

# A extinción do contrato de obra e/ou servizo por diminución/novación da obra ou por expediente de regulación de emprego

*Termination of contract work and/or service  
reduction/innovation of the work or employment  
regulation file*



ISABEL OLMOS PARÉS

Maxistrada da Sala do Social no Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

**Resumo**

Análise da extinción do contrato de traballo para obra ou servizo determinados polas distintas causas de diminución da obra obxecto do contrato.

**Palabras chave:** normativa laboral, mercado de traballo, política social, contrato de traballo, extinción do contrato de traballo.

**Abstract**

*Analysis of the termination of employment contract for work or services by the different causes of decline of the work under contract.*

**Keywords:** *Labour Law, labour market-social policy, contract of employment, termination of employment contract.*

## 1. Introducción

É ben sabido que o contrato de obra e/ou servizo se extingue pola finalización da obra e/ou o servizo de que é obxecto como causa natural de terminación prevista no Real decreto 2710/1998, que desenvolve o art. 15.1.b) do Estatuto dos traballadores (ET)<sup>1</sup>. Da devandita causa de finalización despréndese que nos atopamos ante un contrato temporal cuxa duración depende do cumprimento dun prazo que normalmente é indeterminado, o que supón que no momento de se asinar o contrato se sabe que é de duración determinada, mais é ignorado cando se extinguirá, pois iso dependerá da duración da obra e/ou o servizo.

Convén insistirmos en que estamos ante un contrato temporal en que a duración depende do vencemento dun prazo, a execución da obra ou o servizo, e non ante un contrato suxeito a unha condición resolutoria porque, como se deriva do art. 1125 do Código civil (CC), cando o feito futuro de que depende a subsistencia do contrato é certo, aínda que non se saiba cando chegará, estamos ante un prazo (resolutorio), mentres que se é incerta a produción do feito que extinguirá o contrato estaremos ante unha condición (resolutoria). Que o art. 15.1.a) do ET establece un contrato suxeito a un prazo resolutorio evidénciao que regule un contrato suxeito a un límite temporal certo, aínda que sexa incerta a súa duración concreta; e corrobórao o feito de que tal contratación temporal só se autorice en atención a que a empresa contratante necesita temporalmente traballadores para atender unha actividade concreta, determinada e con autonomía e substantividade propias, razón pola cal se vincula a duración do contrato á subsistencia da necesidade que se atende con el<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Art. do RD 2710/1998.

<sup>2</sup> Por iso, cando a contrata ou concesión que motiva o contrato se nova, renova ou é substituída por outra posterior en que o obxecto segue a ser o mesmo, o contrato de traballo non se extingue por non transcorrer o prazo pactado para a súa duración: a execución da obra que o motiva e a conseguinte desaparición da necesidade temporal de man de obra que require a execución da obra ou o servizo que a empregadora se comprometeu a realizar, obxectivo que é o que, legalmente, autoriza unha contratación temporal que noutro caso non sería acorde coa norma.

Así pois, na modalidade contractual estudada cabe que se pacte un prazo resolutorio determinado ou indeterminado, segundo as circunstancias da obra ou o servizo para executar ou da concesión obtida, aínda que a maioría das veces será difícil determinar a data exacta da extinción. Mais o que non será posible é que o contrato determine ese prazo resolutorio en contra da súa propia natureza e do obxectivo perseguido pola lei ao admitilo: cubrir unha necesidade temporal de man de obra que ten unha empresa para executar unha obra ou un servizo temporalmente, no sentido amplo que ten esta expresión. Por iso, mentres subsista esa necesidade temporal de empregados, mentres a empregadora siga a ser adjudicataria da contrata ou concesión que motivou o contrato temporal, a vixencia deste continua, ao non vencer o prazo pactado para a súa duración, que por disposición legal debe coincidir coa das necesidades que satisfai.

En calquera caso, na modalidade contractual estudada cabe que se pacte un prazo resolutorio determinado ou indeterminado, segundo as circunstancias da obra ou o servizo que debe executarse (ou da concesión obtida), mesmo se na maioría das veces é difícil determinar a data exacta da extinción. Ora ben, o que non será posible é que se determine ese prazo resolutorio en contra da natureza do propio contrato e do obxectivo perseguido pola lei ao admitilo: cubrir a necesidade transitoria de man de obra que ten unha empresa para executar unha obra ou un servizo temporalmente, no sentido amplo desta expresión<sup>3</sup>.

O que se pretende analizar, non obstante, non é a devandita causa natural de finalización do contrato de obra e/ou servizo determinados, senón outras que sen estaren previstas legal ou regulamentariamente aparecen na práctica, como son a diminución da obra e/ou o servizo e a novación do obxecto do contrato, isto é, da obra e/ou o servizo que son inicialmente obxecto deste, así como, unido a iso, a extinción a través do correspondente expediente de regulación de emprego cos problemas prácticos que formula.

## **2. Modificación da obra e/ou o servizo obxecto do contrato**

O que se trata de analizar aquí é se ao abeiro dun mesmo contrato de obra e/ou servizo determinados pode modificarse o obxecto do propio contrato de modo que poidan realizarse varios obxectos ou obras distintas; e, por iso, se é admisible que o contrato de obra e/ou servizo non se extinga, senón que simplemente resulte novado de xeito válido: por cambio do seu obxecto, permanecendo idénticos os suxeitos que o subscribiron.

Á marxe da figura de fixo de obra prevista convencionalmente no Convenio colectivo da construción, por definición, como se dixo, o contrato de obra e/ou servizo extínguese pola finalización da obra. Xa que logo, non cabe a modificación do seu obxecto, senón que o cambio do obxecto xustifica un novo contrato de obra e/ou servizo aínda cando, por exemplo no caso dunha contrata, a contratista fose a mesma empresa e os

<sup>3</sup> Véxase a STS de 17 de xuño de 2008 (recurso 4426/06, contrato de obra vinculado a unha contrata). Non se extingue cando á empresa se lle adjudica de novo a contrata e existe continuidade na actividade. Modifícase a doutrina sentada nas nosas sentenzas de 22 de outubro de 2003 (recurso 107/03) e 4 de maio de 2006 (recurso 1155/05) entre outras, e aplícase a nosa doutrina sobre sucesión de empresas en cambios de contrata ou «sucesión no cadro de persoal», sentada en sentenzas de 20 e 27 de outubro de 2004 (recursos 4424/03 e 899/02).

mesmos os traballadores contratados<sup>4</sup>, dado que ao se producir a chamada novación está atentándose contra os requisitos do contrato de obra, por canto que con ela se elimina a identificación da obra e a temporalidade dos contratos desaparece.

Malia que podería considerarse que tal defecto é simplemente formal, xa que abondaría con extinguir o contrato inicial e asinar en forma un segundo contrato en que se especificase o obxecto da nova obra (por exemplo, unha nova contrata), cuxa identidade e aptitude para xustificar tal tipo de contratación non se pon en dúbida, porén, non pode admitirse tal mera irregularidade: a esencia desta modalidade contractual é precisamente a individualización da obra obxecto da contrata —«o contrato deberá especificar e identificar suficientemente, con precisión e claridade, a obra ou o servizo que constitúe o seu obxecto»—, e tal individualización perderíase de se admitir este tipo de novacións do obxecto do contrato sen amparo legal ou convencional/colectivo<sup>5</sup>.

Ora ben, o anterior non é pacífico, pois en contra pode afirmarse<sup>6</sup> que debe admitirse a existencia dunha cláusula novatoria no contrato de obra e/ou servizo entendendo que esta non constitúe unha vulneración da prohibición que afecta á renuncia de dereitos, nos termos do art. 3.5 do ET, posto que o modificado é o obxecto do contrato na extensión deste, sen se ver afectada a súa natureza nin contravir outros dereitos que puidesen corresponderlles aos traballadores por disposicións legais de dereito necesario que se recoñezan como indispoñibles por convenio colectivo. Isto tendo en conta, ademais, que no Estatuto dos traballadores só se admite a chamada novación modificativa por aplicación do principio de conservación do contrato que rexe no dereito laboral, a diferenza do contrato civil, en que a novación pode ser tamén extintiva, de modo que a novación do obxecto non debería dar lugar —con carácter xeral— á extinción do contrato, senón á simple modificación deste.

O certo é, no entanto, que con carácter xeral a novación do obxecto do contrato da obra e/ou o servizo pactados se produce en multitude de ocasións cando estes inicialmente non finalizaron, por simple conveniencia empresarial, pois se a obra inicial

<sup>4</sup> Véxase a SSTSX de Galicia de 15 de decembro de 2009 (recursos 4155/2009 e 4517/2009). E, no mesmo sentido, máis recentemente nas sentenzas desta sala de 2 de xullo de 2010 (recurso 1443/2010) e de 5 de novembro de 2010 (recurso 3780/2010).

<sup>5</sup> Admitiuse, non obstante, a devandita posibilidade ao abeiro do Convenio xeral da construción na figura coñecida como fixo de obra.

<sup>6</sup> Véxanse por todas as SSTs de 20 de maio de 2009 (recurso 684/2008) e de 12 de maio de 2009 (recurso 2076/2008).

rematou resulta máis doado extinguir o contrato e subscribir un novo. Por iso, debe concluírse que aínda cando a novación se apoie no propio contrato a través da estipulación ou cláusula contractual que o permitir, esta debe ser considerada nula, e que chegado o momento de axuizar o cesamento dos traballadores, pode entenderse que a referida novación implica fraude de lei e infracción regulamentaria consistente en vir realizando funcións alleas á obra para a que os traballadores foron contratados. A consecuencia sería a cualificación do cesamento por fin de obra como a dun despedimento improcedente.

### **3. A diminución da obra e/ou o servizo obxecto do contrato**

Sería posible entender como causa de terminación do contrato de obra e/ou servizo a diminución da obra e/ou o servizo contratados? Pode acontecer que o contrato de obra e/ou servizo estea ligado ou vinculado a unha contrata, tendo en conta que é a modalidade contractual máis idónea para atender a devandita modalidade de descentralización produtiva, e que esta se reduza de modo que a empresa comitente precise un menor número de traballadores; ou que, á marxe dunha contrata, se resolva parcialmente a obra por parte do empregador ou da empregadora e que, en ambos os casos, a necesidade de persoal adscrita á referida obra deba reducirse.

A diminución da obra non está prevista na norma legal (ET) nin regulamentaria (RD 2720/1998) como causa de extinción do contrato de obra e/ou servizo, de maneira que a primeira afirmación que debe realizarse é que este feito non autoriza a empresa empregadora a extinguir o contrato, xa que non pode identificarse coa fin da relación laboral pactada que se corresponde coa fin da obra e/ou o servizo: o contrario suporía deixar ao arbitrio dun só dos contratantes (quen emprega) a apreciación acerca da validez e o cumprimento do contrato, en contra da prohibición expresa do art. 1256 do CC<sup>7</sup>. Do mesmo modo, dízose (no caso de contrata) que se a contrata remata por mutuo acordo das empresas non concorre causa para a extinción do contrato de obra ou servizo determinados, aínda que a empregadora podería talvez, en hipótese, proceder ao despedimento por causas obxectivas de produción con suxeición a este réxime extintivo<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Véxase por todas a STS de 11 de outubro de 2010 (recurso 4173/2009).

<sup>8</sup> Véxase a STSX da Rioxa de 13 de maio de 2010 (recurso 111/2010).

Cómpre termos en conta, para alén disto, que a redución da obra ou resolución parcial desta non poden identificarse como a «resolución», a «finalización» ou a «extinción» dun contrato, de forma que a redución da encarga de servizos que constitúe o obxecto dun contrato non é, por tanto, un suposto que poida cualificarse nin como resolución, nin como finalización, nin como extinción do contrato en cuestión, que se mantén, aínda que cun contido menor. Por dicilo en termos técnico xurídicos, a chamada «resolución parcial» ou «extinción parcial» non é tal, senón unha modificación ou novación modificativa do contrato a que se refire<sup>9</sup>.

### **3.1. Diminución da obra e/ou o servizo como causa prevista no convenio colectivo aplicable**

Outra cousa acontece, porén, no caso de a redución ou diminución da obra estar prevista como causa extintiva ben no convenio colectivo, ben no contrato de traballo. No caso de que o convenio colectivo prevexa a posibilidade de que o contrato de obra se extinga por redución do volume da obra<sup>10</sup>, tal causa poderá actuar sempre que se cumpran o resto de previsións que a acompañan, como a selección dos traballadores afectados, a redución de persoal proporcional á diminución e a documentación que acreditar a devandita diminución. O que procederá axuizar, xa que logo, non é tanto se a devandita causa é causa válida da extinción do contrato como se se cumpren os requisitos previstos na norma convencional para poder proceder á extinción concreta dos traballadores afectados. Máis adiante analizarase o que sucede se o número de traballadores afectados determina a existencia dun despedimento colectivo.

### **3.2. A diminución da obra e/ou o servizo como causa extintiva prevista no contrato de traballo**

Ao mesmo tempo, a causa relativa á diminución da obra, a desconstratación parcial do servizo ou outras fórmulas similares como causas extintivas puideron ser introduci-

<sup>9</sup> Véxase por todas a STS de 12 de xuño de 2008 (recurso 4447/2008), que sinala o seguinte:

A redución da encarga de servizos que constitúe o obxecto dun arrendamento de servizos non é, por tanto, un suposto que se poida cualificar nin como resolución, nin como finalización, nin como extinción do contrato en cuestión, contrato que se mantén, aínda que cun contido menor. Por dicilo en termos técnico-xurídicos, o que a empresa demandada chama «resolución parcial» ou «extinción parcial» non é tal, senón unha modificación ou novación modificativa do contrato de arrendamento de servizos a que se refire.

<sup>10</sup> Por exemplo, para o caso de redución do volume da contrata, o art. 17 do III Convenio colectivo do sector da telemercadotecnia (BOE de 5 de maio de 2005).

das no contrato de traballo con ou sen o apoio convencional. No primeiro caso, a solución será a mesma que se acaba de expor en relación coa norma convencional; mais no caso de que a cláusula de extinción do contrato de obra referida á diminución desta ou similar veña incluída no propio contrato de traballo ou nun anexo a este, sen o apoio convencional, deberá analizarse a súa legalidade ou ilegalidade.

A primeira cuestión que formula a existencia dese tipo de cláusulas é que supón introducir no contrato de obra e/ou servizo unha condición resolutoria que, xunto ao prazo resolutorio, concorre como causa extintiva do contrato. Isto é, por unha banda, o contrato rematará cando finalice a obra que é un feito certo aínda que de duración incerta (prazo resolutorio); e, pola outra, a súa duración áchase suxeita a unha condición incerta, a de que a obra diminúa (condición resolutoria). Deste modo, de operar a primeira causa estaríamos ante a finalización normal ou natural do contrato; e no segundo caso, ante a existencia dunha causa consignada no contrato de maneira que, de actualizarse, o contrato quedaría validamente extinguido a teor do previsto no art. 49.1.b) do ET. Téñase en conta que o art. 49.1.b) do ET consagra o principio da autonomía da vontade en liña co art. 1255 do CC, o que lles permite ás partes do contrato de traballo poderen pactar causas de resolución do contrato distintas ás previstas na lei<sup>11</sup>.

Con todo, iso condúcenos á aplicación do réxime xurídico previsto para a condición resolutoria e que condiciona a súa validez. Así, en primeiro lugar, a condición resolutoria para a súa validez non pode constituír abuso de dereito manifesto por parte dos empresarios. O suposto máis evidente de abuso de dereito intégro a chamada condición potestativa que se considera no art. 1115 do CC, que di: «Cando o cumprimento da condición dependa da exclusiva vontade do debedor, a obriga condicional será nula».

O suposto considerado neste precepto é, como se notou, o da chamada condición potestativa, que trasladada a un contrato de traballo supón que os empresarios, debedores da prestación laboral dos traballadores, non poden establecer unha condición resolutoria do contrato que dependa da súa soa vontade, pois neste caso estaría a contravirse o réxime xurídico laboral da extinción do contrato de traballo, segundo o cal os empresarios sempre teñen que alegar unha causa de extinción, a converter nese caso a extinción por cumprimento da condición potestativa nunha extinción ou despedimento sen causa. É por iso que non poderá ser admitida unha cláusula de

<sup>11</sup> Véxase a STS de 3 de febreiro de 2010 (recurso 1715/2009).



extinción do contrato de obra e/ou servizo por diminución da obra que dependa da soa vontade dos empregadores, nin sequera coa contrapartida dunha apreciable compensación económica<sup>12</sup>, e, así, só sería admisible en principio cando dependa da vontade de terceiras persoas (caso do comitente nas contratas).

En segundo lugar, tamén constituirá unha condición abusiva aquela que implicar a renuncia de dereitos por parte dos traballadores, pois cómpre ter en conta que, nalgúns casos, tras a aparente pulcritude dunha cláusula pode existir a devandita renuncia de dereitos. Así, cabe formularse se é abusiva a cláusula contractual que permite extinguir o contrato de obra e/ou servizo por diminución desta, aínda que dependa da vontade de terceiras persoas como no caso das contratas, sen dereito a unha indemnización ou en calquera caso á prevista para a finalización do contrato de obra e/ou servizo (12 días de salario por ano de servizo), cando esa mesma diminución da obra lle permitiría á empresa acudir á figura da extinción contractual por causas obxectivas contemplada na alínea c) do art. 52 do ET e que presenta para os traballadores determinadas garantías no tocante á posible preferencia a respecto doutros para permanecer na empresa, ao tempo que lles confire o dereito a unha indemnización superior.

En xeral, o abuso de dereito determina un uso antisocial do dereito, cuxo exercicio non se mantivo dentro dos límites normais, senón que se superou con dano económico ou moral dos traballadores<sup>13</sup>. Entendo, pois, que non é posible aceptar tampouco, sen apoio no convenio colectivo, a existencia dunha cláusula no contrato de traballo que permita a finalización da obra e/ou o servizo con base na diminución destes, aínda no caso de que tal finalización sexa imposta por terceiras persoas. Isto priva desde o seu inicio da posibilidade de determinar a obra e/ou o servizo obxecto do contrato temporal por carecer de virtualidade suficiente para delimitar a causa do contrato, coa derivada consecuencia da imprevisibilidade da súa duración, ao se vulneraren as esixencias legais e regulamentarias relativas a que no contrato temporal desta natureza deben especificarse e identificarse suficientemente, con precisión e claridade, a obra ou o servizo que constitúen o seu obxecto.

<sup>12</sup> Véxase por todas a STS de 25 de outubro de 1989, recurso en interese da lei citada pola STS de 8 de novembro de 2010 (recurso 4173/2009).

<sup>13</sup> O TS declarou na Sentenza de 7 de abril de 1987 (recurso de casación por infracción de lei, RX 1987\2368), remitíndose á súa Sentenza de 2 de febreiro de 1984 (RX 1984\822), que para que concorra abuso de dereito é preciso que se exercite o contido dun dereito en utilidade para o seu titular, e co exclusivo fin de causar dano a outro, polo que non se incide nel cando se insta unha acción neste caso con base nun precepto legal.

Alén disto, a citada cláusula impide que no momento de a empresa acordar a extinción contractual con fundamento nela, poidan os traballadores impugnar sen indefensión a decisión empresarial. Do mesmo xeito, resulta imposible xudicialmente determinar se o contrato por obra ou servizo cuestionado se extinguiu validamente «pola realización da obra ou o servizo obxecto do contrato», dada a indefinición de tal realización, que deixa sen causa o contrato neste extremo e evidencia unha fraude de lei da empregadora para eludir as causas válidas de extinción desta modalidade contractual temporal, o que a priva de validez e non pode impedir a debida aplicación das normas que se trata de eludir (argumento *ex art. 6.4 do CC*)<sup>14</sup>. Así pois, o que procede nestes casos é acudir á extinción do despedimento por causas obxectivas, de modo que a referida cláusula deberá ser considerada nula ou por non posta, e caso de ser utilizada, determinará tamén a cualificación e os efectos propios dun despedimento improcedente.

### **3.3. A finalización paulatina da obra e/ou servizo**

Se, como acabamos de defender, non é admisible unha cláusula resolutoria do contrato de obra e/ou servizo consistente na redución ou diminución da obra, o que deixa aberta a posibilidade de que a extinción opere polo réxime xurídico previsto no art. 52 do ET, isto é, por causas obxectivas, outra cousa sucede no caso do que se deu en chamar finalización paulatina da obra e/ou o servizo e que se admitiu como proba válida de extinción do contrato de obra e/ou servizo sen necesidade de acudir ao réxime da extinción por causas obxectivas, mais iso referido a obras de certa envergadura en que se ocupa un número elevado de traballadores<sup>15</sup>.

Así sucede cando se acreditou que o contrato temporal para obra ou servizo determinados cobre as esixencias legais de causa e forma, e cando se acredita igualmente que a obra ou o servizo están para finalizar, de maneira que se vén aceptando a extinción do contrato de traballo aínda que non se acredite especificamente que ese traballo concreto xa non é necesario, posto que un contrato desta natureza se asina coa condición implícita de que algún día finalizará, e ese día final non ten que ser necesariamente o día en que remate a obra ou o servizo contratados, senón o día en que xa non sexan necesarios os servizos dos traballadores contratados.

<sup>14</sup> STS de 8 de novembro de 2010 (recurso 4173/2009).

<sup>15</sup> Caso de grandes obras de construción civil ou, por exemplo, da limpeza da vertedura do *Prestige*.

Nestes casos, non obstante, non estamos nun suposto de redución da obra ou o servizo determinados<sup>16</sup>, mais ante unha extinción definitiva da obra (ou contrata ou encomenda) atribuída á empresa empregadora, o que permite entender axustada a dereito a extinción dos contratos por fin de obra e/ou servizo. Esta doutrina faise máis evidente no caso das obras que por definición implican un resultado final e que antes da finalización definitiva poden dar lugar a extincións contractuais xustificadas nesa próxima finalización; ora ben, é máis difícil de aplicar ao caso dos servizos tanto máis cando este é o obxecto dunha contrata ou encomenda. Porén, nada impide que a devandita doutrina sexa igualmente aplicada naqueles casos de servizos, por exemplo, en contratas cuxo comitente—sobre todo administracións públicas—pretenda reverter o servizo ou decida suprimilo, caso en que precisará antes da fin da contrata ou encomenda de determinado tempo para xestionar o cambio, polo que poden existir determinados períodos de tempo en que sexa necesario prolongar a contrata ou encomenda, mais para os simples efectos de liquidación ou peche, o que non impedirá considerar a existencia dunha extinción definitiva do servizo<sup>17</sup>.

Por iso, nestes casos, debe aceptarse como suficiente para acreditar a chegada dese día final do contrato ou *dies ad quem* inserido na súa propia natureza, a proba da finalización paulatina e natural da obra ou o servizo sobre os cales o contrato de traballo se articulou; isto sempre que non se acredite a concorrencia de fraude relacionada coa devandita finalización, cuxa proba incumbirá de acordo coas regras probatorias vixentes no noso dereito a quen a alegar<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Como sería o caso abordado na STS de 10 de xuño de 2008 (recurso 1204/2007).

<sup>17</sup> Véxase a STSX de Galicia de 2 de novembro de 2010 (recurso 3747/2010) nun caso en que se prorrogou unha encomenda exclusivamente para o peche e a liquidación do programa durante tres meses.

<sup>18</sup> Véxase por todas a STS de 19 de xullo de 2005 (recurso 2677/2004) ditada no caso da obra e/ou o servizo consistente na limpeza de residuos do *Prestige* nas praias da costa galega, en que, ademais, se remite a outra da sala de 29 de febreiro de 1988 segundo a cal «non pode pretenderse que obras de importancia, que ocupan numerosos traballadores en diversas funcións..., deban permanecer en activo, aínda conclusa a razón da súa adscrición, en espera do día en que a obra se dea por rematada total e absolutamente, o que pugnaría coa racionalidade esixible ás normas xurídicas que han de ser interpretadas atendendo fundamentalmente ao seu espírito e finalidade, como establece o art. 3.1 do Código civil».

Engade que pode apreciarse a existencia de numerosas sentenzas anteriores á unificación que, aceptando tal criterio, permitiron a extinción de contratos antes da completa finalización da obra con fundamento na realidade daquela terminación paulatina. Por citar algunhas, as SSTS de 16 de maio de 1985, 12 de febreiro de 1986, 4 de decembro de 1987 ou 3 de febreiro de 1988.

### 3.4. A extinción dos contratos de obra e/ou servizo por diminución da obra a través de expediente de regulación de emprego

Chegados a este punto, atopámonos coa posibilidade –admitida, por outro lado, pola xurisprudencia– de que un contrato de obra e/ou servizo poida extinguirse en virtude do que dispoñen os arts. 52.1.c) e 53 do ET, isto é, por causas obxectivas, no caso de concorreren causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción. No caso de que a extinción afecte a un número de traballadores que non supere o limiar fixado no art. 51 do ET, que determina o réxime xurídico do despedimento colectivo, o cesamento deberá cumprir as esixencias formais previstas no seu art. 53, cuxa omisión, tras a reforma operada pola Lei 35/2010, xa non dá lugar á nulidade do despedimento, senón á simple improcedencia. Con todo, cumpridos os requisitos formais e acreditado que en efecto o volume da obra se reduciu, non existe ningún impedimento legal para decretar a extinción procedente con dereito á indemnización legalmente prevista para iso.

E posto que, con carácter xeral, cabe afirmar que a selección dos traballadores afectados corresponde en principio aos empresarios e a súa decisión só será revisable polos órganos xudiciais cando resulte apreciable fraude de lei ou abuso de dereito, ou cando a selección se realice por móbiles discriminatorios conforme aos arts. 14 da Constitución e 17 do ET, nada poderá serlle reprochado aos empresarios<sup>19</sup>. Ademais, a amorti-

<sup>19</sup> Véxase por todas a Sentenza da Sala IV do Tribunal Supremo de 15 outubro de 2003 (recurso 1205/2003) que abordou directamente este punto e na súa motivación declara:

Só en determinados supostos e circunstancias, que considera a nosa sentenza de unificación da doutrina de 19 de xaneiro de 1998, o órgano xurisdiccional pode valorar a decisión de despedir un traballador por causas económicas en relación coas decisións adoptadas a respecto doutros traballadores da empresa. Como dixo a citada sentenza de 19 de xaneiro de 1998, «a selección dos traballadores afectados» polos despedimentos obxectivos do art. 52.c) do ET «corresponde en principio ao empresario e a súa decisión só será revisable polos órganos xudiciais cando resulte apreciable fraude de lei ou abuso de dereito, ou cando a selección se realice por móbiles discriminatorios». O que teñen que acreditar os empresarios no despedimento económico límitase en principio, xa que logo, a que a «actualización da causa económica afecta ao posto de traballo» amortizada. Unicamente de se acusar un panorama discriminatorio, ou se se proba por parte de quen o alega fraude de lei ou abuso de dereito, cabe estender o control xudicial máis alá do xuízo de razoabilidade do acto ou os actos de despedimento sometidos ao seu coñecemento...

A propia sentenza de unificación da doutrina de 19 de xaneiro de 1998, ditada nun suposto que garda bastantes similitudes co que agora se resolve, formula en hipótese a posibilidade de que o «principio de adecuación social» permita controlar a discrecionalidade empresarial na selección dos traballadores, pechando o paso a decisións de despedimento de elevado custo social. A conversión de dous contratos temporais en contratos indefinidos antes do despedimento da actora non é desde logo unha medida contraria á estabilidade no emprego, senón todo o contrario, unha decisión empresarial que estabiliza a relación de traballo dos traballadores concernidos. Tampouco pode dicirse que o despedimento da actora dera lugar a unha substitución antisocial de emprego fixo por emprego

zación que se menciona na lei refírese aos postos e non ás funcións ou tarefas laborais<sup>20</sup>. Deste modo, a amortización do posto de traballo non implica que as funcións ou tarefas realizadas nel deixen de prestarse, senón que poden ser asumidas polos traballadores que quedan; mais de se tratar dunha redución do volume da obra, é claro que debe manterse o mesmo volume de traballo por cada persoa adscrita, e a redución do persoal deberá ser proporcional ao volume que se reduce.

No entanto, se a diminución da obra supón a necesidade de amortizar un número de traballadores que exceda dos limiares previstos no art. 51 do ET, a norma esixe como requisito preceptivo a tramitación do correspondente expediente de regulación de emprego ante a autoridade laboral (ou ante o xuíz ou a xuíza do concurso se a empresa está declarada en concurso). A cuestión, xa que logo, que se analiza agora é a relativa aos problemas que formula a extinción dos contratos de obra e/ou servizo a través dun expediente de regulación de emprego, e en especial o contrario, qué sucede cando non se acode a un expediente de regulación de emprego e concorren os requisitos esixidos pola norma estatutaria.

Cabería distinguir aquí dous supostos. O primeiro deles, o daqueles casos en que a empresa se limita a comunicar a fin da obra e/ou o servizo aínda cando esa non sexa a causa real que xustifica a terminación desta modalidade contractual, senón a diminución da obra, e extinga o contrato dun determinado número de traballadores a superar os limiares do art. 51.1 do ET. Tal cesamento deberá considerarse un despedimento improcedente, por non se acreditar a causa alegada (fin da obra), pois non pode cualificarse de despedimento nulo (por aplicación do disposto no art. 124 da Lei de procedemento laboral [LPL]) simplemente porque a empresa non aduciu causas obxectivas para despedir, senón que se limitou a alegar a fin da obra e/ou o servizo acudindo a unha causa de extinción propia do contrato de obra e/ou servizo.

Desta maneira só é posible axuizar, en sede do proceso por despedimento, a causa esgrimida pola empresa na carta de cesamento; e non calquera outra, pois, como dispón o art. 105 da LPL, aos empresarios correspóndelles a carga de probaren a veracidade dos feitos imputados na carta de despedimento como xustificativos del, sen que se lles poidan admitir outros motivos de oposición á demanda que os contidos na comunicación escrita de tal despedimento.

temporal. Certamente, a amortización do posto de traballo da actora que orixinou o seu despedimento refírese a un posto de traballo fixo; mais no momento en que se produciu o devandito acto extintivo tamén eran fixos os postos de traballo dos traballadores cos cales a actora se compara.

<sup>20</sup> STS de 29 de maio de 2001 (recurso 2022/00).

Iso porque, ademais e en segundo lugar, só é colectivo o acordo extintivo empresarial en que se aleguen causas obxectivas e se superen determinados limiares. Así, se falta un dos dous requisitos o despedimento deixa de ser colectivo. Esa dualidade de requisitos áchase implícita no art. 124 da LPL, que establece a cualificación de nulidade do despedimento para aqueles supostos en que a empresa usa as causas propias dun despedimento colectivo (causas económicas, organizativas, técnicas ou de produción) e non acode ao procedemento de regulación de emprego que segundo o caso lle corresponder, ben ante a autoridade administrativa, ben ante o xuíz ou a xuíza do concurso.

Deste modo, aínda cando o despedimento afecte a un número de traballadores tal que debería ser considerado colectivo, non o é en tanto en canto as causas empregadas para extinguir non son ningunha das previstas no art. 51.1 do ET nin tampouco se seguiu a canle prevista legalmente para esta modalidade extintiva. É por iso que neste caso non podería concorrer a causa de nulidade prevista no art. 124 da LPL, e que a cualificación axustada a dereito é a da improcedencia polas razóns expostas anteriormente<sup>21</sup>.

Distinto sería se a causa aducida fose precisamente a diminución da obra e/ou o servizo, pois isto permitiría que puidese subsumirse nalgunha das previstas no art. 51.1 do ET. Máis en concreto, nas causas produtivas, pois como vén sinalando a doutrina xurisprudencial reiterada a respecto das empresas de servizos, a perda ou diminución de encargos de actividade ha de ser considerada pola súa orixe unha causa produtiva, ao significar unha redución do volume de produción contratada; e tamén, polo ámbito en que se manifesta, unha causa organizativa, xa que afecta aos métodos de traballo e á distribución da carga de traballo entre os traballadores<sup>22</sup>.

É por iso que se a empresa utiliza a devandita causa de extinción poderíamos entender que se están a aducir causas produtivas e que, por tanto, que non se seguise a canle do art. 51 do ET determina a cualificación de nulidade do despedimento, polo que á empresa lle é esixible tramitar o oportuno expediente de regulación de emprego.

<sup>21</sup> Véxase en tal sentido a STSX de Galicia ditada en sala xeral con data de 14 de outubro de 2010 (recurso 4412/2010).

<sup>22</sup> STS de 14 de xuño de 1996 (recurso 3099/1995) e STS de 7 de xuño de 2007 citada *ut supra*.

A tramitación, daquela, dun expediente de regulación de emprego para extinguir colectivamente contratos de obra e/ou servizo por diminución da obra e/ou o servizo é esixible á empresa que extingue por enriba dos limiares referidos, aínda cando a norma convencional que resulte aplicable previse como causa extintiva a redución do volume da obra: iso non pode derogar o réxime xurídico previsto estatutariamente para os despedimentos colectivos, a que en calquera caso deberá someterse a empresa para extinguir colectivamente os contratos de traballo adscritos á obra e cuxa omisión levará inexorablemente á sanción de nulidade do despedimento. Outra cousa acontecerá se é aplicable a doutrina antes exposta da finalización paulatina da obra e/ou o servizo que, en calquera caso, xustificará a extinción dos contratos temporais por fin da obra, mais non por causa da redución ou diminución da obra, senón pola súa extinción definitiva.