El contrato temporal fijo de obra en el sector de la construcción: límites al encadenamiento de contratos y sucesión de empresa. Comentario a la STJUE de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/19)

The fixed temporary work contract in the construction sector: limits to the chaining of contracts and company succession

ÁNGEL LUIS DE VAL TENA *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
I.U.I. en Empleo, Sociedad Digital y Sostenibilidad (IEDIS)
Universidad de Zaragoza
https://orcid.org/0000-0003-3276-5983

Cita sugerida: DE VAL TENA, Á.L., "El contrato temporal fijo de obra en el sector de la construcción: límites al encadenamiento de contratos y sucesión de empresa. Comentario a la STJUE de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/19)". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 1 (2021*): 143-155.

Resumen

La petición de decisión prejudicial se presenta en el contexto de un litigio entre un trabajador y dos empresas -su exempleador y su actual empleador- en relación con el reconocimiento, por un lado, de su antigüedad adquirida por los años trabajados y, por otro, del carácter indefinido de su relación laboral. El Tribunal de Justicia declara que una situación como la del litigio principal, en la que se readjudica un contrato público a una empresa y esta se hace cargo de una parte esencial del personal que la empresa saliente tenía destinado a la ejecución de ese contrato público, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE, de manera que el cesionario está obligado a tener en cuenta todos los periodos de empleo cubiertos por el personal subrogado. Asimismo, declara que unas normas como las recogidas en el artículo 24, apartados 2 y 5, del Convenio colectivo general del sector de la construcción, con arreglo a las cuales cada contratación individual limita, en principio, la adscripción del trabajador de que se trate a una sola obra, pero que permite renovar los contratos "fijos de obra" indefinidamente por el efecto acumulado de esos sucesivos contratos o la agregación de estos, ponen de manifiesto que dicho trabajador en realidad desempeña de modo permanente y estable tareas que forman parte de la actividad ordinaria de la empresa que lo emplea.

Palabras clave

Contrato fijo de obra (en el sector de la construcción); sucesión de contratos temporales; transmisión de empresa; subrogación en los contratos de trabajo; mantenimiento de los derechos de los trabajadores; Derecho de la Unión Europea

Abstract

The request for a preliminary ruling is presented in the context of a dispute between an employee and two companies - their former employer and their current employer - in relation to the recognition, on the one hand, of the seniority acquired by the years worked and, on the other, of the indefinite nature of their employment relationship. The Court of Justice declares that a situation such as that of the main proceedings, in which a public contract is re-awarded to a company and the company takes over an essential part of the personnel assigned to the outgoing company for the performance of that public contract, falls within the scope of Directive 2001/23/EC, so that the transferee is obliged to take into account all periods of employment covered by the subrogated personnel. Likewise, it declares that rules such as those contained in article 24, sections 2 and 5, of the general collective agreement of the construction sector, according to which each individual contract limits, in principle, the assignment of the worker in question to a single job, but that allows the renewal of the "fixed work" contracts indefinitely due to the accumulated effect of these successive contracts or the aggregation of these, show that said worker actually permanently and stably performs tasks that are part of the ordinary activity of the company that employs them.

Keywords

Fixed work contract (in the construction sector); succession of temporary contracts; business transfer; subrogation in employment contracts; maintenance of workers' rights; European Union law

Fecha Recepción: 13/7/2021 - Fecha Revisión: 26/7/2021 - Fecha Aceptación: 3/8/2021
Pags. 143-155

1. INTRODUCCIÓN: LA PETICIÓN DE DECISIÓN PREJUDICIAL REFORMULADA

Conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el Juzgado de lo Social núm. 14 de Madrid, mediante auto de 4 de julio de 2019, presenta una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que resuelve mediante sentencia de 24 de junio de 2021 (asunto C-550/19).

La petición que traslada el juez español tiene por objeto la interpretación de la cláusula 4, apartado 1, en relación con la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinad, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, del Consejo[1], así como de los artículos 1, apartado 1, y 3, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, del Consejo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad[2].

De una parte, la cláusula 4 del Acuerdo marco, titulado "Principio de no discriminación", prevé, en su apartado 1, lo siguiente:

> "Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas."

La cláusula 5 del Acuerdo marco, que se titula "Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva", en su apartado 1, dispone:

> "A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:
>
> a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
>
> b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
>
> c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales."

De otra, la Directiva 2001/23/CE, tras afirmar en el considerando 3 que "son necesarias disposiciones para proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos", establece en el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), que:

> "a) La presente Directiva se aplicará a [las transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión.
>
> b) Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo, se considerará [transmisión] a efectos de la presente Directiva [la] de una

[1] DOUE L núm. 174 de 10 de julio de 1999.
[2] DOUE L núm. 82, de 22 de marzo de 2001.

entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria."

El artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de dicha Directiva señala, literal:

"Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha [de la transmisión] serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal [transmisión]."

Identificado el Derecho de la Unión Europea que se toma como referencia y que podría resultar opuesto a la normativa nacional aplicable al supuesto de hecho enjuiciado por el juez nacional, este plantea al tribunal europeo tres cuestiones prejudiciales. Cabe subrayar que, considerándose competente y una vez admitidas, el TJUE, con la finalidad de proporcionar una respuesta útil al juez remitente para que pueda dirimir el litigio, decide, con carácter preliminar, reformular las cuestiones planteadas, proporcionando así todos los elementos de interpretación que puedan permitirle resolver el asunto, aun cuando no haya hecho referencia a todos ellos al exponer las cuestiones.

En concreto, son dos las cuestiones prejudiciales que se resolverán: en una, agrupando las cuestiones primera y segunda planteadas, el órgano judicial remitente pregunta, en síntesis, si la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco y la Directiva 2001/23/CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite, como excepción al régimen general establecido en el Derecho nacional, celebrar sucesivos contratos de duración determinada "fijos de obra" con independencia de su duración; en otra, que es la tercera cuestión enunciada, el órgano judicial remitente pregunta, en esencia, si el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2001/23/CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional conforme a la cual, cuando se produce una subrogación de personal en el marco de contratos públicos, los derechos y obligaciones de la persona trabajadora subrogada que la empresa entrante está obligada a respetar se limitan exclusivamente a los generados por el último contrato suscrito por esa persona trabajadora con la empresa saliente.

En verdad, del Derecho español resulta controvertido el convenio colectivo aplicable, a saber: Convenio colectivo general del sector de la construcción, registrado y publicado por la Resolución de 21 de septiembre de 2017 de la Dirección General de Empleo[3], en su versión aplicable en la fecha de los hechos del litigio principal, que estipula, en su artículo 24, titulado "Contrato fijo de obra":

"2. Este contrato se concierta con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, y terminará cuando finalicen los trabajos del oficio y categoría del trabajador en dicha obra. Su formalización se hará siempre por escrito.

Por ello y con independencia de su duración, no será de aplicación lo establecido en el párrafo primero del artículo 15.1 a) LET, continuando manteniendo los trabajadores la condición de 'fijos de obra', tanto en estos casos como en los supuestos de sucesión empresarial del 44 LET o de subrogación regulado en el artículo 27 del presente Convenio General.

3. Sin embargo, manteniéndose el carácter de único contrato, el personal fijo de obra, sin perder dicha condición de fijo de obra, podrá prestar servicios a una misma empresa en distintos centros de trabajo de una misma provincia siempre que exista acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos, durante un periodo máximo de 3 años consecutivos, salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término, suscribiendo a tal efecto el correspondiente documento según el modelo que figura en el Anexo II y devengando los conceptos compensatorios que

[3] BOE de 26 de septiembre de 2017.

correspondan por sus desplazamientos. En este supuesto y con independencia de la duración total de la prestación, tampoco será de aplicación lo establecido tanto en el apartado 1.a) párrafo primero del artículo 15 LET como en el apartado 5, continuando manteniendo los trabajadores, como se ha indicado, la condición de 'fijos de obra'.

[…]

5. Por lo tanto la contratación, con o sin solución de continuidad, para diferente puesto de trabajo mediante dos o más contratos fijos de obra con la misma empresa o grupo de empresas en el periodo y durante el plazo establecido en el artículo 15.5 LET, no comportará la adquisición de la condición establecida en dicho precepto.

[…]

La indicada adquisición de condición tampoco operará en el supuesto de producirse bien la sucesión empresarial establecida en el artículo 44 LET o la subrogación recogida en el artículo 27 del presente Convenio."

El artículo 27, apartado 2, del convenio colectivo referido, titulado "Subrogación de personal en contratas de mantenimiento de carreteras o vías férreas, redes de agua, concesiones municipales para el mantenimiento y conservación de aceras, pavimentos, vías públicas y alcantarillado", dispone:

"En todos los supuestos de finalización, pérdida, rescisión o cesión de una contrata, así como respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga la sustitución entre entidades, personas físicas o jurídicas que lleven a cabo la actividad de que se trata, los trabajadores de la empresa saliente adscritos a dicha contrata pasarán a adscribirse a la nueva empresa o entidad que vaya a realizar la actividad objeto de la contrata, respetando esta los derechos y obligaciones que disfruten en la empresa sustituida.

Dado el carácter de mejora de la legislación vigente que supone la subrogación prevista en este artículo, se establece expresamente que tales derechos y obligaciones quedarán limitados exclusivamente a los generados por el último contrato suscrito por el trabajador con la empresa saliente de la contrata, 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, a menos que ya tuviera reconocido el trabajador tales derechos mediante sentencia judicial firme con anterioridad a producirse la subrogación y le hubieran sido comunicados a la empresa entrante en el plazo y forma regulados en este artículo."

Como se ha dicho *ut supra*, el convenio colectivo controvertido, que excluye la regulación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET), resulta aplicable al litigio principal, considerando el juzgado remitente que no existe ninguna razón objetiva que justifique ir en contra del artículo 15, apartados 1 y 5, LET. En este contexto, se albergan dudas en cuanto a la conformidad de los artículos 24, apartados 2 y 5, y 27 del referido Convenio Colectivo con la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco y con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE.

Recordemos, por último, que el artículo 15.1 y 5 LET establece:

"a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. Estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa.

[…]

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos.

Lo establecido en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente."

Asimismo, la intervención de la negociación colectiva para regular diferenciadamente estos aspectos del contrato "fijo de obra" se ampara en la remisión legal recogida en la disposición adicional tercera LET:

"Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) y 5 y en el artículo 49.1.c) se entiende sin perjuicio de lo que se establece o pueda establecerse sobre la regulación del contrato fijo de obra, incluida su indemnización por cese, en la negociación colectiva de conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción."

Anteriormente, Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción[4], reenvió a la negociación colectiva de ámbito estatal la ordenación del marco jurídico general del contrato "fijo de obra", en los siguientes términos:

Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación.

2. EL LITIGIO DE ORIGEN A RESOLVER POR EL JUEZ NACIONAL

Aquella petición de decisión prejudicial se plantea en el contexto de un litigio entre una persona trabajadora, de una parte, y dos empresas -OPS, S. A., su exempleador, y AA, S. A., su actual empleador- de otra parte, en relación con el reconocimiento, por un lado, de su antigüedad adquirida por los años trabajados y, por otro, del carácter indefinido de su relación laboral.

Así, el 8 de enero de 1996, la persona trabajadora celebró con OSP, S. A. un primer contrato temporal por obra o servicio determinado a jornada completa, en el sector de la construcción, denominado "fijo de obra", que finalizó el 16 de enero de 1997. A partir del 24 de enero de 1997, las mismas partes suscribieron otros cinco contratos bajo idéntica modalidad que se sucedieron sin interrupción. Esta empleadora tenía reconocida a la persona trabajadora su antigüedad desde el 1 de enero de 2014, fecha en que se celebró el último de estos contratos, que todavía no había finalizado.

El 3 de octubre de 2017, AA, S. A. sustituyó a OSP, S. A. como empleadora de la persona trabajadora, tras habérsele adjudicado el contrato público "Actuaciones urgentes de renovación y reparación en la red de abastecimiento y reutilización de Canal de Isabel II Gestión S. A.", que hasta esa fecha había venido ejecutando OSP, S. A. En el marco de esta sustitución, AA, S. A. se hizo

[4] BOE de 19 de octubre de 2006.

cargo de una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal que OSP, S. A. destinaba a la ejecución de ese contrato público.

Aproximadamente un mes antes de que se produjera la sustitución, concretamente el 5 de septiembre de 2017, la persona trabajadora demandante en el litigio principal presentó ante el Juzgado de lo Social núm. 14 de Madrid una demanda de reconocimiento de derechos contra estas dos sociedades en la que solicitaba, por una parte, que se le reconociese antigüedad desde el 8 de enero de 1996 -fecha en que suscribió el primer contrato con OSP, S. A.- y, por otra parte, que se declarase que su relación laboral era de carácter indefinido.

3. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y SU DOCTRINA DE INTERÉS

De entrada, se ha de poner de relieve el punto de intersección entre las dos normas del Derecho de la Unión Europea que se alegan por el juzgado remitente de la decisión prejudicial y que interpreta el TJUE: de existir subrogación empresarial, la extensión de la vinculación temporal de la persona trabajadora con la parte empleadora -primero una y luego otra, en la misma posición contractual- será mayor que si no se acepta dicha sucesión de empresas, pudiendo considerarse una contratación abusiva, lo que en paralelo podrá incidir en la calificación como encadenamiento de contratos temporales, siendo que en ambos supuestos -de confirmarse esas hipótesis- la persona trabajadora adquiriría la condición de trabajador fijo, como sanción legal[5] común en el ordenamiento español. Dicho con otras palabras, si la empresa entrante está obligada a tener en cuenta no solo los respectivos últimos contratos suscritos entre los trabajadores de los que pasa a hacerse cargo y la empresa saliente, sino también todos los períodos de empleo cubiertos por el personal subrogado, la sucesión de contratos temporales podría quedar confirmada, resultando aplicable la sanción legal prevista.

3.1. Sobre la transmisión de empresa

Según los hechos del litigio principal, se adjudica un contrato público a una nueva empresa y esta se hace cargo de una parte esencial del personal que la empresa saliente destinaba a la ejecución de aquel contrato público.

En primer lugar, el TJUE confirma que, aun cuando trate de una subrogación de personal[6] como consecuencia de la readjudicación de un contrato público, si la empresa entrante se ha hecho cargo de una parte esencial del personal que la empresa saliente tenía destinado a la ejecución de dicho contrato público resulta aplicable la Directiva 2001/23/CE. Anteriormente, el mismo Tribunal ya había declarado que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva 2001/23/CE[7]; asimismo, la inexistencia de vínculo contractual entre las dos empresas a las que se ha adjudicado sucesivamente el contrato público resulta irrelevante para determinar si la Directiva 2001/23/CE es aplicable a una situación como la controvertida en el litigio principal, e igualmente la circunstancia de que la obligación de hacerse cargo del personal venga impuesta por un convenio colectivo[8].

[5] Vid. DE VAL TENA, A. L.: "Sucesión o encadenamiento de contratos temporales: límites y novación de la relación jurídica como sanción legal", en GARCÍA BLASCO, J. y DE VAL TENA, A. L. (Dirs.): *Crisis económica y empleo: la experiencia judicial aplicativa de las últimas reformas laborales*, Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2021, pág. 156-165.

[6] Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: "Sucesión de plantilla en la empresa por subrogación convencional -«ex convenio colectivo sectorial»-. La reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su recepción por el Tribunal Supremo", *La Ley Unión Europea*, núm. 65, 2018.

[7] STJUE de 20 de julio de 2017 (Asunto C-416/16) y la jurisprudencia que cita.

[8] STJUE de 11 de julio de 2018 (Asunto C-60/17).

A continuación identifica el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión de empresa: comprobar, en el caso concreto, si la entidad económica mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude[9]. Al respeto, no se puede soslayar que una entidad económica puede funcionar, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, de modo que el mantenimiento de la identidad de dicha entidad tras la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos. En suma, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, como ocurre con una actividad que no exija el uso de materiales específicos, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, y por ello debe admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad, aun después de su transmisión, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias[10], del personal -sucesión de plantilla[11]- que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable[12].

Sobre la base de la doctrina general expuesta, se concluye la existencia de una subrogación empresarial, en tanto la empresa entrante asume del grueso del personal, sin que la circunstancia de que no se hayan transmitido elementos materiales sea un obstáculo para estimar que la identidad de la entidad económica se ha mantenido tras la transmisión.

Lo singular en el supuesto enjuiciado por el juez español viene fijado por lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable. Así, del artículo 27.2, párrafo primero, del Convenio colectivo general del sector de la construcción resulta que la empresa entrante está obligada a respetar los derechos y obligaciones reconocidos a los trabajadores objeto de subrogación en la relación laboral que los uniera a la empresa saliente. Por otra parte, en virtud del artículo 27, apartado 2, párrafo segundo, del mismo convenio colectivo, esos derechos y obligaciones se limitan exclusivamente a los generados por el último contrato suscrito por la persona trabajadora con la empresa saliente, sin que la empresa entrante se encuentre vinculada por cualquier contrato o pacto anterior a aquel, particularmente a efectos de años de servicio, a menos que ya tuviera reconocido la persona trabajadora tales derechos mediante sentencia judicial firme con anterioridad a producirse la subrogación y le hubieran sido comunicados a la empresa entrante en el plazo y forma regulados en dicho artículo.

Solo en este punto el órgano judicial remitente expresa sus dudas en cuanto a la compatibilidad de lo dispuesto en el citado convenio colectivo con la Directiva 2001/23/CE.

Afirma el TJUE, a este respecto, que "la limitación del reconocimiento de los derechos del trabajador en el marco de su relación laboral con la empresa entrante a los generados por el último contrato que este haya celebrado con la empresa saliente implica precisamente mantener esos derechos con ocasión de la subrogación de personal, lo cual se corresponde con el objetivo perseguido por dicha Directiva, consistente en garantizar el mantenimiento de los derechos de los

[9] STJUE de 27 de febrero de 2020 (C-298/18).

[10] Sobre la valoración reforzada de los elementos inmateriales y, en particular, la cualificación profesional del personal transmitido, vid. GARCÍA BLASCO, J.: "Transmisiones de empresas: de la protección del patrimonio jurídico de los trabajadores a los umbrales de efectividad del Derecho del Trabajo", en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales*, XXXI Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, págs. 115-116.

[11] Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: "La doctrina comunitaria de la sucesión de plantilla: conflictos interpretativos vinculados al fenómeno de la sucesión de contratas desmaterializadas", *Revista de Derecho Social*, núm. 87, 2019, págs. 37-64.

[12] STJUE de 11 de julio de 2018 (C-60/17).

trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles permanecer al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones que las acordadas con el cedente".

Específicamente sobre la antigüedad, el TJUE ha declarado que, para el cálculo de derechos de carácter pecuniario, como una indemnización por finalización de contrato o un aumento de salario, el cesionario está obligado a tener en cuenta todos los períodos de empleo cubiertos por el personal subrogado, en la medida en que esta obligación se derive de la relación laboral que vincula a dicho personal con el cedente y conforme a los criterios acordados en el marco de tal relación[13]. Pues bien, conforme al artículo 27.2 del convenio colectivo controvertido, la empresa entrante admite a los trabajadores subrogados la misma la antigüedad que la empresa saliente les reconocía antes de producirse la subrogación, por lo que concluye el TJUE que de la aplicación del precepto convencional no resulta para la persona trabajadora una antigüedad "menos favorable", en el sentido de inferior o más reducida, a la reconocida por la empresa saliente antes de producirse la subrogación. De ahí que cierre la cuestión, con rotundidad y sin ambages: el reconocimiento, con ocasión de la subrogación, de derechos, en particular de antigüedad, de los que no disfrutaba con anterioridad a la subrogación constituiría "una mejora de sus condiciones de trabajo", aspecto que no contempla la Directiva 2001/23/CE.

Además, sostiene que el párrafo segundo del artículo 27.2 del convenio colectivo de referencia está en consonancia con la lógica expuesta, que no es otra que garantizar a la persona trabajadora subrogada el mantenimiento de los derechos que la empresa saliente le reconocía en el marco de la relación laboral, al prever una excepción a la limitación de los derechos de la persona trabajadora subrogada a los generados por el último contrato que haya celebrado con la empresa saliente, la cual se contempla para el caso de que ya tuviera reconocido la persona trabajadora tales derechos mediante sentencia judicial firme con anterioridad a producirse la subrogación y le hubieran sido comunicados a la empresa entrante en el plazo y forma regulados en este artículo.

En definitiva, el TJUE responde a esta cuestión prejudicial señalando que el artículo 3.1, párrafo primero, de la Directiva 2001/23/CE "no se opone a una normativa nacional conforme a la cual, cuando se produce una subrogación de personal en el marco de contratos públicos, los derechos y obligaciones del trabajador subrogado que la empresa entrante está obligada a respetar se limitan exclusivamente a los generados por el último contrato suscrito por ese trabajador con la empresa saliente, 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".

Con esta interpretación, la clave se traslada a determinar por el juez nacional los derechos[14] de que era titular el demandante en el litigio principal frente a la primera empresa antes de su subrogación, en particular, si pudo darse una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco, materia que constituye el objeto de las otras cuestiones prejudiciales, y si, por consiguiente, debería haber adquirido la condición de indefinido antes de su subrogación, en cuyo caso, por tanto, debería gozar de esa condición una vez subrogado. Es aquí, como hemos anunciado *ut supra*, donde se advierte la confluencia de las dos normas del Derecho de la Unión Europea, presentadas por el juez nacional y admitidas, incluso completadas en los preceptos aplicables al caso, por el tribunal europeo.

A este respecto, recuerda el TJUE que la aplicabilidad de la Directiva 2001/23/CE no prejuzga la protección de la que puede beneficiarse una persona trabajadora frente al uso abusivo de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos en virtud de otras disposiciones del Derecho

[13] STJUE sentencia de 6 de abril de 2017 (Asunto C-336/15) y jurisprudencia que cita.

[14] Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: "La relación laboral en la transmisión de empresa: Sentido y alcance de la garantía del mantenimiento de los derechos de los trabajadores", *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 6, 2020, págs. 785-804.

de la Unión, en particular del Acuerdo marco citado, ni la interpretación que de estas haga el propio Tribunal de Justicia[15].

3.2. Sobre la sucesión de contratos de duración de terminada "fijos de obra"

El órgano judicial remitente pregunta, en sus cuestiones prejudiciales primera y segunda, si la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco y la Directiva 2001/23/CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite, como excepción al régimen general establecido en el Derecho español, celebrar sucesivos contratos de duración determinada "fijos de obra" con independencia de su duración.

Sin embargo, el TJUE rechaza de plano que dicha cláusula del Acuerdo marco pueda aplicarse a una situación como la descrita en el litigio principal. La discriminación se produciría entre personas trabajadoras con contrato de duración determinada que, como la parte demandante, han suscrito una serie de contratos "fijos de obra" sucesivos, con respecto a otras personas trabajadoras con contrato de duración determinada que han suscrito diversos contratos por obra o servicio y que adquieren la condición de indefinidos como consecuencia de haber suscrito de manera concatenada diversos contratos de este tipo por una duración acumulada de más de veinticuatro meses en un periodo de referencia de treinta meses (art. 15.5 LET). Y se excluye porque, según la jurisprudencia comunitaria, dado que el principio de no discriminación solo se ha aplicado y concretado mediante el Acuerdo marco en lo que respecta a las diferencias de trato entre las personas trabajadoras con contrato de duración determinada y aquellas otras con contrato por tiempo indefinido que se encuentran en una situación comparable, las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado en dicho Acuerdo marco[16].

La problemática, así, queda focalizada en el posible abuso en la utilización de los contratos de duración determinada "fijos de obra", de ahí que el TJUE reformule las cuestiones prejudiciales primera y segunda a fin de proporcionar al juez nacional elementos de interpretación útiles. En realidad, el Juzgado de los Social remitente pregunta si la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite celebrar sucesivos contratos de duración determinada "fijos de obra", de manera que los trabajadores que hayan celebrado este tipo de contratos mantengan su condición de trabajadores temporales *sine die*, o si, en cambio, la renovación de estos contratos puede considerarse justificada por "razones objetivas" -en el sentido del apartado 1, letra a), de dicha cláusula- meramente porque esa normativa nacional prevé que dichos contratos se celebran con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración.

Recuérdese que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco, para prevenir abusos en la utilización sucesiva de los contratos de duración determinada, impone a los Estados miembros la adopción efectiva y vinculante de por lo menos una de las medidas que enumera cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes. Las tres medidas enumeradas se refieren, respectivamente, a razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y al número máximo de sus renovaciones[17]. Tampoco enuncia sanciones específicas en caso de que se compruebe la existencia de abusos, correspondiendo a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación de este Acuerdo marco[18].

[15] ATJUE de 15 de septiembre de 2010 (Asunto C-386/09).
[16] STJUE de 22 de enero de 2020 (Asunto C-177/18).
[17] STJUE de 11 de febrero de 2021 (C-760/18) y la jurisprudencia que cita.
[18] *Ibidem* nota anterior.

En este contexto, procede comprobar si el artículo 24, apartados 2 y 5, del convenio Colectivo controvertido, que permite celebrar sucesivos contratos de trabajo de duración determinada "fijos de obra" de larga duración en el sector de la construcción[19], queda al amparo de una de las medidas contempladas en la cláusula 5.1, letras a) a c), del Acuerdo marco. Realmente, no se establece, con carácter general, una duración máxima del contrato "fijo de obra", pues se referencia a una sola obra y terminará cuando finalicen los trabajos del oficio y categoría de la persona trabajadora en dicha obra; es más, aquel precepto deja sin efecto -"no será de aplicación", afirma- lo establecido en el párrafo primero del artículo 15.1.a) LET, manteniendo las personas trabajadoras la condición de "fijos de obra", también en los supuestos de sucesión empresarial. Solo cuando el personal "fijo de obra" preste servicios en distintos centros de trabajo de la empresa en la misma provincia se fija una duración máxima, a saber: un máximo de tres años consecutivos. Asimismo, no existe para este tipo de contratos ninguna previsión en el Derecho nacional que fije un "número máximo de renovaciones". Y, por último, tampoco el convenio colectivo aplicable establece medida alguna que encaje en el concepto de "razones objetivas que justifiquen la renovación" de sucesivos contratos de duración determinada.

Sobre el concepto de "razones objetivas", el TJUE mantiene que se refiere a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en esa situación particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada; tales circunstancias pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran esos contratos y en las características inherentes a estas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro[20]. De modo que una disposición nacional que se limita a autorizar de manera general y abstracta la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada no se ajusta a las anteriores exigencias, puesto que no permite deducir criterios objetivos y transparentes a fin de verificar si la renovación de tales contratos responde efectivamente a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Por tanto, tal disposición entraña un riesgo real de utilización abusiva de este tipo de contratos, por lo que no es compatible ni con el objetivo ni con el efecto útil del Acuerdo marco.

Como el artículo 24 de dicho convenio colectivo permite la celebración de sucesivos contratos de duración determinada "fijos de obra", limitando, en principio, la adscripción de la persona trabajadora que se trate, por cada contrato celebrado, a una sola obra, sería esta última condición la única medida prevista para este tipo de contratos que podría constituir una «razón objetiva» en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco. Sin embargo, el TJUE, con razón, no comparte ese argumento, afirmando que el artículo 24 del convenio colectivo controvertido no justifica la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, por lo que entraña un riesgo real de provocar una utilización abusiva de este tipo de contratos. Así es en la medida que el apartado 2 de dicho artículo no excluye la posibilidad de celebrar un contrato de este tipo para varias obras, por más que cada contrato "fijo de obra" únicamente se limite "con carácter general" a una sola obra; a la vez que el apartado 5 del mismo artículo permite celebrar sucesivos contratos de este tipo con la misma empresa para diferentes obras. Al permitir renovar los contratos "fijos de obra" indefinidamente, por el efecto acumulado de esos sucesivos contratos o la agregación de estos, se pone de manifiesto que dicho trabajador, en realidad, desempeña de modo permanente y estable tareas que forman parte de la actividad ordinaria de la empresa que lo emplea. Situación, por lo demás, que se da -en el supuesto de hecho enjuiciado- en la vinculación de la persona trabajadora con la primera empresa, pues la parte demandante había suscrito seis contratos "fijos de obra" sucesivos con la primera empleadora por una duración total que excedió de 25 años.

[19] Un análisis del artículo 24 del Convenio colectivo general del sector de la construcción en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Sostenibilidad laboral en el sector de la construcción: la estabilidad en el empleo como premisa", *Temas laborales*, núm. 152, 2020, págs. 29-37.

[20] STJUE de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18 y C-429/18) y la jurisprudencia que citada.

En definitiva, como no se presentan otras "medidas legales equivalentes para prevenir los abusos", pues tampoco se fija para el contrato "fijos de obra" una indemnización por cese adecuada[21] para prevenir y, de ser necesario, sancionar tales abusos, la conclusión del TJUE es que el convenio colectivo de referencia no puede ser aplicado por el órgano judicial competente de manera que la renovación de sucesivos contratos de duración determinada "fijos de obra" se considere justificada por "razones objetivas", en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco, meramente porque cada uno de esos contratos se suscriba con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, puesto que tal normativa nacional no impide, en la práctica, al empleador atender a través de dicha renovación necesidades de personal permanentes y estables.

En verdad, la citada cláusula del Acuerdo marco no es incondicional ni suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional. Carece, por consiguiente, de efecto directo y no puede alegarse como tal con el fin de excluir la aplicación de una disposición de Derecho nacional que le sea contraria, lo que supone que el juez nacional no está obligado a dejar de aplicar una norma estatal contraria a dicha cláusula[22]. No obstante, el principio de interpretación conforme exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta.

4. REFLEXIONES FINALES

Actualmente[23], la disposición adicional tercera LET establece que lo dispuesto en el artículo 15.1.a) y 5 y en el artículo 49.1.c) se entiende sin perjuicio de lo que se establece o pueda establecerse sobre la regulación del contrato fijo de obra, incluida su indemnización por cese, en la negociación colectiva de conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

Con esa habilitación legal, el Convenio colectivo general del sector de la construcción dispone que no será de aplicación lo establecido en el párrafo primero del artículo 15.1.a) LET, continuando manteniendo los trabajadores la condición de «fijos de obra», también en los supuestos de sucesión empresarial *ex* artículo 44 LET o de subrogación regulada en el artículo 27 del mismo convenio colectivo. Aunque se establece una excepción a esta regla general que excluye la aplicación de la legislación laboral común en esta materia[24], lo cierto es que, como apunta el TJUE, no respetar los límites temporales del Estatuto de los Trabajadores en cuanto a la duración máxima del contrato para obra o servicio determinado, por más que se denomine contrato "fijo de obra", o para limitar el encadenamiento de contratos temporales, sin fijar otras medidas equivalentes para prevenir los abusos en la contratación, se opone al objetivo de la 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.

Se hecha en falta, de todos modos, una conclusión más precisa y rotunda, por más que auspicie una interpretación por parte de los tribunales españoles que deje sin efecto la no aplicación

[21] El artículo 24.8 del Convenio colectivo general del sector de la construcción 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) LET".

[22] STJUE de 19 de marzo de 2020 (C-103/18 y C-429/18).

[23] Por vez primera, se incorporó esta previsión en la disposición adicional primera, apartado segundo, de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE de 19 de septiembre de 2010).

[24] *In extenso*, DE VAL TENA, A. L.: "Sucesión o encadenamiento de contratos temporales: límites y novación de la relación jurídica como sanción legal", cit., págs. 141-156.

de los límites temporales del artículo 15.1.a) y 15.5 LET a los contratos "fijos de obra" regulados por el convenio colectivo de referencia, de manera que, cuando una persona trabajadora haya superado la duración máxima prevista *ex lege* o suscrito dos o más contratos de este tipo y se haya superado el límite temporal legal establecido en dicho precepto, deberá adquirir la condición de indefinido.

No parece que la limitación a tres años consecutivos exclusivamente de las personas trabajadoras ocupadas con contratos de duración determinada "fijos de obra" por una misma empresa en distintos centros de trabajo dentro de la misma provincia y la concesión a todos los trabajadores "fijos de obra" de una indemnización por cese específica[25], garantizando la cuantía establecida en el citado artículo 49.1.c) LET, constituyan medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada o "medidas legales equivalentes", en el sentido de la referida cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco europeo. En cualquier caso, tal normativa nacional no puede ser aplicada de modo que la renovación de sucesivos contratos de duración determinada "fijos de obra" se considere justificada por «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del mismo Acuerdo marco, meramente porque cada uno de esos contratos se suscriba con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, puesto que no se impide, en la práctica, al empleador atender a través de esa renovación necesidades de personal permanentes y estables.

Como el Derecho de la Unión Europea trata de prevenir los abusos en la contratación temporal, de pretender mantener el contrato "fijo de obra" en el sector de la construcción, a la vista del pronunciamiento del TJUE, debería modificarse su regulación convencional para incorporar de inmediato medidas legales equivalentes a las previstas en la legislación laboral común para prevenir y, en su caso, sancionar el uso abusivo de la temporalidad[26], esto es, cuando se suceden dos o más contratos "fijos de obra.

Concurre en el caso a resolver por el juez que remite las cuestiones prejudiciales un supuesto de subrogación empresarial, que el TJUE admite sin reservas, aunque la actividad descanse fundamentalmente en la mano de obra, conforme a su propia doctrina. Sorprende, empero, que se acepte, sin crítica alguna, la regulación establecida en el convenio colectivo aplicable, al considerar el TJUE que no se opone a la Directiva 2001/23/CE, pese a limitar los derechos de los trabajadores exclusivamente a los generados por el último contrato suscrito por la persona trabajadora con la empresa saliente de la contrata, 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, a menos que ya tuviera reconocidos tales derechos mediante sentencia judicial firme con anterioridad a producirse la subrogación y le hubieran sido comunicados a la empresa entrante en el plazo y forma regulados en este artículo. Sin duda, la aplicación de esa regla convencional coloca a la persona trabajadora en una posición menos favorable ante la subrogación.

5. BIBLIOGRAFÍA

DE VAL TENA, A. L.: "Sucesión o encadenamiento de contratos temporales: límites y novación de la relación jurídica como sanción legal", en GARCÍA BLASCO, J. y DE VAL TENA, A. L. (Dirs.): *Crisis económica y empleo: la experiencia judicial aplicativa de las últimas reformas laborales*, Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2021.

GARCÍA BLASCO, J.: "Transmisiones de empresas: de la protección del patrimonio jurídico de los trabajadores a los umbrales de efectividad del Derecho del Trabajo", en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales*, XXXI Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.

[25] Cfr. Artículo 24.8 del Convenio colectivo general del sector de la construcción.

[26] Como advirtió RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Sostenibilidad laboral en el sector de la construcción: la estabilidad en el empleo como premisa", cit., pág. 36, los trabajadores "fijos de obra" en el sector de la construcción "se encuentran en una peor situación por más regresiva que la del resto de trabajadores".

MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: "La relación laboral en la transmisión de empresa: Sentido y alcance de la garantía del mantenimiento de los derechos de los trabajadores", *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 6, 2020.

MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: "La doctrina comunitaria de la sucesión de plantilla: conflictos interpretativos vinculados al fenómeno de la sucesión de contratas desmaterializadas", *Revista de Derecho Social*, núm. 87, 2019.

MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: "Sucesión de plantilla en la empresa por subrogación convencional -«ex convenio colectivo sectorial»-. La reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su recepción por el Tribunal Supremo", *La Ley Unión Europea*, núm. 65, 2018.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Sostenibilidad laboral en el sector de la construcción: la estabilidad en el empleo como premisa", *Temas laborales*, núm. 152, 2020.