



Universidad de Valladolid

Facultad de Ciencias del Trabajo

Campus de Palencia

CURSO DE ADAPTACIÓN AL GRADO EN

RELACIONES LABORALES Y RECURSOS

HUMANOS 2012-2013: TRABAJO DE FIN DE GRADO

EL CONTRATO DE OBRA O SERVICIO

Alumno: Manuel Estrada Martín

Tutora: Carmen Pascual Allen

ÍNDICE

| | |
|-----------------------------------------------------------------|----|
| 1. Introducción | 3 |
| 1.1. ¿Por qué es importante este tema?..... | 3 |
| 1.2. Datos estadísticos | 5 |
| 1.3. ¿Por qué Obra y servicio?..... | 6 |
| 2. El objeto del contrato para obra o servicio determinado..... | 8 |
| 2.1. El papel de la negociación colectiva | 15 |
| 3. La duración del contrato | 23 |
| 3.1. Configuración clásica | 23 |
| 3.2. Configuración actual..... | 24 |
| 3.2.1. Finalización..... | 26 |
| 3.2.2. Indemnización | 28 |
| 4. Figuras de especial estudio:..... | 30 |
| 4.1. Fijo de obra..... | 30 |
| 4.2. Contrata y contrato de obra o servicio | 33 |
| 4.2.1. STS, 4ª,15 de enero de 1997 | 33 |
| 4.2.2. Crítica | 38 |
| 5. Comparativa con fijo discontinuo | 41 |
| 6. Conclusiones | 47 |
| 7. Bibliografía | 49 |

1. Introducción

1.1. ¿Por qué es importante este tema?

Vivimos un momento histórico caracterizado por las desmesuradas cifras de paro que azotan nuestro día a día en forma de números que dibujan la cruda realidad de la situación actual pero, al mismo tiempo, la dejan de lado debido a su profundidad lo que, desde mi punto de vista, la agudiza aún más.

Esta es la razón por la que considero importante analizar estos datos, a través de otra realidad que ya existía cuando aún no estábamos abrumados por las cifras de paro, que no es otra que la gran temporalidad del mercado laboral español.

Se trata de un problema que no fue abordado durante el buen funcionamiento de la economía de manera valiente, y que tampoco lo ha sido para paliarlo en épocas de crisis y no solo en la actual, sino también en otros tiempos similares a los vividos actualmente como pudo ser la segunda mitad de los años 80, denominada como “la era dorada” del trabajo temporal. Sea por una u otra razón, parece que nunca es el momento adecuado para abordarla con intención de reducirla.

En más de 30 años de vigencia del Estatuto de los trabajadores, las modificaciones para atajar este problema han sido escasas, a pesar de las múltiples reformas orientadas en un principio a evitar la precariedad, pero realizadas sin el consenso de los agentes sociales, reformas las cuales han sido socialmente injustas, fomentando la temporalidad en épocas de crecimiento y la destrucción de empleo a bajo coste económico pero a un elevado costo social en épocas de crisis.

Llevamos 52 reformas, y 30 años de culpabilizar a la regulación del mercado y de oír hablar de rigidez en el mercado laboral, en periodos decadentes de empleo, como es el actual. Sin embargo, en épocas de bonanza económica se olvida esta “rigidez”, en pro de la denominada “flexibilidad” definitiva.

Desde la creación del Estatuto de los trabajadores se ha venido cargando contra la rigidez del mercado laboral Español, por lo que las reformas han ido orientadas en busca de la flexibilización del mercado laboral, conduciendo esto a que en el segundo periodo de los años 80 y coincidiendo con una época de bonanza, diera comienzo, como ya he dicho, la denominada “era dorada de la temporalidad”, que nos ha conducido hasta el día de hoy, ya que ésta se instalaría desde entonces de manera estructural en nuestra regulación laboral, siendo reforzada posteriormente con la reforma del 92 (escenario de crisis) en la cual se siguió facilitando la temporalidad del empleo, y en la reforma del 94, que fracasó en el papel atribuido a la negociación colectiva por lo que se *“siguió constatando que la elevada temporalidad del empleo es funcional al modelo de crecimiento español”*.¹

Con posterioridad, en 1997, de manera acordada con los agentes sociales, se fomenta la estabilidad del empleo, pero con los límites del modelo de nuestro país. De nuevo en 2002, en pro de la flexibilidad (de salida) se buscaría abaratar costes de despido, llegando a Reformas como la del 2010, que incluiría una serie de medidas en materias de contratación temporal, flexibilización de las causas del despido y flexibilidad interna, siendo ésta un fracaso reconocido por el gobierno, no tardando en aprobar en 2011 una nueva ley, que estableció una suspensión de la regla relativa a la limitación en el encadenamiento de contratos temporales, justificada en la situación de crisis por un periodo de dos años, lo cual muestra a las claras el modelo perseguido. Éste, no tiene que ver nada con la búsqueda de reducción real de la segmentación del mercado de trabajo, ni de combatir la contratación temporal como recurso generalizado de la subcontratación, que tan tormentoso es de analizar.

Llegando, como veremos a continuación, a esta elevada temporalidad "descausada", apoyada en la ley, convenios y jurisprudencia, que destruye

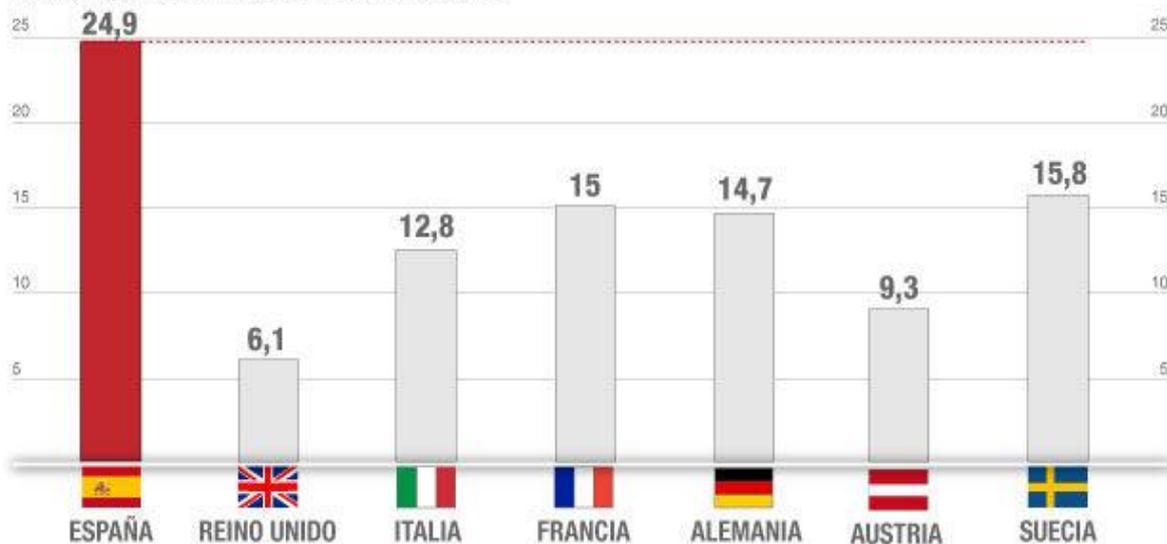
¹ Fundación 1º de Mayo, las reformas laborales en España y su repercusión en materia de contratación y empleo.2012

empleo de una manera más barata, y que construye empleo precario, con lo que conlleva asociado.

1.2. Datos estadísticos

TEMPORALIDAD | COMPARATIVA

Porcentaje de contratos que son temporales



FUENTE: EUROSTAT INFOGRAFÍA: teinteresa.es



Comparativa de temporalidad. Fuente: Eurostat 07/03/2012²

Como observamos en el gráfico, España tiene el dudoso honor de estar a la cabeza en temporalidad. Una cuarta parte de los contratos en este país son temporales, obra de la descausalización que citaré tantas veces a lo largo de este trabajo, permitiendo la permanencia de contratos temporales en concreto del abordado en este tema “obra y servicio”, que gracias a poseer una duración incierta, perdura por largos periodos, imposibilitando tanto a los trabajadores adquirir la condición de indefinidos, como la creación de puesto de trabajos de este mismo tipo.

² Comparativa de temporalidad. Fuente: Eurostat 07/03/2012

Estos trabajadores que se quedan durante largos periodos de tiempo en esta situación de precariedad laboral, por la permisividad de la ley, y el panorama actual que hace difícil encontrar un empleo de calidad, desde el punto de vista de la remuneración, la satisfacción en el empleo y las posibilidades de promoción profesional y personal.

Así, la elevada temporalidad se convierte en un atrapamiento en estos contratos temporales, con unas peores condiciones laborales y con el riesgo de que estos trabajadores concatenen varios de estos contratos temporales gracias a la permisividad de la ley, quedándose sin la posibilidad de desarrollar una carrera profesional, e incluso llegando a quedar excluidos del mercado de trabajo, con el paso del tiempo, lo que pone de manifiesto la existencia de grupos de trabajadores avocados a esta situación de temporalidad.

Tras esto, me surgen preguntas tales como ¿No es ya demasiado flexible? ¿Es esto a lo que nos referimos con temporalidad?

1.3. ¿Por qué Obra y servicio?

A través de este trabajo pretendo aclarar por qué se ha llegado a estos datos de temporalidad y en concreto a través del contrato de obra o servicio, ya que de todas las modalidades de contrato temporal, solamente este tipo de contratación abarca sobre el total de contratos el 9,6%, y casi el 50% sobre el total de contratos temporales. Su no limitación en el tiempo, (con la actual reforma ha sido limitado, veremos cómo) han servido para que en este país existieran contratos por obra o servicio por los cuales una persona accediera a su primer trabajo, llegándose a jubilar bajo esta contratación, que aunque se poseen los mismos derechos que cualquier otro trabajador, no es igual a efectos de reconocimiento social o presión laboral, creando grandes desigualdades.

También analizaremos este tema a través de la ley, convenio y jurisprudencia, además de compararlo con el contrato fijo discontinuo y analizar en profundidad su estrecha relación con la subcontratación.

2. El objeto del contrato para obra o servicio determinado

El artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), en la redacción dada por la Ley 35/ 2010 de 17 de septiembre establece lo siguiente:

1. *El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada.*

a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. 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 plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa.

Los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza.

Es importante detenerse justo en el principio, en la primera palabra a la hora de describir dicho contrato, “Una”³ por la cual delimita en cantidad, mostrando una evidente y clara intención el legislador de limitar en cantidad. De esta manera, pone hincapié en que el trabajador es contratado para una sola obra y dictando a continuación “determinada”, (determinación cuantitativa)⁴ . Como se ha encargado de refrendar la jurisprudencia, ratificando que un contrato se realiza para una obra o servicio y no para múltiples trabajos, conllevando la conversión del contrato como vemos a continuación:

³ FERNANDEZ MARQUEZ, O, “El objeto del contrato de trabajo para obra o servicio: última jurisprudencia y nuevas perspectivas a la luz de la reforma 1994” en Relaciones laborales nº11, sección doctrina, quincena del 1 al 15 de jun.1997, pag 568, tomo 1, Ed. La ley “cit.pag.2”

⁴ FERNADEZ MARQUEZ, O, “El objeto del contrato...”cit.pag.2”

“Si se realizan sucesivamente distintos trabajos bajo un mismo contrato, este se hace indefinido”⁵

Lo siguiente sobre lo que veo necesario detenerse es sobre la cita “*Una obra y servicio*”. En este sentido extraemos dos ideas diferentes:

Una es la “obra”, la cual relaciona este contrato a un resultado corporal y material, en relación tanto a la suscripción del contrato como a su mantenimiento, siendo bien determinada la obra esta es sencilla de identificar.

Y la segunda, es el “servicio” en el cual aparecen dificultades a la hora de hacer acotación al “servicio”, puesto que toda prestación laboral es en principio un servicio que se presta a un tercero, mediante el cual el mero hecho de un servicio ni debe ni puede ser una causa suficiente para la aparición de un contrato temporal, ya que la causa de cualquier relación laboral es la necesidad de un servicio.

Seguiremos por lo tanto ahondando en el objeto por sí solo, y acudimos de nuevo a la doctrina judicial a través de sentencias que recogen por ejemplo en 1^{er} lugar que la indefinición del objeto produce que el contrato se encuentre en fraude de ley, como vemos en la sentencia señalada en la cual los fundamentos de derecho exponen:

“No puede entenderse cumplida la exigencia de identificar, con precisión y claridad, la obra o servicio que constituye su objeto. Es evidente que no puede entenderse satisfecha con la mera alusión que se hace en el contrato de trabajo al “plan extraordinario de empleo local 2009-2010” pues lo que así se denomina no cabe considerarlo como un programa o proyecto para desarrollar una actividad concreta y específica, ni menos aun, con una obra o servicio determinado, y es que el Programa puede abarcar distintos servicios del Ayuntamiento, lo que impide conocer exactamente el objeto del contrato pues aquellos son numerosos, diferentes y distintos los lugares de actividad,

⁵ TS 30 octubre de 1992

habiendo dejado en la más absoluta indefinición el servicio concreto en que la trabajadora debía desempeñar su trabajo como camarera de pisos”⁶

La jurisprudencia va a reafirmar la necesidad de delimitar las tareas, porque debe ser a lo que exclusivamente el trabajador se dedique, condición que sustenta este contrato, como vemos en palabras del Tribunal Supremo:

“Requisito de validez del contrato es, por otra parte, que se identifique suficientemente su objeto y que el trabajador sea ocupado en la obra correspondiente, no en otras tareas”.⁷

En consecuencia, la prestación de servicios en labores diferentes a las estipuladas, conlleva la conversión en contrato por tiempo indefinido por fraude de ley, y la consiguiente calificación de la extinción como despido improcedente de ahí la importancia de delimitar correctamente en el contrato el objeto,

“Las actoras vinieron realizando tareas que exceden del contenido del contrato, con relación a su categoría profesional obedeciendo alguna de ellas a tareas de carácter administrativo, a la que llega la juzgadora de instancia en base a la prueba practicada, y según la cual exceden del contenido del ámbito funcional de las bases de la convocatoria, y tales funciones realmente desempeñadas por las actoras no han resultado desvirtuadas por prueba en contrario, cuando a mayor abundamiento el recurrente muestra su conformidad con el relato fáctico de la resolución impugnada, sin que solicite a través de la revisión fáctica la inclusión de las funciones que dentro de las propias del contrato considerase que desempeñaba la actora; por lo que la relación contractual deviene indefinida por fraude en la contratación, y en consecuencia la extinción del contrato por la realización de la obra o servicio determinado ha de ser constitutiva de despido improcedente.”⁸

⁶ Sentencia T.S.J. Asturias 1399/2011, de 13 de mayo (ILJ 1042/2011)

⁷ TS 10 de diciembre de 1996

⁸ Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 5566/2010 de 1 diciembre AS 2011\689

De igual manera que es necesario precisar la modalidad contractual y la causa de su duración de lo contrario, se procede a la conversión de nuevo en contrato indefinido o en caso de despido, éste podría ser determinado improcedente.

“la doctrina de la sentencia de 21 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 6892) que declaraba que «el valido acogimiento al sistema ordinario de contratación temporal, requiere en términos inexcusables que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas como justificativa de la temporalidad que le es propia; no basta, por tanto que la concorde voluntad de las partes, aún explícita en el contrato, pretenda someter la relación laboral que constituyen, a una de estas modalidades, pues éstas por su carácter causal, sólo se hacen viables cuando median en la realidad dichas circunstancias justificativas». Ha de mantenerse sin género de dudas, pese a la mayor facilidad que las sucesivas reformas han venido otorgando a la contratación temporal, pues siempre estas facilidades están vinculadas a razones objetivas que las justifican.”⁹

Seguimos con el siguiente párrafo de la ley:

“Con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa”

Nos vamos a acercar a estos términos desde diferentes puntos de vista; en 1^{er} lugar, a través de su definición, la cual encontramos en el diccionario de la Real Academia Española:

- **Autonomía:** *condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie.*
- **Sustantividad:** *Existencia real, independencia, individualidad.*
- **Propia:** *De uno mismo.*

⁹Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 20 enero 2003 RJ 2003\1986

Lo que observamos a través de estas definiciones literales de las palabras, nos lleva a la conclusión, aún siendo legos en materia jurídica y comenzando con un análisis previo y sin riesgo a equivocarnos, que el legislador crea este contrato para obras y servicios que no dependan de nada más que de sí mismas, lo que a priori parece sencillo, pero que genera multitud de interpretaciones. Y ya no tanto la interpretación de la propia ley, sino la dificultad que está en determinar la sustantividad y propia autonomía de una determinada obra o servicio.

El dotar con estas notas de autonomía y sustantividad hace que el fundamento de la contratación de la obra o servicio precisamente nazca en la obra a realizar evitando quedar a la libre interpretación de los actores.

A estos efectos se ha pronunciado la sala 4^a del Tribunal Supremo que ha justificado la celebración de un contrato para obra o servicio de la siguiente manera, y ha deslindado estas claves de la voluntad de las partes *“lo determinante es que la propia naturaleza de la actividad permita separarla de otras actividades de la empresa y otorgarla una duración limitada, que en ningún caso, podrá depender de la voluntad de una o de ambas partes, o bien de terceros”*¹⁰. *“Esta actividad puede coincidir con la actividad habitual de la empresa pero no debe quedar dentro del ciclo productivo normal y constante.”*¹¹

*“Siguiendo los dictados de esta doctrina judicial, por lo tanto, a efectos de justificar la celebración de un contrato para obra o servicio, lo determinante es que la propia naturaleza de la actividad permita separarla de otras actividades de la empresa”*¹²

Lo dicho anteriormente es en relación a la actividad de la empresa, es decir, la obra o servicio posee sustantividad y autonomía respecto de la actividad cotidiana de ésta, lo cual genera una problemática cuando la

¹⁰ STS, sala 4^o de 17 de junio de 2008

¹¹ STS, sala 4^o de 6 de marzo de 2009

¹² SERRANO GARCIA, M,J, “La contratación temporal: contrato de obra y servicio” en “la reforma del mercado de trabajo 2010” (Dir.: Fernando Valdés Dal-Re, Elías González-Posada Martínez) Editorial Reus, 2011 “cit.pag.106”

susodicha no posea una actividad propia u ordinaria, lo cual como veremos más adelante, ha creado gran debate en torno al objeto.

Por otro lado, después de la definición más literal de las palabras, es más compleja la definición legal que se hace de estos parámetros, dividida en tres elementos:

- 1) Existencia de autonomía y sustantividad en la tarea.
- 2) Inmanencia de esas notas (la autonomía y sustantividad han de ser propias)
- 3) Referencia a la actividad de la empresa como pauta de contraste de la existencia de aquella (dentro de la actividad de la empresa)

Esto nos lleva a la exigencia de que se trate de trabajos dotados de “identidad cualitativa” dentro de la actividad de la empresa, es decir, en referencia “a”, no se debe entender la expresión como “dentro de”, respecto al lugar donde se pueda realizar la obra, sino en referencia a la actividad que tenga en la empresa, con la dificultad añadida que ello conlleva.

“Y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. 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 plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa”

En este apartado relativo a la duración, como he comentado, no quiero detenerme en exceso, porque será señalado más adelante, pero me parece interesante este matiz temporal a la hora de hablar de la causa del contrato de obra y servicio. Este párrafo llega con la reforma de medidas urgentes del 2010, el contrato de “obra o servicio” siempre ha sido un contrato “certus an, in certus quandu” pero que posibilitaba reflejar una fecha de modo orientativo, actualmente va a tener un límite máximo, a partir del cual el contrato deberá ser de otra forma.

“Los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza.”

Con este párrafo, el Estatuto de los Trabajadores deja en manos de la negociación colectiva una responsabilidad importante a la hora de delimitar la contratación de obra y servicio, pero observamos como la ley no quiere dejar de manera total la responsabilidad a la negociación colectiva, ya que aquí no habla de obras y servicios, sino que quiere concretar y sustituye este término por el de “trabajos y tareas”, en el siguiente punto del proyecto veremos cómo los convenios han desarrollado esta potestad que les da la ley.

De todo este despiece del artículo 15º.1 concluimos que estas notas también han sido recaladas en este sentido a través de la reiterada doctrina del ¹³TS sienta el siguiente criterio:

1. 0) Que la obra o el servicio contratado presente autonomía y sustantividad propia, dentro de lo que es la actividad de la empresa
2. 0) Que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta.
3. 0) Que en el momento de la contratación, se especifique e identifique, con suficiente precisión y claridad, la obra o el servicio en el que va a ser empleado el trabajador.
4. 0) Que en el desarrollo de la actividad laboral, el trabajador sea ocupado normalmente en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas...

Es reiterada doctrina del Alto Tribunal¹⁴ en la que se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de que concurran conjuntamente todos los

¹³ TS 30-6-05 (RJ 2005, 7791) la cual siguiendo la de 22-6-2004 (RJ 2004, 7472) (Rec. 4925/2003), en la que se citan otras anteriores en la misma dirección.

¹⁴ Son ejemplo de ello las sentencias de 21-9-1993 (RJ 1993, 6892) (rec. 129/1993), 26-3-1996 (rec. 2634/1995), 20-2-1997 (RJ 1997, 1457) (rec. 2580/1996), 21-2-1997 (rec. 1400/1996), 14-3-1997 (RJ 1997, 2467) (rec. 1571/1996), 17-3-1998 (rec. 2484/1997), 30-3-

requisitos, para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho.

2.1. El papel de la negociación colectiva

La ley hace una llamada a la autonomía colectiva como hemos visto, con la intención de que ésta se pronuncie a través de los convenios, identificando los trabajos y tareas que tengan sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa, es decir, deja en manos de la negociación colectiva aquello que decíamos tiene tanta dificultad o ha demostrado a través del tiempo que es tan difícil de identificar, “la autonomía y sustantividad”, casualizar el contrato, siempre evidentemente con el límite de la ley.

La pregunta que se suscita es: ¿Ha cumplido la misión encomendada la negociación colectiva o, por el contrario, se ha dejado de lado consiguiendo una descausalización mayor?

A continuación, basándome en un estudio realizado por la “**comisión consultiva nacional de convenios**”¹⁵ el que se analizan las especificidades sectoriales, observamos lo siguiente:

Lo primero que es destacable, y más si cabe la importancia que tiene el contrato de “obra o servicio” en nuestro país, es que la mayoría de los convenios colectivos no mencionan nada sobre esta modalidad contractual, desoyendo el mandato legal, y no identificando “tareas y trabajos” que tengan

1999 (rec. 2594/1998), 16-4-1999 (rec. 2779/1998), 29-9-1999 (RJ 1999, 7540) (rec. 4936/1998), 15-2-2000 (rec. 2554/1999), 31-3-2000 (rec. 2908/1999), 15-11-2000 (RJ 2000, 10291) (rec. 663/2000), 18-9-2001 (rec. 4007/2000), 21-3-2002 (rec. 1701/2001) y 11-5-2005 (RJ 2005, 4981) (rec. 4162/2003) y las que en ellas citan que, aún dictadas, en su mayor parte, bajo la vigencia de las anteriores normas reglamentarias, contienen doctrina que mantiene su actualidad dada la identidad de regulación, en este punto, de los Reales Decretos 2104/1984 (RCL 1984, 2697), 2546/1994 (RCL 1995, 226) y 2720/1998 (RCL 1999, 45).

¹⁵ Comisión consultiva nacional de convenios “Contratación temporal, empresas de trabajo temporal, subcontratación en la negociación colectiva” serie relaciones laborales nº94 “cit.pag 47-145”

la autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa.

Con esto no quiero decir que no aborden los convenios esta forma de contratación, sino que no hacen mención a lo que se les solicitó que hagan en el nombrado artículo 15.1.E.T.

Por lo que se puede pensar después de lo leído en este estudio a través de los convenios que reúne, es que fundamentalmente no se desarrolla, porque significaría limitar aun más su uso y esto sería ir en contra de los intereses de algunas empresas que abusan de su utilización, cuestión que nos hace replantearnos la utilidad de dejar en manos de la autonomía colectiva la delimitación de este tipo de contratos. Cuando realmente lo que se pretendía era casualizar, se ha descausalizado por culpa de la remisión a la negociación colectiva, por lo que se han tenido que pronunciar los tribunales para de nuevo limitar como hizo en la sentencia del Tribunal Supremo:

“Los convenios colectivos pueden identificar trabajos que pueden cubrirse con contratos de esta naturaleza, pero no otorgar dicha calificación a actividades distintas de las establecidas por la ley.”¹⁶

A continuación nos centramos en los que sí limitan, ya que esta limitación se produce de varias maneras.

En primer lugar, los hay que enuncian unos supuestos, pero que no descartan otros, como por ejemplo: **CC de hostelería y Actividades turísticas de la comunidad de Madrid**¹⁷

Art. 10.- Contrato de obra o servicio determinado

De conformidad con lo establecido en el artículo 15.1 a) del Estatuto de los trabajadores y sin perjuicio de otros trabajos o tareas, este tipo de contrato podrá celebrarse con motivo de:

¹⁶.TS 26 de octubre de 1999 y 23 de septiembre de 2002

¹⁷. Convenio colectivo de hostelería y actividades turísticas (restauración) de la comunidad de Madrid para los años 2011-2013 (BOCM 03/03/2013)

a) *Ferías: debiendo el trabajador/a contratado/a realizar sus funciones dentro del recinto donde se celebre la feria.*

b) *Servicios de terraza de verano: dentro de cada año natural estos contratos podrán celebrarse únicamente dentro del período comprendido entre el 15 de Marzo y el 31 de Octubre.*

c) *Vigilantes de comedor y patio: en aquellos centros escolares de nueva concesión en los que el cliente exija este servicio a la empresa adjudicataria del servicio de comedor y la empresa adjudicataria efectúe nuevas contrataciones de Vigilantes de comedor y patio. Este contrato estará vigente mientras dure el servicio de vigilancia de comedor y patio.*

Como observamos cita los casos concretos en que podrá ser utilizado el contrato de “obra o servicio” según este convenio, contratos los cuales incorpora a través de la temporalidad y duración incierta de éstos, en vez de cómo se indicaba por ley por el objeto de los contratos, deduciendo que incluye unas modalidades que pueden genera dudas. En este caso más que delimitar, ha servido para potenciar la contratación temporal.

En segundo lugar, los hay que dictan los casos para los que únicamente pueden usar este contrato, lo cual hace referencia de manera más cercana a lo dictado por la ley art.15, E.T. Cabe señalar en este sentido **“el convenio colectivo estatal colegios mayores universitarios privados”**¹⁸

Artículo 11. *Contrato para la realización de una obra o servicio determinado.*

Tiene por objeto la realización de una obra o servicio determinado con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa.

El contrato deberá especificar con precisión y claridad el carácter de la contratación e identificar suficientemente el trabajo o tarea que constituya su objeto. La duración del contrato será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio.

¹⁸ Ej. convenio colectivo de colegios mayores universitarios privados, (BOE 24/10/2007)

A los efectos de aplicación del párrafo anterior, el contrato de trabajo por obra o servicio determinados queda identificado y será válido para subvenir a las necesidades de la empresa en atención a las ocupaciones de residentes no habituales de los Colegios Mayores.

La identificación o supuesto de contratación por obra o servicio, descrita en el párrafo anterior, se entiende sin perjuicio de cualquier otra aplicación o utilización de dicha modalidad de contratación laboral permitida legalmente.

La Comisión Paritaria podrá dictaminar las tareas que pudiesen ser objeto de esta contratación.

A tenor de la legislación vigente, en los supuestos de extinción del contrato por expiración del tiempo convenido, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización económica equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultara de abonar ocho días de salario por cada año de servicio.

Casualiza e identifica con las necesidades de este sector, nombrando como tarea específica “para cliente no habituales”, para los que en principio quizás sería más conveniente un contrato eventual por acumulación de tareas, ya que como entendemos, serviría para hacer frente a un aumento de trabajo habitual de la empresa (aumento solo cuantitativo) lo cual no encaja con el objeto de “obra o servicio” (quebraría uno de los principios de esta modalidad de contratación, al desde mi punto de vista ser la propia actividad de la empresa), aun así, el fin es que limita esta contratación por convenio a unos casos específicos.

En tercer lugar, un apartado que hemos visto en el anterior convenio y que suele ser habitual en éstos, es la remisión a la comisión paritaria, a través de la cláusula “La comisión paritaria podrá dictaminar las tareas que pudieran ser objeto de esta contratación” como nos indica el estudio: “de esta manera cualquier identificación o supuesto de contratación por obra o servicio que no se describe sin perjuicio de cualquier otra aplicación o utilización de dicha modalidad de contratación laboral permitida legalmente, otorgando la

capacidad de la Comisión Paritaria para dictaminar las tareas que pudiesen ser objeto de esta contratación”¹⁹

En cuarto lugar, son destacables los que limitan de manera cerrada y exclusiva las causas, es decir, que cumplen el mandato legal. **IV Convenio estatal de la madera**²⁰

Artículo 30.- Contrato para obra o servicio determinado.

1) *De acuerdo con las competencias atribuidas por la Ley 1 de 1995, texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 15.1. a), las partes firmantes del presente Convenio convienen en identificar determinados trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de las actividades de las empresas del sector, definidas como tales en el artículo 11 del presente texto normativo.*

En consecuencia, sólo se podrán realizar contratos al amparo del artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, para obra o servicio determinados, para las siguientes actividades:

- a) *Trabajos de reparación de las instalaciones*
- b) *Para la realización de una obra o servicio determinado, con sustantividad propia fuera de las instalaciones de la empresa, aún tratándose de la actividad normal de la misma incluyéndose las labores en la propia empresa, inherentes a la preparación de las mismas.*
- c) *Trabajos de rematantes, aserradores e industrias de la madera auxiliares de actividades agrarias, tales como envases y palets para productos hortofrutícolas aun tratándose de las actividades normales de la empresa. En cuanto al preaviso y cese se estará a lo dispuesto en el artículo 13 del presente Convenio.*

En quinto y último lugar, encontramos convenios que simplemente repiten el artículo 15.1, añadiendo en algunos casos mayor penalización a esta forma

¹⁹ Comisión consultiva nacional de convenios....”Cit pag.59”

²⁰. IV Convenio estatal de la madera 2012/2013 (BOE 27/11/2012)

de contratación, aumentando la indemnización. **IV Convenio estatal de la madera**

*A efectos de indemnización, si la duración ha sido igual o inferior a cuatro meses, la empresa vendrá obligada a satisfacer una indemnización de quince días de salario por año de servicio, si la duración es superior a cuatro meses, la indemnización será de veinte días de salario por año de servicio. Ambas indemnizaciones surtirán efectos desde el primer día.*²¹

En último lugar, destacan aquellos convenios colectivos que tratan de mantener la vigencia de un contrato ya desaparecido como es el “contrato de lanzamiento de nueva actividad” bajo la apariencia formal del contrato para obra o servicio determinado.

Así sucede en aquellos convenios colectivos (Convenio Colectivo Estatal para Cadenas de Tiendas de Conveniencia)²² que al identificar los trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa incluyen los supuestos de “*creación o ampliación de un centro*” o “*el lanzamiento de un nuevo producto o la apertura de nuevos mercados o zonas de distribución*” “Los convenios colectivos están de este modo ampliando el objeto de los contratos para obra o servicio determinado”

A lo cual la jurisprudencia ha contestado con sentencias como:

“Pues bien, ninguna de esas circunstancias concurre en los puestos de trabajo que se crean con motivo de la apertura de un nuevo centro de trabajo o una nueva línea (la de cajas en el supuesto hoy enjuiciado). Ni los trabajos tienen autonomía y sustantividad propia y no son distintos de los habituales de la empresa, ni tienen una vocación de temporalidad. Buena prueba de ello es que en el apartado d) del art. 15.1 del Estatuto de los Trabajadores, se incluyó un apartado que permitía el contrato temporal por «lanzamiento de una nueva actividad», entidad contractual diferente del contrato que hoy nos ocupa y que

²¹ IV Convenio estatal de la madera 2012/2013 (BOE 27/11/2012)

²² Convenio Colectivo Estatal para Cadenas de Tiendas de Conveniencia (BOE 22-3-2000)

desapareció a raíz de la promulgación del Real Decreto Ley 8/1997 (RCL 1997, 1212, 1271)”.²³

Es difícil encontrar algún convenio que emita una prohibición expresa de esta contratación, basándose en la especificidad de la actividad empresarial, lo cual desde mi punto de vista evidencia el problema de enviar esta responsabilidad a la negociación colectiva, con el objetivo de limitar, ya que vemos que la limitación producida es escasa.

Al finalizar la lectura de este estudio, se plantea la duda de qué pasaría si en vez de ser potestativo la regulación por convenio, se hubiera limitado por ley de manera más específica, ya que vemos que precisamente la limitación es el punto más importante y a su vez conflictivo de esta modalidad contractual, viendo sobretodo el resultado que ha sido una sucesión de remisiones, provocando un bucle infinito difícil de resolver.

Es destacable, por otra parte, la voluntad oportunista de la negociación colectiva como hemos podido constatar en vez de limitar como es su potestad esta contratación, han abierto un cajón de sastre, en el cual vale todo, ya que en muchos de éstos se citan fórmulas genéricas que conllevan una potenciación mayor, de este contrato.

La oportunidad que se daba a la autonomía colectiva de aprovechar esta potestad para adaptar la identificación de estos trabajos a tareas específicas temporales dentro de cada área, ha quedado de manera residual, como observamos en el estudio de los convenios, creando desde mi punto de vista, un entramado que dificulta aún más la identificación de las obras y servicios, aumentado directamente por la negociación colectiva, a través de cláusulas genéricas y abusivas, potenciadores de este contrato, como por ejemplo nombrar una cláusula genérica y que carece de sentido, su mera añadidura, ya que no define ninguna tarea, sino que consigue el efecto contrario de legitimar muchas otras.

²³ STS UD 23 de septiembre de 2002, rso 222/2002

Entre las sentencias enfocadas a limitar el papel de la autonomía colectiva como podemos citar dos del Tribunal Supremo del 17 de diciembre de 2001, dictadas en sala general, relativas al contrato eventual, en las que se considera que la normativa que redundaba en la contratación temporal, tiene que ser interpretada como un mínimo necesario, que la negociación colectiva no puede rebasar esos límites. Esta doctrina ha sido sostenida en sentencias referidas al contrato de obra y servicio como la de 19 de marzo de 2002²⁴ en la que se subraya que el papel de la negociación colectiva ha de limitarse a “identificar” las tareas que tengan sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa, y que no puede el convenio autorizar la celebración de esta modalidad para cubrir tareas a las cuales les falte algún requisito legal, refrendado en posteriores sentencias.²⁵

Como la siguiente impugnación del convenio colectivo por excederse en labores, otorgadas por la ley a la negociación colectiva, de identificar tareas:

*“El solo enunciado del precepto evidencia cuales son los límites que se imponen a los negociadores. Se les permite «identificar», las tareas que, dentro de las de la empresa, tienen esa singularidad. No otorgar esa calificación a actividades distintas de las legalmente establecidas. Si unas determinadas labores no son propias de este contrato, por faltarle alguno de los requisitos que legalmente lo caracterizan, el convenio colectivo no puede autorizar su utilización”.*²⁶

²⁴ Lectura del FJ 5.º de la sentencia de 21 de marzo de 2002.

²⁵ Entre otras, STS 21 de marzo de 2002, referida al mismo supuesto que las sentencias de 19 de febrero y marzo de 2002; SSTS 25 de noviembre de 2002, 31 de mayo de 2004 y 22 de junio de 2004.

²⁶ STS 23 de septiembre de 2002, rso 222/2002:

3. La duración del contrato

3.1. Configuración clásica

Antes de la reforma del 2010²⁷, su duración era la necesaria para la realización de la obra o servicio contratado. Se podía fijar un plazo o un término, pero solo con carácter orientativo. Este tipo de contrato se utiliza cuando no se puede especificar una fecha concreta, cuando el plazo es indeterminado, aunque la fecha sea cierta. Se trata pues de una modalidad contractual “a plazo indeterminado”²⁸. Tal previsión puede hacerse, por ejemplo, en obras de duración sumamente incierta o en servicios cuya duración pueda verse afectada por razones organizativas o presupuestarias; pero el contrato mantendrá su vigencia hasta la terminación de la obra o servicio contratados, pues la fecha tan solo vale como “simple previsión”, no como “*inserción de un término cierto y fatal*”²⁹ dado que se trata de trabajos o servicios de duración incierta³⁰.

Formándose una sólida doctrina científica, judicial y jurisprudencial, en base a que la causa que atañe, es precisamente la obra, estando sujeto a fin de obra como hecho cierto que se dará desconociendo la fecha (*incertus an, incertus quando*), pero dando por seguro que ocurrirá. De ahí que la duración del contrato, sea en consecuencia indeterminada: la duración del contrato será la del tiempo exigido o necesario para la realización de la obra, la cual opera como causa determinante de la extinción del contrato, es decir, el final del contrato será con el final de la obra. Si la obra no tiene un solo término, si no que va terminando a través de un proceso gradual, los contratos temporales ligados a ella, también se irán extinguiendo de dicha manera.

²⁷ Decreto-ley 10/2010 Y Ley 35/2010

²⁸ TS 17 de junio de 2008

²⁹ TS 31 de enero de 1990 y 28 de diciembre de 1993

³⁰ TS 30 de octubre de 1992

La extinción del contrato para obra y servicio, anterior a la finalización de la obra, será constitutivo de despido improcedente.

3.2. Configuración actual

“La reforma” ³¹ se limita a añadir el siguiente párrafo: *“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 plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa”*

“Con carácter general, hemos de aclarar previamente que el nuevo límite temporal solo es de aplicación para los contratos de trabajo temporales de obra o servicio concertados a partir del 18 de Junio de 2010 (disposiciones transitorias primeras del Real Decreto ley 10/2010, de 16 de junio y de la ley 35/2010, de 17 de septiembre) ahora bien la duración máxima de tres años no afecta a las previsiones normativas de los convenios colectivos vigentes a la entra en vigor de la ley 35/2010, de 17 de septiembre, en los que se hubieren establecido límites temporales distintos para el contrato temporal de obra o servicio determinado, ya que se salva expresamente esa regulación convencional en la disposición adicional 1º de la ley 35/2010.” ³² Lo que es lo mismo, para llevarlo a términos de fecha objetiva en el calendario, es que esto solo afectará a los contratos efectuados a partir del 18 de junio de 2010, que es la fecha de entrada en vigor del RDL 10/2010, ya que se reitera en la ley 35/2010.

Por lo visto hasta ahora, y siendo la única modificación vigente la citada anteriormente respecto a la introducción al máximo temporal, vemos que no ha sido modificado el objeto, viendo por natural que no tiene por qué cambiar la

³¹ Decreto-ley 10/2010 Y Ley 35/2010

³² FERNANDEZ DIEZ,A, Doctrina científica reforma laboral 2010

jurisprudencia de la que disponemos hasta día de hoy, y seguimos entendiendo como ya hemos visto por contrato de obra y servicio con autonomía y sustantividad propia, a lo que se ha añadido un nuevo elemento, que solo va a incidir sobre el límite temporal.

La realización de la obra, según tesis de Ángel Blasco Pellicer³³, seguirá siendo evidentemente de duración indeterminada, pero tendrá un límite de 3 años, por lo que en principio no servirá de cobertura para contratos suscritos para la realización de obra y servicios, que tengan una duración superior a este límite, ya que necesariamente finalizarán al agotar dicho plazo o se convertirán en indefinidos. Es decir, que transcurridos los 3 años de la realización del contrato, éste se desliga de la obra, dejando de servir ésta como fundamento de la temporalidad, presentando esta configuración grandes complicaciones.

Tal y como señala dicho autor, la ley no actúa sobre la duración de la obra, de esta manera no limita la temporalidad, la cual podría servir para marcar que obras serían adecuadas para la realización de este contrato, sino que como hemos dicho, lo hace sobre la duración del contrato, *“transcurridos tres años desde el inicio del contrato(no de la obra), éste o se extingue o se convierte en indefinido”*, *Con claridad lo expresan las exposiciones de motivos del RDL y de la Ley cuando, tras explicar que se establece un límite temporal máximo a los contratos para obra o servicio determinado, afirman que a partir de dicho límite «ha de considerarse que las tareas contratadas tienen naturaleza permanente», “lo que, obviamente no puede predicarse de la obra o servicio, que sigue definiéndose como “limitada en el tiempo”, aunque de incierta duración por el art.15.1 a) ET cuya redacción se ha mantenido en este punto.”*³⁴

³³BLASCO PELLICER, A.): “La duración máxima del contrato para obra o servicio determinado.”, Nº 2, Sección Estudios, Quincena del 16 al 31 Ene. 2011, tomo 1, Ed. La ley. “Cit.pag.3”

³⁴ BLASCO PELLICER, A.): “La duración máxima del contrato para obra o...”Cit.pag.4”

3.2.1. Finalización

Una interpretación doctrinal muy restrictiva para la estabilidad en el empleo de los trabajadores seguida por Blasco Pellicer indica que mientras la duración de los contratos sea inferior a la duración máxima, estos contratos siguen siendo a término incierto sin modificación alguna. Su extinción se producirá como se venía haciendo con la configuración clásica. Sin embargo, cuando ésta supere la duración máxima permitida, el término ya pasaría a ser cierto (el contrato temporal terminaría a los tres años, dando forma a uno nuevo de carácter indefinido), lo cual a priori limita la utilización de este contrato.³⁵

Si se acepta como solución la finalización del contrato por llegar al límite temporal de tres años, pero continúa en ejecución la obra o el servicio, podrá concertarse un nuevo contrato temporal con la misma tarea, lógicamente sustituyendo al trabajador por otro, hasta que, en su caso vuelva a alcanzarse, el máximo legal admitido o finalice la obra o servicio.³⁶

Por otro lado, si el contrato no se extingue se convertirá en indefinido. La ley lo establece como efecto automático, sin excepción alguna de manera automática o imperativa, debiendo el empresario facilitar escrito al trabajador, en los 10 días siguientes al cumplimiento de los plazos, documento justificativo sobre la nueva condición de trabajador fijo de empresa., regla complementada con la previsión sancionadora incorporada por el art 1.8 a este nuevo contrato. Con un nuevo individuo sería válido como obra y servicio hasta que de nuevo se llegase al tiempo máximo, o finalizase ya la obra o servicio. ¿Pero sería esto valido?³⁷

³⁵ BLASCO PELLICER, A.): "La duración máxima del contrato para obra o..."Cit.pag.3"

³⁶ BLASCO PELLICER, A.): "La duración máxima del contrato para obra o..."Cit.pag.6"

³⁷ BLASCO PELLICER, A.): "La duración máxima del contrato para obra o..."Cit.pag.7"

Por su parte, Goerlich³⁸ sostiene que la reforma no ha pretendido cambiar la naturaleza del contrato, por lo que si se interpreta como posible extinguirlo al cumplirse el plazo de tres años, aun no habiendo finalizado la obra, encajaría mal con la configuración de este contrato, y con la jurisprudencia existente respecto a los plazos orientativos pactados en contrato, que no han sido considerados decisivos, si no la finalización de la obra o servicio del contrato, *“Además esto provoca ir en contra del fundamento de la reforma que persigue reducir el uso de estos y no conseguir su cese.”*³⁹

*“En consecuencia, y a mi juicio (Goerlich), el nuevo artículo 15. °1.a) E.T no permite al empresario extinguir el contrato al llegar el plazo de tres años, ni siquiera en el caso de que así se haya pactado en el contrato individual”*⁴⁰

Una vez transformado el contrato en indefinido, en el momento que la obra que sustentó la contratación inicial de manera temporal concluya, se podría entender la finalización de la obra como una causa productiva del art 51.1 y art 52.c) con derecho a la indemnización prevista para estos supuestos (20 días por año)

En esta misma dirección María José Serrano García, interpreta que el contrato para obra o servicio ha pasado de ser un contrato “certus an, incertus quando” a ser “incertus an e incertus quando”, sometido por tanto a una condición resolutoria

*“en la medida en la que la falta de certeza acompaña, tanto a la fecha de su conclusión, como al hecho mismo de que ésta acaezca”*⁴¹

³⁸ GOERLICH PESET, J.M., “La reforma de la contratación temporal en el Real Decreto Ley 10/2010” en “La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos” (Dir. García Perrot Escartín, Mercader Uguina), Lex Nova, Valladolid, 2010 Toharia Cortes, Luis :El modelo español de contratación temporal.

³⁹ GOERLICH PESET, J.M., “La reforma de la contratación temporal...” cit.pag.4”

⁴⁰ GOERLICH PESET, J.M., “La reforma de la contratación temporal...” cit.pag.4”

⁴¹ SERRANO GARCIA, M,J, “La contratación temporal: contrato de obra y servicio” en “la reforma del mercado de trabajo 2010” (Dir.: Fernando Valdés Dal-Re, Elías González-Posada Martínez) Editorial Reus, 2011,cit.pág.106

En contra de lo expuesto anteriormente por Blasco Pellicer, dicha autora sostiene que si la obra se realiza dentro del periodo de tres años o límite máximo permitido por convenio: *“Si esta condición se cumple, el contrato de trabajo se extinguirá y tal extinción está sujeta a las reglas propias de los vínculos laborales que caen dentro de la categoría de contrato para obra o servicio determinado. En caso contrario la relación laboral será indefinida y el empresario no podrá demostrar la naturaleza temporal de la prestación de servicios, debido a que el legislador ha impuesto una presunción iuris et de iure que actúa en dirección contraria.”*⁴²

La cláusula temporal resolutoria establecida por la ley, vinculada de forma directa a los contratos de obra o servicio determinado, ha provocado la desconexión parcial de la causa de la temporalidad y la vigencia de los contratos de trabajo, *“puesto que la concurrencia de la primera no impide que estos muten su naturaleza y pasen a ser indefinidos, pero en ningún caso, esta desconexión puede servir para afirmar la presencia de un término cierto”*⁴³

3.2.2. Indemnización

La reforma 35/2010 y el RD 10/2010 ha introducido modificaciones sobre el artículo 49.1C) ET, actualizándola a 12 días de salario por año trabajado, pero debido a la delicada situación económica, se debe introducir esta modificación desde los 8 días de indemnización actuales hasta los 12, de manera gradual para no incidir sobre la creación de empleo;

8 días contratos celebrados hasta el 31 de diciembre de 2011,

9 días contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2012,

10 días contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2013,

⁴² SERRANO GARCIA, M,J, “La contratación temporal: contrato de obra....cit.pag.106

⁴³ SERRANO GARCIA, M,J, “La contratación temporal: contrato de obra....cit.pag.107

11 días contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2014,

12 días contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2015.

Esto produce que haya costes extintivos diferentes para contratos iguales, en función de la fecha de celebración.

4. Figuras de especial estudio:

4.1. Fijo de obra

Debido a las características especiales que presenta la actividad de la construcción, en cuanto a la temporalidad que lleva ligada de manera intrínseca, y que podríamos relacionar de manera directa con el contrato que aquí estamos estudiando, se ha creado a través del convenio sectorial una modalidad específica de contrato para obra o servicio determinado denominada: **Contrato fijo de obra**⁴⁴

El artículo 20 del V Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción actualmente vigente dispone que dicho contrato, cuyo objeto es “la realización de una obra o trabajo determinados” y que siempre debe formalizarse por escrito, 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.

El mismo precepto especifica además que, 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, devengando los conceptos compensatorios que correspondan por sus desplazamientos

En consecuencia, el trabajador puede prestar servicios para distintas obras de construcción durante un periodo de tres años sin desnaturalizar el carácter

⁴⁴ Que es acogido, en los sucesivos convenios estatales y provinciales, desde el I Convenio General de la Construcción de 1992. Su actual regulación se encuentra en el artículo 20 del V Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción, y al amparo del art.15.1.a) E.T y conforme con lo establecido en la disp.adic.3.a de la ley 32/2006, de 18 de octubre.

temporal del mismo. Se trata por tanto, de una ficción jurídica, pues si bien se formaliza un único contrato, lo que existe es una sucesión de contratos de obra independientes, por lo que a nivel real, nos encontramos ante una modalidad contractual temporal.

“El contrato de obra fijo, se creó para 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, y a su vez, intenta facilitar una mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores de este sector. Mediante este contrato, se asume y normaliza lo que constituye en la construcción una antigua y pacífica práctica contractual, consistente en la prestación por el trabajador fijo de obra de sucesivos servicios en obras diferentes a la contratada, que ya encontraba apoyo legal en el art. 43 de la antigua y derogada Ordenanza de Trabajo de la Construcción de 28 de agosto de 1970. Al tratarse de un uso o costumbre, la jurisprudencia recaída hasta la suscripción del vigente Convenio General, ha admitido de forma unánime el encaje del contrato fijo de obra en los designios del art. 15.1 a) ET,”⁴⁵ a pesar que a ojos de lo leído y conocido hasta ahora, podríamos decir que excede lo mencionado en dicho artículo.

“Tras el gran aumento del desempleo general desde el ejercicio 2008, se aprobó la Ley 35/2010, de 17 de Septiembre, que introdujo una serie de medidas para reducir la dualidad y la temporalidad en el mercado de trabajo, y por ende en el sector de la construcción. Entre ellas, se limitaba la duración del “Contrato fijo de obra” a 3 años, ampliable hasta 12 meses más por Convenio Colectivo de ámbito sectorial estatal, o en su defecto, por Convenio Colectivo sectorial de ámbito inferior. Mediante esta norma se rompía la flexibilidad dada al sector de la construcción y se generaba un amplio debate doctrinal y jurisprudencial sobre supuestos que la norma no respondía”⁴⁶

Posteriormente, mediante Resolución de 12 abril de 2011, se publicó el Acta de los acuerdos de modificación del IV convenio general del sector de la

⁴⁵ Rodríguez, M, El “Contrato fijo de obra” y sus modalidades En <http://www.alimarket.es/noticia/87402/El--Contrato-fijo-de-obra--y-sus-modalidades>

⁴⁶ Rodríguez, M, El “Contrato fijo de obra”..

construcción, en el que se volvía a modificar el “Contrato fijo de obra” para adaptarlo a la necesaria flexibilidad que exigía el sector. En consecuencia, se introdujeron las siguientes modificaciones:⁴⁷

Tal y como se señaló anteriormente: “El contrato, que debe formalizarse siempre por escrito, se concierta con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, y termina cuando finalicen los trabajos del oficio y categoría del trabajador en dicha obra. Por ello, y con independencia de su duración, no es de aplicación lo establecido en el ET respecto a la duración máxima de 3 años, continúan manteniendo a los trabajadores la condición de «fijos de obra», tanto en estos casos como en los supuestos de sucesión empresarial (ET art.44) o de subrogación de personal en contratos de mantenimiento de carreteras o vías férreas (V CCol Construcción art.27).”⁴⁸

El cese de los trabajadores debe producirse cuando la realización paulatina de las correspondientes unidades de obra haga innecesario el número de los contratados para su ejecución, debiendo reducirse éste de acuerdo con la disminución real del volumen de obra realizada. Este cese debe comunicarse por escrito al trabajador con una antelación de 15 días naturales. No obstante, el empresario puede sustituir este preaviso por una indemnización equivalente a la cantidad correspondiente a los días de preaviso omitidos calculada sobre los conceptos salariales convencionales, todo ello sin perjuicio de la notificación escrita del cese. La citada indemnización debe incluirse en el recibo de salario con la liquidación correspondiente al despido.

La paralización temporal de una obra por causa imprevisible para el empresario y ajena a su voluntad, supone la terminación de la obra y el cese de los trabajadores. En tales casos, el empresario tiene las siguientes obligaciones:

- dar cuenta a la representación de los trabajadores del centro o, en su defecto, a la Comisión Paritaria Provincial, quienes disponen, en su caso, de un plazo máximo improrrogable de una semana para su constatación a contar desde la

⁴⁷ Incorporadas posteriormente en el V Convenio general del sector de la construcción, actualmente vigente

⁴⁸ <http://portaljuridico.lexnova.es/practica/JURIDICO/65070/que-incidencia-tiene-en-el-contrato-fijo-de-obra-el-convenio-colectivo-de-la-construccion>

notificación.

- ofrecer de nuevo un empleo al trabajador cuando las causas de paralización de la obra hubieran desaparecido, si bien dicha obligación se entiende extinguida cuando la paralización se convierta en definitiva. Previo acuerdo entre las partes, el personal afectado por esta terminación de obra puede acogerse a lo indicado sobre la prestación de servicios a una misma empresa en distintos centros de trabajo de una misma provincia. Este supuesto no es de aplicación en el caso de paralización por conflicto laboral. En todos los supuestos de cese indicados, se establece una indemnización por cese del 7 % calculada sobre los conceptos salariales convencionales devengados durante la vigencia del contrato.

“Como puede apreciarse, el contrato fijo de obra ha sufrido contantes modificaciones, por lo que en la actualidad coexisten tres regulaciones distintas en virtud de la fecha en que se suscribió el contrato fijo de obra: antes de 18 de septiembre de 2010, entre el 18 de septiembre de 2010 y el 12 de abril de 2011, o con posterioridad al 12 de abril de 2011.”⁴⁹

“El determinar ante qué contrato de obra nos enfrentamos, y por lo tanto si el trabajador ha devengado fijo o no en la empresa, se trata en consecuencia de una cuestión compleja que requerirá un análisis en cada caso concreto.”⁵⁰

4.2. Contrata y contrato de obra o servicio

4.2.1. STS, 4ª, 15 de enero de 1997

Encontramos la justificación del contrato de obra y servicio en relación con las contrata fundamentada en la doctrina jurisprudencial.

Doctrina jurisprudencial abierta por la STS, 4ª, 15 de enero de 1997, que da la posibilidad de hacer coincidir la duración del contrato de obra o servicio con la duración de la contrata.

⁴⁹ Rodríguez, M, El “Contrato fijo de obra”...

⁵⁰ Rodríguez, M, El “Contrato fijo de obra”...

Anteriormente al giro dado por esta sentencia, la doctrina del Tribunal Supremo, había ido en dirección contraria, como podemos observar en otras sentencias anteriores:

En las cuales se indica *“la expresa mención del centro en el contrato, como lugar de prestación de trabajo, no dota por si sola a estos de autonomía y sustantividad propias ni es, por supuesto, expresa de una actividad laboral de ejecución limitada en el tiempo”*⁵¹

La sentencia de 1997 dio como he dicho anteriormente un gran giro ya que se sujetó como único requisito en la necesidad objetiva de la realización de un trabajo limitado temporalmente para justificar el contrato temporal, siendo el punto de partida de un problema que ya existía pero que encontró su fundamento legal en esta doctrina. Podemos decir que aquí se ve justificada la base de la cual deriva el principal problema del trabajo temporal.⁵²

Esta sentencia se sujetaba en estos pilares:

1º “Existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa (contratista) 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”

Fundamento repetido a través del tiempo en muchas sentencias con ésta o con forma similar como en las expuestas a continuación, que recalca el concepto de tiempo limitado conocido por ambas partes en el tiempo ligado al contrato mercantil entre contrata-contratista:

*“límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste”*⁵³

⁵¹ STS 4 de mayo de 1995,

⁵² FITA ORTEGA, F, El contrato de obra o servicio determinado vinculado a la contrata o subcontrata, Actualidad laboral, Nº12, sección estudios, quincena del 16 al 30 de Jun... 2005, pago 1352, tomo 1, Ed. La ley. “cit.pag

⁵³ FITA ORTEGA, F, El contrato de obra o...

“Una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa contratista siempre que este objetivamente definida, que sea conocida por las partes en el momento de contratar u que opere por lo tanto como un límite temporal previsible en la medida en que la actividad se realiza por encargo de un tercero y mientras este se mantenga”⁵⁴“

Incluso la doctrina reconoce en sentencias más recientes en supuestos de prestación de servicios bajo esta modalidad de contrato, que no sucede el conjunto de causas necesarias:

“aunque 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»,⁵⁵

Pero que si se aprecia, como hemos visto antes sin embargo, la concurrencia de:

«una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la 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»”. Dando esto por suficiente para la realización de este contrato.

En 2º lugar esta sentencia del año 97 también reconduce la extinción al art 49.1.c) **“reputar igualmente válida la extinción de los contratos, entendiéndose que en estos casos el contrato se habría celebrado sometido a una «condición resolutoria --si la vigencia de la contrata opera con una incertidumbre plena-- o a un "término atípico" --si la incertidumbre sólo afecta al cuándo-- por cuanto que, en cualquier caso, "no sería apreciable**

⁵⁴ TS 22 de octubre de 2003 y 6 de octubre de 2006

⁵⁵ 20 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 1422), señalaba que, de conformidad con la doctrina de las sentencias de 15 de enero de 1997, 18 (RJ 1998,307) y 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 387) y 6 de junio de 1999 (RJ 1999, 5209)

ningún abuso de derecho por parte del empresario al introducir esta cláusula⁵⁶

De nuevo remarca que se conoce de antemano que hay un límite temporal, por lo cual la inclusión de esta cláusula resolutoria sería lícita pero esto aporta múltiples dudas, ya que para esta condición se exige una incertidumbre respecto a la finalización, que no suele tener un contrato mercantil que en muchos casos va a estar sometido a fecha de fin o al menos se conoce las condiciones de resolución de esta.

Aunque la jurisprudencia viene aceptando también que en el caso que se redujera la contrata por disminución de su volumen, el empresario contratista podrá desprenderse de los trabajadores con contrato de obra o servicio, ni si quiera hace falta que se extinga la contrata de forma completa, vale la disminución del volumen

“porque no hubiera aceptación por parte del mercado”.⁵⁷

Al menos esto ha sido limitado por el tribunal supremo como por ejemplo en la sentencia siguiente, en la que se plantea la posible validez de una cláusula pactada en un contrato temporal por obra o servicio determinado en la que, entre otras causas, se condicione su finalización a la reducción de volumen de contrato de la contrata a decisión de la empresa principal o comitente:

*“Y de que no es admisible condicionar la duración del contrato a factores imprevisibles como la decisión de la empresa cliente de “desconcentración total o parcial del servicio”*⁵⁸

Y en tercer lugar esta sentencia reconoce el papel del convenio, en el cual, (convenio de vigilancia) reconocía este tipo de contratación para

⁵⁶ SSTS de 17/06/2008

⁵⁷ STS de 12/12/2008, que así lo admite en un caso de renovación de una contrata, pero con reducción de volumen contratado

⁵⁸ TS 8 de noviembre de 2010

estos casos, basándose también en que son los negociadores del convenio los que acuerdan tales medidas igual que acuerdan compromisos de subrogación y sucesión de contratadas, para lograr estabilidad en el empleo.

Respecto a la referencia a la aparición de la regulación de este tipo de contrato por convenio, como hemos visto antes, la jurisprudencia más actual ya se ha pronunciado, por lo cual contradice el argumento en esta sentencia de que este aprobada por convenio, ya que este, no debe rebasar los límites y debe limitarse a identificar las tareas que cumplan todos los requisitos.⁵⁹

De esta forma se palia, la inestabilidad del trabajador, en pro de la estabilidad, lo penoso es que en vez de limitar la contratación, se actúa en pro de que el contrato temporal permanezca en el tiempo lo máximo posible lo cual desde mi punto de vista un contrato temporal que perdura en el tiempo no es sinónimo de estabilidad a la par que hace surgir dudas como:

Como vemos respecto a lo anterior otra sentencia del Tribunal Supremo nos indica que mientras siga la obra independientemente de la cláusula subrogatoria debe seguir el contrato a pesar de que la contrata finalice:

En este sentido en donde la contrata administrativa, en sí misma, es el objeto del contrato de trabajo (es decir, la obra o servicio que refleja el artículo 15 ET), la contrata que subsigue es sin solución de continuidad entre las mismas partes y con idéntico objeto. También en el mismo sentido la que determina que mientras la empleadora siga siendo la adjudicataria de la contrata o concesión que motivó el contrato temporal, la vigencia de este continúa, al no haber vencido el plazo pactado para su duración. Situación que puede darse incluso con la sucesión de varias empleadoras, en tanto en cuanto la obra o servicio no finalice de forma efectiva”⁶⁰

⁵⁹ STS 23 de septiembre de 2002, rso 222/2002

⁶⁰ STS 18-6-2008

*“en el bien entendido de que si la contrata se renueva o es seguida por una contrata en el mismo objeto debe continuar también el correspondiente contrato de obra”*⁶¹

4.2.2. Crítica

En primer lugar, el primer punto criticable de esta sentencia es que, su referencia es el empresario que realiza la obra o servicio, y no el cual recibe el beneficio de la obra o servicio, “el empresario principal”, para el cual esta obra podría tener carácter permanente, de tal manera que deja abierta una puerta enorme a la subcontratación para convertir en trabajos temporales, trabajos fijos estructurales, lo cual no redundaría solo en la creación de trabajos temporales, si no en la destrucción de contratos indefinidos y no creación de estos, ya que para la misma causa la empresa principal no podría hacerlos (a excepción de hacerlo a través de una cesión ilegal, lo cual como su nombre indica sería ilegal).

De tal manera que una “obra” puede no tener autonomía o sustantividad propia si la realiza la empresa principal, porque forme parte del proceso productivo, pero si esa empresa acude a la descentralización, la empresa contratista podrá contratar temporalmente a los trabajadores que vaya a emplear en ella, a través del contrato que estamos estudiando aquí, y bastaría como causa extintiva la mera finalización de la contrata, independientemente del estado de la obra o servicio si existiera, por lo que de esta manera, la jurisprudencia acaba de dar el toque final a la descausalización de este contrato.⁶²

En casos como el de esta sentencia, es la propia la que acepta que no existe un trabajo dirigido a la ejecución de una obra, entendida como elaboración de

⁶¹ TS 17 de junio de 2008

⁶² COSTA REYES, A, en Exigencias comunitarias, descentralización productiva y contratación temporal: a propósito de la jurisprudencia española sobre contratas y contrato de obra y servicio. En relaciones laborales, nº9, sección doctrina, quincena del 1 al 15 de may.2010, año XXVI, tomo 1, Ed. La ley

una cosa determinada de un proceso con principio y fin. Tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación que concluye con su realización total. Sin embargo, existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y esa es una limitación conocida por las partes. Además destaca a su favor que no es la actividad normal de la empresa, desdeñando el resto de notas necesarias para la existencia de un contrato de obra o servicio.

No tiene sentido, que aun bien entendida la descentralización, sea una ventaja de competencia en un libre mercado, no puede ser fomentada por la jurisprudencia en perjuicio de los trabajadores y de las empresas que optan por un modelo más estable, ya que ante una misma causa de extinción, la empresa que opta por un modelo estable y de no precariedad para sus trabajadores, tendría que pagar una mayor indemnización (despido objetivo) que la que opto por un modelo más precario, (fin de obra).

Esta legislación debería distinguir al menos entre contrata celebradas para trabajos permanentes, periódicos o limitados, ya que no hacer diferencias entre estas, está creando una ventaja para las empresas intra-mercado, de competencia ilícita, haciendo recaer en el trabajador todo el riesgo (se pierde la ajeneidad en el riesgo).

Como de hecho si han hecho sentencias posteriores, negando que el contrato de obra o servicio pudiera utilizarse condicionándolo al mantenimiento de una contrata de limpieza, al ser esta actividad de carácter permanente que no posibilita una autonomía clara respecto de otras actividades, al igual que tampoco tiene una duración determinada y limitada.⁶³

En otras sentencias también se ha dicho que el contrato de obra y servicio casa mal con la actividad de limpieza de edificios y locales, ya que esta es de tracto continuado y esta no puede estar condicionada a la presencia de un titular en la empresa, ya que como se ha dicho anteriormente el E.T, no se autoriza vincular este contrato a la presencia de un titular.⁶⁴

⁶³ STS 1 de octubre de 2001.

⁶⁴ STS 8 de junio de 1999

Otro punto en contra de esta doctrina, es la diferencia que habido en el caso de sujetar el contrato de obra y servicio en el caso de subvenciones públicas, tras la sentencia del mismo tribunal de 19 de marzo de 2002 en la cual se retorna a la consideración de la invalidez del contrato de obra en estas circunstancias, afirmando que en los supuestos no se admite la extinción del contrato por conclusión del servicio por la vía del artículo 49.1.c)ET , y para mas abundamiento afirma “ *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, no a los servicios básicos que las mismas financian*”

Es difícil de entender de manera diferente la relación contratista-contrata, de la relación subvención-empresa, siendo en ambos casos el mismo vinculo.

5. Comparativa con fijo discontinuo

A menudo se celebran contratos de obra y servicio, cuando en realidad estamos hablando de un contrato fijo discontinuo, siendo estos dos contratos eminentemente contrarios de naturaleza, ya que el contrato de obra y servicio como ya hemos visto es un contrato temporal, de duración incierta mientras el fijo discontinuo ⁶⁵“Es el que se concierta para realizar trabajos que tengan carácter de fijos discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa. A efectos de prestaciones por desempleo, también se consideran trabajadores fijos discontinuos los que desarrollen trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas”. ⁶⁶El trabajo fijo discontinuo fue configurado legalmente como un trabajo indefinido, artículo 16 de la ley de relaciones laborales de 1976, claramente separado del trabajo temporal, hasta que en 1980 se integro en el artículo 15.e) E.T. como una modalidad más de contrato temporal, presentando el trabajo cíclico como una sucesión de contratos temporales, aunque este cambio nunca se materializo, el trabajo fijo discontinuo permaneció en el ámbito del artículo 15 E.T , pero pasando a tener sustantividad propia con respecto a los contratos temporales, dejando de ser una modalidad d estos.

Otras características de esta contratación:

Los trabajadores fijos discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción competente, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria.

⁶⁵ Artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada por el artículo 1.10 de la Ley 12/2001, de 9 de julio (BOE de 10 de julio)

⁶⁶ GOERLICH PESET J,M,: Proyecto I+D GV “Relaciones laborales y de seguridad social en el sector agrario”

La jornada de trabajo será a tiempo completo, si bien los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la utilización en los contratos de fijos discontinuos de la modalidad de tiempo parcial, así como los requisitos para la conversión de contratos temporales en contratos de fijos discontinuos.

Los contratos fijos discontinuos se extinguirán por las causas legalmente establecidas en el artículo 49 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

La identificación entre contratos temporales de obra y servicio y fijos discontinuos, depende de la naturaleza que justifica la contratación temporal, si la obra y servicio que sirve de fundamento no tiene carácter extraordinario si no que se reitera en el tiempo de forma cíclica, no podemos hablar de contrato temporal si no de trabajo periódico o discontinuo

La jurisprudencia actual y en concreto es destacable la sentencia 1627/2008 en los casos financiados con fondos públicos con carácter cíclico y no temporal, que aplica lo siguiente *“los criterios de delimitación entre el trabajo eventual y el fijo discontinuo han sido ya concretados por esta sala.”* La sentencia de 26-5-97 (RJ 1997, 4426), entre otras, señala que *“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”*

Quedando la contratación fija discontinua para atender una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, en intervalos de tiempo separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad, y la contratación para obra y servicio o eventual, cuando atienda a circunstancias excepcionales.

El supuesto de contrataciones temporales reiteradas con arreglo a una cadencia de esta naturaleza es rechazada por los tribunales la legitimidad de estos contratos, entendiéndose como contratos indefinidos de carácter fijo

discontinuo (STS de 14 de octubre de 1988, Abr. 7820, 18 de diciembre de 1991, Ar 9801 y 26 de mayo de 1997, Ar 4426)

Me gustaría destacar los fundamentos de derecho de la siguiente sentencia: referida al trabajo de los peones de extinción de incendios que en mi opinión ilustra de manera clara las dos corrientes hasta la actualidad en disputa:

“Al haberse constatado la necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, reiterándose la necesidad en el tiempo, aunque lo sea por periodos limitados, ya que la necesidad de prevención y extinción de incendios forestales responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa pública demandada, las campañas se vienen reiterando anual y cíclicamente en años sucesivos.”⁶⁷

Después de ver la sentencia del año 2012, a continuación muestro la doctrina mantenida anteriormente a la ya consolidada:

Las actividades, análogas a la ahora enjuiciado, consistían " en la realización de obra o servicio determinado con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa (referida en este caso, como genéricamente indica su propio nombre, a la conservación de la naturaleza), siendo claro, además, que su ejecución no es ilimitada en el tiempo pero sí es de duración en principio incierta. No se desconoce la reiteración con que el hecho del incendio forestal se produce en la época estival de cada año, mas ello no es suficiente para fundamentar la estimación de que se está ante una contratación de carácter fijo, periódico y discontinuo. Sobre este particular debe resaltarse, en primer lugar, el hecho de la dependencia presupuestaria del organismo demandado, de modo que sólo podrá proporcionar la cobertura necesaria para la vigilancia y extinción de los incendios en función de sus disponibilidades de tal orden, que pueden diferir de un año a otro. En segundo lugar, pueden también variar las planificaciones anuales, con sus concretos y objetivos específicos, en atención a las características de cada temporada. En tercer lugar, precisamente por las razones expuestas, relativas a la planificación anual

⁶⁷ STS 3670/2012

en función de las disponibilidades presupuestarias y de las características de cada temporada, y, en todo caso, por la propia naturaleza del trabajo a desarrollar, ha de entenderse que es para cada período concreto, y no con carácter permanente, la suficiencia acreditada por los interesados en las pruebas físicas y de otro orden previstas en las respectivas bases de convocatoria". Este criterio fue seguido por las posteriores SSTs/IV 3-noviembre-1994 (rcud 807/1994) y 10-abril-1995 (rcud 1223/1994). Fue modificada a partir, fundamentalmente, de la STS/IV 14-marzo-2003 (rco 78/2002), en recurso de casación ordinaria siendo la empleadora la Generalitat de Catalunya, argumentándose que "La naturaleza de las funciones a desempeñar por los peones a los que se contrata para la detección, localización y comunicación de columnas de humo o incendios forestales en época estival no puede calificarse como algo que razonablemente pueda proveerse de manera puntual. La ubicación geográfica y condiciones climáticas hacen que el riesgo de incendio se incorpore lamentablemente al núcleo de supuestos que da origen a actividades necesarias y permanentes, pues no de otra forma se concibe la detección y reconocimiento de posibles focos, de manera estable, sin perjuicio de que dependiendo en cada ejercicio de la magnitud del evento dañoso o de las peculiaridades que presenta cada estación como la que deriva de una más acentuada sequía, se acuda a otras formas temporales de contratación para refuerzo de quienes de manera permanente asumen las tareas de control."⁶⁸

Por lo que finalmente y a partir del año 2003 no se admite uso del contrato de obra y servicio en estos casos por ser un ejemplo evidente de contrato fijo discontinuo, como explica la sentencia.

A continuación muestro otros dos ejemplos de sentencias a favor del contrato fijo discontinuo:

En primer lugar en el caso de las rebajas, en grandes almacenes, que aun habiendo sido definidas en convenio como tareas validas para el contrato de

⁶⁸ STS/IV 10-junio-1994 (rcud 276/1994)

obra o servicio, esta sentencia declara nula la clausula del convenio en pro de la estabilidad:

“Aplicando este criterio al artículo del convenio objeto de impugnación, comprobamos que identifica como trabajos susceptibles de ser atendidos por contrato de obra o servicio específicamente las «campañas», siendo así que, en los grandes almacenes, las de rebajas, navidad, comienzo de curso escolar y tantas otras se reiteran cada año y en fechas, al menos aproximadas. Ciertamente es que esas ventas presentan perfiles propios, pero son habituales y reiteradas con periodicidad. Por tanto deben cubrirse con trabajadores con contrato fijo discontinuo, o con contrato a tiempo parcial, instituciones ambas que tienen mayores garantías de fijeza para los trabajadores.”⁶⁹

Y en segundo lugar en el mismo sentido, tampoco se ha admitido para trabajos de profesora de preescolar en guardería infantil, destacando la nota de periodicidad de esta contratación en contra de la obra y servicio⁷⁰

En definitiva, según la jurisprudencia *“la delimitación entre los trabajos susceptibles de ser atendidos con contrato de obra o servicio determinados y los que deben cubrirse mediante contrato de trabajadores fijos de carácter discontinuos la ha realizado ya esta Sala. En nuestra sentencia de 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005, 242) , (Recurso 5031/2003), recordando sentencias anteriores de 4 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3916) (Recurso 4326/2003) y 17 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 6157) (Recurso 4671/2003), decíamos a propósito de decidir si la reiteración de contratos temporales para la realización de idénticas tareas debe ser calificada como un único contrato de trabajador fijo-discontinuo que «esta delimitación legal ya ha sido hecha por ésta Sala en sus sentencias de 23 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7867) , 26 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4436) , en doctrina recogida en la más reciente de 5 de julio de 1999 (RJ 1999,*

⁶⁹ Sentencia de la audiencia nacional 10/04/2013 BOE» núm. 123, de 23 de mayo de 2012

⁷⁰ TS 20 abril 2005

6443) (Rec. 2958/1998). Señalábamos allí que «cuando el conflicto consiste en determinar si la necesidad de trabajo puede atenderse mediante un contrato temporal, eventual o de obra, 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 período limitado». Por tanto la contratación temporal procede cuando la necesidad de trabajo es en principio imprevisible y fuera de cualquier ciclo regular. Por el contrario existe contrato fijo de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico o en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad».⁷¹

”

⁷¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 11 abril 2006 RJ 2006\2393

6. Conclusiones

Después de haber realizado este proyecto y haber ahondado en los fundamentos del contrato de obra y servicio como en su evolución, observo como su figura se ha ido “perfeccionando” a lo largo del tiempo.

De nuevo comparándola con los datos estadísticos que mencionaba en la introducción, llego a la conclusión que el entramado legal creado a raíz de este contrato, combinado con el desarrollo por convenio, matizado por la última reforma en cuanto a duración, no ha servido para que descendiera su uso, si no que a través de la permisividad del mismo, agravado desde mi punto de vista respecto a las contrata y el uso excesivo del contrato de obra y servicio en relación a estas, han potenciado su uso y son causa de estos elevados datos.

El estudio de la OCDE⁷², nos muestra que la tasa de empleo temporal en España es superior a la media de la OCDE en todos los sectores, y lo es también si ponemos el punto de mira por tamaños de empresa y tipos de ocupación. En definitiva, la «diferencia española» no puede explicarse atendiendo a las características de su estructura productiva.

De este estudio también extraemos que los contratos de los jóvenes en este país son muy breves pero que se prorrogan en el tiempo. Y es aquí donde me cito a mi mismo en dicho proyecto, al reiterar que un trabajo temporal prorrogado en el tiempo, no es un trabajo estable, parece que se ha perseguido mas mantener un contrato temporal por el máximo tiempo posible, que perseguir el salto de este a uno indefinido.

⁷² 2005): *Labour Market Statistics* [Internet], Paris, OECD; disponible en <http://www1.oecd.org/scripts/cde/default.asp>

Otro dato de este mismo estudio en este mismo sentido arroja la realidad de que en dos años después de haber conseguido un contrato temporal el 22% de los jóvenes siguen en él, y otra cifra similar que 1 de cada 5 universitarios sigue con contrato temporal a los 39 años.

En definitiva en un contexto de alta incertidumbre laboral, con un sistema de negociación colectiva no inclusivo, los contratos temporales pueden adquirir una enorme capacidad de incentivación. A los beneficios que reportan las relaciones de empleo estables a cambio de las grandes posibilidades de extracción de esfuerzo productivo a corto plazo que otorga el empleo temporal.”

73

“Los contratos temporales no cumplen su misión de escalón hacia un trabajo más estable”, OCDE

⁷³ G.POLAVIEJA, J, ¿Por qué es tan alta la tasa de empleo temporal? España en perspectiva comparada, “cit.pag 103”

7. Bibliografía

- ❖ AGUILERA IZQUIERDO, R,: “El principio de causalidad” En “la contratación temporal” en “Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales” 2012
- ❖ Comisión consultiva nacional de convenios “Contratación temporal, empresas de trabajo temporal, subcontratación en “la negociación colectiva” serie relaciones laborales nº94, 2011
- ❖ BLASCO PELLICER, A.): “La duración máxima del contrato para obra o servicio determinado.”, Nº 2, Sección Estudios, Quincena del 16 al 31 Ene. 2011, tomo 1, Ed. La ley
- ❖ COSTA REYES, A, “Exigencias comunitarias, descentralización productiva y contratación temporal: a propósito de la jurisprudencia española sobre contrata y contrato de obra y servicio”. En “relaciones laborales, nº9, sección doctrina, quincena del 1 al 15 de may.2010, año XXVI, tomo 1, Ed. La ley
- ❖ DIRECTIVA 2001/23/CE del CONSEJO EUROPEO de 12 de marzo de 2001
- ❖ FERNANDO DIEZ, A,: “Doctrina científica reforma laboral”, ed. Lex Nova 2010
- ❖ FERNANDEZ MARQUEZ, O, “El objeto del contrato de trabajo para obra o servicio: última jurisprudencia y nuevas perspectivas a la luz de la reforma 1994” en Relaciones laborales nº11, sección doctrina, quincena del 1 al 15 de jun.1997, pag 568, tomo 1, Ed. La ley
- ❖ FITA ORTEGA, F, “El contrato de obra o servicio determinado vinculado a la contrata o subcontrata”, Actualidad laboral, Nº12, sección estudios, quincena del 16 al 30 de Jun. 2005, pago 1352, tomo 1, Ed. La ley
- ❖ Fundación 1º de Mayo, “Las reformas laborales en España y su repercusión en materia de contratación y empleo” 2012

- ❖ G.POLAVIEJA, J, “¿Por qué es tan alta la tasa de empleo temporal?” 2011
- ❖ GOERLICH PESET, J.M,: “La limitación temporal del contrato de obra y servicio determinado”
- ❖ GOERLICH PESET, J.M, “Relaciones laborales y de seguridad social en el sector agrario” en Proyecto I+D GV
- ❖ GOERLICH PESET, J.M, “La reforma de la contratación temporal en el Real Decreto Ley 10/2010” en “La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos” (Dir. García Perrot Escartín, Mercader Uguina), Lex Nova, Valladolid, 2010
- ❖ GOERLICH PESET, J.M, “Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿el final de una larga discusión?” En “Relaciones laborales y de seguridad social en el sector agrario”
- ❖ LUQUE PARRA, M, Dossier Judicial: “Contratos temporales por causas empresariales” (art. 15 TRLET)
- ❖ MARTIN VALVERDE, A Et.altri “derecho del trabajo” ED. Tecnos. Edición 2012
- ❖ REYES COSTA, A, Relaciones laborales, nº9, Sección doctrina del 1 al 15 de mayo. 2010 año XXVI, Tomo 1, Ed. La ley
- ❖ Rodríguez, M, El “Contrato fijo de obra” y sus modalidades En <http://www.alimarket.es/noticia/87402/El--Contrato-fijo-de-obra--y-sus-modalidades>
- ❖ SERRANO GARCIA, M, J, “La contratación temporal: contrato de obra y servicio” en “la reforma del mercado de trabajo 2010” (Dir. Fernando Valdés Dal-Re, Elías González-Posada Martínez) Editorial Reus, 2011
- ❖ Toharia Cortes, Luis, “El modelo español de contratación temporal”
- ❖ VALDES ALONSO,A, “La reforma del mercado de trabajo de 2010”
- ❖ 2005 Labour Market Statistics [Internet], Paris, OECD; disponible en <http://www1.oecd.org/scripts/cde/default.asp>

❖ <http://portaljuridico.lexnova.es/practica/JURIDICO/65070/que-incidencia-tiene-en-el-contrato-fijo-de-obra-el-convenio-colectivo-de-la-construccion>