

Laboral

# Empresas de trabajo temporal, trabajo temporal y fijos discontinuos: una historia aún por escribir

La posibilidad, antes prohibida, de emplear el contrato fijo discontinuo por parte de las empresas de trabajo temporal permite plantear márgenes de mejora normativa, como la puesta a disposición para necesidades discontinuas de la empresa usuaria, ahora que el contrato temporal «se ha transformado» en fijo discontinuo.

## LOURDES LÓPEZ CUMBRE

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria  
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Ha transcurrido un año de la reforma laboral y, pese a las discrepancias en su valoración, aún perviven algunos problemas aplicativos que conviene analizar para implantarla. En concreto, esta aportación se centrará en el impacto de la reforma en la función e intermediación de las empresas de trabajo temporal (ETT), que directa o indirectamente se han visto afectadas por esta nueva normativa: directamente, porque algunos de los preceptos se destinan a su regulación e, indirectamente, porque la restricción en el uso de contratos de duración determinada limita sus posibilidades de actuación en el mercado, basada en ceder a empresas usuarias trabajadores con contrato temporal. Sin embargo, el objetivo fundamental de la reforma —que pasa por incrementar la con-

tratación indefinida y reducir la temporal— también se focaliza en estas empresas al permitir lo que antes prohibía; a saber, la celebración del contrato fijo discontinuo para ceder el trabajador a una empresa usuaria. Constituye éste, sin duda, un elemento de gran interés para la empresa de trabajo temporal toda vez que permite mantener a un trabajador como indefinido, también en periodos de inactividad, con las ventajas que supone para la empresa.

En principio, la regulación del contrato fijo discontinuo resulta común para toda empresa, también para la de trabajo temporal, salvo en aquellos matices que incorpora tanto el artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores (LET) como la propia Ley de Empresas de

Trabajo Temporal (LETT). Y, así, con carácter general, el contrato fijo discontinuo se podrá concertar para realizar trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza, pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados. En el caso de las empresas de trabajo temporal, este contrato se celebrará entre ésta y una persona contratada para ser cedida (art. 16 LET), pudiendo materializarse para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias en los términos previstos en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, coincidiendo en tal caso los periodos de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos (art. 10.3 LETT).

Si se observa, la reforma posibilita que, con un mismo trabajador, la empresa de trabajo temporal pueda cubrir distintos contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias. Ello supone «trastocar» el sentido propio del contrato fijo discontinuo, que va unido a la estacionalidad o intermitencia de una actividad empresarial, no a la necesidad de disponer en varias ocasiones de un mismo trabajador. La actividad de la empresa de trabajo temporal no es estacional o intermitente porque el elemento nuclear de su función es precisamente la cesión del trabajador durante un tiempo determinado. Sin embargo, con esta contratación fija discontinua, la empresa de trabajo temporal no ha de abonar la indemnización cada vez que termina la puesta a disposición por finalización del contrato temporal, evita la cotización aplicable a los contratos temporales de corta duración del artículo 151 de la Ley General de la Seguridad Social y no deberá ingresar la cotización adicional por desempleo que supone el con-

trato temporal (art. 122.11 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2023). El trabajador, por su parte, estará protegido por los términos propios del contrato fijo discontinuo con un llamamiento cuando corresponda, acumulará antigüedad y, en su caso, obtendrá la prestación de desempleo si hubiere generado tal derecho.

Pero estas ventajas se tornan en un claro inconveniente cuando se comprueba que la reforma admite la contratación fija discontinua para la empresa de trabajo temporal sin que ésta pueda utilizar contratos de puesta a disposición con la empresa usuaria cuando sea ésta la que necesite un contrato fijo discontinuo. Si a eso se añade que los términos del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores restringen el uso de los contratos temporales en la empresa usuaria y que la capacidad de puesta a disposición de las empresas de trabajo temporal queda, en consecuencia, más limitada que antaño, las posibilidades de actuación de estas empresas se reducen considerablemente.

2. Quizá pueda considerarse que, puesto que el objeto de la empresa de trabajo temporal es precisamente el de poner a disposición de otra empresa, usuaria, «con carácter temporal, trabajadores por ella contratados» (ex art. 1 LETT), la empresa de trabajo temporal asume el riesgo propio de su actividad cuando se limita la utilización de la contratación temporal. Y probablemente así deba ser siempre que, en efecto, se cumplan los requisitos establecidos en su ley reguladora, a saber, que la puesta a disposición sea «de carácter temporal» y que se trate de trabajadores «por ella contratados». Si se ampliara la posibilidad de poner a disposición los trabajadores contratados fijos discontinuos por la empresa de trabajo temporal también para necesidades discontinuas, aunque fijas, de la empresa usuaria, se estarían cumpliendo

ambos requisitos por cuanto se trataría de una «puesta a disposición de carácter temporal» —los periodos de inactividad son asumidos por la empresa de trabajo temporal y no por la usuaria— y se trataría de trabajadores contratados por la empresa de trabajo temporal y no por la usuaria.

Y todo ello respondiendo a la imposición de la realidad social que ha convertido antiguos contratos temporales en modernos contratos fijos discontinuos, en algunos casos, a tiempo parcial. Según los datos oficiales, el 40 % de los contratos celebrados durante el 2022 han sido indefinidos, frente al 7 % de la contratación de esta naturaleza previa a la pandemia. Al finalizar el 2022, las estadísticas recogen 2,3 millones de ocupados más con contrato indefinido respecto del año anterior, de los que 450 000 tienen contrato fijo discontinuo. Del resto, 1,8 millones de contratos indefinidos son ordinarios, con 1,2 millones a tiempo completo y 600 000 a tiempo parcial (datos proporcionados por las Secretarías de Estado de Empleo y Economía Social y de Seguridad Social y Pensiones, respectivamente, el 2 de enero del 2023).

Pues bien, si existe una realidad que se impone, porque son muchos los sectores con necesidades cíclicas, no constantes, aunque no se ajusten a las previsiones de temporalidad señaladas en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores —no siempre fáciles de aplicar y con sanciones económicas de cuantía no menor para las empresas—, nada parece objetar que se pueda adaptar asimismo una puesta a disposición para la empresa usuaria que habilite el recurso a la empresa de trabajo temporal cuando tenga necesidades periódicas, fijas, pero discontinuas. Del mismo modo que la jurisprudencia negaba tajantemente la posibilidad de que una empresa de trabajo temporal celebrara un contrato fijo discontinuo con sus trabajadores y ahora es posible,

la puesta a disposición para tal necesidad discontinua de la empresa usuaria también podrá serlo, a voluntad del legislador.

3. De contrario se alegará que la directiva aplicable a esta materia no permite esta posibilidad de cubrir necesidades fijas discontinuas de la empresa usuaria a través de la empresa de trabajo temporal por considerar que la norma europea impone recurrir a un empleo temporal en la empresa usuaria independientemente de la relación —indefinita o de duración determinada— del trabajador con la empresa de trabajo temporal. Mas, si la reforma laboral ha «transformado» algunas necesidades antes temporales en fijas discontinuas, la aplicación de la citada directiva aconseja asimismo una interpretación conforme a esa realidad social. Por varias razones; entre otras, porque la Directiva 2008/104, de 19 de noviembre, (DOUE de 5 de diciembre), relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, establece que «las restricciones o prohibiciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal deberán estar justificadas exclusivamente por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos» (art. 4). No tendría sentido que el interés general de la legislación española hubiera orientado una reforma tendente a reducir y constreñir una temporalidad previsiblemente abusiva aconsejando recurrir a la contratación indefinida —incluida la contratación fija discontinua— y no se permita el empleo de este recurso mediante la interposición de la empresa de trabajo temporal cuando sólo se establece una puesta a disposición «temporal» en periodos de actividad.

Por otro lado, porque la directiva —que ciertamente alude en todo momento a la puesta a disposición «de carácter temporal»— define *misión* en su artículo 3.1e como el «periodo durante el cual el trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal tiene encomendada la misión de trabajar bajo la dirección y el control de la empresa usuaria», lo que en absoluto resulta incompatible con la puesta a disposición de los trabajadores fijos discontinuos de la empresa de trabajo temporal a la usuaria durante los periodos de actividad de esta última, resultando los periodos de inactividad a cargo de la primera.

Y, por último, porque el artículo 9.2 de la citada directiva subraya que su aplicación no puede constituir «en ningún caso» motivo suficiente para «justificar una reducción del nivel general de protección de los trabajadores en los ámbitos cubiertos por la presente directiva». Esto es algo susceptible de reproche al observar que, en términos generales, los contratos de duración determinada «se han convertido» en fijos discontinuos y que, sin embargo, no se permite a las empresas usuarias recurrir a esta modalidad contractual a través de una empresa de trabajo temporal cuando tienen una necesidad no permanente, sino cíclica, con periodos intermitentes de inactividad.

Tal interpretación ha sido avalada recientemente por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de marzo del 2022, asunto C-232/20, *Daimler*. Se admite así que el artículo 1 de la Directiva 2008/104 delimita su ámbito de aplicación a los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal y que se pongan a disposición de empresas usuarias a fin de trabajar de manera temporal bajo su control y dirección. Pero se acepta también que, pese a ello, el trabajo que se haya de

desempeñar en la empresa usuaria no tiene por qué ser temporal. «Así pues, del propio tenor de esta disposición se desprende que la expresión *de manera temporal* no tiene por objeto limitar la aplicación del trabajo a través de empresas de trabajo temporal a puestos que no tengan carácter permanente o que deban ser ocupados para realizar una sustitución, ya que esta expresión no caracteriza el puesto de trabajo que debe ocuparse en la empresa usuaria, sino las modalidades de la puesta a disposición de un trabajador en dicha empresa» (cdo. 31). Porque, atendiendo a lo señalado por esta sentencia, «ninguna disposición de la Directiva 2008/104 se refiere a la naturaleza del trabajo o al tipo de puesto que debe ser cubierto en la empresa usuaria» (cdo. 33). Por lo demás, «el legislador de la Unión no pretendía limitar el recurso al trabajo a través de empresas de trabajo temporal autorizando únicamente que el trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal ocupara un puesto de trabajo que tuviera carácter temporal» (cdo. 36).

4. No menor atención merecen asimismo las dificultades aplicativas que, para la empresa de trabajo temporal y las empresas usuarias, puede tener la posible coincidencia entre los supuestos considerados propios del contrato fijo discontinuo y del contrato temporal, en concreto, la difícil delimitación entre los contratos por circunstancias de la producción del artículo 15.2 de la Estatuto de los Trabajadores —por incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible— y los supuestos incluidos en el artículo 16.1 del mismo estatuto, esto es, los propios del contrato fijo discontinuo. Y ello sobre todo si se tiene en cuenta que el contrato por circunstancias de la producción —de duración determinada—

podrá formalizarse asimismo para atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada, con un máximo de noventa días —no utilizados de manera continuada— en el año natural, independientemente de los trabajadores que sean necesarios para atender en cada uno de dichos días las situaciones concretas, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato. Como es sabido, la norma obliga a las empresas a trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras, en el último trimestre de cada año, una previsión anual de uso de estos contratos.

Obviamente, la necesidad —temporal— permite el recurso —temporal— a la puesta a disposición —temporal— de la empresa de trabajo temporal. Pero las dificultades aplicativas, unidas a la presunción de indefinición del contrato y a la obligación de la empresa —usaria— de probar la concurrencia de una causa que justifique no sólo la temporalidad, sino las circunstancias concretas que la justifican y la conexión con la duración prevista, ex artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores, entorpece considerablemente cualquier uso de una contratación temporal, máxime cuando las sanciones se han intensificado, especialmente en lo que se refiere al concurso real que implica acumular una infracción por cada persona trabajadora afectada (art. 7.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social) y no por cada situación considerada fraudulenta. El ámbito susceptible de infracción se amplía incluyendo toda «transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colecti-

va». Para las empresas de trabajo temporal, y con el mismo alcance, véase el artículo 18.2c (formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos a los previstos legalmente); para las empresas usuarias, y también con alcance análogo, véase el artículo 19.2b (formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos a los previstos legalmente).

Ante las dificultades aplicativas, aún no resueltas ni por el legislador en sus previsiones reglamentarias ni por los jueces con decisiones firmes, cabe apelar a que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 40/1025, de 1 de octubre (BOE de 2 de octubre), de Régimen Jurídico del Sector Público, sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley y a que las infracciones administrativas, igual que las penales, tienen que ser típicas, antijurídicas, culpables y punibles. El principio de legalidad, basado en el artículo 25.1 de la Constitución española, permite afirmar que nadie puede ser sancionado por una infracción no contenida en la legislación vigente (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Inicialmente, la primera manifestación de este principio de legalidad fue la obligación de tipificar en una norma previa. Esta *lex previa* pretendía conseguir una seguridad jurídica imprescindible tanto para el aplicador como para el destinatario de la norma. Con esto se conseguían dos objetivos, a saber: la garantía individual sobre qué conductas estaban permitidas y cuáles prohibidas y la privación a la autoridad de su potestad de imponer sanciones concretas al margen de la ley. La potestad sancionadora se juridifica de forma que *sancionar* significa 'aplicar la ley'. Pero con el tiempo se exigirá que, además de la *lex previa*, la *lex sea certa*, es decir, precisa, concreta, sin ambigüedad. La *lex previa* limita la capacidad de la

Administración de crear infracciones y sanciones, pero con la *lex certa* se pretende evitar la discrecionalidad, un margen más estrecho para el operador jurídico.

De esta forma, las infracciones y sanciones no sólo tienen que ser establecidas con anterioridad en el momento de producirse el ilícito, sino que se tienen que prever con una precisión que impida toda arbitrariedad del aplicador jurídico. Bien es cierto que, en relación con el principio de tipicidad en virtud del cual las conductas infractoras y de sus consiguientes sanciones han de estar tipificadas previamente, se admiten distintas variantes. Y, así, dentro del ámbito administrativo sancionador se distingue entre la *tipificación reduplicativa*, en la que la norma sancionadora reproduce el mandato o prohibición contenido en la norma primaria para advertir de manera expresa que su incumplimiento constituye una infracción que comporta una sanción; la *tipificación remisiva expresa*, en la que la ley, para cumplir con el principio de tipificación legal, enumera de forma individualizada las infracciones, pero prescinde de la reproducción de los mandatos y prohibiciones, remitiendo de forma expresa a los preceptos en los que aparecen; la *tipificación remisiva residual*, en la que se califican residualmente de leves las infracciones que no tienen otro carácter y, en fin, la *tipificación implícita* ante una norma que contiene prohibición, pero carece de tipificación sancionadora.

Pues bien, la extensión del catálogo infractor y sancionador operado tras la reforma laboral unido a las dificultades aplicativas de las modalidades de contratación de duración determinada generan falta de seguridad jurídica en la actuación tanto de las empresas de trabajo temporal (susceptibles de ser sancionadas por formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos

a los previstos legalmente) como de las empresas usuarias (que asimismo podrán ser sancionadas por idéntica conducta). Tal objeción bien podría paliarse si se considerara la posibilidad de emplear la contratación de las empresas de trabajo temporal para necesidades fijas discontinuas de la empresa usuaria, lo que facilitaría, a su vez, la consecución del objetivo pretendido por la reforma de transformar la contratación temporal en contratación indefinida.

5. Y, ya en el seno interno de la relación entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador contratado con carácter fijo discontinuo, los ajustes legales y convencionales se imponen:

En primer lugar, porque la nueva regulación del contrato fijo discontinuo delega en la negociación colectiva, básicamente sectorial, aspectos importantes como el llamamiento, la celebración de ese mismo contrato, pero a tiempo parcial, o la indemnización por fin de llamamiento, entre otras cuestiones de interés. Y, aun cuando el artículo 10.3 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal aclara que toda referencia a la negociación colectiva efectuada por el artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores debe entenderse efectuada, en este caso, a los convenios colectivos sectoriales o de empresa de las empresas de trabajo temporal, estos últimos convenios no se hallan aún preparados para la inclusión de esta nueva figura en su organigrama (al menos, no en el ámbito sectorial, si bien algunas empresas comienzan a incluir regulaciones exhaustivas sobre este tipo de contratación en sus cláusulas convencionales; sirva de ejemplo el artículo 8 del I Convenio Colectivo de Randstad Empleo ETT, S.A.U., Resolución de 17 de junio del 2022, BOE de 1 de julio). Puesto que el perfil de la contratación fija discontinua es diferente en la empresa de trabajo temporal que en el resto de las empresas, la adaptación exigirá asimismo

reglas más novedosas que tengan en cuenta no sólo las necesidades de las empresas y trabajadores que pactan estos convenios, sino necesariamente las de sus empresas clientes, las empresas usuarias. Porque no hay que olvidar cómo se ha ido imponiendo la aplicación de la norma más favorable cuando existe una regulación convencional comparable, también en el caso del trabajador de la empresa de trabajo temporal puesto a disposición en la empresa usuaria respecto de las condiciones laborales de esta última, regulación que podría condicionar esta normativa. De ahí que las reglas convencionales sobre contratación fija discontinua de la empresa de trabajo temporal no podrán resultar ajenas a las necesidades de las empresas usuarias.

En segundo lugar, porque existen disposiciones generales aplicables al contrato fijo discontinuo difícilmente adaptables a las necesidades de la empresa de trabajo temporal. Así, el contrato deberá formalizar «necesariamente por escrito y deberá reflejar los elementos esenciales de la actividad laboral, entre otros, la duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria, si bien estos últimos podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento» (ex art. 16.2 LET). En este caso, la actividad que se habrá de reflejar será la de la sucesiva puesta a disposición en las empresas usuarias, con el correspondiente riesgo de que ésta no cumpla, finalice anticipadamente su decisión o interrumpa o extinga por causa sobrevenida su contrato. Previsiblemente los instrumentos propios de la legislación laboral servirán asimismo para resolver estas vicisitudes en esta nueva modalidad de contra-

tación de las empresas de trabajo temporal, aunque con algunos desajustes.

Finalmente, y sin afán de exhaustividad, plantea problemas la determinación de un periodo de llamamiento mínimo referido a la puesta a disposición, así como la compensación por fin de llamamiento, pues, dado que ya no deberá comprender el fin de la relación laboral temporal con la empresa usuaria, habrá de consignar una cuantificación distinta y específica. Por lo demás, la consideración de la antigüedad del trabajador, antes fijada en función del periodo real y efectivo de su prestación de servicios (STS de 30 de julio del 2020, Ar. 3992), conlleva ahora la necesidad de computar la duración de toda la relación laboral, y no sólo el tiempo de servicios efectivamente prestados, salvo «aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia», excepción que bien pudiera comprender la sustantividad propia y autónoma que adquiere, como ha podido comprobarse, el contrato fijo discontinuo en las empresas de trabajo temporal.

En consecuencia, nos encontramos ante un marco interesante de actuación para las empresas de trabajo temporal que, guiadas por su papel nuclear en la intermediación laboral, permitirá flexibilizar y garantizar una contratación laboral más fluida sin prejuzgar la estabilidad en el empleo con márgenes aún transitables como el expuesto, al ajustar la contratación fija discontinua no sólo en la capacidad contractual de la empresa de trabajo temporal, sino en la posibilidad de puesta a disposición de la empresa usuaria para necesidades de idéntica naturaleza.