

DE CONTRATAS Y DE CONTRATOS PARA OBRAS Y SERVICIOS DETERMINADOS

ABOUT CONTRACTS AND FIXED-TERM CONTRACTS BECAUSE OF SPECIFIC WORK OR SERVICE

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca
Universidad de Sevilla
Orcid: 0000-0003-0345-5046
mamgijon@us.es

El texto que el RDL 32/2021 ha introducido en el art. 42.5 ET tiene de bondad que consigue reflejar mejor el verdadero problema de la “descentralización productiva”: la frecuente realidad de que el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de la contrata determine unos salarios –así como otras condiciones laborales– inferiores a los que estos percibirían si fueran trabajadores contratados directamente por la empresa principal. Y esa menor cuantía o precariedad de condiciones es lo que hace que el arrendamiento de servicios o el encargo de ejecución de obra resulte atractivo para el contratante. Aquí se encuentra el primer punto de debate que deseo proponer: el recurso a la subcontratación como forma de lucro. Un lucro o beneficio que presenta formas muy diversas y que conviene a ambas partes del contrato: desde el abaratamiento de costes (laborales, de Seguridad Social y prevención de riesgos) para el contratante hasta la abundancia de encargos para el contratista. La cuestión espinosa radica en que una prohibición de la subcontratación o una neutralización del beneficio descrito conllevaría una importante destrucción de empleo y el cierre de estas empresas calificables como “low-cost”. Indudablemente, a lo anterior habría que añadir que la subcontratación –como fenómeno– es más admisible, desde el punto de vista legal, si nos situamos en el sector de la construcción, donde varias empresas colaboran para un fin último, que si lo hacemos en el sector servicios, donde la descentralización (“externalización”) se

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

produce *a posteriori* –un servicio que se prestaba con personal propio se pasa a ofrecer por un tercero– y la reducción de costes es más palpable.

Pese a todo, aplicando el principio vital de “cada uno a lo suyo”, el Derecho del Trabajo sigue procurando la justicia y la igualdad en las relaciones laborales, también en las que tienen por marco las contratas y subcontratas. Un ámbito que, si bien en un primer momento, fue mayoritario del sector de la construcción, en las últimas décadas se ha intensificado respecto de las llamadas actividades auxiliares, algunas de ellas sin especiales requisitos de pericia o especialización (vigilancia, limpieza, portería, jardinería, mensajería, restauración, comercialización de productos *online*, etc.), y que son ofertadas por las denominadas “empresas multiservicios”¹. Estas no solo subcontratan con empresas privadas sino también con las del sector público. Un caso especialmente conocido ha sido el de las denominadas *kellys*: limpiadoras de hoteles con funciones similares a las de camareras de pisos. Precisamente como forma de ahorrar costes, un hotel subcontrata la limpieza de habitaciones con una empresa multiservicios, la cual le proporciona una cuadrilla de *kellys*, que realizarán el acondicionamiento y arreglo completo de las habitaciones a un coste notablemente inferior –por carecer de convenio colectivo aplicable–, que si formaran parte de la plantilla de dicho hotel, como grupo profesional propio.

Tres opciones resultaban posibles a la hora de identificar la fuente del Derecho aplicable a estas relaciones: a) el convenio colectivo de la empresa multiservicios; b) el convenio de la empresa principal o contratante; c) el aplicable a la actividad desempeñada por la contratista para la contratante. Ninguna de las tres resuelve el problema de modo pleno. La primera, por un lado, por la dificultad con que se encuentran estas empresas para incluir en un único convenio colectivo un conjunto de actividades tan diversas unas de otras, y obtener un resultado homogéneo; y, por otro lado, el obstáculo de que son empresas con muy escasa plantilla indefinida, por lo que, en caso de tener varios centros de trabajo, no llegan a poder culminar que el convenio de empresa haya sido negociado por representantes estatutarios de todos los centros (pues alguno puede carecer de ellos, dado el número de trabajadores que constituyen la plantilla²). Además, si la empresa multiservicios no tiene convenio colectivo propio se plantea la cuestión de si le resultan aplicables la pluralidad de convenios colectivos sectoriales de las actividades que conforman su objeto social, lo que afectaría al principio de unidad convencional. En segundo lugar, la opción de aplicar el convenio colectivo de la empresa contratante enturbia la realidad de la separación que la subcontratación por naturaleza conlleva, aparte del hecho de que anula el ahorro

1. Ofrece una visión bastante completa de esta problemática Vicente Palacio 2016. Más recientemente, una propuesta de reforma del marco de contratas y subcontratas en Rodríguez-Piñero Royo 2021, 11-21.

2. SSTs de 18 de febrero de 2016, rec. 282/2014, 23 de febrero de 2016, rec. 39/2015, 11 de enero de 2017, rec. 24/2016. Se alega vulneración del principio de correspondencia entre la representación social y el ámbito del convenio colectivo.

económico buscado por dicha empresa que externaliza el servicio. Finalmente, como tercera opción, la aplicación del convenio vinculado con la actividad desempeñada, resulta extraña a las empresas intervinientes, pues ninguna se identificará, en pureza, con él, pudiendo alegarse la no pertenencia a su ámbito subjetivo; no obstante, si efectivamente la norma convencional prevé, para los trabajadores de la contrata, un salario inferior al de la función realmente desempeñada, es probable que las empresas lo acepten como solución apta para atender sus respectivos intereses. Si aplicamos lo dicho al caso de las *kellys*, es probable que nos encontremos con la siguiente situación: la empresa multiservicios probablemente carecerá de convenio propio; el hotel no tendrá ningún interés en aplicar el suyo –con el objetivo de ahorrar costes–; y se opte finalmente por recurrir, como convenio vinculado con la actividad de estas limpiadoras, el de limpieza en oficinas y despachos, en lugar del negociado para la hostelería, al establecer aquel unos salarios y condiciones laborales inferiores³.

Si el iuslaboralista pensaba encontrar la solución en el art. 42.6 ET, la realidad –creo– va a ser decepcionante. Para empezar, porque, fruto de las cesiones e intercambios a nivel político, el resultado ha sido un precepto de interpretación y aplicación complejas, que ofrece una solución pragmática y rehúsa atender a los problemas de fondo. De acuerdo con el mismo, a las *kellys* se les aplicará: primero, el convenio de la empresa multiservicio de la que dependen; subsidiariamente, el de la actividad que se realiza en la contrata; y, subsidiariamente de nuevo, el convenio colectivo sectorial de la empresa principal si la actividad de la contrata se puede considerar afectada por aquel⁴.

Este circuito convencional –como si de una búsqueda desesperada de algún convenio aceptable se tratara– está minado de obstáculos y va a exigir una labor sindical decisiva; no solo por algunas de las dificultades que ya hemos comentado, sino por otras previsiones normativas y convencionales que van a oscurecer aún más la tarea interpretativa. En primer lugar, el hipotético convenio de la empresa multiservicios carece de prioridad, en materia salarial, si existe un convenio colectivo sectorial: la posible existencia de este último es o mínima o imposible, lo que permite soslayar la referencia –en este caso– al art. 84 ET que hace el propio art. 42.6 ET, salvo que optemos por la peliaguda solución de aceptar la pluralidad de convenios en torno a este tipo empresarial. Esa prioridad aplicativa no tendría un carácter absoluto, dado que la

3. Así sucede en la SSTS (ud) de 12 de febrero de 2021, rec. 2839/2019, que cuenta con un VP disidente.

4. Merino Segovia, Grau Pineda 2022, 35 y ss., ofrecen una visión diversa, y absolutamente positiva, considerando que la Reforma soluciona la problemática de las *kellys*, al establecer la aplicación del convenio colectivo de hostelería, pues la actividad que se realiza en la contrata es la “limpieza y puesta a punto de habitaciones y zonas comunes en la empresa hotelera”. A mi juicio, la opinión que manifiestan peca de voluntarista, olvidando los habituales sectores de la actividad económica a que se refieren los convenios, por lo que no puedo compartirla. Más cercano me encuentro de la de Molina Navarrete 2022, 24-25.

opción del “descuelgue salarial” sigue vigente⁵. En segundo lugar, la velada referencia, con carácter de aplicación excepcional, de “otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III”, tras el primer desconcierto en el lector, no puede interpretarse más que como el convenio sectorial de la empresa principal –la hostelería, en el caso de las *kellys*– que incluya, en su ámbito personal o en su ámbito funcional, a las trabajadoras de la limpieza en hoteles procedentes de empresas contratistas multiservicios⁶. Ahora bien, no podrá esperarse que las empresas multiservicios vayan a aceptar la imposición de dicho convenio sectorial a sus trabajadoras, por lo que la única forma de conseguir el mismo resultado, como, de hecho, ha acontecido, es el compromiso, por parte de los hoteles, de no arrendar los servicios de empresas multiservicios que abonen un salario a las *kellys* por debajo del previsto para las camareras de piso⁷. Esto viene a suponer que lo que inicialmente se presentaba como subcontratación termina siendo algo más parecido a una cesión de trabajadores llevada a cabo por una ETT⁸.

Si se considera ahora la realidad de la contratación temporal que, hasta la Reforma de diciembre del pasado año, estaba presente en las contrata y subcontratas así como en las relaciones entre las ETT y los trabajadores “en misión”, nos topamos con la drástica eliminación del contrato para obra y servicio determinado⁹. Como si de la respuesta a un ultimátum de la UE por incumplimiento de objetivos se tratara, el Gobierno opta por la obligatoria “conversión” de los contratos por obra en contratos fijos-discontinuos. Se trata de reducir la temporalidad por imperio de la ley. Ahora bien, ¿debe ser esta una función a asumir por la ley estatal, del modo que hemos visto, o por la negociación colectiva, de una forma más ajustada a las necesidades de los concretos sectores de actividad?

5. Art. 82.3 ET.

6. Coincido con Merino Segovia, Grau Pineda 2022, 40-41. Por otro lado, para una visión más completa de esta problemática y con opiniones discrepantes de la aquí expuesta, remito al artículo de la Prof^a. Dra. Pérez Guerrero en este mismo número Extra.

7. V. art. 20 Convenio Colectivo para el sector de hostelería de la provincia de Alicante para los años 2017, 2018, 2019 y 2020, declarado válido por STS de 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018): “A fin de evitar discriminaciones en el salario y la competencia desleal en el sector a través de la externalización productiva, las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del presente convenio colectivo, que contraten o subcontraten con otras empresas actividades o servicios de las áreas de comedor-restaurante, bar, cocina, recepción, pisos y limpieza, deberán incluir en el contrato mercantil con los contratistas que presten tales actividades o servicios, que estos cumplirán con los trabajadores y trabajadoras prestadores de los mismos, al menos, con todas las obligaciones de naturaleza salarial establecidas en el presente convenio colectivo, además de cumplir con los demás deberes previstos en los artículos 42 y 64 ET”.

8. Art. 11.1 Ley 14/1994, de 1 de junio, por el que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.

9. Desde el 30 de marzo de 2022, conforme a la DF 8ª.2.b) RDL 32/2021.

La lucha contra la temporalidad contractual, y la precariedad subsiguiente, por parte de la Ley es loable, pero no se debe olvidar que la heteronomía unifica e impide atender a matices. La necesidad del contrato para obra o servicio determinado no puede negarse porque, de hacerlo, estaríamos negando la realidad del funcionamiento de un gran número de empresas españolas. Esta ha sido la razón, a mi juicio, de permitir que el contrato por circunstancias de la producción se pueda celebrar sin causa, durante un periodo de tiempo limitado¹⁰, así como el mantenimiento, en el sector de la construcción que tan decisivo es en nuestra economía, del contrato temporal de obra mediante la doble ficción del “contrato indefinido adscrito a obra” y la nueva causa de extinción vinculada a la persona del trabajador¹¹. Esta última medida me parece atentatoria a la dignidad del trabajador e irrespetuosa de la seguridad jurídica que debe presidir las relaciones laborales. Considero que, en aras a frenar con decisión el relativismo legislativo que venimos padeciendo, el TC debería declararla inconstitucional por atentar al art. 35 CE, en cuanto que el trabajador desconoce la naturaleza real del contrato que firma con la empresa de construcción.

La regulación de la temporalidad por parte de la norma estatal debería limitarse a la enumeración de los supuestos posibles (ET) y de las infracciones y sanciones por los incumplimientos (LISOS). Pero la determinación de los detalles de aplicación de los diversos contratos es algo más propio de la negociación colectiva. El Gobierno¹², con su forma de legislar, parece desconfiar de la eficacia normativa del convenio colectivo, como si su carácter de fuente del Derecho del Trabajo careciera de la fuerza necesaria para obligar. Si esta presunta debilidad de la autonomía colectiva obedece a hechos reales, sería preocupante y debería corregirse de inmediato. Si es un prejuicio del legislador de urgencia, se trata de un planteamiento digno de ser abandonado con no menos celeridad. Y es que, a mi juicio, solo mediante un descenso al ámbito concreto de las relaciones laborales de que se trate, se pueden perfilar matices, formas y modos, que, siendo respetuosos con la ley estatal, resulten idóneos para dar una respuesta adecuada y ajustada a lo que el sector en cuestión demanda. Como explicara la doctrina, el contrato para obra o servicio determinado tenía un sentido causal claro: una obra, un servicio, con inicio y con final, luego no permanentes¹³. Ahora bien, desde el momento en que se quiere ser más específico, y que esto sea respetado por la generalidad, comienzan los problemas: lo que encajaba perfectamente en el sector de la construcción o, al menos, servía de marco para las modulaciones que pudieran establecerse vía convenio, termina encontrándose con un límite –la autonomía y

10. Art. 15.2.4º ET.

11. DA 3ª Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.

12. No me refiero a este último, sino también los anteriores.

13. García Ninet 1995; Vicente Palacio 1996; García Ninet, Vicente Palacio 1998.

sustantividad propia¹⁴- que no servirá más que para complicar y “descausalizar” este contrato, dejando a los tribunales la cansina tarea de la resolución *ad casum*.

A la vista de lo señalado, es previsible que los empresarios “se refugien” en el contrato por circunstancias de la producción, si bien en materia de contrata solo se permite su uso en actividades que no se puedan identificar con las habituales u ordinarias de las empresas contratistas¹⁵. Se crea de nuevo un foco de discusión y debate que va a recordar a la distinción entre la actividad principal o inherente al círculo productivo y la que no lo es. Lo que se venía –y se continúa– discutiendo en relación con el momento en que “se activaba” la responsabilidad de las empresas principales respecto de las contratistas y subcontratistas se anticipa ahora a la decisión que deberán adoptar las contratistas sobre el contrato a celebrar: si por circunstancias de la producción o fijo-discontinuo. En el fondo, más que asistir a una simplificación, parece como si los “nudos” se situaran en sitios distintos.

El deseo de que el contrato fijo-discontinuo se convierta en la estrella de la Reforma de 2021 (como el ERTE lo ha sido en la pandemia) precisa de mayor claridad y desarrollo. ¿No sería útil un reglamento que ofreciera más detalles de un contrato que puede calificarse de muchas formas, pero que difícilmente recibirá los apelativos de “sencillo” y “asequible”? ¿Existe alguna comparativa que ofrezca el coste económico de un trabajador temporal en relación con otro fijo-discontinuo? Quizás esto que ahora apunto venga en un segundo momento (como también ha sucedido con los ERTES). De momento, ya se oyen voces discrepantes, no solo en la relación laboral común sino también en la especial de artistas, un sector caracterizado eminentemente por la temporalidad de sus contratos, que teme verse condicionado no solo por la aplicación del art. 15.5 ET como ha aceptado sin especiales reparos el TS, sino por una reforma gubernativa que pretenda que todos los artistas tengan, cuanto menos, un contrato fijo-discontinuo¹⁶. Habrá que esperar al tan anunciado Estatuto del Artista.

En definitiva, la Reforma presenta sus luces y sombras. Es posible que el “bosque” del Derecho del Trabajo de que hablara el Catedrático Manuel Pérez Pérez en sus clases de Derecho del Trabajo no nos deje ver las dos cuestiones principales que aquí someto a debate, y que vuelvo a reiterar: a) En cuanto a las contrata y subcontrata: ¿Es preferible una subcontratación que crea empleo aunque este no sea de igual calidad que si de una contratación directa se tratara? ¿Convendría que los convenios colectivos sectoriales aceptaran en su clausulado la opción de que los trabajadores de una

14. Aparece por vez primera en el art. 2.1 RD 2104/1984, de 21 de noviembre, por el que se regulan diversos contratos de trabajo de duración determinada y el contrato de trabajadores fijos discontinuos. No será hasta el Estatuto de los Trabajadores en su versión de 1995 cuando dicho inciso se incluya en el art. 15.1.a).

15. Art. 15.2, último pfo. ET.

16. Pascual Cortés 2022; Mora 2002. Sobre la aplicación del art. 15.5 ET: STS (ud) de 15 de enero de 2020 (rec. 2845/2017); Altés Tárrega, García Testal 2020, 63-88.

contrata percibieran un salario algo menor pero aceptable como fórmula de equilibrio entre la precariedad y la desincentivación de esta forma de empleo?; y b) sobre la contratación temporal por obra o servicio: ¿No se estará pretendiendo una quimera? ¿No debería ser la autonomía colectiva, ejercida con verdadera profesionalidad y rigor por los bancos empresarial y social, la que se ocupara de expulsar los supuestos fraudulentos y permitir los lícitos por coyunturalmente justificados?

A partir de aquí, la respuesta corresponde a nuestros lectores.

BIBLIOGRAFÍA

- Altés Tárrega, Juan Antonio; García Testal, Elena (2020), “La aplicación del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores a la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 449-450, 63-88.
- García Ninet, José Ignacio (1995), *El contrato para la realización de obra o servicio determinado*, Valencia.
- García Ninet, José Ignacio; Vicente Palacio, Arántzazu (1998), *Contrato temporal para obra o servicio determinado: nueva legislación y jurisprudencia*, Valencia.
- Merino Segovia, Amparo; Grau Pineda, Carmen (2022), “La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de piso”, *RDS*, 96, 19-46.
- Molina Navarrete, Cristóbal (2022), “Ni «hito transformador» ni «timo del tocomoch»: ¿reforma laboral mínima pactada, interpretación prudente?”, *RTSS. CEF*, 467, 5-36.
- Mora, Jaime G. (2022), “Yolanda Díaz e Iceta dejan al sector cultural sin margen para contratar”, *ABC*, 18 de febrero de 2022 (consultado el 7.03.2022). https://www.abc.es/cultura/abci-yolanda-diaz-iceta-dejan-sector-cultural-sin-margen-para-contratar-202202180105_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fadepi.net%2F
- Pascual Cortés, Raquel (2022), “Las ETT advierten dificultades para convertir contratos de obra en fijos discontinuos”, *CincoDías. El País Economía*; https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/03/01/economia/1646157329_560371.html (Consultado el 7-3-2022).
- Pérez Guerrero, María Luisa (2022), “La Reforma de la subcontratación: una reforma de mínimos”, *TPDM*, vol. 3, Extra 1.
- Rodríguez-Piñero Royo, Miguel (2021), “Un cambio de paradigma en la regulación laboral de las contratas”, *TPDM*, 4, 11-23.
- Vicente Palacio, Arántzazu (1996), *El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado*, Valencia.
- Vicente Palacio, Arántzazu (2016), *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, Barcelona.