

La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contratas

The abolition of the contract for a specific job or service and the new role of the fixed-discontinuous contract in the field of contracts

ARÁNTZAZU VICENTE-PALACIO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaume I-Castelló

© <https://orcid.org/0000-0002-6559-4386>

Cita sugerida: VICENTE-PALACIO, A. "La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contratas". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 2 (2022): 79-99.

Resumen

Se analizan algunas de las modificaciones operadas por el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre sobre la contratación temporal, concretamente: la derogación del contrato para obra o servicio determinado; el nuevo contrato indefinido adscrito a obra en el ámbito de la construcción y las modificaciones en materia de subcontratación. En relación a estas últimas, la norma posibilita la contratación de los trabajadores que prestan servicios para empresas auxiliares y en el marco de contratos interempresariales (contratas mercantiles y administrativas) en la modalidad del contrato fijo-discontinuo. Se apuntan a título orientativo algunas cuestiones que deberá abordar la negociación colectiva en el marco de la nueva regulación legal.

Abstract

Some of the amendments made by Royal Decree-Law 32/2021 of 28 December on temporary contracts are analysed, specifically: the repeal of the contract for a specific work or service; the new open-ended contract assigned to work in the field of construction and amendments in the area of subcontracting. With regard to the latter, the regulation makes it possible to hire workers who provide services for auxiliary companies under the framework of inter-company contracts (commercial and administrative contracts) in the form of a fixed-discontinuous contract. As a guideline, some of the issues to be addressed by collective bargaining in the framework of the new legal regulation are outlined.

Palabras clave

Reforma laboral; contrato obra y servicio determinado; contratas; construcción; negociación colectiva; fijo-discontinuo

Keywords

Labour reform; work and service contract determined; contracts; construction; collective bargaining; fixed-discontinuous

1. UNA GUERRA DE TREINTA AÑOS: ¿HABRÁ LLEGADO EL FIN DE LA PRECARIEDAD EN EL ACCESO AL TRABAJO O ES SÓLO UNA NUEVA BATALLA (PERDIDA)? UN REPASO HISTÓRICO

La lucha contra la precariedad laboral derivada del abuso en la contratación temporal es una constante desde hace varias décadas. No ha habido prácticamente reforma laboral en nuestro país en la que no se haya invocado como objetivo la eliminación de esta lacra. Pero la realidad es terca y siempre encuentra caminos alternativos para eludir el mandato legal, ya sea el burdo incumplimiento legal, aprovechando las altas tasas de demandantes de empleo; mediante el más sutil fraude de ley; o dentro del más estricto cumplimiento de la normativa aplicable, a través de construcciones jurídicas que terminan imponiéndose.

No está de más recordar ahora brevemente algunos datos sobre la contratación temporal de las últimas décadas y situarlos en su contexto normativo.

La contratación temporal de fomento de empleo de carácter no causal surge a principios de la década de los 80 como una respuesta a la crisis de empleo de esos primeros años de andadura democrática y en el marco de las consecuencias de la crisis del petróleo. Inicialmente restringida a determinados colectivos, terminó por generalizarse para permitir la contratación temporal de cualquier trabajador inscrito como demandante de empleo. Su amparo legal se hallaba en el art. 15.1.d) ET que autorizaba al Gobierno para adoptar medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo para facilitar la colocación de trabajadores de edad avanzada, con capacidad laboral disminuida, desempleados y de quienes accedieran al primer empleo. La duración máxima de este contrato “coyuntural” era, por ley (art. 17.3 ET-80) de tres años, que acabaron convertidos en muchos más por la inexistencia de mecanismos que evitaran la rotación de los trabajadores en la misma o distintas empresas. Estas normas coyunturales convivían con el art. 15 ET-80 como norma jurídica estructural o permanente. Este precepto consagraba como premisa el principio objetivo o de causalidad (“*el contrato se presume concertado por tiempo indefinido*”) para, a continuación, enumerar los supuestos que permitían la contratación temporal. Estos supuestos eran los contratos temporales clásicos: el contrato para obra o servicio determinado, el contrato eventual por circunstancias de la producción, el contrato de interinidad por sustitución y el contrato fijo y periódico de carácter discontinuo. La reforma de 1984 flexibilizó el régimen del contrato coyuntural al predicarla de los trabajadores demandantes de empleo¹ y creo una nueva figura causal: el contrato por lanzamiento de nueva actividad. Y a partir de aquí se inicia la batalla contra el excesivo peso de la contratación temporal en nuestro mercado de trabajo, lógicamente en el marco de las diferentes sensibilidades parlamentarias que van sucediéndose en la, cada vez más, consolidada democracia. La liberalización que caracterizó la amplia reforma del último gobierno socialista (1993-1996) no impidió la adopción de medidas para la lucha contra la contratación temporal suprimiendo del art. 15 ET el contrato coyuntural de fomento de empleo como instrumento “estable” de contratación (aunque se mantuvo el tenor literal del art. 17.3 ET), manteniendo la misma tipología de contratación temporal causal anterior, si bien se incrementó el papel de la negociación colectiva en la definición causal de las distintas modalidades. Será bajo el primer Gobierno popular (1996-2000) cuando, como resultado del diálogo social (Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo, 1996) se inicie el cambio de orientación normativa con la finalidad de reducir las tasas de temporalidad, objetivo asumido en mayor o menor medida por todos los gobiernos posteriores, populares o socialistas, con escaso éxito. Ni la supresión definitiva de la contratación temporal coyuntural generalizada, ni el incremento de las facultades atribuidas a los convenios en la configuración de las duraciones de los contratos causales, ni la habilitación para establecer requisitos adicionales para la prevención de abusos en la contratación temporal, ni la imposición al empresario de obligaciones informativas sobre la contratación temporal, ni el establecimiento de nuevos límites legales a la encadenación de contratos temporales del mismo trabajador en la misma empresa, grupo de empresas o en relación al mismo puesto de trabajo con independencia del trabajador (temporal) (rotación de trabajadores), entre otras medidas adoptadas en las más de dieciséis normas legales (entre normas de urgencia y leyes resultado de la tramitación parlamentaria de aquellas) que afectaron al art. 15 ET del Estatuto de los Trabajadores 1995. Entre estas normas se incluye la reiterada suspensión de la aplicación de una de las principales reglas (art. 15.5 ET) previstas para evitar la precariedad laboral fruto del diálogo social a nivel comunitario (Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.). Ninguna reforma se operó sobre la regulación del Segundo Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (2015) hasta la reforma operada por este Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre.

¹ El Real Decreto-Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo amplió la duración mínima del contrato temporal de fomento de empleo a 12 meses (elevando también el periodo de carencia mínimo para acceder a la prestación contributiva de desempleo a 12 meses).

Ninguna de estas reformas tuvo efecto significativo para la contención de la contratación temporal. Como aves migratorias, los contratos suscritos fueron cambiando su encuadre desde el contrato coyuntural a las tipologías causales, bien las clásicas (eventual, interinidad, obra y servicio) bien a las nuevas (lanzamiento de nueva actividad, inserción, contrato para emprendedores). La supresión del contrato coyuntural de fomento de empleo supuso el inesperado renacimiento de un contrato prácticamente muerto desde su nacimiento (lanzamiento de nueva actividad); la derogación de este determinó el despegue de los contratos eventuales por circunstancias de la producción en los que la ocasionalidad e imprevisibilidad se prolongaba mucho más de lo que cabe reconducir a estos calificativos; las restricciones a estas duraciones, la reconducción de las contrataciones hacia el contrato para obra o servicio determinado en el marco del desmantelamiento de la empresa-organización a partir de la externalización productiva. En definitiva, de poco o nada sirvieron tantas reformas normativas, concertadas o no, si atendemos a los datos disponibles. Los datos son muy claros²:

MODALIDAD DE CONTRATACION	2015	2016	2017	2018	2019	2020
INDEFINIDO ORDINARIO (Bonif./no Bonif.)	1.022.340	1.121.350	1.232.127	1.435.317	1.312.831	930.046
PERSONAS CON DISCAPACIDAD	8.120	9.886	10.678	11.619	11.082	6.467
OBRA O SERVICIO	7.334.750	7.715.112	8.278.306	8.274.521	8.193.202	6.241.088
EVENTUAL CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN	7.722.400	8.641.593	9.412.876	9.830.653	10.341.952	6.777.227
INTERINIDAD	1.581.739	1.591.346	1.563.147	1.569.956	1.555.355	1.188.747

Si atendemos a los datos acumulados a diciembre de 2021, queda claro que no es la construcción el principal sector en el que opera el contrato de obra y servicio determinado sino que, por el contrario, los servicios han asumido el protagonismo³:

2.4A CONTRATOS DE TRABAJO SEGUN TIPO DE CONTRATO POR SECTOR, SECCIÓN Y DIVISIÓN DE ACTIVIDAD ECONÓMICA. AMBOS SEXOS. AÑO					
ACUMULADOS A DICIEMBRE 2021					
	TOTAL CONTRATOS	TOTAL CONTRATOS INICIALES	INDEFINIDO (Bonif./no Bonif)	OBRA O SERVICIO	EVENT. CIRC. DE LA PRODUC.
AGRICULTURA Y PESCA	2.914.135	2.874.501	87.371	1.979.171	794.481
INDUSTRIA	2.354.813	2.233.385	98.012	557.838	1.442.394
CONSTRUCCIÓN	1.143.408	1.037.524	67.735	762.503	189.514
SERVICIOS	12.972.003	12.361.084	973.618	3.699.173	6.257.150
TOTAL ACTIVIDAD ECONOMICA	19.384.359	18.506.494	1.226.736	6.998.685	8.683.539

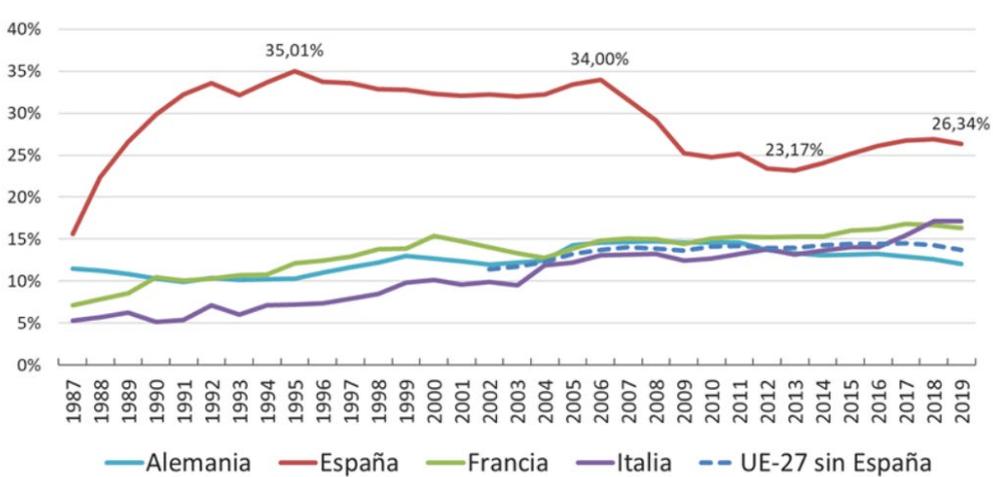
En términos relativos y en el contexto comunitario, la contratación temporal supone unos porcentajes muy elevados⁴ que contrastan con los datos de otros países comunitarios. No son de

² Datos extraídos del Servicio Público de Empleo Estatal: “Datos estadísticos generales”, resumen-gráficos y tablas, diciembre, 2021 (Fecha de consulta: 23-1-2022).

³ Datos procedentes de Servicio Público de Empleo “Estadísticas de contratos. Datos acumulados diciembre 2021” Tabla 2.4.A. Contratos por sector, sección y división de actividad económica, procesada por la autora. Puede descargarse en <https://sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas/contratos/estadisticas-nuevas/2021/diciembre.html> (Fecha de consulta: 20-1-2022).

⁴ El gráfico procede de <https://economistasfrentealacrisis.com/es-excesiva-la-temporalidad-del-empleo-en-espana/> (Fecha de consulta: 20-1-2022). Está elaborado con datos extraídos de Eurostat.

extrañar las reiteradas llamadas de atención que recibimos por parte de las instancias comunitarias sobre las exageradas cifras de temporalidad de nuestro mercado laboral que, como queda puesto de manifiesto, no puede quedar excusada por la importancia de la construcción en nuestro país pues, como se deriva de la tabla anterior, la construcción ocupa algo menos del 11% del total de contratos de obra y servicio iniciales mientras que el sector servicios representa casi el 53% de los contratos para obra o servicios iniciales.



Economistas Frente a la Crisis sobre datos de EUROSTAT

Es notable la diferencia porcentual entre España por un lado, y otros dos socios comunitarios (Francia e Italia) que han compartido con nosotros una regulación prácticamente idéntica de la contratación temporal causal.

2. LA DEROGACIÓN, CON CARÁCTER GENERAL, DEL CONTRATO PARA OBRA O SERVICIO DETERMINADO COMO MODALIDAD CAUSAL SINGULAR

Una de las principales novedades del Real Decreto-Ley 32/2021 ha sido la derogación, con carácter general, del contrato para obra o servicio determinado. Como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, esta figura contractual, existente en nuestro Derecho desde la primera codificación de nuestras leyes “obreras” (1926), se había convertido en la segunda modalidad de contratación laboral en España, convirtiendo en una quimera el principio de causalidad en la contratación laboral.

El contrato para obra o servicio determinado fue tradicionalmente una figura contractual cuyo ámbito de aplicación se circunscribía fundamentalmente a aquellas actividades en las que se contrataba la realización de una “obra determinada” (opus) entendida como “cosa material y tangible” (res) cuya realización tenía un término cierto radicando la incertidumbre en el momento exacto de su vencimiento (*certus an, incertus quando*). En el ámbito laboral es, pues, lógico que su ámbito tradicional de actuación fuera el sector de la construcción por cuanto terminada la opus/res, desaparecía el objeto del contrato y la necesidad de los trabajadores contratados cuando dichos operarios estaban adscritos exclusivamente a dicha obra. Apareció así en las normas sectoriales preconstitucionales⁵ la figura el “fijo de obra” que se ha mantenido en el ámbito de la negociación colectiva desde la publicación del I Convenio General del Sector de la Construcción que vino a

⁵ Reglamentación del Trabajo en las Industrias de la Construcción y Obras Públicas (Orden de 3 de abril de 1946; BOE de 14-4-1946) y Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica (Orden de 28-8-1970; BOE de 5-9-1970).

cubrir el vacío de regulación sectorial tras la definitiva derogación de la Ordenanza Laboral de la Construcción.

La inclusión del “servicio” como resultado de la acción de servir y, por tanto, como una acción continua, no excluía la necesidad de que también su finalización fuera cierta, aunque fuera incierta la fecha de llegada de ese término, vinculado directamente con la culminación del servicio contratado.

Esta generalización del contrato para obra o servicio determinado fuera de su ámbito “tradicional” de la construcción (y obras públicas) se explica, fundamentalmente, por tres motivos: 1) el coste de la extinción del contrato de trabajo indefinido; 2) la generalización de la externalización productiva en las tres últimas décadas; y, c) la aceptación por la jurisprudencia de las contrataciones o concesiones (por naturaleza, temporales) como causa legítima del contrato de obra y servicio determinado. A las anteriores cabe añadir otra trinidad: a) la aparición en el mercado de las empresas multiservicios, que han operado como encubiertas agencias de suministro de mano de obra o Empresas de Trabajo Temporal; b) la interpretación jurisprudencial del art. 44 ET, que excluye la subrogación empresarial prevista en el supuesto de cambio de contratistas, por entender que en tales casos no se opera una transmisión empresarial entendida como un conjunto organizado (aunque posteriormente se haya configurado la doctrina de la “sucesión de plantillas”; y c) La regulación legal y, en alguno caso, las dudas sobre la identificación del convenio colectivo aplicable a los trabajadores de las contratistas cuando el objeto social de la empresa auxiliar era múltiple (empresas multiservicios).

La reforma ha incidido sobre prácticamente todas estas causas, aunque con distinta intensidad. A la supresión del contrato para obra o servicio determinado cabe apuntar distintas reformas del régimen jurídico de la subcontratación, en concreto, la imposibilidad de vincular la externalización al contrato para obra o servicio determinado y previsiones del convenio colectivo aplicable a los trabajadores de las empresas auxiliares; el establecimiento de una regulación específica para la extinción del contrato indefinido para las obras de construcción; el incremento de cotizaciones de los contratos temporales de corta duración; y la reforma sobre las materias en las que cabe la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, en aquellos supuestos en los que existe un convenio colectivo sectorial de aplicación preferente.

3. UN CONTRATO “INDEFINIDO” PARA LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN: PECULIARIDADES DE SU RÉGIMEN EXTINTIVO. MANTENIMIENTO DE LA MISMA INDEMNIZACIÓN POR FIN DE CONTRATO INDEFINIDO QUE LA PREVISTA EN EL CGSC PARA EL EXTINTO “CONTRATO FIJO DE OBRA”. OTRAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA EN EL ÁMBITO DE LA CONSTRUCCIÓN: LA OFERTA DE RECOLOCACIÓN Y SUS EXCEPCIONES

La supresión incondicionada del contrato para obra o servicio determinado incidía directamente en el ámbito de la construcción en el que, con carácter general, la necesidad de la mano de obra desaparece con la realización de la obra o de sus distintas fases. El legislador ha optado por no establecer excepciones a la modalidad contractual pese a la vinculación entre objeto del contrato (res) y relación laboral. Sin perjuicio de que, en algunos casos, las empresas puedan tener en marcha simultánea y/o sucesivamente distintas obras por lo que desaparece la “res” específica como causa que justifica la temporalidad del contrato, no siempre es así pues depende en gran medida del tamaño de la empresa. La reforma ha cambiado el enfoque de la regulación de la flexibilidad demandada por el sector empresarial: la adaptación a la temporalidad del objeto de la prestación de servicios se ha desplazado desde la duración del contrato de trabajo a la regulación de una causa específica de extinción contractual del nuevo contrato “indefinido adscrito a obra”.

Los datos anuales 2021⁶ arrojan el siguiente escenario de las empresas de construcción en España en atención al número de trabajadores que ocupan: a diciembre de 2021 existen 417.017 empresas, de las que 245.595 carecen de asalariados; y 104.160 empresas cuentan con 1 o 2 trabajadores y 34.016 empresas cuentan con entre 3 y 5 trabajadores.

	Total	Sin asalariado	1 a 2	3 a 5	6 a 9	10 a 19	20 a 49	50 a 99	100 a 199	200 a 249	250 a 999	1000 a 4999	5000
Nacional	417.017	245.595	104.160	34.016	15.007	10.901	5.808	993	354	51	109	19	4

Si atendemos a su distribución territorial por Comunidades Autónomas, las empresas con más de 250 trabajadores se encuentran principalmente en Madrid, Andalucía y Cataluña.

	Total	Sin asalariados	1 a 2	3 a 5	6 a 9	10 a 19	20 a 49	50 a 99	100 a 199	200 a 249	250 a 999	1000 a 4999	5000
Andalucía	58.976	31.803	15.558	5.870	2.586	1.908	998	173	55	8	17	0	0
Aragón	11.490	6.551	3.068	983	412	274	165	27	8	2	0	0	0
Asturias	8.052	5.092	1.868	543	233	192	93	15	10	1	5	0	0
Baleares	16.837	9.886	3.861	1.476	736	519	308	33	15	0	3	0	0
Canarias	16.396	10.020	3.506	1.347	679	497	271	54	17	3	2	0	0
Cantabria	5.524	3.424	1.317	415	165	121	65	15	2	0	0	0	0
Castilla - La	19.716	10.637	5.682	1.869	719	504	241	41	18	2	1	2	0
Castilla y Le	22.447	13.260	6.112	1.727	645	458	208	23	12	0	2	0	0
Cataluña	75.035	45.148	18.533	5.856	2.559	1.828	881	154	51	9	13	3	0
C. Valencian	45.261	26.186	11.814	3.689	1.656	1.211	583	84	26	3	9	0	0
Extremadura	8.328	4.326	2.498	840	328	217	100	19	0	0	0	0	0
Galicia	27.427	16.727	6.852	2.033	843	585	300	62	18	3	3	1	0
Madrid	60.418	37.072	13.897	4.458	2.061	1.562	1.009	200	85	15	44	11	4
Murcia	12.224	7.099	2.997	999	524	371	198	25	8	2	1	0	0
Navarra	6.335	4.269	1.239	402	187	138	71	14	12	0	3	0	0
País Vasco	19.097	12.083	4.520	1.220	547	409	245	49	13	3	6	2	0
La Rioja	2.757	1.613	702	215	94	78	50	4	1	0	0	0	0
TOTAL	416.320	245.196	104.024	33.942	14.974	10.872	5.786	992	351	51	109	19	4

Efectivamente, otra de las novedades del RD Ley 32/2021 ha sido la configuración de una nueva causa de extinción del contrato de trabajo en un ámbito funcional específico: el sector de la construcción. Ya se ha señalado con anterioridad la temporalidad que caracteriza la mano de obra en esta actividad pues deja el trabajador deja de ser necesario cuando finaliza la obra/cosa, su tradicional regulación en las normas sectoriales y su peso en un sector que ha constituido tradicionalmente uno de los motores de la economía española.

La eliminación por el RDL 32/2021, sin excepciones, del contrato para obra o servicio determinado y sin margen para que la negociación colectiva pueda regular su aplicación en este ámbito específico llevaba aparejada la aplicación del régimen extintivo general previsto en el art. 49 y ss. ET, con las consecuencias económicas allí previstas. Para evitarlo -dado el carácter efectivamente temporal de esta actividad- se ha optado por crear una nueva causa de extinción contractual denominada “por motivos inherentes a la persona trabajadora”, que se analiza a continuación. Desde el punto de vista económico, implica el establecimiento de una indemnización por fin de contrato inferior a la prevista con carácter general y concretamente, recoge en una norma heterónoma (Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la

⁶ Datos extraídos del Barómetro (Directorio Central de Empresas) del “Observatorio de la Fundación Laboral de la Construcción” (<https://www.observatoriodelaconstruccion.com/barometro>). Fecha de consulta: 2-2-2022.

construcción -en adelante, LSSC) la indemnización prevista en el Convenio General del Sector de la Construcción (en adelante, CGSC) por finalización del contrato “fijo de obra” por terminación de la obra. Es de significar que la reforma no ha modificado la D.A.3ª ET-2015 también referida a la negociación colectiva y el “contrato fijo de obra”. Esta disposición habilitaba a la negociación colectiva de la construcción para establecer excepciones o precisiones en la regulación del contrato fijo de obra respecto de lo previsto en el art. 15.1.a) (ahora inexistente), art. 15.5 (que mantiene su redacción) y art. 49.1.c) (redacción modificada) de conformidad con lo previsto en la D.A.3ª LSSC. El RDL 32/2021 ha olvidado adaptar esta norma (D.A.3ª ET-2015) a la nueva regulación del contrato “indefinido adscrito a obra”.

Efectivamente, el art. 2 RD Ley 3/2021 modifica completamente la redacción de la D.A.3ª LSSC. En su redacción original establecía una habilitación expresa para que el convenio sectorial estatal adaptara el contrato para obra o servicio determinado a las obras de construcción con el objeto de garantizar una mayor estabilidad en el empleo y así mejorar la salud y seguridad de estos trabajadores “en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación”, precepto al que se remitía, a su vez, la D.A.3ª ET-2015, que exceptúa la aplicación del art. 15.1.a) y 49.1.c) ET-2015 a lo que pueda establecer la negociación colectiva conforme a lo señalado en la D.A.3ª LSSC. Se daba así sanción legal a una figura clásica sectorial -el contrato fijo de obra- ya previsto en las antiguas Reglamentaciones y Ordenanzas Laborales, ampliando la habilitación a la negociación colectiva que se infería del art. 15.1.a) ET. La nueva redacción cambia el enfoque desde la flexibilidad de entrada a la flexibilidad de salida, poniendo de relieve la interrelación entre los dos puntos temporales en los que se comprende la prestación de servicios de los trabajadores de la construcción.

Más allá de la cuestionable denominación de esta nueva causa extintiva (¿causas *inherentes*?) el nuevo texto recoge, adaptándolo al cambio de perspectiva desde las especialidades en la entrada a las singularidades en la salida, y con la novedad que se apunta a continuación, la figura del “fijo de obra” prevista en el art. 24 CGSC.

Esta regulación especial del régimen extintivo del contrato *indefinido adscrito a obra en el ámbito de las empresas del sector de la construcción* se traduce, en lo que a su coste se refiere, en el mantenimiento de la misma indemnización por cese del contrato fijo de obra prevista en el vigente art. 24.8 CGSC: una “*indemnización del 7% calculada sobre los conceptos salariales establecidos en el convenio colectivo que resulte de aplicación y que hayan sido devengados durante toda la vigencia del contrato, o la superior establecida en el Convenio General del Sector de la Construcción*”⁷. La recepción por el legislador de la cuantía de la indemnización impide que la autonomía colectiva pueda rebajar en el futuro el nivel de protección que el legislador ha querido conferir a estos trabajadores indefinidos permitiéndoles, sin embargo, una mejora de la indemnización. Parece razonable que la ley vuelva a asumir un papel regulador en esta materia y sector de actividad de la misma forma que el régimen indemnizatorio general previsto en el ET resulta indisponible para la negociación colectiva.

Sería injusto negar a la reforma su voluntad de contribuir a la mejora de la estabilidad de los trabajadores del sector, al imponer a la empresa la obligación de ofrecer una propuesta de recolocación al trabajador a quien se extingue su contrato de trabajo por finalización de la obra determinada. Los términos de esta oferta son los siguientes:

⁷ El literal del art. 24.8 CGSC señala: “. En todos los supuestos regulados en los apartados anteriores, y según lo previsto en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 49.1.c) del E.T., se establece una indemnización por cese del 7 por ciento calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del Convenio aplicables devengados durante la vigencia del contrato, y siempre y en todo caso, respetando la cuantía establecida en el citado artículo 49.1 c) del E.T.”.

- a) La obligación empresarial no decae por el hecho de que el trabajador no reúna la capacitación necesaria para desempeñar las tareas del puesto disponible puesto que la norma es clara: “*previa realización, si es preciso, de un periodo de formación*”.
- b) La definición de los requisitos de acceso, duración y modalidades de formación adecuadas según las cualificaciones requeridas para cada puesto, nivel, función y grupo profesional compete al convenio estatal del sector de la construcción. Se trata de una habilitación muy amplia, que incluye los requisitos de acceso. Esto implica que no siempre el trabajador va a poder suplir la falta de capacitación inicial con la formación, pues dependerá a la distancia existente entre su capacitación y la exigida para el desempeño de otro puesto de trabajo correspondiente a otro nivel y/o grupo profesional.
- c) La norma dispone que la formación es *a cargo* de la empresa. Aunque cabe interpretar esta carga predicada de la financiación de la actividad formativa, también podría interpretarse que se refiere al mantenimiento de la retribución del trabajador durante el periodo formativo. Es preciso tener en cuenta que el contrato sólo se extingue -abriendo la puerta a la eventual percepción de las prestaciones por desempleo- cuando el trabajador rechaza la oferta de recolocación, por lo que durante el periodo de formación el contrato está vigente. El hecho de que la formación pueda llevarse a cabo previamente a la finalización de la obra parece que refuerza esta interpretación. Queda en el aire, sin embargo, si debe llevarse a cabo durante la jornada (que no parece razonable) o si, por el contrario, puede exigirse esa actividad formativa al trabajador fuera del tiempo de trabajo. Habrá que esperar a ver qué regula el Convenio Colectivo General Construcción sobre esta materia pues se abre un amplio abanico de posibilidades.
- d) En todo caso, lo que es indudable es que compete a la empresa la organización de la actividad formativa y la elección de la entidad formadora sin perjuicio de lo que se pueda establecer por la negociación colectiva. Pues puede llevarse a cabo directamente (es decir, por parte de la propia empresa) o a través de una entidad especializada, siendo preferente la formación que imparta la Fundación Laboral de la Construcción “con cargo a las cuotas empresariales”. Hay que señalar que el texto legal se refiere expresamente a la financiación de estas ayudas con cargo a las cuotas empresariales, lo que excluye la financiación con cargo a otras partidas presupuestarias que pueda percibir la citada Fundación tales como subvenciones estatales o autonómicas dirigidas a personas ocupadas o desempleadas. Según los datos publicados, el presupuesto de la Fundación Laboral para 2021 fue de 68,24 millones de euros representando las cuotas empresariales un 50,99% de dichos ingresos⁸.
- e) No queda muy claro en la regulación legal el ámbito geográfico al que se extiende la oferta de recolocación pues de la regulación de la extinción por causas inherentes a la persona trabajadora parece inferirse que la obligación de recolocación se restringe a la existencia de obras del empleador en el mismo ámbito provincial. Efectivamente, el punto 5 se inicia con la frase “Una vez efectuada la propuesta de recolocación (...)” por lo que parece que la carga empresarial no está limitada a que las obras para la recolocación del trabajador se encuentren en el ámbito provincial. Sin embargo, la lectura de la causa c) del punto 5 se desprende que el empresario es quien extingue el contrato de trabajo en caso

⁸ <https://www.fundacionlaboral.org/actualidad/noticias/fundacion/la-fundacion-laboral-reduce-su-presupuesto-para-2021-casi-un-12-frente-al-de-2020-por-la-incertidumbre-economica-provocada-por-el-covid-19> (Fecha de consulta: 28-1-2022).

de “inexistencia en la provincia en la que está contratada la persona trabajadora de obras de la empresa acordes a su cualificación profesional, nivel, función y grupo profesional una vez analizada su cualificación o posible recualificación. Esta misma restricción geográfica se contempla en la causa b) que también habilita a la empresa a dar por extinguido el contrato de trabajo si la cualificación de la persona trabajadora no resulta adecuada a las nuevas obras que tenga la empresa en la provincia, incluso tras el proceso de formación o recualificación. El rechazo de la oferta de colocación es libre para el trabajador, sin que tenga que concurrir causa alguna. El art. 267.1.a) no exige causa alguna para considerar situación legal de desempleo la extinción del contrato por motivos inherentes a la persona del trabajador”. Por lo demás, la oferta de “recolocación” se refiere a obras de la empresa con la que el trabajador mantiene ese contrato indefinido de obra y, por tanto, no parece que pueda cumplirse con esta obligación si la recolocación deriva de una eventual subrogación en el contrato de trabajo de una nueva contratista, en el caso de las obras públicas, supuesto regulado en el actual art. 27 CGSC.

- Esta referencia provincial por lo demás, no es novedosa. La figura del “fijo de obra” prevista en el CGSC utilizaba el mismo ámbito geográfico para permitir su prestación de servicios en varias obras sin perder por ello la condición de “fijo de obra” y con un límite de 3 años.
- f) A la negociación colectiva estatal “del sector correspondiente” le compete también el establecimiento de los criterios de prioridad o permanencia aplicables cuando puedan concurrir varios trabajadores para una misma obra. Constituye una singularidad la restricción al ámbito estatal del convenio colectivo pues la nueva regulación del art. 16.3 ET del contrato fijo-discontinuo remite al convenio colectivo, sin precisar su ámbito, admitiendo incluso el acuerdo de empresa para la regulación de los criterios objetivos y formales del llamamiento. Como es sabido, el sector de la construcción tiene desde la derogación definitiva de la Reglamentación de Trabajo, una estructura jerarquizada ya muy consolidada partiendo del ámbito sectorial estatal que es desarrollado por convenios sectoriales a nivel provincial.

Por otra parte, cabe preguntarse por cual debe ser/será el destino de la subrogación prevista en el art. 27 CGSC para el ámbito de las contrata de obra pública. Su finalidad fue asegurar la continuidad de la relación laboral del fijo de obra en el caso de sucesión de contratistas y con la finalidad de garantizar el puesto de trabajo del trabajador adscrito a dicha obra pública en caso de cambio de contratista antes de la finalización objetiva de la obra. La nueva figura de “*indefinido adscrito a obra*” no parece que cambie su necesidad, pero si plantea cuestiones interesantes. Si se opera un cambio subjetivo del titular de la contrata a la que está adscrito el trabajador indefinido adscrito a la obra, todavía no terminada, el nuevo adjudicatario queda subrogado en la posición del anterior empleador de tal forma que será este nuevo empleador quien quedará obligado a llevar a cabo la oferta de recolocación al trabajador subrogado cuando la obra finalice objetivamente pues es este último el empleador del trabajador en el momento en el que la *res* se concluye. No obstante, hay que recordar que recientemente el TJUE (STJUE de 24-6-2021 *Acciona Agua*)⁹ tuvo ocasión de valorar la adecuación o no del art. 27 CGSC tanto al Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada (Directiva 1999/70/CE de 28 de junio) como a la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo concluyendo en relación a esta última cuestión su adecuación (o mejor, su falta de oposición) “*siempre y cuando la aplicación de dicha normativa no tenga como efecto colocarlo en una posición menos favorable por el mero hecho de esa subrogación, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente*”. Se trata de una conclusión que deja un amplio

⁹ STJUE de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/2019)

margen de valoración para el tribunal nacional pues se trata de analizar si dicha subrogación beneficia o perjudica al trabajador. Hay que tener en cuenta que este régimen convencional de “sucesión de plantillas” exige al trabajador una antigüedad mínima de 4 meses (salvo algunas excepciones) para que opere la subrogación y, además, restringe notablemente los derechos del trabajador subrogado pues limita los derechos y obligaciones en los que se/ subroga a los generados por el último contrato suscrito por el trabajador sin que la empresa entrante se encuentre vinculada por cualquier contrato o pacto anterior a aquel, particularmente a efectos de años de servicio, indemnizaciones por despido y cualesquiera otros conceptos que tomen en consideración el tiempo de prestación de servicios (...). Las hipótesis pueden ser las siguientes:

- 1ª) El trabajador indefinido adscrito a la obra pública que es asumida por otro contratista continúa vinculado a su empresa, que debe realizarle una oferta de recolocación en los términos apuntados, oferta que el trabajador puede aceptar o no. La extinción del contrato por causas inherentes a la persona del trabajador (inexistencia de puesto disponible, resolución voluntaria por el trabajador) abre la puerta a la extinción del contrato con la indemnización prevista que debe tomar en consideración toda la antigüedad del trabajador en la empresa con la que está vinculado con el “contrato indefinido adscrito a obra”.
- 2ª) El trabajador indefinido adscrito a la obra pública que es asumida por otro contratista pasa a quedar subrogado a esta última empresa. La regulación actual contempla una limitación de la antigüedad a los efectos del cálculo del cálculo de la indemnización predicado del “último contrato suscrito por el trabajador”. Puesto que este contrato es indefinido y la adscripción a una u otra obra no afectan al contrato con la empresa saliente, cabe una interpretación del tenor literal de este precepto convencional como comprensivo de la fecha de inicio de la prestación de servicios para dicha empresa saliente, con independencia de que durante todo ese periodo haya podido estar adscrito a una u otra obra del empleador” a quien se encuentra vinculado con ese contrato indefinido. En definitiva, se trata de asegurar que el trabajador tiene derecho, en caso de extinción de su contrato por causas inherentes al trabajador por finalización de la obra tras haber prestado servicios a la nueva adjudicataria, a una indemnización que cubra todo el tiempo de vigencia de esa relación laboral, primero con la empresa cesante y luego con la nueva adjudicataria. Por tanto, la obra/res pierde relevancia en la identificación de la antigüedad del trabajador. Solo así cabe defender la adecuación al Derecho comunitario de esta regulación convencional pues si la limitamos a la última obra (en la que opera la subrogación) el trabajador ve reducida su indemnización por extinción del contrato por causas inherentes a la figura del trabajador por lo que “colocaría al trabajador en una posición menos favorable por el mero hecho de la subrogación” (STJUE de 24-6-2021, Acciona Agua).

4. EL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO PARA LAS ACTIVIDADES VINCULADAS A CONTRATAS MERCANTILES O ADMINISTRATIVAS

Como se ha señalado con anterioridad, el contrato para obra o servicio determinado ha sido en las últimas décadas la vía principal instrumentada para eludir la contratación indefinida al amparo de la temporalidad derivada del contrato (mercantil o administrativo) de externalización productiva. La reforma ataja de forma decidida este uso torticero de un contrato que nunca estuvo previsto para atender actividades permanentes del empleador (empresa auxiliar) y lo hace bajo los auspicios de la concertación social que, sin duda, se ha visto facilitada por el cambio de criterio del Tribunal Supremo (STS de 19-7-2018 y STS de 29-12-2020), cerrando definitivamente la puerta al contrato de obra y servicio determinado amparado exclusivamente en la temporalidad del contrato entre empresas y/o administraciones públicas. Y donde una puerta (temporalidad) se cierra, se abre una ventana (fijo-discontinuo).

Efectivamente, la reforma ha dado una nueva redacción del art. 16 ET para dar entrada a la posibilidad de concertar un contrato fijo-discontinuo *“para el desarrollo de trabajo consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa”*. Se atiende así a la supuesta temporalidad de los servicios que presta la contratista a la empresa principal y que constituye su actividad mercantil ordinaria, cuya continuidad está condicionada a la renovación de la contrata o contratos con el/los empresario/s principal/es y que durante décadas ha servido, bendecida por la jurisprudencia, para justificar la suscripción de contratos para obra y servicio determinado. Esta habilitación del art. 16 ET se completa con la prohibición del art. 15 ET que excluye como causa del (también reformulado) contrato eventual *“la realización de trabajo en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos [previstos para el contrato eventual]”*. El incremento ocasional e imprevisible de la actividad “normal” de la empresa justifica la suscripción del contrato eventual, mientras la previsibilidad de los trabajos y el marco organizativo en el que se prestan (empresa de servicios) remite al contrato fijo-discontinuo, sin que se excluya la posibilidad de que ese marco de colaboración empresarial pueda justificar un contrato eventual si concurre un incremento ocasional o imprevisible que genera un desajuste temporal entre el empleo estable (en este caso, fijo-discontinuo) y el que se requiera ni, por supuesto, que siempre y necesariamente deba recurrirse al contrato fijo discontinuo pues se trata de una mera habilitación para concertar este contrato sin que quede excluido el contrato indefinido pues no hay que olvidar que, según la nueva redacción del art. 15 ET, *“el contrato se presume concertado por tiempo indefinido”*.

Y es que precisamente la primera duda que le surge al intérprete de la norma es el alcance de esta habilitación: si la mera existencia de la contrata justifica el contrato fijo-discontinuo o si, por el contrario, es necesario que efectivamente exista un periodo de inactividad entre las contrata para que pueda suscribirse el contrato fijo-discontinuo. En definitiva, se trata de valorar si la discontinuidad se presume iuris et de iure por el mero hecho del negocio jurídico mercantil o administrativo o si, por el contrario, debe concurrir el periodo de inactividad de tal manera que, si este no existe, el contrato debe ser indefinido¹⁰. Hay que recordar que la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que la discontinuidad es inherente (“seña de identidad”) al contrato fijo-discontinuo excluyendo esta calificación cuando de forma reiterada hay una continuidad en la prestación de servicios¹¹.

El periodo de inactividad que justifica el carácter discontinuo del contrato es, exclusivamente, el plazo de espera de recolocación entre subcontrataciones. La supuesta incertidumbre en el mantenimiento de la continuidad de la actividad empresarial por parte de la contratista se sanciona ahora legalmente, de tal forma que durante el periodo de espera de recolocación que constituye el “periodo de inactividad” de este fijo discontinuo, se abre la puerta a la percepción por el trabajador fijo-discontinuo de las prestaciones por desempleo [art. 267.1.d) TRLGSS-2015] si cumple los requisitos generales exigidos (es decir, el periodo de carencia exigido con carácter general) o en su caso, del subsidio por desempleo, con las singularidades que los fijos discontinuos presentan en este último caso (art. 274 TRLGSS).

En defecto de otra duración prevista por el convenio colectivo sectorial, el plazo máximo de inactividad entre subcontratas es de tres meses. Terminado este plazo de espera, la empresa debe adoptar las medidas provisionales o definitivas que procedan según esta norma, es decir, el propio

¹⁰ Algún autor parece considerar que la norma ha operado el trasvase desde el contrato para obra o servicio determinado al contrato fijo discontinuo. *Vid.* GARCÍA ORTEGA, J.: “El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021, de reforma laboral”, *Brief AEDTSS*, 2022. Puede descargarse en <https://www.aedtss.com/category/briefs-de-la-aedtss/> (fecha de consulta: 3-2-2022).

¹¹ STS de 28-10-2020 (núm. rec. 4364/2020) respecto de unos trabajadores que encadenaron sin interrupción la “campañas de julio-agosto” y la “campaña de invierno” (resto del año) durante varios años.

ET. Por tanto, remisión a las medidas de flexibilidad interna (suspensión de contrato, reducciones de jornada) o externa (extinción del contrato por causas económicas, técnicas o de producción). En este último caso, el contrato ya no estará suspendido sino extinguido, sin que exista deber alguno de llamamiento en caso de que la empresa iniciara una nueva prestación de servicios, sea para la misma empresa principal o para otra. En la actualidad, algunos de los convenios colectivos sectoriales que establecen mecanismos de subrogación de los trabajadores para los supuestos de sucesión de contratas disponen la obligatoriedad de la subrogación de la nueva adjudicataria incluso aunque el periodo transcurrido entre el cese de la saliente y la entrada de aquélla sea no superior a un año (por ejemplo, limpieza de edificios y locales; atención a personas con discapacidad¹²; vigilancia y seguridad¹³) por lo que cabría aventurar, sin perjuicio de lo que se apunta a continuación, que la negociación colectiva ampliará sustancialmente esos periodos de inactividad entre contratas.

Esta nueva regulación suscita algunos interrogantes.

En primer lugar, y por lo que respecta a la protección por desempleo, cabe preguntarse por las consecuencias de la apertura del derecho a la prestación de desempleo durante el periodo de espera de recolocación sobre la eventual y futura protección por desempleo, ya se reanude la actividad con la misma empresa (y el trabajador se reincorpore a la actividad) o ya se extinga la contrata y también el contrato fijo-discontinuo. El periodo de inactividad de los trabajadores fijos discontinuos constituye causa de suspensión del contrato de trabajo configurada expresamente como situación legal de desempleo (art. 267.1.b) LGSS-2015) lo que permite el acceso a la prestación por desempleo durante este periodo de inactividad. Por su parte, el art. 6.5 RD 625/1985 dispone una regla específica para estos trabajadores sobre los efectos que la reanudación de la actividad tiene sobre la suspensión o extinción de la prestación por desempleo que pudiera estar disfrutando el trabajador: si la duración del nuevo trabajo es inferior a 6 meses, la prestación de desempleo se suspende, mientras que si es superior a 6 meses, la prestación se extingue; con los efectos generales respectivos que cada una de estas situaciones implica para la generación de futuras prestaciones. Es decir, la suspensión permite la reapertura de la prestación suspendida mientras que la extinción concede al trabajador un derecho de opción entre la reanudación de la prestación suspendida o la reapertura de un nuevo derecho. Además, durante el periodo de inactividad los trabajadores fijos discontinuos se encuentran en situación de asimilación al alta respecto de las contingencias que se determinen (art. 36.1.6º RD 84/1996, de 26 de enero) y expresamente a efectos de las prestaciones por desempleo cuando el fijo discontinuo no sea llamado al reiniciarse la actividad correspondiente (art. 2.2 RD 625/1985) sin que subsista la obligación de cotizar (salvo las peculiaridades establecidas para los fijos discontinuos por cuenta ajena del sistema especial agrario). Por tanto, si el periodo de espera del llamamiento es inferior a 3 meses -tal y como dispone supletoriamente la nueva regulación legal- el trabajador tendrá acceso a la prestación por desempleo contributiva si acredita el periodo mínimo de carencia exigido en el periodo de referencia (ambos previstos con carácter general), de tal manera que en caso de llamamiento y reincorporación, la prestación de servicios por un tiempo superior a 6 meses determinará la extinción de la prestación que hubiera podido abrir durante dicha espera con los efectos previstos en el art. 269.3 LGSS-2015; es decir, podrá optar por percibir durante el tiempo que le restara la prestación causada durante el periodo de espera o podrá optar por abrir nuevo derecho y en el primer caso, *“(...) las cotizaciones que generaron aquella prestación por la que no se hubiera optado no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior, contributivo o asistencial”*. No es necesario decir que la apertura del nuevo derecho (por las nuevas cotizaciones) se lleva a cabo exclusivamente sobre estas nuevas cotizaciones pues las cotizaciones anteriores ya fueron computadas (y consumidas) con la apertura de aquella prestación por la que ahora no se opta.

¹² Resolución de 27-6-2019 (BOE de 4-7-2019).

¹³ Resolución de 29-12-2021 (BOE de 12-1-2022).

Para dejar completamente dibujado el sistema de protección por desempleo de los fijos discontinuos hay que apuntar también la consideración singular que reciben en el ámbito del nivel asistencial pues: a) La duración del subsidio de los trabajadores fijos discontinuos en los supuestos de agotamiento de prestación contributiva tanto en el supuesto de que tengan responsabilidades familiares o cuando, sin tenerlas, sean mayores de 45 años, es equivalente al número de meses cotizados en el año inmediatamente anterior al momento de solicitar el subsidio (art. 277.4 LGSS-2015 y art. 8.3 RD 625/1984); b) Están excluidos del subsidio para mayores de 52 años mientras mantengan la situación de fijos discontinuos (art. 277.4 LGSS-2015). Precisamente sobre las diferencias que soportan los fijos discontinuos en la protección asistencial por desempleo, la D.T.6ª RD Ley 32/2021 incorpora dos avisos:

- 1ª) la futura reforma (por el Gobierno) del nivel asistencial por desempleo. Esta referencia al Gobierno puede ser interpretada tanto a una futura norma reglamentaria, a una norma de urgencia (¿?) o como a la presentación de un futuro Proyecto de ley. Dada la extensa regulación legal del fijo discontinuo y el papel conferido a la negociación colectiva no parece que quede espacio para un desarrollo reglamentario por el Gobierno.
- 2ª) la modificación del régimen jurídico de los subsidios asistenciales aplicable para los trabajadores fijos discontinuos para su equiparación con el resto de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General protegidos por esta contingencia.

El segundo interrogante versa sobre los mecanismos subrogatorios previstos en bastantes convenios colectivos sectoriales para los supuestos de cambio de contratistas, tanto su operatividad en los casos ya regulados como la necesidad de su mantenimiento. El art. 16.2ª4 ET señala que las medidas que la empresa puede adoptar tras el transcurso del plazo de espera de tres meses (o el fijado convencionalmente) son “(las) provisionales o definitivas que procedan según el ET”. Es decir, no hay una habilitación expresa a la negociación colectiva para articular otras medidas para asegurar la estabilidad en el empleo como la subrogación de plantillas en la nueva contratista prevista por estos convenios. Hay que recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo excluye todavía la aplicación del art. 44 ET en estos supuestos, partiendo de una concepción muy restrictiva de la empresa como organización y no como actividad, concepto sin duda más adecuado a los nuevos tiempos, en una interpretación cuestionable de la jurisprudencia del TJUE, impidiendo así que esa remisión a la norma legal pueda entenderse referida también a la sucesión de contratistas.

Nos encontramos así con una nueva cuestión que cabe aventurar termine nuevamente en los tribunales: la legalidad de las cláusulas de subrogación que puedan preverse en los futuros convenios colectivos y la aplicación de las ya previstas en convenios colectivos todavía vigentes o en situación de ultraactividad a los que ya resulta de aplicación la nueva redacción del art. 84.3 ET en la redacción conferida por el RD 32/2021 (D.T.3ª RD 32/2021)¹⁴. Argumentos hay para ambas (hipotéticas) hipótesis.

Atendiendo a su literalidad, la remisión a las medidas provisionales o definitivas que puede adoptar el empresario tras el periodo de espera se predica de las recogidas en el ET, pudiendo entenderse que, si no hubiera querido restringir la remisión a la norma legal, hubiera apuntado

¹⁴ De la importancia que confieren las partes negociadoras a la subrogación empresarial es sumamente ejemplificativo el hecho de que el I Convenio Colectivo Sectorial de Limpieza de Edificios y Locales (Resolución de 8-5-2013; BOE de 23-5-2013) dispone la ultraactividad de la regulación de la subrogación hasta la adopción de un nuevo acuerdo como excepción a la duración de la ultraactividad prevista con carácter general para el resto del articulado que se establece en 5 años a partir de su denuncia. Según los datos de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos se trata de un convenio que comprende en su ámbito personal de aplicación a 360.901 trabajadores, de los que 252.631 son mujeres y 108.270 son varones. Además, la subrogación queda reservada al Convenio Sectorial de ámbito estatal. Su vigencia alcanza hasta el 31-12-2023.

expresamente otras medidas previstas en los convenios, como así ha hecho con la duración del periodo de espera entre recolocaciones (periodo de inactividad).

Una interpretación sistemática y finalista permite mantener la postura contraria. El art. 85.1 ET recoge el principio de libertad negocial de los convenios colectivos lo que implica que pueden regular cualquier cuestión de índole laboral siempre que no contravenga normas de derecho necesario. Puesto que la finalidad de la reforma ha sido mejorar la estabilidad en el empleo y reducir la precariedad laboral parece razonable apostar por una interpretación flexible que no excluya la legalidad de estas cláusulas subrogatorias cuya finalidad es asegurar el mantenimiento del empleo del trabajador cuyo empleador ha dejado de prestar el servicio amparado en una contrata que ha sido asumida por otro contratista. Por tanto, se abren varias posibilidades, en las que cabe apuntar, sin ánimo exhaustivo, las siguientes:

- a) Trabajador contratado por contratista con contrato indefinido. La pérdida definitiva de la contrata sin que sea adjudicada a un nuevo contratista determina la adopción de las medidas suspensivas o extintivas previstas en el ET, tanto de flexibilidad interna (incluyendo una eventual movilidad geográfica del trabajador si la empresa tiene algún puesto disponible en otras contratas en los términos previstos en el ET) o medidas de ajuste de empleo temporales si, por ejemplo, está a la espera de la adjudicación de una nueva contrata por otra empresa (suspensión del contrato por causas económicas) o extintivas, con aplicación del régimen extintivo del art. 41 o 52.1.a) ET.
- b) Trabajador contratado por contratista con contrato indefinido siendo sucedido en la actividad por otro contratista. Aplicación de los mecanismos subrogatorios de carácter convencional a los trabajadores que cumplan los requisitos de antigüedad exigidos por la norma convencional.
- c) Trabajador contratado con contrato fijo-discontinuo perdiendo la empresa la contrata y estando pendiente de renovación de esa contrata o de adjudicación de otra contrata. El trabajador pasa a situación de inactividad durante el tiempo previsto (tres meses o lo previsto en el convenio) y si se materializa la renovación o la adjudicación de otra contrata, el trabajador debe ser objeto (sujeto) de llamamiento. Si no se materializa ninguna de esas opciones en el plazo fijado, y no se adjudica a ningún nuevo contratista, se aplican de nuevo las medidas de suspensión o extinción previstas.
- d) Trabajador contratado con contrato fijo-discontinuo y adjudicación de la actividad subcontratada a otra empresa contratista. Si la adjudicación se lleva a cabo sin solución de continuidad, el trabajador fijo discontinuo pasa a quedar adscrito a la nueva contratista si se cumplen los requisitos previstos en el convenio. Si no existe solución de continuidad entre el cese de la contratista saliente y la adjudicación a la nueva contratista y el periodo de interrupción es inferior al previsto legal (3 meses) o convencionalmente, opera la subrogación. En caso de superación de ese plazo, la empresa cesante debe adoptar las medidas suspensivas o extintivas previstas legalmente.

En todo caso, no está de más recordar que los mecanismos subrogatorios previstos en los convenios colectivos suelen exigir un periodo mínimo de adscripción de los trabajadores a la contrata que es diferente según el sector de actividad y comprende desde los tres¹⁵ a los doce¹⁶

¹⁵ XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (Resolución de 27-6-2019; BOE de 4-7-2019); XII Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil (Resolución de 12-7-2019; BOE de 26-7-2019).

meses, con duraciones intermedias de cuatro¹⁷, cinco¹⁸, seis¹⁹, siete²⁰ y nueve²¹ meses, siendo las más frecuentes las de cuatro y seis meses. En el ámbito educativo, en algún caso la referencia es a un curso escolar²². En algún caso²³ se combinan dos criterios: una determinada antigüedad en el periodo inmediatamente anterior a la subrogación (4 meses) o una antigüedad (6 meses) dentro de un determinado periodo de referencia más amplio (dieciocho meses anteriores a la fecha de la subrogación). También aparece en alguna ocasión una antigüedad diferente según la contrata sea con administración pública (4 meses) o con cliente privado (1 año)²⁴, entre otras casuísticas.

Precisamente, sobre el cómputo de la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos, el RDL 32/2021 recoge la vigente jurisprudencia nacional²⁵ y doctrina comunitaria²⁶ que considera que debe computarse toda la duración de la relación laboral y no solo el periodo de servicios efectivamente prestados, aunque excepciona “aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia”. El Tribunal Supremo mantiene en la actualidad, que debe computarse la duración de la relación laboral a efectos retributivos y de promoción profesional, pero mantiene su doctrina anterior que limita el cómputo al periodo de servicios efectivamente prestados para el cálculo de la indemnización por despido²⁷.

En tercer lugar, el art. 16.5 ET remite a los convenios colectivos sectoriales la regulación de otras cuestiones del contrato fijo-discontinuo (en general): la posibilidad de establecer una bolsa

¹⁶ Convenio Colectivo del sector de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal de la provincia de Zaragoza (BOPZ de 13-11-2020).

¹⁷ Convenio General del Sector de la Construcción y todos los provinciales del sector dada la estructura articulada de la negociación colectiva del sector. El VI CGSC (2017-21) se reserva con carácter exclusivo la regulación de la subrogación empresarial y todos los convenios provinciales reiteran el contenido de este.

La subrogación en el ámbito de la Construcción y Obras Públicas está restringida exclusivamente a las actividades de “conservación y/o mantenimiento de autopistas, autovías, carreteras o vías férreas, redes de agua, concesiones municipales para el mantenimiento y conservación de aceras, pavimentos, vías públicas y alcantarillado”. Como excepción, algún convenio aplica el mismo mecanismo expresamente a las contrataciones de mantenimiento de petroquímicas y nucleares, dado que en su ámbito territorial existen empresas de ambas actividades (Tarragona). También establecen como adscripción mínima del trabajador de cuatro meses los convenios del sector de la limpieza de edificios y locales; en la actualidad, de ámbito provincial y el sector de transporte en ambulancia de enfermos y accidentados: en esta última actividad, la subrogación es materia reservada al ámbito sectorial estatal).

¹⁸ Conveni col·lectiu de treball de les empreses privades que gestionen equipaments i serveis públics, afectes a l'activitat esportiva i de lleure (DOGC de 13-7-2018).

¹⁹ IV Conveni col·lectiu d'aparcaments, estacionaments regulats de superfície, garatges, servei de rentat i greixatge de vehicles de Catalunya (DOGC de 17-11-2020);

²⁰ Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021 (Resolución de 18-11-2020; BOE de 26-11-2020). Este convenio diferencia su regulación según el tipo de actividad, pero, en ambos casos la antigüedad mínima exigida son siete meses.

²¹ Convenio colectivo para la industria siderometalúrgica de la provincia de Ávila (Resolución de 1-7-2019; BOPA de 8-7-2019).

²² Convenio colectivo regional de servicios educativos, extraescolares y socioculturales para Castilla y León (Resolución de 26-2-2019; BOCyL de 8-3-2019)

²³ IV Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos (Resolución de 27-12-2019; BOE de 13-1-2020).

²⁴ Convenio colectivo provincial del metal de Córdoba (BOP Córdoba de 2-11-2021).

²⁵ STS de 19-11-2019 (núm. rec. 2309/2017), STS de 10-12-2019 (núm. rec. 2932/2017), STS de 1-2-2021 (núm. rec. 4073/2018), STS de 4-5-2021 (núm. rec. 3156/2018) y STS de 13-10-2021 (núm. rec. 3650/2018) SSTS 121/2021 de 1 febrero (rec. 4073/2018) y 471/2021 de 4 mayo (rec. 3156/2018), doctrina sentada sobre el devengo del complemento económico por antigüedad.

Sobre la primera sentencia mencionada, *vid.* GARCÍA MURCIA, J.: “Cómputo de antigüedad y promoción económica y profesional de trabajadores fijos discontinuos”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, BOE, núm. 1, 2020. Acceso en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000000773

²⁶ ATJUE de 15-10-2019 (Asuntos acumulados C-539/18 y 472/18).

²⁷ STS de 30-7-2020 (núm. rec. 324/2018).

sectorial de empleo como espacio para la contratación y el desarrollo de acciones de formación durante los periodos de inactividad; el establecimiento de un periodo mínimo de llamamiento anual; la fijación de una cuantía (¿de qué?) (¿algún problema en poner *indemnización*?) por fin de llamamiento a satisfacer por las empresas a los trabajadores “cuando este [¿el fin del llamamiento; el periodo mínimo de llamamiento?] coincida con la terminación de la actividad y no se produzca, sin solución de continuidad, un nuevo llamamiento”. En definitiva, la reforma remite al convenio colectivo sectorial la posibilidad de establecer una indemnización por extinción del contrato fijo-discontinuo a (siempre que no constituya un despido pues, en tal caso, se aplican las normas legales, que son indisponibles para la negociación colectiva) aunque la complicada redacción del precepto complica su comprensión. En definitiva, parece que la indemnización puede establecerse cuando el trabajador no sea llamado a reincorporarse a la actividad por coincidir el fin del llamamiento con el cese de la actividad, sin interrupción. En definitiva, una clásica indemnización por fin de contrato (temporal) que ahora se abre también a los fijos discontinuos cuando la falta de llamamiento sea debida a la falta de actividad empresarial. En todo caso, y sobre la base del principio de libertad negocial (art. 85.1 ET), la negociación colectiva podría establecer también una indemnización, aunque entre uno y otro momento existiera una interrupción (a determinar por el propio convenio) y siempre que la falta de llamamiento se ajuste a la legalidad y no encubra un despido.

5. SUBCONTRATACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

Finalmente, no puede dejar de apuntarse que la reforma ha incidido sobre otra de las causas que contribuyó a la generalización del contrato para obra o servicio determinado en el ámbito de la externalización productiva: la reducción de costes derivada de la aplicación de un convenio colectivo con peores condiciones laborales que el aplicado en la empresa principal. En definitiva, la reforma ha querido anular la competencia desleal de una reducción de costes basada en el empeoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores “subcedidos”. El resultado, sin embargo, es más limitado que las expectativas iniciales. El primer mandato del art. 42.6 ET es la aplicación del “convenio del sector de la actividad desarrollada en la empresa contratista o subcontratista”. Se trata de una previsión nada novedosa pues recoge la jurisprudencia sobre la identificación del convenio colectivo aplicable a los trabajadores de las empresas contratistas multiservicios²⁸, aunque sí hay que reconocerle el mérito de incrementar la seguridad jurídica. No se trata de aplicar a los trabajadores, total o parcialmente, el convenio de la empresa principal (sectorial o empresarial) sino que el convenio aplicable será, en principio, el sectorial de la actividad que desarrolla la empresa contratista en el marco de la relación interempresarial por lo que, en el caso de que la empresa realice varias actividades auxiliares para la empresa principal, serán aplicables tantos convenios colectivos como actividades desarrolladas por aquélla, manteniéndose así la pluralidad de estatutos jurídicos entre los trabajadores de la empresa principal y contratista y también entre los trabajadores de la propia contratista, cuando se trate de una empresa multiservicios o que presta servicios auxiliares encuadrados en distintos ámbitos sectoriales. Pese a lo señalado en el extensísimo Preámbulo en relación con la garantía del principio de igualdad de trato y no discriminación entre dos trabajadores que realizan un trabajo del mismo valor, este objetivo no se ha logrado. No se ha acogido finalmente la propuesta de implementar una solución similar a la prevista en el ámbito de las Empresas de Trabajo Temporal -la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo vigentes en la empresa usuaria (art. 11 ET) quizá por el carácter concertado de la norma.

Dos reglas exceptúan este mandato principal: 1º) cuando “exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III ET”; 2º) cuando la empresa contratista cuente con convenio “propio”, que se aplicará en los términos previstos en el art. 84 ET. La primera duda que suscita esta excepción es la integración del concepto de “convenio propio”, categoría inexistente

²⁸ Entre otras *vid.* STS de 11-6-2020 (núm. rec. 9/2019). La doctrina judicial mantuvo posturas contradictorias.

hasta ahora en la calificación de convenios colectivos del Título III ET. Posiblemente, se ha querido evitar la referencia al convenio de empresa, dado las dificultades de negociar estos convenios en las empresas multiservicios por incumplimiento del principio de correspondencia²⁹, sin perjuicio de su validez como convenios de centro de trabajo.

En relación a la segunda excepción y puesto que la norma legal también ha modificado el art. 84 ET excluyendo la determinación de la cuantía del salario base y de los complementos salariales de las materias en las que el convenio “propio” puede concurrir con un convenio sectorial vigente (no así el abono y compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos) aquél ya no puede instrumentarse para una mejora de la ventaja competitiva a costa de los derechos salariales de los trabajadores. Algún autor³⁰ ha apuntado como posible punto ciego la posibilidad de que las empresas multiservicios puedan alegar la inexistencia de convenio sectorial aplicable a efectos de mantener la prioridad aplicativa del convenio colectivo en materia salarial. A mi parecer, no existe tal punto ciego puesto que la regulación salarial es la prevista en el convenio sectorial de la actividad que lleve a cabo el trabajador de la empresa multiservicios en la empresa principal, que es lo que dispone ahora el nuevo art. 42.6 ET.

Sin embargo, esto último no queda excluido cuando el convenio “propio” no es “concurrente” con un convenio sectorial, dado el ámbito material restringido al que se refiere el art. 84 ET.

Por lo que se refiere a la primera (críptica) salvedad habrá que entenderla referida a un (futuro) convenio colectivo sectorial para las empresas auxiliares o multiservicios.

6. NORMAS TRANSITORIAS, CONTRATO PARA OBRA Y SERVICIO DETERMINADO Y CONTRATO FIJO-DISCONTINUO EN LAS ACTIVIDADES VINCULADAS A CONTRATAS

Como ocurre desde hace algunos años, esta reforma también tiene previstas diferentes fechas para su entrada en vigor. Aunque esa fecha “general” fue el 31 de diciembre de 2021, hasta siete de sus medidas tienen demorada su entrada en vigor en tres meses, es decir, que entrarán en vigor el 31-3-2022. A los efectos que aquí interesa, esta entrada en vigor diferida alcanza a la modificación del art. 15 ET -que incluye, por tanto, la derogación del contrato para obra o servicio determinado (apartado 3 del artículo primero RD Ley 32/2021, de modificación del art. 15 ET) y a la nueva redacción del art. 16 (apartado cuarto del artículo primero RDL 32/2021) que abre la contratación como fijo-discontinuo del personal que presta servicios en el marco de contratas mercantiles o administrativas.

Los contratos para obra o servicio determinado suscritos con anterioridad al 31-12-2021 y vigentes en dicha fecha mantienen su vigencia hasta su duración máxima en los términos previstos en el art. 15.1.a) ET. Idéntica previsión se recoge para el contrato fijo de obra contemplado en el art. 24 CGSC (D.T.3ª RDL 32/2022).

La entrada en vigor diferida abra la posibilidad de suscripción de contratos para obra o servicio determinado todavía conforme a la normativa anterior, aunque la norma limita la su duración a seis meses (D.T.4ª RDL 32/2022). Esta posibilidad no debería alcanzarse, sin embargo, al contrato para obra o servicio determinado justificado en la temporalidad de las contratas por cuanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya había cerrado esta posibilidad con anterioridad. Los

²⁹ Sobre el particular, *vid.* VICENTE PALACIO, A.: *Empresas multiservicios y precarización del empleo (el trabajador subcedido)*, Barcelona, Atelier, 2016.

³⁰ *Vid.* BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I.: “Nueva reforma laboral 2021 (RDL 32/2021): impacto en contratas y subcontratas y el ‘trabajo externalizado’ (primeras valoraciones sobre los nuevos artículos 42.6, 84.2 y 15 y 16 ET), en su blog Una mirada crítica a las relaciones laborales, <https://ignasibeltran.com/2021/12/29/la-nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-impacto-en-contratas-y-subcontratas-y-el-trabajo-externalizado-primeras-valoraciones-sobre-los-nuevos-arts-42-6-84-2-15-y-16-et/> (Fecha de consulta: 3-2-2022).

contratos para obra o servicio determinado que se realicen durante este trimestre de *vacatio legis* deben tener por objeto “una obra o servicio determinado” cuya temporalidad sea intrínseca a éstos, excluyendo aquellos supuestos en los que la temporalidad depende de circunstancias externas y especialmente, de contratos mercantiles o administrativas. Queda la duda de si en este caso y durante este periodo cabe ya la suscripción del contrato fijo-discontinuo por cuanto la habilitación del nuevo art. 16.4 ET no entra en vigor hasta el 30-3-2022: una interpretación literal lo excluye. Por otro lado, no queda claro qué ocurre cuando se cumpla el término legal de duración máxima de 6 meses de los contratos de obra y servicio suscritos durante el periodo de *vacatio legis*: si el contrato se extingue por vencimiento de este término legal, con independencia de la finalización o no de la obra o servicio, devengando el trabajador la indemnización prevista para la extinción de los contratos temporales o si, por el contrario, atendiendo al principio de causalidad es necesaria la finalización de la obra o servicio por lo que la extinción sin finalización de estos comportaría la improcedencia del despido por haberse convertido en indefinido. A favor de esta última interpretación se ha manifestado la doctrina académica³¹.

Resulta prematuro aventurar cual va a ser el comportamiento de la contratación laboral a partir de ahora y especialmente, durante este trimestre transitorio. Si atendemos a los datos oficiales (SEPE)³² sobre contratos celebrados durante el mes de enero de 2022, se han suscrito un total de 481.427 contratos para obra o servicio determinado, lo que supone 90.938 contratos para obra o servicio determinado menos que durante el mes anterior (-15,88%), con una variación interanual de -27.000 contratos de esta modalidad (-5,31%)³³. Durante este mismo mes se han suscrito un total de 22.349 nuevos contratos fijos discontinuos (sin computar los suscritos a personas con discapacidad) lo que supone una variación en términos absolutos respecto del mes anterior de 11.455 contratos (105,15%) y una variación interanual de 15.386 contratos (220,97%). Es especialmente interesante el dato referido a la variación interanual porque permite apreciar si efectivamente se está produciendo ya un trasvase desde la contratación para obra o servicio determinado a otras modalidades de contratación y especialmente, en el ámbito de las contrataciones, a la figura del fijo discontinuo, aunque sin olvidar que el contrato para obra también estaba siendo utilizado para cubrir supuestos reconducibles a la ocasionalidad del contrato eventual por la ventaja de su mayor duración por lo que no cabe descartar que el contrato eventual recoja algunas de las contrataciones anteriormente amparadas en el contrato para obra o servicio.

La distribución por sectores de actividad aporta información interesante. Durante este mes de enero, los contratos para obra o servicio determinado (total: 481.797) se suscribieron especialmente en el sector de servicios, con 214.417 contratos, seguido de agricultura y pesca (174.865). Muy alejados están ya la construcción (48.542) y la industria (43.973). Por lo que se refiere a los contratos fijos discontinuos (con exclusión de los suscritos a personas con discapacidad) no se han localizado datos sobre distribución sectorial. Este casi medio millón de contratos para obra o servicio tienen una duración máxima predeterminada: habrá que ver qué ocurre con los contratos que alcancen esa duración máxima el 30 de septiembre de 2022.

7. DEBERES PENDIENTES PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El RDL 32/2021 ha recuperado para la regulación heterónoma algunas cuestiones que, a partir de la reforma de 1994 y fundamentalmente, la reforma del año 2012, habían sido deslegalizadas a favor de la negociación colectiva (especialmente, la empresarial) quedando convertidas en moneda de cambio de otras condiciones laborales, fundamentalmente salario y

³¹ Vid. DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Real Decreto-Ley 32/2021: el fin de los contratos temporales que conocíamos: régimen transitorio hasta su definitiva desaparición”, *Briefs AEDTSS*, Enero-2022. Puede descargarse en <https://www.aedtss.com/category/briefs-de-la-aedtss/> (fecha de consulta: 3-2-2022).

³² <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas/datos-avance/contratos.html> (Fecha de consulta: 5-2-2022).

³³ La variación interanual va referida al mismo mes del año anterior.

tiempo de trabajo³⁴. No obstante, la reforma ha recuperado para la negociación colectiva sectorial un papel importante en la conformación de los contratos “indefinidos” examinados, bien por expresa remisión legal de los preceptos reformados, bien por el juego del principio general de libertad negocial (art. 85.1 ET). Se apuntan a continuación algunas cuestiones que deberán ser objeto de regulación por los convenios colectivos sectoriales:

Por lo que se refiere al “contrato indefinido adscrito a obra”:

- a) El Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción queda habilitado para establecer una indemnización por fin de contrato indefinido adscrito a obra superior a la prevista con carácter supletorio por la Disposición Adicional 3ª LSSC. Esta norma ha recogido la indemnización prevista en el vigente CGSC: el 7% calculado sobre los conceptos salariales establecidos en las tablas del convenio colectivo que resulte de aplicación y que hayan sido devengados durante toda la vigencia del contrato, o la superior establecida en dicho CGSC”.
- b) También al convenio sectorial de ámbito estatal (CGSC) le compete la definición de los requisitos de acceso, duración y modalidades de formación adecuadas según las cualificaciones requeridas para cada puesto, nivel, función y grupo profesional. En este caso, no se trata de una habilitación sino de un “mandato” pues su regulación condiciona la propuesta de recolocación empresarial al trabajador cuando finalice la obra a la que esté adscrito.
- c) Ya fuera del mandato anterior, existen otras cuestiones referidas a esta formación que convendría fueran clarificadas por el CGSC: qué significa “a cargo de la empresa”, si se realiza en tiempo de trabajo o fuera de la jornada; las obligaciones del trabajador en relación al aprovechamiento, por apuntar algunas cuestiones, aunque, sin duda, habrá otras muchas.
- d) Previsiblemente, también el CGSC deberá elaborar un modelo de la cláusula que recoja la propuesta de recolocación empresarial que debe anexarse a los contratos de trabajo. La D.A.3ª LSSC especifica su contenido mínimo: las condiciones esenciales, ubicación de la obra y fecha de incorporación a la misma, así como las acciones formativas exigibles para ocupar el nuevo puesto. El CGSC podría incluir cualesquiera otras cuestiones que considere relevantes y alineado con su finalidad.
- e) También se configura como un mandato la necesidad de que el CGSC regule los criterios de prioridad o permanencia aplicables cuando concurren varios trabajadores para una misma obra. No aporta la norma ningún criterio como antigüedad, necesidad o no de formación previa o similares. En todo caso, deberá evitarse cualquier criterio que pueda incurrir en discriminación de cualquier tipo: género, edad, estado civil, nacionalidad, etc.
- f) Ya se han apuntado con anterioridad las dudas sobre la necesidad o no de mantener los mecanismos subrogatorios específicos previstos en el ámbito de la obra pública. En mi opinión, el cambio en la configuración del contrato no excluye la posibilidad de mantener los mecanismos subrogatorios, aunque habrá que adecuar la regulación del actual art. 27 CGSC a la nueva regulación legal y a la reciente jurisprudencia comunitaria.

³⁴ Sobre el particular, *vid.* LÓPEZ ANIORTE, M^a. C.: “El papel de la negociación colectiva en la reforma laboral”, *Brief AEDTSS*, 28-1-2022. Puede descargarse en <https://www.aedtss.com/category/briefs-de-la-aedtss/> (Fecha de consulta: 3-2-2022)

Por lo que respecta al contrato fijo discontinuo cuando se trate de atender actividades y servicios condicionados a contratas mercantiles o administrativas, también existe un margen amplio para la negociación colectiva, pudiendo apuntarse, entre otras, las siguientes cuestiones:

- a) El art. 16 ET ha previsto un periodo de inactividad máximo de 3 meses, pero se trata de una regulación supletoria, que puede ser modificada por convenio colectivo de ámbito sectorial. No se precisa el ámbito territorial de dicho convenio colectivo pues se trata de sectores cuya estructura de negociación es dispar, a diferencia de lo que ocurre en el sector de la construcción. Por tanto, dependiendo de la estructura de la negociación colectiva en dicho sector, el convenio será estatal (actualmente, vigilancia y seguridad, transporte en ambulancia de enfermos o accidentados) o autonómico y/o provincial (actualmente, limpieza de edificios y locales, metal, ...). La negociación colectiva puede ampliar o reducir dicho plazo, pero lo que no cabrá en ningún caso es su supresión o la fijación de un periodo tan reducido que anule su finalidad, salvo que expresamente recoja la obligatoria suscripción de contratos indefinidos (y no fijos discontinuos).
- b) El art. 16.5 ET remite a los convenios colectivos sectoriales la posibilidad de regular otras cuestiones del contrato fijo-discontinuo (en general): la posibilidad de establecer una bolsa sectorial de empleo como espacio para la contratación y el desarrollo de acciones de formación durante los periodos de inactividad; el establecimiento de un periodo mínimo de llamamiento anual; la fijación de una indemnización por extinción del contrato fijo-discontinuo a (siempre que no constituya un despido pues, en tal caso, se aplican las normas legales, que son indisponibles para la negociación colectiva). Puesto que la redacción del precepto no resulta especialmente claro, el convenio colectivo podrá llevar a cabo una labor de integración. También se contempla la posibilidad, *cuando las particularidades del sector así lo justifiquen*, que los convenios sectoriales regulen la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos. y la obligación de las empresas de elaborar un censo anual del personal fijo-discontinuo. En ambos casos se trata de una habilitación, sin que quepa inferir de su redacción que se trata de un mandato y, además, en el segundo caso debe concurrir la justificación señalada.
- c) También en este ámbito habrá que valorar sobre la continuidad de la subrogación prevista para los supuestos de sucesión de contratas. Como se ha apuntado, en mi opinión, continúan siendo necesarios para asegurar una mayor estabilidad en estas actividades, pero, sin duda, los previstos actualmente deberán ajustarse a la nueva regulación legal.

La negociación colectiva sectorial tiene por delante un largo trabajo; en algunas materias es imprescindible la regulación convencional para la efectividad de la reforma, especialmente en el ámbito de la construcción. Dicho convenio contempla su ultraactividad a partir de la denuncia y hasta la adopción de nuevo acuerdo. El CGSC está ya denunciado (fecha 15-10-2021³⁵): posiblemente, y en previsión de que la negociación completa del que venga a sustituirle pueda demorarse sería oportuno la adopción de algún acuerdo parcial sobre las cuestiones que son imprescindibles para el desarrollo de la nueva figura de “indefinido adscrito a obra” previsto en la D.A.3ª LRSC.

³⁵ <https://expinterweb.mites.gob.es/regcon/pub/consultaAcuerdo> (Fecha de consulta: 5-2-2022)

8. BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I.: “Nueva reforma laboral 2021 (RDL 32/2021): impacto en contratas y subcontratas y el ‘trabajo externalizado’ (primeras valoraciones sobre los nuevos artículos 42.6, 84.2 y 15 y 16 ET), en su blog Una mirada crítica a las relaciones laborales, <https://ignasibeltran.com/2021/12/29/la-nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-impacto-en-contratas-y-subcontratas-y-el-trabajo-externalizado-primeras-valoraciones-sobre-los-nuevos-arts-42-6-84-2-15-y-16-et/>
- DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Real Decreto-Ley 32/2021: el fin de los contratos temporales que conocíamos: régimen transitorio hasta su definitiva desaparición”, *Briefs AEDTSS*, Enero-2022.
- GARCÍA MURCIA, J.: “Cómputo de antigüedad y promoción económica y profesional de trabajadores fijos discontinuos”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, BOE, núm. 1, 2020.
- GARCÍA ORTEGA, J.: “El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021, de reforma laboral”, *Brief AEDTSS*, 2022.
- LÓPEZ ANIORTE, M^a. C.: “El papel de la negociación colectiva en la reforma laboral”, *Brief AEDTSS*, 28-1-2022.
- VICENTE PALACIO, A.: *Empresas multiservicios y precarización del empleo (el trabajador subcedido)*, Barcelona, Atelier, 2016.