



TROBADA DIGITAL

Cicle de trobades: la reinvençió del treball.

Anàlisi de les novetats en matèria de subcontractació d'obres i serveis

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

Profesor Agregado y Titular de Universidad Acreditado

 Universitat Oberta de Catalunya

19 Gener 2022

Esquema expositivo

- **Una previa: factores aceleradores del trabajo externalizado (y precariedad)**
- **Negociación colectiva: prioridad aplicativa CCOL empresa (Art. 84 ET)**
- **Convenio colectivo en Contratas (art. 42.6 ET)**
- **“Contrato fijo-discontinuo” vs. “Contrato temporal por circunstancias de las producción” (arts. 16 y 15 ET) (2 modalidades x 3 subtipos)**

UNA PREVIA: FACTORES ACELERADORES DEL TRABAJO EXTERNALIZADO Y PRECARIEDAD (I)

Descentralización productiva - Opción lícita: art. 38 CE

STS 27/10/1994 (rec. 3724/1993), «el ordenamiento jurídico **no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa (...) la denominada descentralización productiva es lícita**». La contrata de obras y servicios de la propia actividad no es una actuación tolerada (...), sino una actividad legalmente regulada, en desarrollo del **principio constitucional de libertad de empresa**.

- validez del contrato de obra o servicio vinculada a la duración de la contrata (hasta STS 29/12/2020, rec. 240/18).
- concepción restrictiva del concepto de “propia actividad” del art. 42 ET (teoría del ciclo productivo) SSTS 18/1/1995 (rec. 150/1994); 29/10/13 (rec. 2558/2012).
- concepción restrictiva del concepto de “salario” del art. 42 ET – no incluyendo a los salarios de tramitación (SSTS 14/7/1998, rec. 3482/1997; 23/1/01, rec. 1706/2000)

UNA PREVIA: FACTORES ACELERADORES DEL TRABAJO EXTERNALIZADO Y PRECARIEDAD (y II)

- posibilidad de hacer contratas y subcontratas sin límite (en cambio, en el sector de la Construcción el número de contratas es limitado – art. 5 Ley 32/2006).

- posibilidad de hacer contratas inherentes al ciclo productivo (STS 4/3/08, rec. 1310/07) y también con organización puesta a disposición de la principal “muy simple” (STS 17/12/01, rec. 244/01).

“autonomía técnica de la contrata” vs. “subordinación técnica de la contrata”

¿Superación de las líneas limítrofes de la cesión ilegal? efecto útil Directiva 2008/104 - **OJO** a STJUE 17/11/16 (C-216/15), *Ruhrlandklinik*

- posibilidad de que la mera decisión empresarial de externalizar pueda describir una «causa de empresa» procedente (SSTS 3 y 4 de octubre 2000, rec. 651/2000 y rec. 4098/1999);

- posibilidad de que el fin o la reducción de la contrata describa una «causa de empresa» procedente para los contratos indefinidos (y un “término” para los temporales) – matización jurisprudencial “vicisitudes” contrata.

UNA PREVIA: FACTORES ACELERADORES DEL TRABAJO EXTERNALIZADO Y PRECARIEDAD (y II)

- las reglas subrogatorias; y, en especial, la sucesión de plantilla por CCOL exenta de art. 44 ET (Hasta *Somoza Hermo*, ratificando *TEMCO*: STS 27/9/18, rec. 2747/16).
- el régimen jurídico de las ETT (más “gravoso” que una contrata; ETT son clientes de contratas que prestan servicios a empresas “principales”).
- la estructura de la NCOL. La prioridad aplicativa del art. 84.2 ET se ha convertido en un factor especialmente favorecedor de la externalización / principal instrumento para obtener ventaja competitiva en sectores de escasa productividad/bajo valor añadido (“principio de correspondencia” como factor de contención; y prioridad aplicativa CCOL empresa no se extiende a cláusulas subrogatorias: – STS 7/3/18, rec. 267/16; y STSJ Cataluña 20/1/17, rec. 6643/16)

“Cultura de la temporalidad”

(algunos sectores/empresas) “Dependencia” de la precariedad que “supura” del trabajo externalizado

CONCURRENCIA – PRIORIDAD APLICATIVA CCOL EMPRESA (ART. 84.2 ET)

Desparace la letra a): *«La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa»*

Régimen transitorio (DT 6ª RD Ley 32/2021): entrada en vigor como máximo en 1 año + 6 meses de adaptación (máximo 18 meses)

“2. Las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores no podrán tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras”

Equiparación reglas LCSP (arts. 101.2.3º, 102.3.2º, 122.2 149.4.5º y 202.3 LCSP)

Medida con gran impacto macroeconómico (aunque siguen habiendo “puertas traseras”: puede acudir al “descuelgue salarial” ex art. 82.3 ET; comisión *ad hoc* art. 41.4 ET en empresas sin RLT)

Si teoría de la “contractualización del CCOL” (*ab origine*) se mantiene también cabría reducción salarial vía art. 41 ET

Empresas multiservicios (EMS) pueden seguir apelando que no hay CCOL (multifuncional) por “encima” (salvo cuando presten servicios para empresar cliente – art. 42.6 ET)

CONVENIO COLECTIVO EN CONTRATAS (ART. 42.6 ET)

Una previa: doctrina jurisprudencial vigente

- *Primer criterio*: STS 17/3/15 (rec. 1464/14): Aplicación CCOL actividad preponderante de la EMS
-  – *Segundo criterio*: STS 11/6/20 (rec. 9/19), siguiendo la doctrina de la STS 22/2/19 (rec. 237/17): debe aplicarse el CCOL actividad efectivamente ejecutada por los trabajadores en la empresa cliente.
- *Tercer criterio*: STS 11/11/21 (rec. 3330/19): Las contratas/subcontratas no están obligadas legalmente a la aplicación mecánica del CCOL de empresa principal, aun cuando se trate de obras y servicios propios de la actividad de la empresa principal (sigue SSTs 12/2/21, rec. 2839/19; y 12/3/20, rec. 209/18)

STS 6/2/20 (rec. 646/17) CCOL para determinación del salario regulador de la indemnización por despido improcedente de limpiador de CEE que presta servicios en hotel no es el Sectorial de la empresa cliente

En la doctrina judicial

STSJ Cataluña 18/7/2019 (rec. 11/19) desestima demanda de conflicto colectivo presentada por dos asociaciones patronales (mayoritarias) del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de Cataluña en relación al contenido del art. 60 CCOL sectorial, que obliga a las empresas contratistas de ciertos servicios la obligación de aplicar a sus trabajadores el salario y la jornada previsto en el citado convenio

STSJ CLM 25/1/19 (rec. 1688/17), el principio de especificidad justifica aplicación temporal del CCOL sectorial

Nuevo art. 42.6 ET (dirigido a combatir EMS)

«El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III.

No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84”.

- (aunque es controvertido) Aplicación art. 42.6 ET aunque no haya «propia actividad» (art. 42.1 ET).

La nueva DA 27ª ET lo confirma (prevé una excepción al nuevo art. 42.6 ET para CEE):

«En los casos de contratas y subcontratas suscritas con los centros especiales de empleo regulados en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, no será de aplicación el artículo 42.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.»

Nuevo art. 42.6 ET (dirigido a combatir EMS)

- Si empresa contratista tiene CCOL “propio”, se aplica éste de acuerdo con prioridad aplicativa art. 84.2 ET

¿Qué es CCOL “propio”? ¿Un CCOL de centro es CCOL “propio”? (Principio correspondencia no impide a EMS a tener CCOL de centro)

Empresa contratista puede acudir a art. 83.2 ET; y prioridad no incluye las cláusulas subrogatorias.

- Si EMS presta servicios “integrales” deben aplicarse los respectivos “CCOL sectoriales de actividad” / o “CCOL sectoriales” (ex Título III ET)

¿Qué CCOL aplicar si trabajadores de EMS prestan servicios integrales indistintamente y no hay CCOL sectorial?

- Si empresa contratista no tiene CCOL “propio” debe ajustarse a art. 42.6 ET: CCOL “*del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata*” salvo que haya un CCOL sectorial aplicable”.

CONTRATOS TEMPORALES “ESTRUCTURALES”: UNA PREVIA (patología crónica / “cultura” de la temporalidad)

2016/22: Doctrina (SÍSMICA) del TJUE (cláusulas 4/5 Directiva 1999/70: *de Diego Porras 1 y 2; Grupo Norte Facility; Montero Mateos; Cobra Servicios Auxiliares; Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez; IMIDRA; Obras y Servicios Públicos y Acciona Agua; + 2 cuestiones prejudiciales pendientes*

STS 29/12/2020 (rec. 240/18): fin de contrato de obra vinculado a duración de una contrata

SSTS 10/11/20 (rec. 2323/18); y 30/10/19 (rec. 1070/17): No interinidad/eventual para vacaciones.

PRESUNCIÓN CONTRATO INDEFINIDO (ART. 15.1 ET)

“El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido.

El contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora.

Para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista”.

CONTRATO FIJO-DISCONTINUO (FJD) - ART. 16 ET

“Solución legal” pesada para la “transformación” de los contratos de obra o servicio determinado (ilícitos)

Tipos (5)

a. Trabajos de temporada /estacional: Supuestos cuya discontinuidad viene predeterminada por factores eminentemente externos y, en concreto, vinculados a una dimensión «temporal»

b. Trabajos prestación “intermitente” y “ejecución cierta” (“determinada/determinable”): Supuestos cuya discontinuidad (en la frecuencia) viene predeterminada por motivos intrínsecos al propio programa de prestación acordado (“constructo” de la empresa por motivos organizativos/productivos)

Aplicación art. 12 ET a los trabajos de «prestación intermitente» que tengan períodos de ejecución «incierto»

c. Trabajos cuya discontinuidad venga definida por las «oscilaciones» de las empresas clientes (contratas “recurrentes”)

«el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratas mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa».

Si la actividad es “imprevisible” (ocasional o “no recurrente”): CxCP para “oscilaciones en las necesidades de personal”

d. Contrato fijo-discontinuo y ETT: nuevo art. 10.3 LETT

Opción que había sido descartada por STS 30/7/2020 (rec. 3898/2017)

Esto no exime (*ex* nuevo art. 10.3 LETT), que el contrato de puesta a disposición esté sujeto a las causas de temporalidad *ex* art. 15 ET.

Empresas contratistas pueden acudir a ETT para prestar servicios a empresa cliente.

e. Fijos-discontinuos en el sector público (DA 4ª RD Ley 32/2021) (¿indefinidos fijos-discontinuos?)

Inactividad en contrato fijo-discontinuo vinculado a una contrata

Art. 16.4 ET *«los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones».*

CCOL pueden fijar un plazo máximo de inactividad (en su defecto, 3 meses) (aspecto ampliamente disponible).

Superado el plazo, la empresa debe proceder a adoptar *“las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en esta norma”*

¿Más de dos contratos con la misma empresa?: antes del RD Ley 32/2021, la doctrina judicial no ha impedido que durante períodos de inactividad pueda celebrarse un contrato temporal con la misma empresa

¿Todos los contratos fijos-discontinuos deben ser a tiempo completo salvo que lo prevea el CCOL sectorial?

Art. 16.5 ET: CCOL *«podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos».* (¿Si se hace a TP sin habilitación convencional, debe acudirse a art. 12 ET?)

CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN (ART. 15.2 ET)

A. Contrato por circunstancia de producción “imprevisible”

B. Contrato por circunstancia de producción previsible

C. Contratos por circunstancia de producción y contratas

A. Contrato por circunstancia de producción (CxCP)

CxCP: “incremento ocasional e imprevisible” (contrato sometido a la naturaleza temporal de la actividad);

CxCP: “oscilaciones en las necesidades de personal” (que no tienen por qué ser imprevisibles): dos tipos:

a. “oscilaciones que, aun tratándose de actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, siempre que no responda a los supuestos incluidos en el artículo 16.1” (contrato, *a priori*, al menos, pensado para las contrataciones “ocasionales” – esto es, “no recurrentes” – si lo son, aplicación art. 16 ET)

b. «oscilación» es extensible a las variaciones provocadas por las «vacaciones anuales» (no así para otro tipo de descansos) (se habilita opción descartada por SSTS 10/11/20, rec. 2323/2018; y 30/10/2019, rec. 1070/2017)

[OJO: Si no se exige “imprevisibilidad” puede dificultarse distinción con “Contrato circunstancia producción previsible”]

Duración máxima: no podrá ser superior a 6 meses, ampliable a 12 meses ex CCOL sectorial (cabe 1 prórroga si media acuerdo a la máxima prevista si se ha concertado por duración inferior a la máxima y sin superarla)

B. Contrato por circunstancia de producción (CxCP) previsible

«atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada». (contrato sometido a “término puro” – “no se exige naturaleza temporal de la actividad” - a decisión de la empresa)

Modalidad restrictiva: límite 90 días al año natural (no continuos)

“independientemente de las personas trabajadoras que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato”.

Dudas

Método de cómputo 90 días (dos opciones)

con independencia de la dimensión de la empresa, ¿90 días no continuos para «toda la empresa»?

¿Se consume este límite, por ejemplo, si se contrata 90 personas 1 día, o bien, 1 persona en 90 días no continuos? Por otra parte, ¿cabe que los 90 días los midamos en términos de jornada completa? De modo que, siguiendo con uno de los ejemplos, ¿puede contratarse a una persona 180 días si se ocupa a media jornada?

¿se refiere a que, para cada trabajador que se emplee con esta modalidad, se le puede ocupar durante 90 días no continuos?

(En función de lo anterior) **¿Cuántos contratos pueden hacerse durante estos 90 días? No parece que haya límite alguno.**

c. Contratos por circunstancia de producción (CxCP) y contratas

Art. 15 ET, en relación al “Contrato por circunstancia de la producción”, también establece que

“No podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando circunstancias de la producción en los términos anteriores”.

Empresas contratistas pueden emplear “contrato por circunstancias de la producción” para prestar servicios a la cliente:

Primero: si experimentan «un incremento ocasional e imprevisible» (una nuevo contrato con una empresa cliente podría serlo si se trata de una actividad intrínsecamente temporal).

Segundo: si, en el marco de la actividad normal de la empresa, experimentan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere. Esto sucederá en las contratas “imprevisibles” (o “no recurrentes” – ex art. 16 ET).

Tercero: puede acudir al término puro de los 90 días

Valoración final (algunas notas)

- **Reforma con impacto macroeconómico**
- **“Nube” de conceptos jurídicos indeterminados (superior a la deseable)**
- **Cambio de paradigma (intento de romper con la inercia – “cultura de la temporalidad” – precariedad cronificada)**
- **Intervención normativa quirúrgica (mínimo común denominador). “Puertas traseras”**
- **Oportunidad perdida para “update” legislativo**
- *To be continued...*



TROBADA DIGITAL

Cicle de trobades: la reinvençió del treball.

Anàlisi de les novetats en matèria de subcontractació d'obres i serveis

**¡ Moltes
gràcies!**

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

Profesor Agregado y Titular de Universidad Acreditado

 Universitat Oberta de Catalunya

Gener 2022