

Nulidad de la modificación introducida en una bolsa de trabajo por contradecir la cláusula 5ª de la Directiva 99/70.

Susana Rodríguez Escanciano

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

Resumen: *Es contraria a la cláusula 5ª de la Directiva 99/70 la modificación de un reglamento regulador de bolsas de trabajo de una empresa pública, que introduce una categoría denominada “no disponible temporal”, de seis meses de duración, en la que quedaría incluida toda persona candidata cuando su nuevo llamamiento pudiera provocar la superación del límite temporal para dejar de considerar su relación laboral como temporal, pues tal novación impide adquirir la cualidad de indefinido no fijo.*

Palabras clave: *Contratación temporal. Irregularidad. Empresa pública. Indefinido no fijo. Bolsas de trabajo.*

Abstract: *It is incompatible with clause 5 of Directive 99/70 to change a regulation of a public company's employment exchange by introducing a category known as 'temporary unavailable', of six months' duration, which would include any applicant whose new call-up could lead to the temporary limit being exceeded in order to stop their employment relationship being considered as temporary, since such a novation prevents them from becoming permanent non-permanent employees.*

Keywords: *Temporary contracting. Irregularity. Public company. Indefinite-not permanent contracting. Labour exchanges.*

I. Introducción

Las bolsas de empleo, relaciones de candidatos o listas de espera, están integradas por aquellas personas que, habiendo participado en algún proceso reglado de selección de personal no han obtenido plaza en la convocatoria, pero han quedado a disposición de la Entidad pública para cubrir, de forma temporal y no definitiva, las vacantes que, por cualquier causa, pudieran surgir en la plantilla. En su configuración aparecen imbricados tres elementos: una lista de aspirantes, el departamento del organismo público encargado de gestionar las admisiones, adjudicar los números de prelación y designar al candidato propuesto, y la contraparte social ocupada en controlar el proceso, reuniéndose periódicamente al efecto.

Ahora bien, aun cuando se trata de una fórmula de gran utilidad para los gestores de recursos humanos, pues permite la incorporación rápida de personal preparado para atender necesidades de interés general, lo cierto es que su implementación plantea importantes inconvenientes. Entre los más frecuentes, cabe mencionar los siguientes: 1) la manifiesta inseguridad de las personas inscritas no solo en cuanto al número de orden asignado que puede responder a muy diversos y variados criterios (atender exclusivamente a las pruebas anteriores o adoptar otros parámetros como asistencia a cursos formativos o experiencia en el empleo público, en significativos

ejemplos); 2) la debilidad del mecanismo a través del cual se lleva a efecto la incorporación al puesto de trabajo que puede consistir en la respuesta a una llamada telefónica o a un mensaje vía sms; 3) la expulsión automática del sistema ante la falta de disponibilidad; 4) las dudas sobre el orden jurisdiccional competente para dilucidar los conflictos planteados (social o contencioso administrativo); o 5) su contribución al incremento de la temporalidad en el sector público, pues los vínculos derivados de la bolsa siempre carecen de la nota de la estabilidad.

Es más, teniendo en cuenta que en muchos casos a través de las bolsas se están cubriendo con vínculos temporales necesidades permanentes de personal, surge de inmediato una sospecha de irregularidad en su utilización, no en vano pueden resultar contrarias a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, cuyo fin último radica en la aplicación de medidas efectivas de protección de los trabajadores que han sido sometidos a una utilización abusiva de contratos a término con objeto de sancionar debidamente dicho abuso. Cabe recordar que esta norma comunitaria recoge dos pautas nucleares con frecuencia conculcadas en el marco del sector público: de un lado, la cláusula 4ª establece el principio de no discriminación de los trabajadores con contrato a término respecto de los trabajadores indefinidos comparables como principio general del Derecho de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva; de otro, la cláusula 5ª impone a los Estados miembros el propósito de evitar contratos temporales sucesivos, debiendo incluir en sus ordenamientos disposiciones que prevengan y sancionen dicha renovación abusiva, si bien contando con un margen de discrecionalidad en cuanto a las medidas preventivas y represivas a establecer dentro del límite del principio de efectividad.

A la luz de esta realidad, en el presente supuesto de hecho, la controversia litigiosa radica en determinar si debe declararse nulo, por contradecir la citada Directiva 1999/70, un acuerdo alcanzado por una empresa pública y los sindicatos UGT y CC.OO en relación con la modificación de un reglamento regulador de las bolsas de trabajo, que introduce una categoría denominada “no disponible temporal”, de seis meses de duración, en la que se ubicaría a toda persona candidata cuando su nuevo llamamiento pudiera provocar la superación del límite temporal para dejar de considerar su relación laboral como temporal.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Social)

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 925/2024, de 17 de junio.

Tipo y número recurso: recurso de casación núm. 126/2022.

ECLI:ES:TS:2024:3466

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El Sindicat de Treballadors i Treballadors de les Administracions i els Serveis Públics (STAS-IV) presentó demanda de conflicto colectivo ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana solicitando la declaración de nulidad del acuerdo de 17 de diciembre de 2021, firmado por la empresa pública Valenciana de Aprovechamiento Energético de Residuos SA (VAERSA) y los sindicatos UGT y CCOO, por el que se modifica el reglamento de bolsas de la citada empresa. Dicha pretensión fue estimada por Sentencia de 15 de febrero de 2022.

Como hechos probados de dicho pronunciamiento judicial, se fijaron los siguientes:

1.- Con fecha 29 de septiembre de 2021 se reúne telemáticamente la comisión negociadora fijándose en el orden del día la modificación del reglamento de bolsa, asistiendo por la parte de la empresa VAERSA, el director general, el subdirector y un representante del departamento de recursos humanos; y por la parte sindical los siguientes sindicatos con el referido porcentaje de representación: UGT: 42,55%, STAS: 27,66%, CCOO: 14.89%, CPAT: 4,26%, SIT:4,26% I USO : 2,13%.

2.- Con fecha 23 de noviembre de 2021 se reúne, de nuevo, telemáticamente la comisión negociadora, abordando la propuesta de modificación del reglamento de bolsas, en relación los puntos 7 y 8, dándose traslado a las organizaciones con representación en la comisión negociadora con fecha 24 de noviembre de 2021 para que en el plazo de una semana se manifestaran en relación con la aceptación o no del nuevo texto.

3.-Con fecha 17 de diciembre de 2021 por la representación sindical mayoritaria de UGT y CCOO aceptan la propuesta de modificación del reglamento de bolsas, acordando la siguiente redacción:

De un lado, "7.-Situaciones en la bolsa: f) No disponible temporal: En aplicación de las limitaciones temporales establecidas en el ET y legislación de desarrollo en el marco de la relación laboral que une a cada persona trabajadora con la entidad, si en un nuevo llamamiento la persona candidata puede superar el límite temporal para dejar de considerar la relación laboral como temporal; esta pasará a situación de 'no disponible temporal'".

De otro, "8.-Normas de funcionamiento de las bolsas: c) Proceso de activación y desactivación: El paso de una persona candidata a la situación de 'no disponible temporal' se realizará de forma automática para el personal que alcance la situación descrita por lo establecido en el punto séptimo f de este Reglamento y afectará a todas las bolsas donde se halle inscrito. Su activación en la bolsa o las bolsas como disponible se podrá realizar por parte de la persona interesada a partir del primer día natural del mes siguiente al mes que cumpla los seis meses en situación de no disponible temporal".

Contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 15 de febrero de 2022, que declara la nulidad de tal modificación, se interponen sendos recursos de casación clásica por la empresa y por el sindicato CC.OO.

IV. Posición de las partes

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2024 resuelve sendos recursos de casación ordinarios planteados a la luz del art. 207 e) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). Así:

De un lado, la empresa alega la infracción de la cláusula 4ª de la Directiva 1999/70/CE y de la disposición adicional 17ª del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Señala que la aludida disposición adicional 17ª EBEP, reguladora de consecuencias indemnizatorias y responsabilidades por actuaciones irregulares en materia de contratación temporal, no es de aplicación a una empresa pública porque no está incluida en el ámbito objetivo del EBEP más allá de la remisión que realiza la disposición adicional 1ª EBEP en lo que se refiere únicamente a los arts. 52, 53, 54, 55 y 59. Además, teniendo en cuenta que la modificación impugnada trata de establecer un sistema de prelación y llamamiento dentro de bolsas de empleo válidamente pactado entre las partes, no puede ser calificada como nula, pues ello perjudicaría a aquellos trabajadores que pudieran tener unas expectativas de ocupar unos determinados puesto de trabajo.

De otro, el sindicato CC.OO denuncia la infracción de las cláusulas 4ª y 5ª de la Directiva 1999/70, así como del art. 15.6 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de

octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) en redacción anterior a la reforma operada por Real Decreto 32/2021, de 28 de diciembre. Sostiene que la interpretación de la modificación del reglamento de ordenación de las bolsas de trabajo conforme a los criterios del art. 3.1 del Código Civil avala su legalidad porque de lo que se trata es de cumplir con la regulación jurídica de los contratos temporales en el sentido de que cuando finalice el vínculo por alcanzar el periodo máximo de vigencia legal, el trabajador simplemente pase a situación de "no disponible temporal" sin ser cesado ni expulsado de las listas, de manera que su activación en la bolsa depende del propio trabajador, lo cual favorece, a la postre, la rotación de los inscritos en las relaciones de candidatos.

En fin, la parte actora considera, sin embargo, que la modificación supone un manifiesto abuso de derecho e incurre en fraude de ley, pues no existe causa legal para la ruptura de la relación laboral o para que no se produzca el correspondiente llamamiento. Antes al contrario, lo pretendido es constituir fraudulentamente un cortafuegos con el objetivo de impedir la efectiva contratación, ocasionando una vulneración del derecho al trabajo al sancionar al candidato por causas imputables únicamente a la empresa. Es ésta última la que tiene que convocar ofertas de empleo para terminar con la temporalidad y no perjudicar al personal aspirante con la privación de ocupación, no llamándole cuando le corresponde, alegando que se puede superar el límite temporal para dejar de considerar la relación laboral como temporal.

Por lo demás, el sindicato STAS-IV presentó escritos de impugnación de ambos recursos en los que solicita su desestimación y el Ministerio Fiscal informó en contra de la estimación de los recursos.

V. Normativa aplicable al caso

Se toman en consideración los siguientes pasajes de la Directiva 99/70:

--Cláusula 1ª, en virtud de la cual "el objeto del presente Acuerdo marco es: a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación; b) establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada".

--Cláusula 4ª, conforme a la que "por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas".

--Cláusula 5ª, a la luz de la cual "1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales. 2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada: a) se considerarán "sucesivos"; b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido".

Además, también se baraja lo dispuesto en el art. 15 ET; en concreto:

--Art. 15.5, cuyo tenor dice que: "las personas trabajadoras que en un periodo de veinticuatro meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho

meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas. Esta previsión también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente. Asimismo, adquirirá la condición de fija la persona que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal".

--Art. 15.6, cuyo literal establece que: "las personas con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que las personas con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado. Cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad de la persona trabajadora, esta deberá computarse según los mismos criterios para todas las personas trabajadoras, cualquiera que sea su modalidad de contratación".

Asimismo, son traídos dos preceptos del Código Civil:

--Art. 6.4, conforme al cual "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

--Art. 7.2, en virtud del cual "la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso".

En fin, también se dilucida sobre el ámbito de aplicación de la disposición adicional 17ª EBEP, que dispone que: "1. Las Administraciones Públicas serán responsables del cumplimiento de las previsiones contenidas en la presente norma y, en especial, velarán por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino. Asimismo, las Administraciones Públicas promoverán, en sus ámbitos respectivos, el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición, así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal. 2. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas. 3. Todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal será nulo de pleno derecho... 5. En el caso del personal laboral temporal, el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado (20 días de salario por año de servicio), sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica. Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo

inferiores a un año. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades”.

VI. Doctrina básica

El Tribunal Supremo analiza el contenido de las cláusulas 4ª y 5ª de la Directiva 99/70 alcanzando las dos conclusiones siguientes:

1ª.- Ciertamente es que la cláusula 4ª tiene por objeto la aplicación del principio de no discriminación a los trabajadores con contrato de duración determinada con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida. No menos verdad resulta que este principio de no discriminación ha sido concretado mediante el Acuerdo Marco en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable, de manera que no cabe su aplicación a las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada. Así, teniendo en cuenta que la discutida modificación del reglamento de bolsas de trabajo temporal afecta a la situación de los candidatos que forman parte de esa bolsa de contratación temporal frente a otros candidatos que también forman parte de la misma bolsa, no se efectúa ninguna comparación entre trabajadores temporales y trabajadores indefinidos, de modo que la citada cláusula 4ª no resulta de aplicación. Y ello porque las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de trabajadores con contratos de duración determinada no están incluidas en el ámbito objetivo del principio de no discriminación consagrado por el Acuerdo Marco, razón por la cual la novación cuestionada no vulnera el principio de no discriminación recogido en la cláusula 4ª de la Directiva 99/70.

2ª.- La cláusula 5ª asigna a los Estados miembros una meta general, consistente en la prevención de los abusos a la contratación temporal dejando sin embargo libertad para la elección de los medios para alcanzarlo, siempre que no pongan en peligro el objetivo o la efectividad de este Acuerdo Marco, es decir, ha de tratarse de medidas eficaces, proporcionadas y disuasorias para prevenir posibles abusos. Es más, cuando se haya producido una utilización abusiva de sucesivas relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna sanción de dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción, de suerte que entre los canales reparadores eficaces se halla la facultad de los Estados miembros de transformar las relaciones laborales de duración determinada en relaciones laborales por tiempo indefinido (*rectius*, indefinido no fijo en el sector público).

Aplicando esta doctrina al caso concreto, el Tribunal Supremo considera que la modificación discutida priva de eficacia, en la práctica, al art. 15 del ET, que establece duraciones máximas de los contratos de duración determinada en cumplimiento de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70, pues impide que los trabajadores temporales, contratados por VAERSA de conformidad con la normativa reguladora de las citadas bolsas, puedan alcanzar la duración temporal exigida por la normativa laboral para adquirir la condición de indefinidos no fijos, perpetuando su peor cualidad de trabajadores por tiempo determinado. Estos trabajadores se ven privados (aun cuando sea temporalmente) de su derecho al trabajo puesto que precisamente dejan de ser contratados para impedir que puedan reunir el lapso temporal suficiente que les permitiera pasar de una situación de temporalidad a otra más estable. Se confirma, por tanto, la Sentencia recurrida, que había declarado la nulidad de la modificación introducida en la bolsa de trabajo relativa a la situación de “no disponible temporal”.

VII. Parte dispositiva

La Sentencia del Tribunal Supremo objeto de comentario desestima los recursos de casación clásica interpuestos por la empresa pública VAERSA y el sindicato

CC.OO, confirmando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 518/2022, de 15 de febrero, que había declarado la nulidad de la modificación introducida en la normativa reguladora de las bolsas de trabajo en virtud de la cual si el llamamiento de un candidato supone que ese trabajador pueda superar el límite temporal para que deje de ser un trabajador con un contrato de duración determinada, dicho candidato pasa a estar en situación de "no disponible temporal" hasta que transcurran seis meses. No se realiza pronunciamiento sobre costas al tratarse de un procedimiento de conflicto colectivo.

VIII. Pasajes decisivos

El Tribunal Supremo toma como punto de partida el razonamiento vertido por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 15 de febrero de 2022, que considera que la modificación impugnada del reglamento regulador de las bolsas de trabajo de la empresa VAERSA vulnera los derechos de los trabajadores temporales. Para llegar a tal conclusión el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana invoca el principio de no discriminación de los trabajadores temporales frente a los indefinidos recogido en la Directiva 99/70, que busca garantizar "la mejora de la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el principio de no discriminación". Al tiempo, hace hincapié en la necesidad de que la Administración pública adopte medidas para prevenir los abusos de la contratación temporal, de manera que la medida litigiosa no es ajustada a derecho "puesto que no evita la irregularidad de la contratación temporal sino que la perpetúa atentando contra el espíritu de salvaguarda de los derechos y el principio de no discriminación de las personas trabajadoras temporales". En lugar de "otorgar garantías a los trabajadores temporales, ... (les) imputa las consecuencias del incumplimiento legal de los plazos de temporalidad mediante un no llamamiento a la bolsa".

Bajo tales premisas, el Alto Tribunal analiza el contenido de las cláusulas 4ª y 5ª de la Directiva 99/70.

Así, en relación con la primera, recuerda varios pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en concreto la sentencia de 21 de noviembre de 2018, asunto C-619/2017 (De Diego Porras II), cuya doctrina deja claro que "el Acuerdo Marco, y concretamente su cláusula 4ª, tiene por objeto la aplicación del principio de no discriminación a los trabajadores con contrato de duración determinada con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida", idea reforzada por la sentencia de 5 de junio de 2018, asunto C-677/16 (M.M.), que añade que "el principio de no discriminación, del que la cláusula 4ª, apartado 1, del Acuerdo Marco es una expresión concreta, exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado", sin olvidar tampoco que "la cláusula 4ª debe entenderse en el sentido de que expresa un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva".

Ahora bien, este principio de no discriminación ha sido concretado mediante el Acuerdo Marco en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable, tal y como ha reconocido el Tribunal de Justicia en las sentencias de 5 de junio de 2018, asunto C-677/16 (M.M), 13 de enero de 2021, asunto C-282/19 (MIUR y Ufficio Scolastico Regionale per la Campania), o 15 de diciembre de 2022, asuntos acumulados 40/2020 y 173/2020. En concreto, este último pronunciamiento alcanza la siguiente conclusión: "dado que el principio de no discriminación se ha aplicado y se ha concretado mediante el Acuerdo Marco únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contrato por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable, las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada no están

incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo Marco”.

A la luz de tal planteamiento, el Tribunal Supremo argumenta que la discutida modificación del reglamento de bolsas de trabajo temporal afecta a la situación de los candidatos que forman parte de esa bolsa de contratación temporal frente a otros candidatos que también forman parte de la misma bolsa, razón por la cual no se efectúa ninguna comparación entre trabajadores temporales y trabajadores indefinidos. Teniendo en cuenta que las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de trabajadores con contratos de duración determinada no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por el Acuerdo Marco, la modificación cuestionada no vulnera el principio de no discriminación recogido en la cláusula 4ª del Acuerdo Marco.

Por otra parte, en lo que se refiere a la cláusula 5ª de la Directiva 99/70, el Tribunal Supremo trae a colación la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024, asunto C- 59/2022, en virtud de la cual se señala "que la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, que tiene por objeto alcanzar uno de los objetivos perseguidos por este, a saber, establecer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, impone a los Estados miembros, en su apartado 1, la adopción efectiva y vinculante de al menos una de las medidas que enumera cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes. Las tres medidas enumeradas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula 5ª se refieren, respectivamente, a razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de esos sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales y al número de sus renovaciones". Esta sentencia del Tribunal de Justicia recuerda que los Estados miembros disponen a este respecto "de un margen de apreciación, ya que tienen la opción de recurrir a una o varias de las medidas enunciadas en la cláusula 5ª, apartado 1, letras a) a c), del Acuerdo Marco o incluso a medidas legales existentes equivalentes, y ello teniendo en cuenta las necesidades de los distintos sectores o categorías de trabajadores, (de modo que) la cláusula 5ª, apartado 1, del Acuerdo Marco asigna a los Estados miembros un objetivo general, consistente en la prevención de tales abusos, dejándoles sin embargo la elección de los medios para alcanzarlo, siempre que no pongan en peligro el objetivo o la efectividad de este Acuerdo Marco". Este pronunciamiento también indica que conforme al apartado 2 de la cláusula 5ª, "entre las medidas que permiten prevenir la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada se halla la facultad de los Estados miembros de transformar las relaciones laborales de duración determinada en relaciones laborales por tiempo indefinido, al ser la estabilidad laboral que ofrecen estas últimas el principal factor de protección de los trabajadores, (de manera que) corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas proporcionadas, eficaces y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que pueden prever, a tal fin, la conversión de contratos de duración determinada en contratos por tiempo indefinido. Es más, cuando se haya producido una utilización abusiva de sucesivas relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción”.

En fin, el Tribunal Supremo recuerda también que el "principio de interpretación conforme" implica que "al aplicar el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su párrafo tercero”, tal y como señala la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de junio de 2015, C-671/13, y Sentencia del Tribunal Supremo 1083/2020, de 3 de diciembre (rec. 87/2019) y 471/2024, de 13 de marzo (rec. 53/2022).

Además, el Tribunal Supremo entra a valorar si la disposición adicional 17ª EBEP es de aplicación o no a una empresa pública, entendiendo que la sentencia de instancia en ningún momento advierte que la citada disposición adicional se aplique a la presente litis. Solamente la cita a modo de ejemplo dentro de las medidas creadas por la normativa aprobada en el año 2021 para cumplir los objetivos de disminuir la temporalidad no solo evitando la irregularidad de la contratación temporal, sino manteniendo las garantías de los trabajadores temporales. En este sentido meramente incidental, la sentencia recurrida no solo se refiere al mecanismo indemnizatorio previsto en la disposición adicional 17ª del EBEP, sino que también hace referencia a la reforma del art. 15 del ET operada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, cuyo punto 4 recoge que las personas contratadas incumpliendo lo establecido en dicho precepto adquirirán la condición de fijas.

Aplicando todo este razonamiento al caso concreto, el Tribunal Supremo concluye, al igual que lo hizo el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que la modificación discutida del reglamento regulador de las bolsas de trabajo priva de eficacia, en la práctica, al art. 15 del ET, que establece duraciones máximas de los contratos de duración determinada en cumplimiento de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70, pues impide que los trabajadores temporales contratados por VAERSA, de conformidad con la normativa reguladora de las citadas bolsas, puedan alcanzar la duración temporal exigida por la normativa laboral para adquirir la condición de indefinidos no fijos, perpetuando su peor cualidad de trabajadores por tiempo determinado. Tal novación resulta, por ende, nula.

IX. Comentario

Las bolsas de trabajo permiten la incorporación de personal temporal a través de un procedimiento ágil, pues la elección del candidato entre los posibles aspirantes se lleva a cabo en función de un determinado orden de prelación en el momento de surgir la necesidad de ocupar un puesto de trabajo concreto. El conflicto analizado en la sentencia objeto de comentario surge de la modificación incorporada, el 17 de diciembre de 2021, en el reglamento regulador de las bolsas de trabajo de una empresa pública, en virtud de la cual si el llamamiento de un candidato de la bolsa supone que ese trabajador pueda superar el límite temporal para que deje de ser un trabajador con un contrato de duración determinada, dicho candidato pasa a estar en situación de no disponible temporal hasta que transcurran seis meses.

Esta novación impide, tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo, que los trabajadores de las bolsas de trabajo temporal adquieran la condición de indefinidos no fijos de esa empresa pública por aplicación del art. 15.5 ET, en virtud del cual los trabajadores por tiempo determinado adquirieren la condición de fijos cuando superan determinados límites temporales.

A este respecto, cabe recordar que las consecuencias reparadoras de los abusos en la contratación temporal en el sector público han dado pie a un abundantísimo corpus de doctrina judicial que da muestras de un desajuste disfuncional entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral, pues, de aplicar el ordenamiento social en toda su extensión, la utilización fraudulenta o irregular significaría la conversión del contrato en indefinido, lo cual parece chocar con las exigencias derivadas de los principios de igualdad, mérito y capacidad, para cuya satisfacción se prevén pruebas selectivas objetivas de acceso; de determinar, por el contrario, la nulidad contractual, quedan a salvo los citados parámetros constitucionales, pero se sanciona la irregularidad en beneficio del empleador infractor. La solución no ha sido fácil, y así lo muestra una evolución, que tarda en adoptar una posición definitiva, fluctúa, se contradice o corrige, estableciendo, al final, una extraña distinción entre trabajadores fijos (quienes han superado las pruebas objetivas de selección) e indefinidos no fijos (convertidos en tales precisamente por irregularidades), quedando obligada la Administración a adoptar las medidas precisas para la cobertura definitiva de la plaza o para su amortización, causas lícitas de extinción del contrato indefinido no fijo con la pertinente indemnización de veinte días de salario por año de servicio.

Así pues, el resultado final de esta evolución jurisprudencial ha sido la creación, de hecho, de una nueva figura contractual específica para la Administración, bajo la denominación de indefinida no fija, recogida ahora de forma expresa en el párrafo segundo del art. 11.1 EBEP. Esta categoría ha crecido exponencialmente en los últimos años, pues da cobertura a todos los supuestos en los que de alguna manera se detectan irregularidades graves en la contratación temporal o se actúa en fraude de ley, pudiendo mencionar, como ejemplos más significativos los siguientes: antes de la reforma de 2021, la concatenación de vínculos temporales por un período superior a 24 meses dentro de uno de 30 meses (ahora 18 meses dentro de 24 meses) o la prolongación de los nexos temporales legales más allá de los tres años en los derogados contratos por obra [SSTS, Social, 3 diciembre 2013 (rec. 816/13) y 22 julio 2015 (rec. 1380/12)]; la proliferación de becas sin fin formativo [STS, Social, 22 noviembre 2005 (rec. 4752/2004)]; la concertación de falsos contratos administrativos de servicios de ley con personas físicas o sociedades unipersonales (art. 308.2 Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público); el recurso indebido a los servicios de una empresa de trabajo temporal fuera de los supuestos legalmente autorizados (arts. 6, 8 y disposición adicional 4ª Ley 14/1994) y las cesiones ilegales [SSTS, Social, 23 noviembre 2016 (rec. 91/16) y 21 febrero 2017 (rec. 2720/15)]; las interinidades por vacante que han desbordado el lapso previsto en el art. 70.1 EBEP, en virtud del cual “en todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años” [SSTS, Social, 10 y 14 octubre 2014 (rec. 723/2013 y 711/2013)]; la utilización de perceptores por desempleo para la realización de trabajos temporales de colaboración social cuando dicha posibilidad no respete la normativa aplicable [SSTS, Social, 27 diciembre 2013 (rec. 217/2012, 2798/2012 y 3214/2012)]; o, incluso, los rescates o reasunción de servicios públicos, si bien la Ley de Presupuestos 3/2017 excluye, con vigencia indefinida, de la condición de empleados públicos a todos los que provengan de la reversión de servicios públicos tras procesos de subrogación laboral sin negar la aplicación de las “previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral” (disposición adicional 26ª), disposición declarada inconstitucional [STCo 122/2018].

Además, la cualidad de indefinido no fijo, pese a que carece de un régimen jurídico específico al ser considerada como la consecuencia preventiva y reparadora de los perjuicios derivados de una contratación temporal irregular, ha venido acompañada del reconocimiento en vía judicial de una serie de derechos, a saber: el complemento de antigüedad [SSTS, Social, 4 mayo 2009 (rec. 1631/2008), 8 julio 2009 (rec. 2632/2008) y 20 septiembre 2016 (núm. 756/2016)], la equiparación retributiva [STS, Social, 9 diciembre 2009 (rec. 339/09) y 17 marzo 2015 (rec. 381/2014)], la movilidad geográfica [STS, Social, 21 julio 2016 (rec. 134/2015), también, SAN, Social, 2 enero 2015 (proc. 276/2014)], el disfrute de una excedencia voluntaria [STS, Social, 11 julio 2023 (rec. 2153/2023)], el desarrollo profesional, promoción y reclasificación [SSTS, Social, 21 julio 2016 (rec. 134/2015) y 2 abril 2018 (rec. 27/2017), igualmente, STS, Cont-Admtivo, 29 octubre 2019 (rec. 2237/2017)], así como la participación en un plan de evaluación docente acompañado del incentivo económico [ATJUE de 21 de septiembre de 2016, asunto C-631/15].

Teniendo en cuenta estas circunstancias, no cabe sino concluir que en tanto en cuanto la modificación incorporada en el reglamento regulador de las bolsas de trabajo veta la posibilidad de conversión del vínculo en indefinido no fijo y de todos los derechos inherentes, vulnera lo previsto en la cláusula 5ª Directiva 99/70, debiendo ser considerada nula.

Al hilo de este acertado pronunciamiento del Tribunal Supremo, cabe dar un paso más para valorar si la figura del indefinido no fijo puede ser también contraria a los objetivos de la Directiva 1999/70 al tratarse una medida que podría no ser apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción tal y como exige la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, no en vano la mentada figura del indefinido no fijo puede extinguirse por la cobertura reglamentaria de la plaza por otro trabajador sin más requisito que el derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con el máximo

de una anualidad. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha puesto de manifiesto este inconveniente en la reciente sentencia de 22 de febrero de 2024, seguida por la sentencia de 13 de mayo de 2024. En apretada síntesis, el Tribunal de Justicia realiza cuatro importantes consideraciones:

1.- La normativa española no garantiza la efectividad del resultado perseguido por el Acuerdo Marco y su cláusula 5ª, la cual exige la adopción de medidas dirigidas a prevenir, y, después, a sancionar los abusos en la utilización de contratos temporales. La garantía constitucional del acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y la finalidad de corregir las irregularidades de la contratación temporal por los organismos públicos, que dieron lugar a la creación jurisprudencial de la contratación indefinida no fija, podían explicar la aplicación de esta modalidad contractual, pero no son “razones objetivas” que justifiquen “la renovación de tales contratos o relaciones laborales”, pues no se han cumplido ni los plazos de las convocatorias públicas, ni esas convocatorias han sido frecuentes.

2.- El pago de una indemnización tasada, de veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad, prevista para los trabajadores indefinidos no fijos cuyo contrato se extinga por la cobertura por otra persona de la plaza que venían desempeñando provisionalmente, no es idónea para prevenir los abusos, pues su abono “parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada”.

3.- La cláusula 5ª del Acuerdo Marco no obliga a la conversión en fijos de los contratos indefinidos no fijos, pero apoya tal conversión como mecanismo de estabilidad en el empleo y de protección de los trabajadores y, por ello, como medida que sanciona efectivamente la utilización abusiva de los contratos indefinidos no fijos prorrogados automáticamente. Y ello porque la solución tradicional del indefinido no fijo “podría comprometer el objeto, la finalidad y la efectividad de dicho Acuerdo Marco que persigue evitar los abusos de la temporalidad”.

4.-En fin, el Tribunal de Justicia invita de forma explícita a modificar la doctrina judicial nacional que se opone a la conversión en fijos, afectando a cientos de miles de indefinidos no fijos que por razones temporales u otras no han podido acogerse a los procesos legales excepcionales de estabilización del empleo temporal o no han podido hacerlo con el resultado de obtención de la plaza que venían desempeñando temporalmente.

Ante tan incierto panorama, es pertinente conseguir, a través de la oportuna intervención urgente del legislador, un adecuado equilibrio entre el efecto útil de la mencionada Directiva 1999/70 y el aseguramiento de los aludidos parámetros constitucionales de mérito y capacidad, sin perjuicio de las reparaciones *uti singuli*, por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración o de las indemnizaciones pertinentes, de aquellos casos concretos donde la concatenación de la temporalidad desborda cualquier lógica o regla de sentido común.

X. Apunte final

Cierto es, tal y como concluye la sentencia objeto de comentario, que el veto sufrido por una persona con derecho preferente en una bolsa de trabajo para ser contratado por la Administración bajo la inconsistente justificación de la posible conversión de su vínculo en indefinido no fijo por la superación de los plazos máximos de contratación temporal, merece la calificación de nulo. No menos verdad resulta que este nuevo supuesto de irregularidad en la contratación temporal avala la necesidad de introducir las pertinentes reformas normativas *ad futurum* poniendo el celo necesario en el diseño legal de un sistema de empleo público profesional acompañado convocatorias de acceso bajo los parámetros de estabilidad y de estricta observancia de los principios de mérito y capacidad con el fin de dotar de los efectivos suficientes para dar cobertura a la prestación de los servicios públicos correspondientes con garantías de calidad.