

## Trabajo fijo discontinuo y empresas de trabajo temporal

Comentario a la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2020, asunto C-681/18**, y a la **Sentencia del Tribunal Supremo 728/2020, de 30 de julio**

**Ignacio González del Rey Rodríguez**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Oviedo*

### Extracto

El presente comentario analiza la posibilidad de celebrar un contrato de trabajo fijo discontinuo en empresas de trabajo temporal para cesiones sucesivas a una misma empresa usuaria, conforme al derecho del trabajo español y su adecuación a la Directiva 2008/104/CE, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

**Palabras clave:** trabajo fijo discontinuo; empresas de trabajo temporal; misiones sucesivas.

**Cómo citar:** González del Rey Rodríguez, Ignacio. (2021). Trabajo fijo discontinuo y empresas de trabajo temporal. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2020, asunto C-681/18, y a la Sentencia del Tribunal Supremo 728/2020, de 30 de julio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 146-153.

# Discontinuous fixed work and temporary agency work

Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union of October 14, 2020 (case C-681/18), and the judgment of Spanish Supreme Court of Justice of July 30, 2020 (appeal on a point of Law 3898/2017)

Ignacio González del Rey Rodríguez

## Abstract

This comment analyzes the possibility of concluding a fixed-discontinuous employment contract in temporary employment agencies to attend successive assignments of workers to the same user, in accordance with Spanish Labor Law and its adaptation to the Directive 2008/104/EC on temporary agency work.

**Keywords:** fixed-discontinuous work; temporary agency work; successive assignments.

**Citation:** González del Rey Rodríguez, Ignacio. (2021). Discontinuous fixed work and temporary agency work. Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union of October 14, 2020 (case C-681/18), and the judgment of Spanish Supreme Court of Justice of July 30, 2020 (appeal on a point of Law 3898/2017). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 146-153.

## 1. Marco normativo

La legalización de la cesión de personas trabajadoras a través de empresas de trabajo temporal (ETT) se produjo en España con la reforma laboral de 1993-1994 ([RDL 18/1993, de 3 de diciembre](#), y [Ley 10/1994, de 19 de mayo](#), ambas normas de medidas urgentes de fomento de la ocupación), en cuyo contexto se aprueba igualmente la [Ley 14/1994, de 1 de junio](#), por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. Norma aún vigente, aunque modificada en más de veinte ocasiones, desarrollada actualmente por el [Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo](#), y, específicamente, en materia de prevención de riesgos laborales, por el [Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero](#).

A semejanza de otras formas de empleo precario, como el trabajo a tiempo parcial ([Directiva 97/81/CE](#)) o la contratación de duración determinada ([Directiva 1999/70/CE](#)), el mediado a través de ETT también ha sido objeto de regulación por parte de la Unión Europea, aunque con mayores dificultades y en contextos significativamente diferentes. Así, la primera norma comunitaria sobre ETT, la [Directiva 91/383/CEE, de 25 de junio](#), del Consejo, es común a toda la contratación laboral de duración determinada, tanto directa como indirecta, y se limita al ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo, al suelo mínimo del ordenamiento laboral, por tanto. Y no es hasta 2008, y sin el consenso y el acuerdo marco de las partes interlocutoras sociales europeas, a diferencia de los citados precedentes sobre el trabajo temporal y a tiempo parcial, cuando se logra la [Directiva 2008/104/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, seguramente menos equilibrada que las anteriores y más proclive a la flexibilidad que a la seguridad.

Cabe decir, por lo demás, que esta forma de empleo intermediado ha sido también objeto de atención en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, a través del [Convenio número 181](#), de 1997, sobre las agencias de empleo privadas, ratificado por España en 1999 (BOE de 13 de septiembre), y conforma igualmente un sector de negociación colectiva de ámbito estatal desde 1995, con seis ediciones de convenio colectivo, el último y vigente de 2018 ([BOE de 28 de diciembre](#)). Aunque ninguna de estas normas es objeto de aplicación o interpretación en las sentencias comentadas.

En cuanto al contrato o al trabajo fijo discontinuo, desde la versión original del Estatuto de los Trabajadores (ET) de 1980, su regulación ha ido oscilando entre el marco normativo de la vigencia del contrato de trabajo y los contratos de duración determinada ([art. 15 ET](#)) y el de la contratación a tiempo parcial ([art. 12 ET](#)), para encontrar un final acomodado específico y

autónomo en el [artículo 16](#) del vigente texto refundido de 2015, si bien segregado en dos modalidades: el de ciclo variable (que no se repite en fechas ciertas, en la expresión legal), con identidad propia, y el de ciclo regular (que se repite en fechas ciertas) o fijo periódico, considerado como contrato a tiempo parcial indefinido (arts. [12.3](#) y [16.1](#) ET). Aun cuando, a diferencia del trabajo a tiempo parcial, el fijo discontinuo pueda considerarse causal.

## 2. Supuestos de hecho y cuestiones debatidas

Tanto la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ([STJUE de 14 de octubre de 2020 \(asunto C-681/18\)](#)), como la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ([STS 728/2020, de 30 de julio](#)), parten de un supuesto o situación problemática coincidente, a saber: la reiterada, aun discontinua, sucesión de misiones o puestas a disposición por parte de una misma ETT de una misma persona trabajadora, para una misma empresa usuaria. Aunque en contextos normativos y en debates jurídicos diferentes, y con conclusiones que podrían resultar divergentes.

Así, en el caso de la [sentencia del TJUE](#), y con origen en un proceso de reclamación de reconocimiento de la existencia de una relación laboral indefinida por parte de un trabajador italiano cedido hasta diecisiete veces a la misma empresa usuaria a lo largo de 2 años y medio, se cuestiona prejudicialmente la adecuación a la [Directiva sobre ETT](#), y, en particular, a su artículo 5.5, en relación con su considerando 15, y la ambigua y débil regla de prevención del abuso de la contratación temporal a través de ETT, de la correspondiente normativa interna italiana, que no impide o limita la referida sucesión reiterada de misiones o puestas a disposición, y tampoco impone su justificación o causalidad en relación con las necesidades de producción de la empresa usuaria.

Por su parte, en el caso de la [sentencia de nuestro TS](#), el debate se suscita en relación con el pretendido acceso a una prestación por desempleo durante los periodos de inactividad ([art. 267.1 d\) Ley general de la Seguridad Social –LGSS–](#)), por parte de un trabajador contratado como fijo discontinuo por una ETT para atender a sucesivas necesidades de una misma empresa usuaria, y se centra en la posibilidad legal de que las ETT celebren contratos de esa modalidad para la reiterada, sucesiva y discontinua cesión a empresas usuarias.

## 3. Doctrina judicial

Como se insinuó en la referencia al marco normativo comunitario de las ETT, la [Directiva 2008/104/CE](#) incluye una regla antiabusos significativamente más débil o atenuada, y ambigua, que las correspondientes a la contratación temporal directa (cláusula 5 Acuerdo Marco anexo a la [Directiva 1999/70/CE](#)). Inaplicable esta directiva, por cierto, a la contratación intermediada a través de ETT (cláusula 3.1 y [STJUE de 11 de abril de 2013, asunto C-290/12](#)).

Podría decirse incluso que las limitaciones impuestas en aquella directiva a la utilización de las ETT tienen probablemente mayor virtualidad en la dirección inversa, esto es, en la evitación y justificación de las restricciones nacionales a su uso, en aras de la flexibilidad empresarial y de la libertad de prestación de servicios ([STJUE de 17 de marzo de 2015, asunto C-533/13](#)). Así, conforme a su artículo 4.1:

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.

Más específicamente, en relación con la limitación del abuso de la cesión a través de ETT, el artículo 5.5 de la [Directiva 2008/104/CE](#) dispone que: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias, de conformidad con el derecho o las prácticas nacionales, con vistas a evitar [...] que se lleven a cabo cesiones sucesivas con el objetivo de eludir las disposiciones de la presente directiva».

Pero, a diferencia de la [Directiva 1999/70/CE](#), sobre contratos de duración determinada, la [2008/104/CE](#) no impone a los Estados el establecimiento de medidas específicas en relación con la causalidad o las razones objetivas que deban justificar la contratación o puesta a disposición, con su duración máxima, o con su renovación, encadenamiento o sucesión.

En consecuencia, la [STJUE de 14 de octubre de 2020 \(asunto C-681/18\)](#), de conformidad, matizada, con las [conclusiones](#) de la abogada general, Sra. Eleanor Sharpston, presentadas el 23 de abril de 2020, declara que la [Directiva 2008/104/CE](#) no se opone a una normativa nacional que no limita el número de cesiones o misiones sucesivas de una misma persona a una misma empresa usuaria y que no condiciona la licitud de la cesión a «razones de orden técnico, productivo, organizativo o de sustitución que justifiquen dicho recurso».

Sin embargo, con base más en principios deducidos de la directiva y de sus considerandos que en sus tímidas reglas antiabuso, y de modo ciertamente contradictorio y ambiguo, declara igualmente que:

[...] se opone a que un Estado miembro no adopte ninguna medida para preservar la naturaleza temporal del trabajo a través de empresas de trabajo temporal, así como a una normativa nacional que no establece ninguna medida para evitar que se lleven a cabo cesiones sucesivas de un mismo trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal a una misma empresa usuaria con el objetivo de eludir las disposiciones de la Directiva 2008/104 en su conjunto.

¿Quiere ello decir que la directiva no impone a los Estados el establecimiento de medidas antiabuso en la puesta a disposición de personal por parte de ETT, pero que se opone a

que no lo hagan? ¿Que no se opone, pero sí se opone? ¿O, acaso, que los Estados deberían adoptar otras medidas antiabuso diferentes de las expresamente cuestionadas? ¿Por ejemplo, estableciendo una duración máxima acumulada y la consecuente consideración de contratación indefinida tras su superación, como parece sugerirse en la conclusión final 73 de la abogada general, pese a que no se incluye expresamente en el pronunciamiento de la sentencia?

Por su parte, la doctrina sentada por la [STS 728/2020, de 30 de julio](#), es más clara y contundente. Aunque no exenta de debate, al contar con dos votos particulares, expresados por tres magistrados, el primero, de fondo, y una magistrada, el segundo, procesal, en relación con la legitimación de la empresa en un recurso sobre una prestación por desempleo en el que no se cuestiona su responsabilidad.

El criterio mayoritario del Pleno de la sala niega la posibilidad legal de que las ETT celebren contratos de carácter fijo discontinuo con personal, para ser cedido con carácter sucesivo a empresas usuarias, por entender que la condición de fijeza discontinua que justifica dicha contratación ([art. 16 ET](#)) debe corresponderse con «necesidades de trabajo de carácter intermitente o cíclico» que se producen «en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad» (SSTS de [21 de diciembre de 2006, rec. 4537/2005](#); [30 de mayo de 2007, rec. 5315/2005](#); y [26 de octubre de 2016, rec. 3826/2015](#)), y tales circunstancias no se producen en el caso de los contratos de trabajo celebrados por ETT con personal para su cesión a empresas usuarias. Ni en relación con las necesidades productivas de estas, que, de reunir tales características, no permitirían la contratación temporal, ni directa ni indirecta, a través de estas empresas intermediarias. Ni en relación con la actividad de las ETT, para la que las puestas a disposición de empresas usuarias no resultan cíclicas, reiterativas y homogéneas.

El voto particular de fondo considera admisible, por el contrario, la contratación fija discontinua por ETT para la sucesiva y reiterada cesión de personal a empresas usuarias. En primer lugar, porque la [Ley de ETT](#) permite la celebración de contratos de trabajo indefinidos con personal de puesta a disposición ([art. 10](#)), sin distinguir entre indefinidos ordinarios, periódicos o discontinuos, a jornada completa o a tiempo parcial. Incluso, añade, en el momento de aprobación de esta ley, el contrato fijo discontinuo se consideraba legalmente un contrato indefinido a tiempo parcial, y, conforme a la normativa actualmente vigente, el contrato fijo periódico a tiempo parcial solo se diferencia del fijo discontinuo en la irregularidad de la fecha de reiteración de cada ciclo de actividad ([arts. 12.3 y 16.1 ET](#)).

Y seguramente, también, habría que matizar, por su causalidad, no predicable del trabajo a tiempo parcial, pero sí del temporal, como se dijo. Aunque ambos tipos de trabajo (fijos periódicos y fijos discontinuos, de ciclo regular o irregular) generen protección por desempleo durante los periodos de inactividad, como se explicitó con la reforma del [artículo 208.4 de la LGSS de 1994 \(RDleg. 1/1994, de 20 de junio\)](#), por obra del [Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio](#).

Considera, además, el voto particular que, si bien no cabría la contratación fija discontinua por parte de ETT para cubrir necesidades de esta naturaleza de la empresa usuaria, por

no tratarse de necesidades temporales sino permanentes, aun discontinuas, como defiende la posición mayoritaria, sí es posible, por el contrario, concebir necesidades de trabajo fijas discontinuas para las propias ETT, que reúnan las características de intermitencia cíclica y homogeneidad propias de dicha modalidad contractual. Por ejemplo, las necesidades de trabajo temporal superpuestas a actividades fijas discontinuas de empresas usuarias, como podría ser el caso de incrementos productivos eventuales y episódicos de dichas actividades o el de bajas y sustituciones de personal fijo discontinuo de tales empresas cesionarias.

Y subsidiariamente estima, también este voto discrepante, que la posible irregularidad en la contratación por parte de la empresa no puede tener consecuencias adversas en la privación del derecho a la prestación por desempleo, salvo que, en su caso, haya habido una connivencia fraudulenta al efecto. Como se ha mantenido por la propia sala en relación con los contratos de relevo y la pensión de jubilación (SSTS de [22 de septiembre de 2006, rec. 1289/2005](#); [15 de julio de 2010, rec. 2784/2009](#); y [17 de septiembre de 2013, rec. 3178/2012](#)).

#### 4. Trascendencia del pronunciamiento

Intentando dejar de lado la contradicción y ambigüedad del pronunciamiento de la [STJUE de 14 de octubre de 2020 \(asunto C-681/18\)](#), su virtualidad para nuestro ordenamiento resulta dudosa, toda vez que la [Ley española de ETT](#) impone la causalidad temporal en los contratos de puesta a disposición ([art. 2 Ley 14/1994](#)), y el ET ordena la conversión en indefinidos de los contratos temporales que se sucedan o encadenen durante más de 24 meses, «con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas», «sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada» ([art. 15.5 ET](#)).

Se cumplen, por tanto, las genéricas previsiones antiabuso de la [Directiva 2008/104/CE](#). Si bien, con la relevante exclusión de cómputo, a efectos del referido límite al encadenamiento o sucesión de contratos temporales, entre otros, de los contratos de interinidad (por sustitución o por vacante) y de los formativos (para la formación y el aprendizaje, y en prácticas). Ambos susceptibles de utilización por las ETT para la puesta a disposición de personal en empresas usuarias (los segundos, desde los [RRD/LL 4/2013, de 22 de febrero, y 16/2013, de 20 de diciembre](#)), y, a tal fin, singularmente relevantes los primeros. Aunque, como es bien sabido, esta no sería la primera ni la única regla de nuestro ordenamiento interno sobre el contrato de interinidad cuestionable a la luz del derecho de la Unión Europea, como, paradigmáticamente, se puso de manifiesto en relación con la inexistente indemnización por extinción de dicha modalidad contractual y la [Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio](#), relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, en el caso De Diego Porras (SSTJUE de [14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14](#), y [21 de noviembre de 2018, asunto C-619/17](#)).

Por su parte, la [STS 728/2020, de 30 de julio](#), resulta más innovadora y trascendente, al impedir claramente la contratación fija discontinua de personal por parte de ETT para su puesta a disposición en empresas usuarias, con la consecuyente exclusión de la protección por desempleo durante los periodos de inactividad entre puestas a disposición, salvo que se produzca la extinción del contrato, en su caso.

A este respecto, podría cuestionarse la adecuación de este pronunciamiento a la [Directiva 2008/104/CE](#), y, en particular, a sus principios antiabuso de la cesión de personal, así como, en sentido contrario y de acuerdo con el principio de interpretación conforme, citado expresamente en la [sentencia del TJUE comentada](#) (parágrafo 65), plantearse la pertinencia del criterio mantenido por el voto particular de fondo, admitiendo la celebración de contratos fijos discontinuos por parte de ETT para dar cobertura a sucesivas cesiones de las mismas personas a las mismas empresas.

Parece claro que las reglas antiabuso de la cesión de personal, al igual que las previstas con mayor contundencia para la contratación temporal directa en la cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la [Directiva 1999/70/CE](#), parten de la preferencia de la contratación indefinida y de la necesaria protección y tratamiento igualitario de las personas contratadas temporalmente (considerando 15 [Directiva 2008/104/CE](#)), como lo son también, con carácter general, las personas contratadas por ETT para su cesión a empresas usuarias. Por tanto, su contratación indefinida, inicial o sobrevenida, en su caso por conversión de una previa relación temporal o de una sucesión de contratos que exceda determinados límites de duración, bien por determinación legal, como se prevé expresamente en nuestro ordenamiento ([art. 15.5 ET](#)), bien por apreciación judicial, como parece sugerir la [STJUE de 14 de octubre de 2020](#) (parágrafo 67), constituye una medida acorde con las repetidas reglas antiabuso en la contratación y cesión temporal de personal. Incluso con independencia de que la relación indefinida se genere con la ETT o con la usuaria.

Sin embargo, es también claro que la contratación indefinida ordinaria es realmente compleja de articular para la contratación por parte de ETT de personal para ser cedido temporalmente a empresas usuarias, dada la irregularidad y discontinuidad de las necesidades de trabajo temporal de estas. Por lo demás, en tal hipótesis, la posible cobertura de los periodos de inactividad entre cesiones o misiones, a través, por ejemplo, de una suspensión contractual de mutuo acuerdo, en su caso tácita ([Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de junio de 2003, rec. 1220/2003](#)), no generaría protección por desempleo.

Desde esta perspectiva, y aun comprendiendo el carácter un tanto forzado de la consideración de las sucesivas misiones o cesiones de una misma persona, para un trabajo similar y a una misma empresa usuaria, como actividades fijas discontinuas de la ETT, dada la insuficiente homogeneidad constatada por la [STS de 30 de julio de 2020](#), y también la mayor incertidumbre e irregularidad de tales misiones o llamamientos, tal solución sería posiblemente más acorde con la [Directiva 2008/104/CE](#). De lo contrario, las reglas antiabuso pueden llevar al indeseado efecto de evitar la reiteración de cesiones temporales de una misma persona mediante la simple rotación del personal contratado para cada misión, igualmente contraria a la estabilidad en el empleo y posiblemente también dañina para la formación, cualificación y eficiencia del trabajo dispuesto a través de ETT.