

MISCELÁNEA JURISPRUDENCIAL: ACERCA DE LA LEGALIDAD DE LOS CONTRATOS DE OBRA O SERVICIO DETERMINADO CUANDO EL TRABAJADOR TRABAJA EN VARIAS OBRAS DE LA MISMA EMPRESA. SOBRE LA LICITUD DE LA UTILIZACIÓN DE UN CONTRATO GENÉRICO, CON DETERMINACIÓN POSTERIOR DE LAS SUCESIVAS OBRAS A REALIZAR (A propósito de la STS, en unificación de doctrina, de 30 de junio de 2005, Recurso nº 2426/2004)

ABDÓN PEDRAJAS MORENO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Abogado

TOMÁS SALA FRANCO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Madrid, enero 2006

SUMARIO

1.- Los requisitos generales para la validez del contrato de obra o servicio determinado.

2.- Los distintos supuestos de contratación de un trabajador para varias obras o servicios en una misma empresa.-

3.- Supuesto A: Suscripción sucesiva de tantos contratos como obras a realizar.-

4.- Supuesto B: Suscripción de un único contrato, con continuidad de la actividad en obras diferentes a las consignadas en el mismo.-

5.- Supuesto C: Suscripción de un único contrato, con compromiso de actuación posterior en obras de cuya concreción se dejará debida constancia documental.-

6.- El alcance de la doctrina anterior y su posible extensión a sectores en que no exista previsión convencional de la figura contractual del trabajador "fijo de obra".-

ANEXO: STS, en unificación de doctrina, de 30 de junio de 2005, Recurso nº 2426/2004.

1.-Los requisitos generales para la validez del contrato de obra o servicio determinado.

1.- Conforme al art. 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores:

"Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos:

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..."

Añade el precepto recién transcrito que los Convenios Colectivos, incluidos los de empresa, pueden identificar aquellos trabajos o tareas susceptibles de ser cubiertos bajo esta modalidad.

Por su parte, la Jurisprudencia ha concretado los requisitos para la realización de este tipo de contratos en los siguientes términos (por todas, SS.TS, en unificación de doctrina, de 10 y 30 de septiembre de 1996, Ar/9139 y 9864, de 7 de julio de 1997, Ar/6250, de 20 de enero de 1998, Ar/4, de 13 de octubre de 1999, Ar/7493, de 15 de enero de 2000, Ar/663, de 18 de septiembre de 2001, Ar/4007, de 21 de marzo de 2002, Ar/1701 o de 11 de mayo de 2005, Ar/4162):

a) En primer lugar, que se identifiquen *"suficientemente"* las obras o servicios a realizar, no valiendo fórmulas de identificación genéricas ya que *"este requisito es fundamental o esencial pues, si no quedan debidamente identificados la obra o servicio al que el contrato se refiere, no puede hablarse de obra o servicio determinados; mal puede existir una obra o servicio de esta clase o, al menos, mal puede saberse cuales son, si los mismos no se han determinado previamente en el contrato concertado entre las partes"* (STS de 23 de junio de 1996, Ar/2494).

Así, la mera remisión al lugar de trabajo no vale (STS de 17 de marzo de 1993, Ar/1866) o la simple mención de los trabajos o cometidos propios de la categoría o grupo profesional asignado (STS de 10 de mayo de 1993, Ar/4046).

La falta de identificación producirá la presunción *"iuris tantum"* del carácter indefinido del contrato, salvo que el empresario demuestre la existencia de una obra o servicio con autonomía y sustantividad propia (Art. 9.1 del RD 2720/1998; por todas, SS.TS de 2 de marzo de 1990, Ar/1749 o de 17 de noviembre de 1997, Ar/8426).

b) En segundo lugar, que la obra o servicio que constituya el objeto del contrato presenta autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa.

2.- Los distintos supuestos de contratación de un trabajador para varias obras o servicios en una misma empresa.-

Uno de los problemas jurídicos más oscuros en la regulación de la contratación temporal viene referido sin duda al alcance aplicativo de los contratos de obra o servicio determinado para amparar el trabajo sucesivo en varias obras o servicios de la misma empresa.

En la realidad, pueden darse hasta tres supuestos distintos, según se firme uno o varios contratos de obra o servicio determinado y según cuáles sean las cláusulas que en ellos se establezcan:

Supuesto A: en este caso, la empresa firma tantos contratos de obra o servicio cuantos sean las obras o servicios desarrollados simultánea o sucesivamente por el trabajador en la empresa.

Supuesto B: en este caso, la empresa firma un solo contrato de obra o servicio determinado y, posteriormente, al finalizar la obra o servicio contratado, el trabajador continúa trabajando para la misma empresa en otras obras o servicios con carácter sucesivo.

Supuesto C: en este caso, la empresa firma un solo contrato de obra o servicio en el que el trabajador se compromete a realizar distintas obras o servicios para la misma empresa, simultánea o sucesivamente, durante un periodo máximo determinado.

A la luz de la normativa vigente (Arts. 15 y 49.1 c) del ET y RD 2720/1998, de 18 de diciembre, sobre desarrollo del Art. 15 del ET), cada uno de estos supuestos es susceptible de una calificación jurídica diversa y, por ello, de unos efectos jurídicos distintos.

3.-Supuesto A: Suscripción sucesiva de tantos contratos como obras a realizar.- En este caso, la empresa cumple escrupulosamente con la legalidad vigente por cuanto, partiendo de que exista realmente la causa objetiva legalmente exigida para cada uno de los contratos de obra o servicio sucesivos -la existencia de una obra o servicios determinado en el sentido del Art. 15.1 a) del ET- nada hay que objetar a una tal práctica contractual. Piénsese que la Jurisprudencia no opone obstáculo alguno a la realización de diversos

contratos temporales sucesivos, incluso sin solución de continuidad entre ellos, siempre que concorra en cada caso la causa habilitante del mismo. En cuanto a la realización simultánea de varias obras, siempre que ello se formalice debidamente en los contratos correspondientes, la única cautela derivará de las reglas sobre limitación de jornada.

Los inconvenientes de esta fórmula son, sin embargo, de naturaleza práctica por cuanto obligan a una multiplicación de los contratos a formalizar y, sobre todo porque, en caso de obras sucesivas, ni el trabajador ni el empresario vienen obligados a realizar el siguiente contrato y, cara al trabajador, por tratarse de contratos distintos, no generan derecho a la antigüedad en los contratos posteriores el tiempo trabajado conforme a los contratos anteriores.

4.- Supuesto B: Suscripción de un único contrato, con continuidad de la actividad en obras diferentes a las consignadas en el mismo.- Este supuesto de continuidad del trabajador en otras obras o servicios de la empresa, sin solución de continuidad y sin un nuevo contrato, entra directamente dentro de la patología de la contratación temporal, ya que la falta de denuncia del término final del contrato por una de las partes una vez realizada la obra o servicio contratada conduce a considerar el contrato prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación (Art. 8.2 del RD 2720/1998).

5.-Supuesto C: Suscripción de un único contrato, con compromiso de actuación posterior en obras de cuya concreción se dejará debida constancia documental.- Finalmente, en este caso, la legalidad de la práctica de firmar un solo contrato para la realización de varias obras o servicios determinados, a realizar sucesivamente, ha sido reconocida por la Jurisprudencia, siempre que se cumplan los requisitos generales señalados al comienzo (ver supra).

Además, tomando en consideración el tratamiento que sobre esta posibilidad contemplan algunos convenios colectivos sectoriales, cabe señalar, respecto de la exigencia de identificación de la obra o servicio objeto del contrato, la Jurisprudencia establece que ni un convenio colectivo podría crear una nueva figura contractual mediante la cual un trabajador se comprometiera a la realización de varias obras o servicios que no estuvieran determinados ni un contrato individual tampoco podría paralelamente hacerlo. De aquí que resulta absolutamente necesario operar, como señala la STS de 30 de junio de 2005, dictada recientemente en unificación de doctrina, que sirve de base a este Comentario, de una de estas dos maneras posibles:

1ª) O bien, en el caso de que se conocieran desde el momento inicial de contratar, se determinan o concretan en un solo contrato de obra o servicio todas y cada una de las obras o servicios contratados, con expresa aceptación del trabajador, en cuyo caso, estamos ante un supuesto perfectamente reconducible a la situación normal, puesto que las sucesivas obras o servicios quedan suficientemente identificadas en el contrato.

2ª) O bien, en el caso de que no se conocieran las obras o servicios posteriores en el momento de la firma del contrato, se concreta en el contrato de obra o servicio determinado –que actúa a modo de contrato marco- la primera obra o servicio a realizar y las partes se comprometen a suscribir acuerdos de desarrollo o complementarios posteriores con igual determinación o concreción de las nuevas obras o servicios a realizar. Se trata de una posibilidad que aparece en algunos convenios sectoriales y respecto de la que resulta conveniente profundizar.

En efecto, el Convenio General del Sector de la Construcción 2002-2006 (Resolución de la Dirección General de Trabajo de 26 de julio de 2002, BOE de 10 de agosto de 2002), junto con la figura del *"fijo de plantilla"* (art. 27) –que no es ni más ni menos que el trabajador contratado *"por tiempo indefinido"*–, regula la figura del *"contrato fijo de obra"* (art. 28), con ciertas peculiaridades que deben resaltarse:

a) Por una parte, como regla general, el contrato del *"fijo de obra"* no es sino un contrato de obra o servicio determinado para la realización de *"una sola obra"*, reconducible al que contempla el art. 15.1.a) ET (art. 28.1 y 2 del Convenio). De aquí que, como no podía ser de otro modo, con independencia de la duración de la obra y atendiendo a las peculiaridades del Sector, este contrato *"terminará cuando finalicen los trabajos del oficio y categoría del trabajador en dicha obra"*.

b) Por otra parte, el Convenio, en palabras de la STS base de este comentario, *"asume lo que constituye en dicho sector una antigua y pacífica práctica contractual, la prestación por el trabajador fijo de obra de sucesivos servicios en obras distintas de la contratada"*. Ello, conforme al Convenio (Art. 28.3) será posible *"siempre que exista acuerdo expreso para cada uno de los centros sucesivos, durante un período máximo de tres años consecutivos, salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término..."*. Se aclara además que la concreción de cada nueva obra se efectuará mediante la suscripción del *"correspondiente documento, según el modelo que figura en el Anexo IV"*.

A la vista, pues, de la previsión convencional de referencia, a dos requisitos queda sujeta esta especie de contratación de fijo de obra

encadenada: en primer lugar, a que cada una de las obras se vayan concretando documentalmente y, en segundo, que todo ese proceso no supere un máximo de tres años consecutivos, salvo que la última de las obras, transcurrido ese período, no haya finalizado, en cuyo caso se prorroga. De este modo, la previsión convencional de que se trata, como dirá la Sentencia que comentamos *"trata, simplemente, de evitar las cargas burocráticas que supondría la formalización de sucesivos contratos con un mismo trabajador, para ajustarse mejor a las necesidades productivas de la empresa, a la vez que facilitar una mayor estabilidad en el empleo a los trabajadores"*.

Lo que no cabrá en ningún caso es firmar un contrato de obra o servicio determinado con una cláusula adicional según la cual el trabajador se compromete a prestar sus servicios en diversas obras o servicios de la misma empresa que no se concretan por un período máximo determinado, *"otorgándose desde este mismo momento mutua conformidad en tal sentido"*.

Este era precisamente el supuesto planteado en la Sentencia de referencia, el de una cláusula adicional establecida en un contrato de obra que literalmente decía así: *"de acuerdo con el Art. 29.2 (sic, aunque en realidad se refiere al Art. 28.2) del Convenio General de la Construcción, las partes, de común acuerdo, pactan que el trabajador podría (sic, seguramente quiere decir "podrá") prestar sus servicios profesionales en diversas obras dentro de la misma provincia por un período máximo de tres años, otorgándose desde este mismo momento mutua conformidad en tal sentido"*. La Sentencia, con buen criterio, la considera ilegal por falta del primero de los requisitos tradicionalmente exigidos, esto es, por la falta de concreción o determinación suficiente de las obras a realizar por el trabajador.

Sólo de esta manera alcanza legalidad la figura contractual del encadenamiento obras o servicios dentro un mismo *"contrato de fijo de obra"* o similares de los Convenios de la Construcción, Mármoles o Derivados del Cemento, Sidrometalúrgica, Comercio, Madera, Explotaciones Agrarias, Restauración o Grandes almacenes. En caso contrario, estos convenios colectivos estarían creando nuevos contratos temporales, siendo así que el Art. 15.1 del ET establece en este sentido un *"numerus clausus"*, como ha mantenido la jurisprudencia (por todas, STS, en unificación de doctrina, de 5 de mayo de 1997, Ar/2564, de 17 de diciembre de 2001, Ar/2116 o de 6 de mayo de 2003, Ar/5765), por lo que resultarían ilegales al contradecir una norma de derecho necesario absoluto.

Esta fórmula contractual de un solo contrato de obra o servicio, bien en su modalidad de concreción inicial de todas las obras o servicios a realizar por el trabajador, bien en su modalidad de concreción o determinación expresa posterior en sucesivos documentos (esto es, la figura contractual del

"trabajador fijo de obra" o similar, entendida en los términos anteriores), resulta sin duda más beneficiosa para el trabajador que la fórmula de firmar tantos contratos de obra o servicio cuantos sean las obras o servicios a desarrollar simultánea o sucesivamente del Supuesto A, por cuanto con un solo contrato trabajador y empresario se comprometen a una relación laboral compleja en la que, al contrario de lo que sucede en el Supuesto A, el tiempo dedicado a las sucesivas obras o servicios realizados genera antigüedad a todos los efectos.

Por lo demás, al limitar la posibilidad de utilización de esta técnica de encadenamiento de contratos fijos de obra a un máximo de tres años, el convenio busca, desde luego, fomentar la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados. Transcurrido dicho período, y salvo que las tareas en la última obra o servicio no hayan finalizado, la empresa tendrá que convertir en fijo al trabajador, si quiere continuar utilizando al trabajador en nuevas obras o servicios.

6.- El alcance de la doctrina anterior y su posible extensión a sectores en que no exista previsión convencional de la figura contractual del trabajador "fijo de obra".- Hasta ahora, la doctrina anterior, según la cual es posible pactar en un solo contrato de obra o servicio la realización de varias obras o servicios siempre que éstos estén determinados, bien inicialmente en el caso de ser conocidos en tal momento, bien posteriormente en el caso de no serlo, se ha venido aplicando por los Tribunales a los supuestos en que existía un convenio colectivo aplicable a la empresa en el que se establecía la figura contractual del trabajador "fijo de obra" o similar y se concretaba esta modalidad de encadenamiento respecto de la misma.

Queda pues la duda de su eventual utilización en empresas y sectores en los que no exista una previsión en el convenio colectivo aplicable, consiguiendo también en ellos el beneficio de simplificación de "cargas burocráticas" a que se refiere la Sentencia comentada.

Por un lado, parece adecuado pensar que puesto que, en estos casos, la previsión del Convenio, como resalta la Sentencia de que se trata, no está creando -ni podría hacerlo- una nueva figura de contrato temporal, sino evitando "cargas burocráticas" a las empresas, no resulta imprescindible. Al fin y al cabo, con la práctica señalada se cumplen los requisitos generales de la modalidad de contrato de obra: se trata de obras o servicios con sustantividad propia y suficientemente determinados. Así, si se admite con carácter general la posibilidad de una cadena de contratos temporales de obra o servicio determinado, sin más exigencia que la existencia de justificación y la determinación o concreción de la obra o servicio justificativa, no habría razón para no admitir esta doctrina según la cual lo único que se consigue es aligerar trámites y beneficiar al trabajador afectado al garantizarle los futuros trabajos y

el derecho a generar la correspondiente antigüedad en todo el periodo trabajado.

En un sentido negativo cabría argumentar contrariamente que lo que el convenio colectivo viene a establecer es un límite temporal a la cadena de contratación (por ejemplo, tres años en el caso del Convenio Colectivo de la Construcción), estableciendo así un límite razonable a partir del cual se debe entender abusiva la contratación temporal de obra o servicio determinado en cadena.

Esta última afirmación carecería, sin embargo, de fundamento normativo alguno desde el momento en que nuestra jurisprudencia acepta que es posible contratar por obra o servicio determinado en empresas cuyo objeto es precisamente el de realizar obras o servicios para terceros (por todas, SS.TS, en unificación de doctrina, de 15 de enero de 1997, Ar/497 o de 22 de octubre de 2003, Ar/8390), trasladándose entonces la cuestión a dilucidar el sentido del término legal definitorio de los contratos de obra o servicio determinado *"autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa"*, cuestión ésta de una gran envergadura que escapa del cometido de este breve comentario jurisprudencial y que pudiera poner en cuestión la legalidad misma de la figura contractual del *"fijo de obra"* del sector de la Construcción o de figuras similares en otros sectores de actividad.

En todo caso, la inexistencia de experiencias conocidas de la utilización de esta doctrina jurisprudencial fuera de los sectores en que ha tenido acogida en sus convenios, unida a la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales, aconsejaría un uso prudente de esta práctica, hasta que se corroborase la validez de su uso, aun sin soporte en un convenio colectivo.

Bufete

A b d ó n P e d r a j a s

ABOGADOS ASOCIADOS

ANEXO JURISPRUDENCIAL

**STS, en unificación de doctrina, de 30 de junio de 2005, Recurso nº
2426/2004**

Id. Cendoj: 28079140012005100875
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2426/2004
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 30/06/2005
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JOAQUIN SAMPER JUAN
Tipo de Resolución: Sentencia
Resumen:

RCUD. CONTRATO DE FIJO DE OBRA CON PACTO DE TRABAJAR EN "DIVERSAS OBRAS" QUE NO SE IDENTIFICAN. CESE QUE SE CALIFICA DE DESPIDO. SE DESESTIMA EL RECURSO.

Voces:

- CONTRATO PARA OBRA DETERMINADA
- CONTRATO PARA SERVICIO DETERMINADO
- DESPIDO IMPROCEDENTE
- PRINCIPIO DE CONGRUENCIA
- CONTRADICCION DE SENTENCIAS

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Junio de dos mil cinco.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de Inmobiliaria Constructora de Avilas Rojas, S.A. (INCAR, S.A.) contra sentencia de 27 de febrero de 2004 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la demandada contra la sentencia de 20 de enero de 2003 dictada por el Juzgado de lo Social de Málaga nº 6 en autos seguidos por D. Gaspar frente a INCAR, S.A. sobre despido.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JOAQUÍN SAMPER JUAN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de enero de 2003 el Juzgado de lo Social de Málaga nº 6 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda sobre despido interpuesta por Gaspar contra INCAR, S.A., debo declarar y declaro dicho despido improcedente condenando a los demandados a que a opción de los mismos que deberá efectuar ante este Juzgado dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la presente, readmita a la actora en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones anteriores al despido o le satisfaga una indemnización cifrada en 3.670,98 euros".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- D. Gaspar, mayor de edad y con domicilio a efectos de notificaciones en Málaga, ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa Incar, S.A. desde el día 2/10/00 ostentando la categoría profesional de peón y percibiendo un salario mensual de 1.233,66 euros, incluida la prorrate de pagas extraordinarias. 2º.- Que en fecha 17/10/2000 las partes suscribieron un contrato de trabajo de duración determinada al amparo del RD 8/97 de 18 de mayo, para obra o servicio determinado, en el que se hacía constar, entre otros extremos, que la prestación de servicios del actor tendría lugar en el centro de trabajo del Edificio Palma (Torremolinos), y su objeto la limpieza de la primera fase de la obra de dicho edificio. 3º.- EL actor, inició su prestación

de servicios el día 2.10.00 en el edificio "Palma" de Torremolinos, y posteriormente ha trabajado en obras de Banana Beach y Arenal de Marbella y San Pedro de Alcántara. 4º.- El actor firmó su contrato de trabajo el día 17.10.2000, siendo dado de alta en dicha fecha en la Tesorería General de la Seguridad Social. 5º Con fecha 16.9.02 la empresa demandada comunica al actor su cese con efectos al día 30.9.02 por terminación de obra. 6º.- Con fecha 30.9.02 la empresa demandada procedió a dar de baja al actor en la Tesorería General de la Seguridad Social por "baja voluntaria". 7º.- Con fecha 5.11.02 se intentó sin efecto acto de conciliación ante el CMAC. 8º.- La demanda se presentó el día 6.11.02".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por INCAR, S.A. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, la cual dictó sentencia en fecha 27 de febrero de 2004 en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación promovido por la empresa INCAR, S.A. frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número seis de los de Málaga y Provincia de fecha 20 de Enero de 2.003 en autos seguidos a instancia de Don Gaspar contra la empresa recurrente en reclamación por despido, con la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida. Se condena a la empresa recurrente a la pérdida del depósito de 25.000 pesetas (150.25 Euros) y de la cantidad consignada para recurrir, a las que se dará el destino legal, así como al pago de las costas procesales causadas en el presente recurso de suplicación, incluidos los honorarios profesionales de letrado de la parte demandante impugnante, los cuales no podrán superar, en todo caso, la cantidad de 100.000 pesetas (601.01 Euros), y ello una vez adquiera firmeza la presente resolución judicial".

CUARTO.- Por la representación procesal de INCAR, S.A. se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencias de contraste las dictadas por la Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Extremadura y Andalucía, Sede de Granada, de fechas 20 de noviembre de 2002 y 3 de junio de 2002, respectivamente.

QUINTO.- Por providencia de fecha 9 de diciembre se procedió a admitir a trámite el citado recurso, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó informe en el sentido de considerarlo procedente, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 23 de junio de 2005, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para unificación de doctrina consiste en determinar el valor que, a efectos del cese o despido de un trabajador del sector de la Construcción vinculado a la empresa mediante un contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado, debe atribuirse a la cláusula adicional incluida en el aquel, que literalmente dice así: "de acuerdo con el art. 29.2 (sic, aunque en realidad se refiere al artículo 28.2) del Convenio General de la Construcción las partes, de común acuerdo, pactan que el trabajador podría (sic, seguramente quiere decir "podrá") prestar sus servicios profesionales en diversas obras dentro de la misma provincia por un periodo máximo de tres años, otorgándose desde este mismo momento mutua conformidad en tal sentido".

En el caso, el trabajador suscribió contrato con la hoy recurrente "Inmobiliaria y Constructora Avila Roja S.A." ("INCAR S.A.") el día 2 de octubre de 2.000 para prestar servicios, como peón de albañil, en la obra consistente en "la limpieza de la 1ª fase de la obra del Edificio "Palma" de Torremolinos". Al finalizar ésta, continuó trabajando para la empresa, sucesivamente, en las obras sitas en "Banana Beach", Arenal de Marbella y San Pedro de Alcántara, hasta que el día 16 de septiembre de 2.002 fue cesado por "terminación de obra".

SEGUNDO.- El trabajador dedujo demanda por despido improcedente alegando condición de fijeza, que fue estimada por la sentencia de instancia al considerar que la empresa, de acuerdo con lo previsto en el

art. 15. 2 y 3 ET, había incurrido en fraude de ley en la contratación, dado que, por una parte, el actor había comenzado a prestar servicios el 2 de octubre de 2.000 y no fue dado de alta en S.Social hasta el 17 siguiente; y por otra, había trabajado en obras distintas a la que figuraba en el contrato.

Interpuso la empresa recurso de suplicación con dos motivos de carácter jurídico. En el primero, denunció la infracción de los artículos 15.1 ET, 18.3 del Convenio de la Construcción de Málaga y 29.2 (ya hemos dicho que se refiere al art. 28.2) del Convenio General de la Construcción, que contienen la siguiente e idéntica redacción: "el personal fijo de obra podrá prestar servicios a una misma empresa y en distintos centros de trabajo de la misma provincia, siempre que exista acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos, durante un periodo máximo de tres años consecutivos"; y alegó que, con arreglo a ellos, el trabajador era fijo de obra y por tanto su cese al finalizar la última en que prestó servicios, debía considerarse ajustado a derecho. En el segundo, adujo la infracción del art. 15.2 ET, que regula la adquisición de fijeza, argumentando que era inaplicable, dada la naturaleza claramente temporal del contrato y que el periodo sin alta no había superado el plazo de 15 días que prevé el art. 25 del Convenio General para el periodo de prueba de los operarios.

El recurso fue rechazado por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga de 27 de febrero de 2.004, argumentando: a) En relación con el primer motivo, que la prestación de servicios en diversas obras había desnaturalizado el carácter temporal del contrato, "sin que pueda atenderse la argumentación empresarial de que el contrato contemplaba la posibilidad de que el actor trabajara en obras distintas a la inicialmente convenida, por cuanto el Convenio Colectivo de la Construcción de Málaga solo contempla esta posibilidad para los trabajadores fijos de obra (art. 18.3), circunstancia en la que no se encuentra el demandante, por cuanto que su relación con la empresa recurrente no era de fijeza sino de temporalidad". b) En cuanto al segundo que "igualmente ha de mantenerse que la antigüedad del trabajador era de 2 de octubre de 2.000 al haber quedado acreditado que el demandante prestó servicios con anterioridad a la formalización del contrato de trabajo (...) lo que nos lleva a considerar la existencia de otra causa de fraude de ley en la contratación, que transforma igualmente la relación temporal del actor en indefinida".

TERCERO.- Frente a esta última resolución ha interpuesto "INCAR S.A." recurso de casación para la unificación de doctrina alegando dos motivos o temas de contradicción. Para el primero, relativo al valor de la cláusula contractual ya transcrita, cita como sentencia referencial la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura el 20 de noviembre de 2.002, que obra unida a los autos con expresión de su firmeza.

El caso resuelto por ésta, es muy semejante al actual. Se trataba de trabajador de la construcción que, en 19-6-01 suscribió contrato para obra o servicio determinado, en el que se identificaba perfectamente la obra: "construcción de vivienda en C/ Rey, 20 de Plasencia"; y que, además, contenía una cláusula adicional de igual contenido que la debatida. El 3 de mayo de 2.002 el trabajador recibió carta de cese, por fin de la última obra en la que había prestado servicios.

CUARTO.- El actor de aquel proceso interpuso demanda por despido alegando que su actividad en sucesivas obras de la empresa le había convertido en trabajador fijo de plantilla. La sentencia de instancia estimó la demanda y declaró la improcedencia de su despido. Pero el recurso de suplicación de la empresa fue a su vez estimado por la sentencia referencial que, revocó la de instancia, y absolvió a la recurrente de la pretensión deducida en su contra.

A tal fin, la sentencia referencial razonó que el cese acordado era ajustado a derecho, porque: a) en el contrato "se pactó como cláusula adicional la posibilidad de trasladar al trabajador a otros centros de trabajo, que fue aceptada por el trabajador"; b) dicha cláusula se ajusta a la previsión del art. 20.2 del Convenio Colectivo aplicable, fruto de la negociación colectiva; y en modo alguno es contraria a las previsiones del art. 15 ET y del R.D. 2546/84, "por cuanto que lo único que hace es flexibilizar de alguna manera la contratación temporal en un sector tan singular como el de la construcción, suprimiendo la

necesidad de formalizar diferentes contratos para cada una de las obras, y lo que es mas importante, contando siempre con el consentimiento del trabajador cuya oposición impediría al empresario ejercer esta posibilidad"; c) los traslados se produjeron en su momento sin que el demandante manifestase su oposición a estas decisiones de la empresa; y d) "si los sucesivos contratos para obra determinada que hubieran podido concertarse separada y consecutivamente para cada una de las obras a las que fue destinado el trabajador hubieran sido todos ellos conformes a derecho, no hay razón legal alguna que impida una solución como la pactada en el convenio, con la que simplemente se trata de simplificar este tipo de contratación para ajustarse mejor a las necesidades productivas de la empresa, a la vez que facilita una mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores".

La comparación de las circunstancias concurrentes entre las sentencias examinadas, muestra que son contradictorias en el sentido exigido por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, pues siendo prácticamente iguales los hechos, fundamentos y pretensiones de ambos casos, han llegado a pronunciamientos distintos. Igualdad que no se rompe porque el Convenio Colectivo aplicable sea distinto -- el de la Construcción de Málaga en la recurrida y el del mismo sector de Cáceres en la referencial -- pues es idéntica la redacción del precepto de ambos Convenios que regula la contratación de los trabajadores fijos de obra; y los dos son, a su vez, literalmente coincidentes con la previsión que al respecto incluye el artículo 28.2 y 3 del Convenio General de la Construcción, tanto en la redacción del vigente en la fecha de la contratación del actor (BOE de 4 de junio de 1.998), como en la del actual (BOE. de 10 de agosto de 2.002). Ello permite, superado el obstáculo de la contradicción, que la Sala pueda abordar el examen de la cuestión de fondo planteada.

QUINTO.- El reproche jurídico que, con relación a este motivo del recurso, se formula a la sentencia recurrida, la infracción de los artículos 15.2 y 49.1.c) ET ,2 y 8 del Real Decreto 2.720/98, 18.2 del Convenio de la Construcción de Málaga y 28.2 del Convenio General de la Construcción, no es acertado, como vamos a ver. Pues si bien la Sala no puede compartir alguno de los argumentos que contiene el fundamento segundo de dicha resolución, es lo cierto que ha sido ésta y no la referencial, la que ha emitido el pronunciamiento ajustado a la doctrina unificada.

Entre los requisitos necesarios para la validez del contrato de obra o servicio determinado, que aparece disciplinado en los artículos 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores y 2 del Real Decreto 2.720/98 de 18 de diciembre que lo desarrolla, interesa destacar ahora los dos siguientes: a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; y b) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto.

Esta Sala se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de que concurren conjuntamente ambos requisitos, para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho. Son ejemplo de ello las sentencias de 21-9-93 (rec. 129/93), 26-3-96 (rec. 2634/95), 20-2-97 (rec. 2580/96), 21-2-97 (rec. 1400/96), 14-3-97 (rec. 1571/96), 17-3-98 (rec. 2484/97), 30-3-99 (rec. 2594/98), 16-4-99 (rec. 2779/98), 29-9-99 (rec. 4936/98), 15-2-00 (rec. 2554/99), 31-3-00 (rec. 2908/99), 15-11-00 (rec. 663/00), 18-9-01 (rec. 4007/00), 21-3-02 (rec. 1701/01) y 11-5-05 (rec. 4162/03) y las que en ellas citan que, aun dictadas, en su mayor parte, bajo la vigencia de las anteriores normas reglamentarias, contienen doctrina que mantiene su actualidad dada la identidad de regulación, en este punto, de los Reales Decretos 2.104/1984, 2.546/1994 y 2.720/1998.

Todas ellas ponen de manifiesto, en la parte que aquí interesa, que esta Sala ha considerado siempre decisivo que quedara acreditada cumplidamente la causa de la temporalidad. Y de ahí la trascendencia de que se cumpla inexcusablemente la previsión legal (art. 2.2.a del R.D. 2.720/98) de que "el contrato deberá especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o servicio que constituya su objeto".

Y es que, como advierte la sentencia de 26-3-96 (rec. 2634/95) con cita de otras varias, "este requisito es

fundamental o esencial pues, si no quedan debidamente identificados la obra o servicio al que el contrato se refiere, no puede hablarse de obra o servicio determinados; mal puede existir una obra o servicio de esta clase, o al menos mal puede saberse cuales son, si los mismos no se han "determinado" previamente en el contrato concertado entre las partes; y si falta esta concreción o determinación es forzoso deducir el carácter indefinido de la relación laboral correspondiente, por cuanto que, o bien no existe realmente obra o servicio concretos sobre los que opere el contrato, o bien se desconoce cuales son, con lo que se llega al mismo resultado".

SEXTO.- A la luz de la anterior doctrina, es evidente el acierto de la sentencia recurrida al calificar de indefinida la relación laboral del actor y su cese como un despido improcedente, pues si bien el contrato suscrito entre las partes cumplía correctamente con las exigencias legales y convencionales en relación con la primera obra contratada, las desconoció frontalmente respecto de las restantes, lo que debe producir la consecuencia que señala la sentencia que acabamos de comentar.

Con tal solución, no cuestionamos la legalidad de la previsión del art. 18 del Convenio de la Construcción de Málaga, trasunto por cierto de la idéntica que contiene el Convenio General de la Construcción. El precepto asume lo que constituye en dicho sector una antigua y pacífica práctica contractual, la prestación por el trabajador fijo de obra de sucesivos servicios en otras distintas de la contratada, que ya encontraba apoyo legal en el art. 43 de la antigua y derogada Ordenanza de Trabajo de la Construcción del año 70.

La previsión del convenio de Málaga, al igual que el General del sector, es pues, absolutamente respetuosa con las actuales exigencias legales. Por una parte, se remite en su artículo 16 a las formalidades previstas en el Estatuto de los Trabajadores y disposiciones reglamentarias; y, por tanto, a la consiguiente obligación que impone el art. 2.2 del R.D. 2.720/98 de especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra que constituya su objeto. Por otra, regula en su artículo 18 esa práctica de contratar para sucesivas obras; y lo hace, en exquisita sintonía con el mandato de identificación del R.D. citado, exigiendo que "exista acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos" en los que el trabajador vaya a prestar servicios.

Coincidimos, por tanto, plenamente con la sentencia referencial en que dicha previsión convencional, no diseña un nuevo contrato temporal al margen del art. 15 ET, lo que, por lo demás, no podría hacer válidamente pues, pese a su condición normativa y a su carácter vinculante, el Convenio está obligado a respetar las normas legales de carácter mínimo necesario, y el art. 15 lo es. Trata, simplemente, de evitar las cargas burocráticas que supondría la formalización de sucesivos contratos con un mismo trabajador, para "ajustarse mejor a las necesidades productivas de la empresa, a la vez que facilitar una mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores".

Por consiguiente, no es acertado el argumento de la sentencia recurrida de que la prestación de servicios en diversas obras había desnaturalizado el carácter temporal del contrato, dado que esa sucesiva actividad sí esta autorizada por el Convenio. Y tampoco lo es, el de la inaplicabilidad al caso del art. 18.3. Sostiene la sentencia que dicho artículo solo contempla esa posibilidad de prestación sucesivas de servicios en distintas obras bajo un solo contrato, respecto de los trabajadores fijos de obra; y es cierto. Pero incurre en error al afirmar que el contrato del actor no está amparado por dicho precepto "por cuanto que su relación con la empresa recurrente no era de fijeza sino de temporalidad"; porque el actor era trabajador fijo de obra y por tanto, pese a que esa denominación pueda inducir al equivoco al que llega la sentencia, es evidente que su vinculación con la empresa no era de fijeza, sino de carácter temporal. Y es, precisamente, esa especie de temporalidad la que disciplina el art. 18.3.

SEPTIMO.- Lo que no cabe admitir es que la cláusula contractual de merito a cuyo tenor "el trabajador podrá prestar sus servicios profesionales en diversas obras dentro de la misma provincia por un periodo máximo de tres años, otorgándose desde este mismo momento mutua conformidad en tal sentido" sea conforme con las previsiones del art. 28.2 del Convenio General, invocado expresamente en ella. Y tampoco que se ajuste al mandato del art. 18.3 del Convenio de la Construcción de Málaga que, en literal

intonía con el Convenio General, exige para que el trabajo en sucesivas obras no desnaturalice el contrato del fijo de obra, que exista un "acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos".

Tal mandato solo se puede cumplir, válidamente, de dos modos. O reseñando en el propio contrato todas y cada una de las obras en las que se va a prestar servicios con expresa aceptación del trabajador, o bien suscribiendo acuerdos posteriores con igual y plena concreción antes de iniciar el trabajo en cada nueva obra. Modalidad esta última que, por cierto, recoge ya el actual Convenio General de la Construcción, incluyendo en su Anexo IV el modelo tipo de documento a suscribir en cada ocasión. Modelo que también incorpora el Anexo X del Convenio de la Construcción de Málaga de 8 de agosto de 2.002, único aportado a los autos por la empresa pese que evidentemente no era el vigente en el momento de formalizarse el contrato que examinamos, lo que autoriza a suponer que es idéntico al que regía en aquel momento, puesto que las partes no han facilitado ningún dato que permita su identificación.

OCTAVO.- Examinada la cláusula contractual a la luz de la previsión del Convenio, la conclusión es obvia. Se trata de un pacto no ajustado a derecho, puesto que, de un lado, desconoce la exigencia de identificación individualizada de cada obra que impone el Convenio aplicable, vinculante para ambas partes (art. 82.3 ET). Y de otro vulnera la previsión del art. 2.2.a del R.D. 2.720/98) de "especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o servicio que constituya su objeto", en relación con esas otras posibles obras que quedaron sin identificar en el contrato.

Y no cabe argüir en defensa de la validez de ese pacto contractual, que el trabajador dio al mismo su consentimiento, cuando sin duda es contrario a la previsión del art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores. No es posible sustituir válidamente "el acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos" de trabajo que exige el Convenio con respeto de las previsiones legales, por una incondicional aceptación del trabajador de una cláusula (que, al parecer, es cláusula tipo ya que forma parte del contenido impreso del contrato, al contrario que ocurre con las restantes que lo singularizan, todas ellas escritas a máquina) impuesta por la empresa en el momento mismo de la contratación, en que es mas evidente la posición de desigualdad de las partes, para trabajar en unas obras cuya ubicación, calidad y tipo de actividad ignora.

La plena identificación del centro, o centros de trabajo en los que se va a prestar servicios, es dato esencial del contrato o del pacto posterior y constituye una garantía irrenunciable para el trabajador. Porque de lo contrario estaría expuesto en todo momento a decisiones arbitrarias del empleador que incluso podría esgrimir la oscuridad de la cláusula como medida de presión a lo largo toda la relación laboral. Piénsese que podría incluso ser despedido si no aceptase ir a una obra sorpresivamente decidida por la empresa cuyas características o ubicación geográfica no le convinieran, so pena de perder la indemnización por cese del 4,5% del salario percibido que establece el art. 1.3 del Convenio.

No son por ello acertadas las afirmaciones de la sentencia de contraste. El que los sucesivos traslados se produjeran en su momento sin oposición del trabajador, no equivale en modo alguno al previo "acuerdo expreso" y pudo ser fruto de un mal entendido deber de obediencia o de unas necesidades perentorias del trabajador. Y tampoco la de que "si los sucesivos contratos para obra determinada que hubieran podido concertarse separada y consecutivamente para cada una de las obras a las que fue destinado el trabajador hubieran sido todos ellos conformes a derecho, no hay razón legal alguna que impida una solución como la pactada".

El respeto a la legalidad conduce precisamente a la conclusión contraria: Si ninguno de los sucesivos contratos para obra determinada que hubieran podido concertarse hubiera sido conforme a derecho sin "especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra concreta contratada", no hay razón legal alguna que permita otorgar validez a una cláusula contractual como la que examinamos, que deja en la mas absoluta indeterminación todos y cada uno de los sucesivos centros de trabajo, con clara omisión del requisito consustancial con la propia naturaleza del contrato fijo de obra y con su carácter causal.

OCTAVO.- El rechazo del primer motivo que conduce necesariamente a la confirmación de la sentencia recurrida, aunque por fundamentos distintos de los empleados por ella, hace ya innecesario el examen del segundo, planteado "ad cautelam" como reconoce la parte recurrente, y en el que se imputa una supuesta infracción del art. 15.2 ET, al calificar de indefinida la relación laboral por el hecho de que el trabajador comenzó a prestar servicios el 2 de octubre y el alta en Seguridad Social no se produjo hasta el 17 siguiente.

Pero, en cualquier caso, tampoco habría prosperado. Por una parte porque, como destaca el Ministerio Fiscal, no existe contradicción entre la sentencia recurrida y la de 3 de junio de 2.002 de la misma Sala de Andalucía, pero de su sede en Granada. Por otra, porque, si bien la recurrente afirma, aunque sin denunciar incongruencia alguna, que la Sala de Málaga no entró a valorar esa cuestión pese a que había constituido la "ratio decidendi" de la sentencia de instancia, es lo cierto que el examen de las actuaciones muestra que la sentencia de suplicación sí dio cumplida respuesta a esa cuestión en el último párrafo de su fundamento segundo. Y finalmente, porque la propia parte recurrente reconoce que el alta del trabajador se produjo el decimoquinto día siguiente al de su contratación; y el Convenio de Málaga obrante en autos, cuya legalidad no ha sido discutida reduce el periodo de prueba a 14 días (art. 15), que en el caso ya habían transcurrido cuando el trabajador fue dado de alta, y reconoce, sin excepción, la condición de fijeza (art. 21) al operario que, "superado el plazo habitual del periodo de prueba, se encuentre trabajando sin haber firmado contrato o sin dar de alta en Seguridad Social".

En atención a todo lo razonado y oído el Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa "INCAR S.A." contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía en Málaga, que confirmamos. Con condena de la recurrente al pago de las costas causadas en esta sede y a la pérdida del depósito efectuado para recurrir (arts. 226 y 233.1 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de Inmobiliaria Constructora de Avilas Rojas, S.A. (INCAR, S.A.) contra la sentencia de 27 de febrero de 2004 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, que confirmamos, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 20 de enero de 2003 dictada por el Juzgado de lo Social de Málaga nº 6.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal que corresponda, al igual que a la consignación efectuada, con expresa condena al pago de las costas causadas en esta sede a la parte recurrente.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Joaquín Samper Juan hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.