

Director: *Manuel Carlos Palomeque López*

# Trabajo y Derecho

NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES

NÚM. 25 • ENERO 2017

- **OPINIÓN:**  
Duración del contrato de trabajo y vigencia de la contrata
- La condición de empresario en los procesos de descentralización productiva
- El contrato para obra o servicio determinado y su vinculación a la subcontrata
- El trabajador de la *Uber Economy*, ni dependiente ni autónomo

Consulte en  
<http://smarteca.es/>  
la revista en su formato electrónico



**Trabajo y Derecho**, que se ofrece como una revista mensual de calidad, moderna y crítica, acoge en su seno cuantos asuntos interesan en general a la regulación jurídica del trabajo, de las relaciones laborales individuales y de las colectivas o sindicales, así como al sistema de protección social en su conjunto. Sin dejar de mirar al propio tiempo, cuando ello se requiera, a otras disciplinas próximas, como la economía o la sociología. Y lo hace desde una perspectiva científica o académica y también práctica, para abrir de este modo su campo de observación a la realidad jurídica laboral en España y en la Unión Europea, que es ofrecida y analizada desde la legislación, la jurisprudencia, el debate doctrinal, la práctica sindical y la actividad profesional.



El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de Wolters Kluwer España, S.A., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones.

El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Los estudios destinados a esta revista serán objeto de evaluación externa.

© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

ISSN Impreso: 2386-8090

ISSN Electrónico: 2386-8112

Depósito Legal: M-2-2015

URL: <https://tienda.smarteca.es/p/651/trabajo-y-derecho>

Diseño, Preimpresión e Impresión Wolters Kluwer España, S.A.

Imagen de cubierta: Puente colgante de Amposta (Tarragona)

**conectia**  
Asociación de Prensa Profesional  
y Contenidos Multimedia

	SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE: REDACCIÓN 902 290 500 tel 902 230 502 fax clientes@wle.es C/ Collado Mediano, 9 28231 Las Rozas (Madrid) <a href="http://www.wle.es">www.wle.es</a>

# Trabajo y Derecho

NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES

## DIRECTOR

**Manuel Carlos Palomeque López**

Catedrático (e) de Derecho del Trabajo (Universidad de Salamanca)

## SUBDIRECTORES

**Margarita Isabel Ramos Quintana**

Catedrática de Derecho del Trabajo (Universidad de La Laguna)

**Wilfredo Sanguineti Raymond**

Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Salamanca)

## SECRETARIO

**Juan Bautista Vivero Serrano**

Profesor Titular (s.e.) de Derecho del Trabajo  
(Universidad de Salamanca)  
Letrado del Tribunal Supremo

## SECCIONES

### Opinión Estudios

#### Unión Europea y agenda internacional

(a cargo de *M. I. Ramos Quintana*,  
subdirectora)

#### Jurisprudencia

(a cargo de *J. B. Vivero Serrano*,  
secretario)

### Legislación

(a cargo de *E. Cabero Morán*, Profesor  
Titular de Derecho del Trabajo,  
Universidad de Salamanca)

#### Libros

(a cargo de *M. Álvarez de la Rosa*,  
Catedrático (e) de Derecho del Trabajo,  
Universidad de La Laguna)

### Práctica jurídica y despachos profesionales

(a cargo de *J. R. Mercader Uguina*,  
Catedrático de Derecho del Trabajo,  
Universidad Carlos III de Madrid)

## CONSEJO DE REDACCIÓN

**Manuel Carlos Palomeque López, Margarita Isabel Ramos Quintana, Wilfredo Sanguineti Raymond, Juan Bautista Vivero Serrano, Enrique Cabero Morán, Manuel Álvarez de la Rosa, Jesús Rafael Mercader Uguina**

## COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNA

**Jesús Baz Rodríguez**  
Profesor Titular de Derecho  
del Trabajo (Universidad de  
Salamanca)  
**Ángel Blasco Pellicer**  
Catedrático de Derecho del  
Trabajo (Universidad de  
Valencia)  
Magistrado de la Sala de lo  
Social del Tribunal Supremo  
**Jaime Cabeza Pereiro**  
Catedrático de Derecho del  
Trabajo (Universidad de  
Vigo)

**Dulce María Cairós Barreto**  
Profesora Titular de  
Derecho del Trabajo  
(Universidad de La Laguna)  
**Juan José Fernández  
Dominguez**  
Catedrático de Derecho del  
Trabajo (Universidad de  
León)  
**Juan Gorelli Hernández**  
Catedrático de Derecho del  
Trabajo (Universidad de  
Huelva)

**David Lantarón Barquín**  
Profesor Titular  
(Acreditado para CU) de  
Derecho del Trabajo  
(Universidad de Cantabria)  
**Magdalena Nogueira  
Guastavino**  
Catedrática de Derecho del  
Trabajo (Universidad  
Autónoma de Madrid)  
Directora de la revista  
*Documentación Laboral*

**Rafael Sastre Ibarreche**  
Profesor Titular de Derecho  
del Trabajo (Universidad de  
de Salamanca)  
**Francesc Pérez Amorós**  
Catedrático de Derecho del  
Trabajo (Universidad  
Autónoma de Barcelona)  
**Yolanda Valdeolivas  
García**  
Catedrática de Derecho del  
Trabajo (Universidad  
Autónoma de Madrid)

## CONSEJO CIENTÍFICO ASESOR

**Antonio Pedro Baylos Grau**  
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Castilla La Mancha)  
Director de la *Revista de Derecho Social*  
**Ricardo Bodas Martín**  
Presidente de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional  
**María Emilia Casas Baamonde**  
Catedrática de Derecho del Trabajo (Universidad Complutense de Madrid)  
Directora de la revista *Derecho de las Relaciones Laborales*  
**Jesús Cruz Villalón**  
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Sevilla)  
Presidente de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Director de la revista *Temas Laborales*  
**Isabelle Daugareilh**  
Directora de investigación en el Centre National de la Recherche Scientifique (Universidad de Burdeos)  
**Aurelio Desdentado Bonete**  
Magistrado (e) del Tribunal Supremo  
**Federico Durán López**  
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Córdoba)  
Of Counsel del Departamento Laboral de Garrigues Abogados  
**Maximilian Fuchs**  
Profesor de Derecho del Trabajo (Universidad de Ingolstadt)  
**Ignacio García-Perrote Escartín**  
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad Nacional de Educación a Distancia)  
Director del Departamento Laboral de Uría y Menéndez Abogados  
Director de la *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*

**Adrián Goldin**  
Profesor Titular (e) de Derecho del Trabajo (Universidad de Buenos Aires)  
**Santiago González Ortega**  
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad Pablo de Olavide de Sevilla)  
**José Luis Goñi Sein**  
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad Pública de Navarra)  
**Jorge Leite**  
Profesor (a) de Derecho del Trabajo (Universidad de Coimbra)  
**María Lourdes López Cumbre**  
Catedrática de Derecho del Trabajo (Universidad de Cantabria)  
**Antonio Martín Valverde**  
Catedrático (e) de Derecho del Trabajo  
Magistrado (e) del Tribunal Supremo  
**José Luis Monereo Pérez**  
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Granada)  
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social  
Director de la *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*  
**Alfredo Montoya Melgar**  
Catedrático (e) de Derecho del Trabajo (Universidad Complutense de Madrid)  
Director de la *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*  
**Luca Nogler**  
Profesor Ordinario de Derecho del Trabajo (Universidad de Trento)  
Director de la revista *Giornale di Diritto del lavoro e Relazioni Industriali*

**Antonio Ojeda Avilés**  
Catedrático (e) de Derecho del Trabajo (Universidad de Sevilla)  
Presidente del Instituto Europeo de Relaciones Industriales  
**Sofía Olarte Encabo**  
Catedrática de Derecho del Trabajo (Universidad de Granada)  
**Marcos Peña Pinto**  
Inspector de Trabajo y Seguridad Social  
Presidente del Consejo Económico y Social de España  
**Francisco Pérez de los Cobos Orihuel**  
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad Complutense de Madrid)  
Presidente del Tribunal Constitucional  
**Salvador del Rey Guanter**  
Catedrático de Derecho del Trabajo (ESADE Law School)  
Socio del Área Laboral de Cuatrecasas Gonçalves Pereira  
Presidente del Instituto Internacional Cuatrecasas de Estrategia Legal en Recursos Humanos  
**Miguel Rodríguez-Piñero Royo**  
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Sevilla)  
**Gloria Pilar Rojas Rivero**  
Catedrática de Derecho del Trabajo (Universidad de La Laguna)  
**Eduardo Rojo Torrecilla**  
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad Autónoma de Barcelona)  
**Umberto Romagnoli**  
Profesor Ordinario (e) de Derecho del Trabajo (Universidad de Bolonia)  
Director de la revista *Lavoro e diritto*

**Juan Antonio Sagardoy Bengoechea**  
Catedrático (e) de Derecho del Trabajo  
Presidente de Honor de Sagardoy Abogados  
**Tomás Sala Franco**  
Catedrático (e) de Derecho del Trabajo (Universidad de Valencia)  
**María Luisa Segoviano Astaburuaga**  
Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo  
**Antonio V. Sempere Navarro**  
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad Rey Juan Carlos de Madrid)  
Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo  
Director de la *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*  
**Tiziano Treu**  
Profesor Ordinario (e) de Derecho del Trabajo (Universidad Católica de Milán)  
Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
**Luis Enrique de la Villa Gil**  
Catedrático (e) de Derecho del Trabajo (Universidad Autónoma de Madrid)  
Of Counsel de Roca Junyent Abogados  
Director de la *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
**Humberto Villasmil Prieto**  
Especialista Principal en Derecho del Trabajo (Organización Internacional del Trabajo)  
**Alfredo Villavicencio Ríos**  
Profesor Principal de Derecho del Trabajo (Pontificia Universidad Católica del Perú)

# Trabajo y Derecho

NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES

Núm. 25 • Enero 2017

## SUMARIO

### OPINIÓN

- Duración del contrato de trabajo y vigencia de la contrata  
*por Wilfredo Sanguineti Raymond* ..... 9

### ESTUDIOS

- La condición de empresario en los procesos de descentralización productiva  
*por Margarita I. Ramos Quintana* ..... 13
- El contrato para obra o servicio determinado y su vinculación a la subcontrata:  
reflexiones críticas  
*por M<sup>a</sup> Caridad López Sánchez* ..... 31
- El trabajador en la «Uber Economy»: ni dependiente ni autónomo, sino todo lo  
contrario  
*por Adrián Todolí Signes* ..... 43

### UNIÓN EUROPEA Y AGENDA INTERNACIONAL

(a cargo de Margarita Isabel Ramos Quintana)

#### Debates con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- La prevención de riesgos laborales en las Fuerzas Armadas a la luz del Derecho  
de la Unión Europea  
*por Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano* ..... 61

### JURISPRUDENCIA

(a cargo de Juan Bautista Vivero Serrano)

#### Observatorio temático de jurisprudencia

- Régimen jurídico aplicable a la sucesión de plantilla que opera por imperativo convencional  
por Cristina Aragón Gómez ..... 74

#### Las sentencias del mes

- Las sentencias anotadas ..... 83

### LEGISLACIÓN

(a cargo de Enrique Cabero Morán)

#### Observatorio temático de legislación

- La normativa sobre política de remuneración en las entidades de crédito  
por Félix Bolaños García y Sonsoles González Solís ..... 92

#### Las novedades legislativas a examen

- Las disposiciones anotadas ..... 103

### LIBROS

(a cargo de Manuel Álvarez De La Rosa)

- El profesionalismo deportivo  
por Iván Vizcaíno Ramos ..... 108

## Inglaterra

- El Derecho reflexivo del Trabajo, buscando una interpretación más racional de la flexibilidad. Derecho del Trabajo, Derecho de pensiones y pensiones derivadas de la relación de trabajo  
*por Dulce María Cairós Barreto*..... 110

## PRÁCTICA JURÍDICA Y DESPACHOS PROFESIONALES

(a cargo de Jesús R. Mercader Uguina)

### Estudios de práctica jurídica

- Planes de la Inspección de Trabajo sobre el registro de la jornada ordinaria de trabajo: sus riesgos y sus dudas..... 114

### Comentarios a sentencias y autos de instancia

- Un caso de despido disciplinario improcedente de pescador con salario mixto (parte fija más porcentaje de pesca capturada), cuando España incumple reiteradamente sus deberes como Estado miembro de la OIT sobre el contrato de enrolamiento de pescadores  
*por Xosé Manuel Carril Vázquez*..... 122

# RELACIÓN DE SENTENCIAS Y DISPOSICIONES LEGALES ANOTADAS

## Las sentencias del mes

### ■ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Consignación de cantidad para recurrir: no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso) la inadmisión del recurso de suplicación por falta de consignación de la cantidad para recurrir, no pudiendo equiparse al aval bancario otros mecanismos que no garanticen el cumplimiento inmediato de la sentencia, y ello aunque se trate de empresas en situación de concurso o precurso. *SSTC (Pleno) 166/2016, de 6 de octubre, 173/2016, de 17 de octubre, y 176/2016, de 17 de octubre.*
- Discriminación por razón de sexo: es discriminatorio que los efectos económicos de un nuevo destino judicial comiencen tras la toma de posesión de tener que retrasarse la misma por encontrarse la magistrada disfrutando de una licencia por embarazo de riesgo. *STC 162/2016, de 3 de octubre.*

### ■ TRIBUNAL SUPREMO

- Cesión ilegal de trabajadores y empresa multiservicios: la mera puesta a disposición de los trabajadores por parte de la empresa multiservicios, sin ningún tipo de medios propios para llevar a cabo la actividad contratada, constituye cesión ilegal. No hay lesión del derecho a la tutela judicial (garantía de indemnidad) al no responder la extinción del contrato de trabajo a la previa demanda judicial por cesión ilegal. *STS, 4ª (Pleno), 26-10-2016, rcud 2913/2014.*
- Complemento de antigüedad y trabajadores temporales: no es contrario al principio de igualdad de trato el precepto del convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad de Madrid que excluye para el devengo del complemento de antigüedad (trienios) los diferentes servicios prestados por los trabajadores temporales con una interrupción de más de tres meses al romperse la unidad del vínculo contractual. *STS, 4ª, 20-10-2016, recurso de casación 242/2015.*
- Convenio especial con la seguridad social para trabajadores de 55 o más años y empresa en concurso: es competencia de la jurisdicción social el enjuiciamiento del cumplimiento de la obligación empresarial de suscripción del convenio especial con la seguridad social respecto de los trabajadores de 55 o más años objeto de despido colectivo siempre que el despido culmine antes de la declaración mercantil de concurso y aunque los efectos individuales del despido se produzcan una vez declarado el concurso. *STS, 4ª, 18-10-2016, rcud 2405/2015.*
- Incapacidad permanente parcial y RETA: en el RETA solo está prevista la incapacidad permanente parcial por contingencias profesionales y siempre que la disminución del rendimiento normal en la profesión habitual sea no inferior al 50% en vez del 33%. *STS, 4ª, 18-10-2016, rcud 2367/2015.*
- Incapacidad permanente total: la profesión habitual es un concepto más amplio que el concreto puesto de trabajo ocupado, de manera que la enfermedad profesional (alergia al corcho) ligada a un concreto puesto de trabajo, pero no al resto de tareas propias de una profesión habitual, no justifica la calificación de incapacidad permanente total para profesión habitual. *STS, 4ª, 26-10-2016, rcud 1267/2015.*
- Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y rescisión contractual indemnizada: también en caso de reducción salarial vía modificación sustancial tiene que probar el trabajador el perjuicio sufrido, limitándose la rescisión contractual indemnizada a la existencia de perjuicio relevante. *STS, 4ª, 18-10-2016, rcud 494/2015.*
- Pacto de no competencia postcontractual: la compensación económica en caso de incumplimiento del pacto por parte del trabajador no tiene la naturaleza de cláusula penal, siendo una indemnización de daños y per-

juicios que aunque no exija prueba sí debe resultar proporcionada, pudiéndose en caso contrario rebajar judicialmente. *STS, 4ª, 26-10-2016, rcud 1032/2015.*

- Prestación por maternidad y gestación por sustitución: inexistencia de contradicción en un supuesto de prestación por maternidad reconocida en suplicación pese a tratarse de gestación por sustitución. *STS, 4ª (Pleno), 19-10-2016, rcud 1650/2015.*
- Ultraactividad del convenio estatutario: si la cláusula convencional de ultraactividad anterior a la reforma laboral de 2012 prevé la aplicación ultraactiva del convenio denunciado mientras dure las negociaciones y estas finalizan sin un nuevo convenio estatutario entra en juego la regulación legal dispositiva, con la consiguiente aplicación del convenio colectivo de ámbito superior. *STS, 4ª, 18-10-2016, recurso de casación 205/2015.*
- Ultraactividad del convenio estatutario y revisión salarial: durante la ultraactividad prevista en el propio convenio colectivo no puede aplicarse la cláusula de revisión salarial anual (IPC + 0.9%) que tenga una limitación temporal expresa. *STS, 4ª, 8-11-2016, recurso de casación 102/2016.*

## ■ TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- Modificación sustancial de condiciones de trabajo nula: la nulidad conlleva por sí misma la producción de un daño moral que debe ser objeto de indemnización aunque nada diga al respecto el artículo 138.7 LRJS. El plazo de prescripción de un año para la depuración de la responsabilidad por daños y perjuicios empieza a contar desde la declaración de nulidad de la modificación sustancial. *STSJ de Madrid, Sala de lo Social, 18-10-2016, recurso de suplicación 617/2016.*
- Prestación por maternidad e IRPF: la prestación económica por maternidad es una renta exenta conforme al artículo 7. h) de la Ley 35/2006, procediendo en consecuencia la rectificación de la autoliquidación del IRPF solicitada por la contribuyente. *STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 6-7-2016, recurso contencioso-administrativo 967/2014.*
- Recargo de prestaciones y RETA: responde del recargo de prestaciones el empresario principal respecto del trabajador autónomo que en el ámbito de una contrata presta servicios en el centro de trabajo del empresario principal. *STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, 15-9-2016, recurso de suplicación 1020/2016.*

## Las novedades legislativas a examen

### ■ LEGISLACIÓN ESTATAL

- Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social (BOE 3 de diciembre de 2016).
- Real Decreto 410/2016, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Plan Estadístico Nacional 2017-2020 (BOE 18 de noviembre de 2016).
- Orden ESS/1774/2016, de 4 de noviembre, por la que se fijan los límites para administrar los créditos para gastos y para conceder subvenciones en el ámbito de la Secretaría de Estado de Empleo y de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social (BOE 11 de noviembre de 2016).
- Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009. Firma por parte de la República del Perú (BOE 16 de noviembre de 2016).
- Acuerdo de 15 de septiembre de 2016, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se regula el Registro General y se crea el Registro Electrónico del Tribunal (BOE 24 de noviembre de 2016).

### ■ LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

- Andalucía. Decreto-ley 5/2016, de 11 de octubre, por el que se regula la jornada de trabajo del personal empleado público de la Junta de Andalucía. Convalidación (BOJA 28 de noviembre de 2016).
- Andalucía. Orden de 16 de noviembre de 2016, por la que se crea la sede judicial electrónica correspondiente al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 23 de noviembre de 2016).
- Asturias. Decreto 61/2016, de 3 de noviembre, por el que se regula el Registro del Principado de Asturias de trabajadores expuestos a agentes cancerígenos o mutágenos (BOPA 11 de noviembre de 2016).
- Cantabria. Orden HAC/57/2016, de 15 de noviembre, por la que se regula el procedimiento para la comunicación electrónica del contenido de los contratos de trabajo y sus copias básicas, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC 22 de noviembre de 2016).
- Castilla y León. Decreto 41/2016, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Público de Empleo de Castilla y León (BOCYL 14 de noviembre de 2016).
- Castilla-La Mancha. Orden de 22 de noviembre de 2016, de la Consejería de Economía, Empresas y Empleo, por la que se crea y regula el depósito de estatutos de las organizaciones sindicales y empresariales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM 7 de diciembre de 2016).
- Extremadura. Decreto 191/2016, de 29 de noviembre, por el que se crea la Comisión Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo de Extremadura (DOE 5 de diciembre de 2016).
- Madrid. Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid (BOCM 10 de agosto de 2016 y BOE 25 de noviembre de 2016).
- Navarra. Decreto Foral 94/2016, de 26 de octubre, por el que se regula el régimen de calificación, registro y ayudas de las Empresas de Inserción Sociolaboral de Navarra (BON 18 de noviembre de 2016).
- La Rioja. Decreto 47/2016, de 18 de noviembre, por el que se regula el permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, previsto en el artículo 49.e) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (BOR 23 de noviembre de 2016).



## Duración del contrato de trabajo y vigencia de la contrata

*Por entre mis propios dientes salgo humeando, dando voces...*

Cesar Vallejo, *La rueda del hambriento*, 1936

Pocas dudas pueden albergarse en torno al impacto que está en condiciones de desplegar sobre la aplicación de las normas e instituciones reguladoras de la relación de trabajo, y en particular sobre las vinculadas con la determinación de su duración, el hecho de que las tareas desarrolladas por un empresario se encuentren funcionalmente vinculadas a las de otros o formen parte de un proceso de mayor alcance, como ocurre por hipótesis en los supuestos de subcontratación de actividades productivas. De hecho, este es un efecto que viene garantizado por la configuración causal de la mayor parte de dichas instituciones, cuyo rasgo más relevante está representado, precisamente, por la imposición de la necesidad de tener en cuenta las circunstancias de orden económico y productivo concurrentes en cada caso, entre las que se incluyen aquellas derivadas de la cooperación con otros empresarios, como punto de partida para la adopción de las decisiones correspondientes.

A la inevitable repercusión de esta clase de factores de orden estructural es preciso añadirle, sin embargo, la influencia de que en tales situaciones están en condiciones de desplegar sobre la aplicación de esas instituciones otras circunstancias, en principio ajenas a la dinámica del proyecto empresarial compartido, como pueden ser las derivadas de la fijación, por razones de mera conveniencia, de plazos iniciales de vigencia para los contratos de naturaleza mercantil que articulan la colaboración entre empresarios o su posterior modificación o terminación por motivos ajenos a la marcha del sistema de cooperación. Es decir, incluso cuando este tenga vocación de continuidad y no atraviese por dificultad alguna. Como sabemos, esta es una situación que, en virtud de una elemental estrategia de limitación de riesgos, induce a muchas empresas que prestan servicios o ejecutan obras en provecho de otras a establecer, a su vez, vínculos de naturaleza temporal con su personal, así como a supeditar la continuidad de estos a las vicisitudes que pueda experi-

mentar la relación mercantil a la que sirven. La dinámica de estas fórmulas de cooperación termina así por favorecer un desplazamiento de la relación de correspondencia que debería entablarse, al menos en sistemas que como el nuestro se inspiran en el principio de estabilidad en el empleo, entre la vigencia del contrato de trabajo y la pervivencia de las necesidades productivas a las que sirve, hacia el terreno de las relaciones contractuales entre empresarios.

¿Es este deslizamiento de la aplicación del principio de estabilidad, del plano material al puramente formal de los vínculos entre empresarios, conforme con las previsiones legales que, con base constitucional, limitan la suscripción de los contratos de duración determinada a la atención de tareas temporalmente limitadas? No es este, en contra de lo que pudiera pensarse, un interrogante al que pueda ofrecerse desde un inicio una respuesta concluyente y unívoca, toda vez que la necesidad de fuerza de trabajo que atienden en tales situaciones los trabajadores puede de ser considerada, al menos en principio, tanto permanente como temporal, en función de la perspectiva desde la que se la contemple.

Se ha dicho con conocimiento de causa que los contratistas que entablan vínculos temporales con su personal se dedican por lo general de forma habitual a estas actividades. Y que, en virtud de ello, los encargos que reciben pueden ser considerados parte de su actividad permanente. Sin embargo, tampoco debe olvidarse que, según se ha apuntado igualmente, se trata de empresarios cuyo cometido principal o exclusivo suele estar representado por la prestación de servicios o la ejecución de obras para terceros. Y que, en atención a esta circunstancia, sus necesidades de personal están completamente condicionadas por el volumen de encargos que reciben. Desde su perspectiva, pues, no parece que pueda dudarse de que el contrato de trabajo, cuando se dedica

a la atención de tareas objeto de un concreto contrato mercantil, satisface una necesidad con fecha de caducidad. La dificultad radica en que, siendo esto cierto, lo es también que, cuando se trata de actividades integradas en un proceso productivo mayor, la labor del trabajador está dirigida a atender requerimientos que pueden ser considerados permanentes si se los contempla desde la óptica del comitente, en tanto que satisfacen necesidades constantes de su proceso de producción, que este debería atender, de asumir directamente su realización, con trabajadores contratados por tiempo indefinido.

Como salta a la vista, el dilema que se presenta en estos casos no es otro que el de dilucidar qué criterio adoptar como referente para la determinación de la duración de los contratos de trabajo. Si el de carácter formal que atiende a la duración limitada del vínculo que une a las empresas que actúan coordinadamente. O el de índole material que presta atención al carácter en principio permanente de la necesidad productiva que se satisface. Ante semejante disyuntiva, como se ha sostenido hace tiempo a nivel doctrinal y quien escribe ha podido defender, un respeto sustancial del principio de causalidad de la contratación temporal como el que exige la satisfacción de los intereses que justifican su consagración, debería conducir a establecer una conexión directa entre la continuidad de la relación laboral y la de la actividad productiva que atiende, al margen del alcance temporal de las relaciones entre los empresarios que colaboran para su realización. Cuando esa actividad pueda ser considerada permanente, dependiendo su temporalidad solo del recurso a técnicas contractuales, la celebración de contratos de duración determinada no debería, en consecuencia, ser admitida. Lo contrario supondría dejar al arbitrio del empresario que recurre por mera conveniencia a la contratación externa, la determinación del alcance de los contratos de trabajo. Con la consiguiente posibilidad de instrumentalización de esta técnica para convertir las que para él deberían ser relaciones permanentes en contratos de duración determinada en el seno de las empresas contratistas.

El problema radica en que, siendo coherente con la tutela del interés de los trabajadores afectados por estos procesos, este criterio no atiende a la incertidumbre que afecta de forma paralela a tales empresas, a las que su aplicación obliga a celebrar contratos por tiempo indefinido para atender necesidades que, desde su perspectiva, no dejan de ser temporales. Que este es un interés atendible, no cabe duda. Menos razonable resulta que se opte por satisfacerlo de manera absoluta, mediante la legitimación de la validez del recurso a la contratación temporal en estos casos. El terreno se presenta, pues, propicio para la construcción de soluciones matizadas, capaces de prestar atención de forma ponderada a los distintos intereses en juego.

No ha sido esta, sin embargo, la opción de nuestros tribunales, que bascularía apenas estos fenómenos adquirieron carta de naturaleza hacia un punto de vista enteramente favorable al empleo de esta clase de contratos en estos casos. El punto de arranque de esta tendencia se encuentra, como es sabido, en las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1997 y 18 de diciembre de 1998, a través de las cuales este se propuso dilucidar si el «servicio» al que alude el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores ha de ser temporal por sí mismo para justificar la celebración de un contrato de tal naturaleza o puede serlo también cuando su duración se ve limitada «por las condiciones en que se ha pactado su realización con un tercero». Aunque entonces el mismo partiría de admitir que «no existe» aquí «un trabajo dirigido a la ejecución de una obra» o «un servicio determinado», señalará a continuación que debe considerarse igualmente legítima la utilización de dicha modalidad contractual en tanto existe igualmente «una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida» que opera «como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga este». Por lo demás, esta es una conclusión no se ve alterada por el hecho de que el servicio contratado «pueda responder a una exigencia permanente de la empresa comitente», puesto que «lo que interesa aquí es la proyección temporal» del mismo «sobre el contrato de trabajo», para lo cual «lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición de empresario». La desnaturalización de la tipicidad del contrato temporal para obra o servicio determinado resulta aquí evidente. Lo mismo que el desplazamiento de la óptica de apreciación de la temporalidad, que pasa a depender exclusivamente de parámetros formales, en contraposición con las exigencias de carácter material contenidas en el precepto aplicado.

Esta no es, con todo, una opción cuestionable solo debido a su difícil adecuación sustancial al principio de causalidad. Tanto o más relevante es la crítica que merece desde la perspectiva de sus destructivos efectos sobre la estabilidad en el empleo, que este principio busca salvaguardar. A través de ella se termina, queriéndolo o no, por legitimar el recurso a empresas contratistas como un puro mecanismo de elusión de la existencia de vínculos internos de carácter indefinido, al atribuir la condición de elemento determinante de la temporalidad, bien que en el seno de una empresa distinta, a una decisión, como la de recurrir a la colaboración de otro empresario, no sujeta a exigencia causal alguna. De allí que, como ha puesto de relieve la doctrina más reciente, el propio Tribunal Supremo se haya visto en la necesidad de poner límites a su aplicación en pronunciamientos posteriores, relacionados con la determinación de las consecuencias que sobre la vigencia de estos contratos pueden tener ciertas



vicisitudes de la contrata distintas de su extinción por fin del plazo o realización de su objeto.

Estos límites tienen que ver, antes de nada, con la determinación del efecto que sobre la vigencia de los contratos temporales para obra o servicio determinado suscritos por la duración de una contrata tiene el hecho de que esta sea objeto de una prórroga o sea adjudicada al mismo contratista. A partir de su sentencia de 17 de junio de 2008 el Tribunal Supremo entenderá que en estos casos no se produce una extinción de la contrata que justifique su terminación. Cuando la contrata «se renueva, renueva o es sustituida por otra posterior en la que el objeto sigue siendo el mismo», se afirma, «el contrato de trabajo no se extingue por no haber transcurrido el plazo pactado para su duración», ya que este «debe coincidir con las necesidades que satisface». No ha surgido, en consecuencia, una nueva necesidad temporal capaz de justificar la celebración de nuevos contratos de tal naturaleza, sino que la contrata inicial, y los contratos de trabajo a ella asociados, se mantienen sin alteraciones.

De igual forma, el Tribunal Supremo negará en otra serie de decisiones que el cese anticipado de la contrata, tanto por acuerdo entre comitente y contratista como por decisión de este, justifique la extinción de los contratos celebrados a su amparo. En el primer caso debido a que, como apunta en su sentencia de 14 de junio de 2007, «no estamos ante una finalización de la contrata por causa ajena a la empresa o por transcurso del plazo previsto», ya que fueron «los contratistas quienes por causa a ellos imputable» le pusieron fin. Y, en el segundo, porque, según se lee en su sentencia de 2 de julio de 2009, no solo «no puede decirse que haya operado» la «finalización de la obra o servicio», sino que esta última ha tenido lugar debido al «acto de voluntad de la empresa contratista de darla por terminada». En consecuencia, «al serle imputable» el cese de la contrata «queda dentro de su esfera de responsabilidad contractual respecto del trabajador la terminación del contrato de trabajo».

La misma respuesta contraria a la existencia de una extinción válida de los contratos para obra o servicio determinado es adoptada, en fin, por el mismo tribunal a partir de sus sentencias de 10 y 12 de junio de 2008 en relación con las hipótesis de reducción del volumen de trabajo requerido para la atención de la contrata por decisión del comitente. A este propósito, se indica que «la reducción del encargo» no constituye «un supuesto que se pueda calificar ni como resolución, ni como finalización, ni como extinción» de la contrata, «que se mantiene, aunque con un contenido menor». Lo que ha existido es, en consecuencia, «una mera modificación» de la misma «consistente en una reducción de las tareas encomendadas», que no está en condiciones de justificar la extinción de los contratos de trabajo. Sin que esa posibilidad pueda encontrarse, además, prevista como causa

válida de extinción, ni en los propios contratos de trabajo, ni en convenio colectivo, al tratarse de estipulaciones que vacían de contenido la identificación del objeto de esa modalidad contractual y sitúan a los trabajadores en una situación de indefensión, conforme se indica en sus sentencias de 8 de noviembre de 2010 y 22 de diciembre de 2011. De esta conclusión solo se excluyen, como es obvio, los supuestos de terminación paulatina o escalonada de los trabajos objeto de una contrata, como el mismo se encargaría de aclarar en su sentencia de 19 de julio de 2005.

Lo anterior no significa que en los supuestos de extinción anticipada o reducción del volumen de la contrata se encuentre el contratista obligado a mantener indefinidamente en sus puestos a los trabajadores dedicados a las tareas que han dejado de ser requeridas. Por el contrario, como se cuida de aclarar buena parte de las sentencias que declaran la invalidez de las extinciones operadas al amparo del artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, en estos casos «habría podido acudir», más bien, «a la figura de la extinción contractual por causas objetivas» que «presenta para el trabajador determinadas garantías» en orden la «posible preferencia respecto de otros para permanecer en la empresa» y que además «le confiere derecho a la correspondiente indemnización». La pérdida o disminución de encargos puede ser considerada, desde este punto de vista, como se afirma en la sentencia del mismo tribunal de 8 de julio de 2011, «por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de trabajo entre los trabajadores», capaz de dar lugar a un despido por razones objetivas o, en su caso, a un despido colectivo. Más que impedir la extinción de los contratos temporales, de lo que se trata es, así pues, de rodear esta medida de garantías superiores para el trabajador de las que derivarían de su valoración como simples supuestos de cumplimiento del término pactado. Nada menos. Pero tampoco nada más.

Esta advertencia nos coloca delante de una pista del mayor relieve para la construcción de una solución más equilibrada para los dilemas que en este ámbito se plantean. Si el recurso a las causas de extinción relacionadas con la dinámica de económica y productiva de la empresa previstas por el Estatuto de los Trabajadores constituye una fórmula idónea para hacer frente al riesgo derivado de la reducción o pérdida de una contrata sin que ello suponga privar de toda garantía a los trabajadores, no parece que existan argumentos de fondo que impidan que esta solución pueda ser aplicada a las hipótesis de no continuación de la contrata más allá del plazo inicialmente previsto cuando se haya optado por atribuir carácter indefinido a los contratos de trabajo del personal ad-

crita a ella en atención a la naturaleza permanente de las actividades del comitente a cuya atención se dirige.

La aplicación estricta y en clave sustancial del principio de causalidad de la contratación temporal no se encuentra reñida, de tal forma, con la tutela del interés de los contratistas, que puede ser razonablemente atendido sin necesidad de trasladar por completo el riesgo de no continuidad de la actividad a su personal, como viene ocurriendo en la actualidad. Por lo demás, la opción por la celebración inicial de contratos por tiempo indefinido serviría, como se ha puesto de manifiesto en sede doctrinal, para facilitar la aplicación en estos casos de soluciones basadas en el recurso a la flexibilidad interna en sustitución de la extinción automática de los contratos de trabajo afectados por una contrata, que de momento solo se asoman de forma tímida dentro de la jurisprudencia, puesto que, al no encontrarse limitado su objeto a la atención de las tareas propias de una singular obra o un concreto servicio, resultará posible llevar a cabo una valoración de la necesidad de amortizar los puestos de trabajo a la luz de la dinámica global de la actividad de la empresa contratista.

Esta es una solución que no precisa de cambio normativo alguno, sino exclusivamente de una decisión jurisprudencial rectificatoria para la cual, como se habrá podido comprobar, existen argumentos más que suficientes. Es importante advertir, de todas formas, que con su plasmación no se consigue resolver de manera integral la contradicción que en estos casos existe entre la naturaleza permanente de las necesidades empresariales a cuya atención dirige el contrato de trabajo y el carácter limitado en el tiempo de su duración, toda vez que, incluso de optarse por ella, este último se ve abocado en la mayor parte de los casos a su extinción, bien que con mayores garantías y compensaciones, siempre que el

contratista deje de encargarse, por las razones que fuere, de la prestación de los servicios de los que se trate. Sin que para ello importe que estos continúen siendo necesarios para el comitente. E incluso que este se vea, en virtud de ello, en la necesidad de recurrir sin solución de continuidad a otro empresario, dotado de personal propio, para su atención. De allí que sea preciso prestar atención en estos casos, al lado de las cuestiones relacionadas con la elección del tipo contractual y la extinción del contrato de trabajo, a la singular problemática planteada por la sucesión de contratistas en el desarrollo de una misma actividad productiva y plantearse la conveniencia de construir, de forma paralela, fórmulas que impidan que la misma se produzca mediando una completa sustitución del personal de un contratista por el del otro, como puede ser, en particular, la previsión del deber de contratista entrante de asumir al personal del saliente, ya que son este tipo de mecanismos los que se sitúan en última instancia en condiciones de asegurar la continuidad en el empleo de los trabajadores que colaboran al interior de los procesos globales de producción controlados por empresas distintas de aquellas para las que prestan servicios.

De hecho, esta última es una posibilidad prevista, y además desde antiguo, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, bien que con alcances y matices singulares, a los que es preciso prestar atención con el fin de evaluar si su tratamiento actual se compadece con el objetivo antes indicado. Esta es, sin embargo, materia suficiente para una nueva columna de opinión, que termine de dar forma al planteamiento de conjunto que ha sido esbozado en sus líneas maestras por la que aquí concluye.

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND

*Subdirector*