

¿Puede una ETT contratar trabajadores fijos discontinuos?

Carmen Viqueira Pérez

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante

Resumen: *La ETT puede contratar indefinidamente a un trabajador con la finalidad de cederlo sucesivamente a distintas empresas usuarias, de modo que nada impide celebrar un contrato fijo discontinuo con la misma finalidad; siempre y cuando -claro está- pueda entenderse que la actividad prestada por la ETT (cesión de trabajadores) sea susceptible de experimentar una necesidad productiva periódica que pueda dar sustento al contrato fijo discontinuo. Esta es la controvertida cuestión que aborda la sentencia comentada.*

Palabras clave: *Fijos discontinuos. ETT. Desempleo.*

Abstract: *The TEA can contract permanently a worker in order to be transferred successively to different user companies, so that wouldn't be any obstacle to contract a permanent seasonal worker with the same purpose; as long as it can be understood that the activity developed by the TEA (transfer of workers) is susceptible to experiencing a periodic productive need that could justified this permanent seasonal contract. This is the controversial question discussed on the analysed judgement.*

Keywords: *Permanent seasonal contracts. TEA. Unemployment.*

I. Introducción

El marco normativo no impide a la ETT celebrar contratos indefinidos, lo que –en principio- conduce a admitir la posibilidad de que la ETT pueda celebrar cualquier tipo de contrato indefinido (incluido el contrato fijo discontinuo). La razón que justifica que la ETT contrate indefinidamente a un trabajador -como se sabe- es permitir la celebración de sucesivos contratos de puesta a disposición a favor de distintas empresas usuarias sin necesidad de suscribir, en cada ocasión, un contrato ad hoc (si bien que cumpliendo determinados requisitos para arbitrar esa cesión sucesiva); de modo que, desde esta perspectiva, podría mantenerse la posibilidad de celebrar un contrato fijo discontinuo con la misma finalidad; siempre y cuando -claro está- pueda entenderse que la actividad prestada por la ETT (cesión de trabajadores) sea susceptible de experimentar una necesidad productiva periódica que pueda dar sustento al contrato fijo discontinuo.

Este es el controvertido asunto que aborda la STS de 30 de julio de 2020 (728/2020) que viene a poner fin a un debate de intensidad creciente en Suplicación (basta confrontar las sentencias TSJ Murcia 19 julio 2017 -Rec. 366/2017-; TSJ Cataluña 10 de junio 2003 -Rec. 1220/2003-; TSJ Murcia 13 junio 2016 -Rec.58/2016-; TSJ Comunidad Valenciana 23 septiembre 2014 -Rec. 939/2014-; TSJ Andalucía 5 mayo 2016 -Rec.3050/2015- y 14 julio 2016 -Rec. 680/2016-) afirmando la imposibilidad de contratar trabajadores fijos discontinuos para cederlos, dada la

imposibilidad de que la ETT pueda tener una necesidad productiva de las que autorizan la celebración de este tipo de contratos. El hecho de que la sentencia haya sido dictada por el Pleno de la Sala da cuenta de la trascendencia de la cuestión debatida y la solvencia del voto particular que la acompaña, con toda probabilidad, aconseja no dar el asunto por definitivamente cerrado.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala IV). Pleno.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 728/2020, 30 de julio.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUUD núm. 3898/2017.

ECLI:ES:TS:2020:3102.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excma. Sra. Dña. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

Votos Particulares: dos votos particulares. Uno suscrito por los Magistrados Blasco Pellicer, Moralo Gallego y García de Paredes que discrepan del fallo; y otro suscrito por la Magistrada Ureste García que refrenda el fallo pero discrepa de la sentencia en punto a la legitimación de la empresa para recurrir.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La sentencia analiza la posibilidad de que una ETT pueda contratar un trabajador fijo discontinuo, ya sea con vinculación a un contrato de puesta a disposición (esto es, para cederlo a una empresa usuaria), ya sea en ausencia de esa vinculación, para atender la propia necesidad productiva que haya de afrontar la ETT ante la demanda cíclica de mano de obra por parte de las usuarias, mereciendo -ambos supuestos- respuesta negativa.

El caso que la sentencia resuelve arranca con la contratación por parte de una ETT (TERRA FECUNDIS ETT) de un trabajador fijo discontinuo que, desde el mismo día en que es contratado (5 de diciembre de 2013), es puesto a disposición de una empresa cliente (SCEA REVENY) para prestar servicios en actividades agrícolas, para cuya realización será nuevamente llamado en sucesivos periodos (30 enero 2014; 6 de noviembre de 2014 y 30 julio de 2015) al amparo de los correspondientes contratos de puesta a disposición.

Tras el último cese de actividad, en noviembre de 2015, el trabajador solicita el reconocimiento de la prestación por desempleo correspondiente al periodo de inactividad entre campañas, que es denegado por resolución del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) por entender que la ETT no puede establecer una relación fija discontinua con sus trabajadores; que el contrato que une al trabajador con la ETT es -en consecuencia- un contrato indefinido común; y que, por ende, el trabajador no se encuentra en situación legal de desempleo en los periodos en los que no preste actividad por no estar cedido.

Frente a esta resolución denegatoria del SEPE, reclama el trabajador cuya pretensión estima la sentencia de 16 de septiembre de 2016 del Juzgado de lo Social 2 de Murcia declarando su derecho a percibir la prestación por desempleo. El SEPE recurre la resolución de instancia que es revocada en suplicación (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia -de 19 de julio, recurso 366/2017-) por entender que el contrato fijo discontinuo sólo puede ser celebrado por empresas que no tienen actividad productiva todo el año, sino únicamente con carácter intermitente o cíclico, y en la ETT -por definición- esta circunstancia no concurre. Por otro lado, y a mayor abundamiento, advierte la sentencia de suplicación que, además de que la actividad relacionada con el prestamismo laboral lícito no es

intermitente ni cíclica, ha de tenerse en cuenta que a las ETT no resultan de aplicación los convenios colectivos sectoriales que desarrollan la regulación de esta modalidad de prestación de servicios, quedando huérfanos de regulación aspectos tan relevantes como el orden de los llamamientos.

La sentencia comentada resuelve los recursos de casación interpuestos por la empresa y por el trabajador. Aunque la cuestión que pone en marcha el peregrinaje judicial es el eventual derecho del trabajador a percibir la prestación por desempleo durante el periodo de inactividad, fácilmente se advierte que la verdadera cuestión a dilucidar es determinar si una ETT puede contratar trabajadores fijos discontinuos.

IV. Posición de las partes

La sentencia comentada viene a resolver los encontrados pronunciamientos de la doctrina de suplicación acerca de la posibilidad de que una ETT contrate a un trabajador fijo discontinuo y eso explica que el andamiaje argumental de cada una de las partes gire –básicamente- en torno a las ideas que dan base a la distinta lectura que sobre esta compleja cuestión han venido manteniendo los Tribunales Superiores de Justicia.

Así, la empresa aduce, de entrada, que nada impide que una ETT pueda contratar a un trabajador fijo discontinuo ya que el art. 10 LETT permite que el contrato de trabajo celebrado entre la ETT y el trabajador para prestar servicios en empresas usuarias se concierte por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición; de modo que, siendo el contrato fijo discontinuo un contrato indefinido, nada impide que la ETT pueda contratar trabajadores fijos discontinuos. Esta peculiar vinculación encontraría su razón de ser en el objetivo de cubrir la “*necesidad discontinua*” que representa para la ETT el tener que proporcionar a las empresas usuarias trabajadores de puesta a disposición en determinados momentos del año en los que éstas experimentan una necesidad de mano de obra temporal.

De contrario se mantiene que la ETT no puede celebrar contratos fijos discontinuos porque, por un lado, no es posible justificar la cesión para atender a la realización de tareas cíclicas por parte de la empresa usuaria porque este tipo de prestación de trabajo (cíclica) es de carácter permanente y la ETT solo puede intervenir en los supuestos en los que puede la empresa usuaria celebrar directamente un contrato temporal; y porque, por otro lado, la actividad llevada a cabo por la ETT no es susceptible de ser calificada como cíclica porque su cometido es atender a la cobertura de necesidades temporales de mano de obra, tarea que –por definición- lejos de estar dotada de homogeneidad y carácter cíclico, resulta ser imprevisible e irregular.

V. Normativa aplicable al caso

Es amplio el elenco normativo a tener en cuenta para solventar las cuestiones que se dirimen en la sentencia.

(a) Por lo que hace a la posibilidad de que la ETT contrate a un trabajador fijo discontinuo vinculado a un contrato de puesta a disposición, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en:

Art. 10.1 LETT: “*El contrato de trabajo celebrado entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador para prestar servicios en empresas usuarias podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición.*”

Dichos contratos se deberán formalizar por escrito de acuerdo a lo establecido para cada modalidad. Asimismo, la empresa de trabajo temporal deberá de comunicar su contenido a la oficina pública de empleo, en los términos que reglamentariamente se determinen, en el plazo de los diez días siguientes a su celebración”.

Art. 6 LETT: “2. Podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores.

Asimismo, podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de trabajo en prácticas o un contrato para la formación y el aprendizaje conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores”.

Art. 8 LETT: “Las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición en los siguientes casos:

a) Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria.

b) Para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo, en los términos previstos en la disposición adicional segunda de esta Ley y, de conformidad con ésta, en los convenios o acuerdos colectivos.

c) Cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente o por las causas previstas en los artículos 50, 51 y 52, apartado c), del Estatuto de los Trabajadores, excepto en los supuestos de fuerza mayor.

d) Para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal”.

(b) Por lo que hace a la cuestión relativa a la posibilidad de que una ETT celebre un contrato fijo-discontinuo no vinculado a un contrato de puesta a disposición, esto es, para atender su propia necesidad productiva (demanda de mano de obra por parte de las usuarias), ha de atenderse a lo dispuesto en:

Art. 1 LETT: “Se denomina empresa de trabajo temporal a aquella cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley”.

Art. 2 LETT: “La empresa de trabajo temporal deberá contar con un número mínimo de doce trabajadores, o el que corresponda proporcionalmente, contratados para prestar servicios bajo su dirección con contratos de duración indefinida, a tiempo completo o parcial, por cada mil trabajadores contratados en el año inmediatamente anterior, computados teniendo en cuenta el número de días totales de puesta a disposición del conjunto de los trabajadores cedidos, dividido por trescientos sesenta y cinco; o, cuando el número de trabajadores cedidos, computados conforme a la regla anterior, fuera superior a cinco mil, al menos sesenta trabajadores.

Este requisito mínimo deberá mantenerse durante todo el tiempo de actividad de la empresa de trabajo temporal, adaptándolo anualmente a la evolución del número de contratos gestionados.

Sin perjuicio de lo indicado en los párrafos anteriores, para poder iniciar su actividad de puesta a disposición de trabajadores, la empresa deberá contar al menos con tres trabajadores con contrato de duración indefinida, a tiempo completo o parcial, mínimo que deberá mantenerse durante todo el tiempo de actividad”.

Art. 16 ET: “El contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa.

A los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido.

2. Los trabajadores fijos-discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción social, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria.

3. Este contrato se deberá formalizar necesariamente por escrito en el modelo que se establezca y en él deberá figurar una indicación sobre la duración estimada de la actividad, así como sobre la forma y orden de llamamiento que establezca el convenio colectivo aplicable, haciendo constar igualmente, de manera orientativa, la jornada laboral estimada y su distribución horaria.

4. Los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos, así como los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos fijos-discontinuos.

Art. 12.3 ET: “El contrato a tiempo parcial se entenderá celebrado por tiempo indefinido cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa”

VI. Parte dispositiva

La sentencia desestima los recursos interpuestos por la empresa TERRA FECUNDIS ETT y por el trabajador, confirmando la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 19 de julio de 2017 (Rec. 366/2017) en la que se declaraba ajustada a derecho la resolución del SEPE denegatoria de las prestaciones por desempleo solicitadas por el trabajador fijo discontinuo al término de la cesión a la empresa usuaria, por entender que una ETT no puede contratar a un trabajador fijo discontinuo; que, por ello, el contrato celebrado entre el trabajador y la ETT debe reputarse indefinido común (no fijo discontinuo); y que -en consecuencia- el trabajador no se encuentra en situación legal de desempleo.

Así, el Tribunal declara que no es posible que una ETT celebre un contrato indefinido fijo-discontinuo, en un doble sentido. Por un lado, no es posible celebrar este tipo de contrato vinculado a un contrato de puesta a disposición con una empresa usuaria porque “No sería posible el poner a disposición de la empresa usuaria al trabajador para la realización de tareas cíclicas, que se repiten periódicamente ya que en ese caso estaríamos ante un trabajador indefinido fijo discontinuo de la empresa usuaria, lo que no está permitido por la LETT, que solo contempla la posibilidad de realizar contratos temporales”.

Y, por otro lado, mantiene que tampoco cabe celebrar un contrato fijo discontinuo con la finalidad de atender únicamente a la relación entre la ETT y el trabajador, porque “No cabe calificar de actividad fija discontinua la llevada a cabo por el trabajador contratado por una ETT ya que la actividad que realiza la citada empresa es la puesta a disposición de trabajadores para la empresa usuaria, para la realización de tareas de carácter temporal -a tenor del artículo 6.1 de la LETT- y dichas tareas no están dotadas de una cierta homogeneidad ya que dependerá del tipo de actividad que demande la empresa usuaria”.

VII. Pasajes decisivos

(a) El Tribunal entiende que no hay impedimento para que la ETT pueda -en principio- celebrar un contrato fijo discontinuo: “Del examen de los preceptos transcritos se concluye, tal y como alegan los recurrentes, que en la regulación de las ETT no aparece precepto alguno que prohíba la realización de un contrato entre la ETT y el trabajador de carácter fijo discontinuo. En efecto, tal y como resulta del artículo 10 de

la Ley 14/1994, de 1 de junio, en adelante LETT, el contrato de trabajo celebrado entre la ETT y el trabajador para prestar servicios en empresas usuarias podrá concertarse por tiempo indefinido o con una duración determinada, coincidente con la del contrato de puesta a disposición. El contrato indefinido puede ser fijo-discontinuo, tal y como expresamente reconoce el artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores por lo que, en principio, al permitir la LETT que el contrato entre una ETT y un trabajador pueda ser indefinido, está permitiendo que pueda ser indefinido fijo-discontinuo”.

(b) Ello no obstante, entiende que no cabría celebrar un contrato fijo discontinuo ligado a un contrato de puesta a disposición porque la puesta a disposición para la realización de tareas cíclicas está prohibida por su carácter permanente: “En efecto, si el contrato suscrito por la ETT con el trabajador se vincula -como en el caso de los contratos temporales- al contrato de puesta a disposición, ex artículos 6.2 y 10.1 LETT, ocurriría que el contrato de puesta a disposición es un contrato indefinido ya que la empresa usuaria interesa el contrato para cubrir necesidades permanentes, cuales son las típicas de los trabajos fijos discontinuos. Teniendo el contrato de puesta a disposición siempre carácter temporal no procede un contrato de puesta a disposición indefinido fijo-discontinuo, debiendo realizarse por la empresa usuaria la contratación directa de un trabajador fijo discontinuo”.

“No sería posible el poner a disposición de la empresa usuaria al trabajador para la realización de tareas cíclicas, que se repiten periódicamente ya que en ese caso estaríamos ante un trabajador indefinido fijo discontinuo de la empresa usuaria, lo que no está permitido por la LETT, que solo contempla la posibilidad de realizar contratos temporales”.

(c) Y tampoco sería posible que la ETT contrate a trabajadores fijos discontinuos con la finalidad de ceder al trabajador de forma consecutiva a distintas empresas usuarias, porque la actividad de la ETT no es susceptible de presentar el carácter cíclico y discontinuo necesario para hacer posible la contratación fija discontinua: “Está prevista la posibilidad de que la ETT celebre un contrato de duración indefinida con el trabajador, tal y como establece el artículo 10.1 de la LETT. La razón de ser de dicho contrato es permitir que la ETT pueda celebrar sucesivos contratos con las empresas usuarias de puesta a disposición de dicho trabajador, sin necesidad de suscribir cada vez un contrato con el mismo, debiendo observar el cumplimiento de determinados requisitos. Dichos requisitos aparecen en el artículo 15 del RD 4/1995 que establece que cuando el trabajador haya sido contratado por tiempo indefinido se le deberá entregar, cada vez que preste servicios en una empresa usuaria, la correspondiente orden de servicio, en la que se indicará: a) Identificación de la empresa usuaria en la que ha de prestar servicio.

Ello no obstante, “Si el contrato suscrito por la ETT con el trabajador se entiende que ha de atender únicamente a la relación entre ambos contratantes, al margen de la empresa usuaria, no cabría la celebración de dicho contrato. El artículo 16 del ET dispone que el contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa. No cabe calificar de trabajos fijos-discontinuos la actividad de la ETT que consiste en poner a disposición de la empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. El hecho de que en el supuesto de que la ETT haya realizado contrataciones de trabajadores con carácter indefinido y pueda acontecer que termina un contrato de puesta a disposición y pasa un cierto tiempo hasta que la ETT suscribe otro contrato de tal naturaleza, no significa que estemos en presencia de actividades de carácter fijo discontinuo ya que se trata de una peculiar actividad que no puede ser equiparada a las así denominadas”.

“No cabe calificar de actividad fija discontinua la llevada a cabo por el trabajador contratado por una ETT ya que la actividad que realiza la citada empresa es la puesta a disposición de trabajadores para la empresa usuaria, para la realización de tareas de carácter temporal -a tenor del artículo 6.1 de la LETT- y dichas tareas no están

dotadas de una cierta homogeneidad ya que dependerá del tipo de actividad que demande la empresa usuaria”.

VIII. Comentario

Como se ha señalado, la sentencia aborda la compleja cuestión de si resulta posible para una ETT contratar a un trabajador como fijo discontinuo. El asunto, no hace falta decirlo, no puede desligarse de la naturaleza de las funciones atribuidas a la ETT y su análisis –al hilo de la respuesta que la sentencia ofrece y de la muy interesante reflexión que el voto particular aporta- pasa por dilucidar si cabe vincular el contrato fijo discontinuo a un contrato de puesta a disposición (a) y si es posible entender que las ETT puedan tener una necesidad fija y periódica de mano de obra y, en consecuencia, vincular el contrato fijo discontinuo a la cobertura de esa necesidad productiva (b).

(a) No hay discrepancias por lo que hace a la primera cuestión, dado que tanto la sentencia (el sentir mayoritario del Pleno de la Sala) como el voto particular que afecta al fondo del asunto coinciden en considerar que no es posible que las empresas usuarias recurran a la contratación de trabajadores a través de ETT para la realización de actividades permanentes e indefinidas de carácter fijo discontinuo (cíclico); de modo que no cabe vincular el contrato fijo discontinuo con el contrato de puesta a disposición ya que éste resultaría prohibido al tener por objeto la realización de actividades permanentes de la empresa usuaria. La conclusión, a mi juicio, no ofrece duda a la luz de la claridad y reiteración con la que la norma (art. 6 y art. 8 LETT) establece que el contrato de puesta a disposición únicamente puede celebrarse en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato a término, un contrato de trabajo en prácticas, o un contrato para la formación y el aprendizaje.

(b) El panorama es más complejo cuando se trata de discernir si la ETT puede celebrar un contrato fijo discontinuo no vinculado a un contrato de puesta a disposición y esta complejidad se muestra en la discrepancia que separa la conclusión a la que la sentencia llega y la muy diferente que el voto particular mantiene.

Una y otra posición parten de la común idea de que el marco normativo –como se sabe- no impide a la ETT celebrar contratos indefinidos, lo que –en principio- conduce a admitir sin reservas la posibilidad de celebrar contratos fijos discontinuos que –como elocuentemente señala la sentencia- atiendan *“únicamente a la relación entre ambos contratantes, al margen de la empresa usuaria”*. En efecto, el art. 10 LETT refiere expresamente a esta posibilidad de contratación indefinida sin excluir ninguna de las modalidades que pueda revestir el contrato, de modo que el contrato fijo discontinuo, en tanto que indefinido, puede ser utilizado por la ETT como los contratos indefinidos *“no discontinuos”*.

La razón que justifica que la ETT contrate indefinidamente a un trabajador -como se sabe- es permitir la celebración de sucesivos contratos de puesta a disposición a favor de distintas empresas usuarias sin necesidad de suscribir, en cada ocasión, un contrato ad hoc (si bien que cumpliendo determinados requisitos para arbitrar esa cesión sucesiva); de modo que, desde esta perspectiva, podría mantenerse la posibilidad de celebrar un contrato fijo discontinuo con la misma finalidad; siempre y cuando -claro está- pueda entenderse que la actividad prestada por la ETT (cesión de trabajadores) sea susceptible de experimentar una necesidad productiva periódica que pueda dar sustento al contrato fijo discontinuo. Y en este punto difieren la sentencia y el voto particular.

La sentencia entiende que la actividad de la ETT (poner a disposición de la empresa usuaria trabajadores temporales) es de naturaleza permanente y no puede advertirse en ella el carácter intermitente o cíclico que permitiría la celebración de un contrato fijo discontinuo. Por eso, concluye la imposibilidad de que la ETT pueda celebrar un contrato fijo discontinuo.

El voto particular, sin embargo, advierte que, aunque la actividad que presta la ETT es, sin duda, una actividad de carácter permanente, *“es perfectamente posible que las ETTs puedan tener una necesidad fija y periódica de mano de obra...para la que haya de recurrir legítimamente a la utilización de esta fórmula de contratación de trabajadores fijos”*.

Esto es lo que sucede, en efecto, cuando la ETT tiene “en cartera” empresas que por su tipo de negocio precisan disponer, en determinados periodos del año, de mayor número de trabajadores temporales (para cubrir las suspensiones contractuales, para atender una acumulación de tareas...), porque esta necesidad de sus empresas clientes se traducirá, para la ETT, en una mayor actividad en esos periodos (es decir, coincidiendo con los periodos de temporada de las empresas usuarias) que, al fin y a la postre, se repetirán en similares fechas de modo regular y homogénea. Partiendo de esta idea -que comparto- no parece que haya razón concluyente para impedir que las ETT puedan atender esa demanda cíclica y homogénea a través de la contratación de trabajadores fijos discontinuos.

Cuestión distinta es que la contratación de trabajadores fijos discontinuos por parte de las ETT presente alguna arista que pueda hacer pensar en la conveniencia de su limitación o, incluso de su prohibición. En este sentido, no hace falta decir que es lógica la preocupación por evitar el fraude que pudiera articularse a la sombra de la contratación de fijos discontinuos como alternativa a la contratación de trabajadores indefinidos comunes, habida cuenta de que los periodos de inactividad de estos últimos corren a cargo de la ETT (que deberá abonar su salario) en tanto que los periodos de inactividad de los fijos discontinuos estarían cubiertos por la prestación por desempleo que a estos trabajadores corresponde.

La conveniencia de impedir la eventual utilización fraudulenta de esta forma de contratación y/o la conveniencia de limitar el margen de actuación que deban tener las ETT en su labor de intermediación en la contratación temporales una cuestión que, en su caso, compete exclusivamente al legislador.