fecha de finalización exacta y para las que no resultará habitual la posibilidad de introducción de condiciones resolutorias que, por definición, quedan referidas a hechos cuya incertidumbre afecta no sólo al cuándo (*incertus quando*) sino también a la producción del hecho en sí misma (*incertus an*). Esto último, sin embargo, sí que parece más plausible para el caso de actividades públicas sometidas a consignaciones presupuestarias cuya pervivencia, en principio, no tenga por qué estar sometida a duda, si bien para estos casos, lo más procedente será, más claramente a partir de la introducción por la reforma de 2001 del apdo. e) en el art. 52 ET, la extinción por causas objetivas del contrato.

necesidad de trabajo para el empresario es, como dice el propio Tribunal, “(...) *-es importante subrayarlo- una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible (...)*”. De este modo, la citada sentencia, con apoyo expreso en la ya comentada STS de 28 de febrero de 1996 (RJ 1996/2738), terminará reconociendo que, aún cuando no fuera aplicable el contrato por obra o servicio determinado en estos supuestos, el contrato de trabajo podría extinguirse válidamente por la vía del art. 49.1.b) ET, haciendo operar la vigencia de la contrata como una condición resolutoria previamente conocida por las partes.

De alguna forma, conceptuado el contrato por obra o servicio determinado como un contrato sometido a una circunstancia objetiva (la finalización de la obra o servicio que le sirven de objeto) y no a la voluntad de las partes,²⁷⁸ se articularía, de este modo, una suerte de extensión de la configuración de este contrato a estos otros supuestos siempre que la finalización de la contrata sea un hecho objetivo y no determinado por la mera voluntad de una de las partes del contrato.²⁷⁹

²⁷⁸ AGIS DASILVA, M.: “La interpretación jurisprudencial del objeto del contrato para obra o servicio determinado”, *Revista de Derecho Social*, núm. 3, págs. 130 y 131.

²⁷⁹ FITA ORTEGA, F. en “El contrato de obra o servicio determinado vinculado a la contrata o subcontrata”. Ob. cit., cita estos efectos, la STS de 8 de junio de 1999 (RJ 1999/5209) pero, junto con BALLESTER PASTOR, M^a. A., (“El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata”, ob. cit.), se muestra en contra de esta posibilidad, al considerarla –con apoyo en el texto de la STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002/5990)- una elusión del art. 15 ET y de las demás normas reguladoras de la contratación temporal. Para los autores citados, admitir que se pueda configurar por la autonomía individual la extinción de contratos de trabajo por medio de la estipulación libre de términos atípicos supondría evitar la efectividad de la regulación típica del contrato a término contenida en el art. 15.1.b) ET, sobre la base de una controvertida aplicabilidad del art. 49 ET que, “*hasta tiempos recientes no habría tenido más funcionalidad que la de sintetizar las causas de extinción contractual contenidas en otros apartados del texto estatutario*”.

En un sentido parecido, MARÍN CORREA, J. M^a. (“La contratación temporal”. Ob. cit., págs. 54-55), se refiere a que, de esta forma, se establece una difuminada identidad entre esta posibilidad y la eventualidad por necesidades de la producción cuyas cautelas legales (acreditación de necesidad, temporalidad, y duración máxima dentro

De cualquier modo -con una visión más general- a los efectos que al objeto de este capítulo interesan, de poder aceptarse la opción que se analiza en este apartado habría que concluir que, aun cuando no pudiera aceptarse la virtualidad de las contrataciones en sí mismas para constituir la obra o servicio objeto de un contrato de trabajo de duración determinada de los previstos en el art. 15.1.a) ET, ello no obstante, sería posible formalizar contratos con una duración coincidente con la de la contrata mediante la inclusión en ellos de una cláusula resolutoria que condicionara la extinción del contrato al hecho de que acontezca la finalización de la contrata, en virtud de lo dispuesto en el artículo 49.1.b) ET, con la única limitación -asimismo prevista en dicho artículo- de que tales cláusulas no sean abusivas.

Dada la importancia de esta posible conclusión parece interesante, pues, detenerse en lo relativo a los requisitos que determinan que estas cláusulas puedan ser entendidas como abusivas y, más ampliamente, en la operatividad con carácter general de la extinción del contrato de trabajo por voluntad de las partes.

De todo ello se ocupa específicamente la más reciente **STS de 3 de febrero de 2010 (RJ 2010/1433)**. De esta sentencia se pueden extraer, en primer lugar, en relación a las cláusulas abusivas, algunos criterios generales aportados por otras sentencias anteriores que cita. Así:

de un período de referencia) vienen sustituidas por la objetivación de la causa de la necesidad temporal que determina la duración limitada de la contrata o concesión. Pero este autor sí se muestra favorable a esta posibilidad, haciendo hincapié -como la jurisprudencia que sirve de base a esta opción- en la convicción que tienen las partes (incluido el trabajador) que pactan la extinción del contrato de trabajo a la finalización de la contrata en que la temporalidad de la circunstancia es causa natural del contrato. Y así, señala "(...) que la naturaleza de las cosas no puede ser desvirtuada por una interpretación del ordenamiento enfrentada con dicha naturaleza; por lo que la temporalidad del contrato no puede desconocerse cuando, a la luz del apartado b) del núm. 1 del art. 49 del ET, la voluntad concorde de las partes haya introducido una cláusula de temporalidad lícita, incluso apartándose de las fórmulas del apartado c) del mismo número y precepto". Como señala el autor, si esta circunstancia es conocida por el trabajador en el momento de contratar, no se desecha por el TS la invocación de la buena fe contractual como motivo de una duración determinada del contrato así establecido.

- La STS de 25 de octubre de 1989 (RJ 1989/7437) entiende que "(...) *una cláusula condicional potestativa que remite a la mera voluntad unilateral del empresario, sin expresión de causa, la decisión de dar por terminada la relación de trabajo no puede considerarse entre las «consignadas válidamente en el contrato» en el sentido del art. 49.2 ET, ni siquiera con la contrapartida de una apreciable compensación económica*".

- La STS de 3 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7996) admite cláusulas resolutorias relacionadas con la obtención de autorizaciones administrativas por el trabajador.

- La STS de 23 de febrero de 1990 (RJ 1990/1215) establece que resultan admisibles las cláusulas resolutorias que vinculan el mantenimiento del vínculo contractual al logro de determinados objetivos, siempre que en la fijación de éstos exista proporción.

- La STS de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008/1895) se refiere como cláusulas abusivas a las que supongan "*un desequilibrio de derechos y obligaciones y un perjuicio desproporcionado y no equitativo al trabajador (...)*".

- Esta STS de 3 de febrero de 2010 añade a los criterios anteriores que "*(...) el principio de la autonomía de la voluntad que el art. 49.1 b) ET consagra (en línea aquí con el art. 1255 del Código Civil) cede necesariamente en estos casos, en consonancia con lo dispuesto en los arts. 7.2 y 1115 del Código Civil; el segundo de los cuales señala que <<cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula>>*". "*La validez de la cláusula habrá de predicarse cuando el hecho que sirve de condición resolutoria no quede totalmente fuera de la propia voluntad o actividad del trabajador*".

"Resulta cláusula abusiva aquella que se apoya en una circunstancia sobre cuya concurrencia no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador y sí, en cambio, la de la empresa. Ello ha de ser así porque en el concepto de abuso está ínsito un desequilibrio importante afectante a la parte débil del contrato".

Concretamente, la sentencia de 3 de febrero de 2010 trata de enjuiciar la licitud de una cláusula resolutoria introducida en los contratos indefinidos de un grupo de trabajadores de una empresa del sector de la alimentación en la que se condicionaba la extinción del contrato, de acuerdo con el art. 49.1.b) ET, a la finalización o resolución anticipada de un acuerdo verbal de suministro de productos para un cliente, dando lugar dicha extinción, caso de producirse, a una indemnización de nueve días por año trabajado con un mínimo de 300 €.

En este caso, el TS entiende que la afectación que la eventual pérdida de algún cliente o pedido pueda tener sobre el contrato debe ser la prescrita para el despido por causas objetivas por el art. 52 c) ET si concurren los requisitos en él previstos, así que lo que se hace con la cláusula en cuestión es eludir los efectos económicos previstos en la ley sustituyéndolos por una indemnización distinta y notoriamente inferior. Por ello, la sentencia considera que establecer una cláusula tal en un contrato indefinido desnaturaliza este contrato y, por ello, resulta abusiva.

Ello no obstante, la sentencia considera que de no ser por la indefinición en cuanto a la asignación del trabajador a los pedidos de los productos de cuya perduración dependía la vigencia del contrato, la cual *"la empresa parece atribuir al azar"*, agravada por la forma verbal en que los pedidos se realizan y que impide delimitar documentalmente la obra o servicio, este supuesto reuniría las condiciones ideales para su canalización a través de un contrato por obra o servicio determinado vinculado a contrata, en los términos en que esta figura ha sido modelada por la doctrina consolidada contenida en las sentencias –que cita- de 10 de junio de 2008, 15 de enero de 1997, 8 de junio de 1999, 20 de noviembre de 2000, 26 de junio de 2001, 14 de junio de 2007, 17 de junio de 2008 y 17 de julio de 2008.

Desde mi perspectiva, salvo en lo referido a la consideración final en cuanto a la falta de garantías que deriva de la falta de forma escrita del contrato mercantil cuya finalización determina la extinción del contrato de trabajo, así como de la indefinición respecto a la atribución del trabajador a los pedidos que

de aquél se derivan, prácticamente en todo lo demás disiento de esta sentencia.

Bajo mi punto de vista, es difícil comprender que la cláusula analizada se considere abusiva por entenderse que con la misma se pretende eludir la indemnización de 20 días por año trabajado prevista en el art. 52 c) ET rebajándola, de este modo, a los 9 días que se habían pactado y que, a continuación, se afirme que en lugar de en un contrato indefinido (aplicando la doctrina que sostiene que los contratos han de ser calificados según su contenido y no según la denominación que le confieran las partes), de no ser por los problemas de indefinición mencionados, este supuesto tendría que haberse encuadrado en un contrato por obra o servicio determinado, cuando en tal caso a su fin se hubiera generado derecho a una indemnización de -en aquel entonces-, únicamente, 8 días por año trabajado (esto es, incluso menor que la acordada en la cláusula discutida). Ello resulta más difícil de asumir aún si se tiene en cuenta que, de acuerdo con la opinión mantenida en esta tesis, la contrata en cuanto tal no es equiparable a la obra o servicio a que se refiere el art. 15.1.a) ET sino que hay que estar en cada caso a la actividad concreta que se ejecuta y, en este sentido, tampoco parece comprensible que se cite y reproduzca por esta sentencia, en apoyo de su razonamiento, el texto de la STS de 17 de junio de 2008 (RJ 2008/4229) la cual configura el contrato por obra o servicio determinado como sujeto a un plazo resolutorio pero no a condiciones resolutorias.

Precisamente, a mi juicio, es fuera del contrato por obra o servicio determinado (cuando ya no es necesario estar sujeto a los requisitos en cuanto a la incerteza de la duración de la actividad y a los demás condicionantes exigidos por el art. 15.1.a) ET para la formalización de tal contrato temporal) dónde, en su caso, cabría plantearse la introducción de términos o de condiciones resolutorias vinculadas a la pervivencia de contratas en la medida en que ahí existe más juego para ello, y me parece que encaja a la perfección y sin obstáculos el texto de la STS de 15 de enero de 1997 (RJ 1997/497) cuando decía que *“existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la*

empresa y objetivamente definida y ésta es -es importante subrayarlo- una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste”.

Sin embargo, paralelamente, el art. 49.1.b) ET se presenta, peligrosamente, mucho más amplio y abierto y, por tanto, necesitado del complemento que proporcionan los criterios jurisprudenciales de equidad cuando para los contratos indefinidos (hay que entender con la corriente mayoritaria y pacífica que no se admiten más causas de contratos temporales que las legales pues el principio general en nuestro sistema es el contrato indefinido y las excepciones tasadas los contratos temporales)²⁸⁰ prevé la posibilidad de extinguirlos al cumplirse las causas consignadas válidamente por los contratantes y establecer, para este caso, la necesidad de evitación del abuso de derecho por parte del empresario que pudiera favorecer precisamente la falta de definición objetiva del contrato, a cuyo efecto sí que resultaría enormemente útil completar con la aplicación de los criterios jurisprudenciales elaborados en esta materia por el TS. En este sentido, junto a los criterios generales para la valoración de la abusividad señalados en esta sentencia de 3 de febrero de 2010 (RJ 2010/1433), sería de gran interés tener en cuenta, a estos efectos, el conjunto de reglas -estudiadas en esta tesis- resultante de la doctrina judicial tradicional sobre el contrato de obra vinculado a la contrata; básicamente, la no consideración como equivalentes a la finalización de la contrata, a estos efectos, de los supuestos de imputabilidad al contratista-empleador de la decisión finalizadora de la misma,²⁸¹ ni de las reducciones parciales de la

²⁸⁰ SSTs de 17 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2028 y RJ 2002/2116), de 7 de marzo de 2003 (RJ 2003/4499), 30 de junio de 2005 (RJ 2005/7791) y 4 de octubre de 2007 (RJ 2008/696).

²⁸¹ Como señalaba la STS de 14 de junio de 2007 (RJ 2007/5479), la finalización del contrato de trabajo no puede hacerse depender de la voluntad de una sola de las partes pero cabe preguntarse por la validez de un acuerdo de ambas que, a través del art. 49.1 b) ET, quedase plasmado inicialmente en el texto del mismo, el cual, desde

actividad con pervivencia real de la contrata o los casos de continuidad por medio de nuevas contrataciones en favor del mismo contratista o adjudicatario. En la medida en que en el análisis de la jurisprudencia que las genera he considerado superfluas y desvirtuadas tales reglas para el ámbito de un contrato, como el de obra o servicio determinado, definido objetivamente y con precisión por ley en base a la conclusión real de una u otro, cobrarían, fuera del ámbito de esa concreta modalidad contractual, un enorme valor, utilidad y aprovechamiento.

De acuerdo con lo expuesto por el momento y con los condicionamientos advertidos, no parece descabellada esta opción analizada en el presente apartado, sin que con ello pueda entenderse que se esté desnaturalizando el contrato de trabajo indefinido para convertirlo en temporal (como se afirmaba, según la STS de 3 de febrero de 2010, en el 21º párrafo del Fundamento de Derecho 3º de la sentencia recurrida) pues el contrato indefinido no es aquel que no tiene fin sino aquel que, a diferencia de los contratos de duración determinada, no tiene una causa de extinción prefijada por la ley (art. 15 ET). Afirmar lo contrario sería como decir que los contratos indefinidos que llegaron a su fin por alguna de las causas legales (despido disciplinario, colectivo, por causas objetivas, etc.) por el mero hecho de haberse extinguido fueron, en realidad, temporales.

Hay que recordar, que el contrato de trabajo indefinido, en sus orígenes, podía extinguirse en cualquier momento por la sola voluntad de las partes y que con el tiempo se fueron introduciendo causas de extinción para evitar situaciones

luego, debería contar con el límite de que no tratase de configurar un nuevo contrato temporal no previsto legalmente (esto es, que sea indefinido) y que no constituyera abuso de derecho por parte del empresario. Bajo estas condiciones, tal vez sí sería posible plantearse acordar cláusulas resolutorias de contratos indefinidos vinculadas a la ejecución de contrataciones y, aplicando la doctrina introducida por las SSTS de 8 de junio de 1999 y de 14 de junio de 2007, entre otras, considerar abusiva a estos efectos la finalización de tales contrataciones si ésta se produce por mutuo acuerdo de los empresarios que la suscribieron.

abusivas²⁸² pero la única diferencia con los contratos de duración determinada es que no tiene una causa previamente asignada por ley sino que aquél pervive

²⁸² Originariamente, en la regulación civil y mercantil propia del contrato de arrendamiento de servicios y de la relación comerciante/dependientes, el *despido ordinario* era el despido libre, sin causa, por la simple voluntad de las partes. La relación de trabajo se entendía como indefinida en el sentido de no tener un término o fin fijado de antemano y, por tanto, podía finalizar en cualquier momento por la sola voluntad de las partes con el solo requisito de la exigencia de un preaviso sustituible por el abono de los salarios correspondientes a los días no preavisados. Esta concepción del despido se fundamentaba en la garantía de la libertad individual pues se trataba de asegurar la temporalidad de la relación y evitar que se perpetuara. Del mismo modo que en el arrendamiento de bienes la temporalidad garantizaba el derecho de propiedad en el de servicios aquella tutelaba la libertad humana. Por contraposición, el *despido extraordinario* era aquél menos frecuente en el que se exigía causa y que tenía su medio natural en el contrato de duración determinada ya que habiéndose preestablecido un término o fin era necesario alegar la causa que justificase la extinción de la relación previa a uno u otro (arts. 1586 Código Civil y arts. 299 y 300 del Código de Comercio). Pese a que debía existir una causa para la validez del despido extraordinario con el tiempo, en la práctica, comenzó a admitirse el despido injustificado a cambio de una indemnización lo cual alcanzó consolidación a nivel formal con el RD de 30 de Julio de 1928. Éste dotó de validez civil a dicho despido injustificado -sin causa- pudiendo recurrirse ante Comités Paritarios con facultades para llevar a que el trabajador fuera readmitido, salvo que ya estuviese colocado, o para obligar al abono de indemnizaciones.

A finales de la Monarquía y justo antes del advenimiento de la II República la Teoría del Despido Ordinario Abusivo (de inspiración francesa) tuvo recepción en nuestro país comenzando a aplicarse en los casos de decisiones arbitrarias del empleador y - lo que es más importante- para evitar la consideración como arbitrario de un despido comenzó a exigirse la existencia de un *motivo legítimo*. En las decisiones del Ministerio de Trabajo comenzó así a distinguirse dentro de aquellos motivos legítimos entre *subjetivos* (normalmente incumplimientos del trabajador) y *objetivos* (relativos al trabajo o a la empresa).

La Teoría del Despido Ordinario Abusivo encontró acomodo legal en la normativa de la II República y pasó a exigirse para el despido en la relación de trabajo de duración indefinida la existencia de *justificación* de modo que se equiparaba en ello a la extinción de la relación de la duración determinada y se dotaba a ambos casos de un tratamiento jurídico unitario que se formulaba en forma negativa, esto es, sobre la base del concepto de despido injustificado. (Véase Rodríguez-Piñero, Miguel: “El Despido en el Derecho de la II República” en AA .VV., Libro Homenaje al Profesor Giménez Fernández, Sevilla, 1967 y “El régimen Jurídico del despido (II); Leyes de contratos de Trabajo y de Jurados Mixtos”, Revista de Política Social. 1968. Nº 77).

indefinidamente -pero no perpetuamente- en tanto no concurra una de las causas de extinción que le puedan ser aplicables (o aunque no concurriendo medie, no obstante, la correspondiente indemnización). De entre las distintas causas de extinción que le son aplicables se encuentran precisamente, según ley (art. 49.1.b) ET), *“las consignadas válidamente en el contrato”* por las partes y, precisamente por ello, resulta absurdo afirmar que desnaturaliza la configuración legal de un contrato la aplicación misma de una de las previsiones de la propia ley en relación a tal contrato.

Sin embargo esta opción se encuentra, desde otros puntos de vista, con importantes obstáculos, que -bien mirado- pueden llegar a ser definitivos.

Desde luego, si -de acuerdo con lo que acabo de comentar- tales cláusulas resolutorias no encontrarían, de entrada, impedimentos determinantes en el seno de los contratos indefinidos, mayores problemas plantea, sin embargo, su inclusión en el texto de los contratos temporales pues, si bien es cierto que como la STS de 3 de febrero de 2010 señala, se *“permite que las partes del contrato de trabajo puedan pactar causas de resolución del contrato distintas a las previstas por la ley”* y que *“Tal facultad no se halla condicionada a una determinada duración del contrato de trabajo, siendo aplicable en principio a todo tipo de contrato, con independencia de la modalidad empleada”* lo cierto es que el hecho de que el legislador se haya ocupado de establecer causas concretas para los contratos de duración determinada excluye de su ámbito los pactos de las partes que puedan desvirtuar el objeto del contrato pretendido por la ley, de ahí los problemas que he tratado de denunciar en el capítulo dedicado a ese asunto para incardinar este tipo de cláusulas que vinculaban la extinción del contrato a la finalización de contratos en el seno de un contrato pre-configurado legalmente como es el de obra o servicio determinado.

Para reforzar estas últimas afirmaciones me parece útil aportar, por analogía, las consideraciones que la **STS de 4 de octubre de 2007 (RJ 2008/696)** efectuaba, en su caso, en relación a la atribución por el art. 15.1.a) ET, tras la reforma operada por la Ley 11/1994, a los convenios colectivos de capacidad para la identificación de trabajos o tareas con sustantividad propia a efectos del contrato por obra o servicio determinado, al matizar que no ofrece a los negociadores unas facultades omnímodas en este sentido, puesto que el convenio no es un instrumento hábil para alterar los términos legales en este ámbito pues ***la determinación de los supuestos de contratación temporal y sus requisitos constituyen un núcleo de derecho necesario indisponible para las partes***, que no impide ni vincula el control judicial de legalidad del contrato (SSTS de 7 de octubre de 1999, RJ 1999/7762 y de 26 de octubre de 1999, RJ 1999/7838).

En mi opinión, si estas consideraciones son aplicables a los convenios colectivos por su sometimiento a las disposiciones legales, según la prelación de fuentes establecida en el art. 3.1 ET, con mayor razón limitan a la “voluntad de las partes” situada por debajo de aquéllos en tal jerarquía de fuentes.²⁸³

Es, finalmente, con este tipo de argumentaciones, con el que nuestro TS ha terminado oponiendo objeciones más definitivas a la opción aquí analizada,

²⁸³ En parecido sentido cabe citar la STS de 30 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9292) la cual entiende que no puede admitirse la validez de una cláusula cuya única finalidad sea que no opere la subrogación que obliga al nuevo concesionario respecto de los trabajadores incorporados al servicio objeto del contrato cuando, como en el caso enjuiciado en ella, la naturaleza permanente de la actividad desarrollada hubiera producido, de no existir tal cláusula, la subsistencia de los contratos con el nuevo concesionario. Esta sentencia otorga, además, relevancia al pliego de condiciones económico-administrativas, cuando incluye entre los requisitos que rigen la convocatoria de adjudicación de la concesión, el cumplimiento de lo prevenido en los arts. 43 y 44 ET. De modo que es posible que, con ello, se esté afirmando, de algún modo, la superioridad jerárquica de las cláusulas contenidas en los pliegos de condiciones administrativas de la concesión sobre las adoptadas por la voluntad de las partes en contrato de trabajo aun cuando -a diferencia de lo que ocurre con las cláusulas pactadas en convenio colectivo- aquéllas no aparezcan expresamente mencionadas en la jerarquía de fuentes establecida en el artículo 3.1 ET, salvo en los casos en que excepcionalmente pudieran venir contenidas en “*normas reglamentarias del Estado*”.

incluso cuando la estipulación de tales cláusulas resolutorias se residencie en el ámbito de contratos indefinidos, en la medida en que también queda condicionada y limitada de esta manera, aun de manera indirecta, el alcance de la duración de la relación laboral. Básicamente, a la vista del riesgo que supone que, a través de un reconocimiento excesivamente amplio de libertad y autonomía de la voluntad de las partes contratantes en este ámbito, se pudiera poner en peligro el conjunto y estructura del sistema mismo de contratación laboral vigente y desvirtuar el esquema causal de contratación temporal, al poderse pactar prácticamente cualesquiera cláusulas que pudieran llegar a hacer inaplicable en la práctica el régimen causal e indemnizatorio previsto para los contratos temporales tipificados legalmente.²⁸⁴

Así, muy recientemente las **sentencias de 17 de septiembre de 2014 (RJ 2014/5041) y 22 de septiembre de 2014 (JUR 2015/57851)**, el TS han sintetizado -y cerrado-, en sentido negativo, la cuestión del siguiente modo: *“En varias de las sentencias reseñadas hemos apuntado la posibilidad de que opere una condición resolutoria que se hubiere pactado desde el principio (...)”*.

“Ahora bien, además de tratarse de manifestaciones colaterales, al estar en juego las garantías (no solo legales) sobre terminación del contrato de trabajo, aún en tales casos habría que actuar con especial cautela. De ahí que, por ejemplo, hayamos realizado interpretaciones restrictivas y entendido que cuando se ha pactado la terminación del contrato de trabajo por “resolución” de

²⁸⁴ GARCÍA RUBIO, M. A. en “La extinción de los contratos temporales”, ob. cit., señala que *por lo que se refiere específicamente a la facultad reconocida en el art. 49.1.b) ET, es necesario recordar los límites que pesan sobre las partes a la hora de estipular una condición resolutoria en el contrato, pues la exigencia de su carácter lícito y no abusivo por parte del empresario determina la imposibilidad de acordar causas extintivas que contravengan o desvirtúen el régimen propio de extinción de los contratos temporales [STS 19 de septiembre de 2000, recud. nº 3904/1999 (Tol 46981)]. Como los propios tribunales han puesto de relieve, más allá de los motivos de resolución previstos por la ley, en los contratos temporales “no cabe la creación de otras causas extintivas por la vía del artículo 49 párrafo 1º letra b) del Estatuto de los Trabajadores pues ello implicaría su desnaturalización” [STSJ I. Canarias/Las Palmas de 22 de mayo de 2006, rec. nº 1429/2005 (Tol 1000134)].*

*la contrata no se está incluyendo la minoración del encargo por parte de la empresa comitente; así sucede en la STS de 12 de junio de 2008 (RJ 2008/4447)".*²⁸⁵

²⁸⁵ La STS de 12 de junio de 2008 (RJ 2008/4447) tenía por objeto resolver sobre la aplicabilidad del art. 49.1.b) ET a un supuesto en que se pretendía que la reducción de una contrata operase como determinante de la extinción de un contrato por obra o servicio determinado en virtud de una cláusula estipulada en el mismo que establecía como causa de extinción, a efectos de lo previsto en aquél precepto, "(...) la resolución, finalización o extinción, por cualquier causa, del contrato de arrendamiento de servicios (...)". La sentencia rehuyó evacuar pronunciamientos generales sobre la materia y se ciñó a resolver sobre la base de la interpretación gramatical de la citada cláusula concluyendo que los términos "resolución", "finalización", o "extinción" no equivalen en el lenguaje ordinario ni en el jurídico a una reducción del encargo o contrata pues aquéllos implican la imposibilidad de continuidad por completo de las relaciones o situaciones, mientras que lo que la empresa llama resolución o extinción "parcial" son, en realidad, jurídicamente, modificaciones o novaciones modificativas de un contrata que se mantiene.

En este caso se extrañan especialmente unas consideraciones más generales, que hubieran sido enormemente interesantes, dada la oportunidad que presentaban los términos en que se planteaba el caso, esto es, ante un contrato por obra o servicio determinado para cuya extinción no se alega la letra c) sino la b) del art. 49.1 ET junto con una cláusula pactada en aquél a los efectos de esta última en la que la generalidad del tenor de la misma, admitiendo finalizaciones de contrata con efecto extintivo "*por cualquier causa*", planteaba serias dudas de abusividad a la luz de la limitación que en tal sentido se contiene en el propio art. 49.1 b) ET para el juego de causas que se consignan en el contrato. Respecto a este último punto otras sentencias (por ejemplo, la STS de 8 de junio de 1999, RJ 1999/5209 y la de 14 de junio de 2007, RJ 2007/5479) se refieren al origen e imputabilidad de la decisión finalizadora de la contrata a la hora de valorar su validez para producir la extinción del contrato de trabajo, tratando de evitar dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento del contrato, tal y como prohíbe el art. 1256 del CC y ya había venido preocupando en sentencias anteriores al TS.

Ello no obstante, tácitamente, sí que trasluce en la interpretación de la mencionada cláusula por el TS, la admisibilidad de tales cláusulas, también cuando vienen referenciadas a la finalización de contrata, para producir efectos extintivos del contrato de trabajo por la vía del art. 49.1 b) ET (pues precisamente se desestima el recurso por la falta de cumplimiento real de tal cláusula), revelándose en estos casos como innecesarios tanto la tendencia al recurso al contrato obra o servicio determinado como los problemas interpretativos que, como hemos visto, plantea la apreciación de la conclusión real de las obras o servicios que constituyen el contenido material real de aquellas contrata.

“Igualmente, hemos descartado la licitud de la cláusula genérica que condiciona la duración del contrato a la desconstrucción total o parcial del servicio por decisión de la empresa principal o comitente, como sucede en la STS de 8 de noviembre de 2010 (RJ 2011/388)”.

“La STS de 8 de julio de 2014 (RJ 2014/4503) ha recordado que el artículo 49.1.b) ET permite que el contrato de trabajo incorpore "causas" que actúen al modo de las condiciones resolutorias, pero ello no significa que toda la construcción civilista sobre esa figura sea directamente trasladable al ámbito laboral, sino que deben realizarse muy serias adaptaciones. Por cuanto aquí interesa, ha de resaltarse la imposibilidad de reconducir a esta categoría de extinciones los hechos que posean un encaje más claro en otras aperturas del artículo 49.1 ET. Ejemplificativamente, no valdría la previsión extintiva para el caso de que la empresa sufriera pérdidas importantes, o la anudada a la desaparición de la persona jurídica empleadora, o la referida a la ineptitud del trabajador; en todos esos casos, y otros muchos, prevalece una tipicidad prioritaria, de modo que los acontecimientos de la realidad han de subsumirse en el apartado legal en que poseen un encaje más pertinente”.

“Acogiendo esa lógica, aunque sin explicitar la precedente reflexión, en la STS de 3 de febrero de 2010 (RJ 2010/1433) ya consideramos nula la condición resolutoria pactada en un contrato de trabajo indefinido, que vincula su subsistencia a la duración de la elaboración de cada producto encargado por las empresas clientes, pues con ella la empresa pretende eludir, en fraude de ley, el tratamiento indemnizatorio más favorable para el trabajador previsto en los arts. 52 y 53 ET. Además, el art. 49.1.b ET exige examinar si la condición resolutoria pactada resulta o no abusiva, pues el principio de la autonomía de la voluntad cede necesariamente en estos casos. Y se reputa cláusula abusiva aquella que se apoya en una circunstancia sobre cuya concurrencia no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador y sí, en cambio, la de la empresa”.

*“Ahora conviene advertir que si el contrato para obra o servicio posee como causa natural de terminación la realización de la obra o servicio (art. 49.1.c ET), sería erróneo pensar que por vía del art. 49.1.b cabe introducir nuevos motivos extintivos, vinculados a la minoración (o terminación parcial, si se prefiere) de la contrata. En suma: si puede entenderse realizada la obra o servicio objeto del contrato, estaremos ante la terminación natural del contrato temporal, mientras que en caso contrario podrá haber motivo para acudir al ajuste de actividad por otras vías (modificativas, suspensivas), incluyendo las extintivas del despido objetivo (o colectivo) pero no desplazando el juego de éstas últimas a través de condiciones resolutorias que, si se hubieran pactado, colisionarían con la arquitectura del artículo 49 ET y los derechos del trabajador”.*²⁸⁶

²⁸⁶ Pese al rechazo de esta opción por las muy actuales SSTs comentadas, resulta interesante el matiz introducido por las también recientes SSTs de 22 de julio, 15 y 23 de octubre y 4 y 16 de diciembre de 2013 (RJ 2013/7657, 2013/7999, 2014/321, 2014/1222 y 2014/2852) y 13 y 21 de enero, 11 de febrero y 14 de abril de 2014 (RJ 2014/1262, 2014/530, 2014/913 y 2014/2621), las cuales para supuestos de trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones Públicas, establecen que en principio sí que habría que reconocer la existencia de una especie de cláusula resolutoria implícita, similar a la de los contratados por interinidad, que en los casos de amortización de la plaza por extinción del Plan o programa a que estuvieran adscritos, podría tener como resultado la extinción del contrato, sin aplicación del art. 52 e) -ó c)- ET, pero no necesariamente sin derecho a indemnización. Así esta doctrina, refiriéndose a la extinción de los contratos laborales de interinidad por vacante, nos recuerda que, en el ámbito de las Administraciones Públicas, estos se extinguen -sin derecho a indemnización alguna- no solamente por cobertura reglamentaria de la plaza sino también por amortización de la misma, sin necesidad de acudir a la vía del art. 52c) ET. De ahí que, *“aunque las partes hayan pactado que la duración del contrato queda condicionada a la provisión de las vacantes mediante la designación de trabajadores con carácter de fijos, es obvio que la vigencia de la relación está vinculada al mantenimiento de la plaza que ha de cubrirse, por lo que cuando ésta se amortiza el contrato se extingue”.*

Dicha argumentación se extiende, asimismo, al supuesto de los trabajadores indefinidos no fijos por entenderlos sometidos también a la condición resolutoria de la provisión reglamentaria de la plaza y, por tanto, *“cuando por amortización de ésta no puede realizarse tal provisión, el contrato se extingue de conformidad con lo dispuesto en el art. 49.1 b) ET y 1117 del CC, y no opera la vía del art. 52.e) ET –en el supuesto de que el cese del establecimiento tuviera encaje en este precepto y no en el art. 52.c)- porque, dada la naturaleza del contrato, el hecho determinante de la amortización no actúa, de forma indirecta configurando la existencia de una causa*

1.1.6.2. Eventual procedencia de la extinción por causas objetivas de los arts. 51 y 52 c) ET motivada por la finalización de la contrata, como vía más idónea frente a la consideración de realización de la obra o servicio determinado.

Como ha podido apreciarse, en la jurisprudencia recaída sobre esta materia, el TS ha admitido en gran medida esta posibilidad, al aceptar en un buen número de sentencias la potencialidad de las finalizaciones y reducciones de contrata para ser originadoras de situaciones determinantes de constituir causas objetivas para la extinción del contrato de trabajo.²⁸⁷

económica, presupuestaria u organizativa para el despido, sino que opera de manera directa sobre la propia vigencia del vínculo, determinando el cumplimiento anticipado de la condición a la que aquél estaba sometido, al impedir la amortización de la plaza su cobertura reglamentaria". Lo cual es lo mismo que ocurre en el caso de los contratos de interinidad comentados en los que el protagonismo no se le concede, a efectos extintivos, a la causa económica que pueda motivar la amortización de la plaza sino a ésta en sí misma.

Sin embargo, en cuanto a la indemnización para los trabajadores en estos supuestos, éstas y otras SSTS -como las de 14 y 23 de octubre de 2013 (RJ 2013/8000 y 2013/2766 y 321) y 25 de noviembre de 2013 (RJ 2013/8063)- han establecido que *"en estos casos la asimilación a efectos extintivos entre la relación «indefinida no fija» y la interinidad, no parece razonable que puede llevarse al extremo de obstar una interpretación analógica –art. 4.1 CC- del art. 49.1.c) ET y que no deba reconocerse a aquellos trabajadores la misma indemnización que la prevista para la extinción de los contratos temporales por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio pactados"*.

²⁸⁷ Pueden ser citadas, entre otras, las SSTS de 7 de junio de 2007 (RJ 2007/4648), 31 de enero de 2008 (RJ 2008/1899), 16 de septiembre de 2009 (RJ 2009/6157), 8 de julio de 2011 (RJ 2011/6270), así como la STS de 8 de julio de 2012 (RJ 2012/9967): *«la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores»*. Por su parte, las SSTS de 16 de mayo de 2011 (RJ 2011/4879) y 8 de julio de 2011 (RJ 2011/6270) han aceptado expresamente también la procedencia del despido objetivo basado en la rescisión de la contrata en la que el trabajador prestaba sus servicios, sin que conste la existencia de vacante en la empresa donde poder reubicarlo.

Es más, por la doctrina, como FITA ORTEGA,²⁸⁸ se ha considerado la admisión de la posibilidad de celebrar contratos por obra o servicio determinado para la cobertura de contrata, como una forma de dispositivización del procedimiento previsto en los arts. 51, 52 y 53 ET, para los casos de extinción del contrato de trabajo por causas productivas. En efecto, se señala que si el propio TS ha reconocido a la finalización de contrata el carácter de causa productiva u organizativa para la extinción por causas objetivas del contrato de trabajo (SSTS de 21 de marzo de 1997, RJ 1997/2615 y 21 julio de 2003, RJ 2003/7165), se estaría permitiendo, de facto, que mediante el simple acuerdo de voluntades entre las partes para la celebración de un contrato temporal, se dejasen de aplicar estas normas en tales supuestos, las cuales quedarían sustituidas por lo previsto en el art. 49.1.c) ET y en sus normas de desarrollo.

Como indica BALLESTER PASTOR,²⁸⁹ la admisión del contrato de obra para la cobertura de contrata responde a un fenómeno general, normativo y jurisprudencial, de descausalización de la contratación temporal estructural. En efecto, la interpretación jurisprudencial flexible del art. 15.1.a) ET, junto con la admisión de nuevas fórmulas de contratación temporal por el juego de las causas de extinción previstas en las letras b) y c) del art. 49.1. ET, tienen lugar en el marco de un fenómeno de parcelación artificial de las obras (del cual es paradigmático el contrato fijo de obra diseñado convencionalmente para el sector de la construcción) que, en nuestro caso, fragmenta ficticiamente la obra por acción de un instrumento jurídico (la contrata) y que impide, de este modo, la aplicación de la normativa estatutaria prevista para las crisis de empresa en los casos en que realmente no se produce la conclusión natural de obras o servicios sino pérdidas de pedidos, ventas o actividad en general.

²⁸⁸ “El contrato de obra o servicio determinado vinculado a la contrata o subcontrata”. Ob. cit.

²⁸⁹ Pág. 398 de “El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural”, ob. cit.

1.1.6.3. Reflexión Final: ¿Debería realmente tener virtualidad la contrata a la hora de determinar el tipo de contrato a emplear o debe considerarse una circunstancia consustancial a la actividad de la empresa que a lo sumo determine la extinción de contratos por causas objetivas?

Cabe, por último, a la vista de todo lo anterior, una reflexión. A lo largo de lo que antecede trasluce el permanente empeño, por gran parte de la doctrina, jurisprudencia y agentes jurídicos en general, para intentar ubicar a la contrata, en sí misma, como algo dotado de sustantividad propia para constituir el objeto del contrato de trabajo, en algún lugar que ajuste en el texto de la ley. Como he tratado de denunciar en las consideraciones anteriores, bajo mi punto de vista, la inclusión de la contrata en el art. 15.1.a) ET, considerada como obra o servicio objeto de este tipo de contrato, se presenta plagada de dificultades conceptuales y me resulta, por tanto, de todo punto, artificiosa. Por ello, como hemos visto, para el caso de que hubiera que reconocer necesariamente virtualidad a la contrata a estos efectos, con el texto del ET en la mano, únicamente parece contar con cierta base jurídica, a nivel teórico, la alternativa consistente en la formalización de contratos indefinidos en los que la finalización de la contrata pueda estipularse como objeto de una cláusula resolutoria, pero –como se ha visto- esta opción presenta también importantes dificultades.²⁹⁰ Principalmente, siempre habría que estar muy pendientes de que esta cláusula, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 49.1.b) ET no resultase abusiva, para la cual –como ya expuse- podrían aprovecharse los criterios que la jurisprudencia, pensando en el contrato de obra o servicio, ha ido elaborando al efecto. Asimismo, hay que ser conscientes de que con esta opción los trabajadores se verían en algunos aspectos perjudicados, principalmente porque estos verían extinguido su contrato indefinido al ejecutarse la cláusula resolutoria por finalización de la contrata sin derecho a

²⁹⁰ Véase, sobre estas dificultades y en contra de esta opción, el artículo de AZAGRA SOLANO, M.: “Las condiciones resolutorias vinculadas a la vigencia de una contrata en los contratos de trabajo indefinidos”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.6/2009, parte Comentario, Ed. Aranzadi. Pamplona. 2009.

indemnización alguna,²⁹¹ a diferencia de si hubieran formalizado un contrato por obra o servicio en el que a su extinción percibirían la pequeña indemnización prevista al efecto legalmente en el art. 49.1.c) ET. Pero lo cierto, es que con independencia de la valoración pueda resultar de esto último *de lege ferenda* desde la perspectiva de los intereses de los trabajadores, lo cierto es que, en cualquier caso, *de lege data*, ambas opciones presentan manifiestas dificultades para su compatibilización con el ordenamiento jurídico laboral vigente, a la vista de los problemas de ajuste –ya comentados a lo largo de este trabajo- de la primera de estas opciones con el texto del art. 15.1.a) ET, así como por el serio riesgo de desvirtuar el sistema causal de contratación temporal vigente a través de la segunda opción que, en principio, sí parecía ajustar en la redacción del art. 49.1.b) ET.

En realidad –bien mirado- todas estas dificultades derivan, probablemente, del hecho de querer encajar en la ley un supuesto que la misma realmente no ha previsto o no ha querido regular como tal. De hecho, el contrato por obra o servicio determinado viene regulado en el art. 15.1.a) ET por referencia a obras o servicios considerados como fenómenos reales y no por remisión a contratos ni otros instrumentos jurídicos formales. Si lo que debe guiarnos es el tenor de la ley y el trabajador debería tener contrato mientras dure realmente la obra o servicio que ejecuta de facto, tal vez realmente lo más práctico, en estos casos, sea –sencillamente- formalizar el contrato por obra o servicio determinado en función de -si como dice la ley- una u otro tienen autonomía y sustantividad suficiente en sí mismos y una duración en principio incierta y, en caso contrario, formalizar un contrato indefinido, salvo que concurriera alguna otra causa de temporalidad prevista legalmente, sin que el hecho de que se haya formalizado

²⁹¹ Si bien hay que recordar aquí que el TS no se muestra reacio a la admisión de aplicaciones analógicas de las indemnizaciones previstas para las extinciones de contratos temporales en el art. 49.1.c) ET, como acabamos de ver para el caso de los indefinidos no fijos de las Administraciones Públicas (STS de 25 de noviembre de 2013, RJ 2013/8063).

o no una contrata entre el empresario principal y el contratista empleador tenga ninguna virtualidad al efecto, más allá de la que puede tener, en general, la pérdida de pedidos, negocio, o cualquier tipo de contrato con clientes, a efectos de poder fundamentar una extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas de las previstas en los arts. 51.1 y 52 c) ET. De hecho, esta solución –si lo reflexionamos bien- nos remite al concepto general de lo que deba entenderse por contrata misma y, así, nos conduce a apereibirnos de que –a fin de cuentas- en realidad la contrata en sí misma no difiere de cualquier otro contrato que pueda formalizarse por las empresas con sus clientes y si tales contratos en sí mismos no tienen sustantividad diferenciada de la actividad empresarial a la que se refieren para determinar el objeto de un contrato de trabajo, tampoco debería ser distinta la conclusión por el mero hecho de que <<feminicemos>> el término y al *contrato* lo llamemos *contrata*.²⁹²

²⁹² En este sentido, las SSTS de 9 y 10 de julio de 2014 (RJ 2014/4637 y 2014/4774), han indicado también que: “*La contrata, como su nombre indica, es el contrato por el que una empresa se compromete a prestar a otra un servicio a cambio de un precio o a ejecutar la obra que se le encomienda*”. Nada más que eso.

1.2. Contrato de obra y negociación colectiva: Consideración especial del contrato fijo de obra

El régimen jurídico del contrato por obra o servicio determinado²⁹³ ha venido tradicionalmente configurado por las normas legales (art. 15.1.a) y 49.1.c) E.T.) y reglamentarias (art. 2 del R.D. 2720/1998, de 18 de diciembre) que lo regulan, pero no puede desdeñarse el creciente papel que la negociación colectiva asume en este ámbito (principalmente mediante la reintroducción de la figura del contrato fijo obra –que constituye el objeto principal de estudio del presente capítulo-) el cual, previsiblemente, irá en aumento a la vista de las posibilidades que, en este sentido, abren las modificaciones introducidas por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, en su disposición adicional 1ª y en el propio art. 15.1.a) ET.

Así pues, es posible afirmar que el régimen regulador del contrato por obra o servicio determinado es -y, cada vez más, será- la resulta de un conglomerado de preceptos de origen legal, reglamentario y convencional que, conjuntamente, lo delimitan. En lo que sigue se aborda su contenido y problemas principales desde la óptica primordial que ofrece su tratamiento por la negociación colectiva y, más específicamente, a través de la perspectiva que presentan las peculiaridades de la regulación por ésta de la figura del contrato fijo de obra.

²⁹³ Sobre este particular es posible consultar, entre otros muchos estudios, el capítulo IV, pág. 151, obra de LÓPEZ BALAGUER, M.: “Supuestos legales de contratación temporal - El contrato para obra o servicio determinado” en AA.VV.: *Contratación laboral y tipos de contrato: criterios jurisprudenciales* (coord. José María Goerlich Peset, J.Mª), Lex Nova, Valladolid. 2010.

A efectos de identificación de la obra o servicio no es suficiente la mera mención del lugar de trabajo (STS de 17 de marzo de 1993, RJ 1993/1866) y la falta de identificación lleva a que se presuma *iuris tantum* el carácter indefinido del contrato (STS de 2 de marzo de 1990, RJ 1990/1749).

Como se ha dicho, una vez identificada la obra o servicio objeto del contrato, su conclusión – y sólo ella- puede producir la extinción del contrato, sin que la fijación inicial de una duración o término tenga más que un valor orientativo (art 2.2.b) RD 2720/1998 y STS 18 de mayo de 1995, RJ 1995/7579). Ello no obstante, se admite la extinción del contrato aun cuando no haya finalizado la totalidad de la obra o servicio si sí que lo han hecho los trabajos o tareas para las que el trabajador hubiera sido contratado, permitiéndose así las extinciones escalonadas y paulatinas de contratos a medida que finalizan las tareas concretas en que participaba cada trabajador (SSTS de 29 de febrero de 1988, RJ 1988/966; 21 de junio de 1988, RJ 1988/5443, así como las de 12 y 20 de mayo de 2009, RJ 2009/3117 y RJ 2009/3888), siempre que en el contrato se hubieran especificado las fases o unidades de ejecución de obra a que quedaba adscrito el mismo (STS de 12 de febrero de 1990, RJ 1990/900). Incluso, se ha llegado a admitir la extinción por reducción del volumen de trabajo (STS de 19 de julio de 2005, RJ 2005/8339).²⁹⁹

Esta doctrina de la obra con autonomía y sustantividad debidamente identificada es aplicable tanto a las empresas privadas como a la

de autonomía y sustantividad, nos encontráramos ante de fraude de ley. Véase SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Contratación como fijo de obra para varias edificaciones indeterminadas”. *Repertorio de Jurisprudencia núm. 25/2005* (Comentario). Editorial Aranzadi. Pamplona. 2005 quien aporta en este sentido, además de algunas de las anteriores, las SSTSJ de Extremadura, de 13 de junio de 1996 (AS 1996/2366) y de Galicia de 30 de septiembre de 2000 (AS 2000/5562).

²⁹⁹ Sobre todas estas posibilidades extintivas, véase GARCÍA RUBIO, M. A.: “La extinción de los contratos temporales” en *Extinción del contrato de trabajo*, Albiol Montesinos, Ignacio (Director), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

podrán pactar, a los distintos niveles, únicamente en los campos que el legislador expresamente haya fijado". En idéntica dirección se expresa la STS de 23 de septiembre de 2002 (RJ 2003/704) o la de 15 de enero de 1997 (RJ 1997/497), así como el Auto del TS de 24 de septiembre de 1998 (RJ 1998/8551). En parecido sentido, la STS de 4 de octubre de 2007 (RJ 2008/696) -refiriéndose concretamente ya al contrato de obra o servicio determinado y a la habilitación para la identificación de tareas conferida en el art. 15.1.a) ET, por la Ley 11/1994, en favor de la negociación colectiva- mantiene que el derecho constitucional a la negociación colectiva de acuerdo con el art. 85.1 ET debe ejercitarse con respeto a las leyes y no puede, por tanto, entenderse que se esté facultando a los convenios colectivos para introducir nuevos contratos temporales o modificar sus exigencias pues tal atribución no ofrece a los negociadores unas facultades omnímodas en este sentido, ya que el convenio no es un instrumento hábil para alterar los términos legales en este ámbito pues la determinación de los supuestos de contratación temporal y sus requisitos constituyen un núcleo de derecho necesario indisponible para las partes, que no impide ni vincula el control judicial de legalidad del contrato (este mismo sentido cabe citar la STS de 7 de marzo de 2003, RJ 2003/4499 y las SSTS de 7 de octubre de 1999, RJ 1999/7762 y de 26 de octubre de 1999, RJ 1999/7838). Asimismo, la STS de 30 de junio de 2005 (RJ 2005/7791) -que será objeto de estudio específico más abajo cuando nos refiramos a la previsión por el Convenio General de la Construcción del contrato fijo de obra- señala: *"dicha previsión convencional, no diseña un nuevo contrato temporal al margen del art. 15 ET, lo que, por lo demás, no podría hacer válidamente pues, pese a su condición normativa y a su carácter vinculante, el Convenio está obligado a respetar las normas legales de carácter mínimo necesario, y el art.15 lo es"*.

En cualquier caso, sin perjuicio de las limitaciones comentadas, la negociación colectiva es -y, en progresión creciente, previsiblemente, será- con carácter general, un instrumento idóneo y fundamental para la regulación de las

condiciones de contratación y acceso al empleo, como se desprende del art. 2 del Convenio OIT núm. 154, sobre fomento de la negociación colectiva, al establecer como una de las finalidades principales propias de la misma: “*fijar las condiciones de trabajo y empleo*” y tal y como se deriva de la libertad genérica de contenido negocial recogida en el art. 85.1 ET (dentro de los límites que resultan de los arts. 3.1, 3.3 y 82.2 ET), en el marco del decidido reconocimiento de la fuerza vinculante del contenido normativo de los Convenios Colectivos previsto en el art. 37.1 CE.³⁰⁴

Como señala PALOMO VÉLEZ,³⁰⁵ la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida en el art. 38 CE, confiere al empleador la facultad de determinar cuántos y a qué trabajadores contratar pero la definición de la temporalidad laboral en la empresa no forma parte del núcleo esencial de tal poder de dirección empresarial sino que admite la intervención de diversas fuerzas reguladoras, entre ellas, la negociación colectiva, la cual se revela como un instrumento regulador especialmente indicado para tal fin. Así, se señalan múltiples ventajas para una regulación autónoma de la contratación temporal por los agentes sociales: posibilidad de revisar periódicamente la normativa acordada dada la eficacia temporal de los convenios, la adaptabilidad y capacidad de acercamiento de estas regulaciones a la realidad económica y social sobre las que se proyectan (Exposición de Motivos de la Ley 11/1994) e, incluso, el reconocimiento de una especial legitimidad en el origen dado que la normativa se concierta por los propios sujetos normados destinatarios de la misma.

³⁰⁴ Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005.

³⁰⁵ “El papel de la negociación colectiva en la regulación de la contratación temporal en España y su eficacia”, ob. cit.

En esta línea, como se ha comentado,³⁰⁶ pese a que ya se conocían algunos precedentes articulados al amparo de la habilitación genérica del 85.1 ET, es desde la de 1994, cuando las distintas reformas legislativas (y también, reiteradamente, los últimos Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva) aluden e incitan a la negociación colectiva para la regulación de diversos extremos en materia de modalidades de contratación, otorgándole un mayor espacio y protagonismo creciente en este ámbito.

Concretamente, no cabe duda que las posibilidades regulatorias de la negociación colectiva sobre el régimen del contrato por obra o servicio determinado siguen creciendo y vienen potenciadas, todavía más, con la reforma de 2010, a partir de la cual el **art. 15.1.a) ET** encomienda a aquella no sólo la definición -ya comentada- de las tareas o trabajos que potencialmente pueden ser objeto de éste sino que le faculta ahora, además, para ampliar el nuevo límite temporal máximo de tres años que se establece para este contrato, de la siguiente forma: ***“Estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos***

³⁰⁶ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Negociación Colectiva, empleo y flexibilidad de entrada e interna a la luz de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de reforma del mercado de trabajo” en *La Contratación y el empleo en la negociación colectiva*. XXII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva. MTAS. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, Núm. 98, Madrid. 2011. Sin embargo, para este autor, la realidad de nuestros convenios y pactos colectivos en este aspecto es un tanto decepcionante pues, pese a encontrarnos con innumerables alusiones y declaraciones de principio, lo cierto es que son muy escasos los supuestos, especialmente en materia de contratación temporal, de regulaciones suficientes y verdaderamente eficaces (muchas de ellas por su carácter meramente obligacional), que recojan de manera operativa los mandatos y habilitaciones legales y contribuyan decididamente, de este modo, a reducir la endémica e injustificada alta tasa de temporalidad de nuestro sistema de relaciones laborales.

plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa”.

Es posible advertir como, a la vista de lo anterior, mientras para la tarea de identificación de los trabajos objeto de este contrato son llamados por ley *los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa*, a la hora de ampliar el plazo máximo³⁰⁷ los facultados son únicamente los convenios sectoriales estatales y, sólo en su defecto, los convenios -también sectoriales- de ámbito inferior, con exclusión en todo caso de los de empresa.³⁰⁸

Tal y como indica MORENO GENÉ,³⁰⁹ la atribución exclusiva por el legislador de esta facultad a los convenios sectoriales puede obedecer a que la regulación de la duración del contrato por obra o servicio determinado es una materia general más propia de un entero sector de actividad que del concreto ámbito de la empresa como también a la intención de evitar que las empresas de un mismo sector compitan entre ellas por la consecución de las previsiones convencionales, en esta materia, más favorables a sus intereses. Si bien, en realidad, quizás se haya tratado simplemente de buscar coherencia con la

³⁰⁷ La ley sólo habla de ampliar y, por ello, bajo mi punto de vista, no son aceptables interpretaciones que asignen a la negociación colectiva un papel reductor del plazo máximo de tres años, tal y como plantean ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. en “Negociación Colectiva, empleo y flexibilidad de entrada e interna a la luz de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de reforma del mercado de trabajo”, ob. cit., pág. 32, o también MOLINA NAVARRETE, C. en “Reforma 2010 del mercado de trabajo: una nueva “milonga” del “capitalismo de casino”, RTSS, CEF, núm. 328, Madrid, 2010.

³⁰⁸ CAMPS RUIZ, L.M. señala en “La reforma de la contratación temporal en la Ley 35/2010” en la obra colectiva *La reforma Laboral en la Ley 35/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, que el convenio ampliatorio del plazo legal de tres años deberá ser estatutario, sectorial y estatal o, en su defecto (hay que entender –dice- que con ello la ley se refiere sólo a cuando tal convenio no exista y no a cuando exista pero no amplíe el plazo máximo) sectorial de ámbito inferior.

³⁰⁹ “La duración del contrato para obra o servicio determinado tras la reforma laboral del 2010”, ob. cit.

regulación del contrato eventual (art. 15.1.b) ET) la cual se refiere, asimismo, exclusivamente a estos mismos niveles sectoriales de negociación.³¹⁰

Asimismo, la **D.A.1ª de la Ley 35/2010**, refuerza el papel de la negociación colectiva en lo relativo al contrato por obra o servicio determinado, al establecer: **1. “Lo dispuesto en el artículo 15, apartado 1 a), del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada al mismo por esta Ley, se entiende sin perjuicio de lo que establecen actualmente los convenios colectivos sectoriales sobre la duración máxima del contrato por obra o servicio determinados”. 2. “Igualmente, lo dispuesto en el artículo 15, apartados 1 a) y 5, y en el artículo 49, apartado 1 c), del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada a los mismos por esta Ley, se entiende sin perjuicio de lo que se establece o pueda establecerse sobre la regulación del contrato fijo de obra, incluida su indemnización por cese, en la negociación colectiva de conformidad con la disposición**

³¹⁰ Respecto a esto último, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. en “Negociación Colectiva, empleo y flexibilidad de entrada e interna a la luz de la Ley 35/2010 (...)”, ob. cit., critica que, de nuevo, como ya ocurrió con los contratos eventuales en la reforma de 1994, se haya encomendado a la negociación colectiva la posibilidad de flexibilización de la duración máxima de un contrato temporal lo que califica como “una regla un tanto generosa” a la vista de los pretendidos fines reductores de la temporalidad de esta nueva reforma. A juicio del autor, difícilmente contribuirá esta encomienda a tal reducción de la temporalidad puesto que el número de contratos de obra que exceden de tres años es muy limitado y todavía menor será la suma de los que excedan de las eventuales mayores duraciones que puedan estipularse en estos convenios sectoriales. A lo anterior añade que, contrariamente a lo pretendido, lo que más probablemente consiga esta medida sea potenciar prácticas fraudulentas de rotación de trabajadores con los que se suscriban estos contratos para atender fracciones temporales de obra inferiores a los períodos máximos ahora permitidos, para las cuales habría que tener siempre presente lo dispuesto en el art. 15.3 ET. Coherentemente con lo anterior, el autor entiende que era la ocasión propicia para eliminar la posibilidad de ampliar por convenio la duración máxima de los contratos eventuales más que para adicionar la misma a los contratos de obra.

adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción”.³¹¹

³¹¹ LUJÁN ALCARAZ, J. en “El contrato fijo de obra del sector de la construcción en la reforma laboral de 2010”. *Aranzadi Social*, núm. 12/2010 (Tribuna). Editorial Aranzadi. Pamplona. 2010, analiza comparativamente el contenido de esta disposición adicional primera y el de la señalada con el mismo ordinal en el RDL 10/2010, que constituye su precedente, concluyendo que pese a su misma estructura formal las diferencias de fondo son importantes. Así entiende que, mientras en el caso de la disposición adicional primera del RDL tanto el primer apartado (al venir redactado conforme a una pauta similar a la de la disposición adicional 3ª de la LSC) como el segundo quedaban referidos a la regulación específica que para la duración del contrato fijo de obra se permite en el ámbito del sector de la construcción, la regulación contenida en la Ley 35/2010 integraría en el segundo apartado la totalidad del contenido referido al sector de la construcción que en el RDL se distribuía en dos apartados. Como consecuencia de lo anterior, a su juicio, el apartado primero de la disposición adicional primera de la Ley 35/2010 –arriba transcrito- no estaría referido al sector de la construcción sino a la negociación colectiva en general y, por ello, carecería de sentido la expresión de la misma “*sin perjuicio de lo que establecen actualmente los convenios colectivos sectoriales*” habida cuenta de que en el momento de la entrada en vigor de la Ley la negociación colectiva no estaba autorizada –a diferencia del caso del contrato eventual y del propio contrato fijo de obra- para establecer una duración máxima del contrato de obra el cual, conforme a su naturaleza, debía durar el tiempo exigido para la realización de la obra o servicio y sin que, de acuerdo con el art. 2 del RD 2720/1998, la fijación por las partes de una duración o término pueda tener más que carácter orientativo (Vid. también STS de 28 de diciembre de 1993, RJ 1993/10074). Otra cosa distinta, resulta del nuevo art. 15.1.a) ET que, tras la reforma de 2010, admite que por convenio colectivo pueda ampliarse hasta en 12 meses más la nueva duración máxima de tres años legalmente establecida para el contrato por obra o servicio determinado, lo cual no hace sino evidenciar todavía más, desde la perspectiva de este autor, lo absurdo del empleo por el legislador del término “*actualmente*” para referirse a una regulación convencional que sólo podría producirse válidamente con posterioridad a la reforma misma. Para CAMPS RUIZ, L.M. en “La reforma de la contratación temporal en la Ley 35/2010”, ob. cit., la discutida referencia a tal regulación actual sirve únicamente para poner a salvo eventuales duraciones convencionales máximas superiores (hay que tener en cuenta que en algún sector distinto al de la Construcción se regulan figuras similares a contrato fijo de obra) a las ahora establecidas por ley por el tiempo que reste de vigencia a los convenios que las configuraron, debiendo tales convenios a su conclusión ajustarse ya a la nueva regulación legal. Por último, como resalta LUJÁN ALCARÁZ, J. en la obra comentada, cabe destacar la supresión en la tramitación parlamentaria del RDL de las referencias que la disposición adicional primera del mismo incluía a la negociación colectiva “de ámbito estatal”.

Así pues, tal y como trasluce en este último precepto, la regulación convencional del llamado *contrato fijo de obra* resulta clave en este ámbito. En efecto, sin perjuicio del conjunto de consideraciones y variables expuestas, no cabe duda que la culminación de las posibilidades reguladoras del contrato por obra o servicio determinado por la negociación colectiva tiene lugar con la reintroducción por el I Convenio General de la Construcción en 1992 de esta figura tradicional en el sector. Esta peculiar y paradigmática regulación suscita una interesante controversia jurídica, interpretativa y aplicativa, que se aborda a continuación, con el fin de tratar de esclarecer las dudas acerca de su legalidad, el papel e interrelación con el resto del conjunto normativo regulador aplicable (especialmente con el art. 15.5 ET), así como tratando de determinar la incidencia que, sobre estos aspectos, pueden tener las recientes reformas laborales habidas.

1.2.3. La regulación convencional del contrato fijo de obra

1.2.3.1. Bloque normativo del contrato fijo de obra: Licitud y Concepto

La regulación convencional del contrato por obra o servicio determinado en el sector de la construcción tiene como figura destacada el denominado *contrato fijo de obra*, una modalidad propia -reintroducida por el I Convenio General de la Construcción de 1992- que tiene su antecedente más remoto en el art. 43 de la derogada Ordenanza del Trabajo de la Construcción de 1970,³¹² y cuya

³¹² DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R. en “La validez del contrato fijo de obra en el sector de la construcción”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 708/2006 (Comentario). Editorial Aranzadi. Pamplona. 2006, aporta dos tipos de precedentes de esta figura pues, además de al más antiguo constituido por la citada y hoy ya derogada Ordenanza del Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica que se aprobó por Orden Ministerial de 28 de agosto de 1970, se refiere también a la regulación contenida en el Acuerdo Estatal Sectorial del Sector de la Construcción como germen inmediato más similar de la actual regulación. Resulta, en esta sede, asimismo, de

licitud ha sido afirmada expresamente por la **D.A.3ª** de la **Ley 32/2006, de 18 de octubre**, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción (LSC), al establecer: **“Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación”**.

Concretamente, tales términos análogos a los que regulaban esta materia en el artículo 28 del III Convenio General del Sector de la Construcción de 2002, vigente en dicho ámbito de negociación en el momento de la promulgación de la LSC, bien podrían ser los contenidos en el artículo 20 del -hasta fechas recientes vigente- IV Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (CGSC),³¹³ (BOE de 17 de agosto de 2007), que se reproduce parcialmente a continuación:

sumo interés la obra *La negociación colectiva en el sector de la construcción*, AA.VV. (Dir. GARCÍA NINET, J.I.), MTAS, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2002 (posteriormente actualizada en 2005), la cual efectúa un estudio en profundidad de los Convenios del sector de la Construcción. Cabe destacar, a efectos de este estudio, su capítulo inicial que conecta la configuración de la regulación actual con sus orígenes en la Ordenanza Laboral de 1970, sin olvidar lógicamente el punto dedicado al contrato fijo de obra.

³¹³ No cabe decir lo mismo, seguramente, del art. 24 del nuevo y vigente V CGSC de 2012 en la medida en que, si bien partiendo de la misma base conceptual de la figura del contrato fijo de obra que los Convenios que lo preceden, añade una regulación nueva -como veremos más adelante-, especialmente en sus apartados 4 y 5 -probablemente con pretendido apoyo por parte de los negociadores del Convenio en la D.A.1ª.2 de la Ley 35/2010-, con cambios de tal trascendencia, que difícilmente puede ser calificada como análoga a la regulación convencional vigente en el momento de la entrada en vigor de la LSC.

“Artículo 20. Contrato fijo de obra.

1. Según lo previsto en el artículo 15.1.a) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y conforme a lo establecido en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, en el Sector de la Construcción, este contrato tiene por objeto la realización de una obra o trabajo determinados, y se formalizará siempre por escrito.

2. Este contrato se concierta con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, y terminará cuando finalicen los trabajos del oficio y categoría del trabajador en dicha obra.

3. Sin embargo, manteniéndose el carácter de un único contrato, el personal fijo de obra sin perder dicha condición de fijo de obra, podrá prestar servicios a una misma empresa en distintos centros de trabajo en una misma provincia siempre que exista acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos, durante un período máximo de tres años consecutivos, salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término, suscribiendo a tal efecto el correspondiente documento según el modelo que figura en el Anexo II y devengando los conceptos compensatorios que correspondan por sus desplazamientos”.

Incluso antes de la habilitación de la LSC, parte de la doctrina, particularmente PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO,³¹⁴ se pronunciaban ya a favor de la licitud de esta fórmula típica del sector de la construcción pero que también viene prevista en convenios de otros sectores que tales autores citan, como los de Mármoles o Derivados del Cemento, Metalurgia, Comercio, Madera, Explotaciones Agrarias, Restauración o Grandes Almacenes y apoyaban,

³¹⁴ *Miscelánea Jurisprudencial: Acerca de la legalidad de los contratos de obra o servicio determinado cuando el trabajador trabaja en varias obras de la misma empresa. Sobre la licitud de la utilización de un contrato genérico, con determinación posterior de las obras a realizar.* Tirant Lo Blanch. Madrid. 2006.

incluso, su extensibilidad a sectores para los que no está establecida convencionalmente.³¹⁵

En cualquier caso, a mi juicio, el texto de la D.A.3ª de la LSC debe ser entendido como una habilitación legal *ex post* en toda regla, como prueba el uso de la forma verbal “*podrá adaptar*”, facultando así a la negociación colectiva de ámbito estatal para continuar en el futuro con la acomodación de

³¹⁵ Concretamente, en el trabajo citado, tales autores consideran que dado que con la previsión en el Convenio de tal figura, como señala la STS de 30 de junio de 2005 (RJ 2005/7791), no se está creando –ni podría hacerse– una nueva figura de contrato temporal distinta de las legales, sino simplemente evitando la carga burocrática que para las empresas supondría formalizar un nuevo contrato por obra o servicio determinado para cada obra, hay que concluir que tal previsión en Convenio no resulta imprescindible pues “al fin y al cabo, con la práctica señalada se cumplen los requisitos generales de la modalidad de contrato de obra: se trata de obras o servicios con sustantividad propia y suficientemente determinados. Así, si se admite con carácter general la posibilidad de una cadena de contratos temporales de obra o servicio determinado, sin más exigencia que la existencia de justificación y la determinación o concreción de la obra o servicio justificativa, no habría razón para no admitir esta doctrina según la cual lo único que se consigue es aligerar trámites y beneficiar al trabajador afectado al garantizarle los futuros trabajos y el derecho a generar la correspondiente antigüedad en todo el periodo trabajado”.

Pese a la contundencia de las anteriores afirmaciones que se apoyan, asimismo, en la jurisprudencia que admite los contratos por obra o servicio formalizados para la ejecución de contratos encargadas por un tercero aunque correspondan a la actividad normal de la empresa empleadora lo cierto es que, al final del trabajo mencionado, los autores manifiestan –con buen criterio– las dudas que surgen sobre este particular y, en general, sobre la licitud del propio contrato fijo que concatena obras correspondientes a la actividad habitual de la empresa, si se tiene presente la referencia del art. 15.1.a) ET a la autonomía y sustantividad que aquéllas deben revestir respecto de la actividad de la empresa. No obstante, estas fundadas dudas de licitud que surgen a la luz del texto del ET hay que reconocer que desaparecen, posteriormente, con la previsión contenida en la D.A.3ª de la LSC, norma también con rango de ley y posterior al propio ET.

esta modalidad contractual general a las peculiaridades del sector de la construcción, a través del contrato fijo de obra.³¹⁶

³¹⁶ Así lo expresa, asimismo, en cierto modo, el nuevo art. 24 del V CGSC de 2012 el cual, en su apdo. 1, se auto-convierte en destinatario de dicha habilitación al establecer: “*La Disposición Adicional Primera, apartado 2 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo y la Disposición Adicional Tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Ley de la Subcontratación en el Sector de la Construcción, otorgan a la negociación colectiva de ámbito estatal la facultad de adaptar al sector de la construcción el contrato de obra o servicio determinado regulado con carácter general en el artículo 15 del E.T. De acuerdo con ello la indicada adaptación se realiza mediante el presente contrato que, además de los restantes caracteres que contiene, regula de forma específica el artículo 15.1.a) y 5 y el artículo 49.c) del E.T. para el sector de la construcción*”.

Por el contrario, ARAGÓN GÓMEZ, C. en “La calidad en el empleo en el sector de la construcción: el contrato fijo de obra” en la obra colectiva *Contratas y Subcontratas en el Sector de la Construcción*. Coord. MERCADER UGUINA, J.R., Editorial Lex Nova. Valladolid. 2008, pág. 231, se pronuncia en contra de la consideración de este precepto como una habilitación legal a los negociadores sociales –lo considera más bien una invitación- porque, a su juicio, ya estaban autorizados antes en virtud del reconocimiento por el ET, en su art. 15.1.a), párrafo segundo, de capacidad convencional para la identificación de los trabajos o tareas con sustantividad propia para ser cubiertos con contratos de obra; en su art. 15.7, párrafo segundo, de facultades para el establecimiento de criterios y compromisos de conversión de contratos temporales en indefinidos; y en su art. 15.5, párrafo segundo, de la imposición de mecanismos para prevenir la utilización abusiva de contratos temporales para cubrir un mismo puesto con distintos trabajadores. A mi juicio, todas las posibilidades mencionadas tienen en común la concesión por ley de facultades a los negociadores respecto a los contratos de obra o, genéricamente, en relación a la contratación temporal pero en ninguna de ellas podía entenderse fácilmente comprendida la regulación convencional del contrato fijo de obra en la medida que, en el primer caso, sólo se habilita para concretar el modelo de contrato de obra diseñado legalmente a la realidad de las tareas de la construcción; respecto a la segunda de ellas, muy lejanamente podía llegar a entenderse el plazo máximo de tres años (tras el cual la ejecución de una nueva obra determina la conversión del contrato fijo de obra en indefinido) como un criterio o compromiso de conversión de contratos temporales en indefinidos; y finalmente, respecto a la tercera de las habilitaciones, sólo de manera muy forzada podría haberse entendido que facilitar la cobertura de sucesivas obras dentro de una misma provincia con un mismo contrato *temporal* estaba evitando la utilización abusiva de contratos temporales para cubrir un mismo puesto con distintos trabajadores. Ante la situación de inseguridad jurídica y las más que razonables dudas de licitud que originaba la falta de una habilitación legal clara para el régimen vigente del contrato fijo de obra resulta muy comprensible que el legislador, a través de la

A nivel conceptual, existe coincidencia doctrinal y jurisprudencial, en que el llamado, por el CGSC, *contrato fijo de obra*, pese a su denominación, es un contrato temporal (a diferencia del denominado contrato fijo de plantilla que es indefinido) y constituye una concreción efectuada por la negociación colectiva para el sector de la Construcción del contrato por obra o servicio determinado previsto por el ET con carácter general.³¹⁷ De ahí que también tenga por objeto,

D.A.3ª de la LSC, legalizara *ex post* la regulación convencional precedente, facilitando y potenciando, al tiempo, la continuidad futura de la misma.

³¹⁷ En este sentido se pronuncia la STS de 30 de junio de 2005 (RJ 2005/7791) poniendo al descubierto el error en que incurre la STSJ de Andalucía de 27 de febrero de 2004 (JUR 2004/133401) al considerar el contrato fijo de obra como un “contrato fijo” y determinar, por ello, la inaplicabilidad de esta figura a un trabajador respecto del que afirma «*que su relación con la empresa recurrente no era de fijeza sino de temporalidad*». Ante ello, el TS especifica que “*el trabajador era fijo de obra y por tanto, pese a que esa denominación pueda inducir al equívoco al que llegaba esa sentencia, es evidente que su vinculación con la empresa no era de fijeza, sino de carácter temporal. Y es, precisamente, esa especie de temporalidad la que disciplina el art. 18.3 de ese Convenio y, en general, la figura del contrato fijo de obra*”. En efecto, a juicio del TS en esta misma sentencia, el contrato fijo de obra no sólo es un contrato temporal sino que, más concretamente, es una especificación del contrato por obra o servicio determinado regulado en el art. 15.1 a) ET, cuyos requisitos generales reúne y, muy especialmente, el relativo a la necesidad de identificación de la obra o servicio objeto del contrato que el Convenio concreta en la exigencia de acuerdo expreso para cada obra. El contrato fijo de obra es pues una especie convencional del género legal contrato por obra o servicio determinado y no un tipo de contrato distinto, como no podía ser de otro modo, pues como esta STS señala: “*dicha previsión convencional, no diseña un nuevo contrato temporal al margen del art. 15 ET, lo que, por lo demás, no podría hacer válidamente pues, pese a su condición normativa y a su carácter vinculante, el Convenio está obligado a respetar las normas legales de carácter mínimo necesario, y el art. 15 lo es. Trata, simplemente, de evitar las cargas burocráticas que supondría la formalización de sucesivos contratos con un mismo trabajador, para ajustarse mejor a las necesidades productivas de la empresa, a la vez que facilitar una mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores*”. En este mismo sentido, VICENTE PALACIO, A. en “El contrato fijo de obra en el sector de la construcción...”, ob. cit., señalaba ya –comentando la STSJ de Cataluña de 21 de octubre de 1999 (AS 1999/3351)- que “la previsión convencional sólo puede ser interpretada –si queremos que se adecue a la legalidad- como que introduce una especificación o singularidad en materia de sucesión de contratos señalando que no es preciso formalizar un nuevo contrato para obra o servicio determinado en aquellos casos en que, una vez finalizada la obra para la que el trabajador fue inicialmente contratado, el empresario se encuentra en disposición de ofertarle, sin solución de continuidad, una nueva ocupación que justificaría la válida concertación de un contrato

por regla general, la ejecución de una sola obra pero presentando, sin embargo, como principal peculiaridad respecto al contrato de obra que constituye su origen la posibilidad de que bajo un mismo contrato y por un mismo trabajador sea posible ejecutar, sucesivamente, distintas obras dentro de una misma provincia. Sin perjuicio de los problemas de encuadramiento dentro de la configuración legal del art. 15.1 a) ET que esta última posibilidad plantea lo cierto es que el debate en torno a su licitud resulta ocioso y superfluo a la luz de la habilitación legal expresa contenida en la mencionada D.A.3ª de la LSC.

1.2.3.2. Requisitos del contrato fijo de obra

Concretamente, el CGSC sujeta la posibilidad que estudiamos de concatenar varias obras bajo un mismo contrato fijo de obra a los siguientes condicionantes:³¹⁸

-En primer lugar, se requiere acuerdo expreso escrito³¹⁹ como requisito esencial para concretar la obra u obras, en este caso, a las que sucesivamente quede referido el contrato, en el mismo sentido en que se exige esto último por la jurisprudencia respecto del contrato por obra o servicio determinado en

para obra o servicio determinado". Asimismo, en la parte final del citado trabajo, la autora atribuía un papel muy limitado a la negociación colectiva en esta materia por hallarnos ante normas de derecho necesario indisponibles para la misma.

³¹⁸ Nos basamos aquí en *las tres limitaciones* a que se refiere ARAGÓN GÓMEZ, C. en su excelente trabajo: "La calidad en el empleo en el sector de la construcción: el contrato fijo de obra", ob. cit.

³¹⁹ Exigen acuerdo expreso para cada nuevo destino la citada STS de 30 de junio de 2005 (RJ 2005/7791) y, en suplicación, entre otras, la STSJ de Andalucía de 27 de febrero de 2004 (JUR 2004/133401), la STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de febrero de 1998 (AS 1998/5212) y la STSJ de Cataluña de 21 de octubre de 1999 (AS 1999/3351) la cual es objeto de comentario específico por VICENTE PALACIO, A. en el trabajo antes citado. En contra, la STSJ de Extremadura de 20 de noviembre de 2002 (AS 2003/1066) o la anterior del TSJ de Madrid de 19 de diciembre de 1996 (AS 1996/4694).

general. En este sentido –como ya hemos visto- la STS de 2 de marzo de 1990 (RJ 1990/1749) y también las posteriores de 22 de junio de 1990 (RJ 1990/5507), 26 de septiembre de 1992 (RJ 1992/6816), 21 de septiembre de 1993 (RJ 1993/6892) y de 26 de marzo de 1996 (RJ 1996/2494), entre otras muchas, entienden que la consecuencia de la falta de concreción en el contrato de la obra o servicio objeto del mismo debe ser su consideración como indefinido por cuanto “o bien no existen obras o servicios concretos sobre los que opere el contrato , o bien se desconoce cuáles son, con lo que se llega al mismo resultado”. Sin embargo, el resultado no es exactamente el mismo pues si no existe acuerdo expreso formalizado por escrito porque *no existen obras o servicios determinados sobre los que opere el contrato* el contrato de duración determinada carece de causa y, por tanto, habiéndose celebrado en fraude de ley, la relación laboral será siempre indefinida, con presunción *iuris et de iure* (art.15.3 ET)³²⁰ mientras que si aquéllas existen pero se *desconoce cuáles son* porque no han sido especificadas expresamente por escrito, el contrato sí tiene causa -aunque no expresada- y, por tanto, el defecto debe considerarse únicamente una mera irregularidad formal que, de acuerdo con el art. 8.2 ET, debe dar lugar a la consideración de la relación laboral como indefinida con presunción *iuris tantum*.³²¹

En cualquier caso, queda clara la importancia de la identificación expresa de la primera obra en el contrato inicial, así como de las siguientes ya sea también inicialmente con una relación de las concretas obras previstas o, posteriormente, a través de sucesivos acuerdos de novación contractual para evitar así dejar al arbitrio del empresario la decisión sobre el devenir de la

³²⁰ En este mismo sentido, ARAGÓN GÓMEZ, C.:”La calidad en el empleo en el sector de la construcción: el contrato fijo de obra”, ob. cit., pág. 252, señala: “Y no podemos perder de vista que la realización de una obra determinada constituye no sólo la finalidad de esta modalidad contractual, sino también su propia causa, hasta el punto de que cuando se utilizan los servicios del trabajador para un fin distinto a aquel que justifica el carácter limitado de la relación, el contrato se entiende celebrado de forma fraudulenta”.

³²¹ En este segundo caso, hay causa y, por tanto, una vez demostrada su existencia mediante prueba en contrario que rompe la presunción a favor del carácter indefinido de la relación laboral el contrato aparece, lícitamente, como temporal.

relación laboral, en el sentido del art. 1256 CC cuando establece que: “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.³²²

³²² Así lo expresa la STS de 30 de junio de 2005 (RJ 2005/7791) cuando indica que: “Tal mandato solo se puede cumplir, válidamente, de dos modos. O reseñando en el propio contrato todas y cada una de las obras en las que se va a prestar servicios con expresa aceptación del trabajador, o bien suscribiendo acuerdos posteriores con igual y plena concreción antes de iniciar el trabajo en cada nueva obra” y cuando, más adelante, especifica que: “La plena identificación del centro, o centros de trabajo en los que se va a prestar servicios, es dato esencial del contrato o del pacto posterior y constituye una garantía irrenunciable para el trabajador. Porque de lo contrario estaría expuesto en todo momento a decisiones arbitrarias del empleador que incluso podría esgrimir la oscuridad de la cláusula como medida de presión a lo largo toda la relación laboral. Piénsese que podría incluso ser despedido si no aceptase ir a una obra sorpresivamente decidida por la empresa cuyas características o ubicación geográfica no le convinieran, so pena de perder la indemnización por cese del 4,5% del salario percibido que establece el art. 1.3 del Convenio”. Por ello, la STS deja bien claro que, en ningún caso, serán válidas cláusulas contractuales, como la que constituía el objeto del recurso, en virtud de las cuales el trabajador manifieste *ab initio* su conformidad genérica para trabajar en cualesquiera obras que a futuro se le puedan asignar (“Y no cabe argüir en defensa de la validez de ese pacto contractual, que el trabajador dio al mismo su consentimiento, cuando sin duda es contrario a la previsión del art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores. No es posible sustituir válidamente el acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos de trabajo que exige el Convenio con respeto de las previsiones legales, por una incondicional aceptación del trabajador”) y sin que, en contra de esto, quepa oponer -como hacía la sentencia referencial aportada- la validez, a tal efecto, de la falta de oposición por el trabajador a iniciar cada obra concreta posterior pues esto “no equivale en modo alguno al previo «acuerdo expreso» y pudo ser fruto de un mal entendido deber de obediencia o de unas necesidades perentorias del trabajador”. La STS rechaza, finalmente, el argumento de la sentencia de contraste en favor de estas cláusulas de aceptación genérica inicial para la realización de obras sucesivas al otorgarles la misma validez que hubiera tenido la formalización de sucesivos contratos para cada obra, al entender en sentido contrario que, más bien, del mismo modo en que, precisamente, resulta inadmisibles un contrato de obra sin identificación de ésta también lo es una cláusula como la debatida que deja en la más absoluta indefinición cada una de las obras que en su virtud pretenden ejecutarse. Por otra parte, PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., en *Miscelánea Jurisprudencial (...)*, ob. cit., señalan que la cobertura con contratos de obra o servicio del trabajo sucesivo en varias obras de la misma empresa podría articularse, además de a través de este mecanismo consistente en formalizar un único contrato con identificación inicial o posterior de las distintas obras a realizar, de dos maneras más: mediante la celebración de este mismo contrato único en el que se identifica la obra inicial pero sin que se identifiquen las nuevas obras en las que se

-En segundo lugar, la sucesión de obras debe tener lugar, geográficamente, dentro de la misma provincia pasando, de lo contrario, el trabajador a ser considerado como fijo de plantilla.³²³

continúa trabajando para la misma empresa (lo cual daría lugar a la consideración del contrato como indefinido por fraudulento), como también a través de la suscripción de un nuevo contrato por obra o servicio determinado para cada obra, simultánea o sucesiva, que resultaría lícito pero que llevaría aparejadas ciertas desventajas respecto de la primera de las opciones: como son la falta de agilidad burocrática, la inexistencia de un compromiso para las sucesivas obras que dote a las partes de estabilidad y seguridad sobre la continuidad futura de la relación laboral y la imposibilidad de acumulación por parte del trabajador de la antigüedad generada durante cada contrato.

³²³ ARAGÓN GÓMEZ, C., págs. 238 y 239, “La calidad en el empleo en el sector de la construcción: el contrato fijo de obra”, ob. cit. señala que “(...) esto no quiere decir que el empresario no pueda acometer una obra en provincia distinta y contar con los mismos empleados que ya venían trabajando para él. Cuando el centro de trabajo implique, a su vez, un cambio de provincia, lo que impide el precepto convencional es que dicha movilidad quede amparada –so pena de devenir indefinido- en un mismo contrato de obra. En tal caso, será necesaria la suscripción de un nuevo contrato de trabajo”. De forma muy similar se expresaba antes VICENTE PALACIO, A. en “El contrato fijo de obra en el sector de la construcción...”, ob. cit., especificando que “el empresario en tales supuestos no puede utilizar el mecanismo de movilidad que consagra la previsión convencional de forma que deberá proceder a formalizar el contrato de trabajo según la regla primera del artículo convencional aplicable si no quiere que se le aplique la regla segunda en virtud de la cual la relación se convertirá en indefinida”. A mi modo de ver, a la luz de estas últimas consideraciones, cuesta aún más ver qué favor se hace verdaderamente a la estabilidad en el empleo de los trabajadores de la construcción a través de esta figura contractual. Pues ya sea mediante la novación del objeto contractual de un mismo contrato fijo de obra, cuando el cambio tiene lugar dentro de una misma provincia, o bien, en otro caso, a través de la suscripción de un nuevo contrato de obra, se está facilitando la cobertura de obras sucesivas y consecutivas que constituyen el discurrir de la actividad ordinaria de la empresa mediante contratos temporales y no mediante un contrato indefinido que es lo procedente en estos casos. La licitud indiscutible de esta figura que -como ya se ha subrayado- deriva directamente de la LSC, a mi juicio, no hubiera sido tan clara a la luz del ET, pues lo que su art. 15.1.a) exige es que las obras tengan autonomía y sustantividad no en sí mismas sino respecto de la actividad normal de la empresa y resulta, por tanto, absurdo considerar que, a efectos de ser cubiertas con contratos de esta naturaleza, el conjunto de obras que constituyen dicha actividad normal puedan reputarse revestidas individualmente de tal autonomía y sustantividad respecto de una actividad ordinaria que configuran ellas mismas. De ser así, todas las tareas que

-Finalmente, se fija un límite temporal de tres años para la concatenación de obras de una misma provincia bajo un mismo contrato fijo de obra el cual sólo es posible traspasar hasta que finalicen los trabajos de la obra que se ejecutaba al cumplirse los tres años. La encomienda de ejecución por el empresario de cualquier obra nueva al trabajador una vez franqueado el límite de los tres años convierte a éste en indefinido, adquiriendo la condición de fijo de plantilla. Parece ser que la inclusión, por el Convenio 2002-2006, de la posibilidad de sobrepasar el límite de los tres años en lo necesario para finalizar la obra que se ejecutaba en ese momento, se atribuye a la necesidad de evitar la desnaturalización por convenio colectivo del contrato por obra o servicio determinado al permitirse la extinción del contrato con la simple llegada de un término con independencia de la efectiva finalización de la obra a que se refiere el art. 15.1.a) ET.³²⁴ Sin embargo, esta explicación, a mi juicio, encuentra dos dificultades, en primer lugar, que la llegada del término no produce la extinción del contrato³²⁵ sino que sienta la base para su conversión en indefinido y, en segundo lugar, que, a partir de la reforma laboral de 2010, el art. 15.1.a) ET pasa a fijar, también, un plazo máximo infranqueable de tres años para el contrato por obra o servicio determinado (ampliable hasta doce meses por convenio), no condicionado a la finalización de la obra, a partir de cuyo cumplimiento los trabajadores adquieren, asimismo, la condición de fijos.

Por lo demás, mientras no se haya alcanzado el límite máximo de tres años, como se ha dicho, el trabajador podrá ser reubicado en nuevas obras de una misma provincia siempre que hayan finalizado las anteriores en que hubiese estado empleado como también, del mismo modo, el contrato podrá ser

constituyen la actividad de cualquier empresa podrían ser cubiertas con estos contratos.

³²⁴ ARAGÓN GÓMEZ, C.: "La calidad en el empleo en el sector de la construcción: el contrato fijo de obra", ob. cit., pág. 240.

³²⁵ Como señala CAMPS RUIZ, L.M. en "La reforma de la contratación temporal en la Ley 35/2010", ob. cit.: "El límite temporal de tres años, ciertamente, sólo se aplicaría en sus propios términos en la hipótesis de coincidencia de dicho plazo con la terminación de la obra en el último centro contratado; en otro caso, el límite de tres años simplemente determina en el arco temporal de referencia dentro del cual puede suscribirse el último acuerdo para prestar servicios en un nuevo centro".

extinguido a la finalización de cualquiera de esas obras, sin que tenga porqué agotarse el plazo máximo. Asimismo, una vez alcanzado el límite máximo de tres años la conversión del trabajador en fijo de plantilla no se produce automáticamente sino que no acontece hasta que se produce la asignación de una nueva obra.

En consecuencia, el contrato fijo de obra puede extinguirse a la finalización de cualquiera de las obras anteriores al cumplimiento de los tres años o de la que se ejecutaba al alcanzarse estos y el trabajador sólo se convierte en fijo si esto no ocurre y se le destina a una nueva obra posterior.

1.2.3.3. Causas de extinción del contrato fijo de obra

La extinción del contrato fijo de obra se produce, pues, principalmente, por la finalización de alguna de las obras en que fue empleado el trabajador anteriores a su eventual conversión en indefinido. El CGSC no exige para ello, sin embargo, la completa finalización de las obras sino que permite el cese paulatino de trabajadores a medida que la realización de las correspondientes unidades de obra los vaya haciendo innecesarios.³²⁶ Como señala, CAMPS RUIZ,³²⁷ esta extinción gradual sigue un doble parámetro: el cualitativo relativo

³²⁶ VICENTE PALACIO, A. en “El contrato fijo de obra en el sector de la construcción...”, ob. cit., señala que “las sucesivas obras por las que vaya pasando el trabajador deben estar finalizadas, en los concretos trabajos objeto de su especialidad, cuando el trabajador es destinado a otra obra distinta pues si ello no fuera así el contrato perdería desde dicho momento su naturaleza causal y la relación quedaría convertida en relación laboral indefinida al igual que perdería dicha condición el trabajador”.

³²⁷ “La reforma de la contratación temporal en la Ley 35/2010”, ob. cit. En dicho trabajo se cita, además, la STS de 21 de junio de 1988 (RJ 1988/5443), dictada en relación a la regulación similar que a este respecto contenía el art. 44 c) de la derogada Ordenanza Laboral de la Construcción, Vidrio y Cerámica de 1970, la cual ya interpretó entonces que no era necesaria la conclusión total, completa y acabada de la

a la especialidad del trabajador (oficio y categoría) y el cuantitativo referido a la conclusión de unidades de obra (volumen de obra realizada). El cese debe comunicarse por escrito al trabajador con una antelación de quince días naturales si bien el empresario puede sustituir el preaviso por una indemnización equivalente a los días de salario no preavisados.

Pero, junto a la anterior, el CGSC prevé otra posible causa de extinción del contrato fijo de obra -más problemática- consistente en la paralización temporal de una obra por causa imprevisible para el empresario y ajena a su voluntad, de la cual debe darse cuenta previamente por la empresa a la representación de los trabajadores. Al empresario se le asigna, asimismo, también la obligación de ofrecer, de nuevo, un empleo al trabajador cuando las causas de paralización de la obra hubieran cesado, salvo que ésta se convierta en definitiva. Esto último que, seguramente, debe entenderse como una mal expresada referencia a la suspensión del contrato por fuerza mayor, en situaciones de carácter coyuntural, que abocaría a su extinción cuando la paralización se convierte en definitiva ha sido enormemente criticado en cuanto a su licitud por parte de la doctrina en la medida en que supone evitar, para un mismo supuesto de hecho, la aplicación de normas de derecho necesario, como las contenidas en los arts. 47.3, 49.1.h) y 51.7 ET, eludiendo los procedimientos en ellas previstos y rebajando las indemnizaciones legalmente establecidas. En este último sentido, para todos los supuestos de extinción, y con base en lo previsto en el art. 49.1.c) ET que permite indemnizar a la finalización de estos contratos con las cuantías establecidas en la normativa específica que sea de aplicación, el CGSC establece una indemnización por

obra sino que era suficiente la de cualquiera de sus elementos, fases o porciones que, en una planificación técnica normal, pueden sucederse tanto cronológicamente como en su ubicación geográfica e, incluso, en disponibilidades presupuestarias sucesivas. En todo caso, se reseña en la STS indicada como elemento clave indiciario de tales conclusiones el hecho de que el trabajador no sea sustituido por nadie en el momento de producirse su cese mientras que, en sentido contrario, la contratación de trabajadores sustitutos operaría en favor de la continuidad de la obra (SSTS de 31 de enero y 11 de mayo de 2005, RJ 2005/2849 y 2005/4981).

cese del 7% calculada sobre los conceptos salariales devengados durante la vigencia del contrato.³²⁸

Esto, que en virtud de la disponibilidad –expresada en el propio precepto legal de las cuantías del 49.1 c) ET sería perfectamente válido para los supuestos de extinción por fin de obra, no resulta admisible, sin embargo, para los supuestos de extinción por causa de fuerza mayor (o paralización definitiva, si empleamos los términos del Convenio) en la medida en que tal precepto no les es aplicable³²⁹ y el art. 51.7 ET y concordantes, que sí los regulan, no se configuran como normas dispositivas sino como normas de derecho necesario.

1.2.3.4. La configuración del contrato fijo de obra mediante un límite temporal puesta en relación con otros similares: el art. 15. 5 ET

Confirmando el esquema general de nuestro ordenamiento jurídico laboral en favor de la configuración básica del contrato de trabajo como indefinido y la

³²⁸ El art. 24.8 del V CGSC establece, de acuerdo con lo previsto en el citado precepto estatutario -y también ahora en virtud de lo autorizado por la D.A.1ª.2 de la Ley 35/2010-, esta indemnización del 7% de los conceptos salariales devengados durante la vigencia del contrato. Ello no obliga a reabrir el debate en torno al carácter mínimo de las cuantías generales del art. 49.1.c) ET (que, tras la reforma laboral de 2010, irán incrementando progresivamente hasta alcanzar los 12 días de salario por año trabajado para los contratos celebrados a partir de 01-01-2015) en tanto que, en todo caso, el importe de aquella indemnización resulta netamente superior a las fijadas en éste último. Así, si tomamos como referencia la extinción de un contrato fijo de obra con una duración de un año, el 7% de los salarios devengado en tal año equivaldrá a unos 25 días de salario por año trabajado ($365 \text{ días} \times 7/100 = 25,55$) que son más del doble de los días de salario (12 por año trabajado) que, en el mejor de los casos, podrá corresponder a un trabajador al que se calcule su indemnización conforme a las cuantías de referencia del art. 49.1.c) ET que resultan de la nueva Disposición Transitoria 13ª ET, introducida por la Ley 35/2010.

³²⁹ Y, por ende, tampoco es aplicable la D.A.1ª.2 de la Ley 35/2010 que autoriza a una regulación convencional específica para la indemnización por cese del contrato fijo de obra pero con referencia previa al art. 49.1.c) ET.

excepcionalidad de los contratos de duración determinada,³³⁰ la regulación contenida en el art. 15.1.a) ET –como hemos visto– prevé, específicamente, para el contrato por obra o servicio determinado, la posibilidad de su suscripción en caso de obras o servicios que revistan autonomía y sustantividad respecto de la actividad normal de la empresa, procediendo, por tanto, el contrato indefinido para la cobertura de tal actividad ordinaria.

Pese a ello, en el sector de la construcción parece que ha proliferado la realidad contraria. A esto último coadyuva, por un lado, la naturaleza de la actividad de este sector que tiene por objeto obras entendidas como cosas mensurables, concretas e identificables en el espacio, con un inicio y fin fácilmente determinables, que propician la celebración de este tipo de contrato³³¹ y, de otro lado, la tendencia jurisprudencial actualmente dominante

³³⁰ En efecto, desde el punto de vista jurídico-positivo, nuestro Derecho Laboral se decanta claramente en favor del contrato indefinido, que únicamente requiere del acuerdo de ambas partes, con preferencia sobre los contratos temporales que quedan tasados y caracterizados legalmente con la nota de excepcionalidad que resulta de la exigencia de ciertas causas y/o el cumplimiento de determinados requisitos previstos legalmente, básicamente en el art. 15.1 ET. Así, con independencia de los contratos formativos, de relevo u otros en los que la temporalidad está ínsita en la propia finalidad de su regulación, la contratación temporal estructural es causal en el sentido de que el legislador fija un motivo o fin que debe concurrir para poder formalizar un contrato para una duración determinada en lugar de un contrato por tiempo indefinido que constituye la regla general. En este sentido el TS se pronuncia en múltiples sentencias, entre otras, las de 10 de mayo de 1993 (RJ 1993/4046), de 21 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9320), 6 de mayo de 2003 (RJ 2003/5765) y 17 de junio de 2008 (RJ 2008/4229). También, en el derecho comunitario, la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, mantiene que la contratación indefinida es la forma general para la contratación de trabajadores. Véase, en general sobre este tema, el Capítulo III “Contratación indefinida y contratación temporal” escrito por GOERLICH PESET, J. M^a., pág. 134, en la obra colectiva *Contratación laboral y tipos de contrato: criterios jurisprudenciales*, (coord. José María Goerlich Peset), Valladolid, Lex Nova. 2010.

³³¹ Vid. págs. 232 y 233 del trabajo de ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La calidad en el empleo en el sector de la construcción: el contrato fijo de obra”, ob. cit., aunque ya antes VICENTE PALACIO, A. en el “El contrato fijo de obra en el sector de la construcción...”, ob.cit., expresaba de forma similar la especial idoneidad de este sector para con el contrato de obra.

que no admite que pueda argumentarse para excluir estos contratos que este tipo de trabajos constituyen la actividad normal de la empresa *“porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de ese contrato (las actividades de construcción)”*.³³²

En esta situación, la introducción a través de la negociación colectiva (CGSC) del contrato fijo de obra, que permite la concatenación dentro de un mismo contrato temporal de las distintas obras de una misma provincia que van constituyendo el devenir de la actividad ordinaria de la empresa, y su posterior legalización por la D.A.3º de la Ley 32/2006 -con el consiguiente efecto de licitud que trivializa el debate sobre su ajuste al art.15.1.a) ET- supuso la renuncia de los agentes sociales y del propio legislador a tratar de reconducir el uso del contrato por obra o servicio determinado, en términos jurídicos, al ámbito que le es propio según el art. 15 ET. Se pasa, así, a permitir su utilización para prácticamente cualesquiera obras dentro de una misma provincia mediante la novación del objeto del contrato de obra inicial (pues en eso consiste precisamente el mecanismo aplicado por el contrato fijo de obra), abriendo paso –pretendidamente- al principio de estabilidad y calidad en el empleo a través de una limitación puramente temporal consistente en la

³³² Tal doctrina viene contenida, entre otras, en las SSTs de 15 de enero de 1997 (RJ 1997/497), 8 de junio de 1999 (RJ 1999/5209), 20 de noviembre de 2000 (RJ 2001/1422), 26 de junio de 2001 (RJ 2001/6839), 6 de octubre de 2006 (RJ 2006/6730) y 14 de junio de 2007 (RJ 2007/5479) o la más reciente de 6 de marzo de 2009 (RJ 2009/3818). Bajo mi punto de vista, dicha doctrina no puede pretender hacer ceder el criterio legal (art.15.1.a ET) justificativo del contrato de obra, referido a la sustantividad de la obra respecto de la normalidad de los trabajos que constituyen la actividad de la empresa –los cuales deben cubrirse con contratos indefinidos-, ante un criterio de creación jurisprudencial -no previsto en la ley- consistente en el carácter temporal de la necesidad de trabajo. Más aún si se presenta como prueba de ello el hecho de que el supuesto típico de este contrato tenga lugar en el ámbito de las actividades de construcción puesto que, si ello es así, no es tanto porque éstas tengan por objeto obras o servicios que se corresponden especialmente con lo previsto en la ley –lo cual, como hemos visto, es cierto- como por las consecuencias de esta misma doctrina jurisprudencial que lo permite y fomenta. En otras palabras, de esta manera se quiere convertir en causa la consecuencia.

conversión del contrato en indefinido cuando se produzca una novación para una nueva obra una vez transcurridos tres años desde el contrato inicial.

Por así decirlo, es como si ante la imposibilidad de aplicar a la realidad en este sector lo previsto jurídicamente en la ley a nivel teórico se optara, pragmáticamente, por conceder un equitativo término medio consistente en dar, por un lado, libertad total para la cobertura a través de la contratación temporal de las sucesivas obras dentro de una misma provincia compensando, de otro lado, con el establecimiento de un límite temporal de un máximo de tres años que convierte en indefinidos los contratos que se prolonguen con nuevas obras más allá de este plazo.³³³ Resultado éste que no sería nada despreciable –a la vista de la difícil realidad para la calidad en el empleo en este sector- si no fuera por las importantísimas posibilidades de fraude que este mecanismo proporciona –sin perjuicio de lo que pueda contrarrestar la labor judicial de control- en la medida en que basta con extinguir el contrato fijo de obra al fin de cualquier obra anterior al cumplimiento de los tres años y suscribir un nuevo contrato para las subsiguientes para conseguir evitar la conversión del contrato en indefinido y perpetuar así la temporalidad.

³³³ De una forma parecida, VICENTE PALACIO, A. en “El contrato fijo de obra en el sector de la construcción...”, ob. cit., hablaba de “permitir una cierta movilidad del personal contratado de forma que el empresario esté facultado para acomodar en cada momento a su personal de la manera más productiva posible sin necesidad de formalizar nuevo contrato (...). En contrapartida a esta flexibilización del régimen jurídico general, el CGSC parece considerar que superado dicho límite temporal ya no queda justificada la precariedad del contrato deduciendo por tanto, de dicho dato temporal, que la empresa tiene un volumen de actividad lo suficientemente elevado o importante como para poder mantener al trabajador como fijo de plantilla; es decir, el CGSC parece considerar que si un trabajador es necesario en una empresa por más de tres años seguidos, en distintas obras (no en una misma obra pues en tal caso no opera el límite de los tres años), en dicha empresa no concurren las circunstancias típicas del sector en cuanto que éste se caracteriza por una falta de certidumbre objetiva de la actividad y que, por tanto, no es legítima la limitación temporal del contrato”.

Una limitación parecida se contiene en el artículo 15.5 ET, introducida por el RDL 5/2006, de 9 de junio,³³⁴ en cuya virtud se acotaba a un máximo de 24 meses dentro de un período de 30 las posibilidades de ocupar un mismo puesto de trabajo con sucesivos contratos temporales. Con la exclusión de los contratos formativos, de relevo e interinidad, la sucesión de dos o más contratos temporales que exceda del plazo señalado en el período mencionado produce la conversión de la relación laboral en indefinida.³³⁵

Sin perjuicio del indudable interés intelectual que presenta el análisis de los problemas de ajuste de la regulación convencional del contrato fijo de obra a la limitación legal impuesta por el art. 15.5 ET, lo cierto es que en mi opinión el debate carece sentido, en primer lugar, habida cuenta que la D.A.3ª de la LSC 32/2006, de 18 de octubre, que legaliza expresamente tal regulación convencional, viene contenida en una norma especial para el sector de la construcción, también con rango de ley, y de fecha posterior a la norma que

³³⁴ No obstante, el antecedente remoto de esta regla se encuentra en la reforma operada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, que dando cumplimiento el mandato introducido por la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, introducía un nuevo apartado 5 en el art. 15 ET, limitándose a encomendar a los convenios colectivos el establecimiento de requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal. Este mandato se mantiene en la redacción actual dirigido a evitar la rotación de trabajadores temporales para la cobertura de un mismo puesto de trabajo. A diferencia de la concreta regulación prevista para la concatenación de contratos, la simple encomienda a la negociación colectiva para prevenir los abusos en los supuestos de rotación de trabajadores ha sido objeto de crítica por la doctrina (véase PALOMO VÉLEZ, R.I.: “El papel de la negociación colectiva en la regulación de la contratación temporal en España y su eficacia”, ob. cit.) por no aportar ningún criterio objetivo de referencia ni previsión supletoria alguna aplicable en ausencia de regulación convencional, contrariamente a lo indicado en la citada Directiva comunitaria europea que instaba a la legislaciones nacionales de los países miembros a fijar una regulación básica.

³³⁵ Hay que tener en cuenta que, tras la reforma de 2010, se incluyen también en el precepto los supuestos de cobertura de puestos de trabajo diferentes y se excluyen (además de los mencionados contratos formativos, de relevo e interinidad) los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación y los utilizados por empresas de inserción debidamente registradas si el objeto de dichos contratos es considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado.

introdujo inicialmente tal limitación en el art. 15.5 del texto legal del ET.³³⁶ Pero, además, y sobre todo, porque a mi juicio el objeto de ambas regulaciones es distinto y ello es así tanto si se opta por entender que el contrato fijo de obra es la suma de los sucesivos contratos formalizados para cada obra como si -en mi opinión más acertadamente- es considerado como un único contrato temporal cuyo objeto se nova para cada obra. Por contra, antes de la reforma de 2010, pese a que la doctrina judicial y científica mayoritarias entienden que las ejecuciones sucesivas de distintas obras en el seno del contrato fijo de obra constituyen novaciones de un mismo contrato -y no sucesión de distintos contratos temporales- y a pesar de que la regulación convencional entiende que el cambio de ubicación física para la prestación de trabajo implican cambio de puesto de trabajo, lo que habría dado lugar a la inaplicación de la regla del art. 15.5 ET que exigía, antes de la reforma de 2010, sucesión de varios contratos temporales para la cobertura de un *mismo* puesto de trabajo, se había señalado³³⁷ que la regulación del CGSC que permite la concatenación de diversas obras incluso más allá de tres años debe entenderse contraria al espíritu y finalidad de la regulación legal que pretende dotar de mayor estabilidad laboral al sistema de relaciones laborales y, por ello, pese a que la D.A.3ª de la LSC admite la legalidad del contrato fijo de obra, los agentes sociales deberían ajustar los límites de duración a los 24 meses dentro de un período de 30 previstos en el ET, con el fin de evitar que los trabajadores de la construcción se encuentren en una peor situación y con una regulación más regresiva que la del resto de los trabajadores.³³⁸

³³⁶ El hecho de que la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, a que dio lugar la tramitación parlamentaria del RDL 5/2006, de 9 de junio, sea posterior a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, (LSC) no debería suponer un impedimento a esta consideración ya que mediante aquella no se produjo variación alguna del contenido del art. 15.5 ET inicialmente configurado por el RDL y, en todo caso, habida cuenta del principio de especialidad que determinaría la aplicación preferente en el ámbito de la construcción de una Ley como la LSC pensada específicamente para regulación de dicho sector.

³³⁷ ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La calidad del empleo en el sector de la construcción...”, ob. cit.

³³⁸ Se ha señalado así que resulta paradójico que la D.A.3ª de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, pretenda mejorar la seguridad y salud laboral de los trabajadores de la construcción (pues temporalidad y siniestralidad van indisolublemente unidas) así

-Incluso si se aceptase -como algún sector doctrinal-³³⁹ que las sucesivas obras que se ejecutan en virtud de un contrato fijo de obra deben ser tratadas como contratos diferenciados que se suceden, en mi opinión, el objeto de ambas regulaciones sería distinto y, por tanto, compatible, por cuanto la contenida en el art. 15.5 ET se dirigiría a evitar la utilización lícita de las distintas posibilidades de contratación temporal para la cobertura de un mismo puesto (o también diferentes puestos desde 2010) en favor de una misma empresa (ya sea directamente o indirectamente a través de ETT, etc.) cuando con ello se trata de prolongar en el tiempo una situación de temporalidad que se corresponde con una realidad más propia de un contrato indefinido, mientras que en el caso de la regulación del CGSC se trata de limitar, respecto de una especie concreta del contrato de obra, la concatenación de obras para la cobertura de distintos puestos de trabajo dentro de la misma provincia y al servicio de la misma empresa del sector de la construcción. La valoración de esta última regulación como más regresiva no aparece, pues, tan claramente si tenemos en cuenta que lo que se compara no son supuestos de hecho iguales, amén de que con base también en consideraciones apoyadas en el espíritu e intencionalidad del legislador podría del mismo modo argumentarse que, quizás éste, a la vista de la difícil realidad para la estabilidad laboral en el sector de la construcción hubiera podido decidir aceptar resultados más modestos³⁴⁰ o, incluso, que hubiera preferido mantener la legalidad de la autorregulación de

como su estabilidad en el empleo cuando da por buena la precarización en el empleo que supone un contrato, como el fijo de obra, que permite tildar de temporal a un trabajador que ha estado, en virtud de diversas obras, al servicio de una misma empresa durante tres o incluso más años.

³³⁹ Por ejemplo, CAMPS RUIZ, L.M. en “La reforma de la contratación temporal en la Ley 35/2010”, ob. cit., págs. 24 y 25.

³⁴⁰ Aunque, incluso desde esta perspectiva, existen también argumentos en contra de la mayor regresividad de la regulación convencional. Así, NICOLÁS BERNAD, J. A. en “Consideraciones sobre el contrato fijo de obra en el nuevo Convenio General del Sector de la Construcción para los años 2007-2011”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm 748/2008 (Comentario). Editorial Aranzadi. Pamplona. 2008, señala que el hecho de temporalizar la relación laboral durante tres años a través del contrato fijo de obra supone, conforme a la regulación convencional, una indemnización a fin de contrato del 7% del salario devengado durante la vigencia del contrato, muy superior a la prevista legalmente en el art. 49.1.c) ET.

los agentes sociales como una muestra de apoyo e impulso a la autonomía colectiva y a este modo de regular las relaciones laborales.

No modificarían las conclusiones anteriores las reformas de 2010 y 2011; como hemos dicho, en el caso de la primera de ellas,³⁴¹ introduciendo la posibilidad

³⁴¹ SEMPERE NAVARRO, A.V. en “Reflexiones sobre el nuevo 15.5 ET”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2011 (Tribuna). Editorial Aranzadi. Pamplona. 2011, se ocupa del estudio del art. 15.5 ET resultante de la reforma de 2010 y destaca en primer lugar que, a partir de la misma, este precepto asume dos importantes clarificaciones en cuanto a la identidad subjetiva requerida al exigir que la sucesión de contratos quede referida a la misma empresa pues, tras la citada reforma, se especifica que quedan también comprendidos en tal consideración los supuestos que tengan lugar dentro del mismo grupo de empresas así como los casos de subrogación empresarial. En cuanto al concepto de grupo de empresas, el autor se muestra partidario (en contra, CAMPS RUIZ, L.M en “La reforma de la contratación temporal en la Ley 35/2010”, ob. cit.) de trasladar, a estos efectos, los criterios generales exigidos desde antiguo por la jurisprudencia (vid. STS 30 de junio de 1993, RJ 1993/4939 o, más recientemente, la STS 10 de junio de 2008, RJ 2008/4446, entre otras muchas) para poder considerar, en el ámbito laboral, la existencia de un empleador único: Confusión de patrimonio entre las distintas empresas del grupo (caja única); Apariencia externa unitaria; Dirección única; Confusión de plantillas o plantilla única; Creación de empresas aparentes sin sustrato real..etc. Sin que, a estos efectos, sea suficiente la mera coincidencia de accionistas o administradores entre las distintas empresas del grupo. En cuanto a los supuestos de subrogación empresarial (legal pero también convencional) por sucesión de empresas cabe aplicar, asimismo, lo previsto con carácter general en relación al art. 44 ET pero teniendo en cuenta que no se trata aquí de “que el contrato subsista sino de que se tomen como realizadas por la actual empresa las contrataciones que llevó a cabo la anterior”.

En segundo lugar, el autor se ocupa en el trabajo citado de las modificaciones que la reforma efectúa sobre los requisitos atinentes a la identidad objetiva que posibilitan considerar incluidos en el art. 15.5 ET, desde 18 de junio de 2010, además de los supuestos de sucesión de contratos de trabajo temporales en un mismo puesto de trabajo también los que tienen lugar sobre puestos diferentes. Sobre este particular se señalan la escasa aplicación real anterior de la regla estudiada o la decepcionante interpretación del concepto puesto de trabajo como posibles motivaciones principales para esta sustancial ampliación del radio de contrataciones, operada mediante el cambio de una alusión sumamente concreta por otra genérica.

El autor critica, finalmente, la redacción posterior a la Ley 35/2010 del apartado 3º de la D.A.15ª del ET, por la amplitud del sector público que se excluye del ámbito aplicativo del art. 15.5 ET al establecerse que “*sólo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades*

de que los contratos que se suceden, incluidos en la limitación temporal del art. 15.5 ET, puedan ser también los destinados a la cobertura de puestos de trabajo diferentes y, la segunda de ellas, suspendiendo por dos años la aplicación de la limitación legal misma.³⁴²

-Sin embargo, a mi modo ver, la cuestión se esclarece notablemente si se entiende, como el propio V CGSC de 2012 establece en su art. 24.3 (art. 20.3 del CGSC de 2007),³⁴³ que las distintas obras que se suceden están todas ellas comprendidas en un mismo y único contrato fijo de obra porque, entonces, aparece que la limitación temporal de tres años prevista en este

de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas. En todo caso, lo dispuesto en dicho artículo 15.5 no será de aplicación respecto de las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley". Esta redacción que, también a mi juicio, resulta confusa por cuanto no deja claro si los organismos, agencias y entidades indicadas se excluyen de manera absoluta de la regla o sólo a efectos de valorar la identidad subjetiva en la sucesión de contratos temporales (esto es, tratando únicamente de evitar que sean considerados como la misma Administración cuando celebran contratos temporales que suceden a los concluidos por las Administraciones a las que están adscritos) suscita, además, para el autor citado, dudas en cuanto a su acomodación a los valores de la Directiva Comunitaria 1999/70/CE, de 28 de junio, relativa al trabajo de duración determinada.

³⁴² En efecto, como consecuencia de esta última suspensión algunos trabajadores hubieran podido llegar a concatenar contratos temporales hasta casi cuatro años (aquellos que estuviesen próximos a cumplir los 24 meses que permite el 15.5 ET más los dos años en que esta limitación quedaba inicialmente suspendida) mientras que, paralelamente, en el sector de la construcción, quiénes se encontraran en la misma situación seguían sujetos a los plazos máximos establecidos por su regulación convencional, en este caso, normalmente (salvo que la obra que se ejecutaba al cumplirse los tres años se dilate más de un año) más cortos y favorables. Esta diferenciación será posible por las mismas razones que, sin esta suspensión, justifican la situación inversa, esto es, por tratarse de supuestos diferentes -si bien ahora se han acercado al actuar ambas limitaciones también sobre supuestos de cobertura de puestos de trabajo diferentes- y, sobre todo, por haber sido reconocida por el legislador (del art. 15.5 ET y de la D.A.3ª de la LSC) esta dualidad de regímenes.

³⁴³ "*Sin embargo, manteniéndose el carácter de único contrato, el personal fijo de obra, sin perder dicha condición de fijo de obra, podrá prestar servicios a una misma empresa en distintos centros de trabajo de una misma provincia (...)*".

mismo artículo del Convenio no es comparable, de ningún modo, con la del art. 15.5 ET (la cual regula la sucesión de contratos temporales) sino más bien con la contenida en el art. 15.1 a) ET que determina la duración de un único contrato, en su caso el de obra o servicio determinado general. Surgen así dos variantes de contrato distintas: una de origen convencional, el contrato fijo de obra, que incluyendo diversas obras puede llegar a durar, de acuerdo con su regulación específica, tanto como lo haga la obra que se ejecutaba al cumplirse tres años contados desde el inicio de la primera, y otra, de origen legal, el contrato general por obra o servicio determinado, que individualmente tendrá la duración que tenga la obra que constituye su objeto y, como máximo -muy significativamente- tres años a partir de la reforma de 2010 (ex art. 15.1 a) ET). Y junto a estas dos variantes de contrato de obra encontramos una limitación aplicable a ambos, la contenida en el art. 15.5 ET, que no regula la duración máxima de cada contrato individualmente sino que se enfoca a un aspecto distinto, tratando de limitar la sucesión de cualesquiera contratos temporales no excluidos de su ámbito (los excluidos son los formativos, de relevo e interinidad y, entre ellos, no se encuentran ni los de obra o servicio ni los fijos de obra), que no habiendo superado individualmente sus respectivas duraciones máximas, pretendieran superar concatenándose los 24 meses dentro de un período de 30. Siendo esta limitación distinta de las regulaciones individuales de cada contrato pero, a su vez, aplicable a ambos carece de sentido, pues, la valoración en torno al eventual carácter regresivo de cualquiera de ellas. Por otro lado, es cierto y paradójico que, de acuerdo con esta tesis, estos contratos podrían llegar a tener una duración individual muy superior a la máxima que se les permite si suceden unos a otros,³⁴⁴ pero debe tenerse presente que el art.

³⁴⁴ Esta desproporción ha sido especialmente denunciada por la doctrina con motivo de la elección por la Ley 35/2010 de un límite temporal máximo para el contrato por obra o servicio de tres años, ampliable hasta cuatro, muy superior al plazo regulado en el art. 15.5 ET. En este sentido, por ejemplo, MORENO GENÉ, J. en “La duración del contrato para obra o servicio determinado tras la reforma laboral del 2010”, ob. cit., RUIZ, L.M. en “La reforma de la contratación temporal en la Ley 35/2010”, ob. cit. o GOERLICH PESET, J. M^a. en “La reforma de la contratación temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010” en García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R.: *La reforma Laboral 2010. Aspectos Prácticos*. Lex Nova. Valladolid. 2010. A mi parecer,

15.5 ET tiene un carácter muy general en cuanto se dirige a regular no sólo los contratos ahora estudiados sino cualesquiera otros contratos temporales no expresamente excluidos y, desde esa generalidad, quizás pueden explicarse las desproporciones que puedan apreciarse respecto a la regulación concreta de cada uno de los contratos. En todo caso, esta opción viene a reafirmarse, a mi juicio, con el nuevo inciso inicial (tras la reforma de 2010) del art. 15.5 ET al referirse expresamente a que lo regulado en el mismo se entiende “*sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1a) (...) de este artículo*”, como tratando de significar especialmente que los contratos de obra –y, extensivamente, habría que entender también los demás contratos, como el fijo de obra- tendrán la duración individual que tengan establecida pero sin que acumulativamente con otros contratos temporales del mismo o distinto tipo se puedan superar los 24 meses dentro de un período de 30.

Cabe concluir, pues, que la limitación temporal comentada del art. 24.3 del CGSC determina, intrínsecamente, la duración máxima de un único contrato fijo de obra, mientras que el límite impuesto por el art 15.5 ET, aplicándose en este ámbito, impediría que puedan concatenarse sucesivos contratos fijos de obra

sin embargo, si bien es cierto que la Ley podría haber optado por plazos más homogéneos -como los que se manejaban en su tramitación parlamentaria- lo cierto es que, en realidad, hay que reconocer que el establecimiento mismo de un tope máximo, aun con un plazo tan diferente, supone de cualquier modo un acercamiento del art. 15.1.a) al 15.5 ET, puesto que conforme a la regulación anterior la realidad permitía supuestos de hecho mucho más desproporcionados, habida cuenta que, conforme a aquélla, el contrato por obra o servicio determinado podía durar ilimitadamente, por hipótesis, tanto como lo hiciera la obra o servicio que constituyese su objeto. Pese a lo anterior se ha de reconocer que la gran mayoría de los contratos de este tipo que se formalizan tienen una duración muy inferior, incluso a los tres años, lo que también afecta muy negativamente a la operatividad real que puede tener esta medida de establecimiento de un término máximo con un plazo tan largo. Para ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. en “Negociación Colectiva, empleo y flexibilidad de entrada e interna a la luz de la Ley 35/2010 (...)”, ob.cit., el plazo de tres años podría haber sido elegido por la influencia que sobre la memoria colectiva ejerció la idéntica duración máxima que se permitía, en los años 80, al contrato temporal coyuntural (sin causa) de fomento del empleo, el cual en la década de los años 90 quedó restringido sólo a trabajadores discapacitados.

(que individualmente no hayan superado la duración convencional máxima) más allá del límite global de 24 meses dentro de un período de 30.³⁴⁵

Parece apoyar esta tesis la D.A.1ª de la Ley 35/2010 -más arriba transcrita- al establecer, en su apartado segundo, que lo previsto en los arts. 15.1.a), 49.1.c) y 15.5 ET se entiende sin perjuicio de la regulación que se establezca por la negociación colectiva para el contrato fijo de obra, de acuerdo con los principios con que ésta se autoriza en la D.A.3ª de la Ley 32/2006.

Sin embargo, con base en esta última autorización del legislador, el V CGSC de 2012 ha ido más allá, en mi opinión, de lo que puede deducirse de la lectura en sus estrictos términos de esta disposición adicional pues, a mi parecer, esta última al referirse al art. 15.1.a) y 49.1.c) ET (duración máxima y extinción del contrato de obra) en relación al art. 15.5 ET (límite temporal máximo para la sucesión de contratos temporales) trata de especificar que la duración total de la concatenación de obras de una misma provincia bajo la cobertura de un mismo y único contrato de fijo obra no puede verse limitada ni por las duraciones máximas que para el contrato de obra en general resultan de los dos primeros preceptos mencionados ni por el límite temporal para la sucesión de contratos establecido en el 15.5 ET -ya que se trata de un mismo contrato y no de varios que se suceden- pero difícilmente, a mi juicio, puede entenderse – siendo la Ley 35/2010 un norma que trata de reducir la dualidad fijo/temporal de nuestro mercado de trabajo a través del fomento de la estabilidad en el

³⁴⁵ En el mismo sentido se pronuncia LUJÁN ALCARAZ, J. en “El contrato fijo de obra del sector de la construcción en la reforma laboral de 2010”, ob. cit., pág. 7. El autor se cuestiona, además, si la aplicación de la regla del art. 15.5 ET a los supuestos de sucesión de contratos fijos de obra puede terminar por producir lo contrario al pretendido efecto de estabilidad si ante la imposibilidad práctica por las empresas para asumir el incremento de contratos indefinidos que tal regla origina se acaba expulsando temporalmente del mercado de trabajo de la construcción a determinados trabajadores por el tiempo necesario para impedir el cómputo de dos contratos temporales en un período de 30 meses.

empleo- como una habilitación que permita una sucesión ilimitada en el tiempo (más allá del límite del art. 15.5 ET) de contratos temporales (fijos de obra)³⁴⁶ como la que resulta del apartado 4º del nuevo art. 24 del citado Convenio al establecer que *“(…) no se producirá sucesión de contratos por la concertación de diversos contratos fijos de obra para diferentes puestos de trabajo en el sector, teniendo en cuenta la definición de puesto de trabajo dada en el artículo 22 del presente Convenio, y por tanto no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo 5º del artículo 15 del ET”*.³⁴⁷

³⁴⁶ CAMPS RUIZ, L.M. en “La reforma de la contratación temporal en la Ley 35/2010”, ob. cit., maneja argumentos similares cuando se refiere a que, al amparo de la disposición adicional 1ª. 2 de la Ley 35/2010, literalmente, “de conformidad con la disposición adicional 3ª de la ley 32/2006”, la negociación colectiva sólo puede establecer “fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación” para defender que sólo son válidas las reglas convencionales que garanticen una mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, a lo cual -como he señalado más arriba- no contribuye en una regla como la nueva introducida por el V CGSC que excepciona, en el sector de la construcción, la aplicación del límite temporal del art. 15.5 ET a las sucesiones de contratos fijos de obra. Cabe destacar que con base a los argumentos mencionados CAMPS RUIZ, L.M. niega, incluso, la posibilidad de que por Convenio Colectivo se pueda dar cobertura ahora a duraciones superiores a los cuatro años que como máximo pueden resultar del nuevo art. 15.1.a) ET lo cual, a mi juicio, no es defendible en la medida en que la posibilidad de que el contrato fijo de obra se prolongue tanto (incluso, en total, más de 4 años) como lo haga la obra que se ejecutaba al alcanzarse los tres años convencionalmente previstos existía ya en la regulación del CGSC de 2002, cuyos términos fueron valorados por la D.A.3ª de la LSC –a la cual, a su vez, se refiere ahora la D.A.1ª.2 de la Ley 35/2010- como garantizadores de la estabilidad en empleo y, por tanto, hay que entenderla comprendida dentro de la filosofía a favor del empleo estable de ambas DD.AA. Esto último, sin embargo, no ocurre –como decimos- con la nueva posibilidad introducida por el V CGSC de sucesión ilimitada en el tiempo de contratos fijos de obra que ni favorece la estabilidad en el empleo ni resulta de los términos análogos a la regulación del CGSC de 2002 vigente en el momento de la entrada en vigor de la LSC, pese a lo cual, en este caso, CAMPS RUIZ, L. M. en la obra citada, admite –incomprensiblemente- sin ningún problema, “que los contratos que puedan celebrarse sucesivamente quedan exceptuados de las consecuencias establecidas con carácter general para el encadenamiento de contratos temporales”.

³⁴⁷ Sin embargo, como LUJÁN ALCARAZ, J. destaca en la obra antes citada, no puede obviarse –y quizás así lo hayan entendido los negociadores del V CGSC- que la inaplicación del art. 15.5 ET al supuesto de sucesión de contratos fijos de obra, podría

Otra cosa hubiera resultado si en este art. 24.4 del V CGSC no se hablase de *concertación de diversos contratos fijos de obra* pues si lo que se pretendía era referirse a que las ejecuciones de distintas obras dentro del mismo contrato fijo de obra no están limitadas temporalmente por los preceptos estatutarios mencionados sino sólo sujetas a los límites del propio Convenio, hubiera sido suficiente con lo establecido en el art. 24.3 *in fine* del Convenio cuando, tras referirse a tal concatenación de obras dentro de un mismo contrato fijo de obra y a su duración máxima establece: *“En este supuesto y con independencia de la duración total de la prestación, tampoco será de aplicación lo establecido tanto en el apartado 1.a) párrafo primero del artículo 15 del E.T. como en el apartado 5, continuando manteniendo los trabajadores, como se ha indicado, la condición de fijos de obra”*.

Pero cuando la cuestión se torna del todo incomprensible es al abordar la lectura del art. 24.5 del nuevo Convenio: *“Por lo tanto la contratación, con o sin solución de continuidad, para diferente puesto de trabajo mediante dos o más contratos fijos de obra con la misma empresa o grupo de empresas en el periodo y durante el plazo establecido en el artículo 15.5 del E.T., no comportará la adquisición de la condición establecida en dicho precepto. A tal*

haber sido uno de los objetivos de la reforma de 2010, tal y como parece desprenderse, respecto de la D.A.1ª comentada, de la motivación que acompaña a la enmienda 287 presentada en la tramitación parlamentaria del RDL 10/2010 y, con toda claridad, de las propuestas formuladas por las asociaciones empresariales del sector durante tal tramitación. Pese a ello, como dice el autor citado, una cosa son los propósitos de la reforma y otra muy distinta lo que claramente resulta de la redacción final dada a la D.A.1ª. 2 de la Ley 35/2010. En esta misma dirección, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Negociación Colectiva, empleo y flexibilidad de entrada e interna a la luz de la Ley 35/2010 (...)”, pág. 35, entiende que “(...) más allá de las dudas interpretativas que pueda suscitar la indicada disposición adicional de la Ley 35/2010, las exigencias legales que incorpora la nueva redacción de todos los mencionados preceptos del ET han de respetarse necesariamente, pues es claro que las previsiones legales actúan como umbral mínimo indisponible por la autonomía colectiva”. GARCÍA RUBIO, M. A. seguramente admitiría esta regulación convencional pues señalaba en “La extinción de los contratos temporales”, ob. cit., que “(...) a partir de la D.A.1ª Ley 35/2010, parece que el legislador remite la cuestión a lo regulado en la negociación colectiva (...)”.

efecto nos encontramos ante puestos de trabajo diferentes cuando se produce la modificación en alguno de los factores determinados en el artículo 22 del presente Convenio". Como si de una conclusión derivada de los anteriores apartados se tratase (*"Por lo tanto"* –se dice-) se indica que la sucesión de contratos fijos de obra *"durante"* – parece que podría interpretarse, literalmente, como *"dentro"*- el plazo del art. 15.5 ET no da lugar a la conversión del trabajador en fijo. De ser así, resultaría inapropiado, en primer lugar, el conclusivo *"por lo tanto"* porque –salvo en el improbable caso de que inconsistentemente el Convenio partiera ahora de considerar que estos cambios de obra suponen cada uno un nuevo contrato y no novaciones del mismo- nada tendría que ver este supuesto con el regulado en el apdo. 3º del mismo artículo 24 del Convenio referido a la sucesión de obras dentro de un mismo contrato fijo de obra, ni con el previsto en el apdo. 4º que se refiere a la falta de aplicabilidad general del art. 15.5 ET a estos casos, pues a lo que se referiría el apdo. 5º es a la no conversión en indefinido del contrato en los casos de sucesiones contratos fijos de obra *dentro* del plazo previsto en el art. 15.5 ET lo cual no supone inaplicabilidad del mismo sino, precisa y contrariamente, su estricta aplicación y de ello mismo y, en segundo lugar, resultaría asimismo el carácter superfluo, por innecesaria, de la entera previsión convencional misma de este apartado.

Resultaría difícil de entender, asimismo, la referencia de este precepto convencional al concepto de cambio de puesto de trabajo del art. 22 del Convenio cuando, como es sabido, después de la propia norma (Ley 35/2010) - a la que el mismo se remite- quedan incluidos en la limitación del art. 15.5 ET también los supuestos de sucesión de contratos para cubrir diferente puesto de trabajo siendo, por tanto, intrascendente el dato del cambio de puesto de trabajo, pues la limitación opera tanto si -como antes de la reforma- la sucesión de contratos tiene lugar sobre un mismo puesto de trabajo como si opera sobre uno nuevo y diferente, tal y como se verá con detalle más abajo.

Por todas las contradicciones anteriores parece que debe entenderse que el precepto convencional comentado se refiere a que mediante contratos fijos de obra sucesivos para diferentes puestos de trabajo se *sobrepasen* los límites temporales del art. 15.5 ET lo cual no produciría en este ámbito el efecto de conversión del trabajador en fijo previsto en dicho precepto estatutario. De este modo, cobrarían sentido las referencias al concepto de puesto de trabajo diferente y *a sensu contrario* habría que entender que las sucesiones de contratos fijos de obra para cubrir el mismo puesto de trabajo por un período superior al límite temporal marcado por el art. 15.5 ET sí que produciría el efecto en él establecido, sin perjuicio de que cuando las coberturas sucesivas de un mismo puesto de trabajo -funcionalmente entendido- (de acuerdo con el párrafo 2º del art. 24.3 del V GGSC) se efectúen dentro de un mismo contrato fijo de obra (dentro de los límites establecidos en el párrafo 1º del mismo artículo del Convenio) la superación de los 24 meses en un período de 30 tampoco convierta al trabajador en fijo sino hasta que finalice la obra que se ejecutaba al alcanzarse tres años. Más que probablemente sea esta última la interpretación correcta pero de ser así, además de las dificultades ya comentadas para hacer derivar la licitud de esta regulación de la D.A.1ª de la Ley 35/2010, hay denunciar el hecho de que el Convenio se enfoque en dirección totalmente contraria a esta última reforma legislativa la cual trata de ampliar el espectro aplicativo de la regla del art. 15.5 ET mientras la regulación convencional pugna con este esfuerzo retrotrayendo, en su ámbito, el estado de cosas a la situación general precedente.

Por otra parte, de un modo similar al que se explicaba al principio de este capítulo para el contrato fijo de obra, las mismas dificultades para conseguir acomodar a la realidad laboral el modelo causal teórico determinado inicialmente por el legislador en el art. 15.1.a) ET han llevado a la modificación, con carácter general, de este precepto –como ya se ha comentado más arriba–

a través de la reforma laboral de 2010, introduciendo un *artificial*³⁴⁸ límite de tres años (ampliables hasta un año más por convenio) a partir del cual si el contrato pervive –por no haber finalizado antes la obra o servicio objeto del mismo- el trabajador pasa a convertirse en fijo, sea cuál sea la duración real posterior de la obra o servicio.³⁴⁹

³⁴⁸ En un sentido parecido, SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., en “La Reforma del Mercado de Trabajo mediante RDL 10/2010”, *Aranzadi Social*, núm. 7/2010-8/2010. 2010, comentan que: “La nueva regulación mantiene la exigencia de causalidad, pero inevitablemente tal exigencia queda en un segundo plano al haberse superpuesto la concreta duración máxima. La fijación de ese tope puede interpretarse (como así sucede, de hecho, en el sector de la construcción con el contrato temporal fijo de obra) en el sentido de que es suficiente identificar unas determinadas tareas y vincularlas a un plazo determinado (con el tope de los 3 ó 4 años). La consecuencia es que el contrato para obra o servicio determinado quedaría desnaturalizado, produciéndose, además, un efecto que parece ser no deseado por el legislador: la utilización masiva de este contrato por las empresas, que podrá identificar como obra o servicio cualquier actividad ordinaria o extraordinaria y vincular esta actividad a un plazo de ejecución dentro de los límites temporales permitidos. Más aún, podría entenderse, como así sucede con el fijo de obra, que opera una especie de presunción favorable a la validez del contrato, con independencia de su justificación real. Como puede suponerse la opción técnica aquí postulada dista de lo que el legislador ha hecho: en una verdadera obra o servicio carece de sentido la fijación de límites cronológicos absolutos; los derechos de los trabajadores temporales ya fueron anteriormente equiparados; si se quiere aumentar la indemnización por término de contrato (hasta los 20 días, por ejemplo) que se haga así con quienes ya han alcanzado los tres años de antigüedad, pero sin necesidad de introducir un elemento disfuncional como el presente”.

En relación a estos nuevos problemas e interrogantes que genera la introducción por la Ley 35/2010 de un límite temporal en la regulación del contrato por obra o servicio determinado puede resultar interesante la lectura del breve pero mordaz artículo de SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Humoradas de laboralista. Los contratos para obra o servicio”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 806/2010 (Tribuna). Editorial Aranzadi. Pamplona. 2010.

³⁴⁹ Esta nueva limitación, como hemos avanzado, no resulta aplicable incluso en el caso más asimilable del contrato fijo de obra que tiene por objeto una sola obra en virtud de lo dispuesto en la D.A.1ª de la Ley 35/2010, antes transcrita, que el propio V CGSC asume en relación a este punto en el párrafo 2º de su art. 24.2. al establecer: “Por ello y con independencia de su duración, no será de aplicación lo establecido en el párrafo primero del artículo 15.1 a) del E.T., continuando manteniendo los

Tras este cambio -con independencia de las opiniones que aquí se han manifestado- y a la vista de la doctrina jurisprudencial tradicional que se ha mantenido dominante, se mantienen en nuestra realidad jurídica varias situaciones posibles:

Por un lado, tanto dentro como fuera del sector de la construcción, es posible formalizar contratos por obra o servicio determinado que tengan por objeto una única obra los cuales tendrán la duración que tenga la propia obra que se ejecuta con el límite máximo, ahora, fuera del ámbito de la construcción, de tres años que determina la conversión del trabajador en fijo.

De otro lado, fuera del sector de la construcción, será posible la sucesión de tantos contratos por obra o servicio determinado como sean necesarios con el objeto de atender las sucesivas obras que constituyen el devenir de la actividad ordinaria de la empresa (siempre que, lógicamente, ninguna de estas obras, individualmente, haya superado el límite de duración de tres años pues, entonces, el trabajador en cuestión se habría convertido en fijo) y sin que ello, en virtud de la criticable doctrina jurisprudencial comentada que no excluye

trabajadores la condición de fijos de obra, tanto en estos casos como en los supuestos de sucesión empresarial del 44 del E.T. o de subrogación regulado en el artículo 27 del presente Convenio General”.

De otro lado, de acuerdo con el apartado 2º de la D.A.15ª ET, en la redacción dada por la Ley 35/2010, esta limitación tampoco *“será de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años”.*

Asimismo, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con la Disposición Transitoria Primera de la Ley 35/2010, lo previsto en la redacción dada por esta Ley al artículo 15.1 a) ET será de aplicación a los contratos por obra o servicio determinados suscritos a partir de la fecha de su entrada en vigor, mientras que los concertados con anterioridad se regirán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se celebraron.

estos contratos para trabajos que constituyen la actividad normal de la empresa, pueda reputarse fraudulento. Pero, dentro del sector de la construcción, la atención de las sucesivas obras dentro de una misma provincia deberá canalizarse a través de un contrato fijo de obra que permite su atención con un mismo contrato temporal cuya duración puede llegar a exceder de tres años justamente por el mismo tiempo en que prolongue la obra que se estaba ejecutando al cumplirse aquellos, debiendo sin embargo en este caso, a diferencia del caso general, considerarse fraudulentas las extinciones de contratos por finalizaciones de obra anteriores al cumplimiento de los tres años si con posterioridad se continua con la ejecución sucesiva de obras al amparo de nuevos contratos.

Este estado de cosas, sin embargo, no parece que deba perdurar demasiado a la luz del nuevo artículo 15.5 ET, introducido por la reforma de 2010, que incluye dentro del límite de 24 meses en un período de 30 también los supuestos de sucesión de contratos temporales para prestar servicios en puestos de trabajo diferentes. Parece difícil a la vista de ello que, en el caso general, aun manteniendo el criterio jurisprudencial comentado de “la necesidad temporal de trabajo para la empresa empleadora”,³⁵⁰ pueda seguir admitiéndose la sucesión de contratos de obra para cubrir las distintas obras que constituyen la actividad normal de la empresa, más allá del límite objetivo de 24 meses. Más claramente aún, en el caso de la sucesión de contratos fijos de obra en el ámbito del sector de la construcción, en el sentido más arriba expuesto el límite de 24 meses frenaría el intento de concatenar obras más allá de límite del art. 24.3 del CGSC mediante la formalización, antes de alcanzarse

³⁵⁰ La introducción de un límite temporal máximo en el art. 15.1.a) ET para el contrato por obra o servicio determinado por la reforma de 2010 supone, a su vez, un importante obstáculo a la continuidad de esta doctrina jurisprudencial pues la Exposición de Motivos de la reforma justifica tal límite con base en que “a partir del cual ha de considerarse que las tareas contratadas tienen naturaleza permanente y han de ser objeto de una contratación indefinida”. Se revela, pues, claramente que, en la concepción del legislador, las tareas permanentes propias de la actividad normal de la empresa no pueden ser cubiertas con contratos por obra o servicio determinado sino mediante un contrato indefinido.

los tres años, de un nuevo contrato para las obras siguientes en la medida en que, con el nuevo art. 15.5 ET, el límite operaría incluso en caso de cambio de obra o centro de trabajo y también, por tanto, aun cuando con la regulación convencional en mano pueda entenderse que se trata de puestos de trabajo diferentes.³⁵¹

Pese a la claridad de la nueva regulación legal,³⁵² algunas sentencias, incluso posteriores, como la **STS de 25 de mayo de 2011 (RJ 2011/5817)** -si bien referida a hechos a los que era aplicable la regulación anterior a la reforma-³⁵³ siguen basándose en la existencia de un cambio de puesto de trabajo, para cuya acreditación recurren asimismo a la regulación convencional mencionada, con el erróneo fin de justificar la inaplicabilidad de las normas que limitan la sucesión de contratos, pues si bien es cierto que bajo nuestra concepción del

³⁵¹ Según el art. 22 del nuevo CGSC (art. 18 del GGSC de 2007), el puesto de trabajo *“viene determinado por las tareas o funciones que desempeñe el trabajador, la categoría profesional que le corresponda dentro de la clasificación vigente y por el centro de trabajo donde se desempeñe la actividad, de manera que cualquier modificación en alguno de los factores anteriores constituye un cambio de puesto de trabajo”*.

³⁵² El nuevo art. 15.5 ET establece: *«Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos»*. Si bien hay que recordar que -como ya se comentó arriba- el nuevo CGSC de 2012, con dudosa base, rechaza su aplicación en su ámbito para los supuestos de cambio a puestos de trabajo diferentes.

³⁵³ El régimen de derecho transitorio diseñado por la Ley 35/2010 en su Disposición Transitoria Segunda implica que la nueva redacción dada por esta Ley al artículo 15.5 ET será de aplicación a los contratos suscritos a partir de la fecha de su entrada en vigor, si bien respecto a los contratos suscritos por el trabajador con anterioridad, a los efectos del cómputo del número de contratos, del período y del plazo previsto en el citado artículo 15.5, se tomará en consideración el vigente a 18 de junio de 2010. Respecto a los contratos suscritos por el trabajador antes del 18 de junio de 2010, seguirá siendo de aplicación, a los efectos del cómputo del número de contratos, lo establecido en el artículo 15.5 según la redacción dada al mismo por la Ley 43/2006.

tema las distintas obras que se ejecutan bajo un único contrato fijo de obra pueden sucederse sin más límite que el máximo establecido en el art. 24.3 del Convenio, lo cierto es que en un supuesto de sucesión de contratos fijos de obra como el que enjuiciaba esta sentencia no puede sostenerse, sin más, como hacía la misma –y, menos aún, a partir de ahora a la luz de la nueva redacción del artículo 15.5 ET- que el comienzo de cada obra determina el inicio de un nuevo límite de duración para cada contrato y que, por ello, puede admitirse -quizás eternamente- la sucesión ilimitada de contratos fijos de obra que, a su vez, no hubieran superado el límite individual fijado para cada uno de ellos, como también denuncia acertadamente en su voto particular la Magistrada Arastey Sahún.

Concretamente, el mencionado voto particular basa su discrepancia en dos aspectos: en primer lugar, en el entendimiento de que la definición de puesto de trabajo acordada a través de la negociación colectiva no tiene virtualidad para poder incidir sobre la consideración de la existencia de diferentes puestos de trabajo a los efectos del art. 15.5 ET anterior a la reforma, conforme al cual sólo la contratación para puesto de trabajo distinto permitía reanudar el cómputo del plazo máximo legal. A juicio de la Magistrada atribuir a la definición de puesto de trabajo efectuada por la negociación colectiva un papel ampliador de los plazos máximos legales de este contrato excede de la delegación que se ha conferido a ésta por el legislador en el art. 15.1.a) ET limitada a identificar los trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que pueden cubrirse con contratos de esta naturaleza.

En segundo lugar, el voto particular argumenta muy atinadamente que, en el ámbito del contrato fijo de obra, la prestación de servicios en distintos centros de una misma provincia no rompe el carácter único del contrato, contrariamente a lo que mantiene la mayoría de la Sala para la que *“cada cambio de centro de trabajo supone el inicio del cómputo del tiempo, obviando los servicios anteriores prestados en otra obra, como si de una relación nacida ex novo se tratara. Con ello elude aplicar cualquier tipo de límite, tanto el del art. 15.5 ET,*

como el de los tres años; pues cada vez que el trabajador es cambiado de obra se considera una relación jurídica desvinculada de la anterior”.

Paralelamente, la **STS de 15 de junio de 2011 (JUR 2011/354415)**, que versa sobre un supuesto de hecho prácticamente idéntico, se desarrolla de forma muy similar a la anteriormente comentada, no sólo porque emplea unos argumentos parecidos para la desestimación del recurso sino también porque, asimismo, cuenta con un excelente voto particular, esta vez introducido por el Magistrado De Castro Fernández.

La sentencia ahora estudiada procede también a la desestimación del recurso sobre la base de la interpretación de la exigencia de que la sucesión de contratos temporales que daría lugar a la conversión del trabajador en fijo si excede de 24 meses en un período de 30, que según la redacción del art. 15.5 ET anterior a la Ley 35/2010 debía tener lugar sobre un mismo puesto de trabajo, no se produce cuando tiene lugar en centros de trabajo distintos, a la luz de la definición de puesto de trabajo efectuada por el entonces art. 18 del CGSC (art. 22 del nuevo CGSC), el cual hace equivalentes al cambio de puesto de trabajo las modificaciones que afecten a funciones, categoría profesional o centro de trabajo.

En sentido contrario, el voto particular antes citado ilustra con varias conclusiones de inusitado interés en la materia que nos ocupa:

- En primer lugar, se precisa un importante dato a efectos interpretativos: que el art. 15.5 ET no es una norma que persiga la contratación fraudulenta, pues a ello se dedica el art. 15.3 ET, sino que pretende eliminar la precariedad en el trabajo que se hace efectiva mediante la sucesión de contratos temporales lícitos.

- También aquí, se resalta la falta de idoneidad de la negociación colectiva a efectos de limitar o excepcionar el art. 15.5 ET, a la vista que el propio precepto encomienda a la negociación colectiva el papel contrario de tratar de evitar conductas abusivas mediante las que distintos trabajadores temporales son

empleados sucesivamente para cubrir un mismo puesto de trabajo. Se especifica, asimismo, que no puede argumentarse en contrario que el Convenio Colectivo hubiera sido suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 43/2006 que introdujo tal encomienda, en la medida en que esto, en todo caso, lo que produciría sería la nulidad sobrevenida de las cláusulas convencionales contrarias al sentido de la Ley (aunque ello rompiera el equilibrio interno del Convenio, STCO 210/1990), ya que aquellas no pueden ser contrarias a esta (ex 85.1 CE) ni alterar los términos legales que rigen la contratación para obra o servicio determinado (SSTS 26-10-1999, RJ 1999/7838 y 4-10-2007, RJ 2008/696. En este mismo sentido a las citadas en el voto particular se podrían añadir las SSTS de 7-10-1999, RJ 1999/7762 y 7-03-2003, RJ 2003/4499).

- Sobre la base de las anteriores consideraciones, pasa a concluirse la inadecuación al art. 15.5 ET del concepto de puesto de trabajo locativo de origen convencional que sirve de base a la opción mayoritaria de la Sala para la desestimación del recurso. Por el contrario, se defiende una noción funcional de puesto de trabajo sobre la base de que, aunque este precepto no defina expresamente que debe entenderse por tal, lo cierto es que existen varias razones de peso para considerar que, en la concepción legal, el puesto de trabajo es el mismo si se ejercen las mismas funciones aunque en lugar distinto.³⁵⁴

³⁵⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V. en “Reflexiones sobre el nuevo 15.5 ET”, ob. cit., se dedica en profundidad al análisis de los problemas interpretativos originados por la falta de definición legal y la multiplicidad de sentidos con que en nuestro ordenamiento jurídico laboral se emplea, en distintos pasajes, el término “puesto de trabajo”. El autor parte, en primer lugar, del art. 39 ET que, tratándose de la norma básica en materia de cambio de puesto de trabajo, asume un enfoque claramente funcional al referirse constantemente a las funciones realizadas comprendidas dentro de grupos o categorías profesionales. Sin embargo, a continuación reconoce que el art. 15.5 ET se refiere sólo a puestos de trabajo y no a funciones ni a grupos o categorías profesionales con lo que, apriorísticamente, podría entenderse que prioriza el aspecto locativo sobre el funcional con lo que sería posible, con un pequeño cambio en el lugar de trabajo, la inaplicación de la entera regla limitativa prevista en tal precepto (antes de la reforma). Ello no obstante, las conclusiones son distintas bajo una interpretación sistemática de la norma pues, como el autor subraya, bajo una perspectiva locativa carece de sentido la exigencia de que el mismo puesto de trabajo pertenezca a la

A ello contribuye tanto el hecho de que en el ET la norma básica sobre cambio de puesto de trabajo (el art. 39) se base principalmente en un elemento funcional, como el dato de que si el art. 15.5 ET siguiera un criterio geográfico la expresión *“mismo puesto de trabajo con la misma empresa”* sería reiterativo y redundante al tratarse de dos referencias locativas seguidas. Pero, sobre todo, -a mi juicio es la razón más importante- por una interpretación conforme a la reforma efectuada por la Ley 35/2010 –que hace más estridentes estos pronunciamientos contrarios y posteriores a ella- la cual incluye en el precepto, como un mero *ajuste en la regla instaurada en 2006* (expresión del Preámbulo de la Ley) también los supuestos de sucesión de contratos temporales para cubrir puestos de trabajo diferentes, pues, aunque esta reforma no era aún aplicable a los hechos anteriores enjuiciados lo cierto es que, como señala el voto particular: *“no hay que olvidar que las normas posteriores, aunque sean inaplicables por razones temporales, cumplen una evidente función orientadora, pudiendo «influenciar» el pronunciamiento de la Sala, en orden a una interpretación acorde con los principios inspiradores de la norma posterior (entre las últimas, SSTS 09/12/2009, RJ 2009/5928); 25/05/2010, RJ 2010/2701 y 25/01/2011, RJ 2011/2437)”*.

Así pues, a la vista de todos los considerandos anteriores, el voto particular entiende –en una opción interpretativa que comparto plenamente- que una posición como la defendida de forma mayoritaria en la sentencia, basada en la

misma empresa pues la matización resultaría redundante y superflua. Se señala, además, que el concepto de puesto de trabajo tolera bien modificaciones no sustanciales de destino y, así, se ejemplifica con el evidente mantenimiento de puesto de trabajo en el caso de las camareras de hotel que son destinadas a ordenar distintas habitaciones en diferentes ubicaciones (en otro lugar, el autor señala, en este último sentido, que puede ser útil una reflexión extrajurídica: “se está en el mismo puesto cuando se desempeñan las tareas que la empresa asigna diariamente, sin acudir a modificación sustancial de condiciones de trabajo, respetando el contenido del contrato y ejerciendo sólo movilidad funcional ordinaria”). Y, en sentido contrario, se hace notar, asimismo, la posibilidad de cambios de puesto de trabajo sin un nuevo destino físico como ocurre con quién en la misma mesa de una oficina cambia totalmente sus cometidos. En cualquier caso, se concluye en el citado trabajo que, con carácter general, el concepto “puesto de trabajo” en nuestro ordenamiento no es unívoco y que lo más razonable es concretarlo mediante la imbricación de aspectos funcionales y locativos.

consideración de la existencia de diferentes puestos de trabajo por un criterio geográfico de origen convencional que haría inaplicable la regla del 15.5 ET anterior a la reforma de la Ley 35/2010, supone extralimitar la misión encomendada a la negociación colectiva por este precepto legal que, en el caso concreto analizado, condujo a perpetuar durante más de 12 años la sucesión en el tiempo de contratos temporales, llevando en la práctica a la inaplicación en el sector de la construcción de toda esta normativa legal estudiada.

En efecto, a mi juicio, -como se ha señalado más arriba- el hecho que, de acuerdo con su normativa convencional específica, por medio del contrato fijo de obra puedan concatenarse dentro de un mismo contrato varias obras en lugares distintos sin más límite que el de tres años aplicado en el sentido allí previsto, no implica, sin embargo, que tales contratos puedan finalizarse (especialmente justo antes del cumplimiento de los tres años) y formalizarse nuevamente, sucesivamente y sin límites, porque en tal caso, como hemos visto, no sólo dejaría de aplicarse lo previsto en el art. 15.5 ET sino que al tiempo se estaría permitiendo la elusión fraudulenta del sentido de la propia limitación de tres años impuesta por el CGSC.

Cabe destacar, finalmente, la existencia –reconocida por la propia STS de 15-06-2011 (JUR 2011/354415)- de una doctrina general (contenida, principalmente, en las SSTS de 19-07-2010 (RJ 2010/7128), 9-12-2010 (RJ 2011/42), 15-02-2011 (RJ 2011/2845), 19-04-2011 (RJ 2011/4372), 24-5-2011 (RJ 2011/5095) y 22-06-2011 (RJ 2011/5944) contraria al parecer mayoritario que el TS preconiza respecto al específico caso de sucesiones de contratos fijos de obra en sus recientes sentencias aquí estudiadas.³⁵⁵

³⁵⁵ Las sentencias ahora citadas hacen girar la resolución de la cuestión en torno al criterio funcional de puesto de trabajo sobre la base de que, fuera del sector de la construcción, no interfiere la presencia del art. 18 (art. 22 actual) del Convenio regulador de tal sector que, a juicio del TS, impone un criterio geográfico de decisión en los casos que suscitan en dicho ámbito. Sin embargo, como he comentado, es más

Pese a lo indicado, nuevas y recientes sentencias –si bien todavía referidas a casos a los que resultaba aplicable la versión anterior del art. 15.5 ET- como las **SSTS de 19 de julio de 2011 (RJ 2011/6673) y 30 de abril de 2013 (RJ 2013/5342)**, se han pronunciado nuevamente a favor del criterio geográfico de cambio de puesto de trabajo dando continuidad a la doctrina mayoritaria –antes expuesta- que, para el caso específico de sucesión de contratos fijos de obra, dentro del sector de la construcción, viene manteniendo el TS.

Ello no obstante, esta doctrina habrá de ceder necesariamente tras la reforma operada en el art. 15.5 ET por la Ley 35/2010 la cual terminará, previsiblemente, por consolidar el criterio contrario defendido en este trabajo si bien para poder comprobar dicho cambio y, sobre todo, su continuidad será preciso sufrir un cierto período de intriga al que nos obliga la –ya antes avanzada- suspensión de la aplicación de la regla del art. 15.5 ET impuesta, inicialmente, por dos años, por el RDL 10/2011.³⁵⁶

que controvertido que el art. 15.5 ET admita, en su concepción, tal criterio geográfico como también es muy dudoso que en el propio CGSC la definición de puesto de trabajo que se efectúa en el citado artículo se hiciera pensando en producir efectos fuera del estricto ámbito del ingreso en el trabajo regulado en el mismo, resultando la extrapolación más allá del contexto del Convenio un tanto artificial. En cualquier caso, si con las razones que hemos aportado u otras, se descarta la aplicación del criterio geográfico de origen Convenio, la adopción del criterio funcional deviene la opción más razonable para todos los casos, tal y como el propio TS reconoce en el grupo de sentencias que se acaban de citar. Así, la más reciente de ellas, la STS de 22 de junio de 2011 (RJ 2011/5944) -la cual se califica a sí misma como continuadora de la doctrina de las anteriores- incluye en su Fundamento Jurídico 3º, pese a que en algunos momentos parezca apoyarse también en un criterio locativo, una afirmación fundamental: “(...) *en todos los contratos y, desde luego en los dos últimos, desempeñó funciones equivalentes a un mismo puesto de trabajo, que es lo que exige el art. 15.5 ET (...)*”.

³⁵⁶ El preámbulo del RDL se refiere a las razones de esta medida en los siguientes términos:“(…) *Esta regla fue establecida en 2006 durante un momento de expansión económica para favorecer la estabilidad en el empleo. En la actual coyuntura, la regla, lejos de fomentar la contratación indefinida, puede estar produciendo efectos indeseados de no renovación de contratos temporales y afectando negativamente al mantenimiento del empleo, lo que aconseja su suspensión temporal*”. Y en base a lo anterior se concluye que: “*La suspensión temporal de la regla relativa al encadenamiento de contratos temporales encuentra su justificación en evitar efectos*

La reforma laboral de 2012 (RDL 3/2012, de 10 de febrero y la posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral), en lo tocante a esta materia, no afecta especialmente a las cuestiones planteadas que se han tratado de resolver en las páginas anteriores.

Únicamente cabe mencionar su artículo 17 que modifica el artículo 5 del RDL 10/2011, de 26 de agosto, y fija la fecha de 31 de diciembre de 2012 para la finalización de la suspensión de la aplicación de la limitación a la concatenación de contratos temporales prevista en el artículo 15.5 ET, establecida inicialmente por la reforma de 2011 a través del citado RDL para el período de los dos años siguientes a su entrada en vigor. Si bien es cierto que con ello se reduce, en la práctica, en ocho meses la duración de tal suspensión lo cierto es que se trata de una medida de escaso alcance que poco innova (en la medida en que, en cualquier caso, la suspensión hubiera terminado por decaer) pero que –a los efectos de este estudio y en el sentido comentado más arriba- nos permitirá conocer más tempranamente los efectos de la modificación operada por la Ley 35/2010 sobre la limitación del art. 15.5 ET por la que ésta se extendía también a los supuestos de cobertura de puestos de trabajo diferentes.³⁵⁷

indeseados de no renovación de contratos temporales y en favorecer el mantenimiento del empleo”.

Pese a las justificaciones anteriores, esta suspensión ha sido fuertemente criticada por un sector de la doctrina. Así, MIRÓN HERNÁNDEZ, M.M. en “El endurecimiento de la contratación temporal”, ob. cit., págs. 113-114, denuncia que se pretenda dejar la conversión de contratos temporales en indefinidos (de fomento de la contratación indefinida) en manos de la voluntad de las partes y no del imperativo legal mediante una medida (la cual –dice- de modo alevoso se produce en período vacacional y con inmediata vigencia, truncando las expectativas de estabilidad de aquellos trabajadores con derechos en curso de adquisición por contrataciones anteriores durante los denominados períodos de expansión económica) que adopta la innovadora forma de suspensión temporal, en su opinión, por la convicción del legislador de que una supresión definitiva sería contraria a la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio.

³⁵⁷ La STS de 3 de marzo de 2014 (RJ 2014/1676) se ocupó de clarificar que la citada suspensión no afecta a la efectividad de los derechos de fijeza ya adquiridos sino que sólo sirve para paralizar “*el curso del cómputo del tiempo necesario para adquirir el derecho y excluir de la posibilidad de ese cómputo el tiempo comprendido entre el 31 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012*”.

2) SUCESIÓN DE CONTRATAS Y ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Mientras que la configuración de una realidad económico-empresarial descentralizada desde inicio, sí que cuenta con un marco jurídico de referencia, dentro de la genérica libertad empresarial de auto-organización que se deriva del art. 38 CE y con el régimen de obligaciones y limitaciones que imponen los arts. 42 y 43 ET a las contratatas de obras y servicios, otras vicisitudes de gran trascendencia y relevancia práctica, como el habitual fenómeno de la sucesión de unos contratistas por otros, no cuenta con una regulación específica y ha sido abordado desde la traslación y aplicación analógica de las normas previstas para la sucesión empresarial en general.

En efecto, con miras en la prosecución de una mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores al servicio de empresas contratistas, la jurisprudencia comunitaria europea, a través de las sentencias del TJCE, como también la propia doctrina de nuestro TS, una vez más guiada por el principio *pro operario*, han auspiciado la aplicación de la Directiva 2001/23/CE y del art. 44 ET, respectivamente, a los supuestos de cambio de contratistas, pese a que ninguna de estas normas se refiera específicamente a ellos, con los problemas que, en su aplicación práctica, en no pocas ocasiones ello ha venido generando y que son objeto de estudio a continuación.

En este ámbito resulta, asimismo, de especial significación, el importante papel que la negociación colectiva y otros instrumentos -como las condiciones particulares de las concesiones administrativas- asumen a la hora de completar la regulación general indicada, mediante el establecimiento de cláusulas de subrogación obligatoria en las relaciones laborales de los trabajadores adscritos a las contratatas que vinculan a los nuevos empresarios contratistas/concesionarios entrantes, las cuales también serán analizadas.³⁵⁸

³⁵⁸ Véase HERRAIZ MARTÍN, M^a.S.: “La sucesión de empresa en contratatas y la sucesión convencional a la luz de la nueva jurisprudencia”. *Aranzadi Social*, núm. 6/2011 (parte Estudio). Editorial Aranzadi. Pamplona. 2011.

2.1. La aplicación de las normas sobre transmisión de empresa: El debate en Europa y en España

En el ámbito comunitario europeo, ya desde antaño, estuvo latente la preocupación por la garantía y mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los casos de sucesión empresarial, como pone de manifiesto la temprana Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, para la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros referida a este particular.

Posteriormente, por influencia de la jurisprudencia comunitaria sobre esta materia -entre otras de importancia en este ámbito destacan las sentencias del TJCE de 18 de marzo de 1986 (TJCE\1986\65) (Caso *Spijkers*), la de 19 de mayo de 1992 (TJCE\1992\99) (Caso *Redmond Stichting*) y la de 10 de diciembre de 1998 (TJCE\1998\309) (Caso *Sánchez Hidalgo*, servicio de ayuda domiciliaria)- y bajo el influjo de la *Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores*, aprobada el 9 de diciembre de 1989, las nuevas Directivas comunitarias 98/50 y 2001/23 del Consejo, actualizaron sucesivamente, a nivel europeo, el tratamiento normativo de la cuestión.

Concretamente, esta última Directiva 2001/23, de 12 de marzo de 2001, del Consejo -la cual refunde y deroga las dos anteriores-, si bien no se refiere expresamente a las sucesiones de contratistas, establece, en su artículo 3º, la transferencia de cedente a cesionario de los derechos y obligaciones que resulten de un contrato de trabajo o relación laboral existente a la fecha del traspaso³⁵⁹ de una empresa,³⁶⁰ centro de actividad o partes de empresas o

³⁵⁹ En relación a la "fecha del traspaso", la STJCE de 26 de mayo de 2005 (TJCE\2005\146) (Caso *Celtec*), señala que esta queda referida a la fecha en que tiene lugar la transmisión de cedente a cesionario de la condición de empresario responsable de la explotación, en cuyo momento se producirá necesariamente la

centros de actividad que tenga lugar como resultado de una cesión contractual o de una fusión,³⁶¹ en el sentido en que éstos quedan definidos en el art. 1.1.b) de la propia Directiva.

transmisión de los contratos de trabajo y de las relaciones laborales, sin que pueda elegirse una fecha distinta para ello por el cedente y/o el cesionario, cualquiera que sea la modalidad de transmisión acordada por ellos. En el mismo sentido se había pronunciado antes la sentencia de 14 de noviembre de 1996 (TJCE\1996\215) (Caso *Claude Rotsart de Hertaing/J. Benoidt*).

³⁶⁰ Según la STJUE de 6 de septiembre de 2011 (TJCE\2011\246) (Caso *Scattolon*) el concepto de “*empresa*” en el sentido del artículo 1.1 de la Directiva, comprende cualquier entidad económica organizada de forma estable, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su sistema de financiación. Constituiría tal entidad todo conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica, suficientemente estructurada y autónoma, para la prosecución de un objetivo propio. En dicha “*actividad económica*” se incluiría cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado y se excluirían, por principio, las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público salvo las que se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los ofrecidos por operadores que actúan con ese ánimo, siempre que no guarden relación con el ejercicio de las mencionadas prerrogativas.

³⁶¹ A estos efectos la sentencia del TJCE de 19 de mayo de 1992 (TJCE\1992\99) (Caso *Redmond Stichting*), con base en las sentencias precedentes de 7 febrero 1985, (135/1983) (Caso *Abels*) y de 15 junio 1988, (101/1987) (Caso *Bork International*), dota –dadas las diferencias entre las diversas versiones lingüísticas de la Directiva y entre las legislaciones nacionales de cada país– al concepto *cesión contractual* de una interpretación flexible consistente en proteger a los trabajadores por cuenta ajena en caso de transmisión de su empresa en todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa, pero sin que sea preciso que existan relaciones contractuales directas entre cedente y cesionario. Desde esta perspectiva amplia, quedan comprendidos, entre otros supuestos posibles, la recuperación por el propietario de la explotación de la empresa cedida en arrendamiento, a consecuencia de un incumplimiento del contrato de arrendamiento por el arrendatario de la industria (STJCE de 17 diciembre 1987, Caso *Ny Mølle Kro*, 287/1986), el arrendamiento de industria sobre un restaurante, la rescisión del contrato de arrendamiento y la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento de industria con un nuevo cesionario (STJCE de 10 febrero 1988, Caso *Tellerup y “Daddy’s Dance Hall”*, 324/1986), incluso, la cesión de un bar-discoteca en virtud de un contrato de venta a plazos y la retrocesión de dicha empresa por la resolución del contrato por decisión judicial (STJCE de 5 mayo 1988, Caso *Berg*, 144/1987 y 145/1987) o cuando, después de la denuncia de la terminación o de la resolución de un contrato de arrendamiento, el propietario de la empresa se hace cargo de ella de nuevo, para venderla ulteriormente a un tercero, quien prosigue la

A estos efectos se consideran los traspasos de **entidades económicas que mantengan su identidad**,³⁶² entendidas como conjuntos de medios

explotación (STJCE de 15 junio 1988, 101/1987, Caso *Bork International*), así como también el supuesto objeto de la propia sentencia *Redmond Stichting* referido “a una situación en la que una autoridad pública decide poner fin a la concesión de subvenciones a una persona jurídica, provocando con ello el cese completo y definitivo de las actividades de esta última, para transferir dichas subvenciones a otra persona jurídica que persigue un fin análogo”. En el mismo sentido, la STJCE de 13 de septiembre de 2007 (TJCE\2007\233) (Caso *Jouini*), se refiere a que esta interpretación flexible debe aplicarse también a la forma de este eventual “convenio” celebrado entre cedente y cesionario el cual puede consistir tanto en un contrato expreso, verbal o escrito, sobre el cambio de titularidad de la persona titular de la explotación, como en un acuerdo tácito entre ellos que se deduzca de elementos de cooperación práctica que revelen esa voluntad común de proceder a tal cambio.

Asimismo, quedaron incluidos, al menos en una primera fase, supuestos de transmisión de empresas por decisión judicial -sin origen contractual, por lo tanto- como en casos de procedimientos de suspensión de pagos (STJCE de 7 febrero 1985, (135/1983) (Caso *Abels*) o liquidación de empresas (STJCE de 25 de julio de 1991, TJCE\1991\250, *Caso D'Urso y otros*), si existiere continuación de la actividad.

³⁶² En relación a esto, la STJCE de 12 de febrero de 2009 (TJCE\2009\29) (*Klarenberg*) clarifica que este criterio del mantenimiento de la identidad de la entidad transmitida, recogido en la letra b) del art. 1.1 de la Directiva 2001/23/CE, debe interpretarse restrictivamente para no reducir el alcance de la letra a) del mismo precepto y el de la protección misma concedida por la Directiva, y que no implica que la parte de empresa o centro de actividad cedido deban mantener necesariamente su autonomía organizativa, pues si así fuera ello implicaría la inaplicación de la Directiva y la falta de protección de los trabajadores afectados por la transmisión, por el mero hecho de que el cesionario decidiera disolver la entidad adquirida e integrarla en su propia estructura. Más allá de ello, la propia letra b) del citado precepto se refiere a “*entidades económicas que mantengan su identidad, entendidas como conjuntos de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria*”, lo cual pone de relieve no solo un elemento organizativo de la entidad transmitida sino también el aspecto de la continuidad de su actividad económica, a la vista de lo cual, se concluye que aunque la entidad transmitida no mantenga su independencia a nivel organizativo después de la transmisión, si se mantiene el vínculo funcional entre los diferentes factores de producción transmitidos y este vínculo permite al cesionario utilizarlos para desarrollar una actividad económica idéntica o análoga, cabe la aplicación de la Directiva y de la protección en ella prevista. Asimismo, según la STJCE de 29 de julio de 2010 (TJCE\2010\241) (Caso *UGT-FSP*), este concepto de *identidad* no es equivalente a la *autonomía* a la que se refiere el art. 6 de la Directiva en relación a la conservación del mandato de los representantes de los trabajadores, ya que el concepto del mantenimiento de la *identidad* de la entidad económica transmitida debe emplearse en una fase anterior para determinar si existe

organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria.

La sentencia del TJCE de 18 de marzo de 1986 (TJCE\1986\65) (Caso *Spijkers*) sentó, por vez primera, el criterio del mantenimiento de la identidad de la entidad, y exigía a tal efecto una valoración global que tuviera en cuenta el conjunto de las circunstancias de hecho que caracterizaban la operación (entre las cuales están, sobre todo, el tipo de empresa o de centro de actividad, que haya habido o no una transmisión de bienes inmateriales, que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades), en orden a determinar si se trataba de una entidad económica todavía existente que había sido enajenada, lo que se deducía, sobre todo, del hecho de que el nuevo empresario continuase efectivamente su explotación o se hiciese cargo de ella, con las mismas actividades económicas u otras análogas.³⁶³

transmisión según el art.1.1.b) de la Directiva, mientras que la conservación de la autonomía de la empresa o centro de trabajo del art. 6º tiene su juego, posteriormente, una vez se ha determinado ya que existe transmisión a efectos de la Directiva, en orden a concretar si los representantes de los trabajadores pueden continuar ejerciendo su mandato. Ello no obstante la reciente STJUE de 6 de marzo de 2014 (TJCE\2014\60) (Caso *Amatori*) entiende que la expresión del art. 6.1. de la Directiva, referida a que la unidad cedida "*conserve*" su autonomía, implica que dicha autonomía debe preexistir a la transmisión y que, por consiguiente, la Directiva comprende en su ámbito de aplicación solo unidades que gozaban de autonomía funcional suficiente desde antes de su cesión aunque –habrá que entender- solo aquéllas que la conservan en el ámbito organizativo del cesionario generarían el mantenimiento del mandato de los representantes de los trabajadores. La exclusión de unidades sin autonomía no impediría que las normativas nacionales garantizaran el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en estos casos.

³⁶³ Debiendo precisarse, con base en la STJCE de 19 de mayo de 1992 (TJCE\1992\99) (Caso *Redmond Stichting*), que cuando se continuase sólo con aspectos concretos de la actividad principal, "*las actividades de naturaleza particular que constituyan misiones independientes pueden, en su caso, asimilarse a centros de actividad o partes de centros de actividad*".

Con base en esto último, la STJCE de 14 de abril de 1994 (Caso *Christel Schmidt*) (TJCE\1994\54), realizó una simplificación del tratamiento de la cuestión que desembocó en la conocida como ***doctrina de la sucesión en la actividad***, la cual basándose en la noción ***empresa-actividad***, terminó reduciendo el análisis para la determinación del mantenimiento de la identidad de las entidades transmitidas a la valoración del mero dato de que *“el nuevo empresario continúe efectivamente o retome las mismas actividades económicas o actividades análogas”*.

Poco después, sin embargo, la STJCE de 19 de septiembre de 1995 (TJCE\1995\154) (Caso *Rygaard*) matizó la doctrina anterior mediante la imposición de la necesidad de transmisión de un conjunto de medios o estructura organizativa permanente, partiendo de un concepto de la entidad transmitida basado en la noción ***empresa-organización (doctrina de la sucesión en los medios organizados)***.³⁶⁴

³⁶⁴ La sentencia *Rygaard* representa un momento clave en la evolución de la jurisprudencia comunitaria sobre el asunto que nos ocupa. Concretamente –como se ha visto- supone el paso de la denominada *doctrina de la sucesión en la actividad*, según la cual era suficiente, a estos efectos, la mera continuación o reanudación de la explotación, a la *doctrina de la sucesión en los medios organizados*, que pasa a exigir, además, la paralela transmisión de un conjunto de medios o estructura organizativa permanente que permita la continuidad de tales actividades de forma estable (véase SALA FRANCO, T.: “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”. *Actualidad Laboral*. Núm. 9. Sección Estudios. 2005). La sentencia trató de dilucidar si quedaba comprendido en el ámbito de la Directiva el supuesto hecho de una empresa que prosiguió, hasta su total ejecución y con autorización del comitente, una obra comenzada por otra empresa y haciéndose cargo de dos aprendices y un empleado que ya trabajan en la obra y del material adscrito a ésta. El TJCE resolvió negativamente a esta cuestión al considerar que la jurisprudencia comunitaria sobre transmisión de empresas exige el mantenimiento de la identidad de *“una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limita a la ejecución de una obra determinada”*. Quedando fuera de este supuesto *“la situación de una empresa que transmite una de sus obras a otra empresa para que la termine. Dicha transmisión sólo puede incluirse en el ámbito de la Directiva si se acompaña de un conjunto organizado de elementos que permitan la continuidad de las actividades o de algunas actividades de la empresa cedente de forma estable”*.

No puede obviarse el papel pionero de esta sentencia, junto con todo un bloque de doctrina jurisprudencial comunitaria europea que precedió a la Directiva 98/50/CE, influenciando a ésta a la hora de esclarecer esta cuestión mediante la introducción de la versión actual de *entidad económica que mantenga su identidad*, entendida como *conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoría*. Así, dentro de este bloque de sentencias destaca sobremanera la STJCE de 11 de marzo de 1997 (TJCE\1997\45) (Asunto *Süzen*). En efecto, esta sentencia define la transmisión empresarial como la que necesita “*la cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial*”, pero añade que en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una *entidad económica* y, por ello, ha de admitirse que dicha *entidad* puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. Y, como subraya reciente jurisprudencia comunitaria, se entenderá que concurre tal transmisión con independencia de que la asunción de tal núcleo de personal tenga o no origen contractual.³⁶⁵

³⁶⁵ En efecto la STJUE de 20 de enero de 2011 (TJUE\2011\4) (Caso *CLECE, Socorro Martín*) destaca que “(...) *poco importa que la asunción de una parte esencial del personal se realice en el marco de la cesión convencional negociada entre el cedente y el cesionario o que resulte de una decisión unilateral del antiguo empresario de rescindir los contratos de trabajo del personal cedido, seguida de una decisión unilateral del nuevo empresario de contratar a la mayor parte de la plantilla para cumplir las mismas tareas. En efecto, si, en caso de asumir una parte esencial de la plantilla, la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001\23, se supeditara a que tal asunción tenga un origen puramente contractual, la protección de los trabajadores que constituye el objetivo de esta Directiva quedaría en manos del empresario, el cual, absteniéndose de celebrar tal contrato, podría eludir la aplicación de dicha Directiva, en perjuicio de los derechos de los trabajadores cedidos que, sin embargo, están garantizados por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001\23*”. En el mismo sentido se pronunció antes la STJCE de 7 de marzo de 1996 (TJCE\1996\41) (*Merckx y Neuhuys*). La sentencia *Merckx y Neuhuys* aporta, asimismo, datos de gran interés en otros aspectos. La misma viene referida a un caso de sucesión de

La sentencia entendió, pues, que en determinados tipos de sectores específicos, existe sucesión de empresa, aunque la transferencia entre empresas sea de mera actividad, si viene acompañada de la asunción de un núcleo importante de plantilla anterior, al considerar que a ese conjunto puede atribuírsele el carácter de “*entidad económica*” (***doctrina de la sucesión de plantilla***).

La citada sentencia *Süzen* se dictó en respuesta a dos cuestiones prejudiciales en las que se planteaba, sucesivamente, en primer lugar, si era también aplicable la Directiva comunitaria sobre transmisión de empresas a los casos de **sucesión de contratistas**, y, a continuación, si, en tal caso, también era posible tal aplicación cuando no existe cesión de medio material o inmaterial alguno.

El TSJCE resolvió afirmativamente la primera cuestión con base en sus sentencias precedentes *Christel Schmidt* (TJCE\1994\54) y *Redmond Stichting* (TJCE\1992\99), que establecieron, respectivamente, la aplicabilidad de la Directiva a supuestos de nueva encomienda por una empresa a otra empresa

concesionarios de automóviles de la marca *Ford* en Bruselas con la importante particularidad de que, en este caso, los trabajadores no desean que sus contratos de trabajo sean transmitidos al nuevo empresario, sino que solicitan el despido indemnizado. En este caso, el TJCE, con apoyo en la sentencia *Redmond Stichting*, aplica la denominada “*doctrina de la sucesión en la actividad*”, y reconoce la aplicabilidad de la Directiva al supuesto que hemos esbozado, sin que a ello obste el hecho de que no hubiera existido transmisión de elementos de activo ya que, según la sentencia, en el caso de este tipo concesiones debe entenderse que la actividad conserva su objeto aún cuando el nombre, el local, los equipos utilizados e incluso la zona sean distintos siempre que se trate del mismo territorio. Tampoco es óbice a ello el hecho de que la empresa cedente haya cesado su actividad definitivamente y haya sido liquidada, ya que precisamente lo que trata de impedirse por la Directiva es la extinción de las relaciones laborales existentes por el mero cese de la empresa originaria cuando existe otra empresa que continúa con la misma actividad. Y sin que implique la inexistencia de una transmisión, a los efectos de la Directiva, el hecho de que se hayan producido despidos por causas económicas, técnicas u organizativas, pues aunque, a la luz del art. 4.1 de la Directiva, la transmisión no constituirá, por sí misma, motivo de despido, ello no bloquea la posibilidad de estos despidos en caso de concurrir causa para ello, ni impide la aplicación de las obligaciones subrogatorias previstas en la Directiva en los restantes casos.

del desarrollo de actividades de limpieza³⁶⁶ que con anterioridad habían venido desarrollándose por una sola empleada³⁶⁷ y también a casos en los que por parte de una autoridad pública se ponía fin a la concesión de subvenciones a favor de una persona jurídica determinando el cese completo y definitivo de actividades de ésta, para pasar a transferir tales subvenciones a favor de una nueva persona jurídica que perseguía el mismo fin.

En cuanto a la segunda cuestión, la sentencia entiende que el criterio decisivo para que pueda considerarse que existe transmisión a estos efectos, consiste en determinar si la *entidad* de que se trate mantiene su identidad mediante la continuación o reanudación de la explotación (SSTJCE de 18 de marzo de 1986, TJCE\1986\65, *Spijkers* y 7 de marzo de 1996, TJCE \1996\41, *Merckx y Neuhuys*), siendo aplicable la Directiva, como señaló esta última sentencia *Merckx y Neuhuys*, a todos los supuestos de cambio del responsable de la explotación de la empresa que asume las obligaciones de empresario frente a los empleados, sin que sea necesario que existan relaciones contractuales directas entre cedente y cesionario.

La sentencia *Süzen*, con remisión a la citada STJCE de 19 de septiembre de 1995 (TJCE\1995\154) (Caso *Rygaard*), matiza que el concepto de *entidad económica* objeto de la transmisión queda referido a un conjunto organizado de elementos/personas que permiten la continuación de la actividad de forma estable y no solo en relación a la ejecución de una obra determinada. Y con este punto de partida pasa a especificarse que no es suficiente en el caso de

³⁶⁶ La sucesión de contratistas en relación con las actividades de limpieza ha ocupado con frecuencia al TJCE, tanto en supuestos de descentralización de esta actividad por la empresa principal que la desarrollaba directamente en favor de una empresa contratista externa (Caso *Christel Schmidt*, TJCE\1994\54), como en el supuesto de que la empresa comitente sustituya a la empresa contratista por otra nueva (Caso *Süzen*, TJCE\1997\45 y Caso *Temco*, TJCE\2002\29) como también en caso de reversión de la actividad inicialmente subcontratada para su ejecución directamente por la empresa comitente (Caso *Hernández Vidal*, TJCE\1998\308).

³⁶⁷ En el mismo sentido, la STJCE de 12 de noviembre de 1992 (TJCE\1992\184) (Asunto *Rask y Christensen*) admitió la aplicabilidad de la Directiva en el supuesto de subcontratación con otro empresario de una actividad de cafetería que, con anterioridad, se gestionaba directamente por el empresario comitente.

sucesión de contratistas con que el servicio prestado sea el mismo, puesto que el mantenimiento de la identidad de la *entidad* no puede derivar solo de su actividad sino también de otros elementos, como el personal que la integra, su marco de actuación, organización de su trabajo, métodos y medios de explotación de que dispone, etc. y aunque la cesión de elementos materiales o inmateriales de activo sea uno de los criterios primordiales a la hora de valorar la existencia de transmisión de empresa, ésta tampoco debe considerarse imprescindible *en determinados sectores en que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra*, para los cuales un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera un actividad común puede considerarse *entidad económica* que permitirá al nuevo empresario que con posterioridad a la transmisión se haga cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba a tal actividad, continuar con ésta de forma estable, en el sentido antes esbozado de la sentencia *Rygaard*.³⁶⁸

³⁶⁸ En idéntico sentido se pronunciaron, con posterioridad, entre otras, las SSTJCE de 2 de diciembre de 1999 (TJCE\1999\283) (*Caso Allen*) y 24 de enero de 2002 (TJCE\2002\29) (*Caso Temco*). La sentencia *Allen* venía referida a la actividad de perforación de galerías de minas la cual no puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, puesto que exige un material e instalaciones importantes, pero que da lugar a la aplicación de esta misma lógica dado que en el sector minero es habitual que la mayor parte de los activos necesarios para la realización de los trabajos de perforación sea suministrada por el propietario de la mina, lo cual da lugar -también en estos casos- a que la circunstancia de que la propiedad de los activos necesarios para la explotación de la empresa no haya sido transmitida al nuevo empresario no constituya un obstáculo para la existencia de transmisión. Por su parte, la sentencia del caso *Temco* sí se refería a una contrata de limpieza que el contratista ejecutaba mediante un subcontratista y cuya resolución y posterior adjudicación por la empresa comitente (Volkswagen) a un nuevo contratista (Temco) lleva a éste a contratar de nuevo a gran parte de los trabajadores del subcontratista, con excepción de cuatro de ellos que trataron de ser despedidos. El TJCE establece en este caso que -a diferencia de lo alegado por la empresa cesionaria- la obligación de asumir a los trabajadores del subcontratista cesante no deriva únicamente de que el convenio colectivo aplicable imponga hacerse cargo del 75% del personal sino que, más allá de ello, resulta directamente de la existencia, en el marco diseñado por la jurisprudencia comunitaria (se citan las sentencias *Spijkers*, *Rygaard* y *Süzen*) y en el sentido del art.1.1 de la Directiva, de una transmisión de una entidad económica organizada de forma estable que mantiene su identidad y que, en

A sensu contrario, la sentencia concluye que no procederá la aplicación de la Directiva cuando la sucesión de contratistas no lleve aparejada la cesión entre ambos empresarios de elementos significativos del activo material o inmaterial, ni el nuevo empresario se haga cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de la contrata.

En la misma dirección –esta vez en relación a asuntos de nuestro país- se pronunció poco después el TJCE, en las sentencias de 10 de diciembre de 1998 (TJCE\1998\308) (Caso *Hernández Vidal*) y (TJCE\1998\309) (Caso *Sánchez Hidalgo*).

La primera de ellas se refiere a una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Murcia relativa a determinar si se aplica la Directiva a una situación en la que una empresa que encomienda a otra empresa la limpieza de sus locales (o de

un sector como el de limpieza, puede producirse aun cuando no se transmitan elementos de activo material o inmaterial, sino solo un conjunto organizado de trabajadores destinados de forma duradera a una actividad común. Por todo lo cual se concluye que el personal despedido debió considerarse empleado en la fecha de la transmisión (véase sentencia *Bork International*), sin que a ello obste el hecho de que los trabajadores hubieran sido ya despedidos unos días antes ya que precisamente por ello queda claro que la transmisión fue el motivo de su despido (el art. 4.1 de la Directiva proscribire esta causa de despido), ni tampoco sea óbice que el convenio aplicable solo impusiera la asunción de un porcentaje del personal, ya que el objetivo perseguido por el convenio para casos similares es el mismo que el de la Directiva. Debiendo aceptarse también que la transmisión -de acuerdo con el art. 1.1 de la Directiva- puede venir referida a una parte de un centro de actividad, el hecho de que la empresa cesante continúe existiendo no impide que deba entenderse transmitida una parte de su actividad que pueda considerarse en sí misma entidad económica. Finalmente, se recalca la innecesariedad de la existencia de relaciones contractuales directas entre cedente y cesionario, ya que según reiterada jurisprudencia comunitaria (sentencias *Tellerup*, *Redmond Stichting* y *Merckx y Neuhuys*) la transmisión puede tener lugar mediante dos contratos sucesivos celebrados por una misma persona física o jurídica con cedente y cesionario, e incluso cuando -como en este caso- el primer contrato no se realiza directamente con la empresa cedente sino con la empresa que la subcontrató, dado que la transmisión puede inscribirse también el marco de relaciones contractuales incluso indirectas.

una parte de éstos) decide poner fin al contrato que la vincula a aquélla y, en adelante, ejecutar por sí misma esas tareas. Para ello se exige que la operación vaya acompañada de la transmisión entre ambas empresas de una *entidad económica*. El concepto de entidad económica remite a un conjunto organizado de forma estable de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio. Si bien dicha entidad debe ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como el de la limpieza, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción. Pero sin que la mera circunstancia de que los trabajos de mantenimiento efectuados sucesivamente por la empresa de limpieza y por la empresa propietaria de los locales sean similares permita llegar a la conclusión de que existe una transmisión de tal entidad.

Por su parte, la segunda sentencia se refería a una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Castilla La Mancha para un supuesto de sucesión de adjudicatarios del servicio de ayuda a domicilio para el Ayuntamiento de Guadalajara, sin que mediara transferencia de elementos materiales ni previsión alguna en convenio colectivo ni en pliegos de condiciones particulares al respecto de la subrogación de los trabajadores. En ella, el TJCE, sobre la base de la continuidad del mismo criterio del mantenimiento de la identidad de la *entidad*, reitera -en el sentido de la sentencia *Rygaard*- que es necesario que la entidad sea suficientemente autónoma y estructurada de forma estable y que ello no implica necesariamente la transmisión de elementos significativos de activo material o inmaterial en determinados sectores (como limpieza o vigilancia) en que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Pues –como la sentencia indica- el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta que los distintos criterios de existencia de una transmisión varían en

función de la actividad ejercida por la empresa e, incluso, según los métodos de producción o explotación utilizados en la misma y, por ello, en la medida en que una determinada *entidad económica* es posible que funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha *entidad* no puede hacerse depender, lógicamente, de la cesión de tales elementos.

Y se añade que, en el caso de contratos públicos, la existencia de dichas *entidades autónomas y estructuradas* dentro de la empresa adjudicataria no resulta afectada por el hecho frecuente de que la misma esté sujeta al respeto de obligaciones que le impone el organismo adjudicador, pues aunque es posible que esto suponga una influencia importante en el servicio prestado por el adjudicatario, normalmente éste siempre conservará cierta libertad de auto-organización que impedirá interpretar que su misión consiste en la simple puesta a disposición de personal al servicio de aquél.

Más de diez años después, el Tribunal de Justicia de la UE, a través de las sentencias de 29 de julio de 2010 (TJCE\2010\241) (Caso *UGT-FSP*) y 20 de enero de 2011 (TJCE\2011\4) (Caso *CLECE, Socorro Martín*), se ocupó, asimismo, de resolver sendas cuestiones prejudiciales relacionadas con conflictos españoles relativos a si la Directiva 2001/23/CE se aplica a situaciones de rescate de servicios para su prestación directa por Ayuntamientos que previamente habían encargado la gestión de los mismos a empresas privadas.³⁶⁹ La sentencia de 29 de julio de 2010 viene referida

³⁶⁹ Hay que tener en cuenta que, con anterioridad, el TJCE ya se había pronunciado, en otras ocasiones, sobre la eventual recuperación por entidades de derecho público de actividades que antes tenían encomendadas en gestión indirecta privada. Así, por ejemplo, la STJCE de 26 de septiembre de 2000 (TJCE\2000\212) (Caso *Didier Mayeur*), se pronunció en favor de la aplicabilidad de la Directiva en el caso de un municipio, persona jurídica de Derecho público que actuando conforme a normas de Derecho administrativo, se hizo cargo de actividades de publicidad e información, hasta entonces ejercidas, en interés de dicho municipio, por una asociación sin ánimo de lucro, persona jurídica de Derecho privado, por considerar que la entidad cedida conservaba su identidad. En dicha sentencia el TJCE consideró que, de acuerdo con

concretamente a la cuestión de la conservación, en estos casos, del mandato de los representantes de los trabajadores, pero con carácter previo el Tribunal trata de determinar si existe, en el supuesto analizado, “*transmisión*” en el sentido del art. 1.1 de la Directiva. A tal efecto, en la sentencia se recuerda la necesidad de que se trate de una *entidad* organizada de forma estable -no para ejecutar una obra determinada- que mantenga su identidad, sin que la cesión de activos materiales o inmateriales, tenga por qué ser determinante, especialmente en las actividades que descansan, principalmente, en el uso de mano de obra. No es óbice a ello el hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho Público (citando para tal fin la sentencia “*Didier Mayeur*”), ni el dato de que (con alusión a la sentencias “*Redmond Stichting*” y

la STJCE de 15 de octubre de 1996 (*Caso Henke*), únicamente quedan excluidas las reorganizaciones de estructuras de las Administraciones Públicas o las cesiones de competencias entre ellas pero no así las transmisiones a entes públicos de actividades económicas de entidades privadas, aún sin ánimo de lucro (vid. art. 1.1.c de la actual Directiva 2001/23/CE), con independencia de su estatuto jurídico y de su sistema de financiación. Se concluye que pese a que, en determinadas circunstancias, la modificación de la organización, funcionamiento, financiación, gestión, y marco jurídico que caracterizan a una entidad puede implicar un cambio de su identidad, en el caso concreto enjuiciado ello no parecía ocurrir dado que la entidad privada cedente ya funcionaba en la práctica como un servicio público encargado de una misión de interés general. Y se termina indicando que en el caso de que, en aplicación del Derecho nacional, fuera preciso resolver los contratos de trabajo privados por transmisión de la actividad a una entidad pública, de acuerdo con el art. 4.2. de la Directiva, no encontraríamos ante uno de los supuestos, regulados en dicha norma, de resoluciones imputables al empresario originadas por modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Por su parte, la STJCE de 14 de septiembre de 2000 (TJCE\2000\195) (*Caso Collino y Chiappero*), resuelve un supuesto en que la transferencia de la actividad se produce en la dirección inversa, desde una entidad pública hacia otra privada. Concretamente, en el caso referido, la entidad, que prestaba servicios públicos de telecomunicaciones, gestionada por un organismo público integrado en la Administración del Estado, fue transmitida por decisión de los poderes públicos a título oneroso en régimen de concesión administrativa, a una sociedad de Derecho privado que se creó por otro organismo público que poseía la totalidad de sus acciones. De este modo, al tratarse de trabajadores que con el cedente estaban sujetos a un régimen de Derecho Público, la aplicabilidad de la Directiva a este caso chocó con el impedimento determinado por ser ésta únicamente invocable por aquellas personas que, de un modo u otro, estén protegidas como trabajadores por el Derecho del Trabajo del Estado miembro de que se trate, como ya fue subrayado, con anterioridad, por la STJCE de 11 de julio de 1985 (*Danmols Inventar*) (TJCE\105\1984).

“*Collino y Chiappero*”) la decisión determinante de la transmisión se adopte por Decreto o, en general, unilateralmente como consecuencia de resoluciones de los poderes públicos y no por acuerdo de voluntades.

En el caso “*CLECE, Socorro Martín*” el Ayuntamiento correspondiente había encomendado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, y decidió poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza, contratando para ello nuevo personal. Y para tal fin la sentencia se refiere, primeramente, a que la Directiva es aplicable también a entidades públicas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro, y a que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, en este caso un Ayuntamiento, no impide por sí mismo tal aplicación y, a continuación, se pasa a confirmar la interpretación jurisprudencial comunitaria amplia que entiende comprendidos en las “*transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión*” -a que se refiere la Directiva- todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa, que asume las obligaciones de empresario frente a los empleados de la empresa. Finalmente, tras referirse a la doctrina de la ***sucesión de plantilla*** –aplicable especialmente en actividades que descansan fundamentalmente en la mano de obra, como las de este caso relativo a tareas de limpieza- y reiterar la necesidad de que la entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular, la sentencia concluye que el hecho de que el Ayuntamiento contratara personal nuevo, sin hacerse cargo de los trabajadores anteriormente destinados a estas actividades por la empresa contratista, ni de ninguno de los activos materiales o inmateriales de esta empresa, daba lugar a que el único vínculo entre ambos fuera el objeto de la actividad, esto es, la limpieza de locales y ello no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una entidad económica la cual no puede reducirse a la actividad sino que resulta también de otros elementos, entre los cuales en el caso de este tipo de actividades que descansan esencialmente en la mano de obra -por aplicación de la mencionada

doctrina de la *sucesión de plantilla*- destaca el dato de que el cesionario se haga cargo de la mayor parte de su plantilla. De ello se desprende que la asunción por el Ayuntamiento de la actividad de limpieza encargada anteriormente a la empresa contratista, no basta, por sí sola, en las condiciones planteadas, para poner de manifiesto la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva.

Lo anterior es lógico correlato de la evolución jurisprudencial comunitaria descrita según la cual, aplicada al caso de la **sucesión de contratistas**, ya no sería suficiente con que el nuevo contratista se hiciera cargo meramente de la actividad del anterior (***doctrina de la sucesión en la actividad***), sino que es necesario que exista la transmisión de un conjunto organizado de elementos de activo material o inmaterial (***doctrina de la sucesión en los medios organizados***), por mínimos que éstos sean y que, en el caso de sectores como vigilancia o seguridad que habitualmente funcionan sin aportación significativa de tales elementos, puede admitirse siempre que, como mínimo, en este caso, el nuevo contratista asuma una parte esencial en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba a tal actividad (***doctrina de la sucesión de plantilla***).

Cabe concluir, pues –siguiendo a la STJCE de 20 de noviembre de 2003 (TJCE\2003\386) (Caso *Abler-Sodexo*)-³⁷⁰ que, para la jurisprudencia

³⁷⁰ Esta sentencia entendió aplicable la Directiva a un supuesto de sucesión de contratistas en la gestión los servicios de restauración colectiva de un hospital en base a que el segundo empresario recibió importantes elementos de activos materiales del empresario anterior (locales, agua, energía, equipos, pequeños y grandes, en particular los elementos fijos necesarios para la preparación de las comidas y las lavadoras, así como la clientela, de carácter cautivo en el caso de un hospital), sin que a ello pudiera oponerse el hecho de que el nuevo contratista hubiera manifestado la intención de no hacerse cargo de los trabajadores del anterior contratista, puesto que la restauración colectiva no puede considerarse una actividad que se base esencialmente en la mano de obra, en la medida en que exige unos equipos importantes. Pues, en efecto, una cosa es que la *doctrina de la sucesión de plantilla*

comunitaria, la Directiva sobre transmisiones de empresas, que tiene por objeto garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una entidad económica, con independencia del cambio de propietario, es susceptible de ser aplicada también a los supuestos de **sucesiones de contratistas** siempre que la entidad de que se trate mantenga su identidad, lo cual se desprende de que se continúe o reanude la explotación (sentencia *Spijkers* y también la más reciente *Güney-Görres y Demir* de 15 de diciembre de 2005), y que dicha entidad se refiera a un conjunto organizado de elementos o personas que persigue un objetivo propio (sentencia *Süzen*) que permita el desarrollo de la actividad de forma estable y no se limite a la ejecución de una obra determinada (sentencia *Rygaard*). Y para determinar si se dan los requisitos para que se entienda que existe tal transmisión de una entidad organizada de forma estable, han de tomarse en consideración, en una evaluación de conjunto -no aisladamente- todas las circunstancias de hecho concurrentes, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin que sea necesario que existan relaciones contractuales directas entre cedente y el cesionario, pudiendo también producirse la cesión a través de un tercero, por ejemplo, un propietario o arrendador (sentencias *Merckx y Neuhuys*, *Süzen* y *Temco*) y sin que importe

convierta, en sectores basados fundamentalmente en el uso de mano de obra, en un indicio del mantenimiento de la identidad de la entidad económica la asunción por el cesionario de un núcleo importante de la plantilla del anterior y otra muy distinta es que, en sectores en los que esto no concurre, la negativa a asumir dicha plantilla lo convierta en causa excluyente de la obligación de dar continuidad a las relaciones laborales existentes, que es justamente lo que se pretende por la norma. Pues, como vino a decir la sentencia comentada, un razonamiento distinto iría en contra del objetivo principal de la Directiva el cual es, precisamente, mantener los contratos de trabajo de los trabajadores del cedente, aún en contra de la voluntad del cesionario.

tampoco si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales (sentencias *Ny Mølle Kro* y *Watson Rask y Christensen*).³⁷¹

Asimismo, debe tenerse presente que este enfoque jurisprudencial resulta aplicable, de igual modo, cuando se trata de sucesiones de actividad y traspaso de trabajadores entre sociedades filiales de un mismo grupo empresarial

³⁷¹ La STJCE de 17 de diciembre de 1987 (TJCE\1988\67) (Caso *Ny Mølle Kro*), en efecto, estableció a este respecto, que: “*La Directiva es pues aplicable en la medida en que existe un cambio, a consecuencia de una cesión contractual o una fusión de la persona física o jurídica, responsable de la explotación de la empresa, y que por ello contrae obligaciones de empleador frente a los asalariados que trabajan en la empresa, sin que sea pertinente saber si la propiedad de la empresa ha sido transferida. En efecto, los empleados de una empresa que cambia de empresario, sin que exista transmisión de propiedad, se encuentran en una situación comparable a la de los empleados de una empresa que ha sido vendida y necesitan por lo tanto una protección equivalente*”. La sentencia añadió, además, que no influye sobre esta consideración el hecho de que la actividad de la empresa tenga carácter estacional y que la transmisión tenga lugar durante el período de interrupción estacional, ya que ello no pone fin, por lo general, a la existencia de la empresa como entidad económica. Advirtiendo, por último, que son aplicables el convenio colectivo y el resto de condiciones objeto de subrogación sólo a quienes estuvieran al servicio del cedente en el momento de la transmisión. En idéntico sentido se pronuncia también la STJCE de 15 junio de 1988 (TJCE\1988\167) (Caso *Bork International*), en concreto en relación a estos dos últimos aspectos, al indicar que “*(...) el cierre temporal de la empresa, y la consecutiva ausencia de personal en el momento de la transmisión no son circunstancias que, por sí solas, excluyan la existencia de una transmisión (...)*” y que “*(...) salvo disposición específica en sentido contrario, tan sólo pueden invocar el amparo de la Directiva 77/187 los trabajadores cuyo contrato de trabajo o relación laboral esté en vigor en la fecha de la transmisión(...)*”. También antes se pronunció en la misma dirección en relación a esto último, la sentencia de 7 de febrero de 1985 (Caso *KNUD Wendelboe/Music Aps*). Por su parte, la STJCE de 12 de noviembre de 1992 (TJCE\1992\1849) (Caso *Watson Rask y Christensen*), estableció, asimismo, en relación a la primera cuestión, con remisión a la STJCE de 5 de mayo de 1988 (Caso *Berg*), que la Directiva “*(...) es aplicable en todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona, física o jurídica, que sea responsable de la explotación de la empresa y que, por ello, contraiga las obligaciones de empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de la empresa*”. En este mismo sentido cabe citar también, entre otras, la STJCE de 10 de febrero de 1988, TJCE\1988\95, Caso *Tellerup y “Daddy’s Dance Hall”*.

(sentencia *Allen*)³⁷², entre empresas de trabajo temporal (sentencia *Jouini*)³⁷³, o incluso si trata de reorganizaciones de estructuras de las Administraciones

³⁷² La STJCE de 2 de diciembre de 1999 (TJCE\1999\283) (*Caso Allen*) señala, a este respecto, que el objetivo de la Directiva es regular toda mutación jurídica de la persona del empresario, siempre que se reúnan los demás requisitos que determina, y que, por tanto, puede aplicarse a una transmisión entre dos sociedades filiales de un mismo grupo que constituyen personas jurídicas diferentes que mantienen, cada una por su lado, relaciones laborales específicas con sus trabajadores. La circunstancia de que las sociedades de que se trate tengan no sólo los mismos propietarios, sino también la misma dirección y las mismas instalaciones, y trabajen en la misma obra es indiferente a este respecto. Sin que, a estos efectos, pueda oponerse la sentencia de 24 de octubre de 1996 (TJCE\1996\198) (*caso Viho/Comisión*), pues ésta se reducía a excluir, en el marco del derecho de la competencia, del concepto de acuerdo o práctica concertada, las relaciones entre sociedades que no disfrutaban de verdadera autonomía para determinar su línea de acción en el mercado, sino que aplican las instrucciones que les imparte la sociedad matriz que las controla al 100%. Sin embargo, esta unidad de comportamiento en el mercado de la sociedad matriz y de sus filiales ninguna relevancia puede tener a efectos de la Directiva sobre transmisión de empresas y no puede prevalecer sobre la separación formal entre sociedades con personalidades jurídicas distintas. Pues en caso de excluir las transmisiones entre sociedades de un mismo grupo del ámbito de aplicación de la Directiva, se iría precisamente en contra del objetivo de ésta que, según el propio TJCE, es garantizar, en la medida de lo posible, el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles seguir al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones que las pactadas con el cedente. En el mismo sentido se pronuncia la muy reciente STJUE de 6 de marzo de 2014 (TJCE\2014\60) (*Caso Amatori*).

Por su parte, la STS de 13 de noviembre de 2013 (RJ 2014/253) clarifica que en los casos de integración del empresario en una UTE para la ejecución de una contrata, no puede hablarse de ruptura de la relación laboral ni siquiera de subrogación empresarial, sino de continuidad de la prestación de servicios para el empleador inicial.

³⁷³ La STJCE de 13 de septiembre de 2007 (TJCE\2007\233) (*caso Jouini*) recalca el hecho diferencial de que las ETT suelen carecer de una estructura organizativa delimitable que permita identificar entidades económicas diferenciadas dentro de las mismas, ya que su actividad se caracteriza por la cesión temporal de trabajadores al servicio de empresas usuarias con el fin de que éstos desempeñen en ellas tareas diversas según las necesidades y las consignas de éstas. Por ello, partiendo de la base de que, de acuerdo con el art. 2. 2, 2º c) de la Directiva 2001/23, las relaciones laborales de tales empresas están comprendidas, en principio, en su ámbito de aplicación, debe procederse a un examen teniendo en cuenta sus características específicas en vez de un análisis dirigido a demostrar la existencia de una entidad económica en función de su organización. En este contexto, la apreciación de la

Públicas o transferencias de competencias entre las mismas, siempre que la transmisión no tenga por objeto actividades propias del ejercicio del poder público, pues estos casos quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva por su art. 1.1.c) (sentencia *Scattolon*).³⁷⁴

existencia de una entidad económica en el sentido del art.1.1 de la Directiva, implica comprobar si los elementos de explotación traspasados por el cedente constituían en su empresa un conjunto operacional autosuficiente para permitir prestar servicios característicos de la actividad económica de la empresa sin requerir el uso de otros elementos de explotación importantes o de otras partes de ésta. A este respecto, hay que subrayar que la realización de tal actividad requiere en particular unos conocimientos específicos, una estructura administrativa adecuada para organizar esta cesión de trabajadores y un conjunto de trabajadores temporales que puedan integrarse en las empresas usuarias y ejercer en ellas las tareas solicitadas. En cambio, no son indispensables otros elementos de explotación significativos para la realización de la actividad económica de que se trate. El hecho de que los trabajadores cedidos temporalmente se integren en la estructura organizativa del cliente no impide declarar la existencia de una transmisión de entidad económica, pues dichos trabajadores no dejan por ello de ser elementos fundamentales sin los cuales sería en esencia imposible que la ETT desarrollase su actividad económica, lo cual viene confirmado por el dato de que estén ligados al cedente por una relación laboral y que éste les remunere directamente. De lo anterior resulta que el simple conjunto compuesto por los empleados encargados de la gestión, los trabajadores temporales y los conocimientos específicos puede perseguir un objetivo propio, a saber, la prestación de servicios consistente en la cesión temporal de trabajadores a las empresas usuarias a cambio de una remuneración, y que tal conjunto puede constituir una entidad económica que es operativa sin necesidad de otros elementos de explotación importantes ni de otras partes del cedente.

³⁷⁴ Según la orientación que la citada STJUE de 6 de septiembre de 2011 (TJCE\2011\246) (Caso *Scattolon*) da a esta cuestión, la excepción del art. 1.1.c) de la Directiva debe operar de manera restrictiva, ajustada a los casos en que se trate de actividades relacionadas con el ejercicio de poder público, pero sin que pueda admitirse la inaplicación de la Directiva por el mero hecho, en sí mismo, de que el personal y las actividades transferidas estén integrados en la Administración Pública. La conclusión contraria –afirma la sentencia– no sería conforme con la doctrina jurisprudencial comunitaria consolidada según la cual todo conjunto suficientemente estructurado y autónomo de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio constituye una «empresa» en el sentido de la Directiva, con independencia del estatuto jurídico y de su sistema de financiación. Nada justificaría que los empleados públicos, protegidos como trabajadores en virtud del Derecho nacional y afectados por una transferencia a un nuevo empleador dentro de la Administración pública, no pudieran disfrutar de la protección que ofrece la Directiva por mero hecho de que esa transferencia forme

A la vista de esta regulación comunitaria no se puede sino coincidir con nuestra jurisprudencia³⁷⁵ y doctrina³⁷⁶ en afirmar que el art. 44 ET, cuya actual

parte de una reorganización de dicha Administración. Pues si se acogiera tal interpretación cualquier transferencia impuesta a tales trabajadores podría sustraerse por la autoridad pública interesada del ámbito de aplicación de la referida Directiva, invocando el mero hecho de que la transferencia forma parte de una reorganización de personal. De esa forma, importantes categorías de trabajadores que ejercen actividades económicas en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia podrían quedar privadas de la protección prevista por esa Directiva. Ese resultado sería difícilmente conciliable tanto con el artículo 2 de ésta, según el cual puede ser cedente o cesionario cualquier persona física o jurídica que tenga la calidad de empresario, como con la necesidad, habida cuenta del objetivo de protección social que persigue dicha Directiva, de interpretar las excepciones a su aplicación de manera estricta.

³⁷⁵ SSTS de 27 de octubre de 2004 (RJ 2004/7202) y 17 de junio de 2008 (RJ 2008/4229). Como estas sentencia indican, las directivas comunitarias comentadas *“contienen previsiones que anticipadamente nuestro ordenamiento contempló y reguló con precisión imponiendo la subrogación empresarial en el supuesto de transmisión en el artículo 79 del Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba la Ley del Contrato del Trabajo y la subrogación con responsabilidad solidaria en el artículo 18.2 de la Ley de Relaciones Laborales 16/1976, de 8 de abril, pues no cabe olvidar que el Derecho Comunitario se orienta a la convergencia entre los Estados de la Unión Europea dada la diferente tradición observada por cada uno de ellos en la regulación de las relaciones jurídicas con la inevitable consecuencia de que en algunos países se plantea con cada Directiva una urgente necesidad reguladora y en otros la norma comunitaria resulta innecesaria por presentar el Derecho nacional una regulación más técnica y ambiciosa de la que pueda proponer el órgano comunitario”*.

³⁷⁶ MARÍN CORREA, J. M^a.: “La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Núm. 48. 2004, págs. 85-86, se refiere a que, pese a que en la EE.MM. de la Ley 12/2001 sólo exista referencia a las Directivas anteriores y no a la CEE 2001/23, los paralelismos y coincidencias entre ambas normas, hacen pensar que esta última Directiva pudo haber guiado la nueva redacción del art. 44 ET introducida por aquella Ley. En cualquier caso, el autor valora (pág. 91) que las cautelas de la citada Directiva aparecen sobradamente cumplidas e incluso sobrepasadas por nuestro ordenamiento positivo. Por su parte, MARTÍN FLÓREZ, L.: “La sucesión de empresa. Reflexiones sobre la significativa y esperada reforma del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”. *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*. Nº1/2002, destaca que el nuevo artículo 44 ET, se estructura en diez apartados frente a los dos anteriores, que constituye una transcripción literal de la normativa comunitaria e incorpora la jurisprudencia generada en esta materia. En definitiva, con la reforma del art. 44 ET se da cumplimiento al deber de transposición de la Directiva comunitaria pero, sin embargo, pese a su mayor extensión sigue siendo inferior en contenido al de la norma comunitaria.

redacción vino introducida por la Ley 12/2001, de 9 de julio, cumple a la perfección con los fines de la Directivas comunitarias emanadas sobre esta materia.

Pues, efectivamente, el citado art. 44 ET, regula la cuestión, en el ámbito de nuestro país, en términos muy similares, no sólo en cuanto al concepto de lo que deba entenderse por sucesión de empresa, puesto que la definición contenida en el art. 44. 2 ET³⁷⁷ resulta prácticamente idéntica a la prevista en la

Como señala la STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007 (RJ 2007/1781) -a que se refiere VIZCAÍNO DE SAS, F. en “La sucesión empresarial en el caso de las contratas. Comentario de actualidad a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2011”. *DiarioJurídico.com* de 18 de abril de 2011- la reforma del art. 44 ET, operada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, afecta a la noción misma de *sucesión de empresa* e introduce una definición de la misma, que tiene su origen en la jurisprudencia comunitaria (cita las STJCE de los casos *Süzen*, *Hernández Vidal*, *Sánchez Hidalgo*, y *Allen*), la cual coincide con la de la Directiva 1998/50/CE que, posteriormente, también mantuvo la vigente Directiva 2001/23/CE. El abandono de la redacción originaria del art. 44 ET para pasar a asumir la noción comunitaria de *entidad económica que mantiene su identidad*, tiene importantes consecuencias –resulta obvio que si no se hubiera pretendido así no habría sido necesario ningún cambio de regulación- y, entre ellas, destaca la trascendencia que, en este ámbito, tendrá la labor de la jurisprudencia comunitaria, la cual al ser la artífice de esta definición se convierte, de esta forma, en la más autorizada intérprete de nuestra norma.

³⁷⁷ Art. 44. 2 ET: “A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”. De este modo, tras la Ley 12/2001, el ET pasa a incorporar, en su nueva redacción, un texto prácticamente similar al que en su día adoptó la Directiva 98/59/CE en su art. 1, en un intento de aclarar la dudas que sobre el concepto de traspaso venían evidenciando las sucesivas sentencias del TJCE, en aras a obtener una mayor seguridad y transparencia jurídicas, tal y como trasluce en su EE.MM. Con esta modificación -que añade al concepto de entidad económica que mantiene su identidad el dato de que dicha entidad debe consistir en un conjunto de medios organizados- se abandona la tendencia basada en el concepto *empresa-actividad*, según la cual sería suficiente con que se prosiga con la misma o similar actividad, y se da un paso a favor de la noción *empresa-organización* que, además de lo anterior, considera necesaria la transmisión de los elementos que caracterizan o suponen la base de actuación de la entidad para considerar que se ha producido una transmisión de empresas. Si bien ello, como ha puesto de manifiesto la interpretación flexible de la jurisprudencia

Directiva comunitaria –en los términos recién comentados-, sino también por la coincidencia general del régimen jurídico previsto para esta materia en el resto de la regulación de este precepto. En realidad es posible afirmar que el art. 44 ET no sólo cumple con las previsiones de la Directiva 2001/23/CE sino que, incluso más allá de ello, en determinados aspectos, las amplía y mejora.

Así, por ejemplo, el art. 44.1 ET impone no sólo la asunción por parte del empresario cesionario de los derechos y obligaciones dimanantes de contratos y relaciones laborales existentes en el momento de la transmisión –de manera similar a la prevenida en el art. 3. 1. 1ª de la Directiva-³⁷⁸ sino que establece,

comunitaria, no parece que deba interpretarse siempre como necesidad estricta de transmisión de elementos patrimoniales (al estilo de lo que -como después se verá- ha venido exigiendo, tradicionalmente, nuestro TS), sino que lo que deba entenderse por conjunto de medios organizados puede quedar referido a elementos materiales, inmateriales o de personal, de manera combinada o separadamente, según el sector o tipo de actividad de que se trate. (Véase SALCEDO BELTRÁN, Mª.C.: “La aplicación de la normativa sucesoria a la subrogación parcial en la prestación de servicios”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf.num.37/2007 11/2007, parte Presentación. Editorial Aranzadi. Pamplona. 2007).

Para MARÍN CORREA, J. Mª.: “La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23”, ob. cit., pág. 88, la referencia de la Directiva comunitaria a la “*cesión contractual o fusión*” si bien conduce a que puedan entenderse comprendidos todos los supuestos de transmisión *intervivos* entre personas privadas (en cuanto a las públicas se contemplan excepciones: las reorganizaciones administrativas y traspasos del art. 1.1.c, que tiene su precedente en la STJCE de 15 de octubre de 1996, *Caso Henke*), excluiría las transmisiones *mortis causa* ya que éstas no pueden catalogarse como contractuales, ni guardan relación con las fusiones, mientras que sí resultarían comprendidas en la amplitud del texto de nuestro art. 44 ET, pudiendo considerarse tal inclusión una mejora por el ET para nuestro ámbito nacional de la Directiva, dado su carácter de norma mínima mejorable por la normativa laboral de cada país.

³⁷⁸ La jurisprudencia comunitaria europea ha establecido al respecto de la obligación del cesionario de mantener las condiciones aplicables a los trabajadores del cedente en el momento de la transmisión que lo que persigue la Directiva, en este ámbito, es únicamente una armonización parcial de esta materia, que no alcanza a establecer un mismo conjunto de garantías, de manera uniforme para toda la UE (SSTJCE de 11 de julio de 1985, *Danmols Inventar*, TJCE\105\1984 y de 14 de septiembre de 2000, TJCE\2000\195, *Caso Collino y Chiappero*, así como la reciente STJUE de 6 de marzo de 2014, TJCE\2014\60, *Caso Amatori*), sino solamente a garantizar que los trabajadores queden protegidos en cada Estado Miembro en sus relaciones con el cesionario en el mismo nivel en que lo hubieran estado de seguir con el cedente, con el contenido en derechos y garantías concretos que correspondan según la normativa

además, la ampliación del objeto de la subrogación también a las obligaciones en materia de protección social complementaria que hubiera adquirido el cedente aun cuando esta garantía adicional no hubiera sido estrictamente necesaria por aplicación del art. 3. 4 de la Directiva, ya que éste establece que la subrogación no afecta a estas materias, salvo disposición en contrario de los Estados Miembros.³⁷⁹ Lo cual, en efecto, tiene lugar en este caso, en que el legislador español dispone en contrario, por medio del art. 44 ET, ampliando el objeto de la subrogación para el cesionario también a las obligaciones de protección social complementaria que hubiera adquirido el cedente.³⁸⁰

de cada Estado miembro. Así, siempre y cuando la transmisión de empresa no sea en sí mismo el motivo para la modificación de las condiciones de la relación laboral, será posible proceder a dicha modificación por el cesionario por los motivos y en los mismos casos en que, de acuerdo con la normativa nacional de cada país, hubieran sido posibles estos cambios cuando los trabajadores se encontraban vinculados al empresario cedente (SSTJCE de 10 de febrero de 1988, TJCE\1988\95, *Caso Tellerup y "Daddy's Dance Hall"*, 12 de noviembre de 1992, TJCE\1992\1849, *Caso Watson Rask y Christensen* y 6 de noviembre de 2003, TJCE\2003\367, *Caso Martin*).

En el ámbito de nuestro país, la ya citada STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007 (RJ 2007/1781) destaca la indisponibilidad de este efecto subrogatorio que se desencadena para el empresario cesionario en todos los supuestos en que concurren los requisitos determinantes de la existencia de sucesión de empresa, al subrayar que el mandato que lo establece viene contenido en una norma de rango legal (art. 44 ET) que no deja margen alguno a la negociación colectiva o a la autonomía de la voluntad, por lo que cualquier convenio colectivo o pacto (individual o colectivo) que lo niegue, condicione o limite será nulo de pleno derecho, ex art. 85.1 y 3.1.c) ET.

³⁷⁹ Respecto a este punto resulta de interés la STJCE de 6 de noviembre de 2003, (TJCE\2003\367), (*Caso Martin*), que si bien, textualmente, se refiere a casos de jubilación anticipada, versa realmente, en los términos de uso habitual en el ámbito de nuestro país, sobre condiciones reconocidas por el cedente para supuestos de acuerdos de prejubilación entre empresa y trabajador para poner fin a la relación laboral, lo cuales no quedarían comprendidos según esta sentencia en la excepción prevista en el art. 3. 4 de la Directiva, sino que formarían parte del conjunto obligaciones que se derivan del contrato de trabajo o relación laboral vigentes en el momento de la transmisión y que deben ser asumidas por el cesionario en virtud del art. 3. 1 de la misma. En el mismo sentido se pronuncia, en este caso para supuestos de despido por causas económicas, la STJCE de 4 de junio de 2002 (TJCE\2002\178) (*Caso Beckmann*).

³⁸⁰ Art. 44. 1 ET: *"El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral,*

Lo mismo sucede con la posibilidad contemplada en la Directiva (art. 3.1.2º) de establecer responsabilidades solidarias entre cedente y cesionario por obligaciones originadas con anterioridad a la fecha del traspaso, derivadas de contratos de trabajo o relaciones laborales existentes a dicha fecha, la cual viene impuesta en nuestro ordenamiento jurídico-laboral, durante un período de 3 años, por el art. 44. 3 ET, el cual, yendo más allá de ello, prevé también la responsabilidad solidaria por las obligaciones nacidas con posterioridad a la cesión, si ésta fuere declarada delito.³⁸¹

Por otro lado, en cuanto a las condiciones pactadas en Convenio Colectivo, según el art. 3. 3 de la Directiva, el cesionario está obligado a mantener las condiciones pactadas en convenio por el cedente hasta que expire el mismo o entre en vigor uno nuevo, permitiendo a los Estados Miembros limitar temporalmente el período de mantenimiento de estas condiciones sin que, en ningún caso, pueda ser inferior a 1 año.³⁸²

quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”.

³⁸¹ Art. 44. 3 ET: *“Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos intervivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito”.*

³⁸² La STJUE de 6 de septiembre de 2011 (TJCE\2011\246) (Caso *Scattolon*), señala respecto a la aplicación posterior a los trabajadores afectados por la cesión de las condiciones de trabajo del nuevo convenio vigente en la empresa cesionaria que no puede tener por objeto ni como efecto imponer a esos trabajadores condiciones globalmente menos favorables que las aplicables antes de la transmisión (*“en caso contrario, la realización del objetivo pretendido por la Directiva podría ser fácilmente frustrada en cualquier sector regido por convenios colectivos, lo que perjudicaría el efecto útil de esa Directiva”*). Concretamente, la sentencia se opone a que los trabajadores transferidos sufran una pérdida salarial sustancial en relación con su situación inmediatamente anterior a la transmisión, debido a que su antigüedad adquirida al servicio del cedente, equivalente a la adquirida por trabajadores al servicio

En nuestro caso, sin embargo, el art. 44 ET no limita temporalmente este período pero sí permite el pacto en contrario posterior a la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores.³⁸³

del cesionario, no se tenga en cuenta al determinar su condición salarial inicial al servicio de este último.

Todo ello, sin que la Directiva pueda ser tampoco eficazmente invocada para obtener una mejora de las condiciones de retribución u otras condiciones de trabajo con ocasión de la transmisión de una empresa.

Para SERRANO OLIVARES, R. (*Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Fichas de Jurisprudencia, núm. 6/2012, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012) esta sentencia supone un giro jurisprudencia relevante en relación a la doctrina sobre conservación de la antigüedad que se desprende de sentencias precedentes (Casos *Collino* y *Chiappero*, TJCE\2000\195 y *Delahaye*, TJCE\2004\388), al venir a interpretar ahora que “la Directiva no impone al cesionario tener en cuenta toda la antigüedad de la trabajadora (antigüedad real) sino sólo en la medida necesaria para que aquélla no sufra una merma salarial relevante (antigüedad ficticia)”. En consecuencia, según la autora, tras esta sentencia, en estos casos, “la antigüedad no constituye un derecho ejercitable ante el cesionario con carácter absoluto sino relativo, esto es, en la medida imprescindible para que el trabajador mantenga una posición retributiva y profesional similar a la disfrutada en el marco de la relación laboral con el cedente”. Para la autora el argumento diferenciador esgrimido por esta STJUE para matizar la anterior doctrina, basado en la existencia de una sucesión de convenios, no es suficiente para que esta solución interpretativa deje de afectar a la cuestión crucial que consiste en determinar si la antigüedad, como una más de las condiciones de la relación laboral que deben subrogarse en el cesionario, puede ser o no disponible en el marco de la negociación colectiva en el ámbito de la empresa cesionaria. A tal efecto se cita, en sentido contrario, la anterior sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 2011 (RJ 2011/2730), en la que se estableció la indisponibilidad por la autonomía colectiva de la antigüedad, que debe ser entendida como una condición personal inherente al trabajador incluida siempre en la garantía subrogatoria del art. 44.1 ET y que nada tiene que ver con la posibilidad de disponer por el nuevo convenio de los derechos que se proyectasen o generasen por referencia a dicha antigüedad que sí son modificables, a diferencia de la obligatoriedad de computar todos los años al servicio del cedente cuando de acuerdo con las nuevos derechos aplicables en el nuevo convenio esta referencia deba ser tenida en cuenta.

³⁸³ Art. 44. 4 ET: “*Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma*”

Finalmente, en materia de información, el art. 3. 2 de la Directiva trata de garantizar que el cedente informe al cesionario de todos los derechos y obligaciones que, en aplicación de esta normativa, le serán transferidos con motivo de la cesión, si bien este mandato no reviste gran operatividad práctica, en la medida en que las omisiones de información no afectarán a la transferencia del correspondiente derecho u obligación omitidos.

Quizás por ello, el art. 44 ET no se refiere expresamente a este deber de información de cedente a cesionario, aunque sí contiene una regulación cuasi idéntica a la del art. 7 de la Directiva en relación al deber de información a los representantes de los trabajadores.³⁸⁴

transferida". "Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida".

³⁸⁴ Los cuales, según el art. 44. 5 ET, se mantienen, con carácter general en el ejercicio de su mandato: *"Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad"*. MARÍN CORREA, J. M^a.: "La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23", ob. cit., pág. 94, advierte de los lógicos problemas para el mantenimiento a ultranza de los órganos representativos en los casos de transmisión por fusión a nivel empresa, que no plantearía problemas a nivel centro de trabajo.

En este ámbito puede resultar especialmente esclarecedora la STJCE de 29 de julio de 2010 (TJCE\2010\241) (Caso *UGT-FSP*), la cual, para un supuesto relativo a nuestro país, se ocupa de clarificar la referencia que también contiene el art. 6º de la Directiva 2001/23 al mantenimiento de su autonomía por la empresa, centro de actividad o parte de éstos, como requisito determinante de la conservación del mandato de los representantes de los trabajadores.

Así, a estos efectos, se considera que se conserva la autonomía de la entidad económica transferida *"cuando las facultades conferidas a los responsables de esta entidad dentro de las estructuras de organización del cedente, a saber, la facultad de organizar, de manera relativamente libre e independiente, el trabajo en dicha entidad desarrollando la actividad económica que le es propia y, más concretamente, las facultades de dar órdenes e instrucciones, distribuir tareas a los trabajadores subordinados pertenecientes a la entidad en cuestión y decidir sobre el empleo de los medios materiales puestos a su disposición, sin intervención directa de otras*

Así el art. 44, en sus apartados 6, 7 y 8, viene a establecer que cedente y cesionario estarán obligados a informar, con la suficiente antelación³⁸⁵ y, en todo caso, antes de que se realice la transmisión por el cedente y de que los trabajadores del cesionario se vean afectados en sus condiciones de empleo y trabajo por el traspaso, a sus respectivos representantes de los trabajadores o, en su defecto, a los trabajadores que pudieran resultar afectados por la transmisión,³⁸⁶ de la fecha prevista, motivos, consecuencias económicas, jurídicas, sociales y medidas previstas respecto a los trabajadores.

estructuras de organización del empresario, permanecen en esencia inalteradas dentro de las estructuras de organización del cesionario”.

En tal supuesto parece claro que el derecho de los trabajadores a ser representados debe ejercitarse en los términos y condiciones existentes antes de la transmisión. Por el contrario, cuando después de la cesión, los trabajadores dependen de responsables cuyas facultades organizativas han sido reducidas y ya no pueden calificarse de autónomas, los intereses de dichos trabajadores ya no son los mismos y parece lógico que su representación deba adaptarse a los cambios producidos. De ahí que en este caso el mandato de los representantes de los trabajadores afectados debe limitarse únicamente al período necesario para la constitución de una nueva formación o designación de la representación de los trabajadores (Art. 6.1.4º de la Directiva).

Asimismo, la sentencia advierte que ni la redistribución de determinadas facultades organizativas ni el mero cambio de los máximos responsables jerárquicos –muy habitual en estos casos- tienen de por sí porqué menoscabar la autonomía de la entidad transmitida, “(...) a menos que los nuevos máximos superiores jerárquicos dispongan de facultades que les permitan organizar directamente la actividad de los trabajadores de la referida entidad y sustituir así a los superiores inmediatos de dichos trabajadores en la adopción de decisiones dentro de esta última”.

³⁸⁵ “En los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos” (art. 44.8 *in fine*).

³⁸⁶ En relación a esta información directa a los trabajadores, como destaca MARÍN CORREA, J. M^a.: “La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23”, ob. cit., pág. 93, la regulación del ET también supone mejora de los términos de la Directiva en cuanto no limita esta obligación a los supuestos de falta de representantes de los trabajadores por causa ajena a la voluntad de éstos (por ejemplo, el caso de empresas de entre 6 y 10 trabajadores en que, ex art. 62.1 ET, voluntariamente hubieran elegido un Delegado) sino que queda comprendido cualquier caso de carencia de representantes.

Del mismo modo, en coherencia con lo prevenido en el art. 7 de la Directiva, el art. 44. 9 ET,³⁸⁷ impone períodos de consultas con los representantes de los trabajadores (se remite a lo previsto en los arts. 40.2 y 41.4 ET para traslados y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo) en los casos en que esté prevista la adopción de medidas laborales.

Por último, el art. 44.10 ET,³⁸⁸ de forma coincidente con el art. 7. 4 de la Directiva, subraya que estas obligaciones de carácter general en materia de información y consulta serán aplicables con independencia de que la decisión de traspasar fuese adoptada por el empresario o por otra empresa que ejerza el control, sin que pueda aducirse que ésta no facilitó las informaciones precisas.

-Esta nueva regulación legal, de inspiración comunitaria, introducida por la Ley 12/2001, de 9 de julio, en el art. 44 ET, resulta de enorme significación para el supuesto de **sucesión de contratistas** que nos ocupa. Pues, en efecto, con la antigua redacción hubieran quedado fuera de esta subrogación de origen legal la mayor parte de estos casos, dado que normalmente en las sucesiones de

³⁸⁷ *“El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 de la presente Ley”.*

³⁸⁸ *“Las obligaciones de información y consulta establecidas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a la transmisión haya sido adoptada por los empresarios cedente y cesionario o por las empresas que ejerzan el control sobre ellos. Cualquier justificación de aquéllos basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto”.*

contratistas no se produce la transmisión de elementos materiales, sino únicamente la actividad y, a lo sumo, personal.

Pero desde esta nueva visión, bajo el prisma de la interpretación jurisprudencial comunitaria, con la referencia en la ley al más amplio concepto de *entidades económicas que mantengan su identidad* en combinación con la aplicación -en los sectores con predominio del uso de mano de obra- de la doctrina de la ***sucesión de plantilla***, se da cabida a gran parte de estos supuestos.³⁸⁹

Sin embargo, en nuestro ámbito interno, el Tribunal Supremo, tradicionalmente, ha venido resistiéndose, a la aplicación de la flexibilización contenida en esta nueva doctrina de inspiración comunitaria, y venía exigiendo, desde antiguo, de manera reiterada, para considerar la existencia de sucesión con efectos subrogatorios en los casos de sucesión de contratistas, que concurriera la transmisión de elementos patrimoniales³⁹⁰ o bien que la obligación de

³⁸⁹ A la vista de lo cual es posible concluir el carácter crucial del sector de actividad económica ante el que nos encontremos a la hora de determinar la aplicación de unos u otros criterios para la valoración de la existencia de sucesión empresarial. En este sentido, HERRAIZ MARTÍN, M^a.S., subraya, en "La sucesión de empresa en contratistas y la sucesión convencional a la luz de la nueva jurisprudencia", ob. cit., que "a modo de conclusión, podría afirmarse que, en nuestro ordenamiento interno, siguiendo los dictados comunitarios, el elemento principal en orden a determinar si estamos o no ante un supuesto de sucesión empresarial, no es otro que la actividad empresarial. En efecto, dependiendo de cuál sea la principal actividad a la que se dedica la empresa cedente, va a primar el criterio patrimonialista o el de sucesión de plantilla en la determinación del régimen jurídico aplicable a la sucesión de contratistas".

³⁹⁰ En efecto, la doctrina jurisprudencial tradicional en esta materia -de la cual son representativas, entre otras, las SSTS 27 de octubre de 1986 (RJ 1986/5903); de 22 de enero, 13 de marzo y 24 de julio de 1990 (RJ 1990/180, 1990/2069 y 1990/6468); de 10 de junio de 1991 (RJ 1991/5141); de 5 de abril y 30 de diciembre de 1993 (RJ 1993/2906 y 1993/10078); 23 de febrero y 14 de diciembre de 1994 (RJ 1994/1227 y 1994/10093); 23 de enero de 1995 (RJ 1995/403); 25 de octubre de 1996 (RJ 1996/7793); 12 de marzo y 10 y 27 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9639 y 1998/736); 3 de febrero, 13 de octubre y 1 de diciembre de 1999 (RJ 1999/87, 1999/7492 y 1999/1421); de 29 de febrero de 2000 (RJ 2000/2413), la cual unificó doctrina en esta materia, y 22 de mayo y 18 de septiembre de 2000 (RJ 2000/4624 y 2000/8299); 18 y 19 de marzo, 30 de abril, 17 de mayo, 13, 18 y 19 de junio y 13 de noviembre de 2002 (RJ 2002/7524, 2002/6465, 2002/7890, 2002/9888, 2002/7203, 2002/8518, 2002/7492

subrogación empresarial viniese impuesta por el convenio colectivo de aplicación o por los pliegos de condiciones de la concesión correspondiente,³⁹¹ rehuyendo la confrontación de esta postura con la tesis mantenida por la jurisprudencia comunitaria.³⁹²

y 2002/1623); 18 de marzo y 8 de abril de 2003 (RJ 2003/3385 y 2003/4975)- vino exigiendo la “transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación” como requisito necesario para la concurrencia de la sucesión empresarial prevista en el art. 44 ET que determina la subrogación automática del cesionario en las relaciones laborales mantenidas con el cedente en la fecha de la transmisión, sin que queden comprendidas las transmisiones de elementos aislados componentes de tal organización empresarial ni las simples transferencias de actividad. En caso contrario, será necesario, según el TS (Sentencia de 22 de septiembre de 2005, RJ 2005/8696), el consentimiento individual de los trabajadores afectados, en aplicación de los arts. 1205, 1257 y 1091 del Código Civil, sin que dicho consentimiento individual, expreso o tácito (SSTS de 14 de mayo y 28 de diciembre de 2004, RJ 2004/4156 y 2004/772), pueda venir sustituido por un acuerdo colectivo al efecto (SSTS de 13 de junio de 2002 y 25 de junio de 2003, RJ 2002/7203 y 2003/4441).

³⁹¹ En estos casos de sucesión de contratistas el TS ha entendido desde antiguo (SSTS de 6 de febrero de 1997, RJ 1997/999 y 21 de octubre de 1998, RJ 1998/9299, entre otras muchas) que la pretendida transmisión de contratistas, no es tal, sino finalización de una contrata y comienzo de otra, formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, de ahí, que para que la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la antigua se produzca tenga que venir impuesto por norma sectorial eficaz que así lo imponga o por el pliego de condiciones que pueda establecerla, aceptada por el nuevo contratista (SSTS de 25 de febrero de 2000, RJ 2000/4624 y 1 de diciembre de 1999, RJ 2000/516, entre otras); en otro caso, sólo podrá producirse aquélla, conforme a lo dispuesto en el art. 44 del ET cuando se produzca la transmisión al nuevo concesionario de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, pero sin que exista aquélla cuando lo que hay es una mera sucesión temporal de actividad sin entrega del mínimo soporte patrimonial necesario para la realización de ésta, pues «la actividad empresarial precisa un mínimo soporte patrimonial que como unidad organizada sirva de sustrato a una actividad independiente». En el mismo sentido, más recientemente, se pronuncian, entre otras, las SSTS de 24 de julio de 2013 (RJ 2013/6797) y 9 y 10 de julio de 2014 (RJ 2014/4637 y 2014/4774).

³⁹² Véase a este respecto RENTERO JOVER, J.: “Derecho social comunitario y sucesión de empresas”, pág. 16, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. V, Parte estudio. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1997.

Ante esta situación, las salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia de Murcia y de Castilla La Mancha, plantearon sendas cuestiones prejudiciales (Autos de 22 de febrero de 1996 y de 25 de abril de 1996) que dieron lugar a las SSTJCE de 10 de diciembre de 1998 (TJCE\1998\308) (Asunto *Hernández Vidal*) y (TJCE\1998\309) (Asunto *Sánchez Hidalgo*), respectivamente, que planteando asuntos directamente relacionados con estas cuestiones, abocaban, de algún modo, aun indirectamente, a nuestro Tribunal Supremo a la asunción de esta doctrina de la jurisprudencia comunitaria –la cual como se ha visto venía confirmada en estas sentencias-. Éste, sin embargo, no se refirió a la misma hasta las SSTS de 20 y 27 de octubre de 2004 (RJ 2004/7162 y 2004/7202).

La **STS de 20 de octubre de 2004 (RJ 2004/7162)**, (referida a un supuesto de transferencia de personal de la empresa Iberia a Europa Handling UTE, como consecuencia de un concurso de adjudicación de un segundo concesionario de este servicio) -la cual viene reproducida fielmente en cuanto a sus consideraciones críticas en la **STS de 27 de octubre de 2004 (RJ 2004/7202)**, si bien no en cuanto al sentido del fallo-³⁹³ reconoce, por vez primera, que el TS

³⁹³ La sentencia de 27 de octubre de 2004 pone de manifiesto las reticencias del TS a la hora de aplicar la doctrina comunitaria de la *sucesión en la plantilla* al reproducir sus dudas ante la disyuntiva de encauzar la misma, meramente, como un criterio para proteger la no discriminación y evitar la selección arbitraria de trabajadores, evitando el reemplazo parcial por parte de los nuevos adjudicatarios de las contrataciones por el que dotaran de continuidad solo a unos contratos, negándola a otros, o bien considerar dicha doctrina como un criterio depositario de una auténtica convicción de que, para ciertos sectores, la única actividad productiva dotada de autonomía y carácter productivo sustancial es la mano de obra. Finalmente, pese a reproducir las reticencias comentadas de la STS de 20 de octubre de 2004 (RJ 2004/7162), a diferencia de ésta, sí que encuentra base en su supuesto enjuiciado para la aplicación de esta doctrina comunitaria y, aunque con el único fundamento de la obligación de acatamiento de la misma, termina reconociendo en este caso la existencia de transmisión de empresas por *sucesión de plantilla* y la improcedencia del despido. Posteriormente, otras sentencias procedieron, con mayor naturalidad, a la aplicación de esta doctrina comunitaria, como la STS de 25 de enero 2006 (RJ 2006\2687), al señalar: “Aplicando esa doctrina al caso (...) la demandada (...) se había hecho cargo de una parte significativa de la plantilla (...), de dos trabajadoras (...) de un total de seis que

debe asumir la doctrina comunitaria de la ***sucesión en la plantilla***, como acatamiento del principio de vinculación a la doctrina comunitaria, pero con importantes reservas, a la vista de dos dificultades fundamentales.

En primer lugar, el TS no comparte que el efecto que determina la concurrencia de la transmisión de empresas, esto es, la asunción de la plantilla del cedente, pueda considerarse causa de la existencia de la misma. La sentencia entiende que se confunden supuestos no constitutivos en sí mismos de sucesión con otros en los que, precisamente, por no ser de aplicación la protección legal prevista para la sucesión de empresas, son completados por la autonomía individual o colectiva con el fin de proveer a los trabajadores afectados de ciertas garantías, como ocurre habitualmente con los convenios colectivos de los sectores de limpieza y seguridad, en los que tiene su origen la discutida doctrina comunitaria. En estos casos –dice el TS- la aplicación de la doctrina de la sucesión de plantilla, en lugar de proteger a los trabajadores, terminará perjudicándolos, al desincentivar su contratación por la nueva empresa contratista, puesto que bastará con no contratar a los trabajadores de la empresa saliente para no tener que asumir las obligaciones y responsabilidades derivadas del régimen aplicable a la sucesión de empresas.

pasaron a realizar las tareas de limpieza, la consecuencia jurídica que se extrae de ello es que realmente hubo sucesión de empresas y debió (...) hacerse cargo también de la limpiadora demandante, o, lo que es lo mismo, la asunción de parte de la plantilla, calificada allí de significativa, se constituyó un criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión de empresa". Otras sentencias de esos años se hicieron eco de esta doctrina como las SSTS de 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005/507), 28 de diciembre de 2004 (RJ 2005/5329), 31 de enero de 2005 (RJ 2005/6025), 7 de febrero de 2005 (RJ 2005/650), 26 de abril 2005 (RJ 2005/6110) y de 3 de junio de 2005 (RJ 2005/5981). Más recientemente se refieren a ella las SSTS de 17 de junio de 2008 (RJ 2008/4229), 28 de abril de 2009 (RJ 2009/2997), 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012/106), 28 de febrero de 2013 (RJ 2013/2398), 5 de marzo de 2013 (RJ 2013/3649) y 9 de abril de 2013 (RJ 2013/5127), entre otras.

En segundo lugar, el TS, reivindica la necesidad de valorar la transmisión del “soporte objetivo de la transmisión del establecimiento empresarial o de los intangibles que hacen posible su actividad” como garantía frente a la cesión de trabajadores y a las descentralizaciones productivas estratégicas, puesto que, de otro modo, bastaría con un acuerdo entre empresarios para transferir trabajadores de uno a otro, para que los contratos de trabajo se transmitieran paralelamente, lo cual no es posible, de acuerdo con la teoría general de las obligaciones, sin el consentimiento del trabajador.³⁹⁴

³⁹⁴ En efecto, la sentencia comentada, pese al planteamiento de las dos dificultades comentadas, manifestó su intención de acatar el criterio comunitario de la *sucesión de plantillas* al reconocerse obligado por el principio de vinculación a la doctrina comunitaria, pero, ello no obstante, en base a esa misma doctrina, terminó rechazando su aplicación al caso, al entender que la misma exigía que la asunción de la plantilla por el cesionario debe ser pacífica, efectiva y real y no conflictiva como en el caso enjuiciado, y sin que para ello tengan relevancia ni el pliego de las condiciones del concurso que no puede obligar ni tener por objeto a los trabajadores, por su condición de personas; ni los acuerdos de los representantes del personal que no pueden alterar el régimen legal del art. 44 ET y, además, estaban más bien referidos a normas de “método”; ni el hecho de que transferencia de la plantilla vaya acompañada en este caso de una sucesión en la actividad ya que ésta por sí misma, como el propio TJCE desarrolló, no es suficiente meramente para constituir un soporte de la transmisión de empresas.

Para SALA FRANCO, T., en “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”. *Actualidad Laboral*. Núm. 9. Sección Estudios. 2005, pág. 19, nos encontramos ante una cuestión de coherencia y si, inicialmente, se ha admitido la licitud de una determinada contrata de servicios, no considerándola una mera cesión de mano de obra al empresario principal, por entender que se aporta algo más que mano de obra -por poco que sea-, del mismo modo, habrá que entender que existe sucesión de empresa cuando un nuevo contratista se hace cargo del servicio recibiendo prácticamente sólo mano de obra del anterior. Para el autor, el argumento del TS según el cual la exigencia de transmisión del establecimiento empresarial o de los “intangibles” que hacen posible su actividad constituye una garantía para los trabajadores frente al riesgo de pérdida del empleo que supone quedar adscrito a una empresa que no cuenta con un establecimiento productivo carece de justificación -estamos hablando de sectores en que por la naturaleza de la actividad los elementos de activo son escasos de por sí y también lo habrían sido en el caso del contratista anterior, siendo con él el riesgo, por tanto, similar- puesto que la alternativa en caso de no aceptar la admisibilidad de tal subrogación es la extinción de los contratos con el empresario anterior por falta de actividad productiva o, lo que es lo mismo, directamente, la certeza de dicha pérdida del empleo que, en el otro caso, constituiría sólo un riesgo.

En efecto, con carácter general, como ha subrayado la doctrina,³⁹⁵ el mecanismo subrogatorio legal previsto para el caso de sucesión de empresas, pone de relieve que el elemento “*intuitu personae*” característico del contrato de trabajo, afecta sólo al trabajador pero no al empresario puesto que éste, en aplicación del art. 44 ET, puede verse novado sin el consentimiento de su contraparte en el contrato. Lo cual, *a sensu contrario*, viene confirmado por abundante jurisprudencia,³⁹⁶ en la que se establece que en los supuestos de sucesión contractual mediante acuerdo de las empresas cedente y cesionaria, la falta de concurrencia de los requisitos exigidos en el art. 44 ET, determina la necesidad de consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del art. 1205 del Código Civil.³⁹⁷ De lo anterior se desprende, como señala MARÍN CORREA,³⁹⁸ que existe una total diferenciación entre el tratamiento jurídico que nuestro ordenamiento otorga a la novación civil, que exige en todo caso la voluntad concorde de las dos partes de la relación a novar (arts. 1205, 1257 y 1091 del CC), y el previsto para la conservación automática del vínculo contractual en el ámbito laboral (art. 44 ET), que no confiere al trabajador una libertad *real* para aceptar o rechazar la novación del empresario más allá de su facultad general de dimisión (art. 49.1.d ET), la cual no daría lugar a derecho a indemnización ni generaría situación legal de desempleo, en contraste con

³⁹⁵ MARÍN CORREA, J. M^a.: “La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Núm. 48. 2004, pág. 85.

³⁹⁶ Entre otras de significación destacan, en particular, un importante cuerpo de sentencias de nuestro TS referidas a empresas de *handling* (Caso *Aena*): SSTS de 29 de febrero de 2000 (RJ 2000/2413) –reiterada por otras, como las de 11 de abril de 2000 (RJ 2000/3946), 6 de febrero (RJ 2002/4279), 30 de abril (RJ 2002/5688), 17 de mayo y 13, 18, 21 (RJ 2002/7610) y 26 de junio, 9 de octubre, 13 de noviembre de 2002 y 18 de marzo y 8 de abril de 2003-, 18 de septiembre de 2002 (RJ 2003/1401), y 20 de octubre de 2004 (RJ 2004/7162), así como las SSTS de 12 de marzo y 27 de diciembre de 1997 (RJ 1997/2318 y 1997/9639), 5 de abril de 1993 (RJ 1993/2906) y 23 de febrero de 1994 (RJ 1994/1227).

³⁹⁷ Véase también, VIZCAÍNO DE SAS, F.: “La sucesión empresarial en el caso de las contratas. Comentario de actualidad a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2011”. *DiarioJurídico.com* de 18 de abril de 2011.

³⁹⁸ “La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23”, *ob. cit.*

otros supuestos como los previstos en los arts. 39, 40 y 41 ET en los que, para situaciones que en muchos casos -especialmente en pequeñas empresas- pueden tener menos consecuencias prácticas en el desempeño laboral diario del trabajador que el trascendente cambio de la persona titular de la empresa, en cambio, sí que se refuerza la capacidad de extinción unilateral del trabajador con el derecho a una indemnización.³⁹⁹

³⁹⁹ En relación al tema de las facultades del trabajador para oponerse a la subrogación de su contrato la STJCE de 10 de febrero de 1988 (TJCE\1988\95) (*Caso Tellerup y "Daddy's Dance Hall"*), indicó que *"Al tratarse de una protección de orden público que, por lo tanto, las partes no pueden desconocer en virtud del principio de libertad de pactos, las disposiciones de la Directiva, especialmente las relativas a la protección de los trabajadores contra el despido por causa de transmisión de empresa, deben considerarse imperativas, en el sentido de que en perjuicio de los trabajadores no pueden admitirse excepciones a lo previsto en ellas. De lo dicho se desprende que los trabajadores afectados no pueden renunciar a los derechos que la Directiva les reconoce y que no cabe admitir una disminución de estos derechos, incluso con el propio consentimiento de los trabajadores"* (en el mismo sentido se pronuncia la STJCE de 6 de noviembre de 2003, TJCE\2003\367, *Caso Martin*). Asimismo, resultan de sumo interés las consideraciones que sobre este particular efectúa la STJCE 24 de enero de 2002 (TJCE\2002\29) (*Caso Temco*), la cual pese a señalar inicialmente que la Directiva sobre transmisión de empresas *"(...) enuncia el principio de la transmisión automática al cesionario de los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de los contratos de trabajo existentes en la fecha de la transmisión de la empresa. La norma que resulta de estas disposiciones, según la cual la transmisión tiene lugar sin el consentimiento de las partes de que se trate, debe considerarse imperativa; en perjuicio de los trabajadores, no pueden admitirse excepciones a lo previsto en ella. Por consiguiente, la efectividad de los derechos que la Directiva confiere a los trabajadores no puede depender de la voluntad del cedente, ni del cesionario, ni de los representantes de los trabajadores, ni siquiera de los propios trabajadores (STJCE de 25 de julio de 1991, TJCE\1991\250, D'Urso y otros)"*, termina reconociendo la capacidad del trabajador para negarse a que su contrato de trabajo sea transferido al cesionario. En el mismo sentido, la STCE de 7 de marzo de 1996 (TJCE\1996\41) (*Merckx y Neuhuys*) entendió antes, con base en las sentencias anteriores de 11 de julio de 1985 (*Danmols Inventar*) (TJCE\105\1984) y de 16 diciembre 1992 (TJCE\1992\212) (*Katsikas y otros*), que la protección que la Directiva se propone garantizar queda desprovista de objeto cuando el propio interesado, a raíz de una decisión adoptada por él libremente, no continúa después de la transmisión la relación de trabajo con el nuevo empresario, pues aunque la Directiva permite al trabajador permanecer al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones pactadas con el cedente, no puede interpretarse en el sentido de que obligue al trabajador a continuar la relación de trabajo con el adquirente. Semejante obligación violaría los

De este modo, por lo tanto, en el caso de sucesión de contratistas la subrogación podrá tener origen **legal** -en los términos descritos, que llevan a entender comprendida la doctrina de la **sucesión de plantilla** en la referencia legal a las entidades económicas que mantengan su identidad, según la interpretación jurisprudencial comunitaria-, **convencional** –a la cual dedicaré los siguientes apartados del presente capítulo- o derivar de los **Pliegos de Condiciones** de las concesiones de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de que pueda resultar también de un **acuerdo entre las empresas cedente y cesionaria**, requiriéndose en estos últimos casos el consentimiento del trabajador.⁴⁰⁰

derechos fundamentales del trabajador, que debe ser libre de elegir su empresario y no puede ser obligado a trabajar para un empresario que no ha elegido libremente. Se reconoce, asimismo, que corresponde a los Estados Miembros determinar el destino reservado al contrato de trabajo o relación laboral en el supuesto de que el trabajador decida libremente poner fin al contrato, pudiendo optarse por considerar que el contrato ha sido resuelto a iniciativa del trabajador o bien del empresario, como también puede optarse por mantener la relación laboral en vigor con el transmitente. Pero, en todo caso, se concluye que si la transmisión ocasiona una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador, la resolución se considerará siempre como imputable al empresario. Así ocurrirá, por ejemplo, en casos como el que era objeto de esta sentencia en que se originaba la modificación del nivel retributivo convenido con el trabajador. En el mismo sentido se pronunció, más recientemente, la STJCE de 12 de febrero de 2009 (TJCE\2009\29) (*Klarenberg*), al considerar también asimilable a una resolución del contrato de trabajo imputable al empresario los supuestos en que la imposibilidad de atribuir al trabajador un puesto equivalente en la estructura organizativa del cesionario derive en una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del interesado.

⁴⁰⁰ Véase VIZCAÍNO DE SAS, F. en “La sucesión empresarial en el caso de las contratistas (...)”, ob. cit. y la STSJ de Madrid que allí se glosa.

2.2. La subrogación convencional: Régimen jurídico y problemas generales

Paralelamente y con independencia de la eventual subrogación del nuevo contratista en los derechos y obligaciones correspondientes a las relaciones laborales del contratista anterior como efecto legal derivado del cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 44 ET, en sectores en los que predominan las contrataciones (limpieza, vigilancia y seguridad, hostelería y restauración, *handling*, contrataciones ferroviarias, instalación y mantenimiento de cabinas y teléfonos públicos, empresas organizadoras del juego de bingo, paquetería a domicilio, residencias para mayores, etc.) es habitual el establecimiento de cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos, con la finalidad de garantizar la continuidad en el empleo de los trabajadores de tales empresas contratistas y subcontratistas.

En efecto, el TS –como se ha visto más arriba- se ha mostrado, tradicionalmente, muy reacio a la admisión de la subrogación por sucesión de empresa en los supuestos en que no existe transmisión de una estructura productiva básica y ha venido entendiendo, de manera bastante generalizada, en supuestos de sucesión de contratistas, que “(...) *ni la contrata, ni la concesión administrativa son en sí mismas unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44 ET, salvo entrega al concesionario o contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación*”,⁴⁰¹ de ahí

⁴⁰¹ STS de 13 de marzo y 24 de julio de 1990 (RJ 1990/2069 y 1990/6468), 10 de junio de 1991 (RJ 1991/5141) y, muy especialmente, la importantísima STS de 5 de abril de 1993 (RJ 1993/2906), así como otras posteriores, como las de 23 de febrero y 14 de diciembre de 1994 (RJ 1994/1227 y 10093), 6 de febrero de 1997 (RJ 1997/999) y 21 de octubre de 1998 (RJ 1998/9299) o la de 18 septiembre 2000 (RJ 2000\8299). Debiendo, seguramente, matizarse esta posición, a la vista de las SSTS de 20 y 27 de octubre de 2004 (RJ 2004/7162 y 2004/7202), con la doctrina comunitaria de la *sucesión de plantilla*, según la cual bastaría, a estos efectos, en el caso de sectores que descansan fundamentalmente sobre el uso de mano de obra, con el traspaso de

que la negociación colectiva sectorial de ámbito provincial o superior⁴⁰² (como también los pliegos de condiciones particulares en el caso de las concesiones administrativas) haya tratado, por su parte, de completar la regulación legal con el fin de favorecer el mantenimiento del empleo por los trabajadores afectados. Pero, como ha sido señalado,⁴⁰³ estas cláusulas no sólo sirven para promover la estabilidad en el empleo, sino que también actúan, en muchas ocasiones, en beneficio de los contratistas implicados, pues con estas subrogaciones, por un lado, al contratista saliente se le evita tener que acometer despidos originados

una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal dedicado a la contrata anterior. En este sentido, muy recientemente se pronuncian las SSTs de 24 de julio de 2013 (RJ 2013/6797) y también las de 9 y 10 de julio de 2014 (RJ 2014/4637 y 2014/4774), las cuales resumen que: *“La contrata, como su nombre indica, es el contrato por el que una empresa se compromete a prestar a otra un servicio a cambio de un precio o a ejecutar la obra que se le encomienda. El contratista adquiere el derecho a prestar el servicio o a ejecutar la obra pero no adquiere ninguna empresa, ni ninguna actividad productiva autónoma en el sentido del art. 44.1 del ET porque nada se transmite a quien celebra un contrato de arrendamiento de obra o de servicios”*.

En definitiva, no pueden confundirse los conceptos de “contrata” y transmisión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, pues se trata de contratos de naturaleza y contenido diferentes, dado que el primero no requiere la transmisión de los elementos patrimoniales necesarios para configurar una estructura empresarial, organización empresarial que en principio tiene el contratista. Y, como señala la referida sentencia, la mera sucesión de contratistas no está contemplada en el artículo 44 del ET cuando no existe transmisión de activos patrimoniales necesarios para la explotación contratada, pero la subrogación empresarial que el citado precepto estatutario impone si se produce cuando se transmite una organización empresarial en aquellos supuestos denominados “sucesión de plantillas”, en los que la actividad descansa, esencialmente, en el factor humano, en la organización y dirección de la actividad del personal cualificado que se emplea en la ejecución del servicio contratado, en la ejecución de la contrata. En los supuestos de “sucesión de plantillas” las obligaciones que impone el artículo 44 del ET operan en el ámbito en que esta sucesión tenga lugar, esto es a nivel de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma en la que se asuma la mayor parte de la plantilla”.

⁴⁰² Este es el ámbito razonable de negociación de estas cláusulas ya que carecería de sentido acordarlas a nivel empresa pues en ese caso no podrían vincular al empresario contratista entrante.

⁴⁰³ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “Transmisión y sucesión de empresa”, en la obra colectiva, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Compilador: De la Villa Gil, Luis Enrique), Editorial Lustel, Madrid, 2002.

por la pérdida de negocio y, de otro lado, al entrante le permiten contar, desde el principio, con personal especializado y experimentado en la actividad en cuestión.

Dichas cláusulas convencionales, sin embargo, suelen tener un alcance más limitado que la subrogación legal del art. 44 ET, en la medida en que suelen tratar de asegurar que los trabajadores mantengan con el nuevo contratista los derechos y obligaciones que disfrutaban con el anterior, pero sin que aquél asuma, normalmente, responsabilidad solidaria por deudas insatisfechas. Si bien, como advierte SANGUINETI RAYMOND,⁴⁰⁴ hay que tener presente que, en determinados sectores de actividad, cuando la aplicación de las cláusulas convencionales suponga la asunción por el nuevo contratista de un núcleo esencial de trabajadores, en virtud de la doctrina comunitaria de la sucesión de plantilla, se desencadenará la sucesión legal del art. 44 ET para todos los trabajadores con todos los efectos de este precepto legal y no los previstos en el convenio colectivo.

⁴⁰⁴ Como nos recuerda en “Las cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales” en *La negociación colectiva en España: una mirada crítica* (coord. por Ricardo José Escudero Rodríguez), 2006, pág. 100, en estos casos la subrogación se produce por la fuerza de obligar de los convenios colectivos, siempre que se acaten los requisitos y condiciones particulares en ellos previstos y con los efectos por ellos establecidos que no tienen por ser idénticos a los enunciados por el art. 44 ET. En este sentido cita la STS de 6 de junio de 2001 (RJ 2001/5490). Ello no obstante, disiento del discurso del autor en relación al efecto anulador del papel de la negociación colectiva en esta materia que atribuye a la aplicación de la doctrina de la *sucesión de plantilla*, ya que si bien ésta, en determinados sectores, puede desencadenar la aplicación del art. 44 ET en base a una previsión convencional de subrogación que afecte a un núcleo esencial de personal, ello no limita totalmente el campo de actuación de la negociación colectiva en este área ni determina necesariamente, en todo caso, la adecuación exacta y correspondencia fiel del contenido de estas cláusulas con el texto legal, si bien, lógicamente, no podrán admitirse regulaciones convencionales *in peius*.

En cuanto a la eficacia obligatoria de estas cláusulas, reconociendo la obligatoriedad se suelen citar las SSTs de 5 de abril de 1993 (RJ 1993/2906), 14 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10093), 23 de enero y 9 de febrero de 1995, 29 de diciembre de 1997, 29 de abril de 1998 (RJ 1998/3879), 26 de abril de 1999 (RJ 1999/4532) y 6 de junio de 2001 (RJ 2001/5490).⁴⁰⁵ Si bien, si analizamos con detalle estas sentencias, el criterio determinante de la eficacia obligatoria de estas cláusulas se hace residir, en muchos casos, realmente más en la concurrencia de la transmisión de elementos de la estructura productiva exigidos para la subrogación legal del art. 44 ET que en el contenido de dichas cláusulas en sí mismas, lo cierto es que, a la postre, ha terminado prevaleciendo una doctrina favorable a otorgarles fuerza obligatoria independiente del cumplimiento de dicho requisito legal, siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos previstos en los convenios colectivos correspondientes.

Así, es precisamente en los casos de sucesión de contratistas con ausencia de los requisitos exigidos por el art. 44 ET (transmisión de elementos de activo o, en aplicación de la doctrina de la sucesión de plantillas, de un conjunto de trabajadores que pueda considerarse una *entidad*), donde toman carta de naturaleza estas cláusulas convencionales con el fin de asegurar la estabilidad en el empleo de los trabajadores allí donde la ley no llega. Es más, es la propia jurisprudencia la que, indirectamente, al rechazar la aplicación del art. 44 ET a estos supuestos,⁴⁰⁶ ha venido a fomentar la proliferación de estas cláusulas, al

⁴⁰⁵ VIZCAÍNO DE SAS, F.: “La sucesión empresarial en el caso de las contratadas (...)”, ob. cit.

⁴⁰⁶ Como resume RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R., en “Sucesión o subrogación empresarial entre dos empresas prestatarias de un servicio de limpieza de un centro médico de atención primaria de la salud”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf.num. 54/2007 15/2007 parte Presentación. Editorial Aranzadi. Pamplona. 2007, la doctrina unificada en esta materia establece para los supuestos de sucesión de contratadas que la pretendida transmisión de contratadas, no es tal, sino finalización de una contrata y comienzo de otra, formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, de ahí, que para que la subrogación del nuevo

remitirse reiteradamente en la fundamentación de sus sentencias, a la vía convencional como cauce para que opere la subrogación en estos casos,⁴⁰⁷ siempre que se observen las exigencias y con la extensión y límites previstos en el convenio colectivo que las establezca.⁴⁰⁸

De ahí que, consiguientemente, se plantee la cuestión de los efectos que genera, en estos casos, sobre la obligación de subrogación, el incumplimiento de los presupuestos y requisitos previstos a tal efecto en la norma convencional, normalmente consistentes en obligaciones formales y de procedimiento que suelen concretarse en la entrega por parte del cedente al nuevo contratista de información relativa al estado de pagos con la seguridad

contratista en los contratos de los trabajadores de la antigua se produzca tenga que venir impuesto por norma sectorial eficaz que así lo imponga o por el pliego de condiciones que pueda establecerla, aceptada por el nuevo contratista; ante la ausencia de aquéllas, en otro caso, sólo podrá producirse aquélla, conforme a lo dispuesto en art. 44 ET cuando se produzca la transmisión al nuevo concesionario de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, pero sin que exista aquélla cuando lo que hay es una mera sucesión temporal de actividad sin entrega del mínimo soporte patrimonial necesario para la realización de ésta, pues «la actividad empresarial precisa un mínimo soporte patrimonial que como unidad organizada sirva de sustrato a una actividad independiente».

⁴⁰⁷ Así, por ejemplo, la STS de 5 de abril de 1993 (RJ 1993/2906) relativa a contratos de servicios públicos que, ininterrumpidamente o no, se suceden en las Administraciones Públicas, estableció que “(...) *no hay transmisión de empresa, no hay sucesión de empresa, no se está ante el supuesto del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y, por ende, no hay subrogación empresarial cuando, como aquí ocurre, no se transmite la unidad productiva que la determina y define y cuando ni la normativa sectorial, ni el eventual pliego de condiciones dan tratamiento jurídico-laboral a la cuestión*”. O también, la STS de 18 septiembre 2000 (RJ 2000\8299), referida a un supuesto de sucesión de contratista del sector vigilancia y seguridad y la STS de 29 de enero de 2002 (RJ 2002\4271) respecto a sucesiones de contratos de limpieza. En este sentido cabe citar también las SSTs de 25 de febrero de 2000, RJ 2000/4624 y 1 de diciembre de 1999, RJ 2000/516, entre otras.

⁴⁰⁸ Estas condiciones y limitaciones suelen consistir en condicionar la subrogación del trabajador en cuestión a que éste reúna una antigüedad mínima en el puesto de trabajo, o también –como vamos a ver- fijar obligaciones de traslado de información a la contratista entrante por la saliente que condicionan la efectividad de la subrogación, siendo habitual que se limite el alcance de la responsabilidad empresarial.

social y detalle e historial de las relaciones laborales de los trabajadores que van a ser subrogados.⁴⁰⁹ Sobre este particular se aprecia cierto giro jurisprudencial el cual parte de la doctrina contenida en un bloque de sentencias que limita la obligatoriedad de asumir la subrogación por el contratista entrante al cumplimiento por el saliente de los términos y condiciones impuestos por la propia fuente convencional que fija la obligación de subrogación (sentencias de 10 de diciembre de 1997 (RJ 1998/736),⁴¹⁰ 9 de febrero (RJ 1998/1644) , 31 de marzo y 8 de junio de 1998, 26 de abril y 30 de septiembre de 1999 (RJ 1999/9100), 29 de enero de 2002 (RJ 2002/4271) y 28 de julio de 2003 (RJ 2003/7782) y pasando por cierta suavización de ese criterio, según la cual los incumplimientos de escasa entidad no impedirían el surgimiento de dicha obligación siempre que se constatará la entrega de una documentación que pudiera considerarse *suficiente o imprescindible* (STS de 11 de marzo de 2003, RJ 2003/3353) llega hasta un grupo de sentencias más

⁴⁰⁹ Véase HERRAIZ MARTÍN, M^a. S.: “La sucesión de empresa en contrata y la sucesión convencional a la luz de la nueva jurisprudencia”, ob. cit., en la cual, se incluye una recopilación de los documentos exigidos más habitualmente a estos efectos en los convenios, tales como: certificado del organismo competente de estar al corriente de pago de la Seguridad Social; fotocopia de las últimas nóminas mensuales de los trabajadores afectados; fotocopia de los TC-1 y TC-2 de cotización a la Seguridad Social; relación de personal en la que se especifiquen nombre y apellidos, domicilio, número de afiliación a la Seguridad Social, antigüedad, jornada, horario, vacaciones y cualquier modificación de éstos, modalidad de su contratación, especificación del período de mandato si el trabajador/a es representante sindical y fecha de disfrute de sus vacaciones; partes de IT y/o, en su caso, confirmación de los mismos; días de asuntos propios ya disfrutados y justificación de otras licencias retribuidas; fotocopia de los contratos de trabajo del personal afectado por la subrogación, si los ha tramitado la saliente; y copia de documentos debidamente diligenciados por cada trabajador/a afectado en el que haga constar que éste ha recibido de la empresa saliente su liquidación de partes proporcionales de sus haberes hasta el momento de la subrogación, no quedando pendiente cantidad alguna.

⁴¹⁰ El TS, en este caso, se remite al art. 34 del –entonces vigente- Convenio Colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Burgos, a cuyos presupuestos, extensión, y límites otorga relevancia y, partiendo del incumplimiento por parte de la empresa saliente de sus esenciales obligaciones de información a la entrante necesarias para que se produjera la subrogación, concluye negando la existencia de la subrogación pretendida.

recientes, como las SSTS de 20 de septiembre de 2006 y 26 de julio de 2007 (RJ 2006/6667 y 2007/6129), en las cuales se afirma que la falta de cumplimiento de estos requisitos por parte del empresario saliente no puede perjudicar al derecho de los trabajadores a instar su incorporación a la plantilla de la empresa entrante.

Ello no obstante, cabe referirse a un nuevo grupo de SSTS evacuadas en estos últimos años, en que las que la no facilitación de la documentación establecida en convenio colectivo por parte del contratista saliente vuelve a considerarse un impedimento a la subrogación del entrante. Estas son, entre otras, las SSTS de 17 y 19 de septiembre de 2012 (RJ 2012/11069 y RJ 2012/9985), 20 y 26 de noviembre de 2012 (RJ 2013/1471 y 2013/1399), 18 de diciembre de 2012 (RJ 2013/1474), 5 de febrero de 2013 (RJ 2013/2114), 12 y 13 de febrero de 2013 (RJ 2013/2119 y 2013/3816), 16 de abril de 2013 (RJ 2013/5130), 10 de junio de 2013 (RJ 2013/5724), 4 de julio de 2013 (RJ 2013/6741) y 15 de julio de 2013 (RJ 2013/6759).⁴¹¹

La efectividad de las cláusulas subrogatorias convencionales tiene, además, un importante freno en los problemas derivados de las limitaciones de alcance propias de los convenios colectivos, pues éstos –como es sabido–, aun tratándose de convenios estatutarios –a diferencia de la ley y de su art. 44 ET– tienen la eficacia limitada por su ámbito funcional, personal y territorial de aplicación y, además, si fueran extraestatutarios, la obligatoriedad de sus cláusulas quedaría reducida a los sujetos afiliados a las organizaciones

⁴¹¹ En ellas se concluye que una contrata o una concesión administrativa de un servicio público de aguas no es, en principio, una unidad productiva autónoma a los efectos del art. 44 ET, salvo entrega al concesionario o contratista de la infraestructura o de la organización de trabajo básica para la explotación pero, ello no obstante, la subrogación en los contratos de trabajo de la contratista o concesionaria saliente por parte de la contratista o concesionaria entrante puede ser establecida por vía de negociación colectiva, como ha ocurrido en el Convenio Colectivo de la industria del agua (2007), si bien la aplicación de estas cláusulas convencionales de subrogación está condicionada al cumplimiento de los deberes instrumentales de comunicación y/o documentación establecidos en la negociación colectiva a cargo de la empresa saliente, de suerte que si no se remite tal documentación no se produce la transferencia de la relación de trabajo a la empresa entrante.

empresariales firmantes del convenio.⁴¹² Pero incluso tratándose de convenios estatutarios y de sucesiones de contratistas correspondientes a la misma actividad en las que lo normal sería que fueran aplicables las cláusulas de un mismo convenio sectorial tanto al contratista saliente como al entrante, lo cierto es que la casuística que arroja el devenir de la realidad diaria pone de manifiesto que no siempre es tan habitual que el convenio en que están integrados la empresa contratista y sus trabajadores coincida con el de la empresa contratista entrante y, por tanto, no en todo caso los contratistas entrantes de una misma actividad vendrán obligados por las cláusulas del convenio que obligaba al contratista anterior imponiendo la subrogación obligatoria en las relaciones laborales que éste mantenía.

Un paradigmático ejemplo de ello lo constituye la **STS de 10 de diciembre de 2008 (RJ 2008/7678)**, la cual en referencia al Convenio Colectivo del sector Limpieza, en cuyo art. 2 se especificaba que el ámbito funcional del mismo estaba constituido por todas las empresas que desarrollasen la actividad de limpieza de edificios y locales, aun no siendo ésta su actividad principal, interpretó que ello no implica que todas las empresas que asumen por sí mismas con medios y personal propio la limpieza de sus centros de trabajo

⁴¹² Tales subrogaciones convencionales, sólo podrán imponerse, lógicamente, a los contratistas entrantes que queden vinculados por el convenio colectivo que la prevea, y no así cuando, por ejemplo, tratándose de convenios extraestatutarios, de eficacia personal limitada, el empresario/contratista entrante no esté afiliado a la asociación empresarial firmante, o bien cuando, cualquiera que sea la naturaleza del convenio de que se trate, el ámbito territorial y/o funcional del convenio no vincule al nuevo contratista.

Véase SALA FRANCO, T., en "Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos". *Actualidad Laboral*. Ob. cit. Para este autor, en el caso de que la subrogación empresarial tuviera carácter mixto, esto es, cuando se tratara, simultáneamente, de un supuesto de transmisión de empresa previsto en el art. 44 ET y al que le fueran aplicables, además, cláusulas subrogatorias de un convenio colectivo, habría que entender que estamos ante mínimos imperativos mejorables, de modo que sólo serían aplicables tales cláusulas convencionales en aquello que mejoren la regulación legal pero no cuando impongan requisitos o condicionantes a la subrogación adicionales a los previstos legalmente.

pero que se dedican a otras actividades puedan considerarse empresas de limpieza a efectos de la aplicación del Convenio. Pues, a juicio del TS, el precepto indicado del Convenio se refiere, al especificar que no es necesario que las tareas de limpieza sean su actividad principal, a las conocidas como “*empresas multiservicios*” pero no a la generalidad de las empresas con ciclos productivos para los que la limpieza es tarea complementaria y no inherente al mismo que si desarrollan tales tareas con trabajadores propios, incluso de nueva contratación, no se convierten por ello en empresas dedicadas a la “actividad de limpieza de edificios y locales” ajenos, ni se les obliga a asumir trabajadores de la contratista de limpieza que hasta entonces desempeñaba esa actividad, pues no les vinculan las previsiones del Convenio Colectivo de dicho sector, y es libre, por tanto de contratar a los trabajadores que estime conveniente.⁴¹³

Asimismo, es muy significativo, en este sentido, el caso de sucesiones de contratos en las que, como contratistas salientes o entrantes, aparecen Centros Especiales de Empleo, en los se plantea como problema principal la coexistencia de los convenios sectoriales correspondientes a la actividad de que se trate, con el aplicable a estos Centros: el Convenio de Atención a Personas con Discapacidad. Ello ha generado una controversia jurisprudencial de la que se ocupan numerosas sentencias recientes, que se ha concretado, principalmente, en la negativa de los Centros Especiales de Empleo -cuando actúan como contratistas entrantes- a asumir los trabajadores de las empresas ordinarias salientes, fundamentalmente, por el perjuicio que ello les ocasiona en orden al cumplimiento del requisito de tener en plantilla un mínimo de un 70% de trabajadores con discapacidad (art. 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril,

⁴¹³ Curiosamente la aplicabilidad del Convenio lleva, en este caso, al TS a una solución totalmente contraria a aquella a la que llegó el TJCE, exactamente diez años antes, en su sentencia de 10 de diciembre de 1998 (TJCE\1998\308) (Caso Hernández Vidal), según la cual, “(...) *la circunstancia de que la actividad de limpieza sólo constituya, para la empresa que decide efectuarla en adelante por sí misma, una actividad accesoria sin relación necesaria con su objeto social no puede producir el efecto de excluir dicha operación del ámbito de aplicación de la Directiva (véanse las Sentencias de 12 de noviembre de 1992, TJCE\1992\184, caso Watson Rask y el caso Christensen y Schmidt, TJCE\1994\54)*”.

de Integración Social de los Minusválidos), así como también, inversamente, por las reticencias de las empresas ordinarias a aceptar la subrogación de los trabajadores discapacitados de los Centros Especiales de Empleo, cuando éstos actúan como contratistas salientes, al considerar que estas relaciones laborales de carácter especial sólo pueden tener lugar en tales Centros Especiales y que, por tanto, no es posible la subrogación en ellas de empresas ordinarias. En cualquier caso, en ambos casos, se argumenta por sendos tipos de empresas, con base en el art. 84 ET y con el fin de evitar la subrogación, que, en estos supuestos, el Convenio aplicable a los trabajadores de la empresa contratista saliente no vincula al contratista entrante.

El TS, tal y como resume en su reciente **sentencia de 23 de septiembre de 2014 (RJ 2014/4959)**, ha establecido que la subrogación debe aplicarse en ambos casos:

A) Cuando el nuevo contratista sea un Centro Especial de Empleo *“(…) que se rija por Convenio Colectivo propio, pues éste consiente a tales empresas cualquier actividad «en igualdad de condiciones con el resto de empresas que operen en el mercado», con el objeto de «integrar tanto a personas con discapacidad como sin ella», de forma que «si la empresa adjudicataria, tenga o no reconocidos los posibles beneficios de centro especial, concurre a una contrata en la que la actividad a desarrollar es otra diferente a la que figura en el ámbito funcional de su específico Convenio, deberá someterse a las normas convencionales aplicables en el sector en cuya actividad asume integrarse para realizar las funciones objeto del mismo (…)”*.⁴¹⁴

B) Y también *“(…) en el supuesto contrario, de que la nueva adjudicataria sea una empresa ordinaria de limpieza y la anterior un CET, «pues si en el caso anterior se defendía la aplicabilidad del Convenio Colectivo rector del centro de trabajo dedicado a la limpieza de edificios y locales públicos en donde el trabajador prestaba servicios al no constar en las normas en juego ninguna*

⁴¹⁴ SSTS de 21 de octubre de 2010 (RJ 2010/7821), 4 de octubre de 2011 (RJ 2012/3353), 7 de febrero de 2012 (RJ 2012/3753), 4 de octubre de 2012 (RJ 2012/10002), 20 de febrero de 2013 (RJ 2013/3607) y 9 de abril de 2013 (RJ 2013/4150).

sobre protección a los discapacitados que actuase en detrimento de quienes no poseen esa condición, tampoco ahora existe razón para excluir al discapacitado, lo que de producirse sí constituiría un supuesto discriminatorio».⁴¹⁵ Ello no obstante, esta no es una postura del todo pacífica, como muestran los habituales votos particulares formulados en un porcentaje considerable de las sentencias contenedoras de esta doctrina.⁴¹⁶

⁴¹⁵ SSTs de 9 de octubre de 2012 (RJ 2013/1461), 10 de octubre de 2012 (RJ 2013/1463), 10 de octubre de 2012 (RJ 2013/1464), 12 de diciembre de 2012 (RJ 2012/11088), 18 de diciembre de 2012 (RJ 2013/1760) y 17 y 22 de abril de 2013 (RJ 2013/5133 y 2013/3845).

⁴¹⁶ Es el caso, por ejemplo, de la STS de 12 de diciembre de 2012 (RJ 2012/11088), en la que, por el Magistrado Antonio Martín Valverde, se formula voto particular en el sentido de apreciar obstáculo a la solución mayoritaria de la Sala en el hecho de que, en estos casos, la subrogación convierta automáticamente una relación de trabajo especial de trabajadores discapacitados en un contrato de trabajo común. En el voto particular se nos recuerda que la relación de trabajo especial de los trabajadores minusválidos en Centros Especiales de Empleo está prevista en el artículo 2.1.g) ET, y regulada en el RD 1368/1985, de 17 de julio y que la especialidad de esta relación contractual estriba tanto en los sujetos del contrato como en el objeto del mismo. El objeto del contrato consiste en un "trabajo" "productivo y remunerado, adecuado a las características individuales del trabajador", cuyo desempeño procure "favorecer su adaptación personal y social, y facilitar, en su caso, su posterior integración laboral en el mercado ordinario de trabajo". Y, a su vez, los sujetos de esta relación de trabajo especial son, por un lado, un trabajador que tenga "reconocida una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100", y en la posición de empleador o empresario el titular de "un centro especial de empleo". La finalidad de estos Centros Especiales de Empleo es, según el art. 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, "asegurar un empleo remunerado" a trabajadores discapacitados como "medio de integración del mayor número de minusválidos al régimen de trabajo normal". Estas particularidades subjetivas y objetivas de esta relación especial de trabajo son las que -a juicio del Magistrado- la hacen incompatible con la subrogación en la misma de una empresa sucesora ordinaria. El instituto de la subrogación en el contrato de trabajo lleva consigo el mantenimiento de los elementos sustanciales de la relación contractual, salvo el sujeto que ostenta en la misma la posición de empleador o empresario. Y este efecto de la subrogación no puede producirse en estos casos, puesto que ni la empresa sucesora es un centro especial de empleo; ni obviamente se le puede imponer la adquisición de tal condición (lo que implicaría, a la vista de la LISMI y de su Reglamento, la pérdida de su carácter de empresa de régimen ordinario); ni es aceptable tampoco, de acuerdo con la lógica de la institución, que el contrato de trabajo sea desprovisto de la cualidad de relación laboral especial cuyo objeto es un trabajo singularmente adaptado a las características particulares de la persona discapacitada que lo suscribe.

La inaplicabilidad del Convenio del contratista anterior, aun con continuidad de la misma actividad, es muy habitual también en los casos de reversión en la entidad que encomendó inicialmente la actividad a la empresa contratista, especialmente cuando se trata de la recuperación de actividades descentralizadas por entidades públicas que pasan a encargarse directamente de la prestación del servicio. De ello son muy representativas un grupo de sentencias del TS bastante recientes (**SSTS de 17 de junio de 2011, RJ 2011/5423; 11 de julio de 2011, RJ 2011/5667 y 26 de julio de 2012, RJ 2012/9976**), las cuales tienen como denominador común, tratarse de supuestos de reasunción de servicios de limpieza pública por parte de Ayuntamientos que,

Asimismo por la Magistrada María Lourdes Arastey Sahún se protagonizan diversos votos particulares a las SSTS de 9 de octubre de 2012 (RJ 2013\1461), 10 de octubre de 2012 (RJ 2013\1463) y 10 de octubre de 2012 (RJ 2013\1464), basados en la consideración de que, aunque nada impida a cualquier empresario contratar a una persona que tenga reconocida la condición de persona con discapacidad y, por ello, no es exigible que la empresa tenga características particulares, la cuestión es diferente en el caso de relaciones laborales de carácter especial ya establecidas entre trabajadores discapacitados y empresas que ostentan la condición de Centro Especial de Empleo; relaciones laborales que necesariamente tienen carácter especial, dada la condición del empleador. Esta diferente naturaleza del vínculo es lo que -a juicio de la Magistrada- impide extender a estos supuestos la solución adoptada en el caso (de empresa ordinaria a Centro Especial de Empleo) de la sucesión inversa, pues compeler, en este otro caso, al mantenimiento del empleo a la empresa entrante, provoca, no solo un cambio subjetivo en la persona del empresario, sino una auténtica novación contractual, por cuanto los contratos de trabajo habrán de pasar a ser comunes. Cuando el convenio colectivo del sector de la limpieza impone la subrogación lo hace para preservar las condiciones de trabajo de quienes prestaban servicios en el centro sobre el que recae la contrata, de suerte que lo único que se altere sea la personalidad de uno de los sujetos de la relación laboral, el empresario. La subrogación se caracteriza por la modificación subjetiva y precisamente consiste en la garantía del mismo objeto y condiciones. Pero, la conversión de una relación especial de trabajo en un contrato de trabajo común, como consecuencia de carecer el nuevo empleador de la calificación de Centro Especial de Empleo, implicaría una alteración también de las condiciones de trabajo que en nada se compadece con aquella finalidad de la regla subrogatoria. Se concluye que, al tratarse de un supuesto de empleo protegido, ello exige mantener incólume la relación laboral especial, con las características de protección que la misma conlleva sin colocar al trabajador en una situación más vulnerable al perder la especialidad de su contrato.

con anterioridad, prestaban tales servicios, indirectamente, a través de contratistas.

En estas sentencias, el TS, con apoyo expreso en la STS comentada de 10 de diciembre de 2008 (RJ 2008/7678) y en las anteriores de 15 de diciembre de 1997 (RJ 1998/1136), 14 de marzo de 2005 (RJ 2005/3191) y 26 de abril de 2006 (RJ 2006/4771), rechazó la aplicación a los Ayuntamientos correspondientes de las cláusulas de Convenio del sector de Limpieza que imponían al nuevo contratista la subrogación en la relaciones laborales del anterior, por entender que tales Corporaciones municipales no quedaban incluidas en el ámbito de aplicación de este Convenio, por diversas razones. En primer lugar, porque -según estas sentencias- de acuerdo con el art. 82.3 ET, los convenios no pueden extender su eficacia más allá de su ámbito de aplicación en el cual -hay que entender- sólo pueden estar comprendidos quienes de algún modo, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación, y en el citado Convenio, al delimitar sus ámbitos funcional y personal, se advierte con claridad, que en su negociación no estuvo representada, ninguna institución pública, ni, por tanto, tampoco estas Corporaciones municipales. En segundo lugar, porque aunque la limpieza pública sea competencia del municipio según la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local ello no implica, lógicamente, que tales Corporaciones se encuentren incluidas, automáticamente, dentro del ámbito funcional de los convenios sectoriales que puedan referirse a cualesquiera de sus competencias. Y, por último, porque el Convenio citado impone que la subrogación de personal *"operará en todos los supuestos de sustitución de contratas..."*, y, para el TS, resulta *"(...) evidente que el Ayuntamiento que tenía adjudicado el servicio de limpieza viaria a una empresa del sector, cuando rescinde dicha adjudicación y asume directamente la ejecución del servicio público, no actúa como otro contratista del sector que obtenga una nueva adjudicación ni que suceda en la contrata a otro contratista anterior"*.

Junto a los anteriores problemas de aplicabilidad, se han planteado también supuestos controvertidos muy concretos, en casos en los que la efectividad de la subrogación de origen convencional, daba lugar a la consolidación de situaciones contrarias a la Ley, como ocurre en el supuesto objeto de las **SSTS de 28 de septiembre de 2011 (RJ 2011/7600), 27 de junio de 2012 (RJ 2012/8736), de 2 de julio de 2012 (RJ 2012/8739), 16 de julio de 2013 (RJ 2013/6261) y 25 de febrero de 2014 (RJ 2014/1156)**, en las que la cuestión a dilucidar versa en torno a la admisibilidad de la subrogación cuando el trabajador afectado, vigilante de seguridad, no dispone de la habilitación administrativa exigida por la Ley 23/1992 para el ejercicio de esta función. Con anterioridad, los Tribunales habían decidido sobre la cuestión en el sentido de que la subrogación debía operar en cualquier caso, con argumentos tales como que lo que se transmite es un centro de trabajo en su integridad y ello hace innecesario atender a las circunstancias de cada trabajador concreto, e imputando al contratista entrante la responsabilidad de las eventuales decisiones extintivas, si bien facilitando a éste la vía del art. 52 a) ET (por ineptitud conocida o sobrevenida con posterioridad) o también la posibilidad de instar la nulidad del contrato, acreditando actuación maliciosa. Sin embargo, a partir de las sentencias citadas, se unifica la doctrina en sentido contrario. Pues en ellas se especifica que no estamos ante un problema de incumplimiento de las obligaciones formales de información por parte de la empresa cesante, el cual no podría perjudicar al trabajador (tal y como se desprende las sentencias más arriba citadas de 20 de septiembre de 2006 y 26 de julio de 2007, RJ 2006/6667 y 2007/6129) sino que se trata de la exigencia de "un título habilitante que constituye un elemento esencial en la contratación del trabajador cuya subrogación se pretende", es decir, de una exigencia que deriva de las normas estatales sobre la ordenación de la actividad de seguridad privada, que (STS de 16 de enero de 2008, RJ 2008/3470) se imponen por su carácter imperativo sobre la regulación convencional y los acuerdos de las partes. Como el TS subraya, la carencia de esa autorización administrativa es, pues, esencial y afecta a la recta configuración de la relación jurídica contractual entre trabajador y empresario, por lo que a la adjudicataria entrante

respecta, que no puede verse compelida a efectuar el servicio con trabajadores carentes de los requisitos legalmente exigidos para el desarrollo de la específica actividad, con independencia de que conste que ya posee en su plantilla personal afectado por la misma irregularidad, circunstancia que no puede servir para imponerle la perseverancia en un *modus operandi* carente de acomodo legal. Es más, la norma convencional tiene, como en ella se afirma, la finalidad de garantizar la estabilidad del empleo, finalidad que no puede cumplirse respecto a un empleo, que por tener un vicio de ilegalidad, no puede tener una pretensión de permanencia.⁴¹⁷

De otro lado, algunos convenios colectivos que no obligan a la subrogación de la totalidad de la plantilla sino sólo de una parte de los trabajadores de la empresa saliente, plantean la cuestión relativa a una eventual discriminación de los trabajadores no seleccionados. Este problema se ha resuelto jurisprudencialmente mediante la aplicación de la doctrina comunitaria de la ***sucesión en la plantilla*** a estos casos. En efecto, como ya se puso de manifiesto más arriba, ya desde la sentencia de 27 de octubre de 2004 (RJ 2004/7202) el TS pensó en utilizar esta doctrina como criterio para proteger la no discriminación y evitar la selección arbitraria de trabajadores, evitando el

⁴¹⁷ Véase el estudio sobre este tema de PEREA MONTES, T.: “El impacto de la falta de habilitación administrativa en la subrogación convencional obligatoria (a propósito de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2011 en recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4376/2010)” en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 28, 2012. La autora muestra sus dudas sobre el acierto del criterio adoptado por el TS y entiende que, de modo similar a la subrogación que la doctrina consolidada del Alto Tribunal entiende aplicable en relación a los casos de contratación temporal efectuada en fraude de ley, tras la cual la empresa entrante queda obligada a convertir el contrato en indefinido, también en este caso debería operar la subrogación. A mi juicio, sin embargo, esta posición no es sostenible, por la mera razón de que en aquel caso la subrogación y posterior conversión de un contrato temporal fraudulento en indefinido se produce, con apoyo legal expreso en el art. 15.3 ET, para forzar la transformación de una situación fraudulenta en una legal, mientras que en el caso de la falta de habilitación administrativa la subrogación no haría sino mantener y consolidar, sin apoyo legal, una situación irregular desde el inicio.

reemplazo parcial por parte de los nuevos adjudicatarios de las contrataciones por el que dotaran de continuidad solo a unos contratos. Así, se ha venido aplicando (STS de 12 de julio de 2010, RJ 2010/6798) a los casos en que este reemplazo parcial deriva de lo estipulado en convenio, ya que también en este caso, el resultado final es que en sectores con especial protagonismo de la mano de obra, el contratista entrante termina quedándose con una parte importante, en términos de número y competencia, de la plantilla anterior. De este modo, la obligación de subrogación parcial de origen convencional en supuestos en los que no sea directamente aplicable el art. 44 ET, por no concurrir los requisitos exigidos en el mismo (como, por ejemplo, por falta de transmisión de elementos de activo) puede derivar también, indirectamente, por aplicación de esta doctrina comunitaria, en la consideración de la existencia de sucesión legal de empresa y en la consiguiente obligación de subrogarse en las relaciones laborales de todos los trabajadores de la empresa saliente, evitándose, por esta vía, la postergación de los trabajadores excluidos por el convenio y aprovechándose, de esta manera, la doctrina comunitaria de la **sucesión en la plantilla** para la aplicación efectiva del principio de no discriminación en estas situaciones.

2.3. Límites de la garantía: El papel de la negociación colectiva

Si bien, apriorísticamente, desde la perspectiva de los intereses de los trabajadores, el establecimiento por la negociación colectiva de cláusulas de subrogación obligatoria para los casos de sucesión de contratistas con menores requisitos de los previstos legalmente al efecto por el art. 44 ET (transmisión de elementos patrimoniales o también, tras la STS de 27 de octubre de 2004, RJ 2004/7202, de al menos un equipo clave de trabajadores, en aplicación de la doctrina de la sucesión de plantilla, para determinados sectores de actividad) podría valorarse favorablemente si se considerara el contenido de dicho precepto legal como norma mínima que es objeto de mejora por la regulación convencional, lo cierto es que, si se reflexiona detenidamente, la conclusión puede ser justamente la contraria.

En efecto -si bien se mira- no siempre el tratar de asegurar la continuidad de la relación laboral ni, concretamente, el imponer la subrogación del contratista entrante en la posición del empleador anterior sin necesidad de reunir los requisitos previstos legalmente, conlleva un beneficio para el trabajador, pues en muchos de estos casos, con ello, lo que realmente se puede estar favoreciendo es el “mercadeo” de mano de obra entre empresarios y la pérdida de garantías para los trabajadores. Pues, como la STS de 20 de octubre de 2004 (RJ 2004/7162) recuerda,⁴¹⁸ lo que se trata de asegurar con la exigencia

⁴¹⁸ Aunque realmente dicha sentencia se refiere a esta cuestión en orden a poner de manifiesto las dificultades para la asunción de la doctrina comunitaria de la *sucesión de plantilla*, lo cierto es que el dato relevante, a estos efectos, es que, en todo caso, lo que pretende garantizarse es que, a resultas del traspaso, los trabajadores no se encuentren en una situación sustancialmente peor en cuanto la expectativa de continuidad en el empleo sino que, por el contrario, permanezcan al servicio de empresas que, por recibir los elementos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad según el sector de actividad de que se trate, ofrezcan perspectivas de viabilidad futura y de estabilidad para los trabajadores traspasados. Pese a lo controvertido de la cuestión, sí que parece razonable admitir, sólo en el caso de sectores en que la actividad no requiere de una gran estructura organizativa, que la

de transmisión de una estructura organizativa por el art. 44 ET es que el traspaso de trabajadores en los casos de sucesión de empresarios se realice hacia empresas reales y con cierta viabilidad futura y no hacia empresas aparentes o “tapadera” que, carentes de estructura empresarial y/o solvencia económico-financiera, dificulten la continuidad de la actividad y el cobro de los derechos económicos que corresponden a los trabajadores traspasados. En definitiva, la exigencia del art. 44 ET se configuraría así como complementaria de la regulación prevista en el art. 43 que lo precede en aras a evitar, de facto, que por esta vía también pueda producirse una especie de cesión ilegal de mano de obra. De ahí la preocupación del legislador por establecer la responsabilidad solidaria del cedente respecto de las obligaciones laborales anteriores a la transmisión durante tres años o incluso posteriores a la misma en caso de delito.

El mero hecho -como ha advertido la doctrina⁴¹⁹ de que la alternativa, en caso de no aplicarse la subrogación, sea normalmente la extinción del contrato por parte del contratista saliente, no puede interpretarse tampoco necesariamente como un indicio de que la continuidad de la relación laboral sea siempre favorable a los intereses de los trabajadores pues –precisamente en los casos que denuncio- si las eventuales empresas “aparentes” deciden, finalmente, llevar a cabo también la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa extintiva que implique el abono de indemnizaciones, es posible afirmar casi con

continuidad de un equipo consolidado de trabajadores, el cual posibilitaba y era suficiente para el mantenimiento de la actividad con el contratista anterior, viene a garantizar en cierto modo la continuidad de la misma también a manos del contratista entrante, lo cual no ocurre en los casos en que, por medio de las cláusulas estipuladas a través de la negociación colectiva, se imponga la subrogación obligatoria de los nuevos contratistas sin exigir que medie el traspaso de los elementos que sean necesarios (ya sean de activo material o inmaterial o bien sólo mano de obra, según el sector), respecto de los cuales no existe la menor garantía de que puedan continuar la actividad y mantener el empleo de los trabajadores afectados.

⁴¹⁹ Como se ha visto más arriba, SALA FRANCO, T., en “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”. *Actualidad Laboral*. Núm. 9. Sección Estudios. 2005, pág. 19, se refiere a ello.

toda seguridad que, puestos a quedarse igualmente en situación de desempleo, el trabajador hubiera preferido ser acreedor de la indemnización, (así como en cuanto a las cotizaciones sociales y demás haberes a que pueda tener derecho) de un empresario cedente solvente en lugar de tener enfrente como deudor a un cesionario sin estructura empresarial y menor solidez económica.

Así, a la vista de estas particularidades de la cuestión, no creo que sea posible concluir que la regulación convencional en esta materia pueda calificarse por principio, con carácter de generalidad, como una regulación más favorable para los trabajadores que la legal, sin atender a las circunstancias concretas de cada caso. Y, por ello, dado que la casuística puede ser inabarcable, desde esta perspectiva, la posibilidad de otorgar el carácter de norma mínima al art. 44 ET se diluye y cobra fuerza su configuración como norma de derecho necesario absoluto cuya compatibilidad con estas cláusulas convencionales queda en entredicho (art. 3 y 85.1 ET). Así que no parece mala solución atender al criterio servido también por nuestra jurisprudencia⁴²⁰ que parte de considerar que, ante la falta de cumplimiento de los requisitos del art. 44 ET, no podemos hablar de sucesión de empresa ni de subrogación legal sino que nos encontramos ante una novación civil del deudor del contrato que, de acuerdo

⁴²⁰ Véase, a este respecto, el cuerpo de sentencias arriba indicado relativas a empresas *handling* (caso “Aena”) las cuales si bien no vienen referidas a casos subrogación convencional sino de una cesión de contratos por un acuerdo entre empresas en el marco de un concurso de adjudicación de una concesión, vienen a establecer que todos los casos de ausencia de los requisitos legales para la subrogación por sucesión de empresa (transmisión de elementos patrimoniales o doctrina de *sucesión de plantilla*) deben ser reconducidos a la novación civil del contrato y a su régimen jurídico previsto en el art. 1205 CC. Concretamente, la STS de 30 de abril de 2002 (RJ 6494/2002) afirma que “sólo en el supuesto de subrogación legal por transmisión de empresa del art. 44 ET está previsto en el ordenamiento español el efecto de cambio automático de la persona del empleador”; y que el consentimiento individual de cada trabajador “no puede ser sustituido por un mero acuerdo colectivo sobre el «método» de subrogación de personal” (Fundamento Jurídico 5º).

con el art. 1205 CC,⁴²¹ requiere del consentimiento del acreedor (el trabajador) y no necesariamente del deudor (el empresario entrante incluido dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo).⁴²²

⁴²¹ Art. 1205 CC: “La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor”.

⁴²² Sobre la cuestión aquí planteada véase el artículo de CUENCA ALARCÓN, M. “Autonomía colectiva y autonomía individual en los regímenes sucesorios contractuales (Comentario a la STS 30 de abril de 2002)” en *Relaciones Laborales*, Nº 7, 2003. En efecto, si atendemos al derecho común de obligaciones y contratos no existe una facultad empresarial de modificación subjetiva unilateral (o bilateral interempresarial) de la relación laboral. Parece que, más allá, de los supuestos previstos en el art. 44 ET se cierra toda posibilidad de novación del empleador del contrato que no cuente con el consentimiento del acreedor, esto es, del trabajador (Fundamento Jurídico 2º de la STS de 29 de febrero de 2000, RJ 2000/2413). Sin embargo, es cierto que la mayor parte de las sentencias citadas que determinan la aplicación del régimen de civil de obligaciones fuera del supuesto del art. 44 ET, están referidas a supuestos de cambio de empleador en el marco de los pliegos de condiciones de las concesiones (concretamente el caso *Aena*) pero no a las cláusulas de subrogación impuestas por la autonomía colectiva. Y, como se indica en el estudio citado, de lo que se trata aquí es de determinar si el efecto subrogatorio automático previsto por el art. 44 ET, en su vertiente exoneradora de la aceptación individual de cada trabajador, puede derivarse también, más allá del ámbito de aplicación de dicho precepto, de otras fuentes incorporadas al ordenamiento jurídico como son los convenios colectivos. Y a tal efecto, se cita la antes avanzada STS de 30 de abril de 2002 (RJ 6494/2002) en su Fundamento Jurídico 5º, pues éste sí viene referido a acuerdos colectivos y no a pliegos de condiciones de una concesión, si bien es cierto que es posible que el TS se esté refiriendo en este caso sólo a la ineptitud de un acuerdo colectivo de subrogación celebrado entre el concesionario precedente y la representación colectiva de la empresa como vía de disposición sobre el consentimiento de cada trabajador implicado en la subrogación, y no a la imposibilidad de que los convenios colectivos puedan prever a nivel sectorial este automatismo sucesorio en casos de sucesión de contratadas y contratistas. De hecho, en general, no parece que nuestros Tribunales se hayan mostrado tradicionalmente reacios al juego automático del régimen convencional y suelen aceptar a éste como una vía de «imposición» de la subrogación pero -como el autor citado reconoce también- cabe, quizá, introducirse un matiz -en mi opinión muy importante- consistente en que tal imposición podría dirigirse exclusivamente sobre el nuevo titular de la contrata y no sobre los trabajadores. Como señala el autor citado, inspirándose en la solución aplicada por la jurisprudencia francesa, podría decirse que la garantía de empleo del art. 44 ET puede ser extendida a situaciones diferentes de las previstas en él, en tanto que presenta carácter de derecho necesario relativo, pero los efectos de esa garantía (automatismo) presentan carácter de derecho necesario absoluto pues -como he

De este modo, la virtualidad de estas cláusulas convencionales, se concretaría en obligar al empresario contratista entrante a aceptar la novación en el caso de que el trabajador voluntariamente opte por hacerla efectiva. Visto desde esta perspectiva, esta regulación convencional generaría para los trabajadores un derecho de opción y únicamente se presentaría como obligatoria para los nuevos contratistas los cuales, en virtud de la eficacia normativa de los convenios colectivos (indiscutida para los estatutarios), quedarían forzados a aceptar estas subrogaciones en los casos de los trabajadores que optasen por ella.⁴²³

señalado más arriba- estos regímenes convencionales no pueden ser objeto de comparación, necesariamente, en términos de mayor favorabilidad respecto del régimen legal. Así, este autor acepta la intervención colectiva en este terreno, con apoyo en la doctrina constitucional que reconoce la inexistencia de límites generales que sustraigan a la negociación colectiva la regulación de las relaciones laborales y del ejercicio de derechos fundamentales (SSTCO 58/1985, de 30 de abril y 95/1985, de 29 de julio) así como la ausencia de una prohibición o reserva estatutaria expresa e incondicional de la regulación de la cesión o subrogación de la relación laboral fuera de los supuestos previstos en el ET. Pero plantea, asimismo, que la configuración de la sucesión como un efecto legal imperativo, dirigido a salvaguardar la estabilidad en el empleo, no tiene porque ser incompatible con el derecho de oposición del trabajador, puesto que podría delimitarse el juego del automatismo sucesorio en relación exclusivamente con los empresarios, cedente y cesionario. E incluso para la normativa estatal, como ocurre en la comunitaria, podrían aceptarse hipotéticas regulaciones que vengan a *“reconocer un derecho o facultad de subingreso a favor del trabajador en situaciones en que la satisfacción de su crédito puede verse comprometida, o en situaciones en que se estima que tal satisfacción debe verse legalmente reforzada, como acontece o puede acontecer en casos en que se transmite la unidad productiva, el centro o la empresa donde aquél presta sus servicios”*.

⁴²³ Salvo que tratándose de sectores de actividad que den lugar a la aplicación de la doctrina de la *sucesión de plantilla* ello genere la transferencia de un núcleo esencial de personal en cuyo caso, de rebote, la virtualidad de tales cláusulas tendría un mayor alcance pues desencadenaría la irrupción del régimen legal del art. 44 ET con eficacia obligatoria y general.

2.4. Otras formas de subrogación: Los pliegos de condiciones particulares de las concesiones administrativas y los acuerdos entre empresas

El artículo 120 del TRLCSP⁴²⁴ prevé la posibilidad de “imponer al adjudicatario en los pliegos la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales”.

La STS de 5 de abril de 1993 (RJ 1993/2906) otorgó a esta posibilidad el carácter de “*vía contractual*” de subrogación, al considerar que mediante la misma el ente público convocante de la adjudicación de una concesión incluye la asunción de las relaciones laborales del anterior adjudicatario entre las condiciones que debe aceptar quien pretenda optar a ser nuevo adjudicatario de la misma.⁴²⁵

⁴²⁴ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁴²⁵ La citada sentencia reza lo siguiente: “Y de aquí que cuando el dueño de la actividad sea un ente administrativo que la adjudique mediante concesión o contrata, los pliegos de condiciones puedan ocuparse -y generalmente lo hacen- sobre la asignación del personal de los adjudicatarios anteriores a los sucesivos, imponiendo la subrogación del adjudicatario en los contratos de trabajo; lo cual es posible, no porque se deje a la discrecional voluntad del ente público la posibilidad de establecer o no la subrogación que se impone «ope legis»; sino porque, en tal caso, el pliego de condiciones lo que haría sería perfilar el objeto de la concesión y despejar, de antemano, cualquier duda que pudiera plantearse al respecto y, sobre todo, poner de manifiesto la asunción de la obligación de subrogarse, por parte de la empresa concesionaria, por la vía contractual que ofrece la Administración en su convocatoria. Pero cuando, como en el caso de autos, no ocurre así, los criterios objetivos según los expone la doctrina de la Sala serán los que han de imponerse. Y en este punto, como dice la S. 13-3-1990 (RJ 1990/2069), -que también se hace eco de que el criterio jurisprudencial está aún en trance de perfilarse suficientemente- un dato que puede ser determinante -unidos a los anteriores de ausencia de normativa sectorial y silencio de los pliegos de condiciones- es que la concesión lleve aparejada la entrega al concesionario de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación del servicio, o que, por el contrario, no concurra esta puesta a disposición de los elementos patrimoniales fundamentales de la explotación; pues en tales supuestos, si en el primero cabe la subrogación que contempla el precepto, en el segundo faltan los presupuestos necesarios para que se produzca la sucesión de

Aquí la diferencia fundamental respecto al supuesto de la subrogación derivada de la negociación colectiva radica en que, ante la inexistencia de la eficacia normativa propia de ésta, es necesaria la aceptación por el nuevo empresario adjudicatario de las condiciones particulares de la concesión para que pueda efectuarse su subrogación en las relaciones laborales del anterior, requiriéndose en todo caso, asimismo, el consentimiento de los trabajadores afectados, como ocurre, en general, en los demás supuestos de transmisión de empresa por acuerdo entre empresarios en los que, por no concurrir los requisitos previstos en el art. 44 ET, resulta aplicable el art. 1205 CC.⁴²⁶

En efecto, por lo demás, con base en lo anterior, con carácter general, en todos los restantes casos de sucesión contractual por acuerdo entre los empresarios cedente y cesionario, es necesario el consentimiento del individual de cada trabajador afectado, en aplicación de los arts. 1205, 1257 y 1091 del Código Civil,⁴²⁷ sin que dicho consentimiento individual, expreso o tácito (SSTS de 14

empresa a que se refiere la norma; criterio que ya había sido expuesto en la precedente de 22-1-1990 (RJ 1990/180)”.

⁴²⁶ En este sentido, la STS de 20 de octubre de 2004 (RJ 2004/7162) señaló que “(...)el hecho de que tal decisión de la empresa -de transferir su plantilla a otra- se apoye en el pliego del concurso aprobado por la Administración de los aeropuertos es también de todo punto irrelevante, porque tal pliego podrá ser obligatorio para la empresa que lo ha aceptado, creando para ella la obligación de admitir a los trabajadores de Iberia que decidan pasar a la misma, pero, desde luego, no obliga a los trabajadores que ni han participado en ese concurso, ni por su condición de personas pueden ser objeto del mismo”.

⁴²⁷ SSTS de 2 de noviembre de 2005 (RJ 2005/9965), de 14 de noviembre de 2002 (RJ 2003/1624), de 29 de febrero de 2000 (RJ 2000/2413), 11 de abril de 2000 (RJ 2000/3946), 23 de octubre de 2001 (RJ 2002/ 1507), 19 de febrero de 2003 (RJ 2004/1343), 8 de abril de 2003 (RJ 2003/4975), 20 de junio de 2003 (RJ 2003/4865) y 27 de julio de 2005 (RJ 2005\8343), entre otras. Como se ha señalado ya más arriba, sobre este punto, el caso de la creación por Iberia de empresas de servicios de tierra en los aeropuertos (servicio de «*handling*»), ha sido muy prolífico jurisprudencialmente, pero contamos con otros casos más recientes en este mismo sentido como fue la segregación de las actividades publicitarias, de impresión y de servicios por el «Diario el País, SA». A ello se refiere la STS de 14 febrero 2011 (RJ 2011/2734) en la que se sostiene que la circulación de trabajadores en el seno de un grupo empresarial es una práctica que ha de considerarse, en principio, lícita siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador, aplicando, en su caso,

de mayo y 28 de diciembre de 2004, RJ 2004/4156 y 2004/772), pueda venir sustituido por un acuerdo colectivo al efecto (SSTS de 13 de junio de 2002 y 25 de junio de 2003, RJ 2002/7203 y 2003/4441).

2.5. Reflexiones sobre la responsabilidad del empresario principal o contratista saliente

Como he comentado más arriba, las cláusulas de subrogación convencional (así como, en general, las otras fórmulas alternativas de subrogación comentadas) buscan complementar la regulación legal del art. 44 ET, tratando de dar cobertura a supuestos de hecho no contemplados por el mismo, pero diferenciándose también en cuanto al alcance de sus efectos, los cuales normalmente son más limitados que los previstos en el citado precepto legal. Así, es habitual que en tales instrumentos se trate de asegurar la continuidad con el nuevo empleador de las condiciones que regían la relación laboral con el precedente, pero sin que sea usual que se mantenga la responsabilidad del cedente en cuanto a las deudas pendientes en el momento de la subrogación y

las que contempla el art. 43 ET. Porque, pese a su general licitud, salvo que responda a una finalidad fraudulenta (constitución instrumental de una empresa, para degradar las condiciones de trabajo o determinar la pérdida de garantías por parte del trabajador) se está en presencia de una cesión de trabajadores (por los sucesivos mecanismos de puesta a disposición y contratación directa) y como tal cesión -aunque legal- no puede limitar los derechos del empleado. La sentencia acepta la licitud del proceso realizado por el periódico citado porque no hubo una transmisión permeable de personal entre las empresas del grupo, sino que se produjo un hecho inicial básico o central que fue la división o exteriorización de las distintas ramas de actividad de la inicial empresa Diario El País, que transmitió lícita y realmente, por una sola y única vez, a cada una de las empresas cesionarias los medios humanos y materiales precisos para que se pudieran desarrollar las actividades segregadas. Ese traspaso de trabajadores que ocurrió como elemento constitutivo del propio concepto de sucesión lícita de empresa que contempla el artículo 44.2 ET, referido a la transmisión de entidades económicas entendida como conjunto de medios organizados autónomos, determinó la existencia de una situación en la que se respetó la totalidad de los derechos de los trabajadores traspasados.

sin que suela hacerse referencia en tales cláusulas a lo referente a la responsabilidad en materia de seguridad social.

Ello plantea una reflexión en relación la posición de ventaja en que, por esta vía de subrogación convencional, se sitúa a estos empresarios contratistas salientes respecto de otros empresarios que a la hora de cesar y transmitir su actividad a otro, sí que responden solidariamente, según el régimen legal del art. 44 ET, de las deudas pendientes por obligaciones de tipo laboral durante tres años, así como, ex art. 127.2 LGSS, del pago de las prestaciones de seguridad social causadas con anterioridad a la transmisión, también con carácter solidario.

En cuanto a estas últimas responsabilidades (en materia de seguridad social) lo habitual es la ausencia de previsiones al respecto en la normativa convencional. Ello no obstante, la jurisdicción contencioso-administrativa⁴²⁸ ha considerado que estas cláusulas de subrogación convencional pueden ser objeto de complementación con la regulación del art. 44 ET y ha extendido a estos supuestos la responsabilidad solidaria en materia de liquidación de cuotas de la seguridad social en los mismos términos en que resulta aplicable a los casos comprendidos en el precepto legal. Sin embargo, por parte de la doctrina, se han argumentado serias objeciones a la extensión a estos supuestos de la responsabilidad solidaria por deudas con la seguridad social sobre la base de la consideración de que las cláusulas de subrogación convencional no son subsumibles dentro del art. 44 ET, ni existe entre ellas relación de complementariedad; como también con apoyo en el art. 1137 CC que exige carácter expreso y no presunto para este tipo de responsabilidad; así como atendiendo a la interpretación literal del texto de los arts. 44 ET y 127 LGSS, los cuales reconducen a supuestos de cambios de titularidad en la explotación, industria o negocio por actos intervivos o mortis causa en los que, asimismo, la referencia a un *adquirente* excluye su aplicación al caso de las contratas y concesiones. Finalmente, se aduce que esta doctrina

⁴²⁸ SSTs de 20 de febrero y 25 de mayo de 1998 (RJ 1998/1560 y 1998/4489)

jurisprudencial propia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo y aplicable en materia de liquidación de cuotas de seguridad social no tiene su reproducción en el orden de social en lo referido a las prestaciones.⁴²⁹

En cualquier caso, tanto en lo referido a seguridad social como en relación a las obligaciones en materia laboral habrá que estar al contenido concreto de las cláusulas estipuladas en el correspondiente convenio colectivo (o al de los pliegos de condiciones de la concesión), siendo habitual el establecimiento de limitaciones de responsabilidad protectoras del contratista entrante por las obligaciones generadas con anterioridad al cambio de contratista, como también será posible, dado que se entiende –como ya he comentado- que la responsabilidad solidaria debe revestir carácter expreso, que el contratista saliente quede liberado de responsabilidad una vez consumada la asunción de la actividad por el nuevo contratista.⁴³⁰

Si lo que trata de protegerse es la estabilidad en el empleo y la conservación de las condiciones laborales por los trabajadores afectados, más bien, en este caso, parecería que se está fomentando el incumplimiento de sus obligaciones por este tipo de empresarios dedicados a actividades que se desarrollan por medio de aquellas contratas que suelen sucederse sin necesidad de transmisión de elementos de activo significativos. Puesto que, salvo que simultáneamente se transfiera un equipo de trabajadores significativo en

⁴²⁹ Véase en cuanto a esto y, en general, sobre este tema, ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: “Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratas” en *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el "outsourcing"* (coord. por Angel Luis de Val Tena, Juan Rivero Lamas), 2003.

⁴³⁰ En cuanto a las responsabilidades en materia de despido, el contratista cedente responde por los despidos anteriores a la sucesión de contratistas y el entrante por los posteriores a la fecha de efectividad de la subrogación, debiendo contemplarse excepciones –como subraya ÁLVAREZ ALCOLEA, M., en el trabajo citado- cuando el saliente no ha facilitado cumplidamente la información esencial sobre el contenido de la relación laboral, como pueden ser su carácter indefinido o temporal.

términos de número y competencia que, por aplicación de la doctrina de la **sucesión de plantilla**, desencadene los efectos previstos en el art. 44 ET, nada refrenaría en estos casos al empresario en cuestión del incumplimiento de sus obligaciones de todo tipo, el cual actuaría bajo la certidumbre de que, una vez consumada la sucesión en los términos habitualmente previstos por las cláusulas de subrogación convencional, quedaría totalmente desvinculado de responsabilidad por tales incumplimientos.

Como he defendido en un punto anterior, este tipo de situaciones podría encontrar solución bajo la consideración de la aplicación del régimen convencional de subrogación con carácter obligatorio sólo para los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo que lo establezca (o, lógicamente, también únicamente para los empresarios adjudicatarios que acepten la condiciones impuestas por el pliego de la concesión) pero no para los trabajadores afectados que, en virtud de la inaplicabilidad del art. 44 ET en el caso en cuestión y la consiguiente pertinencia del régimen común previsto en el art. 1205 CC y concordantes, conservarían un derecho de opción para mantener como contraparte en el contrato al empresario saliente, evitando su desvinculación respecto a las responsabilidades adquiridas con los mismos.

Ello no obstante, desde el enfoque que abordamos ahora, aun con lo anterior, queda sin solución una cuestión adicional, puesto que este régimen limitado de subrogación convencional puede revertir también, desde la perspectiva de la actividad, en la generación de situaciones de bloqueo en determinadas contrataciones y concesiones en las que la asunción de responsabilidades de este tipo por los potenciales contratistas o adjudicatarios entrantes, con paralela exención del contratista saliente incumplidor, podría forzar la paralización de determinadas actividades o servicios ante la ausencia de candidatos dispuestos a asumir las responsabilidades por incumplimientos que también le transmite y de las que se libera el anterior. Con lo cual si se trata de deudas

pendientes cuantiosas e incumplimientos importantes por el contratista saliente, no serán aislados los casos de contratos o convocatorias de concursos que quedan desiertos, sin nadie dispuesto a hacerse cargo de las mismas ni a dar continuidad a la prestación de servicios o actividad en cuestión.

En estos supuestos residuales, de ausencia constatada y efectiva de los requisitos previstos en el art. 44 ET, e inaplicabilidad del régimen en el mismo previsto, incluso por la vía de la *sucesión de plantilla*, no parece existir otra solución que la toma de conciencia de los sujetos negociadores de los convenios colectivos y de los organismos y entidades convocantes de los concursos de adjudicación de concesiones, sobre la necesidad de inclusión de la responsabilidad del empresario cedente en las cláusulas y condiciones contenidas en tales instrumentos, como un medio indispensable para incitar a nuevos contratistas a la asunción de las actividades y servicios a que los mismos se refieren y, en interés de estos mismos sujetos negociadores o convocantes implicados e interesados en su desarrollo efectivo, evitar su paralización.⁴³¹

⁴³¹ Se extraña -y podría preconizarse-, ante esta situación, la aplicación de la antigua doctrina jurisprudencial basada en la identificación de la empresa con la continuidad de la actividad (*tracto sucesivo*) con independencia del cambio de titularidad, auspiciadora de la extensión de la responsabilidad solidaria prevista en el art. 44 ET a gran variedad de supuestos, entre los que sí podrían quedar incluidos los de sucesiones de contratistas, bajo sus distintas fórmulas jurídicas, de la que resulta sintética la STS de 20 de febrero de 1998 (RJ 1998/1560). La citada sentencia estableció que es posible concluir la existencia de una subrogación o sucesión empresarial contemplada en el art. 44 ET al producirse un *tracto sucesivo* entre la anterior empresa y la siguiente que explota una misma instalación, dedicándose a la misma actividad y con los mismos trabajadores y resume que: “A este respecto, resulta aplicable la doctrina de las Sentencias de esta misma Sala de 18 julio 1995 (RJ 1995/5623), 3 de marzo y 28 de noviembre de 1997 (RJ 1997/1626 y 1997/8558), según los cuales son múltiples los mecanismos a través de los cuales puede producirse el cambio de titularidad de la empresa por «actos inter vivos», tanto «por cualquier tipo de convención, cesión, permuta, -venta, etc.-, o por circunstancias impuestas -venta judicial, caducidad de servicios, etc.- que vienen a constituir la especie del cambio "transparente", como por factores o circunstancias "de facto" -mantenimiento del mismo negocio o actividad, domicilio social y plantilla total o parcial-

que, a su vez, integran el requisito del "tracto directo"... que constituyen los cambios no transparentes». Lo que supone, como ha señalado la Sentencia de la Sala Cuarta de este Tribunal, de 2 febrero 1988 (RJ 1988/560), que «la transmisión, de un titular a otro, de la empresa en el supuesto de que queden afectadas las relaciones, ha de entenderse referida a cualquier especie o figura jurídica y comprende tanto la directa como la indirecta»".

En cualquier caso, sentencias recientes, como la STS de 3 de junio de 2014 (RJ 2014/4220), precisan que, dado que la solidaridad no se presume, sino que, ex art. 1137 CC, deriva del contrato o de la Ley, la responsabilidad solidaria que pueda generarse entre contratista saliente y entrante en estos casos en que no viene impuesta por Ley ni nace de un contrato, sino que tiene su origen en el convenio colectivo, es una responsabilidad solidaria de tipo impropio, lo cual es relevante a la hora de determinar las causas que interrumpen la prescripción de la obligación del deudor solidario, porque el art. 1974.1 CC no se aplica.

3) EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO A LA FINALIZACIÓN DE LA CONTRATA

El destino de las relaciones laborales afectas a una contrata a la finalización de ésta depende, en primer lugar, de si la actividad contratada o subcontratada va a ser continuada por un nuevo contratista o por el empresario principal o si, por el contrario, dicha actividad quedará definitivamente amortizada.

3.1. Continuación de la actividad por un nuevo contratista o reversión en el empresario principal

En este primer caso -como hemos visto- la pervivencia de los contratos de los trabajadores empleados en la contrata queda supeditada a la aplicación del art. 44 ET en función de si el nuevo empresario que asume la actividad subcontratada recibe una organización productiva con la que desarrollar aquella o ésta debe ser aportada por él mismo y, por tanto, dependerá de si puede o no considerarse que existe una transmisión de empresas que ponga en juego la subrogación del nuevo titular en las relaciones laborales del anterior empresario, prevista en dicho precepto.⁴³²

⁴³² A modo de resumen, cabe recordar que -como acabamos de estudiar- según el art. 44 ET, la sucesión de empresas -la cual de acuerdo con su apdo. 2 se produce cuando "(...) la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica (...)"- no extinguirá por sí misma la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social del anterior. Sin embargo, en el ámbito de las contratas, el Tribunal Supremo en senda iniciada en sentencia de 13 de marzo de 1990 (RJ 1990/2069) y, muy especialmente, por la importantísima sentencia de 5 de abril de 1993 (RJ 1993/2906) y seguida por otras, como las de 23 de febrero y 14 de diciembre de 1994 (RJ 1994/1227 y 10093), y las de 6 de febrero de 1997 (RJ 1997/999) y 21 de octubre de 1998 (RJ 1998/9299) sentó que la pretendida transmisión de contratas, no es tal, sino finalización de una contrata y comienzo de otra, formal y jurídicamente

En el caso en que, por no transmitirse un conjunto de elementos organizativos que permitan desarrollar la actividad⁴³³ -o un equipo esencial de trabajadores en los sectores basados en el uso de mano de obra-, no pueda operar la subrogación legal mencionada ni tampoco nos encontremos ante ningún otro de los supuestos estudiados de subrogación (convencional, pliegos de condiciones de las concesiones, etc.),⁴³⁴ no puede obligarse al nuevo titular a

distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando. De ahí que para que la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la antigua se produzca tenga que venir impuesto por norma sectorial eficaz que así lo imponga o por el pliego de condiciones que pueda establecerla, aceptado por el nuevo contratista (SSTS de 25 de febrero de 2000, RJ 2000/4624 y 1 de diciembre de 1999, RJ 2000/516, o la de 18 septiembre 2000 (RJ 2000\8299). Y, asimismo, se clarificó que ni la contrata, ni la concesión administrativa son en sí mismas unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44 ET, salvo entrega al concesionario o contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación. Sin que equivalga, según las SSTS de 30 de diciembre de 1993 (RJ 1993/10078) y 25 de octubre de 1996 (RJ 1996/7793), a dicha transmisión patrimonial la mera puesta a disposición de los elementos necesarios para la prestación del servicio pero sin transmisión dominical, que es lo que precisamente ocurre en la mayor parte de las contrataciones con empresas prestatarias de servicios de limpieza, seguridad, colectividades o mantenimiento que aportan sus propios elementos o herramientas de trabajo o, en otro caso, no suelen adquirir la propiedad de los elementos que se les ponen a disposición. Por el contrario -como vimos más arriba- las SSTS de 30 de octubre de 1986 y 16 de mayo de 1990 (RJ 1986/5940 y 1990/4343), incluyeron el arrendamiento de industria. A lo anterior debe añadirse, a la vista de las SSTS de 20 y 27 de octubre de 2004 (RJ 2004/7162 y 2004/7202), en el caso de sectores que descansan fundamentalmente sobre el uso de mano de obra, que bastaría, a estos efectos, con el traspaso una parte esencial, en términos de número y competencia, del personal dedicado a la contrata anterior. Asimismo, más recientemente, las SSTS de 24 de julio de 2013 (RJ 2013/6797) y 9 y 10 de julio de 2014 (RJ 2014/4637 y 2014/4774).

⁴³³ MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. en “Descentralización Productiva: *Outsourcing*”, ob. cit., pág. 81 y ss. pone de manifiesto las dificultades de aplicabilidad de la subrogación del art. 44 ET en los casos de sucesión de contratistas a la vista de la jurisprudencia – ya comentada- recaída sobre esta materia.

⁴³⁴ SALA FRANCO, T., en “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”. *Actualidad Laboral*. Ob. cit., pág 24, resalta las probables dificultades que, en materia de subrogación convencional, plantean los supuestos de encargo de actividad y reasunción de la misma por empresas principales que, habitualmente, no están en la misma unidad de negociación que las empresas

asumir a los trabajadores del anterior y sus contratos de trabajo podrían extinguirse válidamente por el contratista saliente si resulta aplicable alguna de las causas generales de extinción previstas legalmente en el art. 49.1 ET. Como también podrá ocurrir en el supuesto en el que, tratándose de casos en que operen las vías alternativas a la subrogación legal, en virtud de la autonomía que se le reconoce en el art. 1205 CC y concordantes, el trabajador opte por no hacer efectiva la subrogación y mantenga como contraparte de su contrato a tal empresario saliente.

Pero, además, hay que matizar que, incluso concurriendo los requisitos que determinan la existencia de transmisión de empresas y debiendo operar, por lo tanto, la subrogación legal de la relaciones laborales en el nuevo contratista o empresario, lo que el art. 44.1 ET⁴³⁵ determina es que *“el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral (...)”*, lo cual únicamente impide que, concurriendo los requisitos legales de la sucesión de empresas, el mero hecho en sí mismo del cambio de contratista o reversión de la actividad en el

contratistas, a las cuales no les será, por tanto, de aplicación lo dispuesto en el convenio sectorial de referencia (con cita de la STS de 6 de febrero de 1997).

Me remito, en este mismo sentido, en relación a este punto, a lo ya señalado más arriba al tratar de las cláusulas de subrogación convencional, en cuanto a sus dificultades de aplicación en los casos de reversión de la actividad, especialmente, cuando los comitentes que reasumen la actividad son entidades públicas, concretamente Corporaciones Locales (véanse las recientes SSTS de 17 de junio de 2011, RJ 2011/5423; 11 de julio de 2011, RJ 2011/5667 y 26 de julio de 2012, RJ 2012/9976, con apoyo en las anteriores de 10 de diciembre de 2008, RJ 2008/7678; de 15 de diciembre de 1997, RJ 1998/1136; 14 de marzo de 2005, RJ 2005/3191 y 26 de abril de 2006, RJ 2006/4771, representativas de que, con alguna excepción -SSTS de 7 de octubre de 2004, RJ 2005\2167 y de 1 de junio de 2005, RJ 2005\9663- nuestra jurisprudencia, con carácter general, ha venido rechazando la aplicación a los Ayuntamientos de las cláusulas del Convenio sectorial correspondiente por entender que tales Corporaciones municipales no quedaban incluidas en el ámbito de aplicación del mismo).

⁴³⁵ En línea con el art. 4.1 de la Directiva 2001/23/CE al establecer que: *“El traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de éstos no constituirá en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario”*.

empresario principal, pueda servir de base a una decisión extintiva por parte del nuevo o anterior empleador. Pero ello no es óbice para que pueda extinguirse el contrato por el nuevo empleador subrogado si, una vez consumada la subrogación, concurre, incluso simultáneamente pero de manera independiente del cambio de empresario, alguna causa válida de extinción del mismo.

De cualquier modo, en estos casos, de entre las distintas causas de extinción del contrato de trabajo, normalmente cobrarán especial protagonismo las previstas en las letras i) y l) (extinciones por causas empresariales), j) (incumplimiento del empresario), g) (extinción de la personalidad jurídica), o c) (realización de la obra o servicio objeto del contrato) del apdo. 1 del mencionado art. 49 ET.

En efecto, el vacío (total o parcial) de actividad que para la empresa contratista origina la finalización de la contrata favorecerá, en muchos casos, la alegación -al amparo de los arts. 49.1.i) y l), 51 y 52c) ET- de causa económica por pérdida persistente de ingresos con incidencia importante en los resultados económicos de aquélla o, en su caso, de causas organizativas provocadas por el desajuste organizacional surgido e, incluso, productivas basadas en la pérdida de actividad y demanda.⁴³⁶

⁴³⁶ En relación a estas situaciones en las que puede crear confusión, en estos casos de sucesión de contratistas, la conjunción sobre un mismo supuesto fáctico de elementos que conducen a la aplicabilidad de la obligación de subrogación y la posibilidad de extinciones objetivas, cabe recordar la doctrina de la jurisprudencia comunitaria europea –legitimada intérprete de esta materia- contenida en la STJCE de 7 de marzo de 1996 (TJCE\1996\41) (*Merckx y Neuhuys*), según la cual, no implica la inexistencia de una transmisión, a los efectos de la Directiva sobre transmisión de empresas, el hecho de que se hayan producido despidos por causas económicas, técnicas u organizativas, pues aunque, a la luz del art. 4.1 de la Directiva, la transmisión no constituirá, por sí misma, motivo de despido, ello no bloquea la posibilidad de estos despidos en caso de concurrir causa para ello, ni impide la

Asimismo, en el caso de empresas contratistas cuyo objeto de actividad estuviera primordialmente constituido por el encargo subcontratado, la situación producida por su finalización puede llevar al punto de que el empresario no pueda asignar nuevas tareas al trabajador e incumpla así su obligación de proporcionarle ocupación efectiva (art. 4.2.a) ET: derecho de los trabajadores en la relación de trabajo) posibilitando, de este modo, la extinción del contrato a instancia del trabajador por la causa prevista en el la letra j) del art. 49.1 ET. Al extremo, la finalización de la contrata en los casos de total dependencia de ésta podrían abocar a la desaparición total de la propia empresa contratista, debiendo seguirse también, en estos casos, según lo preceptuado en el art. 49.1.g), los trámites previstos en el art. 51 ET.

Finalmente, merecen especial atención -por su importancia cuantitativa- los supuestos en los que teniendo la contrata por objeto *la realización de obras o servicios determinados con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa* contratista y con duración limitada pero incierta se hubiesen formalizado con los trabajadores correspondientes, al amparo del art. 15.1.a) ET, contratos de duración determinada por obra o servicio y la total realización de éstos determinase, a su vez, la finalización de la contrata y la extinción de los contratos afectados, en los términos que hemos señalado en el capítulo dedicado a este asunto.

Ocurre, sin embargo, muy especialmente ***en el ámbito de subcontrataciones de las Administraciones Públicas***, que esta vía ha sido frecuentemente utilizada en casos en que la contrata no tenía por objeto la realización de una obra o servicio determinados (con un principio y un fin) sino la ejecución de actividades permanentes vinculadas a concesiones administrativas de duración

aplicación de las obligaciones subrogatorias previstas en la Directiva en los restantes casos.

limitada -y normalmente cierta- y que, por lo tanto, no reunirían los requisitos exigidos por la literalidad del art. 15.1.a) ET pero sin que ello haya constituido un obstáculo para la admisión, en reiteradas ocasiones, de la licitud de estas prácticas por el Tribunal Supremo.⁴³⁷

Según esta doctrina jurisprudencial –que, como se ha visto más arriba, ha alcanzado notable arraigo- la temporalidad (conocida desde el inicio) de la concesión administrativa determina una necesidad limitada de mano de obra que opera como un límite a la duración del contrato de trabajo pues, desde el principio, es sabido que la actividad laboral se presta por razón del encargo de un tercero y mientras éste se mantenga.⁴³⁸

⁴³⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., en la obra citada *Subcontratación de concesiones administrativas: Problemas Laborales*, cita en este sentido las siguientes: SSTs de 5 de abril de 1993 (RJ 1993/2906), 25 de octubre de 1996 (RJ 1996/7793), 29 de abril de 1998 (RJ 1998/3879), 8 de junio de 1999 (RJ 1999/ 5209), 20 de noviembre de 2000 (RJ 2000/1422), 18 de marzo y 19 de junio de 2002 (RJ 2002/6465 y 7492) e incluso la sentencia del T. Constitucional 66/1987, de 21 de mayo. En suplicación, SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de junio de 2004 (JUR 2005/10134) y Extremadura de 10 de diciembre de 2004 (AS 2004/3383).

⁴³⁸ La STS de 23 de septiembre de 2008 (RJ 2008/5534) contiene un completa síntesis de esta doctrina. Un extracto de ella sería lo que sigue: “La STS de 10 de junio de 2008 (RJ 2008/5149) que resumió lo unificado en las STS de 15 de enero de 1997 (RJ 1997/497), 8 de junio de 1999 (RJ 1999/5209), 20 de noviembre de 2000 (RJ 2001/1422), 26 de junio de 2001 (RJ 2001/6839) y 14 de junio de 2007 (RJ 2007/5479), afirmando que en las anteriores “tras reconocer la existencia en la doctrina de dicha Sala de algunas divergencias de criterio sobre la posibilidad de que la duración de una contrata pueda actuar como límite de la duración del vínculo laboral en el marco de un contrato de obra o servicio determinado, se unifica la doctrina en los siguientes términos: 1º) Se recoge, en primer lugar, que en estos casos es claro que no existe, desde la perspectiva de la actividad de la empresa principal, “un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización”. 2º) Pero se reconoce que en estos casos existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa contratista, que “esa necesidad está objetivamente definida y que ésta es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar, que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga

En mi opinión –como ya he expresado en su momento al dedicarme a este tema- esta interpretación incurre en un error fundamental al considerar objeto del contrato de trabajo a la contrata en sí misma y no a la obra o servicio que se ejecuta. En efecto, el art. 15.1.a) ET impone como presupuesto para la válida celebración de un contrato por obra o servicio determinado que la actividad laboral que el trabajador deba desempeñar tenga por su propia naturaleza un principio y un fin –en principio incierto- con independencia de las fórmulas mercantiles que hayan generado el negocio para la empresa y ello tanto si la empresa presta o coloca directamente los servicios o productos de forma autónoma y permanente en el mercado o desarrolla la actividad temporalmente para un tercero en virtud de una contrata mientras ésta dure.

Como ha señalado parte de la doctrina, en otro caso se estaría haciendo depender al trabajador de elementos que no afectan directamente a la naturaleza de su actividad laboral (de lo que hace) sino de aspectos más bien relacionados con el negocio y el riesgo empresarial (los mecanismos mercantiles que originan la actividad) contradiciendo con ello uno de los requisitos esenciales de la relación laboral: la ajenidad (art.1.1 ET).

Lo más grave es que esta doctrina de la temporalidad en las concesiones administrativas se venía aplicando incluso por encima de los casos en que (en virtud de la aplicabilidad del art. 44 ET o, en su caso, de lo prescrito en los

éste". 3º) Se precisa también que no cabe objetar que "la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato (las actividades de construcción) y que tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato".

convenios colectivos de aplicación o en los pliegos de cláusulas administrativas de la concesión) debiera operar la subrogación del nuevo contratista en las relaciones laborales del anterior; permitiéndose -sin más- su extinción por considerarse que la finalización de la contrata equivalía a la conclusión de la obra o servicio del contrato de duración determinada regulado por el art. 15.1.a) ET.⁴³⁹

Esto último, sin embargo, afortunadamente, está siendo superado por influencia de la normativa comunitaria sobre transmisión de empresas⁴⁴⁰ y de la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas,⁴⁴¹ pasando a prevalecer una nueva doctrina⁴⁴² que impide la extinción cuando, por concurrir una efectiva transmisión de elementos patrimoniales suficientes,

⁴³⁹ A favor SALA FRANCO, T., en “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”. *Actualidad Laboral*. Ob. cit., pág. 22.

⁴⁴⁰ Directivas 77/1987/CEE y 98/50/CE, refundidas en la Directiva 2001/23/CE.

⁴⁴¹ Son múltiples las STJCE que se refieren a la cuestión: tales como las –ya estudiadas- de 10 de diciembre de 1998 (asunto Hernández Vidal) (TJCE\1998\308) y (asunto *Sánchez Hidalgo*) (TJCE\1998\309), 7 de marzo de 1996, (*Merckx y Neuhuys*) (TJCE\1996\41), entre otras muchas. No obstante se manifiesta en contra la STJUE de 20 de enero de 2011 (TJUE\2011/4) (Caso CLECE, Socorro Martín), si bien por entender que en el concreto caso planteado no concurrían los requisitos necesarios para la consideración de la existencia de **“sucesión de plantilla”**.

⁴⁴² SSTs de 5 de abril de 1993 (1993/2906), 10 y 19 de junio y 7 y 24 de noviembre de 1991 (RJ 1991/4813, 5141, 813, 8246), 29 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9641), 19 de marzo y 19 de junio de 2002 (RJ 2002/6465 y 2002/7492), 14 de abril de 2003 (RJ 2003/5194) y 27 de octubre de 2004 (RJ 2004/7202)

La STS de 17 de junio de 2008 (RJ 2008/4229), refiriéndose a un supuesto en que el mismo contratista resultaba ser el nuevo adjudicatario de la contrata, se inspira en la citada doctrina comunitaria europea, para señalar: “(...) *si cuando un tercero sustituye a otro en la explotación de un servicio o concesión y asume parte de la plantilla del anterior adjudicatario de la actividad, se le obliga a contratar a todas las personas que estaban empleadas en ella, más razones en favor de la pervivencia de los contratos laborales, suscritos con el fin de atender las necesidades de determinada contrata, cuando no existe cambio en la titularidad de la actividad económica, sino continuidad de la misma, al haberse adjudicado de nuevo la explotación de esa actividad al mismo contratista*”.

exista “sucesión de empresas” ex art. 44 ET, o por vía convencional o de cláusulas administrativas de la concesión proceda, asimismo, la correspondiente subrogación.

De este modo, como señala SALA FRANCO,⁴⁴³ refiriéndose a las cláusulas de los convenios colectivos que imponen la subrogación “*sea cual sea la modalidad de contrato de trabajo de tales trabajadores*”, cuando se tratara de contratos por obra o servicio determinado formalizados para atender a la contrata que finaliza, habrá que entender –parece– que el nuevo contrato resultante tras la subrogación será también por obra o servicio determinado con una duración coincidente con la de la nueva contrata, siendo dudoso si se transmite en la nueva empresa la antigüedad acumulada con el contrato anterior.

Como el autor resalta, habrá que reconocer que de este modo se crea, de facto, por vía convencional, una figura contractual cercana al contrato por tiempo indefinido, si bien sometido a la condición suspensiva de que la obra o servicio tenga continuidad por medio de nuevas contratas o, directamente, a través del empresario principal y mientras siga vigente un convenio que incluya tal cláusula subrogatoria.

Por último, debe tenerse en cuenta -como señala RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.-⁴⁴⁴ que lo anterior genera a su vez nuevos problemas (básicamente por el escaso juego que se permite en este ámbito a las cláusulas de convenios colectivos y de los pliegos de condiciones administrativas de las concesiones por su sometimiento la jerarquía normativa prevista en el art. 3 ET y al carácter

⁴⁴³ SALA FRANCO, T., en “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”. *Actualidad Laboral*. Ob. cit., pág. 22.

⁴⁴⁴ en las págs. 180, 181 y 182 de la obra citada *Subcontratación de concesiones administrativas: Problemas Laborales*.

indisponible y de norma mínima del art. 44 ET)⁴⁴⁵ que sólo se resuelven eliminando interpretaciones demasiado flexibles del art. 15.1.a) ET y sin que ello deba producir necesariamente, a la finalización de las concesiones administrativas, un efecto asfixiante ya que -como hemos visto más arriba- quedan abiertas, en estos casos, múltiples posibilidades extintivas (por ejemplo, las citadas letras i), l), j), g) o, incluso c) -cuando verdaderamente proceda- del art. 49.1 ET).

3.2. Amortización de la actividad descentralizada

En los supuestos en que la actividad descentralizada no revierte ni en el empresario principal ni en un nuevo contratista serán de aplicación las consideraciones antes realizadas para el caso en que existiendo dicha reversión no fuera posible la subrogación por no existir legalmente sucesión de empresas. Es decir que, en su caso, procedería la extinción de los contratos de trabajo por cualquiera de las causas generales de extinción previstas legalmente en los términos que ya han sido comentados.⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ Como más arriba se ha indicado (SALA FRANCO, T., en “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”. *Actualidad Laboral*. Ob. cit.), las dificultades prácticas para la aplicación de las cláusulas subrogatorias de origen convencional suelen ser habituales. En el mismo sentido, MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. en “Descentralización Productiva: *Outsourcing*”, ob. cit. (págs. 83 y ss.) subraya que las cláusulas de los convenios colectivos que imponen obligaciones subrogatorias encuentran, además de las dificultades de rango jerárquico señaladas, otras que ha ido poniendo de manifiesto la jurisprudencia (SSTS de 14 de diciembre de 1994, RJ 1994/10093 y STSJ Castilla y León de 17 de octubre 1995, AS 1995/3757) relacionadas con su falta de fuerza vinculante sobre eventuales sujetos contratistas no comprendidos en el sector que delimita el ámbito de aplicación de los mismos o por los límites derivados de la eficacia limitada a las empresas representadas por los firmantes en los casos de convenios extra-estatutarios.

⁴⁴⁶ Parece lógico que la extinción corresponderá a la empresa principal o a la contratista según exista reversión inicial y posterior amortización de la actividad o bien directamente amortización sin recuperación previa de aquélla por la principal.

Ello no obstante, especialmente a raíz de casos relativos a concesiones administrativas, se ha planteado⁴⁴⁷ -principalmente con el fin de evitar fraudes consistentes en la inicial amortización de actividad con efectos extintivos seguida de una posterior reanudación- la posibilidad de establecer una especie de derecho latente de llamamiento de los trabajadores afectados (similar al previsto para los fijos-discontinuos), con efecto subrogatorio automático en el nuevo titular en caso de reanudación de la actividad amortizada.⁴⁴⁸

⁴⁴⁷ SSTTS 5 de febrero de 1991 (RJ 1991/800) y 26 de mayo de 1987 (RJ 1987/3886). También las SSTSJ de Cataluña 16 de mayo de 1999 (AS 1903), Valencia 20 de febrero de 1996 (AS 386), Castilla La Mancha de 19 de noviembre de 1998 (AS 4517) y dos sentencias de 17 de mayo de 2005 del TSJ de Madrid (AS 1522). Todas ellas aparecen citadas en la obra ya citada de RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: Problemas Laborales*.

⁴⁴⁸ En la obra citada *Subcontratación de concesiones administrativas: Problemas Laborales*, la autora apunta la posibilidad de considerar a los trabajadores afectados, en estos casos, en situación legal de desempleo a efectos de causar derecho a estas prestaciones en tanto no se produzca la reanudación de la actividad e incluso de considerar el abono de indemnizaciones parecidas a las previstas en el ET para la extinción por causas objetivas.

3.3. Jurisprudencia reciente sobre extinción por causas objetivas a la finalización de la contrata

Son bastante recientes las sentencias principales que el Tribunal Supremo ha dedicado al tema que ahora nos ocupa. Son las SSTS de 7 de junio de 2007, 31 de enero de 2008 y 12 de diciembre de 2008 (RJ 2007/4648, RJ 2008/1899 y RJ 2009/256, respectivamente), siendo numerosa la doctrina de suplicación.⁴⁴⁹

La primera de estas SSTS, si bien acepta -con argumentos obiter dicta- la procedencia de la extinción por la causa prevista en el art. 52c) ET en un caso de terminación de contrata, lo hace porque, a su juicio, dicha finalización tiene su origen en la circunstancia excepcional sobrevenida consistente en cierre del centro de trabajo en que se prestaban los servicios de limpieza por la empresa contratista pero no por el hecho genérico, en sí mismo, de que las contratas lleguen a su fin **“pues es una situación que se da habitualmente en la actuación de dichas empresas”** (las que se dedican a las contratas).

Se trata, pues, de una doctrina (la contenida en esta STS de 7 de junio de 2007, RJ 2007/4648) contraria a la admisión de la extinción por causas

⁴⁴⁹ SSTSJ de Cataluña de 13 de febrero de 2008 (AS 2008/1312), Madrid de 2 de octubre de 2001 (JUR 2002/14113), País Vasco de 12 de abril de 2005 (AS 2005/2118), como representativas de la interpretación restrictiva de esta materia. Las SSTSJ de Asturias de 3 de mayo de 2002 (AS 2002/1595), Baleares de 6 de mayo de 2005 (JUR 2005/177927), Madrid de 23 de enero de 2002 (AS 2002/1003), 7 de febrero (JUR 2005/178316), 21 de marzo (JUR 2006/209584) y 16 de mayo de 2005 (AS 2006/602), 25 de septiembre (JUR 2008/5929) y 22 de enero de 2007 (AS 2007/3282 y JUR 2008/10429) y Navarra de 20 de febrero de 2003 (JUR 2003/85273), que mantienen una posición más flexible. Todas ellas aparecen citadas por GOERLICH PESET, J. M^a. en el artículo: “¿Es procedente el despido objetivo basado en la finalización de una contrata? “, ejemplar nº 1 (octubre de 2008) en *Revista de Jurisprudencia de El Derecho* (Editores).

objetivas cuando la finalización de la contrata acontece por circunstancias normales (previsibles).⁴⁵⁰

Por el contrario, la STS de 31 de enero de 2008 (RJ 2008/1899) mantiene una postura favorable a la admisión de estas extinciones al señalar: **“respecto de las empresas de servicios, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, (...) y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa (...). “(...) nos encontramos ante una causa justificativa del despido”**, generando cierta disparidad con la sentencia anterior que dejaba el tema abierto y por definir en el ámbito jurisprudencial. Posteriormente, la STS de 12 de diciembre de 2008 (RJ 2009/256) transcribe este último texto considerándolo comprensivo de la **“doctrina jurisprudencial reiterada”** del TS, aunque inexplicablemente utilice, como la anterior, como base de esta afirmación la cita de la STS de 7 de junio de 2007 (RJ 2007/4648) -que como ya hemos explicado contiene el criterio contrario- y omite, por ejemplo, la cita de la de 31 de enero de 2008 (RJ 2008/1899) que es la que, realmente, contiene el mismo criterio.

Bajo mi punto de vista, de acuerdo con lo expuesto más arriba, estos casos deberían poder resolverse según los siguientes razonamientos:

-En primer lugar, debe partirse de entender que no sirve como mecanismo de solución para estos casos la celebración de contratos de obra o servicio determinado, salvo en el caso de contratas que tengan por objeto la realización de obras o servicios con sustantividad propia en la actividad de la empresa contratista y cuya duración (por la propia naturaleza de la actividad encomendada y no por los términos estipulados en la contrata) sea limitada en

⁴⁵⁰ Así pues, parece claro que sienta una doctrina restrictiva aun cuando -como señala GOERLICH PESET, J. M^a.- paradójicamente, la STS de 31 de enero de 2008 (RJ 2008/1899) la cite, precisamente, como antecedente de su interpretación favorable a la admisión de estas extinciones.

el tiempo pero *incierto* (lo cual no será lo más habitual dada la inmensidad de contratos que se formalizan para la prestación de servicios, tales como limpieza, mantenimiento, jardinería, que tienen en sí mismas carácter permanente).⁴⁵¹

Asimismo cabe recordar aquí lo señalado más arriba respecto a la inoperatividad de las reducciones parciales de contratos a efectos extintivos de los contratos por obra o servicio a ellas vinculados, pese a que el TS, en algunas sentencias recientes (**SSTS de 18 de diciembre de 2012 y de 15 de mayo de 2013, RJ 2013/601 y RJ 2013/5704**), argumente que ello es perfectamente admisible y conforme con la regulación legal, sobre la base de que puede entenderse que quedan sometidos a la condición resolutoria de finalización de su objeto, y reserve la vía del despido objetivo, únicamente, cuando se trate de contratos indefinidos. Otras sentencias, sin embargo, como las **SSTS de 22 de diciembre de 2011 (RJ 2012/1890) y de 8 de noviembre de 2010 (RJ 2011/388)** entienden que, de este modo, se produciría indefensión en los trabajadores y desnaturalizaría el contrato por obra o servicio determinado desde la perspectiva de su concepción legal, porque al sujetar la extinción a la disminución del volumen de la contrata se impide identificar la obra o servicio para la que el trabajador es contratado así como también la determinación del momento y forma en que una u otro pueden considerarse acabados, lo cual supondría una elusión de los términos en los que legalmente se configura esta causa extintiva. Ambas sentencias encauzan las finalizaciones de contratos, en estos supuestos de disminución de volumen de la contrata, por la vía de la extinción por causas objetivas.

En efecto, el propio TS había reconocido ya, asimismo, a la finalización de contratos el carácter de causa productiva u organizativa para la extinción por causas objetivas del contrato de trabajo (SSTS de 21 de marzo de 1997, RJ 1997/2615, 21 julio de 2003, RJ 2003/7165, 16 de septiembre de 2009, RJ 2009/6157, 16 de mayo de 2011, RJ 2011/4879, 8 de julio de 2011, RJ

⁴⁵¹ Véase en contrario la doctrina resumida en la STS de 23 de septiembre de 2008 (RJ 2008/5534) ya citada más arriba.

2011/6270, 8 de julio de 2012, RJ 2012/9967). De lo contrario, se estaría permitiendo, de facto, que mediante el simple acuerdo de voluntades entre las partes para la celebración de un contrato temporal, se eluda la aplicación de la normativa estatutaria prevista para las crisis de empresa en los casos en que realmente no se produce la conclusión natural de obras o servicios sino pérdidas de pedidos, ventas o actividad en general.

-En segundo lugar, por lo tanto, la vía del despido objetivo será procedente, en mi opinión, siguiendo lo preceptuado por en los arts. 51.1 y 52c) ET, cuando la finalización de la contrata pueda considerarse constitutiva de causa económica, técnica, organizativa o de producción. A la hora de apreciar la concurrencia de tales *causas* puede resultar muy útil distinguir, según se produzca o no subrogación en un nuevo contratista de las relaciones laborales de los trabajadores afectados.

a) Así, si (por aplicación del art 44 ET, pliegos de cláusulas administrativas que rigen las contratas o por convenio colectivo) se produce la asunción de los trabajadores por una nueva empresa contratista, no será posible alegar causa organizativa por la contratista anterior ya que ningún exceso de personal u otro desajuste organizativo se le habrá ocasionado con la finalización de la contrata. Tendrá menor actividad pero también la disminución correspondiente en el volumen de trabajadores.

Otra cosa será la procedencia, en estos casos subrogatorios, de alegar causas económicas, basándose en la potencialidad que la pérdida del encargo pueda tener, a efectos provocar una situación económica negativa, por disminución persistente de ingresos o por generar pérdidas; o incluso causas productivas, por la incidencia que la caída de la demanda producida tenga sobre el volumen global de actividad de la empresa (art. 51.1 ET).

b) En los casos en que no exista subrogación en un nuevo contratista (por no ser de aplicación las normas citadas en el punto anterior, por amortizarse la actividad subcontratada u otros motivos, como por ejemplo, el caso de la STS de 7 de junio de 2007 (RJ 2007/4648): cierre del centro de trabajo o establecimiento en que se prestaban servicios) sí que parece posible **admitir de manera cuasi-automática la concurrencia de causa organizativa**,⁴⁵² sin perjuicio de la posibilidad de acudir a las causas económicas o productivas antes aludidas, previa prueba de las circunstancias a que el nuevo artículo 51.1 ET, resultante de la reforma laboral de 2012, las ha condicionado.

En efecto, en estos casos parece claro que, generalmente, la terminación de la contrata originará un desajuste organizativo (específicamente un exceso de personal) si la actividad finalizada era suficientemente importante (no marginal).⁴⁵³

Contra el criterio mantenido por la STS de 7 de junio de 2007 (RJ 2007/4648), coincido, asimismo, con GOERLICH PESET, en **la irrelevancia**, a estos efectos, del **dato de la previsibilidad de la finalización de las contrata**s para

⁴⁵² La STS de 12 de diciembre de 2008 (RJ2009/256) implícitamente admite también que esta conclusión está subordinada a que no se produzca subrogación en un nuevo contratista en el inciso final de su Fundamento Jurídico 4º, al señalar: “*La aplicación de la anterior doctrina al supuesto debatido conduce a la desestimación del recurso, dado que la demandada Eulen S.L. extinguió los contratos a los actores al amparo de lo dispuesto en el 52c ET, al haber procedido el Ayuntamiento de Carballo a dar por finalizado el contrato en su día suscrito con dicha empresa para el mantenimiento de parques y jardines del Concello de Carballo, actividad en la que prestaban sus servicios los actores, sin que existiera nueva adjudicataria de la contrata, asumiendo el Ayuntamiento el servicio con sus propios medios*”.

⁴⁵³ Salvo que fuera posible el acomodo de los trabajadores sobrantes en otras actividades de la misma. Concretamente, se me ocurre que dicho acomodo sería posible en otras actividades de la empresa que pudieran presentar carencias de personal, por estar deficientemente atendidas de origen o por coincidir en el tiempo la finalización de la contrata con un incremento de la demanda en estas otras actividades preexistentes o con la contratación de nuevos encargos.

las empresas que se dedican a ellas. En efecto, si, de un lado, he defendido la invalidez de dicho dato para justificar por sí mismo, (con carácter general y con independencia de la naturaleza real de la actividad a desarrollar) la formalización del contrato de trabajo por obra o servicio determinado resultará, por el otro lado, obligado desproveerlo también de virtualidad para impedir la extinción por causas objetivas una vez cumplidos los requisitos legales (del mismo modo que tampoco impide dichas extinciones en las empresas que no se dedican específicamente a las contrataciones el dato de que éstas conozcan de antemano que las fluctuaciones generales de la demanda suponen un riesgo potencial para su negocio)⁴⁵⁴ a riesgo de producir, en otro caso, absurdas situaciones de bloqueo.

⁴⁵⁴ GOERLICH PESET, J. M^a. expresa esto último en la pág. 4 del artículo citado con las siguientes palabras: “(...) *si se piensa bien, su situación no es distinta de la que presentan las empresas cuyo objetivo sea poner bienes en el mercado, a disposición de un colectivo indiferenciado de clientes que, por las razones que sea, se retrae en su demanda*”.

3. 4. Selección de los trabajadores a despedir

Señala GOERLICH PESET,⁴⁵⁵ que la lógica aparente en favor de que los trabajadores a despedir deben ser los asignados al desarrollo de las actividades propias de la contrata que finaliza (en este sentido, cita la STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2006, JUR 2007/29891) puede que no tenga porqué prevalecer necesariamente (por razones legales, convencionales y jurisprudenciales)⁴⁵⁶ y que, por tanto, sería defendible la posibilidad de que el empresario eligiera para el despido a otros trabajadores cuyo puestos pasarían a ser ocupados por los excedentes de la contrata finalizada.

A mayor abundamiento, por mi parte, entiendo que sería, además, lo más recomendable, pues: ¿Por qué tendría el empresario que perder, además de la contrata, en su caso, a quienes bien podrían ser, hipotéticamente, sus mejores trabajadores, por el mero hecho de que estuvieran adscritos a tareas propias de la contrata finalizada?

Me parece, asimismo, la solución más acorde con el espíritu de la ley pues no tratándose, en estos casos, de despidos disciplinarios del art. 54 ET (que atienden a la conducta de un trabajador concreto) ni objetivos de los previstos en las letras a) o b) del art. 52 ET (que atienden a circunstancias inherentes a la persona de un trabajador determinado) sino de despidos por causas empresariales -desvinculados, por tanto, de elementos subjetivos de los trabajadores que potencialmente puedan ser despedidos- debería facilitarse una libertad de elección de tales trabajadores a despedir, haciendo que el reequilibrio de la empresa entre costes/trabajadores e ingresos/comitentes, fomenta que tal proceso optimice la situación organizativa de la empresa, a lo cual indudablemente contribuye la permanencia en la empresa de sus mejores trabajadores con independencia de que los mismos hubieran estado ocupados

⁴⁵⁵ Pág. 4 de “¿Es procedente el despido objetivo basado en la finalización de una contrata?“, artículo citado.

⁴⁵⁶ Véanse tales razones en el artículo citado.

en tareas correspondientes a la contrata que finaliza. Aun cuando, tras la reforma laboral de 2012, ya no sea una exigencia de la ley, que la medida extintiva contribuya a *mejorar la posición competitiva de la empresa en el mercado*, sí que parece razonable reconocer al empleador cierta libertad no sólo para *ajustar* su volumen de empleo a las *exigencias de la demanda* disminuyendo, mediante estas extinciones, el número de trabajadores sino también aprovechar este proceso para quedarse con los más adecuados o eficientes, con independencia de las actividades a que hubieran estado adscritos con anterioridad.⁴⁵⁷

Más allá de los casos de finalizaciones de contrata, con carácter general, se ha venido reconociendo dicha libertad decisoria del empresario para seleccionar a los trabajadores afectados por los despidos por causas objetivas, entendiendo esta libertad como una manifestación más de su poder de organización y dirección. Pero dicho poder está sujeto a límites,⁴⁵⁸ dado que deben respetarse en todo caso los derechos fundamentales de los trabajadores, lo que incluye la prohibición de trato discriminatorio. Asimismo, los criterios empleados para la selección de los trabajadores afectados deben basarse en la razonabilidad y ser coherentes con los fines buscados, no

⁴⁵⁷ En general, por parte de la jurisprudencia no se ha considerado discriminatorio el recurso a criterios como la productividad individual (distintas de las disminuciones continuadas y voluntarias del rendimiento que pudieran servir de base a un despido disciplinario) o la polivalencia del trabajador a la hora de seleccionar los trabajadores a despedir por causas objetivas, al no tratarse de ninguno de los motivos previstos en el art. 14 de la CE y por ser criterios no inherentes a la persona del trabajador sino a su desempeño profesional.

⁴⁵⁸ Tal y como resume la STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2007 (AS 2007/1918): Los límites que se oponen a la empresa, que determinan el ámbito de extensión de sus facultades directivas son los siguientes: a) límites constitucionales, derivados en general de la prohibición de discriminación, por cualquier causa que sea; b) límites legales, establecidos por el art. 51.5 ET, en el sentido de que los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa; c) límites en su caso pactados en los Convenios Colectivos correspondientes; d) límites pactados con los representantes colectivos de los trabajadores en el período de consultas. En sustancia, todas las fuentes de la relación laboral establecidas en el art. 3 ET pueden aportar límites aplicables a la facultad de dirección empresarial, en materia de elección de los trabajadores afectados.

pudiéndose admitir una designación que sea caprichosa o arbitraria. Son aplicables, además, otros límites que son inherentes al ejercicio de cualquier derecho, como son la ausencia de fraude de ley y abuso de derecho.⁴⁵⁹

Cuando la actuación empresarial deba considerarse fraudulenta y arbitraria, vulnerándose tanto lo dispuesto en el artículo 51.2 ET como en el artículo 8 del RD 801/2001, conllevará la declaración de nulidad del despido y la obligación de la empresa de readmitir al trabajador injustamente despedido. (Sentencia del Juzgado de lo social de Pamplona, de 4 de enero de 2013, AS 2013/1629).⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ Corresponde, pues, al empresario la selección del trabajador afectado, y su decisión será revisable por los órganos jurisdiccionales en caso de fraude de ley o abuso de derecho, o cuando se aprecien móviles discriminatorios (SSTS de 19 de enero de 1998, RJ 1998/996 y 15 de octubre de 2003, RJ 2004/4093).

⁴⁶⁰ En cuanto a aspectos formales y de procedimiento, con carácter general, no existe obligación legal (ni en artículos 51 y 53 ET ni en el RD 801/2011), de comunicar por escrito al trabajador cuáles han sido los criterios de selección generales o concretos aplicados y cuál ha sido la valoración obtenida al efecto por él y por los no afectados por el proceso de despido. Como señala la sentencia del Juzgado de lo social de Pamplona, de 4 de enero de 2013 (AS 2013\1629), *“(…) es verdad que para poder impugnar eficazmente la decisión empresarial puede ser necesario que el trabajador conozca los criterios utilizados y su forma de aplicación antes del juicio oral (listado de absentismo, criterios de productividad o polivalencia, sanciones, listado de fichajes, etc.), pero para ello el trabajador puede acudir a las vías de los actos preparatorios y/o de la prueba anticipada previstas en la legislación procesal y, al estar implicado el derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión que ampara al trabajador, en ningún caso la empresa puede actuar de forma obstruccionista y negarse a aportar la documentación que permita al trabajador realizar esa labor fiscalizadora o de control de la decisión de la empresa, ni puede tampoco la empresa ampararse en los derechos de protección de datos de otros trabajadores de la plantilla para denegar la aportación de la prueba documental solicitada por la parte demandante”.*

Ya desde antes de la reforma laboral 2012, no era preciso comunicar, en la notificación del acto extintivo, aparte de la causa justificativa de la extinción (SSTS de 20 de octubre de 2005, RJ 2006/812 y 10 de julio de 2007, RJ 2007/8224), los criterios empleados para seleccionar al trabajador. A partir de la reforma laboral 2012 la comunicación extintiva individual deberá realizarse cumpliendo según el art. 53.1 ET, de acuerdo con el cual la mención a tales criterios y motivos de selección seguirán no siendo exigibles (BAZ TEJEDOR, J. A., en “Selección de trabajadores afectados por despido colectivo”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. 54/2012, parte Presentación. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012). Sin embargo éstos sí deberán

La citada libertad genérica de selección de los trabajadores afectados deriva del hecho de que nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que ocurre en los de otros Estados, -excepción hecha de la previsión de un derecho a permanecer en la empresa de forma preferente en caso de ERE para los representantes legales de los trabajadores, tanto unitarios como delegados sindicales (art. 51.5 y 68b) ET) así como para los trabajadores integrantes de

ser especificados en el escrito de iniciación del proceso de despido colectivo, de acuerdo con el art. 51.2 ET y con el RD 1483/2012 (en línea con lo previsto en el art. 2.3 de la Directiva comunitaria 98/59 del Consejo, de 20 de julio), siendo suficiente con que se cuantifique el número de trabajadores afectados y sus categorías profesionales, sin necesidad de acompañar una relación nominativa de los mismos (STS de 21 de octubre de 2008, RJ 2008/5760). Una vez finalizado el período consultas, el empresario podrá elaborar y hacer pública la lista definitiva de trabajadores afectados para lo que habrá de haberse ajustado a los criterios de selección comunicados en el escrito de iniciación así como, en su caso, a los pactados con los representantes de los trabajadores.

En relación a los despidos colectivos, la STS de 20 de octubre de 2005 (RJ 2006/812), referida a la legislación anterior, indicaba que constituye una causa de impugnación de la decisión empresarial el hecho de que la empresa no haya seguido los criterios de selección de los trabajadores acordados o cuando éstos no se cumplan en el trabajador, pero debiendo tenerse en cuenta que, de acuerdo con la reciente STS de 25 de junio de 2014 (RJ 2014/4763) la cuestión de “(...) la valoración y enjuiciamiento sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados por la decisión extintiva empresarial, que, obviamente, es una decisión con efectos directa y primordialmente colectivos, como lo evidencia la propia naturaleza del proceso judicial que puede revisarla, no puede referirse al análisis concreto y minucioso de cada una de las situaciones particulares de los trabajadores individualmente afectados, posiblemente incluso aunque en alguna de ellas (y no es el caso: lo descarta con contundencia la propia sentencia impugnada) pudiera apreciarse algún indicio de discriminación o de un trato desigual prohibido por el ordenamiento, a salvo, claro está, si esos indicios pudieran llegar a implicar una lesión con proyección general sobre un derecho fundamental o el trato desigual real afectara a todo un grupo indiscriminado de trabajadores (tampoco es el caso). Es doctrina de la Sala, que por reiterada y uniforme nos excusa de cita concreta, que no es materia propia del conflicto colectivo, y la demanda de despido colectivo participa de la misma condición o naturaleza, la exigencia de un examen pormenorizado e individualizado de la situación de cada uno de los afectados integrantes del grupo genérico de trabajadores, pues esa discusión sería ya de las sustanciables en el proceso de despido individual ex art. 124.13 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”. Ello, no obstante, hay que destacar que la misma cuenta con un voto particular.

los servicios de prevención y delegados de prevención (arts. 30.4 y 37 de la LPRL)- no contiene una regulación legal para esta materia que, atendiendo a circunstancias subjetivas individuales o familiares, pueda tratar de proteger especialmente a determinados colectivos de trabajadores, más vulnerables o susceptibles de tutela.⁴⁶¹ En nuestro caso, la ley se muestra más flexible y opta por confiar esta función a lo que pueda acordarse en los períodos de consultas previstos en el art. 51.2 ET (Letra e) o mediante convenio colectivo, en orden a “(...) establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares,⁴⁶² mayores de determinada edad o personas con discapacidad”⁴⁶³ (art. 51.5 ET, tras la reforma laboral de 2012).

⁴⁶¹ Se ha denunciado por la doctrina la ausencia de una regulación legal de estas características que tenga en cuenta las circunstancias subjetivas de los trabajadores a la hora de seleccionar a los afectados por el despido no sólo desde el punto de vista de los costes individuales para éstos sino también si se atiende a los costes sociales que este tipo de despidos originan. Pues, tratándose de despidos que suelen afectar a una pluralidad de trabajadores, si se protegiera preferentemente la conservación del empleo de quienes, por sus características personales y familiares, pueden tener mayores problemas para reincorporarse al mercado de trabajo (por cargas familiares, discapacidad, edad: más de 45 años de edad, entre otras), se reduciría el tiempo de desempleo de los trabajadores afectados y el importe total de las prestaciones satisfechas, con consecuencias directas positivas sobre las tasas de paro, consumo, inversión y ahorro (GINÉS I FABRELLAS, A. “Criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 14/2010. Editorial Aranzadi, Pamplona. 2010) (POQUET CATALÁ, R.: “Criterios de selección de los trabajadores afectados por despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7/2013, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2013).

⁴⁶² La ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección de las Familias Numerosas, en su artículo 10.1, sugiere también a los convenios colectivos la inclusión de medidas de protección de los trabajadores con familia numerosa en relación a las extinciones de contratos de trabajo.

⁴⁶³ La ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido (art. 38.1) y el art. 4 del RD 1451/1983, de 11 de mayo, al establecer un cupo mínimo del 2% de trabajadores con discapacidad para empresas de más de 50 trabajadores fijos, vienen a incidir, indirectamente, asimismo, sobre la libertad empresarial de selección de los trabajadores a despedir, en la medida en que los discapacitados no podrán ser los designados cuando de ello resulte una reducción de dicha reserva legal mínima.

CONCLUSIONES FINALES: PRINCIPALES PROBLEMAS OBSERVADOS Y POSIBLES SOLUCIONES

Tal y como pudo comprobarse en la Parte I de esta tesis, cualquier posible propuesta de solución para el conjunto de problemas observados a lo largo de la misma, debe estar fundamentada necesariamente en la consecución de un punto de equilibrio entre dos derechos fundamentales reconocidos expresamente por nuestra Constitución: el derecho al trabajo (art. 35) y la libertad de empresa (art. 38). Ambos aparecen recogidos, con idéntico rango y régimen de tutela, en la Sección II del Capítulo II del Título I, y cualesquiera opciones de política legislativa deben respetar el contenido esencial de ambos. Es decir, que las medidas de distinto sesgo político que pudieran ser introducidas potenciando o favoreciendo, en mayor o menor grado, a uno de los derechos en cuestión, no podrán desconocer que, por mandato constitucional, no pueden llegar a limitar al otro derecho hasta el punto de negarle aquellos elementos y facultades mínimas que lo hacen reconocible como tal.

Desde este prisma, en lo que sigue, sucintamente, abordaré el análisis crítico de ciertos puntos clave de la regulación vigente de la materia que nos ocupa, tratando simultáneamente de formular algunas ideas inspiradoras para un tratamiento normativo alternativo, que procure ser equidistante y respetuoso del equilibrio entre ambos derechos, sin tratar de imponer -como ha ocurrido recientemente- sacrificios en uno de ellos, gratuitamente, por el sólo motivo de reforzar al otro, sin un fundamento o fin superior suficientes de interés general. En definitiva, cualesquiera medidas -tanto las aquí propuestas como otras diferentes- merecerán ser tenidas en consideración para su sometimiento al debate dogmático pertinente, pudiendo ser aceptadas o rechazadas en función de su grado de acierto o de las preferencias ideológicas reinantes. Pero lo que, de todo punto, es invariable es que cuando se introduzca flexibilidad en las relaciones laborales, potenciando -legítimamente- la libertad de empresa, no se

puede dejar de tener presente que los trabajadores tienen derecho a trabajar y a un empleo estable y, por tanto, en la consecución de aquel objetivo debería otorgarse preferencia a las medidas que no friccionen con ello y postergarse las que afecten a estos valores. De la misma forma que cuando se introduzcan rigideces en el sistema tratando de blindar y proteger la continuidad de los contratos de trabajo no puede hacerse a costa de anular libertades empresariales fundamentales, como la libre elección de la estructura organizativa y la libertad de contratación o selección de trabajadores. Los intentos, pues, deberían ir dirigidos a tratar de encontrar un punto de equilibrio capaz de potenciar ambos derechos y libertades sin, para tal fin, imponer mayores sacrificios de los necesarios en uno u otro lado de la balanza.

Veamos, bajo esta premisa, algunos de los puntos principales de la materia analizada en esta tesis:

- Así, en relación a la libertad empresarial para extinguir las relaciones laborales de los trabajadores excedentes en el seno de la empresa que descentraliza, no tiene sentido que se haya hecho el impopular esfuerzo de extender las indemnizaciones más bajas por despido improcedente para todos los trabajadores generalizándolas a 33 días de salario por año trabajado,⁴⁶⁴ que exista la posibilidad de suspensiones de contratos, de reducciones de jornada -ahora también potenciadas- e incluso, dentro de las propias causas

⁴⁶⁴ Es difícil imaginar un despido por causa organizativa improcedente con abono de 33 días de indemnización pues tendría que tratarse de un descuido total de las mínimas exigencias legales por parte del empresario, en el que no se acompañase ninguna medida organizativa. Y siendo preciso sólo esto último según el texto legal vigente -sin perjuicio del juicio de razonabilidad con que se ha matizado judicialmente- cuesta pensar, incluso fuera de este tipo de extinciones, en muchas más posibilidades en que resulte aplicable la indemnización por despido improcedente, pues basta con cambios elementales a nivel organizativo, técnico o productivo, para que el despido procedente con 20 días sea aplicable, dejando sin sentido el empeño mismo del legislador por rebajar de manera generalizada las indemnizaciones en caso de improcedencia del despido.

empresariales, que sea preciso constatar pérdidas o reducciones de ingresos o ventas continuadas, como indiciarias de dificultades de consideración en la empresa para poder despedir con indemnizaciones inferiores y, que, sin embargo, con la simple adopción de cambios organizativos, se pueda despedir también, directamente, con los mismos 20 días de salario por año trabajado de indemnización. No es coherente con el conjunto.

Es necesario retomar, a nivel legal, criterios de dificultades en la gestión por disfunciones organizativas previas o, como mínimo, acreditar que con la conjunción de medidas descentralizadoras y extintivas se contribuye a la mejora del funcionamiento y organización de la empresa, para que pueda entenderse justificado el recurso a este tipo de decisiones extintivas. Pues, de lo contrario, se ofrece una vía franca para burlar los intereses de los trabajadores y el sistema causal extintivo en su conjunto (que, como vimos en la Parte II de esta tesis, deriva del art. 35 CE: derecho al trabajo y estabilidad en empleo), sin que, por otro lado, se ofrezca ninguna garantía de que con estos despidos con indemnización reducida se esté favoreciendo una mejor organización de la empresa y su mayor eficiencia, más allá de la mera reducción de costes salariales.

Parece conveniente, pues, la adopción por el legislador de criterios que retornen a una visión con enfoque de mejora de la organización y eficiencia empresarial. Ello tampoco debe significar necesariamente un entorpecimiento de las posibilidades de flexibilidad y de las facultades de auto-organización empresarial pues, en congruencia con lo previsto para las causas económicas, no sería preciso retornar a escenarios de viabilidad empresarial amenazada para justificar estas medidas, pero sí, al menos, que traten de acreditarse mediante la aportación de estudios e informes rigurosos u auditorías las posibilidades de mejora de la eficiencia organizativa y productiva que se pretende conseguir con las medidas de reorganización o descentralización que se proponen, así como una justificación de la necesidad de las extinciones aparejadas a ellas. A estos efectos justificativos, sería interesante importar la

manera de legislar propia del ámbito jurídico-fiscal que se basa, muy frecuentemente, en la utilización de ciertos criterios económicos y documentos contables para la delimitación de los supuestos de hecho del derecho tributario y que aportaría en nuestra área de estudio mayor objetividad en el tratamiento y valoración de las situaciones reales económico-organizativas de las empresas.

Valga como ejemplo de esta propuesta de objetivación previa de tales finalidades de mejora de la eficiencia, la incorporación al texto de la ley de la exigencia del tipo de informes y justificaciones documentales que, incidentalmente, han servido como elementos indiciarios a la jurisprudencia, como los que se hicieron servir en los casos de las SSTS de 10 y 31 de mayo de 2006 (RJ 2006/7694 y 2006/3971), estudiadas en esta tesis.⁴⁶⁵ No se trataría ahora, necesariamente, de condicionar la procedencia de la medida - como en el caso de estas sentencias- a la existencia de dificultades de funcionamiento pero sí, al menos, a la aportación de prueba en relación a una pretendida consecución de potencial mejora de la eficiencia de la situación organizativa o de funcionamiento preexistente, aunque no se exija que ésta sea deficiente.

- Asimismo, sin que ello tenga porqué tacharse desde la perspectiva patronal como la incorporación de nuevas rigideces en los procesos de gestión en la empresa, sería recomendable el establecimiento de un orden escalonado en el uso de las medidas empresariales para estos casos. Pues, como señaló la STS

⁴⁶⁵ En ellas tales datos objetivados documentalmente condujeron a considerar acreditada una reducción del coste por unidad producida de 0,20 a 0,11 euros, a consecuencia de la externalización y, asimismo, se atendió a los informes periciales practicados en instancia que reflejaron un problema o dificultad objetiva del sistema de transporte y reparto empleado por la empresa en cuestión. Por su parte, en el caso del repartidor cuyo despido ocupó también a esta jurisprudencia, se consideró que la extinción supondría un ahorro de costes del 45%, partiendo de que en el informe de la Inspección de Trabajo, cuyo contenido se incorporó al relato fáctico de la sentencia de suplicación, se mencionaba la existencia de dificultades productivas y organizativas previas.

de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005/9696), *“los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo (...) que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo”* justificando que las medidas extintivas debieran tener un margen de actuación más estrecho vinculado a la consecución de objetivos más exigentes en la medida en que el ejercicio de la libertad de empresa amparado por el art. 38 de la Constitución queda enfrentado, en este caso, al derecho al trabajo reconocido por el art. 35 de la misma norma.

Esto es, sería interesante que por ley, se estableciera, claramente, la posibilidad de elegir (libertad de empresa) entre las medidas menos traumáticas respecto a los trabajadores: movilidad geográfica y/o funcional, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, reducciones de jornada, etc., con respeto a las normas y procedimientos previstos para estas situaciones, sin mayor justificación que la consideración de la necesidad de su adopción dentro de la autonomía de criterio empresarial. Pero también relegando, expresamente, el recurso a decisiones extintivas o suspensivas para situaciones en las que, al menos, deba quedar justificada documentalmente la orientación de las medidas a mejorar la organización y eficiencia de la empresa, con los consecuentes beneficios que ello pueda reportar también desde la perspectiva de la estabilidad en empleo, en términos amplios, esto es, no tanto como derecho a mantener el puesto de trabajo sino como derecho a mejorar el volumen de empleo por el conjunto de los trabajadores, y sin que estas tareas de justificación de la racionalidad y adecuación de las medidas deban quedar a expensas, como ahora, del buen hacer de nuestros Tribunales.

Bastaría pues, así, con los objetivos de “mejora” de la situación de la empresa sin que pretenda proponer necesariamente la vuelta a los fines más exigentes de superar situaciones económicas negativas (despidos colectivos u objetivos por causa económica), salvaguardar la viabilidad de la empresa y del empleo o superar las dificultades que impidiesen el buen funcionamiento de la empresa,

pero, en cualquier caso, tales objetivos de mejora deben quedar acreditados y no adoptarse estas medidas con la ligereza asociada a su sólo condicionamiento a que venga acompañada de cambios en la organización. Es decir, pueden ser admisibles sacrificios en los intereses de los trabajadores, sí, pero a cambio de potenciar las facultades de gestión de la empresa con un fin: la mejora de su funcionamiento y resultados, orientada a la obtención de beneficios globales (empresas más eficientes, rentables, y mayores volúmenes de empleo, con más trabajadores activos al servicio de empresas ya sean comitentes o contratistas) pero no sacrificios gratuitos basados en el simple motivo de dotar de mayor poder de decisión al lado empresarial, sin un fin definido y concreto.

Desde esta perspectiva, parece razonable este doble escalonamiento de las medidas empresariales. En una primera instancia, aparecerían con libre disponibilidad (salvo requisitos básicamente procedimentales) las medidas reorganizativas que no friccionan con el derecho al trabajo y la estabilidad en el empleo y, en un segundo escalón, cuando lo anterior se revelase insuficiente, podrían adoptarse las medidas con mayores repercusiones para el empleo, siempre que se justificase documentalmente -en términos inspirados en la antigua redacción del art. 52c ET- la “necesidad objetivamente acreditada” o, al menos, la conveniencia y contribución directa de la decisión descentralizadora y de la amortización de puestos de trabajo a la mejora de la organización, eficiencia o resultados de la empresa en cuestión.

- En aquellos casos, en que, de acuerdo con lo anterior, apareciera la medida externalizadora como la más idónea para el beneficio organizativo de la empresa, no podría negarse la libertad del empresario de prescindir de los trabajadores afectados, previo abono de las indemnizaciones correspondientes. Pero, para no dejar de lado el respeto al derecho a la continuidad en el empleo de éstos, podría intentarse la institucionalización a través de un organismo administrativo (tal vez, con una ampliación de funciones de los servicios

públicos de empleo o del SMAC), o a través de la negociación colectiva (al modo de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos), de procedimientos eficaces para articular voluntariamente la subrogación de sus relaciones de trabajo por la empresa contratista que asuma esta parcela de actividad, aun en los casos en que no fuera obligada ex art. 44 ET (por no transmitirse elementos productivos suficientes) o por no existir cláusulas de subrogación aplicables en convenio colectivo o en las condiciones particulares de la concesión administrativa.

Debería tratarse de procedimientos basados en la voluntariedad de aceptación por los empresarios contratistas o sus representantes, pero que institucionalizaran un cauce de negociación preceptivo y complementario para los espacios no cubiertos por los compromisos de subrogación ya asumidos a través de la negociación colectiva. Pues no parece compatible con la libertad de empresa de las contratistas y con su libertad de elegir y contratar a los trabajadores que consideren más aptos y/o eficientes, la imposición por ley de nuevos supuestos de subrogaciones obligatorias en caso de descentralización de actividades o sucesiones de contratistas más allá de lo previsto en el art. 44 ET (cuyo espectro ha adquirido ya un alcance muy considerable con la asunción de la doctrina comunitaria de la sucesión de plantilla), dado que parece razonable que si antes nos pareció excesivo limitar la libertad de empresa del empresario principal para extinguir los contratos de los trabajadores que no puedan ser acomodados en su seno, la misma consideración debe recibir la libertad del contratista para contratar aquellos trabajadores que estime más convenientes, incluso tratándose de empresas contratistas nuevas sin trabajadores a su servicio.

En orden a conciliar estas libertades empresariales con las exigencias del principio de estabilidad en el empleo deberían potenciarse estas fórmulas negociadas colectivas (e incluso individuales), dotándolas de carácter preceptivo, con el fin de que traten de arrancar compromisos voluntarios de subrogación vinculantes para los contratistas firmantes o representados en el

convenio o acuerdo, lo cual parece particularmente asequible en el caso comentado de empresas contratistas creadas *ex novo* o que, por cualquier razón, no disponen de entrada de trabajadores que asignar a la nueva actividad objeto del encargo en cuestión.

-Cabe recordar aquí, en relación a esta libertad de contratación del empresario contratista que asume la actividad, que -como fue expuesto en su momento- el contrato por obra o servicio determinado, a mi juicio, no es una opción disponible por el mero hecho de que medie una contrata pues viene regulado en el art. 15.1.a) ET por referencia a obras o servicios considerados como fenómenos reales y no por remisión a contratas ni otros instrumentos jurídicos formales. El empresario contratista tendría así libertad para formalizar el contrato por obra o servicio determinado si una u otro tienen autonomía y sustantividad suficiente en sí mismos y una duración en principio incierta y, en caso contrario, debería formalizar un contrato indefinido, salvo que concurriera alguna otra causa de temporalidad prevista legalmente, sin que la pérdida o finalización de la contrata debiera revestir, estos efectos, mayor incidencia de la que puedan tener, en general, la pérdida de pedidos o de volumen de negocio, a efectos de poder fundamentar una extinción de los contratos de trabajo por causas empresariales de las previstas en los arts. 51.1 y 52 c) ET.

-Finalmente, cuando por las vías voluntarias antes propuestas, la conservación del empleo no sea posible, habrá que confiar en que operará una mejora sobre las condiciones laborales en el marco de la subcontratación estableciendo una legislación de mínimos, garantice, al menos, que en el caso de que el contratista que asume la actividad no elija a los trabajadores dedicados a las mismas tareas en el seno de la empresa anterior, ello venga motivado por las preferencias y criterios objetivos de selección de este nuevo contratista y no por el mero deseo de aprovechar unas condiciones laborales inferiores.

De este modo, la introducción de un cuadro de medidas que equiparase, con mínimos suficientes, las condiciones de trabajo aplicables en el ámbito de las empresas contratistas con las obrantes en el seno de la empresa comitente que recibe la prestación de trabajo o servicios, al modo de lo previsto en el art. 11.1 de la Ley 14/1994 para las ETT, sería una manera de conseguir simultáneamente la mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas que actúen como contratistas y el fomento de la estabilidad en el empleo de los trabajadores de las empresas cesantes, respetuoso con la libertad de empresa.

Puesto que se conseguiría influir psicológicamente en tales empresarios contratistas, quiénes en el momento de contratar preferirían, voluntariamente, salvo excepciones, contratar a los trabajadores del anterior con experiencia acreditada en dicha actividad; repercutiendo así este mecanismo de manera voluntaria, por lo general, en la conservación de su empleo, sin imposiciones legales de dudosa compatibilidad con la libertad empresarial de contratación de trabajadores.

-Es más, puestos a actuar con estos fines sobre la equiparación de las condiciones de trabajo en el ámbito de la subcontratación sería deseable que el legislador tuviera, por fin, el arrojo de acometer una regulación integral de esta materia no limitada, como la actual, al establecimiento de responsabilidades y a unas determinadas manifestaciones del fenómeno externalizador, sino destinada a implantar un régimen completo de garantías y equiparación de condiciones para toda la generalidad de modalidades que, actualmente, configuran la descentralización productiva.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alfonso Mellado, Carlos Luís: “Despido Objetivo por Descentralización Productiva (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2009)”, *Revista de Derecho Social*, nº 46, Editorial Bomarzo, 2009.

Álvarez Alcolea, Manuel: “Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratatas” en *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el “outsourcing”* (coord. por Angel Luis de Val Tena, Juan Rivero Lamas), 2003.

Aragón Gómez, Cristina: “La calidad en el empleo en el sector de la construcción: el contrato fijo de obra” en la obra colectiva *Contratatas y Subcontratatas en el Sector de la Construcción*. Coord. MERCADER UGUINA, J.R., Editorial Lex Nova. Valladolid. 2008.

Azagra Solano, Miguel: “Las condiciones resolutorias vinculadas a la vigencia de una contrata en los contratos de trabajo indefinidos”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.6/2009, parte Comentario, Ed. Aranzadi. Pamplona. 2009.

Ballester Pastor, M^a Amparo: “El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural”, en la obra colectiva *Descentralización Productiva y Protección del Trabajo en Contratatas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000.

Barreiro González, Germán: “Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Número 94. 1999.

Baz Rodríguez, Jesús: “Transmisión y sucesión de empresa”, en la obra colectiva, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Compilador: De la Villa Gil, Luis Enrique), Editorial Iustel, Madrid, 2002.

Baz Tejedor, José Antonio: “Selección de trabajadores afectados por despido colectivo”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. 54/2012, parte Presentación. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012.

Blasco Pellicer, Ángel: “La duración máxima del contrato para obra o servicio determinado”. *Actualidad Laboral*, nº2, 2011.

Blat Gimeno, Francisco: «El marco socioeconómico de la descentralización productiva», AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

Calvo Gallego, Francisco Javier: “La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”. *Temas Laborales*. 56/00.

Camps Ruiz, Luís Miguel: “La reforma de la contratación temporal en la Ley 35/2010” en la obra colectiva *La reforma Laboral en la Ley 35/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Casas Baamonde, María Emilia: “Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea” en la obra colectiva *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas* dirigida por José Pablo Aramendi Sánchez. CGPJ. Madrid.1996.

Crespán Echegoyen, Javier: “Nuevas formas de organización empresarial y negociación colectiva”, en *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva*, XIV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva. MTAS. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, Núm. 42, Madrid. 2001.

Cuenca Alarcón, Miguel: “Autonomía colectiva y autonomía individual en los regímenes sucesorios contractuales (Comentario a la STS 30 de abril de 2002)” en *Relaciones Laborales*, Nº 7, 2003, Editorial LA LEY. Madrid.

Del Rey Guanter, Salvador y Luque Parra, Manuel: "Descentralización Productiva y relación laboral: Escisión de empresas" en AA. VV. *Manual Práctico Laboral*, IEGYDE, Madrid, 1999.

Del Valle Villar, José Manuel: "El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción ". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nro. 8. 1998.

Del Valle Villar, José Manuel: "Sobre el llamado despido objetivo". *DL*, núm. 54, 1997.

Desdentado Bonete, Aurelio: "El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997". *Relaciones Laborales (Revista Crítica de Teoría y Práctica)*. Nro.20. 1998. Tomo II.

Desdentado Bonete, Aurelio y Durán Heras, Almudena: "Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico" en la obra colectiva *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas* dirigida por José Pablo Aramendi Sánchez. CGPJ. Madrid.1996.

Desdentado Bonete, Aurelio: “Suspensión y extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y por fuerza mayor. (arts. 47 y 51)”. Cívitas, *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 100, 2, 2000. (Ejemplar dedicado al Estatuto de los Trabajadores Veinte años después). Págs. 979-1008.

Doctor Sánchez-Migallón, Rubén: “La validez del contrato fijo de obra en el sector de la construcción”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 708/2006 (Comentario). Editorial Aranzadi. Pamplona.2006

EL PAÍS Diario. Extra Outsourcing. Madrid. Domingo, 31 de octubre de 2010. Número 1.304.

EL PAÍS Diario. Extra Outsourcing. Madrid. Domingo, 23 de octubre de 2011. Número 1.355.

Escudero Rodríguez, Ricardo: “Negociación Colectiva, empleo y flexibilidad de entrada e interna a la luz de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de reforma del mercado de trabajo” en *La Contratación y el empleo en la negociación colectiva*. XXII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva. MTAS. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, Núm. 98, Madrid. 2011.

Escudero Rodríguez, Ricardo: "Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo", en *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva*, XIV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva. MTAS. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, Núm. 42, Madrid. 2001.

Esteve Segarra, M^a Amparo: "El despido objetivo por causas organizativas en supuestos de descentralización organizativa. A propósito de las SSTs de 3 y 4 de octubre de 2000, recursos 651/2000 y 4098/1999". *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*. 2001 (21).

Fernández Díez, Antonio: "El contrato de trabajo temporal de obra o servicio determinado, duración máxima y vinculación con las contrataciones tras la reforma laboral del año 2010". *Revista de Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos)*. Núm. 21/2010. 2010.

Fernández Domínguez, Juan José: "Reflexiones sobre los despidos por causas empresariales". *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. 2000.

Fernández-Lomana García, Manuel: “Extinción de la relación de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas: un análisis jurisprudencial”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. 2002. 4.

Fernández López, María Fernanda: “Descentralización Productiva, Contratas y Despido por Causa Organizativa”, en la obra colectiva *Descentralización Productiva y Protección del Trabajo en Contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000.

Fita Ortega, Fernando: “El contrato de obra o servicio determinado vinculado a la contrata o subcontrata”. *Actualidad Laboral*. Nº 12. 2005.

García Ninet, José Ignacio (Dir.), AA.VV.: *La negociación colectiva en el sector de la construcción*, MTAS, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2002 (posteriormente actualizada en 2005).

García Ninet, José Ignacio (Dir.) y Vicente Palacio, Arántzazu (Coord.), AA.VV.: *Contratación Temporal y Medidas de Fomento de Empleo*. Atelier Libros jurídicos. Barcelona. 2009.

García Murcia, Joaquín: “Contratas y subcontratas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 48. 2004.

García Murcia, Joaquín: “Las Relaciones Individuales de Trabajo en los Grupos de Empresas”, *Tribuna Social*. nº 98.

García Rubio, María Amparo: “La extinción de los contratos temporales” en *Extinción del contrato de trabajo*, Albiol Montesinos, Ignacio (Director), Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

Ginés i Fabrellas, Anna. “Criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 14/2010. Editorial Aranzadi, Pamplona. 2010.

Goerlich Peset, José María: “Contratación indefinida y contratación temporal”, en AA.VV.: *Contratación laboral y tipos de contrato: criterios jurisprudenciales* (coord. José María Goerlich Peset, J.Mª), Lex Nova, Valladolid. 2010.

Goerlich Peset, José María: “Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios” en la obra colectiva *Descentralización*

Productiva y Protección del Trabajo en Contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Goerlich Peset, José María: "El Real Decreto-Ley 3/2012: aproximación general", en Blasco Pellicer, Ángel; Camps Ruiz, Luis M.; Goerlich Peset, José María; Roqueta Buj, Remedios y Sala Franco, Tomás, *"La reforma Laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012"*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

Goerlich Peset, José María: "Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores", *Actualidad Laboral*, núm.1, 2001.

Goerlich Peset, José María: "¿Es procedente el despido objetivo basado en la finalización de una contrata?", ejemplar nº 1 (octubre de 2008) en *Revista de Jurisprudencia de El Derecho* (Editores).

Goerlich Peset, José María: "La limitación temporal del contrato para obra o servicio determinado tras la reforma laboral" en *La reforma del Mercado de Trabajo*. Lex Nova. Valladolid. 2010.

Goerlich Peset, José María: *La extinción del contrato de trabajo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1994.

Goerlich Peset, José María: “La reforma de la contratación temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010” en García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J. R.: *La reforma Laboral 2010. Aspectos Prácticos*. Lex Nova. Valladolid. 2010.

Goerlich Peset, José María: “Los despidos colectivos (Art. 51 ET y normas concordantes)”, en AA.VV. Borrajo Dacruz, E. (Director): *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*. Edersa. Madrid. 1994.

Gómez Albo, Pablo: “Descentralización Productiva, Externalización y Subcontratación”, *Actualidad Laboral*, número 10, 2000.

Gorelli Hernández, Juan: "La contratación temporal estructural", en Ojeda Avilés, Antonio y Gorelli Hernández, Juan: *Los contratos de trabajo temporales*, Iustel, Madrid, 2006.

Gorelli Hernández, Juan: *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*. Grupo Difusión. 2007.

Herraiz Martín, María del Sol: “La sucesión de empresa en contrata y la sucesión convencional a la luz de la nueva jurisprudencia”. *Aranzadi Social*, núm. 6/2011 (parte Estudio). Editorial Aranzadi. Pamplona. 2011.

Lahera Forteza, Jesús: “Límites en la extinción del contrato de obra conexo a una contrata mercantil: el inicio de la quiebra de un modelo de empleo temporal asociado a la descentralización productiva (STS 8 de noviembre de 2010)”. *Relaciones Laborales*, número 17, 2011.

Lahera Forteza, Jesús: “La reforma de la contratación laboral”. *Relaciones Laborales*, número 21, 2010.

López Balaguer, Mercedes: “Supuestos legales de contratación temporal - El contrato para obra o servicio determinado” en AA.VV.: *Contratación laboral y tipos de contrato: criterios jurisprudenciales* (coord. José María Goerlich Peset, J.M^a), Lex Nova, Valladolid. 2010.

Luján Alcaraz, José: “El contrato fijo de obra del sector de la construcción en la reforma laboral de 2010”. *Aranzadi Social*, núm. 12/2010 (Tribuna). Editorial Aranzadi. Pamplona. 2010.

Luque Parra, Manuel: “La descentralización productiva y la responsabilidad empresarial en materia de seguridad social” en AA.VV., *Descentralización Productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS. MTAS, 2000.

Marín Correa, José María: “La contratación temporal”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Núm. 38. 1998.

Marín Correa, José María: “La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Núm. 48. 2004.

Martín Artiles, Antonio: “Flexibilidad y Relaciones Laborales”- “Estrategias empresariales y acción sindical”, Consejo Económico y Social, *Colección Estudios*. N. 15. Madrid.1995

Martín Flórez, Lourdes: “La sucesión de empresa. Reflexiones sobre la significativa y esperada reforma del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”. *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*. Nº1/2002.

Martín Valverde, Antonio: “La reforma Laboral de 1997”. *Derecho de los Negocios*. Nº 8. 1997.

Martínez Garrido, Luís Ramón: “Descentralización Productiva: *Outsourcing*” en la obra colectiva *Descentralización Productiva* dirigida por Luís Gil Suárez. Cuadernos de Derecho Judicial IX-2000. CGPJ. Madrid. 2000.

Mirón Hernández, María del Mar: “El endurecimiento de la contratación temporal” en la obra colectiva *Las reformas Laborales del 2010* (coordinadores por Moreno Gené, Josep y Solé Puig, Ascensió). Ponencia de XXII Jornades Catalanes de Dret Social. Iuslabor. 2011.

Molero Marañón, M. Luisa: *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*. Biblioteca de Unificación de Doctrina Social.

Molina Navarrete, Cristóbal: “Los despidos *por causas empresariales* en el ámbito de las empresas con estructura de grupo”. *Tribuna Social*. Nº 98.

Molina Navarrete, Cristóbal: “Reforma 2010 del mercado de trabajo: una nueva “milonga” del “capitalismo de casino”, *RTSS*, CEF, núm. 328, Madrid, 2010.

Monereo Pérez, José Luís y Moreno Vida, María Nieves: *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005.

Montoya Melgar, Alfredo: “Contrato de Trabajo y economía (Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como fundamento legal de las extinciones, suspensiones y modificaciones de las relaciones de trabajo)”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 8. 1998.

Moreno Gené, Josep: “La duración del contrato para obra o servicio determinado tras la reforma laboral del 2010” en la obra colectiva *Las reformas Laborales del 2010* (coordinadores por Moreno Gené, Josep y Solé Puig, Ascensió). Ponencia de XXII Jornades Catalanes de Dret Social. Iuslabor. 2011.

Nicolás Bernad, José Alberto: “Consideraciones sobre el contrato fijo de obra en el nuevo Convenio General del Sector de la Construcción para los años 2007-2011”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm 748/2008 (Comentario). Editorial Aranzadi. Pamplona. 2008.

Nores Torres, Luís Enrique: *El Trabajo en contratas: la noción de contrata de propia actividad*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003.

Olmos Parés, Isabel: “La extinción del contrato de obra y/o servicio por disminución/novación de la obra o por expediente de regulación de empleo”, *Actualidad Laboral*, Número 15, 2011.

Palomo Vélez, Rodrigo Ignacio: “El papel de la negociación colectiva en la regulación de la contratación temporal en España y su eficacia”. *Revista Ius et Praxis*, Vol. 14, núm. 1, 2008, Universidad de Talca. Chile.

Pastor Martínez, Alberto: “Descentralización productiva y extinción del contrato por causas organizativas o de producción. Comentario a la STS (UD) de 31 de mayo de 2006 (RJ 3971)”. *Iuslabor* 4/2006. ISSN: 1699-2938

Pedrajas Moreno, Abdón y Sala Franco, Tomás: *Miscelánea Jurisprudencial: Acerca de la legalidad de los contratos de obra o servicio determinado cuando el trabajador trabaja en varias obras de la misma empresa. Sobre la licitud de la utilización de un contrato genérico, con determinación posterior de las obras a realizar*. Tirant Lo Blanch. Madrid. 2006.

Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco y Aguilera Izquierdo, Raquel: “Contratación temporal en la negociación colectiva” en *La Contratación y el empleo en la negociación colectiva*. XXII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva. MTAS. Comisión Consultiva Nacional de Convenios

Colectivos. Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, Núm. 98, Madrid. 2011.

Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco: “Descentralización productiva y libertad de empresa”, en la obra colectiva *Libertad de empresa y relaciones laborales en España* (coord. por Francisco Pérez de los Cobos y Orihuel). Instituto de Estudios Económicos. Madrid. 2005.

Perea Montes, Teresa: “El impacto de la falta de habilitación administrativa en la subrogación convencional obligatoria (a propósito de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2011 en recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4376/2010)” en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 28, 2012.

Poquet Catalá, Raquel: “Criterios de selección de los trabajadores afectados por despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7/2013, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2013.

Ramos Quintana, Margarita Isabel: *Subcontratación de Obras o Servicios y Transmisión empresarial*. Editorial Bomarzo. 2006

Rentero Jover, Jesús: “Derecho social comunitario y sucesión de empresas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. V, Parte estudio. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1997.

Rivero Lamas, Juan: «La descentralización productiva y las nuevas formas de organización del trabajo», en AA.VV., *Descentralización Productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS. MTAS, 2000.

Rodríguez Escanciano, Susana: *Subcontratación de concesiones administrativas: Problemas Laborales*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2006.

Rodríguez Izquierdo, Raquel: “Sucesión o subrogación empresarial entre dos empresas prestatarias de un servicio de limpieza de un centro médico de atención primaria de la salud”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf.num. 54/2007 15/2007 parte Presentación. Editorial Aranzadi. Pamplona. 2007.

Rodríguez-Piñero, Miguel: “El Despido en el Derecho de la II República” en AA.VV., *Libro Homenaje al Profesor Giménez Fernández*, Sevilla, 1967.

Rodríguez-Piñero, Miguel: “El régimen Jurídico del despido (II); Leyes de contratos de Trabajo y de Jurados Mixtos”, *Revista de Política Social*. nº77. 1968.

Rodríguez Ramos, M^a.J.: “Externalización de servicios, despido objetivo y concepto de causa”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. 61/2012, parte Presentación. Editorial Aranzadi, Pamplona. 2012.

Sagardoy, Juan Antonio: “Descentralización Productiva y Grupo de Empresas” en la obra colectiva *Descentralización Productiva* dirigida por Luís Gil Suárez. Cuadernos de Derecho Judicial IX-2000. CGPJ. Madrid. 2000.

Sala Franco, Tomás (Director) y autores varios. *Derecho del Trabajo (Manual)*. Obra colectiva. Tirant lo Blanch. Valencia. Temas 15 y 5.

Sala Franco, Tomás: “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”. *Actualidad Laboral*. Núm. 9. Sección Estudios. 2005.

Salcedo Beltrán, M^a del Carmen: “La aplicación de la normativa sucesoria a la subrogación parcial en la prestación de servicios”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, parafr.num.37/2007 11/2007, parte Presentación. Editorial Aranzadi. Pamplona. 2007.

Salinas Molina, Fernando: “La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. La reformulación de las causas de extinción contractual” en la obra colectiva *Las reformas Laborales del 2010* (coordinadores por Moreno Gené, Josep y Solé Puig, Ascensió). Ponencia de XXII Jornades Catalanes de Dret Social. Iuslabor. 2011.

Sanguinetti Raymond, Wilfredo: “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿Términos incompatibles?”, *Revista de Derecho Social*, 33/2006, Editorial Bomarzo. 2006.

Sanguinetti Raymond, Wilfredo: “Las cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales” en *La negociación colectiva en España: una mirada crítica* (coord. por Ricardo José Escudero Rodríguez), 2006, págs. 99-118

Sempere Navarro, Antonio V.: “Contratación como fijo de obra para varias edificaciones indeterminadas”. *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 25/2005 (Comentario). Editorial Aranzadi. Pamplona. 2005

Sempere Navarro, Antonio V.: "Humoradas de laboralista. Los contratos para obra o servicio". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 806/2010 (Tribuna). Editorial Aranzadi. Pamplona. 2010.

Sempere Navarro, Antonio V.: "La reforma del despido en el Derecho español: balance y perspectivas de futuro", ACARL (Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales), nº 50, 1996, III.

Sempere Navarro, Antonio V. y Martín Jiménez, Rodrigo: "La Reforma del Mercado de Trabajo mediante RDL 10/2010", *Aranzadi Social*, núm. 7/2010-8/2010. Editorial Aranzadi. Pamplona. 2010.

Sempere Navarro, Antonio V.: "Reflexiones sobre el nuevo 15.5 ET". *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2011 (Tribuna). Editorial Aranzadi. Pamplona. 2011.

Serrano Olivares, Raquel. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Fichas de Jurisprudencia, núm. 6/2012, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012.

Solá Monell, Xavier: "El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva" en la obra colectiva *Descentralización Productiva y Relaciones Laborales: Problemática*

Jurídica Actual, dirigida por Del Rey Guanter, Salvador, Editorial Lex Nova. Valladolid. 2001.

Soriano Cortés, Dulce: “La incidencia del despido por causas económicas y empresariales en el marco de las contrataciones” en *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. Nro 2. 2007.

Valdés Dal-Ré, Fernando: Descentralización productiva y desorganización del trabajo. *Relaciones Laborales*, No. 20, Madrid, 2001

Vicente Palacio, Arantzazu: “El contrato fijo de obra en el sector de la construcción: sobre la previsión convencional de destinar al trabajador a obras distintas de las inicialmente contratadas ubicadas dentro de la misma provincia y por una duración máxima de tres años consecutivos. (Comentario a la STSJ Cataluña 21 octubre 1999 (AS 1999/3351)”. *Aranzadi Social vol. III* (Presentación). Editorial Aranzadi. Pamplona. 1999.

Vicente Palacio, Arantzazu: “La dotación presupuestaria como justificativa de los contratos para obra o servicio determinado en perjuicio de la contratación fija discontinua: matizaciones a la doctrina reiterada del Tribunal Supremo admitiendo la adecuación del contrato para obra o servicio determinado para las campañas de detección de incendios”. *Aranzadi Social Paraf. 37* (Presentación). Editorial Aranzadi. Pamplona. 2002.

Vizcaíno de Sas, Fernando: “La sucesión empresarial en el caso de las contratas. Comentario de actualidad a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2011”. *DiarioJurídico.com* de 18 de abril de 2011.

