

8



Estudios
de Relaciones
Laborales

Josep Aldomà Buixadé

Aplicación del
principio de
no discriminación
al personal
temporal al
servicio de la
Administración
pública

8 Estudios de Relaciones Laborales

Josep Aldomà Buixadé

Aplicación del
principio de
no discriminación
al personal
temporal al
servicio de la
Administración
pública

© Diputació de Barcelona
Febrero 2015
Diseño gráfico: Jordi Palli
Composició: Addenda
Producció: Gabinet de Premsa y Comunicació de la Diputació de Barcelona
Depósito legal: B 4894-2015

Índice

Abreviaturas	7
Introducción	9
Primera parte	
Análisis de la Directiva 1999/70/CE	13
Capítulo 1	
Ámbito de aplicación de la Directiva	15
1. Ámbito subjetivo: aplicación a la Administración pública	16
2. Ámbito objetivo: aplicación a las relaciones laborales de derecho público.....	20
2.1. Aplicación de la Directiva a los funcionarios interinos	22
2.2. Aplicación de la Directiva al personal eventual	27
2.3. Aplicación de la Directiva al personal permanente vinculado previamente con una relación temporal	35
Capítulo 2	
El principio de no discriminación entre trabajadores temporales e indefinidos en la Directiva	39
1. Consideraciones generales sobre el principio de no discriminación en la Directiva	40
2. Condiciones de trabajo sujetas a la no discriminación.....	45
3. El personal indefinido comparable	48
3.1. Elemento material de comparación: el desempeño de un trabajo idéntico o similar	49
3.2. El centro de trabajo como ámbito de referencia	52
3.3. Dualidad del régimen jurídico de los empleados públicos	52
3.4. Un concepto amplio de trabajador indefinido comparable	54
4. Las razones objetivas que pueden justificar una diferencia de trato	55
4.1. Argumentos que no tienen la condición de razón objetiva	57
a) El hecho de que la diferencia de trato esté establecida por una disposición legal o en un convenio colectivo no es una causa objetiva	58

b) La simple referencia a la naturaleza temporal de la relación laboral no puede constituir una razón objetiva	58
4.2. Causas originarias que pueden justificar una desigualdad de trato	59
4.3. Requisitos relativos a la desigualdad de trato	62

Segunda parte

La discriminación en las condiciones de trabajo del personal temporal en el ordenamiento interno	69
1. Aspectos discriminatorios en el acceso a la función pública y la provisión de puestos de trabajo	73
2. Diferencias de trato en relación con la carrera administrativa	80
3. Discriminaciones de carácter retributivo	89
3.1. Funcionarios interinos	89
3.1.1. Trienios	90
3.1.2. El complemento de productividad	91
3.1.3. Aportaciones a planes de pensiones	92
3.2. Personal eventual	95
3.2.1. Trienios	96
3.2.2. El complemento de productividad	98
3.2.3. Aportaciones a planes de pensiones	99
4. Reducción proporcional de la jornada de trabajo y de las retribuciones	100
A modo de conclusión	105
El autor	109

Abreviaturas

AENA	Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, entidad pública empresarial
AGE	Administración General del Estado
AM	Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada
ATJUE	Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
CE	Constitución española
CEEP	Centro Europeo de Empresas Públicas y Servicios Públicos
CES	Confederación Europea de Sindicatos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
ET	Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo
LEBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público
LMRFP	Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública
LO	Ley Orgánica
LPGE	Ley de Presupuestos Generales del Estado
LRBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local
RD	Real Decreto
RPT	Relación de puestos de trabajo
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STC, SSTC	Sentencia/sentencias del Tribunal Constitucional
STJUE, SSTJUE	Sentencia/sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS, SSTS	Sentencia/sentencias del Tribunal Supremo
STSJ, SSTSJ	Sentencia/sentencias del Tribunal Superior de Justicia

TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
UNICE	Unión de Industrias de la Comunidad Europea

Introducción

El propósito del presente estudio es determinar el impacto en la función pública de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 (en lo sucesivo, la Directiva), relativa al Acuerdo marco de la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Industrias de la Comunidad Europea (UNICE) y el Centro Europeo de Empresas Públicas y Servicios Públicos (CEEP) sobre el trabajo de duración determinada. Al igual que otras directivas sociales, esta fue aprobada en un contexto de acuerdo de los interlocutores sociales, patrocinado por el art. 139 del Tratado Constitutivo de la CE (–TCE–; actualmente, art. 155 del Tratado de Funcionamiento de la UE –TFUE–). La Directiva tiene por objeto implementar el Acuerdo marco (AM) en todos los Estados miembros de la Unión.

De acuerdo con este sistema legislativo, es preciso resaltar que las normas de la Directiva están contenidas en las cláusulas del AM aprobado por los interlocutores sociales, que son, por una parte, la CES y, por otra parte, la UNICE y el CEEP. Por lo tanto, el acuerdo es el resultado de un proceso de negociación, con un equilibrio entre las posiciones de las dos partes que se refleja en su reconocimiento de que los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empleadores y trabajadores; y, a la vez, que la utilización de contratos temporales responde, en determinadas circunstancias, a las necesidades de los empleadores y de los trabajadores (preámbulo AM).

El resultado del equilibrio mencionado se traduce en un doble objetivo de la Directiva: por un lado, la proclamación del principio general de igualdad entre las relaciones laborales de duración determinada y las indefinidas, admitiendo aquellas excepciones que se fundamenten en razones objetivas; por el otro, el establecimiento de un marco legal para evitar abusos en los contratos temporales renovables o sucesivos. El presente trabajo se centra exclusivamente en el primer objetivo: el análisis y la aplicación del principio de igualdad en las relaciones laborales temporales.

El desarrollo del objeto de estudio indicado se realizará en dos partes. En la primera, se abordará el análisis de las cláusulas del AM relacionadas con el prin-

cipio de igualdad de trato para delimitar su contenido y alcance, y cómo deben interpretarse y aplicarse sobre la base de la doctrina judicial desarrollada de manera gradual y acumulativa por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Con ello se persigue construir el sistema jurídico relativo a la aplicación del principio de igualdad de trato al personal temporal al servicio de las administraciones públicas y, en particular, para facilitar los elementos necesarios para determinar las razones objetivas que puedan permitir exceptuar la aplicación de dicho principio.

Partiendo de los criterios sentados en la primera parte, en la segunda se hace una reflexión sobre las consecuencias que podría y debería tener la aplicación del principio de igualdad, en los términos de la Directiva, sobre las relaciones temporales en la función pública española. Para ajustarse a la extensión de la obra requerida, el análisis se centra en algunos derechos o condiciones de trabajo de alcance general, dada la imposibilidad de extenderlo de forma exhaustiva a todas las que configuran el estatuto funcional y las que se concretan en los acuerdos y pactos de condiciones de trabajo de las distintas entidades locales.

Cabe destacar que la Directiva no hace distinción, en su aplicación, entre los sectores público y privado; ni tampoco, entre las relaciones laborales sujetas al derecho administrativo y las sujetas al derecho privado. Con respecto a estas últimas, el Estado español llevó a cabo la transposición oportuna de la Directiva a través de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, que modificó el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores (ET) sobre los contratos de duración determinada; ello ha evitado muchos conflictos de alcance general, y los que se producen tienen habitualmente un carácter particular, referido a las previsiones de los convenios colectivos, los contratos de trabajo o las prácticas empresariales. En cambio, en el ámbito de las relaciones funcionariales, aún hoy no se ha hecho la transposición de la Directiva –a pesar de que han transcurrido más de quince años desde su aprobación–, con la excepción de la previsión de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP), en relación con los trienios de los funcionarios interinos (art. 25.2) y con la duración máxima del interinaje para la ejecución de programas de carácter temporal (art. 10.1.c). Esto, unido al carácter legal y reglamentario que se predica del estatuto funcional, implica que los conflictos sobre la diferencia de trato entre las relaciones temporales y las permanentes tienen una proyección general en todas las funciones públicas del Estado, aunque se presenten singularmente. Y ello porque las discriminaciones no tienen su origen principal o casi exclusivo en los acuerdos de condiciones de trabajo –que también–, sino en las propias disposiciones generales.

Como se indicaba, ante la dificultad de acomodar la extensión del trabajo a la diversidad de regímenes de relaciones laborales existente y de llevar a cabo una amplia prospección de convenios colectivos y de acuerdos de condiciones de tra-

bajo, el análisis se centra en las relaciones de naturaleza funcionarial. Dentro de estas, de la diversidad que existe en distintos sectores administrativos, se limita a los funcionarios interinos y al personal eventual, dado que son las clases de personal temporal, en régimen funcionarial, comunes a todos los niveles y sectores administrativos y, en particular, en las entidades locales.

Para terminar esta introducción quisiera hacer dos consideraciones metodológicas. La primera, que se ha pretendido dar un enfoque prospectivo y analítico al presente estudio; un enfoque necesario para abordar un tema poco tratado doctrinalmente y con unas posiciones jurisprudenciales de los tribunales españoles ancladas en una concepción tradicional sobre los derechos de los funcionarios interinos y del personal eventual. Todo ello, unido a una praxis político-administrativa interesada en mantener el *statu quo*, ya que igualar los derechos de estos colectivos con los de los funcionarios de carrera tiene un coste económico que se prefiere cargar directamente sobre los propios interesados. La segunda consideración se refiere al método de trabajo seguido en el desarrollo de la obra: un análisis del principio de no discriminación de las relaciones temporales según establece la Directiva, a través de la jurisprudencia del TJUE, para extraer los elementos y los criterios que deben servir como punto de referencia para determinar cuándo ese derecho puede ser violado por la legislación que regula la función pública. Se pretende que estos requisitos y criterios formen un conjunto teórico que constituya un marco o modelo general para, posteriormente, poder contrastar con las diferencias de trato que se producen en las relaciones laborales del personal temporal –funcionarios interinos y personal eventual, en nuestro caso– en comparación con las de los funcionarios de carrera.

Una advertencia final: en este trabajo se utiliza el término *relación laboral* –y su plural– en un sentido amplio y genérico, comprensivo de las relaciones funcionariales y de las relaciones sujetas al derecho laboral. Con este criterio se pretende una adaptación a la terminología de la Directiva y el AM y, al mismo tiempo, se evita tener que citar los colectivos de funcionarios interinos y personal eventual en cada ocasión.

Primera parte
Análisis de la
Directiva 1999/70/CE

Capítulo 1

Ámbito de aplicación de la Directiva

La primera cuestión que tenemos que resolver es la delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva o, más específicamente, si se aplica a las relaciones de trabajo en el sector público. Esto implica, desde un punto de vista subjetivo, determinar si incluye a las administraciones territoriales y las entidades instrumentales de derecho público y de derecho privado; y, desde una perspectiva objetiva, si se aplica a todas las relaciones temporales, ya sean de derecho administrativo (funcionarios interinos, personal eventual, etc.) o de derecho laboral (contratos de duración determinada, contratos formativos, etc.). Como podrá verse, la jurisprudencia del TJUE ha resuelto las dudas sobre el ámbito subjetivo de aplicación. Y también, dentro del ámbito objetivo, si se aplica a las relaciones laborales de derecho privado y de los funcionarios interinos. Contrariamente, hasta el momento presente, no se ha resuelto si es aplicable al personal eventual, cuestión a la cual el legislador y las administraciones públicas son reacios. Acerca de este problema cabe indicar que el Tribunal Supremo (TS) ha planteado una cuestión prejudicial ante el TJUE que se comentará posteriormente.

El AM no especifica si es aplicable al sector público o a cuáles modalidades de relaciones temporales, pues considera que esta es una función reservada a los derechos nacionales. Efectivamente, según la cláusula 2.1 AM:

[...] el presente acuerdo se aplica a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro.

Se observa que esta cláusula no hace ninguna referencia al ámbito subjetivo de aplicación y define el ámbito objetivo de forma muy abierta. De entrada, parece establecer un ámbito centrado en uno de los sujetos de la relación laboral, el trabajador. Pero enseguida se sitúa en un ámbito objetivo al referirse al contrato o relación laboral de duración determinada. En todo caso, se da una relación intensa entre los dos aspectos –objetivo y subjetivo–, porque debe convenirse que, si se aplica a todo

tipo de relaciones laborales temporales sin distinción de su régimen jurídico público o privado, significa que se aplica en las administraciones públicas, dado que constituyen el ámbito de exclusividad de las relaciones de derecho público.

Más allá de la imprecisión literal, parece predominante el carácter objetivo, según se desprende del título de la Directiva y del AM y de las cláusulas 1 y 5 AM. De manera que se puede afirmar que el ámbito de aplicación de la Directiva es el de las relaciones laborales temporales, sin distinción de si el empleador es un sujeto público o privado. Esta perspectiva del ámbito de aplicación se corresponde con el doble objeto de la cláusula 1 AM, de mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el principio de no discriminación y de establecer un marco para evitar los abusos derivados de la renovación o utilización sucesiva de relaciones temporales.

Así pues, la Directiva no prevé expresamente su aplicación a las entidades del sector público ni su inaplicación en este sector. No lleva a cabo distinción alguna entre sector público y privado. Cabe poner de relieve que esta manera de proceder es habitual de las directivas comunitarias, más preocupadas por definir los objetivos perseguidos que por formular definiciones formales y poco operativas. Pero ha sido en el ámbito público donde su aplicación ha sido más conflictiva. Esto puede ser debido a la aparente contradicción entre los principios rectores de la actuación administrativa –eficacia y eficiencia, imparcialidad, etc.– y el respeto al derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, por un lado, y la pretensión de la Directiva de evitar abusos en el trato diferenciado de los trabajadores temporales y en la prolongación de situaciones de precariedad, por el otro.

En todo caso, debe admitirse que la falta de coincidencia terminológica entre la Directiva y el derecho interno ha propiciado que los poderes públicos españoles hayan seguido cuestionando la aplicación a determinadas relaciones laborales en el ámbito de las administraciones públicas. Se analizará, pues, cuáles deberían ser definitivamente el ámbito subjetivo y el ámbito objetivo de la Directiva y, en particular, del principio de no discriminación del AM, objeto del presente trabajo.

1. Ámbito subjetivo: aplicación a la Administración pública

Aunque la cláusula 2.1 AM se refiere literalmente a los trabajadores –tal como hacen la Directiva y el AM en todo su contenido–, contiene dos interesantes precisiones en relación con el aspecto tratado:

1.^a) Que el trabajo temporal puede ser fruto de una relación contractual o de una relación laboral distinta de la anterior; esta referencia a una dualidad de relaciones laborales se confirma por partida doble en la cláusula 3 AM y nos lleva a considerar que las relaciones laborales no contractuales, en el caso del derecho interno, serían las estatutarias o de función pública.

2.ª) Que la relación laboral puede estar configurada legalmente, atributo que nos conduce también a las relaciones estatutarias.

A partir de aquí, se puede afirmar que la Directiva adopta un concepto amplio de *trabajador temporal*. Pero la interpretación literal no resuelve claramente las dudas planteadas. De hecho, recordemos que la doctrina iuspublicista y la jurisprudencia del TJUE han puesto de manifiesto la dificultad para aplicar una interpretación literal del derecho comunitario, a diferencia de lo que sucede con el derecho interno. Ello ha conducido, como consecuencia, a que la jurisprudencia del TJUE ejerza un papel esencial en la interpretación del derecho comunitario. Dicha doctrina se puede sintetizar en los puntos siguientes:

a) Los textos comunitarios están redactados en varias lenguas y en cada una de ellas son auténticos. Pero las nociones jurídicas no tienen necesariamente el mismo contenido en el derecho comunitario y en los diversos derechos estatales, debido a que parten de culturas jurídicas distintas.

b) Toda disposición del derecho comunitario debe situarse en su contexto y ser interpretada a la luz del conjunto de disposiciones que integran este derecho, de sus finalidades y del estado de su evolución en la fecha de aplicación (sentencia del TJUE –STJUE– de 6 de octubre de 1982, asunto C- 283/81).

c) Una disposición de derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y alcance debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la UE, que debe realizarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objeto que persigue (STJUE de 9 de noviembre de 2000, asunto C- 357/98).

En adelante, se puede afirmar que, en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones del AM, prevalece una interpretación sistemática y teleológica o finalista sobre una interpretación literal que aplique las categorías del derecho interno. De manera que, aplicando los criterios interpretativos anteriores a las disposiciones de la Directiva y el AM, se pueden formular las consideraciones siguientes:

a) Las nociones de *trabajador* y de *funcionario* no son comunes a todos los derechos estatales. Por lo tanto, no sería correcto interpretar el concepto de *trabajador* en el sentido reductivo que tiene en el ordenamiento español, sino que a los efectos de la Directiva debe interpretarse por igual en todos los Estados miembros.

b) La Directiva y el AM no hacen ninguna referencia ni distinción entre trabajadores del sector público y del sector privado, con lo cual, no se ha puesto en duda que se aplica en los dos sectores en aquellos Estados miembros en que el concepto de *trabajador* es único y sirve para referirse a todos los asalariados de uno y otro sector.

c) La Directiva se elabora y aprueba en un contexto de consenso de los interlocutores sociales patrocinado por el art. 139 TCE (actualmente, art. 155 TFUE). En este acuerdo no estaban representadas las administraciones públicas, pero sí una parte del sector público, a través de las organizaciones sindicales, por un lado, y del sector empresarial público, por otro.

d) En relación con el contexto de la Directiva, cabe destacar que pone sus fundamentos legales en las disposiciones del Acuerdo sobre política social, incorporadas posteriormente a los arts. 136 a 139 TCE (actualmente, los arts. 151 y ss. TFUE) y en el punto 7 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores; normas que son aplicables a todos los trabajadores en sentido amplio, sea cual sea la naturaleza del empresario y de la relación laboral que les une.

e) Finalmente, debe insistirse en que el objeto de la Directiva es dar una mayor protección a los trabajadores con una relación laboral temporal y, en particular, aplicar el derecho de igualdad de trato en sus condiciones de trabajo con respecto a las de los trabajadores indefinidos comparables. Este derecho se ha definido como un derecho social de carácter fundamental y, por esta condición, no se puede interpretar restrictivamente, como ha puesto de manifiesto reiteradamente el TJUE. Por lo tanto, sería aplicable a cualquier trabajador, sin distinción en razón del sector en que opera.

La posición inicial de algunos Estados, como el español, será contraria a aplicar la Directiva en las administraciones públicas, al considerar que no hacía referencia expresa al sector público. Sobre este punto, debe tenerse presente que ni la lógica ni la terminología propias del derecho de la UE tienen un encaje fácil con el derecho público interno. Como sabemos, la lógica del sistema jurídico español parte de la existencia de un ordenamiento administrativo que se aplica a un tipo de sujeto particular, las administraciones públicas, y a las relaciones que este sujeto mantiene con los particulares, en general, y con los empleados públicos, en particular. Según esta lógica, acentuada por una interpretación rígida y formal del principio de legalidad, la falta de previsión legal expresa de la Directiva al ámbito público se traduce en considerar que no es aplicable.

Por lo que se refiere a la terminología legal, sabemos que el derecho administrativo, concretamente la parte relativa al empleo público, utiliza unos conceptos diferentes a los del AM, al menos, en lo que se refiere a las relaciones estatutarias de carácter temporal. Este personal, basándonos en la terminología propia de la LEBEP, no está vinculado con la Administración en virtud de un contrato, sino de un nombramiento formalizado en un acto administrativo unilateral. En este caso, por lo tanto, una interpretación gramatical de la norma que solamente tenga presente «el sentido propio de sus palabras» (art. 3.1 del Código Civil), lleva a la conclusión lógica de su inaplicación. Se olvida, de esta manera, el resto de criterios del artículo citado, según el cual, el sentido gramatical debe ponerse «en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

Los tribunales internos del orden social no han dudado en aplicar la Directiva a la Administración cuando esta actuaba como empresario en relaciones laborales

de derecho privado. Así, la sentencia del TS (STS) de 7 de octubre de 2002, recurso 1213/2001, Sala de lo Social –seguramente la primera del TS que se refiere a la Directiva–, no pone en cuestión su aplicación al personal laboral al servicio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Se discutía si el personal laboral temporal tenía derecho a la percepción de trienios o si este derecho estaba reservado al personal fijo, cuestión sobre la cual la posición del TS no era uniforme, admitiendo en ocasiones que el convenio colectivo era el instrumento legal donde debía concretarse la existencia de este derecho. En este caso, el TS resolvió en sentido favorable a la extensión del derecho al personal temporal utilizando, entre otros argumentos, las previsiones de la Directiva, con la consideración de que, a pesar de no estar en vigor en el momento de producirse el conflicto, eso no significaba que no pudiera influir el pronunciamiento de la Sala, en orden a una interpretación coherente con el principio de normalización igualitaria perseguido por la Directiva. En consecuencia, considera que debe actuar de acuerdo con la finalidad de la Directiva de garantizar el principio de no discriminación del personal temporal respecto del trabajador con contrato indefinido comparable.

Fue necesario que la cuestión se planteara ante el TJUE para darle una solución definitiva. El primer pronunciamiento, la STJUE de 4 de julio de 2006, asunto C-212/04, sobre la aplicación de la cláusula 5 AM a una relación contractual con una entidad de derecho privado del sector público, afirmó que la Directiva y el AM se aplican a los contratos de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y otras entidades del sector público, porque: *a)* sus disposiciones no contienen ninguna referencia que permita deducir que su ámbito de aplicación se limita exclusivamente a las empresas privadas; *b)* la cláusula 2.1 AM define el ámbito de aplicación con amplitud; *c)* la definición del concepto de *trabajador con un contrato de duración determinada* de la cláusula 3.1 AM engloba a todos los trabajadores, sin establecer distinción alguna en función del carácter público o privado del empleador para el cual trabajan; *i, d)* la cláusula 2.2 AM no los excluye.

Posteriormente, la STJUE de 13 de septiembre de 2007, asunto C-307/05, declara aplicable la Directiva al personal en régimen funcionarial, en concreto, al personal estatutario del Servicio Vasco de Salud. Según el TJUE, teniendo en cuenta la importancia de los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del derecho comunitario, a las disposiciones previstas por la Directiva se les debe reconocer un alcance general, dado que constituyen normas de derecho social comunitario de especial importancia, de las que debe disfrutar todo trabajador, al ser disposiciones protectoras mínimas. En consecuencia, la Directiva se aplica a todos los trabajadores que prestan servicios retribuidos en el marco de una relación laboral de duración determinada. En relación con el personal al servicio de las administraciones públicas, el TJUE afirma que:

[...] la mera circunstancia de que una posición sea cualificada como «de plantilla» de acuerdo con el Derecho nacional y presente alguno de los elementos que caracterizan la función pública del Estado miembro de que se trate no tiene relevancia en este aspecto, si no se quiere desvirtuar gravemente la eficacia de la Directiva y del acuerdo marco así como la aplicación uniforme de estos en los Estados miembros, reservando a estos la posibilidad de excluir a su arbitrio a determinadas categorías de personas del beneficio de la protección requerida por estos instrumentos comunitarios.

Con los pronunciamientos judiciales citados se da por terminada la polémica interna sobre la aplicación de la Directiva en las administraciones pública. Posteriormente, el TJUE ha reiterado su doctrina en asuntos relativos a las administraciones territoriales, como en el caso de la STJUE de 15 de abril de 2008, asunto C- 268/06, sobre relaciones contractuales con diversos ministerios de la Administración estatal irlandesa. En este caso, tanto las partes representadas como los órganos judiciales que intervinieron en el proceso dieron por supuesto que se aplicaba a las administraciones públicas. Finalmente, referido a un caso español, la STJUE de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10, sobre la relación de un funcionario interino de la Junta de Andalucía, confirma su aplicación a la función pública.

2. Ámbito objetivo: aplicación a las relaciones laborales de derecho público

En este apartado se analiza cuáles son las relaciones laborales incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva y cuáles quedan al margen. Según la cláusula 3.1 AM, a los efectos de la Directiva, se entiende por *trabajador con un contrato de duración determinada* el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador y cuya finalización está determinada por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinados o la producción de un hecho o acontecimiento determinados. Parece evidente que las condiciones relacionadas lo son a título ejemplificativo. No pretende, pues, ser una relación cerrada y serían admisibles otras condiciones siempre que fueran objetivas.

De acuerdo con las disposiciones citadas, se puede afirmar que el ámbito objetivo de aplicación estaría determinado por las relaciones laborales temporales en sentido general y amplio, sin distinción de modalidades y, por lo tanto, incluyendo tanto las de derecho laboral como las de derecho administrativo. Esta es la posición consolidada de la jurisprudencia del TJUE. De manera que las excepciones a esta regla general serán solamente las que determina de forma expresa la propia Directiva, con las concreciones que esta reserve a los Estados miembros.

El AM establece expresamente dos niveles de posibles exclusiones de su ámbito de aplicación. El primer nivel recoge una excepción sin matices de los contratos temporales celebrados con la intermediación de una empresa de trabajo temporal (ETT). A pesar de que esta exclusión no está prevista en el clausulado de la Directiva o del AM, esta es claramente la voluntad del Consejo de la UE y de las organizaciones signatarias del AM. Así lo establece expresamente y de manera rotunda el preámbulo del AM cuando afirma que «se aplica a los trabajadores que tienen un contrato de duración determinada, con excepción de los puestos a disposición de una empresa usuaria por una agencia de trabajo temporal» y manifiesta a continuación la intención de estudiar la necesidad de abordar un acuerdo similar para el supuesto de intermediación de las agencias de trabajo temporal.¹

El segundo nivel agrupa unas excepciones que no están impuestas con carácter de norma de derecho necesario, sino que son facultativas y, para ser efectivas, es indispensable que el ordenamiento interno las regule expresamente. La facultad de excluirlas puede ser ejercida tanto por parte de un Estado miembro unilateralmente, previa consulta con los interlocutores sociales, o conjuntamente por estos mediante un acuerdo marco de ámbito general. Por lo tanto, no parece factible que se pueda establecer a través de un acuerdo de condiciones de trabajo o de un convenio colectivo acordado en una entidad local, dado que al tratarse de una condición restrictiva debería disponerse por una norma de aplicación general en todo el territorio estatal. Las excepciones concretas están previstas en el apartado 2 de la cláusula 2 AM y se refieren a:

a) Las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje (los contratos formativos del art. 11 ET).

b) Las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos. Se refiere a las acciones y medidas incluidas en los planes de políticas activas de empleo para las cuales, en nuestro país, se prevé la contratación laboral.

En este punto, deben ponerse en relación las disposiciones de la Directiva con las del derecho interno sobre función pública, recordando que este sistema de relaciones laborales solamente se da en los países que tienen un sistema de función pública. Como ya se ha dicho, la naturaleza pública o privada de la relación laboral no es significativa para la Directiva, en el sentido de que el principio de igualdad de trato se aplica a todo tipo de relaciones de trabajo. De manera que, el simple hecho de tener la condición de personal al servicio de las administraciones públi-

1. Esta modalidad de relaciones laborales ha sido regulada por la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. Esta directiva, a diferencia de la Directiva 1999/70/CE, no fue objeto de acuerdo entre los interlocutores sociales, que no consiguieron resultados positivos en sus negociaciones. Así queda reflejado en el considerando 7 de la Directiva aprobada.

cas con una relación de carácter temporal comportaría, a priori, la inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva.

La condición citada está explicitada en el art. 89 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), según el cual los funcionarios interinos y el personal eventual están integrados dentro de las diferentes clases de personal al servicio de las entidades locales. O, en terminología más moderna, como una clase de empleados públicos (art. 8.2 LEBEP). Esta condición queda ratificada, en el caso del personal eventual, cuando se impone su incorporación a los instrumentos de ordenación y clasificación del empleo público; concretamente, según los arts. 90 y 104 bis.3 LRBRL, las plazas y los puestos destinados a personal eventual han de figurar en la plantilla de personal y en la relación de puestos de trabajo (RPT), respectivamente. Respecto de los funcionarios interinos, la legislación de función pública indica que son nombrados para ocupar puestos de funcionarios de carrera; puestos, y plazas respectivas, que constan en los instrumentos organizativos citados.

En cualquier caso, el hecho de que las relaciones laborales estén incluidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva no significa que deba afectar a todas con la misma extensión y profundidad. Porque la Directiva ya prevé, tanto por lo que se refiere al principio de no discriminación como por lo relativo a las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales temporales, la posibilidad de modular su aplicación cuando existan razones objetivas que justifiquen un trato diferenciado de las relaciones laborales. Razones objetivas que se podrán fundamentar en algunas particularidades de las relaciones de trabajo sujetas al derecho administrativo y, dentro de estas, en las singularidades respectivas de los funcionarios interinos y del personal eventual.

2.1. Aplicación de la Directiva a los funcionarios interinos

Como su nombre sugiere y se desprende de las circunstancias que pueden justificar su nombramiento, se trata de una relación laboral de carácter temporal. Las características esenciales que definen a los funcionarios interinos según el art. 10 LEBEP son las siguientes:

a) Son nombrados por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia.

b) Sus funciones son las propias de los funcionarios de carrera.

c) Su nombramiento debe justificarse en alguna de las circunstancias legalmente establecidas.

En cuanto a su régimen jurídico, está configurado en los términos siguientes:

a) Les será aplicable, en todo aquello que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera (art. 10.5 LEBEP).

Este régimen ya estaba previsto con anterioridad a la LEBEP y a la aprobación de la Directiva. Lo que debe destacarse es su compatibilidad con las previsiones de la cláusula 4 AM y el deber de interpretarlo en función de esta misma cláusula.

b) La selección se lleva a cabo mediante procedimientos ágiles, respetando en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (art. 10.2 LEBEP).

c) Su cese se producirá por las mismas causas de extinción de la condición de funcionario de carrera y cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento (art. 10.3 LEBEP).

d) El régimen de sus retribuciones será idéntico al de los funcionarios de carrera, con la excepción del derecho a percibir el complemento por la progresión conseguida por el funcionario dentro de la carrera administrativa horizontal (art. 25 LEBEP).

e) Las leyes de desarrollo prevén, en general, que no podrán disfrutar de las licencias para estudios relacionados con el puesto de trabajo ni de las licencias por asuntos propios.

f) Se les aplica el mismo régimen de incompatibilidades que a los funcionarios de carrera (art. 2.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas).

Así pues, como regla general, el régimen jurídico de los funcionarios interinos será el mismo régimen general de los funcionarios de carrera, siempre que sea adecuado a la naturaleza de su condición, con las excepciones concretas legalmente establecidas, a las que deberán añadirse aquellas que sean consecuencia de la necesaria adecuación a la naturaleza de la relación.

Asimismo, las condiciones objetivas que determinan la finalización de la relación laboral ejemplificadas en la cláusula 3.1 AM se dan en las diversas modalidades de interinidad en los términos siguientes:

a) En el supuesto de los interinos para la cobertura de una plaza vacante, el hecho objetivo del cese es la provisión de la plaza por el funcionario de carrera que supera el proceso selectivo correspondiente o el reingreso de un funcionario de carrera sin reserva de plaza o de puesto de trabajo.

b) En el caso de sustitución transitoria de los titulares, por la reincorporación de estos.

c) En el caso de los interinos nombrados para un programa determinado, por el término establecido o cuando se acabe el programa; en todo caso, con una duración máxima de tres años ampliables un año más por las leyes de desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

d) Cuando se trata de interinos para hacer frente a un exceso o acumulación de tareas, cuando se resuelva esta situación y, en todo caso, en el período máximo de seis meses.

La jurisprudencia del TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los funcionarios interinos españoles. Concretamente, la STJUE de 22 de diciembre de 2010,

asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09, declara aplicable la Directiva al personal funcionario interino de la Xunta de Galicia. Después de recordar que se aplica a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de las administraciones públicas y entidades del sector público, como había declarado en sentencias anteriores (SSTJUE de 4 de julio de 2006, asunto C-212/04; de 7 de septiembre de 2006, asunto C-53/04; de 7 de septiembre de 2006, asunto C-180/04; y de 13 de septiembre de 2007, asunto C-307/05), afirma:

a) Que el ámbito de aplicación de la cláusula 2.1 AM está concebido de manera extensiva, ya que se refiere con carácter general a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral está definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada estado miembro.

b) Que la definición del concepto de *trabajador con contrato de duración determinada* formulado en la cláusula 3.1 AM engloba a todos los trabajadores, sin diferencia alguna en función del carácter público o privado del empresario para el que trabajan.

c) Que dada la importancia de los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del derecho de la UE, las disposiciones de la Directiva tienen un alcance general, ya que constituyen normas de derecho social de la Unión de especial importancia, de las que debe disfrutar todo trabajador, puesto que se trata de disposiciones protectoras mínimas.

d) Que la simple circunstancia de que una posición sea calificada como *de plantilla* según el derecho nacional y presente alguno de los elementos que caracterizan la función pública de un Estado miembro carece de relevancia en este aspecto, si no se quiere desvirtuar gravemente la eficacia de la Directiva así como su aplicación uniforme en los Estados miembros, reservando a estos la posibilidad de excluir, a su arbitrio, a determinadas categorías de personas del beneficio de la protección de la Directiva.

En consecuencia, declara que la Directiva se aplica a todos los trabajadores que prestan servicios retribuidos en el marco de una relación laboral de duración determinada que los vincula con la Administración pública. Entre ellos, a los funcionarios interinos.

Una consideración particular merece la figura conocida como *interinidad de larga duración* o, también, como *interinidad estable*. Esta modalidad de interinidad no tiene un reconocimiento legal, sino que su origen se encuentra en algunos pronunciamientos judiciales que resuelven casos concretos en los que el tribunal correspondiente incorpora esta noción para dar una respuesta favorable a demandas de personal interino que, llevando varios años de servicio a la Administración con esta condición, reclamaba una igualdad de trato con los funcionarios de carrera sobre determinados derechos o condiciones de trabajo. Por este motivo, no se puede precisar cuál debe ser la duración de una relación de esta naturaleza para obtener dicha cualificación.

Sobre este punto, la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 240/1999, de 20 de diciembre, reconoció el derecho del personal estatutario interino al disfrute de una excedencia para tener cuidado de hijos en el caso de una reclamante en amparo que llevaba casi cinco años como interina en el momento de solicitarla, alegando discriminación con respecto a los funcionarios de carrera que tenían este derecho. La sentencia incorpora una referencia a las interinidades de larga duración en los términos siguientes:

[...] no existe justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 CE para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el del cuidado de los hijos, dispensar, a un funcionario interino que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto del dispensado a los funcionarios de carrera, con el único argumento de que legalmente su relación con la Administración es provisional «en tanto no se provea por funcionarios de carrera». Con ello no se trata de afirmar que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten en todo caso injustificadas desde la perspectiva del art. 14 CE, sino de destacar que pueden serlo en atención a las circunstancias del caso y, muy especialmente, a la trascendencia constitucional del derecho que recibe un tratamiento desigual.

Posteriormente, la STC 203/2000, de 24 de julio, recupera el concepto y los argumentos de la anterior sentencia para resolver un caso similar sobre el mismo derecho de una funcionaria interina que llevaba seis años de servicio. Es preciso resaltar que en ambos casos el argumento de la temporalidad es complementario del de discriminación indirecta por razón de sexo.

Se puede observar que las sentencias citadas no crean la figura del funcionario interino de larga duración, sino que se limitan a describir el hecho de que el demandante llevaba más de cinco años de servicio con una relación temporal. El Tribunal Constitucional (TC) también puso de relieve que las situaciones de interinidad de larga duración no comportan una igualdad de derechos generalizada con los de los funcionarios de carrera, sino, simplemente, que pueden requerir un trato igual en atención a las circunstancias de cada caso.

Debe precisarse que la antigüedad o la duración de los servicios prestados es una característica o requisito más entre los que configuran y delimitan determinadas condiciones de trabajo o su ejercicio; para poder disfrutar de un derecho en igualdad de condiciones lo que se debería requerir es que cada empleado, temporal o permanente, reuniera dicha característica o requisito temporal. Es decir, que son las características del propio derecho –entre ellas, un tiempo determinado de antigüedad o de servicios prestados– las que actuarían como elemento de diferenciación en cada caso concreto. Parece innecesario, pues, que, en función de una antigüedad concreta, se clasifique al empleado temporal en una modalidad de interinidad que lleve incorporada el reconocimiento de un conjunto de derechos.

La modalidad de interinidad de larga duración ha sido recuperada recientemente por la STS de 30 de junio de 2014, recurso 1846/2013, relativa al derecho a la carrera profesional del personal estatutario interino al servicio de las instituciones sanitarias. El TS, tomando como referencia la citada STC 203/2000, institucionaliza esta figura y configura este interino como el que ocupa una plaza vacante y mantiene una relación de servicios con la Administración que supera los cinco años. El TS precisa que ejerce las mismas funciones o de análoga naturaleza que el personal estatutario fijo y lo hace con cierta estabilidad temporal, siempre que se trate de la misma plaza o de otra con un contenido funcional equivalente dentro del mismo servicio de salud. Por esta razón, el trato distinto con respecto al personal estatutario fijo no tendría justificación objetiva y razonada, según requieren el TC y la jurisprudencia del TJUE sobre la Directiva. En definitiva, la sentencia asimila el derecho de los interinos de larga duración al de los funcionarios de carrera y los considera una categoría diferenciada de la del funcionario interino ordinario, que, como tal, no podría disfrutar del derecho a la carrera.

La construcción de esta modalidad de interinidad a medio camino entre el funcionario de carrera y el funcionario interino no era indispensable para resolver los casos concretos en que se planteó en el mismo sentido que lo hicieron los respectivos pronunciamientos judiciales, y, en cambio, genera una mayor inseguridad jurídica sobre cuáles son los derechos de los funcionarios interinos. Porque existen derechos que requieren expresamente un plazo distinto, más corto o más largo, para poder ser disfrutados, de manera que no se producirá una adecuación con el período de cinco años indicado en la STC citada. Sin dejar de lado que, tal como pone de manifiesto el voto particular a la STC 240/1999:

[...] la paradójica consecuencia de nuestra Sentencia es que a situaciones legalmente irregulares, como las de interinidades de larga duración, se les viene a reconocer un contenido de derechos, que no tiene inconveniente en negar a las situaciones regulares de interinidad que les sirven de marco legal.

La Directiva tampoco distingue las relaciones temporales en función de su duración. Por lo tanto, esta característica no es trascendental a priori. Esto no significa que la Directiva establezca que el personal temporal tenga entre sí una igualdad absoluta de condiciones de trabajo, con independencia de la antigüedad; simplemente, significa que, con carácter general, sus condiciones serán las mismas que las de los funcionarios de carrera, y será en el momento de justificar las diferencias respecto de determinadas condiciones de trabajo cuando los requisitos establecidos por el TJUE –para que se considere una situación comparable o para justificar una razón objetiva– podrán situar en una posición diferente al personal temporal en función de su mayor o menor antigüedad. Así, por ejemplo, si para adquirir el derecho a un ascenso de grado o escalón, según el modelo de carrera

horizontal, se requiere un plazo mínimo de cuatro años, este será el período de servicios que actuará como elemento diferenciador; pero si el modelo de carrera requiere un período mínimo de seis años para el ascenso, este será el que marcará la diferencia entre los empleados de carácter temporal.

2.2. Aplicación de la Directiva al personal eventual

Todavía no se ha resuelto definitivamente si el ámbito de aplicación de la Directiva incluye al personal eventual, circunstancia que impone llevar a cabo un mayor esfuerzo argumental en este apartado. En este punto, procede incorporar los elementos relativos a la naturaleza del personal eventual a las consideraciones generales efectuadas anteriormente en relación con el personal temporal en régimen administrativo.

Según el art. 10.1 LEBEP, el personal eventual se caracteriza por cuatro elementos definidores: *a)* se incorpora a la Administración en virtud de un nombramiento; *b)* tiene carácter no permanente; *c)* solamente realiza funciones expresamente cualificadas de confianza o de asesoramiento especial; *d)* es retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados a este fin. De estas características, tres son compartidas por diversas clases de personal. Así, el nombramiento es común a todas las modalidades de personal temporal sujeto al derecho administrativo; dentro de este grupo, comparte con los funcionarios interinos el carácter no permanente; y la retribución con cargo a los créditos presupuestarios es un atributo predicable de todo el personal al servicio de la Administración. Queda pues, como elemento diferenciador del resto de personal, la tipología de las funciones ejercidas, que se convierte en el elemento o característica central y más relevante en la configuración del personal eventual, y el origen de su particular régimen jurídico. Afirmación que parece coincidir con lo que establece el art. 89 LRBRL.

Se observa que entre los elementos que definen la relación laboral del personal eventual no figura su régimen de nombramiento y cese libres. Posición que se puede considerar correcta si se parte de que no constituyen el origen o causa de un determinado régimen jurídico, sino que son la consecuencia y el efecto de que se trate de puestos definidos materialmente como de confianza o asesoramiento especial y de carácter temporal. Así pues, esta característica, unida a la temporalidad de su vinculación con la Administración, configura el personal eventual como una excepción a la regla general de un régimen funcional basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad (arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución española –CE–).

Como empleados públicos que ocupan un puesto de trabajo catalogado en la relación de puestos de trabajo (RPT), los puestos de personal eventual estarían

previstos legalmente para ejercer unas funciones necesarias dentro de la Administración y encaminadas como cualquier otra al servicio de los intereses generales, tal como lo requiere el art. 103.1 CE. En este sentido, no se puede ignorar que hay puestos de personal eventual que tienen asignadas funciones de carácter permanente y que pueden ser ocupados por funcionarios de carrera que tienen la opción de permanecer en la situación de servicio activo o de pasar a la situación de servicios especiales (art. 87.1.i LEBEP). Previsiones legales que no pueden ser modificadas o alteradas con el argumento de una práctica político-administrativa desviada, que utiliza el personal eventual con finalidades y criterios distintos.

Que las funciones sean de confianza no desvirtúa lo que se ha afirmado en el párrafo anterior, de manera que en todo caso debería tener asignadas funciones necesarias al servicio del interés general y ejercidas bajo la dirección de la autoridad competente en cada caso, de carácter administrativo o técnico; de manera que la confianza o el asesoramiento especial serían dos características añadidas a las anteriores, que adjetivarían el carácter administrativo o técnico citados pero sin alterarlos materialmente. Este plus de confianza sería el que justifica el nombramiento y el cese libres del personal eventual.

Ciertamente, a menudo se rechaza que las funciones de los puestos de personal eventual puedan tener un carácter ordinario y permanente. Así, la STS de 17 de marzo de 2005, recurso 4245/1999, identifica el contenido de las funciones de carácter permanente con la profesionalidad y objetividad que solamente pueden garantizar los funcionarios de carrera, en oposición a las funciones de confianza o asesoramiento especial propias del personal eventual. Afirma, también, que el personal eventual no puede llevar a cabo funciones de colaboración profesional que se proyectan sobre las funciones normales de la Administración y que están conectadas con los principios constitucionales de objetividad y eficacia. Sobre esta cuestión, sería conveniente diferenciar, en primer lugar, entre el carácter permanente y temporal de las funciones –o puesto de trabajo–, y el carácter permanente o temporal del ocupante del puesto. Y, en segundo lugar, que todas las funciones administrativas están conectadas con los principios citados, también las de confianza; estas, simplemente, tienen un plus que justifica el nombramiento y el cese libres, no la falta de profesionalidad y normalidad material de las funciones.

La práctica seguida por las administraciones públicas ha provocado una desviación de la institución del personal eventual hacia posiciones políticas, cuando se debería cuestionar la existencia de funciones intrínseca o materialmente de confianza o de asesoramiento político más allá de las atribuidas a los altos cargos de la Administración y a los gabinetes ministeriales. Las funciones del personal eventual serían unas funciones de carácter profesional asignadas a puestos de soporte o «tareas de colaboración inmediata con aquellos que ostentan el poder superior de decisión política, en la que predominan las notas de afinidad y

proximidad política que es inherente a la confianza» (STS de 17 de marzo de 2005, recurso 4245/1999).

Las características expuestas pueden ser un buen argumento para considerar que las funciones que ejerce el personal eventual son funciones profesionales con el añadido de que su titular será una persona que goza de la confianza de la autoridad competente para nombrarlo. Este argumento se complementa con el que ofrece la contraprestación percibida por las funciones realizadas, es decir, las retribuciones; con independencia de que su estructura retributiva no sea imperativamente la misma que la de los funcionarios de carrera y de que no se haya aprobado con carácter general para todas las administraciones públicas. Efectivamente, en el caso de la Administración General del Estado (AGE), las retribuciones del personal eventual están reguladas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) de cada ejercicio. Por ejemplo, para el año 2014, el art. 24, apartados cuatro y cinco, de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre –que podría aplicarse supletoriamente al personal eventual de las entidades locales–, establece una estructura retributiva similar a la de los funcionarios de carrera; es decir, establece una asimilación de las funciones generales con la asignación de un grupo o subgrupo de clasificación y una asimilación de las funciones específicas que pueden ser valoradas para determinar las retribuciones complementarias del puesto de trabajo.

La LPGE también reconoce el derecho del personal eventual a percibir el complemento de productividad, lo cual no deja de ser un indicio de que sus funciones se pueden evaluar porque contribuyen a conseguir los objetivos de la Administración con eficacia y eficiencia, característica que les acerca a la *normalidad* definida para las funciones propias del resto de empleados públicos. En el caso de aquellos puestos de confianza como los de secretaría de altos cargos, esta proximidad se hará más palpable.

Situados en el terreno práctico, no debe ignorarse la existencia de puestos de personal eventual que incorporan funciones de carácter permanente, cumpliendo con la legalidad más estricta, como en el caso aludido de las secretarías de altos cargos de la Administración estatal y autonómica y de los presidentes de las entidades locales. Estos puestos no se diferencian sustantivamente del resto de puestos con funciones administrativas dentro de la misma Administración; realmente, se trata de funciones materialmente idénticas o similares, como se comprueba comparando la descripción funcional de los puestos de trabajo respectivos efectuada con ocasión de la elaboración de la RPT. En estos supuestos, la aproximación entre las funciones del personal eventual y las del personal funcionario hará muy difícil defender la inaplicación del principio de no discriminación de la cláusula 4 de la Directiva.

En síntesis, se puede considerar que las funciones atribuidas a los puestos del personal eventual son de índole profesional y retribuidas también según dicho carácter; con el plus añadido de la confianza, tanto desde la óptica de las funciones como desde la de las retribuciones.

A la vez, la segunda característica indicada debe entenderse en el sentido de que no es necesario que deba justificarse una causa del cese y seguir un procedimiento determinado, no en el sentido de que se vaya a producir solamente cuando lo decida la autoridad competente; porque la legislación de función pública también prevé el cese necesario y automático del personal eventual cuando se produce el cese o expira el mandato de la autoridad a la que presta su función de confianza o asesoramiento especial. Se puede observar, como se ha dicho anteriormente, que el elemento de la confianza o proximidad al cargo político es la causa que justifica el nombramiento y el cese libres. Desde este punto de vista, se puede afirmar que el nombramiento y el cese libres no afectarían a la existencia de una auténtica relación laboral sino, simplemente, a un elemento adjetivo; un elemento importante, sí, pero adjetivo en definitiva.

Una vez definido como una clase de personal de carácter no permanente, es importante resaltar cuál es el régimen aplicable al conjunto de derechos y deberes que configuran la relación laboral del personal eventual. La naturaleza jurídica de la relación del personal eventual, entendida como el ordenamiento o régimen jurídico aplicable, sería el de derecho administrativo o funcional; de hecho, el art. 104.3 LRBRL todavía lo incluye dentro de la categoría de funcionarios de empleo, y mantiene, así, la terminología usada anteriormente por la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (texto articulado aprobado por el Decreto 315/1964, el 7 de febrero). La naturaleza pública viene confirmada desde un punto de vista sustantivo por el art. 12.5 LEBEP, que establece como regla general que al personal eventual se le aplica, en aquello que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera. Este precepto da a entender que el legislador dispone de la facultad absoluta para decidir cuándo un determinado derecho de los funcionarios de carrera se puede aplicar al personal eventual por considerarlo adecuado a «la naturaleza de su condición» y cuándo se aplica un régimen distinto a un determinado derecho. De ser realmente así, no existiría un derecho a la igualdad de trato proclamado por la Directiva, porque la simple invocación del régimen legalmente establecido para cada condición se erigiría en razón objetiva para exceptuar el principio general.

A pesar de las diferencias, se prevé una clara aproximación al régimen propio de los funcionarios de carrera, lo cual no debe traducirse necesariamente en una igualdad de derechos. De hecho, el art. 12.4 LEBEP establece dos excepciones expresas a la aplicación del régimen de los funcionarios cuando dice que no podrá constituir mérito para acceder a la función pública ni para la promoción interna. Que estén establecidas legalmente no significa que, incluso en estos casos, no se pueda analizar si estamos ante unas excepciones justificadas por razones objetivas o no.

Más allá de las normas concretas citadas, no existe una regulación legal de los derechos y deberes del personal eventual. Como regla general, debería darse una

igualdad de condiciones de trabajo con los funcionarios de carrera, y la Administración debería justificar, en cada caso, la falta de adecuación a la naturaleza de su condición para poder aplicar unos derechos y deberes distintos. La invocación de esta naturaleza sin otra concreción ni justificación no puede ser una razón para excluir al personal eventual del ámbito de la Directiva; con mayor razón, cuando se trata de una expresión de contenido y alcance poco concretos, imprecisos y abstractos.

Como se ha visto anteriormente, de la cláusula 2.1 AM, en relación con la cláusula 3.1 AM, se deduce que se aplica a los trabajadores con un contrato o relación laboral de duración determinada cuya finalización está determinada por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio de terminado o la producción de un hecho o suceso precisos. La relación de condiciones objetivas concretas no tiene carácter exhaustivo, sino ejemplificativo, de modo que es admisible aportar otras razones que permitan conseguir los objetivos de la Directiva.

Una atención particular merecen las relaciones temporales cuya finalización no está determinada por condiciones objetivas. Este requisito no siempre se daría en el caso del personal eventual, porque, si bien se pueden considerar condiciones objetivas la expiración del mandato o el cese de la autoridad que ha nombrado al personal eventual, es más difícil dicha consideración cuando se prevé que el cese se pueda producir en cualquier momento por la decisión discrecional de la autoridad competente. Esto se podría explicar por la singularidad del ordenamiento de función pública español al regular este tipo de personal.

En este punto, cabe recordar que no se puede realizar una interpretación literal y restrictiva de los preceptos del AM, tal como afirma una doctrina consolidada en la jurisprudencia del TJUE, argumentada en la importancia de los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del derecho comunitario y que constituyen normas de derecho social comunitario de especial importancia de las que ha de disfrutar todo trabajador, por ser disposiciones protectoras mínimas.² De manera que las excepciones a esta regla general serán solamente las que determina de forma expresa la misma Directiva, con las concreciones que en su caso pudiera reservar a los Estados miembros.

Ahora bien, la naturaleza del personal eventual no se altera por el hecho de reconocerle unos determinados derechos o condiciones de trabajo, como el derecho a la percepción de trienios o del complemento de productividad. Solo hace falta que el legislador lo establezca. De manera que es compatible con dicha naturaleza el que, sobre el fundamento de una norma interna o de derecho comunitario –en este caso, la Directiva–, se otorguen al personal eventual unos derechos en los tér-

2. STJUE de 13 de septiembre de 2007, asunto C-307/05.

minos que establecen estas normas. Dicho de otra manera, el hecho de que el personal eventual se incluya dentro del ámbito de aplicación de la Directiva no implica que se altere su naturaleza, mientras no se pretenda la equiparación absoluta con los funcionarios de carrera o la equiparación en algún derecho o derechos que vayan radicalmente en contra de aquella naturaleza. En este sentido podemos ver los argumentos de la STS de 19 de octubre de 2012, recurso 359/2011; según el TS, la consideración de la inclusión de la relación de empleo del personal eventual en la Directiva prevalece sobre la ley interna invocada en el recurso.

En las administraciones territoriales no se ha planteado la aplicación de la Directiva al personal eventual. En cambio, es significativo que se haya aplicado al personal eventual al servicio del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). En esta institución, el personal eventual percibía las mismas retribuciones básicas que los funcionarios de carrera del grupo al que estaban asimilados, excluidos los trienios. La situación cambió con el acuerdo del pleno del CGPJ de 21 de junio de 2010, que decidió reconocer el derecho de una secretaria de un alto cargo del CGPJ con la condición de personal eventual a percibir un complemento personal de antigüedad por aplicación directa de la Directiva; derecho posteriormente reclamado y extendido al resto del personal eventual del CGPJ. Posteriormente, el acuerdo del pleno de 28 de abril de 2011 utilizó el mismo argumento –el efecto directo de la Directiva– para reconocer el derecho a la percepción de antigüedad con efectos retroactivos.

Otro precedente importante en esta materia es el del personal eventual al servicio del TC, que ha seguido los pasos del CGPJ. Tanto en el supuesto de los funcionarios de carrera que ocupan un puesto de personal eventual como en el de los nombrados como tal sin tener dicha condición previamente, el TC ha reconocido su derecho al complemento de antigüedad que perciben los funcionarios de carrera de la institución, si bien en este caso no se hace ninguna referencia a la Directiva. El acuerdo del pleno del TC de 27 de mayo de 2014 modifica parcialmente el régimen de retribuciones del personal a su servicio establecido por acuerdo de 19 de diciembre de 2002. Según el art. 3, en relación con el art. 2.2, las retribuciones básicas del personal eventual, constituidas hasta aquel momento por el sueldo exclusivamente, pasan a ser idénticas a las de los funcionarios de carrera que prestan servicios en el TC, incorporando los trienios por los servicios prestados en las administraciones públicas y en el propio TC, en la cuantía correspondiente al grupo de asimilación en que se clasifiquen sus funciones en la RPT. También se equipara la cuantía de los trienios por los servicios prestados exclusivamente en el propio TC, equivalentes a los trienios del personal al servicio de la Administración de Justicia, mediante la percepción del correspondiente complemento de adecuación de antigüedad.

Los dos ejemplos expuestos tienen una especial significación si tenemos en cuenta que se trata de dos órganos constitucionales de relevancia y su ejemplo podría extenderse a las administraciones territoriales. Cabe tener presente que dicha traslación no se puede fundamentar jurídicamente en estos precedentes por-

que los dos órganos tienen un estatuto funcional autónomo y no se les aplica directamente la LEBEP.

De hecho, el TS ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones en relación con el complemento de antigüedad del personal eventual al servicio del CGPJ. La primera, en la STS de 13 de junio de 2012, recurso 60/2012, sobre la reclamación realizada por una funcionaria de carrera del CGPJ del derecho a percibir trienios con carácter retroactivo por equiparación con el personal eventual, al cual el propio CGPJ había reconocido dicho derecho. El TS, aunque no expresa con claridad si la Directiva se aplica al personal eventual, parece estar a favor de ello basándose en el efecto directo de la cláusula 4 AM. La paradoja se da por el hecho de que el TS desestima la equiparación del funcionario de carrera con el personal eventual porque se trata de dos clases de personal, con un vínculo de distinta naturaleza, siendo también distintos los elementos que los definen y los caracterizan; de manera que, sorprendentemente, no se reconoce el derecho a la percepción de los trienios a los funcionarios de carrera y, en cambio, sí se le reconoce al personal eventual.

La STS de 13 de noviembre de 2012, recurso 364/2011, contra los acuerdos del CGPJ que, si bien reconocen al personal eventual el derecho a un complemento personal por antigüedad equivalente al que percibían los funcionarios de carrera y con efectos retroactivos, desestimaban que fuesen de la cuantía correspondiente a un grupo superior como pretendían los demandantes. En esta ocasión, el TS parte del presupuesto de que el CGPJ fundamentó el reconocimiento de trienios en la aplicación directa de la Directiva. En consecuencia, aceptado por el CGPJ el derecho a la equiparación sobre la base de la cláusula 4 AM, dicha equiparación debe llevarse a cabo con todas sus consecuencias; en caso contrario, se frustraría la finalidad perseguida por la Directiva. Conviene precisar que el TS no manifiesta una posición clara sobre si la Directiva es aplicable al personal eventual, sino que parte de que ha sido el propio CGPJ quien lo ha considerado así y, por lo tanto, debe ser consecuente con su anterior decisión. El TS también argumenta que el CGPJ no ha aportado razones objetivas para justificar una diferencia de trato del personal eventual respecto de los funcionarios de carrera, por lo cual no es aplicable la excepción contemplada en la cláusula 4 AM.

La jurisprudencia interna sigue considerando que existen diferencias sustanciales entre el régimen del personal eventual y el de los funcionarios de carrera, a pesar del reconocimiento del derecho a la percepción de la antigüedad. No se altera la naturaleza del personal eventual a todos los efectos: comparación y reclamación de la igualdad de derechos en materias como la carrera profesional, la permanencia, etc. La STS de 19 de octubre de 2012, recurso 359/2011, también alude a la aplicación de la Directiva al personal eventual del CGPJ. En este caso, que trataba del cese de la titular de un puesto de personal eventual, el TS afirma que el reconocimiento de la antigüedad al personal eventual efectuado por el CGPJ no altera

la naturaleza del puesto, que se mantiene como eventual, porque «la consideración de la inclusión del empleo de la recurrente en el ámbito personal de la Directiva prevalece sobre la Ley interna que se invoca en el recurso».

Recientemente, el TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la aplicación de la Directiva al personal eventual al servicio del Consejo de Estado, en concreto, sobre si la omisión de la legislación española del derecho a la percepción de los trienios es contraria al principio de no discriminación del personal temporal en relación con el permanente, dado que los percibían los funcionarios de carrera y el personal que presta servicios temporales: funcionarios interinos y funcionarios de carrera en un puesto de personal eventual. En el caso planteado, la demandante ocupaba puestos de personal eventual desde 1980. El TS ha decidido no resolver el recurso y ha elevado una cuestión prejudicial al TJUE³ justificada con los argumentos y consideraciones siguientes:

a) El carácter público del personal eventual no es un obstáculo que impida su inclusión dentro de la definición de *trabajador con un contrato de duración determinada* de la cláusula 3.1 AM.

b) El núcleo básico de la duda principal está en si las notas de confianza y asesoramiento especial imponen negarle la característica de profesionalidad que está presente en aquella definición.

c) Considera que las notas anteriores no son incompatibles con la profesionalidad, porque se dan los elementos característicos de esta: se trata de una actividad asimilable a una de las profesiones existentes en el mercado privado de trabajo, se efectúa en régimen de subordinación y es un medio de subsistencia del empleado. También pone de relieve que sus funciones materiales, normalmente trabajos de oficina, son comunes a otros puestos de trabajo existentes en el mercado laboral privado; y la confianza, que representa un plus añadido a estos cometidos materialmente coincidentes.

d) La igualdad dispuesta por la Directiva sobre los criterios de antigüedad va dirigida a que las retribuciones de los trabajadores temporales y de los indefinidos no sean diferentes por lo que se refiere a los factores que determinan su cuantía si en unos y otros puestos el contenido material es el mismo.

Con estas consideraciones, el TS afirma que las notas de confianza y asesoramiento especial no son incompatibles con la profesionalidad que se da en las funciones asignadas al personal eventual y que las funciones materiales son comunes con las del resto de empleados. Con ello, parece que el TS debería haber resuelto en sentido favorable a la aplicación de la Directiva al personal eventual sin necesidad de plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE.

3. El TJUE ha registrado esta cuestión prejudicial con la referencia de asunto C-177/14. Diario Oficial de la Unión Europea de 4 de agosto de 2014.

Finalmente, cabe reproducir en este punto, las consideraciones hechas anteriormente en relación con los funcionarios interinos: que se les aplique la Directiva no significa que deba producirse una equiparación total de las condiciones de trabajo con las de los funcionarios de carrera. Es evidente que las diferencias conceptuales pueden comportar que su situación no sea comparable con la de los funcionarios de carrera en relación con determinadas condiciones de trabajo o que, en caso de serlo, se den razones objetivas que justifiquen un trato diferente. El análisis deberá hacerse caso por caso, teniendo en cuenta las características que configuran cada condición de trabajo en particular en contraposición con las características del personal eventual.

Una vez se acepta que la Directiva se aplica al personal eventual, la consecuencia inmediata es que la cláusula general por la que «se le aplica, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera» debería ser reformulada en los términos siguientes: «se le aplica el régimen general de los funcionarios de carrera excepto en aquello que esté justificado por la naturaleza de su condición». Una cuestión distinta será la mayor dificultad que pueda presentar, en ocasiones, la determinación de cuál deba ser el trabajador indefinido comparable, ya que las funciones son diferentes a las de los funcionarios de carrera; problema que no se da en el caso de los funcionarios interinos. También, a partir de las especificidades de la confianza y del nombramiento libre, deberá analizarse cuáles son las causas objetivas que pueden justificar una diferencia de trato en comparación con los funcionarios de carrera. Estos aspectos se analizarán en los apartados siguientes.

La naturaleza de las funciones asignadas y el hecho de que su nombramiento y su cese sean libres y no respondan a los principios de igualdad, mérito y capacidad debería comportar que no se pudieran comparar fácilmente, a los efectos de una posible discriminación, las condiciones de trabajo ligadas con la permanencia en la función pública o con la movilidad funcional para pasar a ejercer tareas de carácter permanente en cada Administración: promoción interna, provisión de puestos de trabajo y situaciones administrativas. En cambio, a priori, parece que no habría ningún impedimento legal para aplicar la igualdad en aquellas condiciones de trabajo que solamente están en función de prestar unos servicios en la Administración, como sería el caso de los trienios.

2.3. Aplicación de la Directiva al personal permanente vinculado previamente con una relación temporal

Es incuestionable que la Directiva y el AM se aplican solamente a las relaciones temporales. A pesar de esta claridad, surge la duda sobre si se puede invocar el principio de no discriminación por parte del personal permanente –funcionarios de

carrera— respecto de los servicios prestados anteriormente en virtud de una relación temporal. De hecho, con frecuencia una relación temporal en calidad de funcionario interino o de contratado temporal constituye un paso previo para adquirir posteriormente la condición de funcionario de carrera o trabajador indefinido. Una vez constituida la relación permanente se pueden dar diversos supuestos en los cuales no se tengan en cuenta los servicios prestados con carácter temporal o se valoren con criterios distintos, en ambos casos, respecto de los prestados como funcionario de carrera.

Uno de dichos supuestos se planteó ante el TJUE, en el caso resuelto por la sentencia de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10. Se trataba de una convocatoria de promoción interna en la que se exigía un requisito de antigüedad como funcionario de carrera para poder participar, de manera que los servicios prestados como funcionario interino no se computaban a estos efectos. El funcionario de carrera demandante pretendía, en esencia, cuestionar una diferencia de trato a la hora de tener en cuenta la antigüedad y la experiencia profesional adquirida para ser valorada en un proceso selectivo interno; diferencia consistente en que los períodos de servicios prestados como funcionario de carrera se tomaban en consideración, mientras que no pasaba lo mismo con los prestados en calidad de funcionario interino; todo esto sin que la Administración hubiera analizado la naturaleza de las tareas realizadas ni las características inherentes a ellas. Por su parte, el Gobierno español y la Comisión Europea alegaban que cuando el interesado participó en el proceso selectivo ya tenía la condición de funcionario de carrera, y eso hacía que la comparación se planteara entre dos funcionarios de carrera, lo que impedía la aplicación de la Directiva.

El TJUE declaró que el simple hecho de que el empleado hubiese adquirido la condición de funcionario de carrera y que el acceso a un proceso selectivo por el sistema de promoción interna estuviese sujeto a la posesión de dicha condición no excluía la posibilidad de que este pudiera invocar, en determinadas circunstancias, el principio de no discriminación enunciado en la cláusula 4 AM, dado que la discriminación contraria a dicha cláusula se refería a los períodos de servicios prestados como funcionario interino y que el hecho de que mientras tanto el interesado hubiera tomado posesión como funcionario de carrera no tenía relevancia.

La sentencia se fundamenta, además, en la concreción del principio de no discriminación formulado en la cláusula 4.4 AM, según la cual los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada y para los trabajadores indefinidos, salvo que se justifiquen unos criterios de antigüedad distintos fundamentados en razones objetivas. Según el TJUE, no se desprende de la literalidad de la disposición ni del contexto en que está inserida que deje de ser de aplicación una vez que el trabajador adquiera el estatus de trabajador indefinido. La posición contraria equivaldría a reducir el ámbito de protección reconocido a los trabajadores afecta-

dos frente a las discriminaciones y conduciría a una interpretación indebidamente restrictiva de esta cláusula, contraria a la jurisprudencia del propio TJUE.

De la interpretación del TJUE se pueden deducir las consecuencias siguientes:

1.^a) La consideración del tiempo de servicios prestados en la condición de temporalidad puede tener una vertiente cualitativa y otra cuantitativa: no solo debe valorarse todo el tiempo, sino que se ha de valorar de la misma manera.

2.^a) Se puede invocar la existencia de discriminación cuando el tiempo de servicios prestados actúa como requisito para obtener un determinado derecho y cuando actúa como mérito en un procedimiento de selección, de provisión de puestos, de carrera, etc.

3.^a) La consideración de los servicios prestados, por sí sola y al margen de su evaluación cualitativa, es independiente del hecho de que se haya accedido como funcionario de carrera o trabajador fijo a una plaza de la misma escala o subescala o de la misma categoría laboral que la ocupada como temporal, y de que el acceso se haya producido sin solución de continuidad o transcurrido un tiempo desde la extinción de la relación temporal. Simplemente, debe atenderse al sistema y condiciones de evaluación establecidos en cada caso para el personal permanente.

Parece lógico que la consideración de los servicios prestados en virtud de una relación temporal, en términos de igualdad de trato, se pueda invocar en cualquier momento en que vayan a ser objeto de valoración, con independencia de que se haya extinguido la relación temporal.

Capítulo 2

El principio de no discriminación entre trabajadores temporales e indefinidos en la Directiva

En los distintos apartados que integran este capítulo se va a incidir en el análisis de la cláusula 4, que, bajo el título de «Principio de no discriminación», en su versión en español, dice:

1. 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.

2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de *prorata temporis*.

3. Las disposiciones para la aplicación de la presente cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales.

4. Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas.

El principio de no discriminación aparece formulado en dicha cláusula con dos versiones:

a) La primera, en el apartado 1, es de carácter general y, seguramente, la más relevante. Se aplica a todas las condiciones de trabajo y, para cada una, se establecen los términos de comparación entre las de los trabajadores temporales y las de los trabajadores indefinidos.

b) La segunda, formulada en el párrafo 4, tiene un carácter más particular y limitado al cálculo de la antigüedad o servicios prestados. De ella cabe destacar que amplía el ámbito objetivo de aplicación del principio de no discriminación, porque permite comparar los servicios prestados con la condición de trabajador temporal, cuando ya se ha perdido por haber pasado a indefinido.

El análisis de la Directiva y su aplicación en el campo de las relaciones funcionariales comienza con algunas referencias al significado del principio de no discrimi-

minación del personal temporal (1). A continuación, se aborda la delimitación del alcance de la noción de *condiciones de trabajo* en el sentido de la Directiva (2). Luego, se analizan los dos elementos esenciales del principio de no discriminación: la delimitación del concepto de *trabajador indefinido comparable* (3) y cuáles podrían ser las causas o razones objetivas que pueden justificar un trato diferente de las relaciones temporales (4).

1. Consideraciones generales sobre el principio de no discriminación en la Directiva

La cláusula 4.1 AM establece la prohibición de un trato desfavorable de los trabajadores temporales respecto a los indefinidos por lo que se refiere a las condiciones de trabajo aplicables a uno y otro tipo de relación laboral. En primer lugar, es preciso observar que la Directiva y el AM se refieren indistintamente a no discriminación y a igualdad de trato, de manera que establecen una identidad entre ambos. De hecho, como afirma el TJUE, la prohibición de discriminación de la cláusula citada constituye una expresión específica del principio general de igualdad, uno de los principios fundamentales del derecho de la UE, aplicable a las personas que se encuentran en una situación comparable (STJUE de 12 de octubre de 2004, asunto C-313/02). Advirtiendo que, a pesar de que esta sentencia se refiere a la aplicación de la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa al AM sobre el trabajo a tiempo parcial, es predicable de la Directiva sobre el trabajo temporal, dado que ambas están redactadas en los mismos términos en este punto.

El principio de igualdad en las condiciones de trabajo de los trabajadores temporales y los trabajadores indefinidos no es absoluto, ni a los ojos de la Directiva ni a los del derecho interno. En esto debe diferenciarse del principio de no discriminación por las causas explicitadas en el mismo art. 14 CE, tal como afirma repetidamente la jurisprudencia del TC. Así, por ejemplo, en la STC 66/2014, de 5 de mayo, sobre un caso de discriminación por razón de sexo, el TC declara que, a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad, y solamente exige la razonabilidad de la diferencia de trato establecida por la norma, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de falta de razonabilidad de la diferencia establecida *ex constitutione*, que impone como fin, y, generalmente, como medio, la paridad. La discriminación comporta una lesión directa del art. 14 CE cuando se acredita que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o perjuicio laboral, y en estos casos no tiene valor legitimador la concurrencia de otros motivos que hubiesen podido justificar la medida, al margen del resultado discriminatorio. Además, también engloba el trato discriminatorio producido indirectamente cuan-

do se regulan condiciones o circunstancias que tienen una relación de conexión directa e inequívoca con la causa de discriminación. Así, determinadas condiciones laborales relativas al embarazo o a la maternidad pueden ser causa de discriminación por razón de sexo porque influyen exclusivamente en la mujer. De manera que corresponde a la Administración ofrecer medidas alternativas razonables para neutralizar una posible vulneración del principio de no discriminación. La existencia de un doble nivel de protección también se desprende de la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 6 de marzo de 2014, asunto C-595/12).

Queda claro, pues, que con independencia de la terminología empleada, la Directiva se refiere al principio de igualdad, que admite algunas excepciones cuando estén justificadas por la existencia de razones objetivas. Este mismo criterio terminológico flexible es el que se utiliza en este trabajo. Lo que conviene poner de relieve es que la Directiva incorpora un mayor grado de protección de los trabajadores temporales que el ofrecido hasta ahora por el derecho interno, sobre todo, en el ámbito de las relaciones temporales de función pública. Ello es debido a la interpretación que el TC y los tribunales ordinarios han efectuado del principio de igualdad proclamado en el art. 14 CE. Así, la STC 240/1999, de 20 de diciembre, afirma que:

[...] es lo cierto que este Tribunal desde la STC 7/1984 ha declarado en numerosas resoluciones que los diversos Cuerpos y categorías funcionariales al servicio de las Administraciones Públicas son estructuras creadas por el Derecho y en cuanto tales, y prescindiendo de su sustrato sociológico, al ser el resultado de la definición que este haga de ellas, quedan configuradas como estructuras diferenciadas, con características propias, entre las que, en principio, no puede exigirse ex art. 14 un tratamiento igualitario.

Se observa, pues, que los tribunales estatales aplican unos criterios formales basados en las diferencias conceptuales introducidas por el ordenamiento de función pública entre las distintas clases de personal al servicio de la Administración, cuando los criterios aplicados por el TJUE son finalistas y materiales. La posición de los tribunales internos es apriorística, en el sentido de que consideran que las diferencias introducidas legalmente comportan que la situación de los funcionarios interinos y del personal eventual no sea comparable con la de los funcionarios de carrera; de lo cual deducen que las diferencias en el régimen de derechos o condiciones de trabajo de las dos clases de personal temporal están justificadas, sin necesidad de entrar a considerar si existen razones objetivas basadas en la temporalidad que justifiquen tal diferencia de trato. A partir de aquí, parece evidente que las instancias estatales –legisladores, gobiernos y administraciones públicas y tribunales– deberán adaptar sus posiciones a las previsiones de la Directiva, si bien su actitud ha sido reactiva hasta ahora, cuando no ignorante de dicha norma comunitaria y de la jurisprudencia del TJUE.

Cabe advertir que el TJUE, en ocasiones, ha ido más allá y ha formulado una segunda versión del principio de no discriminación, según la cual, el principio de no discriminación también exigiría que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que se justifique objetivamente. Como ejemplo, la STJUE de 8 de noviembre de 2011, asunto C-177/10, afirma que:

[...] cabe recordar que, según reiterada jurisprudencia, el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes,⁴ a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado.

No parece que esta interpretación del principio de igualdad sea demasiado correcta, pues aunque entre dos situaciones pueda existir inicialmente alguna diferencia –como sería entre un trabajador temporal y otro indefinido– parece evidente que pueden tener el mismo trato en relación con determinadas condiciones de trabajo –jornada, horarios, permisos, etc.– sin necesidad de justificación alguna.

Parece coherente pensar que el ordenamiento jurídico –comunitario y estatal– no pretenden regular el principio de discriminación entre situaciones diferentes, sino que regula el de no discriminación entre situaciones comparables. No prescribe la discriminación, sino la no discriminación. Por este motivo no parece correcto afirmar que el principio de no discriminación proclama «que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes». No se puede pedir a la Administración o a los tribunales que discriminen dos posiciones diferentes de los ciudadanos, en este caso empleados públicos, ante la propia Administración donde prestan sus servicios. Lo que el ordenamiento demanda es que se evite y se persiga la discriminación. Con carácter general, no se puede ir en contra de un acto de la Administración cuando trata por un igual al funcionario de carrera y al funcionario interino salvo que, excepcionalmente, se pudiera acreditar un trato discriminatorio del funcionario de carrera. Dicho de otra manera, el ordenamiento puede dar el mismo trato a dos situaciones o supuestos distintos si lo considera conveniente, sin que esto se pueda considerar discriminatorio.

Trasladando la afirmación anterior al campo de las relaciones laborales, se puede decir que el solo hecho de la temporalidad no obliga en general a tratar de manera diferente las relaciones temporales y las indefinidas. Pero no siempre se sigue este criterio; un buen ejemplo de ello se encuentra en la STSJ de Andalucía de 15 de abril de 2013, recurso 61/2013 (entre otras sobre el mismo tema y objeto), en que este tribunal anuló la modificación de las bases de una convocatoria de provisión de puestos de trabajo porque incorporaba una valoración idéntica de los méritos por antigüedad de los funcionarios interinos y de los funcionarios de carre-

4. Esta segunda versión del principio de no discriminación será utilizada por los tribunales estatales. Así, entre otras, la sentencia del TSJ (STSJ) de Andalucía de 15 de abril de 2013, recurso 61/2013.

ra, al considerar el TSJ que existen unas diferencias entre estos dos colectivos por lo que se refiere a su cualificación y a las tareas que ejercen. Paradójicamente, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) llegó a la conclusión de que se tenía que discriminar a los funcionarios interinos porque su situación era diferente a la de los funcionarios de carrera. Tergiversar el sentido del principio de igualdad comporta una incoherencia y resulta contrario a la finalidad principal de la Directiva que, precisamente, no es otra que proteger el trabajo temporal evitando su discriminación.

Dicho de otro modo, se puede afirmar que una cosa es reclamar la igualdad de condiciones de trabajo entre trabajadores no comparables y otra distinta que el legislador no pueda tratar de forma idéntica unas condiciones de trabajo para el personal temporal y el personal indefinido. La diferencia queda ilustrada en la STJUE de 12 de diciembre de 2013, asunto C-361/12. Según el TJUE, para apreciar si la indemnización abonada en virtud de una cláusula ilícita de extinción de un contrato de trabajo temporal y la abonada en caso de interrupción ilícita de un contrato indefinido debe determinarse de forma idéntica, es necesario examinar, en primer lugar, si se puede considerar que las personas interesadas se encuentran en una situación comparable. Con esta premisa, considera que en el primer caso la indemnización se refiere a contratos celebrados de forma irregular, mientras que el segundo afecta a trabajadores despedidos; por lo cual, se trata de situaciones distintas que pueden tener un trato diferente. Pero, como indica el TJUE, el AM no se opone a que los Estados miembros introduzcan un trato más favorable para los trabajadores temporales que el dispensado por la Directiva cuando las situaciones son comparables. Es decir, que las situaciones no exigen un trato diferenciado por lo que se refiere a las condiciones de trabajo del personal temporal, de manera que este se puede beneficiar de un trato idéntico al del personal permanente.

En otro orden de consideraciones, es importante destacar que la formulación del principio de no discriminación de la Directiva no puede ser interpretado de forma restrictiva dado que, como se ha dicho anteriormente, constituye un principio del derecho social de la UE. La aplicación de este principio queda reflejada en la Directiva con la regulación de unas condiciones de mínimos. Esta es la posición adoptada de forma sistemática por el TJUE. Así, el auto de 9 de febrero de 2012, asunto C-556/11, recuerda que uno de los objetivos del AM es mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto del principio de no discriminación, tal como establecen la cláusula 1, letra a y la exposición de motivos, párrafo tercero. Por otro lado, el considerando 14 de la Directiva afirma que el objetivo del AM consiste, en particular, en mejorar la calidad del trabajo temporal estableciendo unas condiciones mínimas que garanticen la aplicación del principio de no discriminación. Según el TJUE, en definitiva, la cláusula 4 AM tiene por objeto la aplicación de este principio a los trabajadores temporales con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por una empresa o Administración para privar a estos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato indefi-

nido. Y termina afirmando que, teniendo en cuenta los objetivos perseguidos, la cláusula 4 AM debe interpretarse en el sentido que expresa un principio de derecho social de la UE que no puede ser interpretado de forma restrictiva.

Esta interpretación no restrictiva debería aplicarse principalmente para concretar cuándo nos encontramos ante una condición de trabajo en el sentido de la Directiva (STJUE de 12 de diciembre de 2013, asunto C-361/12); pero también intervendría para concretar el ámbito de aplicación y la determinación del trabajador indefinido comparable. Finalmente, debería aplicarse como contrapeso en el caso de las causas objetivas invocadas para justificar una diferencia de trato en cada caso particular, limitando su apreciación. A saber, no solamente será necesario aportar una motivación que justifique la excepción que supone una determinada causa objetiva (objetividad y proporcionalidad en la apreciación del principio de igualdad), sino que la apreciación de las causas a considerar deberá hacerse restrictivamente.

También está a favor de una interpretación no restrictiva el hecho de que la Directiva formula una regla general de no discriminación, de manera que lo que deberá justificarse e interpretar restrictivamente serán las excepciones a la regla general. Conviene recordar que son estas las que están sujetas a una interpretación restrictiva.

Por otro lado, no debe confundirse la interpretación restrictiva con el carácter de mínimos de las medidas que incorpora la Directiva para hacer efectivo el principio de igualdad de trato y para evitar el uso abusivo de contrataciones temporales sucesivas con el mismo trabajador. Como ya se ha dicho, el considerando 14 de la Directiva manifiesta la voluntad de las partes firmantes del AM de establecer en este las condiciones mínimas para los contratos de duración determinada y las relaciones laborales de esta naturaleza. Esta voluntad se plasma en la cláusula 8.1 AM: «Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales podrán mantener o introducir disposiciones más favorables para los trabajadores que las previstas en el presente Acuerdo».

Asimismo, no se puede eludir la aplicación del principio de no discriminación amparándose en la existencia de una norma de derecho interno. Según reiterada jurisprudencia del TJUE, debe entenderse que el concepto de *razones objetivas*, en el sentido de la cláusula 4.1 AM, impide justificar una diferencia de trato entre trabajadores temporales e indefinidos con el argumento de que esta diferencia está prevista en una norma general y abstracta, como una ley, un acuerdo de condiciones de trabajo o un convenio colectivo (SSTJUE de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10; de 13 de septiembre de 2007, asunto C-307/05; de 22 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09; y el auto del TJUE –ATJUE– de 18 de marzo de 2011, asunto C-273/10). Esta diferencia de trato es habitual en la legislación de función pública en los términos en que se interpreta habitualmente en el orden interno, pero también se introducen diferencias en los instrumentos negociados entre la Administración y los representantes de los empleados públicos.

En cambio, es infrecuente que la diferencia de trato se produzca en la legislación laboral, porque se transpuso la Directiva al ET el año 2001; para el personal laboral, las diferencias de trato entre trabajadores temporales e indefinidos se producen generalmente a través del convenio colectivo de trabajo de cada entidad local.

Para terminar este apartado, es importante referirse al efecto directo del principio de no discriminación contenido en la cláusula 4 AM. El TJUE ha puesto de manifiesto repetidamente que para aplicar la cláusula 4 AM no es necesario adoptar ningún acuerdo por parte de las instituciones comunitarias. Tampoco permite a los Estados miembros que, al transponer la Directiva, puedan condicionar o restringir el alcance de la prohibición de discriminación en las condiciones de trabajo del personal temporal. Es cierto que establece una reserva relativa a las justificaciones basadas en circunstancias objetivas, pero la aplicación de esta reserva es susceptible de control jurisdiccional por el propio TJUE. Por lo tanto, la posibilidad de invocar una reserva no impide considerar que la cláusula 4 AM confiere a los particulares derechos que puede invocar directamente delante de los tribunales estatales, derechos que estos están obligados a salvaguardar. La previsión del principio *prorata temporis* (cláusula 4.2 AM) no puede ser un impedimento, al contrario; como tampoco puede serlo la facultad conferida a los Estados miembros para dictar las disposiciones de aplicación del principio de no discriminación en el ordenamiento interno (cláusula 4.3 AM), porque las normas internas no pueden referirse de ninguna manera a la definición del contenido de este principio, condicionar su existencia o limitar su alcance. En conclusión, como afirma la STJUE de 15 de abril de 2008, asunto C-268/06, «la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco es, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y lo suficientemente precisa para poder ser invocada por un particular ante un tribunal nacional».

Una vez delimitado el significado del principio de no discriminación de la Directiva, será necesario analizar las reglas que con carácter general deben permitir determinar cuándo se ha vulnerado el principio de igualdad de trato entre los trabajadores temporales y los indefinidos. La jurisprudencia del TJUE ha fijado los pasos que deben seguirse para alcanzar dicho objetivo, así como una serie de criterios aplicables a cada uno de ellos. Los pasos de este proceso serían:

- 1.º) Verificar la existencia de una condición de trabajo en el sentido de la Directiva.
- 2.º) Determinar el trabajador indefinido comparable.
- 3.º) Concretar las razones objetivas que pueden justificar la diferencia de trato.

2. Condiciones de trabajo sujetas a la no discriminación

La prohibición de discriminación formulada por la cláusula 4.1 AM se sitúa en el ámbito de las condiciones de trabajo, de manera que si una medida no tiene dicha

consideración no se le aplicará la prohibición de discriminación. Tal como afirma la STJUE de 13 de marzo de 2014, asunto C-38/13:

[...] procede determinar con carácter previo si la duración del preaviso [de extinción] de un contrato de trabajo de duración determinada está comprendida dentro del concepto de condiciones de trabajo en el sentido de la referida condición.

A pesar de esto, es probable que en muchas ocasiones no sea necesario entrar en el debate sobre esta cuestión, dada su evidencia, como sucede en el caso de condiciones como las retribuciones, la jornada y el horario de trabajo, los permisos, etc.

En todo caso, hay cierta dificultad para determinar a priori el alcance del concepto de *condiciones de trabajo*, dado que no tiene por qué coincidir en el derecho interno y en la Directiva. Concretamente, por lo que se refiere a los funcionarios, en el orden interno se ha considerado habitualmente que el acceso a la función pública y la selección de los empleados públicos corresponden a un estadio previo al nacimiento de la relación laboral, de manera que no integrarían las condiciones de trabajo. De forma similar sucedería con la extinción de la relación de los funcionarios interinos y, principalmente, del personal eventual, que se han vinculado con el régimen de incorporación.

Por su parte, la Directiva y el AM tampoco precisan qué debe entenderse por *condiciones de trabajo* y cuáles son, cosa que corresponderá llevar a cabo a los Estados miembros inicialmente. Pero el TJUE ha debido pronunciarse en algunas ocasiones sobre la inclusión de determinados supuestos en los que el Estado miembro implicado defendía que la reclamación planteada no se refería a una condición de trabajo en sentido estricto. Según el TJUE, el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en el concepto de condición de trabajo en el sentido de la cláusula 4 AM es precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario (SSTJUE de 13 de marzo de 2014, asunto C-38/13; de 12 de diciembre de 2013, asunto C-361/12; y de 10 de junio de 2010, asuntos C-395/08 y C-396/08). No pasa inadvertido que este criterio general es impreciso e insuficiente para resolver los casos concretos; quizás por este motivo el TJUE interpreta este concepto a partir de la finalidad protectora y de mínimos del AM, cuya cláusula 4 no puede ser interpretada restrictivamente; de manera que no sería admisible la exclusión de una condición o medida del concepto de condiciones de trabajo cuando ello equivaldría a reducir el ámbito de la protección concedida a los trabajadores temporales contra las discriminaciones.

La ya citada STJUE de 13 de marzo de 2014 da un paso más en la defensa de una interpretación amplia del concepto al considerar aplicables, por analogía, los de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el trabajo y el empleo (en particular, el

art. 3.1.c), y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de trabajo y empleo (en particular, el art. 14.1.c). Tampoco en esta directivas se define cuáles son las condiciones de trabajo, pero contienen un listado más amplio de las condiciones objeto de la prohibición de discriminación, entre las cuales están las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción.

A partir de los diversos pronunciamientos del TJUE se puede ir confeccionando una relación cada vez más extensa. El número más importante de pronunciamientos sobre esta cuestión se ha producido en los aspectos retributivos del personal temporal, en particular, referentes a los funcionarios interinos, a pesar de que las retribuciones estaban excluidas de las competencias de la UE para dar soporte y completar la acción de los Estados miembros para conseguir los objetivos de política social comunitaria (art. 153.5 TFUE, antiguo art. 137.5 TCE). Con ello se demuestra una vez más que el TJUE aplica una interpretación amplia del principio de no discriminación.

El TJUE también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la carrera profesional en la función pública, concretamente sobre la carrera horizontal. En relación con esta última, según el ATJUE de 9 de febrero de 2012, asunto C-556/11, los sexenios del personal docente no universitario deben considerarse una condición de trabajo en el sentido de la cláusula 4 AM. Este concepto retributivo constituye un complemento salarial que se otorga en función de la duración de los períodos de servicios prestados y de haber cursado determinado número de horas de formación en el marco de un régimen de carácter obligatorio para el conjunto del profesorado que presta servicios a la comunidad autónoma implicada.

En relación con el acceso a la función pública, el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre una cuestión prejudicial relativa al cómputo de los servicios prestados como funcionario interino para cumplir con el requisito temporal exigido para poder participar en un proceso selectivo por el turno de promoción interna. La STJUE de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10, pone de manifiesto que la Administración alegaba que el requisito de antigüedad como funcionario de carrera constituye un requisito de acceso al empleo y no una condición de trabajo en el sentido de la Directiva. Según el TJUE, las normas nacionales relativas a los períodos de servicio que se han de cumplir para poder ser clasificado en una categoría retributiva superior o con la finalidad de calcular períodos de servicio requeridos para ser objeto de un informe de cualificación cada año y, en consecuencia, poder beneficiarse de una promoción profesional forman parte integrante de las condiciones de trabajo. De ello se deriva que el concepto de condiciones de trabajo de la cláusula 4 AM engloba un requisito relativo a la consideración de los períodos de servicios prestados como funcionario interino para una promoción interna.

Igualmente, el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la inclusión dentro del concepto de condiciones de trabajo de algunos aspectos relacionados con la extinción de las relaciones temporales, como son:

a) La posibilidad de aplicar un plazo de preaviso para la resolución de los contratos de duración determinada, diferente y perjudicial para los trabajadores temporales en comparación con el establecido para los trabajadores indefinidos (STJUE de 13 de marzo de 2014, asunto C-38/13).

b) La indemnización que debe satisfacerse a un trabajador temporal con una cláusula ilícita incorporada a su contrato de trabajo, de cuantía inferior a la que debe satisfacerse a los trabajadores por tiempo indefinido (STJU de 12 de diciembre de 2013, asunto C-361/12).

Un caso singular sobre el que se han pronunciado los tribunales estatales en virtud de la aplicación directa de la cláusula 4.1 AM es el de la exclusión del personal temporal del ámbito personal de aplicación del convenio colectivo del personal laboral de un ayuntamiento, lo cual comportaba una diferencia de trato con los trabajadores indefinidos. Según la STS de 7 de diciembre de 2011, Sala de lo Social, recurso 4574/2010, a pesar de que el convenio colectivo no se refería directamente a las condiciones de trabajo del personal temporal, indirectamente, la exclusión del ámbito del convenio comportaba la inaplicación de todas las condiciones de trabajo de que gozaba el personal indefinido comparable. El TS argumenta su resolución en la aplicación del principio de no discriminación del art. 15.6 ET, que recoge la transposición de la cláusula 4 AM al derecho interno.

La amplia interpretación del concepto de condiciones de trabajo efectuada por el TJUE no significa que cualquier diferencia de trato entre trabajadores temporales y trabajadores indefinidos tenga como consecuencia automática la existencia de discriminación y la vulneración de la cláusula 4 AM. Deberá darse un paso más para determinar cuál ha de ser el trabajador indefinido comparable.

3. El personal indefinido comparable

La cláusula 3.2 AM define el trabajador con un contrato de duración indefinida comparable en los siguientes términos:

[...] un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña.

En caso de que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales.

De la definición anterior se desprende que el trabajador fijo comparable se determinará a partir de los elementos siguientes: a) que se trate de un trabajador indefinido que ejerza un trabajo idéntico o similar; b) el ámbito geográfico de referencia, que inicialmente será el centro de trabajo. Además de los elementos citados, es indispensable ver que en la determinación juega un papel central la condición de trabajo sobre la que se produce la diferencia de trato en cada caso concreto. Finalmente, la dualidad de régimen jurídico en el empleo público obliga a considerar la posibilidad de que el trabajador comparable pueda ser un empleado público con un régimen distinto al del empleado temporal, de modo que se cruzarían los dos regímenes de personal.

3.1. Elemento material de comparación: el desempeño de un trabajo idéntico o similar

El primer elemento requerido –y, seguramente, el más relevante– introduce un criterio sustantivo: el de las funciones desarrolladas por los empleados que se comparan. Se tratará de comprobar si el trabajo realizado es sustancialmente coincidente. Este requerimiento es coherente con la posición poco formalista de la normativa comunitaria. Por lo tanto, el trabajador indefinido de referencia será el que realiza un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta –dice el TJUE– su cualificación y las tareas que desempeña.

Asimismo, el AM establece un concepto material amplio de *trabajador indefinido comparable*, en la medida que requiere el ejercicio de un trabajo idéntico o similar, sencillamente, en términos de funciones y de cualificación profesional en sentido amplio, pudiendo incorporar elementos de formación y de experiencia. Traduciendo estos criterios a la terminología propia de la función pública, se podría afirmar que entre los funcionarios interinos pertenecientes a la misma escala y subescala que un funcionario de carrera y que ocupan el mismo puesto genérico que este la comparabilidad debería estar garantizada sea cual sea la condición de trabajo en discusión.

El ATJUE de 9 de febrero de 2012, asunto C-556/11, afirma que:

[...] para apreciar si determinados trabajadores ejercen un trabajo idéntico o similar, debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable [...]. Sin embargo, en el litigio principal no se desprende del auto de remisión que el ejercicio de las funciones docentes por parte de los profesores que tienen la condición de funcionarios de carrera y de los profesores funcionarios interinos exija unas cualificaciones académicas o una experiencia distintas. Antes al contrario, se desprende de dicho auto que ejercen funciones similares y están sometidos a las mismas obli-

gaciones, en particular en materia de formación permanente. Por consiguiente, sobre la base de las informaciones proporcionadas al Tribunal de Justicia por el juez remitente, y habida cuenta de la definición del concepto de trabajador con contrato de duración indefinida comparable recogido en la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo marco, se advierte que los funcionarios interinos del cuerpo docente no universitario que prestan servicios para la Comunidad Autónoma de Castilla y León se hallan en una situación comparable.

A partir de la jurisprudencia del TJUE se pueden concretar algunos criterios para dilucidar esta cuestión. Así, según indica la STJUE de 18 de octubre de 2012, asuntos acumulados 302/11 a 305/11, en relación con el cómputo de los servicios prestados como personal temporal en un procedimiento de estabilización, para apreciar si los sujetos de comparación ejercen un trabajo idéntico o similar se debe comprobar a partir de una serie de factores como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación, la calidad de la experiencia adquirida y las condiciones laborales. Dicha comprobación debe efectuarla el órgano jurisdiccional estatal. Ahora bien, si las funciones que ejercen los funcionarios de carrera que superan un proceso selectivo son las mismas que ejercían cuando tenían la condición de funcionarios interinos, no cabe duda que se trataría de situaciones comparables. En cambio, si las funciones como personal temporal no se corresponden con las ejercidas por un funcionario de carrera perteneciente al cuerpo correspondiente, la diferencia de trato en relación con el cómputo de los servicios prestados como temporal no sería contraria a la cláusula 4 AM.

Por otro lado, el TJUE considera que no haber superado una oposición de acceso a la función pública no puede implicar que el trabajador temporal se encuentre en una situación diferente y no comparable con el trabajador indefinido a los efectos del cómputo de los servicios prestados; con mayor razón, en este caso, su situación puede asimilarse a la de los funcionarios de carrera por tratarse de un procedimiento de estabilización de personal temporal que ya había superado un proceso selectivo –aunque más flexible– para acceder a dicha condición.

Ocasionalmente, con el mismo criterio antiformalista, el TJUE ha aceptado la comparación entre trabajadores de diferentes categorías profesionales al observar que las funciones ejercidas en ambos casos eran sustancialmente las mismas y que la cualificación requerida no era significativamente distinta. En concreto, en el ATJUE de 18 de marzo de 2011, asunto C-273/10, se plantea la comparabilidad entre dos categorías laborales diferentes según la LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, y el RD 1086/1989, de 28 de agosto, sobre retribuciones del profesorado universitario: la del profesor ayudante doctor con un contrato temporal por tiempo no inferior a un año ni superior a cinco y la del profesor contratado doctor por tiempo indefinido. El TJUE interpreta el concepto de *trabajador comparable* desde un punto de vista material afirmando que, según el tribunal

estatal al plantear la cuestión prejudicial, las dos categorías tenían la misma cualificación académica (título de doctor), se requería una experiencia similar (tres y dos años, respectivamente) y las dos tenían asignadas funciones docentes e investigadoras. Ante esto, considera que se da una situación comparable. De acuerdo con este razonamiento, concluye que es contraria a la Directiva la normativa de la Generalitat Valenciana que reconocía el derecho a percibir el concepto retributivo por antigüedad únicamente a los profesores contratados doctores y excluía a los profesores ayudantes doctores, cuando, en relación con la percepción de esta retribución, ambas categorías de trabajadores estaban en situaciones comparables.

Asimismo, el TJUE ha puesto en evidencia que la determinación del trabajador indefinido comparable debe ser flexible; de manera que, en ocasiones, la situación subjetiva del trabajador –la identidad de funciones– será insuficiente por sí sola y será necesario comprobar también la identidad del supuesto fáctico o condición de trabajo objeto de comparación (STJUE de 12 de diciembre de 2013, asunto C-361/12). En definitiva, pues, cuál deba ser el trabajador comparable dependerá de las funciones ejercidas, en relación con la condición de trabajo objeto de discusión en cada caso; es decir, la condición de trabajo en juego delimitará el ámbito personal en que deberá situarse el trabajador indefinido comparable. Así, por ejemplo, cuando se reclame el derecho a una condición de trabajo común a todos los funcionarios –como el derecho a la percepción de trienios o a las vacaciones–, el trabajador comparable será cualquier funcionario de carrera, siendo irrelevantes las diferencias funcionales que puedan existir por el hecho de realizar unas funciones distintas; mientras que si se reclama la percepción de trienios de una determinada cuantía unitaria, lo será cualquier funcionario de carrera del mismo subgrupo o grupo de titulación; o, en último término, cuando se reclame una cuantía del complemento específico, lo será el funcionario de carrera que ocupe un puesto de trabajo con el mismo contenido funcional.

En cambio, no sería aceptable que la Administración ofreciera como argumento favorable a la diferencia funcional una justificación genérica y formal basada simplemente en la propia temporalidad de la relación laboral o en un elemento vinculado legalmente con esta y no relacionado con la condición de trabajo (STJUE de 18 de octubre de 2012, asuntos acumulados 302/11 a 305/11), como sería el caso habitual de utilizar el argumento de la mayor simplicidad de los procesos selectivos de funcionarios interinos o que el acceso a la función pública ha obedecido a razones de urgencia y necesidad. El TJUE es consciente de que, ante la legislación española, los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos tienen un vínculo diferente con la Administración, y que también pueden divergir los criterios de selección y la evolución en la carrera; pero estas diferencias son irrelevantes a los efectos de la comparabilidad entre dos colectivos que realizan las mismas funciones (ATJUE de 9 de febrero de 2012, asunto C-556/11).

3.2. El centro de trabajo como ámbito de referencia

Por lo que se refiere al centro de trabajo como ámbito geográfico de referencia, se trata de un concepto extraído del derecho laboral que resulta excesivamente limitado y rígido en el campo de la función pública. Cabe suponer que los interlocutores sociales que firmaron el AM consideraban que el centro de trabajo era el ámbito donde coincidían trabajadores temporales e indefinidos que pertenecían a las mismas categorías profesionales y realizaban trabajos idénticos o similares, aplicándoseles las mismas normas legales y el mismo convenio colectivo. Pero cabe recordar que en las administraciones públicas los derechos y las condiciones de trabajo de los funcionarios se establecen en gran medida a través de la legislación básica estatal (idénticos para todos los funcionarios públicos) o a través de la legislación de desarrollo (los mismos para los de todas las entidades locales de la comunidad autónoma correspondiente).

Seguramente por la razón expuesta, el AM flexibiliza este ámbito geográfico indicando que a falta de trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo la comparación se efectuará por referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio aplicable –y de conformidad con la legislación–, a los convenios colectivos o prácticas nacionales. De esta manera, el AM se sitúa en otro extremo, el de mayor amplitud posible, porque, de lo que se trata, en definitiva, es de encontrar el ámbito territorial, personal o material donde esté regulada una condición de trabajo concreta. En el caso de la función pública juega un papel relevante la determinación del ordenamiento territorial aplicable, en concreto, el de función pública local; en él se encontrará el trabajador comparable en relación con las condiciones de trabajo establecidas legalmente. Más allá, para las condiciones de trabajo que deben ser aprobadas por cada entidad local, el funcionario de carrera comparable debería salir del acuerdo de condiciones negociado o de las normas internas.

3.3. Dualidad del régimen jurídico de los empleados públicos

Otro aspecto que comentar es qué tipo de trabajador indefinido –funcionario de carrera o personal laboral fijo– es el que deberá ser utilizado como categoría comparable, ya que las condiciones de trabajo son o pueden ser diferentes entre los dos colectivos dentro de la misma Administración.

Como se ha expuesto anteriormente al tratar del ámbito de aplicación, la Directiva y el AM se refieren a contratos o relaciones laborales, expresiones que integran a los trabajadores vinculados por una relación laboral de cualquier naturaleza, ya sea administrativa o laboral. Sin embargo, debido a la separación y la in-comunicación existentes entre el ordenamiento laboral y el de función pública, se

puede deducir que en el caso del personal temporal en régimen funcional, el trabajador indefinido comparable será un funcionario de carrera, mientras que en el caso del personal laboral temporal será un trabajador fijo.

El planteamiento expuesto podría ser distinto, al menos, en tres supuestos. Primero, en el caso de la Administración pública con un convenio colectivo del personal laboral que regula ciertas condiciones de trabajo por remisión a lo establecido legalmente o convencionalmente para los funcionarios de la misma Administración o, cuando se negocian conjuntamente y se aprueba un instrumento único para ambos colectivos o se aprueban dos instrumentos con un contenido idéntico. En este caso, ante la ausencia de un trabajador fijo comparable se podría plantear la comparación con un funcionario de carrera, siempre y cuando se trate de una condición de trabajo común. En segundo lugar, en el caso de una Administración con una plantilla funcional, en su totalidad o mayoritariamente, que acude a la contratación laboral solo para cubrir necesidades temporales. En este caso, el trabajador indefinido comparable también podría ser un funcionario de carrera. Finalmente, en aquellas administraciones en las que funcionarios y personal laboral ocupan el mismo puesto de trabajo o un puesto equivalente o similar parecería admisible la comparación cruzada entre funcionarios y personal laboral. Más allá de estos supuestos –y es lo que sucederá habitualmente– será difícil poder comparar las condiciones de trabajo entre los dos colectivos.

En la línea expuesta se pronuncia la STJUE de 7 de marzo de 2013, asunto C-178/12, en un conflicto relacionado con el sistema de cálculo del complemento salarial por antigüedad que se le abonaba a un empleado con contrato temporal. La cuestión prejudicial planteaba si se ajustaba al principio de igualdad proclamado por la Directiva el hecho de que la forma de calcular los trienios para los funcionarios y el personal de la misma Administración pública fuera diferente y si se podía aplicar al personal laboral el sistema de los funcionarios de carrera en aquellos aspectos que eran más favorables a este último grupo. La sentencia afirma que, como se desprende de los considerandos 14 y 17 de la Directiva, así como del tercer párrafo del preámbulo, de los apartados 7 a 10 de las consideraciones generales y de la cláusula 1 AM, este no tiene por objeto armonizar todas las normas nacionales relativas a los contratos de trabajo de duración determinada, sino que únicamente aspira a establecer un marco general para asegurar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, que los proteja contra la discriminación, y a prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada o de relaciones laborales de este tipo. En cambio, las posibles diferencias de trato entre los funcionarios y el personal laboral no están incluidas dentro del ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por el AM, porque estas diferencias no se basan en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su naturaleza funcional o laboral. Por las razones expuestas, el TJUE considera que se trata

de un asunto de derecho interno y se declara manifiestamente incompetente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas.

Excepcionalmente, los tribunales se han pronunciado favorablemente sobre la comparación cruzada funcionario-laboral. Un buen ejemplo de ello está en la STS de 12 de julio de 2011, Sala de lo Social, recurso 4574/2010, según la cual:

Todo lo anterior no puede ser desvirtuado por el mero hecho, que el escrito de impugnación del recurso subraya, de que «en el Ayuntamiento de Calzada de Calatrava no existe ni el puesto de Auxiliar de Puericultura ni el de Técnico Superior en Educación Infantil». Naturalmente, se refiere a que no están recogidas esas categorías y puestos de trabajo en la Relación de Puestos de Trabajo, porque existir claro que existe: el que ocupa la trabajadora recurrente. Como dice con acierto el Informe del Ministerio Fiscal, la trabajadora tiene derecho a lo que reclama, por las funciones realmente desempeñadas, «careciendo de trascendencia que ni el puesto de Auxiliar de Puericultura ni el de Técnico Superior de Educación Infantil figuren en la relación de puestos de trabajo del Ayuntamiento. Esta circunstancia no puede constituir un impedimento para la reclamación salarial, pues sería tanto como legitimar la contratación de trabajadores para puestos de trabajo inexistentes, siendo bastante para su no reconocimiento la ausencia de estos puestos específicos, a pesar de la acreditación práctica de su existencia y desempeño». Y la sentencia de instancia, con acierto, otorga a la demandante la retribución correspondiente a su categoría profesional, de acuerdo con su titulación académica requerida y con las funciones realmente desempeñadas, aplicando de acuerdo a las reglas de la sana crítica el Convenio Colectivo que se había pretendido inaplicar por la Administración y que se remite para la clasificación de los puestos de trabajo al Acuerdo Marco del personal funcionario, donde es posible ubicar a la trabajadora demandante, en el grupo y nivel adecuado, que es justamente lo que hace la sentencia de instancia.

3.4. Un concepto amplio de trabajador indefinido comparable

De las puntualizaciones efectuadas sobre el trabajador indefinido comparable puede deducirse que la Directiva utiliza un concepto amplio de esta figura. De manera que la inexistencia en el entorno inmediato de puestos de trabajo idénticos o similares, adscritos a funcionarios de la misma o de diferente escala y subescala o a personal laboral del mismo grupo o categoría profesional, no deberá ser un obstáculo insuperable para aplicar el principio de no discriminación. Más bien será habitual lo contrario, que exista una pluralidad de trabajadores indefinidos comparables.

La amplitud del concepto de *trabajador indefinido comparable* no exime al trabajador temporal interesado de aportar el término de comparación preciso, en función de la condición de trabajo reclamada. Esta operación tiene una gran importancia porque si el término de comparación no se considera adecuado, la reclamación deberá ser desestimada.

En cualquier caso, es recomendable realizar esta operación con carácter previo y por separado del análisis de la existencia de razones objetivas que justifiquen el trato discriminatorio. Conviene insistir en que, si el interesado demuestra que la situación es comparable, se deberá aplicar el principio general de no discriminación. A partir de aquí, se traslada a la Administración la carga de probar que existen razones objetivas suficientes para considerar que el trato diferente, excepcionalmente, se justifica.

Una vez que se ha confirmado que hay un trato diferente entre un trabajador temporal y un trabajador indefinido comparable con respecto a una condición de trabajo, se debería comprobar si existen una o más razones o causas objetivas que justifiquen que la condición o condiciones de trabajo objeto de discusión sean diferentes para los trabajadores temporales. Dada la relativa simplicidad con la cual se puede observar si hay un trato diferente respecto de una condición de trabajo y, también, la determinación de cuál es el trabajador indefinido comparable, la existencia de causas objetivas que justifiquen la discriminación de las relaciones temporales se convierte en un aspecto crucial para poder concluir si en un caso particular se produce o no una discriminación contraria a la Directiva.

4. Las razones objetivas que pueden justificar una diferencia de trato

Según la cláusula 4.1 AM, el principio de igualdad de trato entre el personal temporal y el personal indefinido no tiene un carácter absoluto, sino que admite que puede ser inaplicado cuando se justifica un trato diferente entre el trabajador temporal y el trabajador indefinido comparable basado en razones objetivas. Del mismo modo, la cláusula 4.4 establece que los criterios de antigüedad serán los mismos para el personal temporal y el personal indefinido, a menos que existan razones objetivas que justifiquen la aplicación de criterios de antigüedad diferentes. La Directiva deja la puerta abierta a cuáles puedan ser las razones objetivas y qué grado de concreción, extensión y profundidad deban tener; es decir, si será suficiente alegar alguna o algunas diferencias generales a todas las condiciones de trabajo, o si será necesaria una justificación mucho más profunda según las peculiaridades de cada caso concreto.

La transposición de la Directiva y el AM al ordenamiento jurídico de la función pública hubiera podido especificar cuáles son las razones objetivas adecuadas, lo que proporcionaría seguridad jurídica a la Administración y a los empleados a la hora de aplicarlas. Dada la falta de transposición se puede acudir a los criterios interpretativos y a las pautas establecidas por la doctrina constitucional y la jurisdicción ordinaria sobre la aplicación del principio de igualdad del art. 14 CE, del cual el principio de igualdad de trato entre el personal temporal y el permanente

sería una concreción. Pero debe reconocerse que los tribunales estatales no han sido muy exigentes cuando se trata de fundamentar las diferencias de trato entre el régimen de los funcionarios interinos o del personal eventual y el de los funcionarios de carrera. Ha sido habitual afirmar que el personal temporal fue seleccionado por un procedimiento más flexible y con menores exigencias de mérito y capacidad y para ocupar un puesto concreto, lo cual no le permitiría la movilidad y justificaría las diferencias existentes en la legislación de función pública, al margen de cada condición de trabajo en particular y del contexto en el cual se producía el trato diferenciado.

En cualquier caso, los argumentos expuestos han sido considerados insuficientes por el TJUE, que ha venido desarrollando una doctrina específica al respecto, a partir de las cuestiones prejudiciales que le han sido planteadas por los tribunales estatales; doctrina que ha construido de forma progresiva y acumulativa, y que solo muy lentamente y de manera reactiva (como una respuesta a las declaraciones del TJUE) van incorporando algunas sentencias de los tribunales españoles.

El TJUE también ha fijado algún criterio de delimitación en sentido negativo, indicando que no constituye una razón objetiva: *a)* que esté prevista la diferencia en una norma nacional; *b)* el simple hecho de la naturaleza temporal de la relación de empleo es insuficiente, por sí solo, para introducir diferencias de trato en las condiciones de trabajo del personal temporal. Tenemos un ejemplo de ello en el ATJUE del 18 de marzo de 2011, asunto C-273/10.

Los criterios formulados por el TJUE deberían servir como una guía para las autoridades nacionales –legisladores, administraciones públicas y tribunales de justicia–, cuando se trata de argumentar las potenciales diferencias de trato. Pero en el ámbito de la función pública, el Estado español ha tomado poca nota de estos criterios, de manera que las razones hay que buscarlas una vez que se ha planteado un conflicto particular. Esta es la razón por la que, en general, no existe justificación alguna en la legislación aplicable para el trato diferente dado a los funcionarios interinos o al personal eventual y a los funcionarios de carrera.

Parece obvio que entre una relación laboral temporal y una relación laboral permanente existe una diferencia objetiva. Sin embargo, de lo que se trata es de justificar si esta simple diferencia es suficiente para justificar un trato diferente en las condiciones de trabajo. En la Directiva y el AM la existencia de una relación de trabajo de duración determinada forma parte del presupuesto de hecho sobre el que se establece la prohibición de discriminación; es el punto de partida, no la consecuencia o conclusión. Por ello, para introducir diferencias desfavorables en las condiciones de trabajo del personal temporal deberá justificarse la existencia de razones objetivas adicionales o complementarias.

Sobre esta cuestión, ni la legislación básica de función pública ni las legislaciones de desarrollo incorporan concreciones o criterios que puedan orientar a las administraciones públicas en la delimitación de cuáles puedan ser dichas razones objetivas.

Tampoco lo hacen la Directiva y el AM, dado que dicha concreción corresponde efectuarla a los Estados miembros, atendiendo a las singularidades de su sistema de empleo público. Esto ha llevado al TJUE a desarrollar progresivamente la noción de *razones objetivas* que pueden justificar la diferencia de trato a los efectos de la Directiva. Así, en la STJUE de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10, entre otras, construye una formulación global y de conjunto con los distintos criterios que ha ido manejando en sus pronunciamientos anteriores, en los términos siguientes:

[...] el concepto de razones objetivas requiere que la desigualdad de trato observada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro.

La fórmula expuesta es realmente compleja y difícil de sistematizar. También se echan en falta estudios doctrinales que hayan profundizado en este elemento. Por ello se hace indispensable acudir al análisis de los casos que se han planteado ante el TJUE. Para ello se verán sucesivamente los aspectos siguientes: 1) los argumentos que no constituyen una razón objetiva a los efectos de la Directiva; 2) las causas originarias que pueden justificar una desigualdad de trato; 3) los requisitos relativos a dicha desigualdad para que pueda considerarse una razón objetiva.

4.1. Argumentos que no tienen la condición de razón objetiva

En el orden interno, las administraciones públicas han justificado la desigualdad de trato de los funcionarios interinos o del personal eventual en relación con los funcionarios de carrera con argumentos estandarizados basados en el simple hecho diferencial de la temporalidad o en que las diferencias están previstas en el ordenamiento de función pública. Hasta ahora, los tribunales estatales han validado generalmente esta línea argumental, aunque han empezado a abrirse algunas grietas como consecuencia de la recepción de la doctrina sentada por el TJUE. De dicha doctrina conviene destacar, en este punto, el hecho de que no considera razones objetivas con entidad suficiente para justificar una diferencia de trato las siguientes: *a)* que la diferencia esté establecida en una disposición legal o reglamentaria o en un convenio colectivo; *b)* la simple referencia a la naturaleza temporal de la relación laboral. Examinémoslas más detenidamente.

a) El hecho de que la diferencia de trato esté establecida por una disposición legal o en un convenio colectivo no es una causa objetiva

Como se ha visto anteriormente, según reiterada jurisprudencia del TJUE, debe entenderse que el concepto de *razones objetivas*, en el sentido de la cláusula 4.1 AM no permite a la Administración justificar una diferencia de trato entre el personal temporal y el permanente por el hecho de que dicha diferencia esté prevista en una norma general y abstracta, como una ley, un reglamento o un convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo (STJUE de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10). Porque, precisamente, la legislación aplicable es el instrumento a través del cual, generalmente, se crea un trato diferente; es decir, que esta diferencia de trato establecida legalmente es el punto de partida que habitualmente da lugar a la situación de conflicto. Sin perjuicio de que la diferencia de trato también se pueda dar a través de los actos de aplicación en aquellos aspectos no regulados legalmente. Por lo tanto, sería un contrasentido considerar que si el supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas están previstos en el derecho interno no puede haber trato discriminatorio, puesto que se eliminaría toda posibilidad de discriminación.

En este punto cabe recordar la aplicación del principio de la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno y el efecto directo de la cláusula 4 AM. Este principio vincula a todas las administraciones, sin que se pueda justificar una conducta contraria que se base en la existencia de normas jurídicas estatales o resoluciones de los tribunales internos, ni que procedan de un tribunal constitucional, cuando hayan establecido una línea interpretativa diferente a la patrocinada por el TJUE.

En definitiva, esto es lo que ha hecho el CGPJ al ampararse explícitamente en la Directiva para reconocer el derecho al reconocimiento de la antigüedad al personal eventual al servicio del Consejo. Aunque cabe pensar que un comportamiento similar es difícil que se produzca en el caso de las entidades locales, dado que chocaría frontalmente con la interpretación del principio de legalidad que se aplica tradicionalmente. Por otro lado, el coste económico que supondría equiparar ciertos derechos de los funcionarios interinos y del personal eventual con los de los funcionarios de carrera sería muy elevado. Por ello, y a pesar de que los efectos económicos no constituyen un argumento legal para dejar de aplicar el principio de igualdad de trato, es previsible que la equiparación no se lleve a cabo mientras no exista una norma legal o un pronunciamiento judicial que lo imponga.

b) La simple referencia a la naturaleza temporal de la relación laboral no puede constituir una razón objetiva

La Administración ha usado a menudo este argumento genérico para justificar el trato desfavorable del personal temporal; argumento que debe rechazarse porque,

de lo contrario, se legitimaría cualquier diferencia de trato que se introdujera entre los dos colectivos. No puede dejarse de lado que el supuesto de la temporalidad de la relación laboral forma parte, precisamente, del supuesto de hecho de partida que utiliza la cláusula 4 AM para evitar el resultado desfavorable. Por lo tanto, no puede utilizarse como una causa de justificación de dicho trato; forma parte de la premisa mayor del silogismo lógico, como un elemento necesario e indispensable que no puede ser parte, al mismo tiempo, de su conclusión.

Según la STJUE de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10, «el mero hecho de que el funcionario interino haya cumplido dichos períodos de servicio sobre la base de un contrato o de una relación de servicio de duración determinada no constituye tal razón objetiva». En el ámbito de la función pública ha sido habitual que la legislación haya introducido un amplio conjunto de diferencias de trato entre los funcionarios de carrera, por un lado, y los funcionarios interinos y el personal eventual, por otro. Sobre la base de esta legislación, los tribunales de justicia han dado validez a las diferencias entre el personal temporal y el permanente sustentándolas sobre una aplicación tradicional del principio de legalidad, y han admitido sin dificultad que estaba justificada la diferencia de trato basada en el carácter temporal de la relación, dando por supuesto que este carácter comportaba una diferencia sustancial y la existencia de dos relaciones laborales de diversa índole.

Pero la simple referencia a la naturaleza temporal de la relación de servicio del personal temporal no se ajusta a los requisitos de la Directiva y, por tanto, no puede constituir una razón objetiva. De hecho, admitir esta posibilidad privaría de contenido a los objetivos de la Directiva y el AM, y equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con un contrato de duración determinada (SSTJUE de 8 de septiembre de 2011, C-177/10; de 22 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09; y ATJUE de 18 de marzo de 2011, asunto C-273/10).

4.2. Causas originarias que pueden justificar una desigualdad de trato

Para considerar que existe una razón objetiva para justificar la diferencia de trato del personal temporal, los elementos característicos de la condición de trabajo afectada deben tener su origen en alguna de las siguientes causas:

a) La naturaleza especial de las tareas objeto de la relación temporal y las características inherentes a ellas.

b) Eventualmente, un objetivo de política social.

Las razones objetivas que pueden justificar una diferencia de trato del personal temporal deben provenir de la especificidad de las tareas realizadas por el mismo, ya sea por la naturaleza de dichas tareas o por las características inherentes a ellas. Esta especificidad es el origen sobre el cual se debe construir la justificación de

por qué se establece una diferencia de trato. Asimismo, es la causa aplicable con carácter general para comprobar la adecuación de las condiciones de trabajo permanentes o estables, aquellas que están establecidas por la legislación de función pública para hacer frente al desarrollo ordinario de los servicios.

No se ha determinado qué significado tiene la expresión *naturaleza de las tareas*. De entrada, debe descartarse que se refiera a la naturaleza temporal, porque esta circunstancia está expresamente prevista como integrante del supuesto de hecho que se ha de proteger. Por lo que se refiere al contenido o tipología de las tareas, la clasificación profesional del personal funcionario en escalas y subescalas garantiza que los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos tengan atribuidas las mismas funciones genéricas, y la ordenación en puestos de trabajo asegura que unos y otros tengan los requisitos para ocupar los mismos puestos. En el caso del personal eventual sería más fácil justificar que sus funciones son específicas y exclusivas, distintas de las funciones propias de los funcionarios de carrera, lo cual podría justificar una diferencia de trato en relación con determinadas condiciones de trabajo.

Asimismo, algo similar sucede con las características inherentes a las tareas ejercidas aunque, en este caso, el hecho de que el personal temporal sea nombrado para ocupar un puesto de trabajo concreto podría ser un punto de partida para introducir diferencias de trato respecto de condiciones de trabajo relacionadas con la movilidad, las situaciones administrativas o determinadas modalidades de carrera, entre otras.

Sobre este aspecto resulta clarificadora la STJUE de 13 de marzo de 2014, asunto C-190/13, relativa a la contratación de profesores asociados por las universidades públicas españolas. El TJUE considera que la contratación temporal y las sucesivas renovaciones sin límite legal alguno se justificarían por la necesidad de confiar a especialistas de reconocida competencia que acrediten un ejercicio profesional dilatado en el ámbito privado, el ejercicio de tareas docentes específicas, para que aporten sus conocimientos y experiencia a la universidad, estableciendo de esta manera una asociación entre el ámbito universitario y el profesional.

La segunda causa que puede dar lugar a exceptuar la aplicación del principio de igualdad de trato es la persecución de un determinado objetivo de política social. El TJUE no establece cuáles pueden ser estos objetivos, porque son imprevisibles a priori y con carácter general; por lógica, debe ser una cuestión totalmente abierta a las necesidades reales que se vayan planteando en cada Estado miembro y, en consecuencia, la concreción deben formularla los propios estados. Pero sí que establece unas orientaciones y criterios para poder valorar la adecuación de las discriminaciones introducidas con el objetivo de política social proclamado. Esta causa de partida sería, al mismo tiempo, la finalidad última que conseguir con la introducción de ciertas medidas discriminatorias.

La primera indicación que da el TJUE es que se trata de una razón objetiva de carácter eventual, entendiendo por tal aquella que responde a una necesidad o problemática temporal y transitoria. Por lo tanto, las discriminaciones que respondan a la implementación de una política social deberían tener este carácter de transitoriedad. En esto se diferencia de las discriminaciones basadas en la naturaleza o las características de las funciones ejercidas, que generalmente tienen un carácter permanente y estable. La exigencia de esta característica implica que deberían rechazarse como objetivos de política social los que integran los distintos aspectos de las políticas de personal de carácter permanente que reservan determinados derechos a los funcionarios de carrera en exclusiva, que pretenden justificar discriminaciones también permanentes, y que se fundamentan en elementos estables y permanentes, como la propia temporalidad de la relación laboral, la modalidad y la exigencia del proceso selectivo o un nombramiento más o menos discrecional. Siguiendo estos criterios, se podría considerar adecuado, por ejemplo, el objetivo de afectar las condiciones retributivas para conseguir una reducción de los gastos de personal de una entidad local, para hacer frente a una situación de dificultad económico-financiera; en cambio, no sería aceptable como un objetivo de política social, en el sentido analizado, favorecer el derecho a la promoción profesional de los funcionarios de carrera valorando su antigüedad de forma más favorable que la del personal temporal. Eso no significa que un objetivo de política social no pueda ser desestimado como razón objetiva suficiente debido a otros déficits. De la misma manera, una medida discriminatoria que no sea aceptable como justificación de un objetivo de política social podría serlo por otra causa.

Efectivamente, la eventualidad ayuda a entender cuál puede ser un objetivo de política social, pero será necesario que el objetivo indicado por la Administración tenga la entidad suficiente y se presente con los elementos necesarios para poder ser apreciado como una razón objetiva a los efectos de la Directiva.

La descripción de los elementos que fija el TJUE para determinar cuándo un objetivo de política social se puede considerar una razón objetiva que justifique un trato diferente del personal temporal puede parecer excesivamente compleja si la contrastamos con la simplicidad con la que la Administración y los tribunales internos resuelven habitualmente los conflictos sobre potenciales discriminaciones del personal temporal. Pero, en realidad, se trata de un proceso lógico y coherente para demostrar la excepcionalidad de una medida potencialmente discriminatoria. Para contrastar esta afirmación, nada mejor que ilustrarla con un ejemplo, en concreto, el planteado en la STJUE de 26 de enero de 2012, asunto C-586/10. Trataba de un *Land* alemán que justificaba las sucesivas contrataciones de personal temporal en la necesidad de sustituir bajas temporales de personal permanente con derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo en situaciones de baja por enfermedad, permiso de maternidad, permiso de conciliación de la vida laboral y familiar, etc. Consideraba que se trataba de un objetivo de política social que constituía una ra-

zón objetiva para dejar de aplicar la cláusula 5 AM. Un tribunal estatal planteaba al TJUE si se podía considerar un objetivo de política social y una razón objetiva en el sentido de la Directiva, puesto que se ponía de relieve que la necesidad de sustitución de personal era en realidad permanente o recurrente dada la envergadura del *Land* alemán y que también podría ser atendida mediante la alternativa de contratar personal indefinido. El TJUE construye su resolución sobre los siguientes ejes:

a) La sustitución temporal de un trabajador para atender necesidades de personal de duración limitada puede constituir en principio una razón objetiva, que justifica tanto la relación temporal como su renovación en función de las necesidades que vayan surgiendo.

b) La normativa nacional que justifica la renovación de las relaciones temporales persigue objetivos de política social reconocidos como legítimos, como son las medidas tendentes a proteger el embarazo y la maternidad y la conciliación laboral y familiar, entre otras. Por este motivo, a pesar de su aparente carácter permanente a lo largo del tiempo, las necesidades se presentaban de forma eventual, progresiva e imprevista, con unas características temporales distintas en cada ocasión.

c) Una vez admitido un objetivo de política social como razón objetiva, la Administración debe procurar que la aplicación concreta, considerando las particularidades de la actividad de que se trata y las condiciones de su ejercicio, se ajuste a las exigencias del AM. Por lo tanto, el Estado miembro debe establecer criterios objetivos y transparentes con el objeto de comprobar si la renovación de los contratos responde efectivamente a una necesidad real, puede conseguir el objetivo pretendido y era necesaria a tal efecto.

d) El simple hecho de que una necesidad de sustitución de personal se pueda cubrir con contrataciones indefinidas no supone que la Administración actúe de forma abusiva si utiliza la contratación temporal, aunque lo haga de forma recurrente o, incluso, de forma permanente. Es decir, tras analizar la alternativa que objetivamente puede ser más favorable para el personal temporal, estima que el contexto en que se producen las necesidades de sustitución permite considerar adecuada la opción por la contratación temporal.

Para valorar la existencia de una razón objetiva, las causas expuestas deben ponerse en relación con la diferencia de trato relativa a la condición de trabajo afectada en cada caso, para poder determinar si aquella diferencia era necesaria y permitía conseguir el objetivo que la Administración se había propuesto.

4.3. Requisitos relativos a la desigualdad de trato

A los efectos de la Directiva, para aplicar un trato diferente al personal temporal con respecto a una condición de trabajo concreta, el TJUE no se limita a exigir que

haya una causa de origen para justificar la diferencia, sino que considera indispensable que dicha diferencia de trato cumpla los tres requisitos siguientes:

1) Debe responder a una necesidad auténtica.

2) Debe permitir lograr el objetivo perseguido.

3) Debe ser indispensable para alcanzar el objetivo perseguido, de modo que no haya otra alternativa para lograr el mismo resultado sin necesidad de causar un perjuicio al personal temporal, exclusivamente o con una mayor intensidad que para el personal indefinido comparable.

Las administraciones públicas no han seguido regularmente los rigurosos criterios fijados por el TJUE. Así, como pone de manifiesto la STJUE de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10, el Gobierno español invocaba la existencia de varias diferencias entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos, que justificaban la diferencia de trato en la valoración como mérito, en un proceso de selección por promoción interna, de los servicios prestados como funcionario interino. Los argumentos utilizados eran los tradicionales, relativos a las características generales de los funcionarios interinos, y agregó el de la legitimidad para adoptar una política de personal para favorecer el derecho a la promoción de los funcionarios de carrera. También invocaba que no podría ser invalidada como legítima política de personal la que pretendía incentivar a los funcionarios de carrera valorando significativamente la experiencia adquirida con esta condición y ocupando puestos de trabajo obtenidos y ejercidos con carácter definitivo. Por lo tanto, al existir datos objetivos para esa valoración de la experiencia y la antigüedad, no era apreciable la violación del principio de igualdad –por infracción de los arts. 14 y 23 CE–, ni de la Directiva.

Otro ejemplo esclarecedor de los requisitos referidos se encuentra en la citada STJUE de 13 de marzo de 2014, asunto C-190/13, en la cual se considera justificado el objetivo de enriquecer la educación universitaria en áreas específicas mediante la experiencia de reconocidos especialistas; el TJUE considera adecuada, para lograrlo, la contratación de profesores asociados, que responde, por lo tanto, a una necesidad auténtica. Por esta vía se pueden cubrir las necesidades de las universidades de contar con expertos en cada materia.

Un razonamiento en línea con lo expuesto –con independencia del fallo recaído– puede verse en la sentencia de la Audiencia Nacional (SAN), Sala de lo Social, de 29 de julio de 2013, recurso 218/2013, sobre el plan de viabilidad de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA). Dicho plan incluyó medidas de flexibilidad interna (además de los despidos, si no se producían bajas voluntarias), como la movilidad geográfica. La comisión de seguimiento estableció tres criterios de prioridad de permanencia para aplicar la movilidad: la fijeza del contrato, la condición de representante de los trabajadores y las responsabilidades familiares. La parte demandante consideraba que se vulneraban la Directiva y el principio de igualdad, porque no había ninguna justificación objetiva y razonable para dar peor trato a los

trabajadores temporales. AENA y el resto de los sindicatos afirmaban que la movilidad se producía en el marco de un despido, y que la situación del personal fijo y del temporal no es comparable, porque en el proceso de selección los trabajadores fijos obtuvieron mejor puntuación que los temporales; además, también debía tener en cuenta la ineficiencia y el mayor coste que supondría para la empresa trasladar un trabajador fijo, porque tenía un derecho preferente a retornar al centro de origen cuando se produjeran vacantes. La SAN no comparte que estas dos razones alegadas justifiquen objetivamente que, para escoger entre dos trabajadores afectados por la movilidad geográfica, el perjudicado deba ser siempre el que tenga un vínculo temporal con la empresa; admitiendo que el criterio de la menor puntuación podría ser válido si se pusiera en conexión con el obtenido con el concreto trabajador fijo con el que se compite, pero que este criterio no se había aplicado, sino que se había acudido directamente al de la temporalidad. Por su parte, alegar una mayor onerosidad del traslado es una mera especulación, porque parte del hecho de que los trabajadores temporales habrán terminado el período del contrato antes de que se produzcan las vacantes en el centro de origen y de que todos los trabajadores fijos optarán por retornar. La SAN se fundamentaba en la jurisprudencia del TC (SSTC 104/2004, 177/1993 y 136/1987) y del TS (STS 07 de diciembre de 2011, recurso 4574/2010) y del TJUE (STJUE de 18 de octubre de 2012, asuntos acumulados C-302/11 a C-305/11).

Sobre el hecho de que se considere una razón objetiva que en el ingreso del personal temporal en el empleo público se apliquen con menor intensidad los principios de igualdad, mérito y capacidad, no puede olvidarse que la exigencia de estos principios es predicable para todos los empleados públicos. Por su parte, la menor intensidad o exigencia para la selección del personal temporal responde a una opción voluntaria de la Administración; y no parece razonable convertir en negativos, con carácter general, los efectos de su decisión y trasladar las consecuencias al personal afectado. Por otro lado, es ilustrativo el ejemplo del sector privado, respecto del cual no se plantea que dicho argumento pudiera constituir una razón objetiva justificativa de la diferencia de trato; y no debe olvidarse que los criterios fijados por el TJUE se aplican por igual en los sectores público y privado.

Para acreditar el cumplimiento de los requisitos anteriores, el TJUE requiere que la desigualdad de trato se ponga en conexión con la condición de trabajo en cuestión. Literalmente indica que «esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trate, en el contexto específico en que se enmarca y de acuerdo con criterios objetivos y transparentes». En definitiva, se trata de conocer las características de la condición de trabajo en juego y de la diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y los temporales para comprobar si, efectivamente, la diferencia introducida es necesaria y posibilita conseguir el objetivo perseguido.

De entrada, la referencia a razones generales y comunes a todas las relaciones temporales será difícil que pueda ser adecuada para justificar un trato distinto para cualquier condición de trabajo, si no se acredita una relación directa con cada una en particular. Esto sería válido no solamente para el caso de la simple referencia a la temporalidad de la relación laboral, sino también para otras razones invocadas habitualmente en el orden interno, como serían: *a)* argumentar la menor intensidad con que se exigen los principios de mérito y capacidad en la selección del personal temporal; *b)* las razones de necesidad y urgencia para el nombramiento de funcionarios interinos; *c)* la menor capacitación del personal no permanente, con carácter general y sin acreditación alguna; *d)* que la experiencia adquirida con la prestación de servicios con carácter temporal es de menor valor que la adquirida en la condición de funcionario de carrera, cuando es evidente que la experiencia no depende de un simple factor formal, sino de las funciones ejercidas y de las capacidades individuales.

Asimismo, no sería suficiente una referencia vaga y genérica a las características del personal temporal, sino que deberían precisarse cuáles son los elementos o características que configuran y definen cada condición de trabajo y el contexto en que se enmarca. Sobre estos elementos, el TJUE indica con carácter no exhaustivo, que pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para las que se celebra el contrato o nombramiento temporal y en las características inherentes a ellas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro (SSTJUE de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10; y de 13 de septiembre de 2007, asunto C-307/05).

No parece fácil precisar el significado de la expresión «el contexto específico en el que se enmarca la condición de trabajo», y la jurisprudencia de la TJUE no aclara ni proporciona ningún ejemplo que pueda ayudar a comprender este requisito. En cualquier caso, debería entenderse que el contexto de una condición de trabajo, por lo general, será común para todo el personal que realiza las mismas tareas; cuando se plantee en circunstancias distintas –como una mayor dificultad técnica de las funciones a ser realizadas por personal permanente dada su mayor experiencia, o una mayor peligrosidad del puesto de trabajo ejercido por personal permanente, etc.–, este contexto podría ser una razón objetiva que justificara un trato diferenciado.

El contexto de la condición de trabajo puede tener sentido cuando la razón objetiva invocada sea la persecución de un objetivo de política social. Por ejemplo: las medidas adoptadas en momentos de crisis económico-financiera de las administraciones públicas que afectasen a ciertas condiciones de trabajo –retributivas, de tiempo de trabajo, etc.– exclusivamente para el personal temporal. El contexto en el que se afectan esas condiciones de trabajo podría contribuir para contrastar la razonabilidad de la medida.

El TJUE también señala que la justificación debe realizarse con arreglo a criterios objetivos y transparentes. Estos atributos relativos a los criterios con los que llevar a cabo la justificación nos lleva a considerar que se trata de requisitos formales; en este sentido, la objetividad significaría la necesidad de una conexión lógica y coherente –racional, en definitiva– entre los elementos o criterios justificativos y la desigualdad de trato dado al personal con respecto a la condición de trabajo objeto de debate en cada caso.

La transparencia impone, como mínimo, que se exterioricen y hagan públicos los elementos y criterios utilizados por legislador, gobiernos y administraciones, de manera que los interesados puedan comprobar si la argumentación ha sido construida correctamente y si la razón alegada es adecuada para justificar las diferencias de trato (STJUE de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10).

Con respecto a la transparencia, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de 1999, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, indica en su preámbulo que la transparencia en la actividad pública se articula a través de las obligaciones de publicidad activa para todas las administraciones y entidades públicas. Entre la información de relevancia jurídica que debería publicarse según el art. 7 de la Ley, estarían las memorias e informes que conforman los expedientes de elaboración de los textos normativos. Informes que deberían justificar la legalidad de los textos y la conveniencia e idoneidad de las medidas para alcanzar el objetivo perseguido; lo cual se traduciría en el deber de aportar las razones objetivas que justifiquen el trato discriminatorio. Lógicamente, esta transparencia es particularmente importante en el caso de la legislación general de función pública.

De los distintos aspectos que se han tratado en relación con los requisitos de la desigualdad de trato y los elementos que caracterizan a la condición de trabajo afectada en cada caso, se desprende que corresponde a la Administración la carga de probar la existencia de razones objetivas que puedan justificar la diferencia. Es evidente que la propia norma podría proporcionar una justificación del trato diferencial, pero esto no es habitual en la legislación de función pública, ni en el texto de las normas ni en las memorias e informes que las acompañan.

Por otra parte, la no transposición de la Directiva en el derecho interno de la función pública implica una dificultad adicional en la defensa de los intereses del personal temporal en régimen funcionarial. En cualquier caso, frente a esta carencia debe ser la Administración la que soporte la carga de probar la existencia de razones objetivas, indicando cuáles son y por qué pueden tener esta consideración con respecto a la condición de trabajo en cuestión.

No debe olvidarse que la cláusula 4 AM formula una regla general: la igualdad de trato entre el trabajador temporal y el trabajador indefinido comparable; regla que se aplicará en tanto no se justifique un trato diferente por razones objetivas. Esta aplicación específica del principio general de igualdad, de conformidad con la doctrina constitucional, vincula a todos los poderes públicos. En consecuencia,

las excepciones al principio general deberían justificarse en circunstancias objetivas que deberían hacerse transparentes, para poder controlar mejor si se ha respetado el principio de igualdad. De la misma manera deberían proceder el Gobierno y la Administración, en el momento del desarrollo reglamentario y en la negociación y aprobación de acuerdos de condiciones de trabajo y convenios colectivos. En cualquier caso, la Administración tendrá que suplir los déficits de justificación normativa.

Por su parte, los empleados afectados podrán aportar los argumentos apropiados para hacer frente a los de la Administración. Y, suscitado un conflicto, corresponde a los tribunales estatales decidir si se ha acreditado que existen razones objetivas de la desigualdad de trato y por qué. En caso de duda, los tribunales internos pueden plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, que, a petición de parte interesada, es obligatoria en el caso de un tribunal nacional cuyas decisiones no son susceptibles de recurso judicial en el mismo orden. Se trata de una iniciativa procesal de trascendental importancia para defender los intereses del personal temporal de las administraciones públicas, inexplicablemente, muy poco utilizada.

El TJUE puede decidir sobre la existencia de una razón objetiva cuando del expediente remitido por el tribunal estatal se puede deducir la corrección y suficiencia de la razón objetiva alegada. De lo contrario, trasladará la decisión al tribunal remitente para que aprecie si, teniendo en cuenta los criterios establecidos por el TJUE, las alegaciones formuladas por la Administración constituyen una razón objetiva en el sentido de la cláusula 4.1 AM (STJUE de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10).

Segunda parte
La discriminación
en las condiciones de
trabajo del personal
temporal en el
ordenamiento interno

En esta segunda parte, examinaremos la aplicación del principio de no discriminación de la Directiva sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios interinos y del personal eventual, partiendo del presupuesto de que estas clases de personal están incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, ya que, de lo contrario, este trabajo perdería todo su significado. En el caso de los funcionarios interinos, hemos visto que el TJUE ha resuelto el tema definitivamente, al pronunciarse en sentido positivo en diversas ocasiones. En el caso del personal eventual todavía no está resuelta definitivamente la cuestión; pero, según los argumentos expuestos anteriormente, se podría presuponer una respuesta afirmativa. Por consiguiente, sería conveniente analizar las diferentes condiciones de trabajo para determinar si se aplican a los dos colectivos indicados, y en qué medida.

Para llevar a cabo el análisis, la metodología a seguir sería comprobar si para cada condición de trabajo se da la situación comparable entre funcionarios de carrera y personal temporal; en aquellos casos en que la respuesta sea negativa, no se aplicará el principio de igualdad de la Directiva; en los casos en que sea positiva, es necesario dar un paso más allá y analizar si hay razones objetivas que permitan, excepcionalmente, no aplicar el principio de no discriminación. En caso de no existir esas razones, debería aplicarse el mismo trato en cuanto a la condición de trabajo debatida. Sin olvidar que tanto los elementos y criterios que deben aplicarse para determinar la comparabilidad como las razones objetivas existentes se deben concretar y singularizar para cada condición.

Cabe recordar que, para verificar si la situación es comparable, el criterio esencial fijado por el AM es la identidad o similitud de las funciones ejercidas por los dos términos de la comparación, relación temporal frente a relación permanente, en términos de: *a)* las funciones ejercidas en una y otra; *b)* la cualificación profesional requerida, en un sentido amplio, incluyendo elementos de formación y experiencia. Aplicados estos criterios a los funcionarios interinos, fácilmente se deduce que, si la condición de trabajo es la misma, se estará ante situaciones comparables, acreditando los requisitos exigidos para cada condición. En cambio,

para el personal eventual será más difícil justificar la comparabilidad debido a la diferencia de funciones asignadas y se deberá resolver caso por caso, teniendo en cuenta la condición de trabajo en juego.

En cuanto a la comparabilidad del personal eventual con los funcionarios de carrera, pese a que la legislación de función pública no introduce ninguna distinción dentro del personal eventual, parece difícil referirse a él de forma global, como si todo el personal eventual conformara una sola categoría. Efectivamente, dado que desde el punto de vista de la Directiva la comparabilidad se basa en la identidad o similitud de las funciones que ejerce, podrían distinguirse dentro del personal eventual puestos con funciones distintas. Así, no sería necesariamente el mismo caso el de un puesto de confianza, como el de secretaría de alcaldía o presidencia de una entidad local (con funciones de carácter administrativo idéntico o similar a los de cualquier puesto de la subescala administrativa de administración general, que incorpora una característica o elemento de confianza), que un puesto de personal eventual con unas funciones calificadas, eufemísticamente, de «asesoramiento especial», pero que en muchas ocasiones son difíciles de calificar y catalogar y, más aún, de comparar con funciones de índole profesional propias de los funcionarios de carrera. En este aspecto, parece que las categorías formales creadas por el derecho de la función pública no se adecuan a los criterios sustantivos de la Directiva y el AM; aspecto que se agrava con algunas prácticas administrativas que hacen un uso desviado de la institución del personal eventual.

Por su parte, las razones objetivas requieren que la diferencia de trato esté justificada por: a) la existencia de elementos precisos y concretos que caracterizan a la condición de trabajo de que se trate, en el contexto específico en que se enmarca; b) el uso de criterios objetivos y transparentes; c) la posibilidad de verificar si la desigualdad responde a una necesidad real, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si es indispensable para ello. Según el TJUE, los elementos precisos y concretos mencionados pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas objeto de la relación temporal y en las características inherentes a ellas, o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte del Estado miembro. En cualquier caso, el hecho de que la diferencia de trato esté prevista en una norma de derecho interno no es una razón objetiva; como tampoco lo es el carácter temporal de la relación laboral porque, de considerarlo como tal, nunca se podría aplicar el principio de no discriminación entre los dos colectivos. Finalmente, en cuanto a las razones objetivas, será diferente la posición de funcionarios interinos y personal eventual y la intensidad con la que están protegidos por el principio de no discriminación de la Directiva.

Cabe mencionar, también, que las diferencias de trato podemos encontrarlas en cualquier instrumento normativo –ley, reglamento o acuerdo de condiciones de trabajo– o, incluso, puede consistir en actuaciones de facto basadas en ciertas prácticas administrativas. Esto hace casi imposible conocer todas las discriminaciones

existentes. Así que en este capítulo se tratará de las que tienen una aplicación más amplia o general para todas las administraciones públicas, dejando para otra ocasión un análisis más exhaustivo.

1. Aspectos discriminatorios en el acceso a la función pública y la provisión de puestos de trabajo

En lo referente al acceso a la función pública, las condiciones de trabajo que, con carácter general, puedan confrontar la posición de los funcionarios interinos y del personal eventual con la de los funcionarios de carrera se pueden resumir en los siguientes términos:

a) La exigencia de la condición de funcionario de carrera como requisito para participar en los procesos selectivos de promoción interna.

b) La exigencia de una antigüedad como funcionario de carrera –generalmente, dos años– como un requisito para participar en los procesos selectivos de promoción interna.

c) La valoración de los servicios prestados con la condición de funcionario de carrera, exclusivamente, en un procedimiento de selección o de promoción interna.

d) La valoración superior de los servicios prestados en la condición de funcionario de carrera en un procedimiento de selección con convocatoria libre o de promoción interna.

Asimismo, en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, la confrontación de las posiciones entre los dos colectivos se situaría en las siguientes condiciones de trabajo:

a) La exigencia del requisito de tener la condición de funcionario de carrera para participar en las convocatorias de provisión.

b) La valoración de los servicios prestados con la condición de funcionario de carrera, exclusivamente, en un procedimiento de provisión.

c) La mayor valoración dada a los servicios prestados con la condición de funcionario de carrera en un procedimiento de provisión.

Con respecto a la consideración de la condición de funcionario de carrera como un requisito de participación en las convocatorias de promoción interna, difícilmente se podría justificar que no se trata de situaciones comparables cuando el funcionario de carrera y el funcionario interino están ocupando un puesto de trabajo de la escala o subescala del grupo inmediatamente inferior, con unas funciones idénticas o similares en cuanto a la formación y experiencia temporal necesarias.

En cuanto a la existencia de razones objetivas, se puede argumentar que los funcionarios interinos acceden a la función pública porque era necesario y urgente para llevar a cabo las funciones de un puesto de trabajo concreto; la inamovilidad en el puesto de trabajo es una característica inherente al funcionario interino

de manera que, admitir la posibilidad de cambiar de puesto daría lugar a la aparición de una cadena de nombramientos por las mismas causas que podrían afectar negativamente a la organización del trabajo y a la eficacia de los servicios públicos. De acuerdo con esto, la diferencia de trato se podría considerar una medida que responde a una necesidad real para alcanzar el objetivo de eficacia indicado. En cambio, difícilmente se podría aceptar como una razón objetiva el argumento general y abstracto de que la carrera profesional es una institución reservada a los funcionarios de carrera, o bien que el funcionario interino se selecciona con un nivel de exigencia menor.

Las mismas consideraciones y argumentos expuestos en el caso de la promoción interna se podrían aplicar al requisito de tener la condición de funcionario de carrera para poder participar en una convocatoria de provisión de puestos, pues la condición de trabajo es la misma y se plantea en un contexto similar de cambio de puesto de trabajo.

De hecho, el TJUE ha admitido en la STJUE de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10, que los Estados miembros disponen de una facultad de apreciación en relación con su organización para establecer requisitos de antigüedad para acceder a determinados puestos, restringir el acceso a la promoción interna a los funcionarios de carrera y exigirles que demuestren tener una experiencia profesional correspondiente al grupo inmediatamente inferior al que es objeto del proceso selectivo. Estos requisitos no contradicen la Directiva, si bien deben aplicarse con criterios transparentes para poder ser controlados y evitar así discriminaciones basadas en la simple duración de la relación laboral.

En resumen, una vez admitida la validez del requisito de poseer la condición de funcionario tanto en los procedimientos de selección como en los de provisión de puestos, la condición de trabajo que se debate se concreta en la valoración de la antigüedad o de los servicios prestados en la condición de funcionario de carrera. En uno y otro tipo de procedimientos se trata de una convocatoria pública en la cual se pone en cuestión la misma condición de trabajo. Todo ello permite un trato unitario desde la óptica del principio de no discriminación de la Directiva.

En cuanto al hecho discriminatorio en sí mismo, puede consistir en que solamente se tengan en cuenta la antigüedad o los servicios prestados como funcionario de carrera o en que la valoración como mérito otorgada a estos sea superior a la valoración de los servicios prestados en la condición de funcionario interino.

Para comparar la situación de los funcionarios interinos y los funcionarios de carrera respecto de esta condición de trabajo y analizar la existencia de razones objetivas que puedan justificar el trato diferente, puede servir de referencia la citada STJUE de 8 de septiembre de 2011. Esta sentencia ha precisado cuál debe ser la valoración de la antigüedad como funcionario interino, a los efectos de la Directiva, en un proceso de promoción interna; en este punto se ha convertido en el referente para los tribunales estatales, que la han utilizado de forma poco rigurosa y, ha-

bitualmente, para justificar la posición tradicional a favor de un trato diferenciado en la valoración de los servicios prestados por una y otra clase de funcionarios.

El supuesto a que se refiere es el de una promoción interna específica, regulada en la disposición adicional vigésima segunda de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP), norma básica no derogada por la LEBEP, que permite la promoción interna a cuerpos o escalas del grupo C desde cuerpos o escalas del grupo D del área de actividad o funcional correspondiente, por el sistema de concurso oposición, valorando en la fase de concurso los méritos relacionados con la carrera y los puestos ocupados, el nivel de formación y la antigüedad. Para participar en la convocatoria se requiere tener la titulación del grupo C o una antigüedad de diez años, o de cinco años más la superación de un curso de formación. De acuerdo con el reglamento aplicable, para el cómputo de la antigüedad exigida como requisito de participación, solamente se tienen en cuenta los servicios prestados como funcionario de carrera, pero no los de funcionario interino. Cabe mencionar que este requisito ha sido aceptado por los tribunales internos, entendiendo que no vulnera el principio de igualdad del art. 14 CE y que se ajusta al derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas del art. 23.2 CE. En el caso planteado, el funcionario no tenía una antigüedad de diez años en esta condición, pero la superaba si se computaban los servicios como funcionario interino.

El TJUE parte de que los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo previstos en la cláusula 4.4 AM serán los mismos para el personal temporal y el personal indefinido, salvo que existan razones objetivas que justifiquen lo contrario. Por lo tanto, la disposición se puede aplicar a un funcionario interino que invoca la valoración de estos servicios prestados como temporal cuando ya ha adquirido la condición de funcionario de carrera. También considera que el requisito de un período de servicios prestados como funcionario de carrera o interino es una condición de trabajo a los efectos de la Directiva.

Con las premisas anteriores, el TJUE aborda la cuestión de si se trata de situaciones comparables, que en principio deben resolver los tribunales internos aplicando los criterios sentados por el TJUE. En este punto, cabe recordar que si las funciones ejercidas como funcionario interino no se corresponden con las ejercidas por un funcionario de carrera del grupo D, se derivaría que no son situaciones comparables. Entre los criterios que permiten comprobarlo están la naturaleza de las funciones ejercidas y la calidad de la experiencia adquirida. Por lo tanto, si un funcionario de carrera ha cumplido el período de diez años contando también los prestados como interino en un cuerpo del grupo D o en otro cuerpo con funciones que se correspondan con las de aquel, el único elemento que podría diferenciar su situación de la de un funcionario de carrera que acredita todo el período en esta condición sería la naturaleza temporal de la relación laboral. Así pues, se trataría de situaciones comparables y debería comprobarse si existe alguna razón objetiva

que justifique que no se tomen en consideración los servicios prestados como funcionario interino.

Las razones objetivas invocadas por el Gobierno español se referían a la existencia de ciertas diferencias entre las dos clases de funcionarios: en primer lugar, la imposición de menores exigencias a los interinos en la incorporación a la función pública y en la acreditación del mérito y la capacidad; en segundo lugar, la falta de movilidad –por estar vinculados al puesto que ocupan temporalmente– hace que su actividad sea distinta y de menor valor que la del funcionario de carrera. Además, determinadas funciones se pueden reservar a funcionarios de carrera, hecho que implica una diferencia cualitativa de experiencia y de formación. Finalmente, el cese de los interinos tiene lugar cuando finaliza la causa por la que se les nombró. Todos estos argumentos, con el añadido de la existencia de una previsión legal expresa que regula la diferencia de trato, son los utilizados sistemáticamente por las administraciones públicas y los tribunales estatales para justificar las diferencias de trato en todas las condiciones de trabajo establecidas legalmente; raramente se aportan otros criterios concretos, precisos y objetivos relativos a las funciones ejercidas y puestos en relación coherente con cada condición de trabajo.

El TJUE, después de reiterar cuáles son y cómo se deben aplicar los criterios citados anteriormente para acreditar la existencia de razones objetivas, admite que las diferencias alegadas por el Gobierno español podrían, en principio, justificar una diferencia de trato. Pero debería hacerlo con criterios objetivos, relativos a la plaza convocada; es decir, que la exigencia de un requisito genérico y abstracto según el cual el período de servicios debe cumplirse como funcionario de carrera (sin considerar, especialmente, la naturaleza particular de las tareas que se han realizado ni las características inherentes a ellas) es insuficiente y no se corresponde con las exigencias de la jurisprudencia comunitaria sobre la cláusula 4 AM.

Los elementos de la jurisprudencia comunitaria que se han expuesto son esenciales para resolver cuándo existe discriminación en el acceso a la función pública y cuándo no. Conviene insistir en que el TJUE admite que los argumentos del Gobierno español podrían constituir una razón objetiva, pero por sí solos son insuficientes; es indispensable aportar otros criterios sustantivos entre los indicados por el TJUE y ponerlos en relación con cada condición de trabajo. En resumen, que los argumentos utilizados por las autoridades en el orden interno no son razones objetivas que puedan justificar una diferencia de trato de los funcionarios interinos.

Como conclusión, se puede afirmar que la aplicación de esta doctrina a los procedimientos de promoción interna comporta que sea correcto exigir tener la condición de funcionario de carrera como requisito de participación; pero una vez obtenida dicha condición, a los efectos de cumplir con el requisito de tener una antigüedad mínima en el cuerpo o escala del grupo o subgrupo inmediatamente inferior, deberán tenerse en cuenta los servicios prestados como funcionario interino en los mismos términos que los prestados como funcionario de carrera.

La conclusión anterior se puede trasladar a los procedimientos de provisión de puestos, dada la similitud en cuanto a la condición de trabajo y su contexto, como se indicó anteriormente. En este supuesto, se trataría de que el funcionario de carrera que pretenda participar en un procedimiento de provisión en el que se exija un requisito de antigüedad o permanencia en el puesto de origen pudiera computar el tiempo en que haya ocupado dicho puesto como funcionario interino, si se diera el caso.

Dicha conclusión también se podría aplicar, por analogía –y con mayor razón, si cabe–, a la condición de trabajo consistente en valorar los servicios prestados como mérito en un proceso selectivo o de provisión de puestos, cuando se haga de forma cuantitativa, como período temporal o simple antigüedad en la Administración o en un cuerpo o escala determinados, respectivamente. En este caso no se atiende al contenido o las características de las funciones ejercidas, que podría ser el elemento objetivo para introducir una diferencia de trato justificada. En cambio, una valoración cualitativa del tiempo de servicios prestados en términos de experiencia adquirida en determinada materia o actividad podría erigirse perfectamente en una razón objetiva siempre que no se pudiera acreditar que el objetivo perseguido era, indirectamente, discriminar el trabajo temporal.

En el orden interno, ¿cuáles han sido las prácticas administrativas y las respuestas de los tribunales españoles sobre estas condiciones de trabajo? Generalmente, la Administración y los tribunales de justicia han admitido diferencias de trato entre funcionarios interinos y funcionarios de carrera simplemente con el argumento de que tales diferencias están legalmente previstas, afirmando que esto no es contrario al art. 14 CE. La situación no ha cambiado a partir de la STJUE comentada, salvo en el caso concreto que fue objeto de la cuestión prejudicial; en este, el Juzgado de lo Contencioso núm. 12 de Sevilla, que había planteado la cuestión prejudicial, en la sentencia 400/2011, de 9 de diciembre de 2011, resolvió que el demandante tenía derecho al cómputo de los servicios prestados como funcionario interino a los efectos de la antigüedad requerida en la convocatoria de promoción interna; por ello, revocó la resolución administrativa y repuso al interesado como funcionario de carrera del grupo C.⁵

Un ejemplo paradigmático es el de la Administración de la Junta de Andalucía, en que esta valoró por un igual los servicios prestados por los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos en una convocatoria de provisión de puestos, pero el TSJ revocó su resolución, por lo que hubo que introducir de nuevo un trato diferente entre las dos clases de funcionarios. Así lo demuestra la STSJ de Andalucía (Granada), de 15 de abril de 2013, recurso 61/2013, entre otras que resuelven ca-

5. Así se desprende de la Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública de la Junta de Andalucía, de 11 de abril de 2012, por la que se dispone el cumplimiento de dicha sentencia (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, núm. 80, de 25 de abril de 2012).

son idénticos o similares, sobre una convocatoria de provisión en que se valoraban como mérito los servicios prestados como funcionario de carrera, solamente. Recurridas las bases, la Administración estimó el recurso para adaptarlas a la Directiva y la jurisprudencia comunitaria, de modo que corrigió el trato discriminatorio dado a los servicios prestados como funcionario interino. Contra la resolución administrativa se interpuso recurso contencioso porque la modificación de las bases solamente beneficiaba a los candidatos que se habían presentado, pero no a los que no lo habían hecho pensando que, al no valorárseles los servicios prestados como interinos, no tenían opción de ganar el concurso. El TSJ anuló la modificación de las bases, cuando lo procedente hubiera sido retrotraer el expediente y abrir un nuevo plazo de presentación de instancias para que pudieran presentarse todos los interesados.

La STSJ fundamenta su resolución en una gran amplitud y diversidad de argumentos, partiendo del régimen jurídico de los funcionarios interinos y de los criterios fijados por la jurisprudencia comunitaria. En relación con estos últimos, considera que tanto la diferente cualificación del funcionario interino como las tareas que realiza son circunstancias que pueden determinar que no se esté ante situaciones comparables, con lo cual procede aplicar un trato desigual por exigencia del principio de no discriminación. Para justificar la distinta cualificación, el TSJ considera que:

[...] las exigencias en la incorporación y consecuente nombramiento se habrían de considerar residenciadas en el ámbito de la «cualificación», referida en ese apartado 2 [de la cláusula 3 AM], como parámetro que impediría reconocer la «situación comparable» por ser la diferencia entre tales exigencias de tal grado que se debiera rechazar, no solo la identidad a la que alude la repetida cláusula 3, sino también la similitud como presupuesto de la llamada situación comparable.

Y añade que las normas que regulan la selección de los funcionarios⁶ establecen unos elementos precisos y concretos que ponen de manifiesto una pronunciada diferenciación, en orden a las exigencias de acceso o incorporación, según se trate de la adquisición de la condición de funcionario de carrera o de funcionario interino:

[...] actuando así como criterio objetivo y transparente la realidad de esa clara distinción, normativamente establecida, en el ámbito de lo que se instituye como sistema dirigido a la comprobación, con muy diferente grado de exigencia según se trate de funcionarios o interinos, de la formación de los aspirantes y, al respecto, se ha de señalar que en la propia Sentencia de 8-9-2011 [STJUE comentada], se citan «las condiciones de formación» como factor a tener en

6. Decreto 2/2002, de 9 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso, promoción interna, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía.

cuenta a los fines de decidir, de acuerdo con los ya citados apartado 1 de la cláusula 4 y apartado 2 de la cláusula 3, si se da una situación calificable como comparable.

En resumen, el TSJ construye un razonamiento a partir de que la legislación de función pública, cuando regula el acceso al empleo público, establece elementos precisos y concretos que ponen de manifiesto una pronunciada diferenciación entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos. Dichos elementos consisten en que la selección de los funcionarios interinos es menos exigente que la de los funcionarios de carrera, lo que se concreta en una comprobación menos exigente de la formación de los aspirantes; condiciones de formación que son un factor a tener en cuenta para decidir si se da una situación comparable, según la cláusula 3.2 AM. Las exigencias en la incorporación y nombramiento deben considerarse situadas en el ámbito de la cualificación referida en la cláusula 3.2 AM para determinar cuándo se trata de situaciones comparables; y, en este caso, la diferente exigencia es de tal grado que no solo no existe identidad, sino ni tan siquiera similitud, como presupuesto de la situación comparable.

De esta manera, el TSJ utiliza los criterios fijados por el TJUE pero para llegar a la conclusión opuesta. Lo que este consideró insuficiente para justificar un trato distinto, el TSJ considera que justifica con creces dicha desigualdad. Aceptar esta posición del TSJ tendría como consecuencia que las situaciones no serían comparables y que ya no sería necesario entrar a comprobar si existen o no razones objetivas que justifiquen la diferencia de trato. En cualquier caso, considerar que no computar como antigüedad los servicios prestados en la condición de funcionario interino no vulnera el principio de no discriminación de la Directiva supone una regresión respecto de la doctrina sentada por el TJUE.

Con respecto al personal eventual, existen mayores dificultades para poder aplicarle el principio de igualdad de trato en lo relativo a la valoración de los servicios prestados en tal condición, en un procedimiento de selección o de provisión de puestos de trabajo. En efecto, según el art. 12.4 LEBEP, la condición de personal eventual no podrá constituir un mérito para acceder a la función pública o para la promoción interna. Pero dejando de lado esta disposición –siempre contrastable con la Directiva– parece que la dificultad principal para aplicarle los efectos protectores de la Directiva, en cuanto a la condición de trabajo que se analiza, sería encontrar el funcionario de carrera comparable. Ello es así porque las funciones de confianza o asesoramiento especial que tienen asignadas de manera genérica no son, a priori, idénticas o similares en términos de formación y experiencia a las de los funcionarios de carrera. Con todo, se pueden presentar dos supuestos dudosos:

a) Cuando se valora como mérito un período de tiempo de servicios prestados con independencia de cuáles sean las funciones ejercidas. Sería el caso de la simple antigüedad valorada como mérito, al margen de la escala o subescala de pertenencia y del puesto de trabajo ocupado.

b) El de los puestos de personal eventual con funciones idénticas o similares a la de funcionarios de carrera. Sería el caso de los puestos de secretaría de la alcaldía o presidencia de una entidad local –ocupados a menudo por personal administrativo de la escala de administración general, que ejerza funciones administrativas–, en que la confianza no es una característica sustantiva de las funciones asignadas al puesto, sino una simple cualidad o atributo adicional.

En los dos supuestos parece que se podría estimar que se da una situación comparable con funcionarios de carrera de la subescala de administración general con funciones equivalentes.

2. Diferencias de trato en relación con la carrera administrativa

En el apartado anterior se han analizado, indirectamente, dos modalidades de carrera profesional: la promoción interna y la carrera vertical. La primera, porque se instrumenta a través de un procedimiento de selección; la segunda, porque se instrumenta a través de algunos procedimientos de provisión de puestos de trabajo. Faltaría, pues, tratar de la modalidad de carrera horizontal y analizar las diferencias de trato que puedan darse entre los funcionarios interinos y el personal eventual, por un lado, y los funcionarios de carrera, por otro.

Plantearse la igualdad de trato respecto de la carrera profesional, en general, y de la carrera horizontal, en particular, puede parecer una cuestión inoperante, dado que la legislación básica de función pública la reserva a los funcionarios de carrera en exclusiva (arts. 16 y 17 LEBEP), al igual que las leyes de desarrollo aprobadas hasta este momento y la legislación sectorial de ámbitos como la docencia universitaria y no universitaria y la sanidad pública. A diferencia de lo que sucede con el personal laboral al servicio de la Administración, para el cual la LEBEP no distingue entre indefinido y temporal y se remite a lo que disponga el convenio colectivo correspondiente (art. 19). Pero ya se ha dicho que esta circunstancia no es trascendente a efectos de aplicar el principio de no discriminación de la Directiva.

Ante todo se debe delimitar cuál es la condición de trabajo en cuestión cuando nos referimos a la carrera horizontal, es decir, en qué aspectos se puede concretar la desigualdad entre personal temporal y personal indefinido. Para ello es conveniente exponer cuáles son los objetivos de política de personal perseguidos y cuáles los elementos que definen esta modalidad de carrera.

Por lo que se refiere a los objetivos, según la exposición de motivos de la LEBEP, el Estatuto Básico permite que se configuren modelos de carrera horizontal desvinculados de los cambios de puesto de trabajo y basados en el desarrollo de las competencias y en el rendimiento. Con ello se podría reducir la inflación orgánica causada por la carrera vertical –que se mantiene en vigor– y la excesiva movilidad

voluntaria del personal, que han terminado por caracterizar el modelo en vigor; hay que suponer que este modelo se mantendrá, dado que se mantiene la carrera vertical. La misma exposición de motivos continúa afirmando que:

[...] el elemento fundamental de la nueva regulación es, en cualquier caso, la evaluación del desempeño de los empleados públicos –sin distinción– que las administraciones públicas deberán establecer a través de procedimientos fundados en los principios de igualdad, objetividad y transparencia, introduciendo así un factor de motivación del personal y de control interno.

A la vista de estas explicaciones puede decirse que la LEBEP se plantea unos objetivos de racionalidad organizativa interna –que no vienen al caso del tema tratado– y un objetivo significativo en relación con los empleados: su motivación o incentivación. Este segundo objetivo debería referirse a todos los empleados, permanentes y temporales.

En cuanto a los elementos que caracterizan la carrera horizontal, según los arts. 16.3.a, 17, 20.3 y 24.a LEBEP, serían, en síntesis, los siguientes:

a) La progresión o ascenso de grado, categoría, escalón o concepto análogo, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo.

b) Para cada grado o escalón se fijará la retribución complementaria correspondiente.

c) Para ascender de grado o escalón se valorará la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño u otros méritos y aptitudes. Es indispensable que previamente se haya establecido un sistema objetivo de evaluación en cada Administración pública.

d) Se puede añadir que la progresión requerirá, por lógica, la prestación de servicios durante un período temporal mínimo que se establecerá en la legislación de desarrollo.

De acuerdo con estas características se puede considerar que el elemento más relevante de la carrera horizontal, de cara a una hipotética motivación de los funcionarios, es de carácter retributivo, tanto por la posibilidad de percepción inicial del complemento como por los incrementos de grado o escalón. Es cierto que los ascensos de grado también podrían incidir en la motivación si se valora como mérito en la provisión de puestos de trabajo o en la promoción interna; pero, dejando de lado que se puede tratar de una opción a más largo plazo y de dudosa realización en muchos casos, el análisis de las potenciales discriminaciones dejaría de estar radicado en el campo de la carrera horizontal. En síntesis se puede decir que la ley generaliza o universaliza el derecho a la carrera horizontal con el objetivo de motivar a todos los funcionarios de carrera; dicho derecho se instrumenta a través de una evaluación del empleado que, de ser positiva durante un período de tiempo determinado, comportará un incremento retributivo.

Cabe destacar, también, que el complemento de carrera horizontal tiene un carácter eminentemente personal, desvinculado del puesto de trabajo ocupado y de la pertenencia a una escala y subescala determinadas. Similar en este sentido al complemento de productividad.

De las características expuestas se deduce que la condición de trabajo en cuestión sería si el personal temporal tiene derecho a la carrera horizontal en igualdad de condiciones que los funcionarios de carrera comparables, en concreto, si tiene derecho a percibir el complemento de carrera horizontal y a ascender de grado o escalón. En caso de que la respuesta fuera afirmativa, a continuación se podrían plantear otras condiciones de trabajo de segundo orden o nivel en relación con la carrera horizontal: la exigencia de que el tiempo de servicios prestados se haya producido sin interrupciones, la cuantía correspondiente según el sistema de asignación del complemento a cada grado o escalón, etc.

Centrada la condición de trabajo que se debate, sería necesario analizar los criterios de comparabilidad entre la situación del personal temporal y la de los funcionarios de carrera; y, si se trata de situaciones comparables, analizar la posibilidad de razones objetivas que justificasen una diferencia de trato respecto del derecho a la carrera.

En primer lugar, cabe pensar que la generalización del derecho a participar en la carrera horizontal a favor de todos los funcionarios de carrera y la exclusión en bloque de los temporales, que se impone legalmente como una decisión apriorística de política de personal, es un indicio de que la diferencia de trato se basa en esta diferente condición, exclusivamente. De ser así, este comportamiento sería contrario al principio de no discriminación de la cláusula 4 AM.

Además, teniendo en cuenta que el criterio esencial es el de las funciones ejercidas en términos de formación y experiencia, la situación de comparabilidad entre funcionarios interinos y funcionarios de carrera debería darse con carácter general y estaría determinada por los criterios aplicados para la evaluación del desempeño.

Otra característica esencial de esta modalidad de carrera es que no requiere el cambio de puesto de trabajo. Por lo tanto, en este punto no habría inconveniente para la participación de los funcionarios interinos y del personal eventual, dado que unos y otros son nombrados para ocupar un puesto de trabajo concreto. Además, en el caso de los interinos, se adscriben a una escala y subescala –grupo o subgrupo de titulación–, aunque no ocupen una plaza de la plantilla de personal; y, en el caso del personal eventual, su puesto se asimila a un grupo o subgrupo de titulación a efectos retributivos.

Tampoco existe ningún obstáculo técnico aparente para que su actividad pueda ser evaluada de la misma forma y con los mismos criterios con que se evalúa la de los funcionarios de carrera; concretamente, el art. 20 LEBEP prevé la evaluación del desempeño para todos los empleados públicos sin distinción. De hecho,

en las administraciones en las que perciben el complemento de productividad, se supone que se hace previa evaluación de dicho personal. También la Comisión de Coordinación del Empleo Público indica que los funcionarios interinos y el personal eventual deberían ser evaluados,⁷ si bien dudan de su conveniencia por los efectos económicos que podría tener.

Únicamente queda por considerar el elemento de la prestación de servicios durante un período determinado. Sobre esto cabe recordar lo dispuesto por la cláusula 4.4 AM, que prescribe que los criterios de antigüedad o servicios prestados que se requieren para determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores temporales y los indefinidos. Sin olvidar que este elemento no debe intervenir para decidir la comparabilidad, aunque sí pueden existir razones objetivas que justifiquen una valoración diferente.

En relación con la carrera horizontal, es importante analizar el ATJUE de 9 de febrero de 2012, asunto C-556/11, que se pronuncia sobre el derecho de los funcionarios interinos docentes no universitarios del sistema educativo público a la percepción del complemento de formación o sexenios. Se trata de una condición de trabajo que se puede considerar incluida dentro de la carrera horizontal, dadas las características con que la configura el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 1991, que prevé la adopción de medidas destinadas a incentivar el profesorado con el compromiso, por parte de este, de mejorar su formación. Con esta finalidad establece un componente de formación permanente del complemento específico, llamado *sexenio* –porque se percibe por cada seis años de servicio como funcionario de carrera–, siempre que se hayan acreditado cien horas de formación durante este período. El sexenio tiene una asignación mensual establecida para cada nivel o grado de progresión en la carrera. La asignación de este complemento enlaza con los objetivos de la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, según la cual la formación permanente del profesorado constituye un derecho y una obligación que incumbe a todos los profesores, sin distinción entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos.

La cuestión prejudicial se planteó porque la Administración no reconoció el derecho de una funcionaria interina que llevaba más de seis años de servicio y había superado las horas de formación preceptiva. La reclamante consideraba que tenía derecho a la igualdad de trato prevista en la cláusula 4 AM, dado que el sexenio estaba vinculado con la antigüedad, de forma similar a los trienios, cuestión ya re-

7. Puede verse el documento del Grupo de Trabajo sobre Evaluación del Desempeño, constituido en la Comisión de Coordinación del Empleo Público, de 5 de noviembre de 2013, página 12, en que afirma: «El derecho a ser evaluado lo tienen por tanto todos los empleados públicos incluidos en el ámbito de aplicación del EBEP al servicio de las Administraciones Públicas enumeradas en el artículo 2.1: [...] En la medida de que al personal funcionario interino y al personal eventual les es de aplicación, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera, también este personal debe ser evaluado con los efectos que se determinen. Es dudoso no obstante, si la evaluación debe alcanzar al personal eventual, dado que parece difícil que los ámbitos sobre los que se despliegan los efectos de la evaluación (carrera, provisión, retribuciones y formación) le sean de aplicación a este tipo de personal en los mismos términos que al personal de carrera».

suelta por el TJUE. La Administración se oponía al reconocimiento del derecho a percibir sexenios de los funcionarios interinos con los argumentos siguientes: a) el sexenio es un complemento legalmente asociado a la carrera profesional, por lo tanto corresponde solamente a los funcionarios de carrera; b) el funcionario interino no está integrado en ningún cuerpo porque su nombramiento está asociado a un puesto de trabajo concreto y determinado que es necesario proveer por razones de urgencia y de interés público, y por eso no tiene derecho ni posibilidad de carrera administrativa; c) los sexenios no guardan similitud con los trienios, que son una retribución básica asociada a la antigüedad entendida como tiempo de servicios prestados, porque no se acredita por el simple transcurso del tiempo, sino que hace falta acreditar una formación docente.

La primera cuestión resuelta por la STJUE se refiere a la naturaleza jurídica de los sexenios, puesta en duda por el juez nacional. Afirma que se trata de una condición de trabajo en el sentido de la cláusula 4 AM porque es un complemento salarial que depende de la duración de los servicios prestados, igual que los trienios, y de haber cursado un determinado número de horas de formación en el marco de un régimen obligatorio para el conjunto del profesorado no universitario.

La segunda cuestión que el juez nacional ponía en duda era si los funcionarios interinos y los de carrera se encontraban en una situación comparable, dado que constituían dos categorías distintas según la legislación estatal, al tener unos criterios distintos de selección y de evolución en la carrera. El TJUE no considera relevantes estos criterios porque lo realmente importante es que no se acredita que el ejercicio de las funciones docentes por parte de los funcionarios interinos requiera una experiencia o unas cualificaciones académicas diferentes a las de los funcionarios de carrera. Al contrario, se desprende que realizan funciones similares y que están sometidos a las mismas obligaciones, en particular, en materia de formación permanente. En consecuencia, deduce que se encuentran en una situación comparable.

La tercera cuestión se refiere a la existencia de una razón objetiva que justifique la exclusión de los interinos de la percepción del complemento. Sobre esta, la sentencia reitera cuáles son los elementos sustantivos que constituyen su doctrina en los términos ya expuestos anteriormente, y concluye que no son razones objetivas, por sí solas, el hecho de que la diferencia esté prevista en una norma general y abstracta, ni la naturaleza temporal de determinados empleados públicos.

Como conclusión de sus consideraciones, la STJUE resuelve que la cláusula 4.1 AM debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa estatal que reserva, sin justificación alguna en razones objetivas, el derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente únicamente a los funcionarios de carrera y excluye a los interinos, cuando, en relación con este complemento, se encuentran en una situación comparable.

La resolución del TJUE se ha trasladado a las sentencias de los tribunales estatales.⁸ Es particularmente interesante la argumentación de la STS de 22 de octubre de 2012, recurso 5303/2011, sobre una reclamación de sexenios por parte de funcionarios interinos docentes de la Junta de Extremadura. Frente a los argumentos genéricos tradicionales de la Administración, el Ministerio Fiscal considera que debe reconocerse el derecho de los funcionarios interinos sobre la base del art. 10.5 LEBEP, que establece el principio general de equiparación en el trato entre funcionarios de carrera e interinos, sobre todo si se interpreta a la luz de la Directiva, aun admitiendo que el reconocimiento de este derecho causa un daño grave al interés general, se supone que por el coste económico. Por su parte, el TS afirma que el requisito de la formación, por sí solo, no es el factor determinante del derecho a percibir el complemento: es indispensable tener la condición de funcionario de carrera, ya que la formación se ha adquirido de la misma manera por parte de ambos colectivos. Por ello, aunque los trienios sean una retribución calificada como básica y los sexenios una retribución complementaria, las circunstancias de fondo para su adjudicación son las mismas.

Es importante poner de relieve que la doctrina expuesta en la STJUE comentada, seguida por los tribunales nacionales, sería trasladable a los complementos de carrera horizontal aprobados por algunas entidades locales y aplicados con carácter general, cuando dichos complementos requieren solamente una determinada antigüedad como funcionario de carrera o, en otros casos, adicionando requisitos de formación. Dichos complementos se aplican de acuerdo con lo dispuesto en la LMRFP, art. 21.1.f, y consisten en un incremento del grado personal, o de acuerdo con la LEBEP, como un complemento de carrera horizontal; complementos con denominaciones distintas pero que responden al mismo objetivo y a los que se pueden aplicar los mismos criterios de adjudicación. Sin dejar de lado que, si se aplican cuando se requiere un período de antigüedad, con mayor razón deberían aplicarse en aquellos supuestos en que no se exige, aunque sea transitoriamente, ningún requisito más allá de la antigüedad. En todos estos casos, la cláusula 4 AM exige que los funcionarios interinos tengan una igualdad de trato con los funcionarios de carrera.

Otro ejemplo de carrera horizontal que ha dado lugar a una gran actividad judicial es el de la sanidad pública; aunque en este ámbito no se ha producido ningún pronunciamiento del TJUE. El modelo de carrera seguido, parte de lo dispuesto por los arts. 37 y 38 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, que están en la misma línea que los arts. 16 y 17 LEBEP; según estos preceptos, el modelo de carrera consiste en el reconocimiento público,

8. Como ejemplos, entre otras, se pueden ver la STSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2012, recurso 412/2012; STSJ de Murcia de 12 de junio de 2013, recurso 340/2013; STSJ de Madrid de 19 de setiembre de 2013, recurso 576/2013; y STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2013, recurso 635/2011.

expreso y de forma individualizada del desarrollo profesional conseguido por un profesional sanitario, de acuerdo con el régimen que establezca cada Administración sanitaria, dentro de los principios generales siguientes:

a) Se articularán cuatro grados de progresión, con la facultad de cada Administración de incorporar un grado de entrada. Para cada grado se establece la cuantía del complemento.

b) La progresión a grados superiores requerirá la evaluación favorable de los méritos del interesado, relacionados con sus conocimientos, competencias, formación continuada, actividad docente e investigación, y, también, los resultados de la actividad asistencial y la implicación en la gestión.

c) Para adquirir el primer grado y acceder a los siguientes deberá acreditarse un mínimo de cinco años de ejercicio profesional. En caso de evaluación negativa se podrá solicitar de nuevo al cabo de dos años.

Igual que sucede con el régimen general de la LEBEP, en este caso también debe distinguirse entre las previsiones iniciales de la legislación sectorial y los requisitos que establece cada Administración en su implantación, ya que son estos últimos los que configuran la condición de trabajo sobre la que se entablará el debate referente a la aplicación del principio de igualdad de trato. Así, por ejemplo, las normas autonómicas de desarrollo acostumbra a prever dos modulaciones que tienen importancia a los efectos del presente trabajo:

a) Se computarán los años de servicios prestados como personal estatutario fijo o interino, además de los prestados como funcionario y personal laboral.⁹ Lo cual demuestra que la evaluación del personal interino no solamente es factible sino que ya se aplica en la práctica.

b) El personal interino puede participar de la carrera horizontal cuando no haya tenido opción de presentarse a algún proceso selectivo por no haberse efectuado las convocatorias correspondientes; debiendo acreditar, lógicamente, la prestación de servicios efectivos y continuados durante el período temporal exigido en cada caso. Lo cual demuestra también que la evaluación es factible y real.¹⁰

Así pues, la conclusión que se extrae de la propia normativa reguladora de la carrera horizontal del personal estatutario de la sanidad pública es que los funcionarios están en una situación comparable y que no hay razones objetivas que permitan inaplicar el principio de igualdad de trato, dado que pueden ser evaluados de la misma manera que lo es el personal estatutario de carrera. En resumen, que la exclusión prevista en la legislación general parece fundamentarse exclusivamente en el carácter temporal de la relación laboral de los funcionarios interinos, lo cual produciría un trato discriminatorio respecto de los funcionarios de carrera.

9. Como ejemplo se puede ver la Resolución TRI/4240/2006, de 27 de noviembre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo de la Mesa Sectorial de Negociación de la Sanidad catalana para el período 2007-2010, apartado 6.1.2.3.

10. Véase la Resolución TRI/4240/2006, citada en la nota anterior, apartado 6.1.3.1.5.

A diferencia de lo sucedido con los sexenios del personal docente no universitario, en el caso de la carrera del personal sanitario la jurisprudencia interna ha mantenido los argumentos tradicionales sobre la distinta naturaleza de la relación laboral del personal estatutario interino y ha aceptado que la temporalidad es un factor que justifica un trato diferente cuando así se establece legalmente. Como ejemplo, entre otros muchos, la STS de 18 de febrero de 2013, recurso 4842/2011, relativa a la carrera del personal sanitario del Servicio Vasco de Salud, en la que el TS sigue el criterio de pronunciamientos anteriores¹¹ y distingue entre la «carrera profesional administrativa» –que sería una carrera vertical con cambio de puesto de trabajo– y el «sistema de desarrollo profesional de los profesionales sanitarios», que es el objeto del debate. Con una clara confusión de los términos, considera que el derecho a progresar de nivel –o grado– significa pasar a plazas diferentes dentro de la estructura organizativa, es decir, que afectaría a la movilidad, cuando claramente no es esto lo que establece el Estatuto marco del personal sanitario ni la norma autonómica de desarrollo, objeto del recurso. Por otro lado, de forma contradictoria, afirma que no se ignora al personal interino, porque la norma prevé que el tiempo de servicios prestados en esta condición se tendrá en cuenta cuando se adquiera la condición de personal estatutario de carrera.

Recientemente, el TS ha abierto una brecha en la posición tradicional expuesta, al admitir el derecho a dicha modalidad de carrera horizontal del personal estatutario interino de «larga duración». Concretamente, la STS de 30 de junio de 2014, recurso 1846/2013, acepta que el personal estatutario temporal de los servicios de salud no forma parte de una categoría concreta de personal estatutario porque no ha superado un proceso selectivo con este fin, siendo esta una condición imprescindible para poder llevar a cabo la evaluación individual de la carrera profesional; afirmación que no se corresponde con la realidad ni con las normas reguladoras de dicha carrera. También argumenta que las consecuencias del acto administrativo de reconocimiento del grado de carrera no se limitan al pago de la retribución complementaria correspondiente –el complemento de carrera o de grado–, sino que también se puede tener en cuenta como mérito en la movilidad; con lo cual no se trataba de un simple asunto de equiparación retributiva con fines que permitiesen aplicar la Directiva y el principio de igualdad de los arts. 14 y 23.2 CE. En este último punto, el TS no cae en la cuenta de que el derecho a la igualdad de trato debe resolverse en relación con cada condición de trabajo y la resolución no tiene que ser la misma a efectos retributivos que a los efectos de otra condición como la movilidad.

Como conclusión de los argumentos expuestos, el TS estima que la carrera horizontal no se aplica al personal temporal. Pero, cambiando de registro, afirma que

11. SSTS de 21 de febrero de 2012, recurso 3298/20099; de 29 de febrero de 2012, recurso 3744/2009; y de 18 de enero de 2012, recurso 1709/2009.

debe hacerse una excepción con el personal estatutario «interino de larga duración», que sería aquel que ocupa una plaza vacante y mantiene una relación de servicios con la Administración que supera los cinco años.¹² Para estos interinos, el trato diferente con respecto al personal estatutario fijo carecería de justificación objetiva y razonable, según requiere el TC y la jurisprudencia del TJUE sobre la cláusula 4 AM, porque ambos ejercen las mismas funciones o de naturaleza análoga, y lo hacen con cierta estabilidad temporal, siempre que se trate de la misma plaza o de otra de contenido funcional equivalente dentro del mismo servicio de salud. Estos argumentos del TS parecen muy discutibles dado que las funciones ejercidas por los interinos son las mismas y no varían por el hecho de prestar servicios durante menos de cinco años o de superar este período; en cuanto a fijar cierta estabilidad en los cinco años, además de ser una decisión relativa, no cuenta con soporte legal alguno.

Además de los argumentos anteriores, la STS recuerda que en sentencias anteriores ya había manifestado que la diferencia de trato entre funcionarios interinos y de carrera en relación con aspectos retributivos no estaba justificada cuando no descansaba en la naturaleza de las tareas ejercidas, sino solamente en la temporalidad de la relación laboral; porque esta razón no constituye, por sí sola, una razón objetiva en el sentido de la Directiva. Estos argumentos los aplica al caso en litigio porque se trata de personal temporal que ejerce funciones idénticas a las del personal de carrera, durante períodos prolongados. En conclusión, el TS afirma que la norma impugnada no sería discriminatoria respecto del personal estatutario temporal en general, pero sí respecto del personal interino de larga duración. Cabrá esperar para comprobar si esta posición del TS se consolida.

Finalmente, cabe advertir que el sistema de carrera profesional de los funcionarios docentes y el del personal estatutario de los servicios de salud son dos ejemplos concretos de la carrera horizontal que está regulada en la LEBEP. Sería razonable, pues, pensar que la posición del TS se aplicaría a la carrera horizontal de los funcionarios interinos de las entidades locales. En definitiva, como afirma la misma STS:

[...] no es inadecuado el paralelismo que establece [la sentencia recurrida] entre estatutarios y funcionarios porque los rasgos principales de sus posiciones respectivas después de la Ley 55/2003 y el EBEP son esencialmente similares.

12. Definición que formula sustentándose en la STC 203/2000, de 24 de julio, que introdujo este término pero sin conceptuarlo, limitándose a señalar que en el caso concreto la funcionaria interina demandante tenía cinco años de servicios prestados.

3. Discriminaciones de carácter retributivo

3.1. Funcionarios interinos

El sistema retributivo de los funcionarios interinos está establecido, con carácter general para todas las administraciones públicas, en el art. 25 LEBEP. Según este precepto, percibirán las retribuciones básicas –sueldo y trienios– y las pagas extraordinarias correspondientes al subgrupo o grupo de titulación, y las retribuciones complementarias correspondientes al puesto de trabajo –complementos de destino y específico–, al desempeño de su trabajo o rendimiento obtenido –complemento de productividad–, a los servicios extraordinarios fuera de la jornada de trabajo, y las correspondientes a la categoría de entrada en el cuerpo o escala en que se les nombre. Este último concepto se entiende referido a la carrera horizontal.

A partir de aquí, el concepto retributivo general que no percibirían los funcionarios interinos sería el complemento por la progresión dentro del sistema de carrera horizontal, del que se ha tratado en el apartado anterior.

En cuanto a las retribuciones diferidas en concepto de aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de contingencia de jubilación, el art. 29 LEBEP no especifica si lo percibirán los funcionarios interinos y se remite a la normativa reguladora de los planes de pensiones y a lo que establezca el reglamento propio de cada Administración.

Más allá de los conceptos retributivos de carácter general, sería interesante poder analizar la variedad de pluses, complementos, incentivos, etc., que, con los nombres más variados, se aplican en muchas entidades locales. Algunos de ellos son reconducibles a los complementos expuestos, pero otros son difícilmente catalogables. Pero ello requeriría entrar en el vasto campo de los acuerdos de condiciones de trabajo que, como se dijo al principio, queda reservado para un estudio más amplio y complejo.

A los efectos de la aplicación del principio de no discriminación de la Directiva, es interesante destacar la proximidad existente entre diversos conceptos retributivos que tienen en la antigüedad o el tiempo de servicios prestados el factor o uno de los factores determinantes, conceptos que, a pesar de que legalmente tengan un contenido algo diferenciado, en la práctica pueden aproximarse enormemente al convertirse la antigüedad en el factor definitivo en detrimento de los demás. Estarían en esta línea el complemento de productividad –que se valora por períodos temporales cortos: seis meses o un año, en general–, los trienios por cada tres años de servicios, el complemento de carrera horizontal –que se incrementará por períodos más largos, de cinco a siete años en general– y los premios de antigüedad –formalmente, como mejora social– por períodos aún más largos. En todos estos conceptos, si el factor de antigüedad deviene definitivo, el principio de igualdad de trato de la Directiva debería producir la equiparación

entre los funcionarios interinos –y quizás también el personal eventual– y los funcionarios de carrera.

3.1.1. Trienios

Aunque el derecho de los funcionarios interinos a la percepción de trienios está reconocido por la LEBEP, no parece inadecuado hacer un breve repaso a la evolución que ha seguido, dado que es ilustrativa de la forma de proceder los poderes públicos en materia de función pública y de la respuesta dada por el TJUE.

El art. 25.1 LEBEP establece que dichos funcionarios percibirán las retribuciones básicas correspondientes al subgrupo o grupo de adscripción, dentro de las cuales se incluyen los trienios, a diferencia de lo que disponía la legislación anterior. Y debe entenderse que se aplicarán en los mismos términos previstos para los funcionarios de carrera. En cuanto a los servicios prestados con anterioridad a la entrada en vigor de la LEBEP, establece que se reconocerán *pro futuro*, a partir de la entrada en vigor de la LEBEP, pero no con carácter retroactivo.

Hasta la aprobación de la LEBEP, la legislación de función pública no reconocía el derecho de los interinos a la percepción de los trienios, con el argumento de que retribuía cierta permanencia, estabilidad y fidelidad en la función pública y que no les era de aplicación el principio de igualdad de trato de la Directiva. Y, cuando este principio se incorpora a la LEBEP, el Gobierno español ya sabe que el TJUE le obligará a rectificar su posición.¹³ Pero la LEBEP niega expresamente el derecho a poder reclamar las cantidades dejadas de percibir y no prescritas; para que se reconozca el efecto retroactivo será necesario otro pronunciamiento del TJUE.

El reconocimiento del derecho a trienios fue reconocido por la STJUE de 13 de septiembre de 2007, asunto C-307/05. El TJUE no aceptó los argumentos genéricos y formales de las autoridades españolas, sino que consideró que el concepto de *razones objetivas que permiten la excepción del principio comunitario de igualdad* se refiere a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una actividad determinada que, en el caso concreto, era idéntica para los funcionarios interinos y los de carrera. El TJUE completa este argumento sustantivo y de sentido positivo con un argumento formal y de sentido negativo: la diferencia de trato sin otra base que una norma legal de carácter general, no relacionada con el contenido concreto de la actividad ejercida en cada caso concreto, no permite extraer criterios objetivos y transparentes para verificar si responde a una necesidad auténtica, si permite conseguir el objetivo perseguido y si resulta indispensable a este efecto.

13. Así lo manifiesta el TJUE en la STJUE de 22 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-449/09 y C-456/09, a partir de los datos del expediente remitido por el tribunal nacional.

En cuanto al reconocimiento del derecho a percibir los trienios con carácter retroactivo, se llevó a cabo en la STJUE de 22 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-449/09 y C-456/09. Ante la reclamación de unas funcionarias interinas desestimada por la Administración y planteado el recurso contencioso, el juzgado competente interpuso la cuestión prejudicial. La STJUE desestima los argumentos del Gobierno español; entre otros, la consideración de que las comunidades autónomas no tienen competencias para modificar o inaplicar el EBEP. El TJUE responde que el reparto competencial es una cuestión de derecho interno que no afecta a la aplicación del derecho de la UE; además, la cláusula 4 AM tiene efecto directo, por lo cual pueden invocarla los particulares ante los tribunales nacionales, que deben dar una respuesta adecuada ante la transposición incorrecta de la Directiva. El TJUE afirma que no se puede justificar una diferencia de trato, como hace el Gobierno español, alegando como razones objetivas que las diferencias están previstas en una norma general y abstracta, o basándose en el criterio de la duración de la relación temporal, porque privaría de contenido a los objetivos de la Directiva y equivaldría a perpetuar una situación desfavorable para el personal temporal.

La respuesta del Estado español no consistió en modificar la LEBEP, sino que, de facto, trasladó el problema a los funcionarios interinos y a cada Administración. Parece que la misma postura adoptada en aquella ocasión se mantiene ante cualquier otra situación de potencial desigualdad de trato a la luz de la Directiva, a la espera de que se produzca una respuesta judicial definitiva.

3.1.2. El complemento de productividad

Según el art. 24.c LEBEP, el llamado habitualmente *complemento de productividad* retribuye el grado de interés, la iniciativa o el esfuerzo con que el funcionario realiza su trabajo, y el rendimiento o resultados obtenidos. Los funcionarios interinos tienen el derecho a percibir el complemento de productividad según la redacción del art. 25 LEBEP. Pero este carácter imperativo es puesto en entredicho por la legislación del Estado relativa a la aplicación del complemento a los funcionarios de la AGE; en concreto, la LPGE de cada año –por ejemplo, la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, art. 24.cinco–, afirma el carácter potestativo de este derecho. Por ello es conveniente analizarlo a la luz de la cláusula 4 AM.

Legalmente, el complemento de productividad está configurado por las características siguientes:

- a) Tiene como finalidad mejorar la eficacia y la eficiencia de la Administración por la vía de incentivar el comportamiento profesional de los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones.
- b) La actividad de los empleados debe ser evaluada en función de su rendimiento, actividad extraordinaria, interés o iniciativa.

c) Cada Administración establece su sistema o modelo de complemento de productividad, con los criterios o factores para la evaluación y el procedimiento a seguir.

d) Se configura como un complemento personal que se percibirá en función de los resultados de la evaluación de la actividad del funcionario.

En cuanto a la posición de los funcionarios interinos en relación con este complemento, se pueden destacar dos características que ya se indicaban en el caso de la carrera horizontal:

a) Son nombrados para un puesto de trabajo concreto, con funciones propias de un funcionario de carrera, y se adscriben a una escala y subescala.

b) Su actividad puede ser evaluada con los mismos criterios que la de los funcionarios de carrera, no observándose ningún impedimento técnico para ello.

De las características anteriores se deduce que la situación de los funcionarios interinos es generalmente comparable a la de los funcionarios de carrera, porque desarrollan funciones de la misma naturaleza y contenido. En cuanto al funcionario de carrera concreto con el que compararse, este dependerá del parámetro utilizado en cada caso para cuantificar el complemento: el subgrupo o grupo de clasificación, el puesto de trabajo o, incluso, cualquier funcionario cuando la cuantía es idéntica para todos los funcionarios de la misma Administración.

Por la misma razón de la igualdad de funciones con los funcionarios de carrera, se hace difícil imaginar cuáles podrían ser las razones objetivas que permitirían aplicar un trato distinto a los funcionarios interinos. Tampoco parece que pueda encontrarse un objetivo de política social que justificara un trato desfavorable. Por consiguiente, debería considerarse que los funcionarios interinos tienen derecho a la percepción del complemento de productividad en igualdad de condiciones que los funcionarios de carrera.

Aunque se reconozca este derecho con carácter general, aún se podrían producir tratos discriminatorios a través de los acuerdos de condiciones de trabajo o de la reglamentación propia de cada Administración, cuando se exija que la relación temporal tenga una duración mínima determinada o que se hayan prestado servicios durante todo el período objeto de valoración. Estas circunstancias no deberían ser ningún obstáculo para la aplicación del complemento, pues, en virtud del principio *pro rata temporis* previsto expresamente en la cláusula 4.2 AM, se trataría de calcular la parte proporcional al tiempo trabajado.

3.1.3. Aportaciones a planes de pensiones

La LPGE de cada ejercicio solo establece la facultad que tiene cada Administración para hacer aportaciones a planes de pensiones dentro del límite máximo de la masa salarial establecido en la propia ley; de manera que, respetando este límite, cada entidad local puede destinar la partida presupuestaria correspondiente y efectuar

las aportaciones individuales con arreglo a los criterios establecidos en el reglamento o acuerdo de condiciones de trabajo.

Ciertamente, la legislación general reguladora de los planes de pensiones¹⁴ ha incorporado el principio de no discriminación e impone que todos los empleados de una organización tengan acceso al plan. Pero la posibilidad de introducir un período mínimo de antigüedad como un requisito para acceder al plan todavía lleva a situaciones de desigualdad de trato. Las prácticas seguidas son diversas, aunque generalmente la restricción consiste en exigir un período mínimo de servicios continuados en la entidad. Probablemente, estas exclusiones no superan las exigencias del principio de igualdad de trato de la Directiva por las siguientes razones:

a) Las contribuciones al plan de pensiones tienen su justificación en la simple existencia de una relación laboral, en el sentido de que no responden a la naturaleza, tipología o características de las funciones asignadas o a la consecución de un objetivo legítimo de política social, que podrían actuar como elementos precisos y concretos para justificar la diferencia de trato.

b) Es difícil imaginar que la desigualdad de trato pueda responder a una necesidad de la Administración, porque, una vez determinado el importe global de este concepto, la participación de los funcionarios interinos es indiferente para la entidad.

c) La mera temporalidad de la relación no es una razón objetiva cuando puede ser aplicado el principio *pro rata temporis* para determinar el importe individual de forma proporcional al tiempo de servicios prestados.

En relación con esta cuestión se pronunció la STC 104/2004, de 28 de junio de 2004, en particular, sobre la diferencia de trato prevista en un convenio colectivo en la valoración de los servicios prestados con la condición de trabajador temporal, para determinar el subplán de pensiones en que se integraría cada trabajador fijo, lo cual comportaba unas condiciones más o menos favorables. El TC hizo un juicio de constitucionalidad sobre esta cuestión, teniendo en cuenta el principio de no discriminación de la cláusula 4 AM y su transposición al art. 15.6 ET. El TC analizó si la diferencia de trato respondía a alguna justificación objetiva, y no admitió como tal que la distinción estuviera prevista en el convenio colectivo, cuando este era precisamente el origen del conflicto; y, desde un punto de vista sustantivo afirmó que en la naturaleza y el objeto de las pensiones de jubilación no existe ninguna lógica intrínseca que permita deducir que se refiere al personal indefinido, exclusivamente.

Según el TC:

14. Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

[...] la consideración como fecha de ingreso en la empresa de aquella en la que los trabajadores respectivos alcanzaron la condición de fijeza supone desconocer a efectos del sistema de previsión social complementaria la vinculación laboral establecida hasta dicho momento y los servicios prestados durante la misma. Ello hace de peor condición a quienes durante el período de tiempo tomado en consideración estuvieron contratados mediante contratos de duración temporal respecto de aquellos que lo estuvieron mediante contratos de duración indefinida, perjudicando a los primeros, sin que para ello se tenga en cuenta circunstancia alguna relacionada con la naturaleza del trabajo realizado –que puede ser idéntica en ambos casos–, ni con la duración de la prestación de los servicios previos a la incorporación al plan –que puede ser igualmente idéntica o incluso superior en el caso de los trabajadores a los que se hace de peor condición–, ni con la edad del trabajador o cualquier otra circunstancia personal relevante del mismo, ni con las previsiones de vinculación futura a la empresa –ostentando ambos la misma garantía de estabilidad laboral en la fecha de incorporación al plan–, ni, en fin, con cualquiera otra condición o circunstancia a la que pudiera atribuirse una influencia de cualquier naturaleza en orden a la configuración y articulación del sistema de previsión. Es, única y exclusivamente, el dato de la modalidad de contratación en el inicio de la relación laboral el que se ha tenido en cuenta para articular la diferencia de tratamiento, computando el período de tiempo correspondiente en el caso de los contratos por tiempo indefinido y no haciéndolo en el de los contratos de duración determinada o temporales.

Como se puede observar, la argumentación del TC sobre el fondo de la cuestión se centra en analizar si existen razones objetivas relacionadas con «la configuración y articulación del sistema de previsión», es decir, con la concreta condición de trabajo debatida.

La STC induce a comentar la posibilidad de aplicar en el ámbito funcional una doctrina formulada en el ámbito laboral, cuando dicha doctrina se sustenta en las disposiciones de la Directiva, en particular, en el principio de no discriminación de las relaciones temporales de la cláusula 4 AM. Sobre esta cuestión, cuando se ha tratado de la aplicación de una norma interna de derecho laboral a una relación de naturaleza funcional regulada por el derecho administrativo, la jurisprudencia española ha mantenido una posición clara y férrea negando dicha aplicación ni que fuera sobre la base de una interpretación analógica. Esta posición sería distinta, en principio, cuando entra en juego la aplicación de la Directiva a las relaciones temporales; en este caso, dado que la norma comunitaria se aplica por un igual a las relaciones funcionales y de Derecho privado y que no establece ninguna especificidad respecto de ninguna de las dos, los criterios fijados por el TJUE sobre la interpretación que debe darse al principio de no discriminación del trabajo temporal son los mismos, con independencia de la naturaleza de la relación concreta. Los tribunales internos deben aplicar la Directiva en los mismos términos, con independencia de la organización judicial de cada Estado miembro; por ello, los criterios aplicados en un orden judicial –contencioso o so-

cial— deberían ser coincidentes y cabría invocar en uno la doctrina sentada en el otro. Ello no significa, como se ha visto, que la aplicación de los mismos criterios no pueda conducir a soluciones distintas para cada clase de personal según la condición de trabajo concreta.

3.2. Personal eventual

En el caso del sistema retributivo del personal eventual de las entidades locales, la legislación de función pública presenta algunas lagunas. En primer lugar, la LEBEP se limita a establecer que sus condiciones retributivas serán públicas (art. 12.2). Por su parte, la LRBRL no concreta mucho más; se limita a afirmar que el número, características y retribuciones del personal eventual serán determinados por el pleno de cada corporación (art. 104.1). En concordancia con este precepto, el art. 22.2.i LRBRL indica que corresponde al pleno fijar el número y el régimen del personal eventual. Esta competencia corresponde a la Junta de Gobierno Local en los municipios de gran población (127.1.h).

La referencia a la competencia del pleno de cada entidad para aprobar el régimen jurídico de esta clase de personal y para fijar sus retribuciones ha sido entendida por muchos operadores jurídicos como la facultad para determinar su sistema retributivo —tanto la estructura como las características y condiciones de cada concepto— sin limitaciones legales. Sin negar radicalmente esta opción, seguida por muchas entidades locales, en la práctica, es factible otra interpretación más estricta, según la cual, la competencia de las entidades locales se limitaría a desarrollar un régimen retributivo general y común para todas ellas, legalmente establecido en virtud del principio de reserva de ley en materia de retribuciones. Lógicamente, el resultado es diferente; en este segundo supuesto, la estructura retributiva y los elementos esenciales de cada concepto vendrían establecidos por la legislación básica estatal y las normas de desarrollo dictadas por la comunidad autónoma correspondiente; de manera que, ante la falta de concreción de estas, se aplicaría supletoriamente la legislación general. Sin olvidar, en cualquier caso, el principio general establecido en el art. 12.5 de la LEBEP, según el cual, al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.

De hecho, la aplicación del sistema retributivo de los funcionarios de carrera al personal eventual es el modelo que sigue la AGE y, generalmente, las comunidades autónomas. Para la primera, dicho sistema se concreta en la LPGE de cada ejercicio. Así, la LPGE para el año 2014, art. 24, establece que el personal eventual percibirá las retribuciones por sueldo y pagas extraordinarias correspondientes al subgrupo o grupo de clasificación al que se asimilen sus funciones y las retribuciones complementarias que correspondan al puesto de trabajo que ocupe. Por lo

tanto, legalmente, no tendrían derecho a trienios, salvo lo previsto en relación con los funcionarios de carrera que pasen a ocupar un puesto de personal eventual, que seguirán percibiendo los trienios que tenían reconocidos con anterioridad. También establece que el complemento de productividad se podrá asignar al personal eventual, aunque con carácter facultativo, dependiendo de que esté asignado a los puestos a los que se asimile. Se excluyen, pues, dos conceptos de carácter general: los trienios y el complemento de carrera administrativa horizontal.

Ciertamente, sería cuando menos razonable que el sistema retributivo del personal eventual siguiera los mismos esquemas que el de los funcionarios de carrera. De esta manera, la comparación entre ellos a los efectos del principio de igualdad de trato sería más fácil de establecer.

3.2.1. Trienios

Tanto en la LEBEP como en la legislación básica anterior, el personal eventual no tiene reconocido el derecho a la retribución de trienios, ya que este es un concepto que, tradicionalmente, la doctrina ha vinculado a la permanencia en el servicio, condición que no tiene este personal. Las dudas comienzan cuando esta consideración es claramente incorrecta porque, en realidad, la legislación reconoce la simple acumulación de los servicios prestados en cualquier Administración pública, con cualquier tipo de relación funcional o laboral, independientemente de las funciones desempeñadas en cada caso y del tiempo que el empleado haya permanecido en cada puesto. De estas características se desprende que se trata de una condición de trabajo que depende, únicamente, de un elemento temporal considerado desde un punto de vista simplemente cuantitativo. Por lo tanto, la comparabilidad del personal eventual con los funcionarios de carrera estaría determinada por el hecho de que la prestación de servicios acumule un período de tres años, sin que fuera pertinente considerar el requisito de ejercer funciones idénticas o similares, dado que este criterio no se aplica en esta condición de trabajo.

En relación con la posible existencia de razones objetivas que justificaran un trato diferenciado, el primer argumento a favor del personal eventual sería la invalidez del criterio de permanencia, dado que este es el elemento esencial del supuesto de hecho de que se parte y, como ha afirmado repetidamente la jurisprudencia comunitaria, el mero hecho de la temporalidad no puede ser considerado una razón objetiva a los efectos de la Directiva. De hecho, tampoco los funcionarios interinos tienen carácter permanente, y no por esta razón dejan de tener derecho a los trienios.

Parece que tampoco sería aceptable como razón objetiva el argumento utilizado habitualmente en el orden interno según el cual las funciones de confianza o asesoramiento especial que realiza el personal eventual no permiten que se les otorgue el mismo trato que a los funcionarios de carrera, dado que la diferencia

funcional no interviene en la configuración de esta condición de trabajo. Esto se pone aún más de manifiesto cuando legalmente se prevé que los servicios prestados como personal eventual computen a los efectos de trienios cuando el trabajador adquiera la condición de funcionario de carrera o de funcionario interino (art. 1.2 de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración pública). A los efectos de la Directiva, para la misma condición de trabajo, sería inadmisibles valorar unos servicios prestados de distinta manera en función del carácter temporal o indefinido de la relación laboral.

También parece que el sistema de nombramiento y de cese del personal eventual no podría constituir una razón objetiva, dado que no guarda relación alguna con un objetivo de política social y la naturaleza de las funciones no es un elemento que caracterice esta condición de trabajo.

Por los razonamientos expuestos, se llega a la conclusión de que, de acuerdo con la cláusula 4 AM, el personal eventual tiene derecho a la percepción de los trienios en igualdad de condiciones que los funcionarios de carrera y, en este caso, que los funcionarios interinos.

Un primer reconocimiento efectivo de este derecho ha sido realizado, como ya se ha expuesto en la primera parte, por las instancias superiores de la Administración de Justicia, el CGPJ, y por el pleno del TC en relación con el personal eventual al servicio de las instituciones respectivas. También se ha planteado para el personal eventual del Consejo de Estado, pero, a diferencia de las dos instituciones anteriores, en este caso el propio Consejo desestimó la solicitud de la interesada, secretaria de un alto cargo del mismo Consejo. Presentado recurso ante el TS, este, por auto de 31 de enero de 2014, recurso 526/2012, ha planteado una cuestión prejudicial ante el TJUE. Es conveniente resaltar que la solicitante tiene la condición de personal eventual desde 1980, sin interrupción, primero en el TC, después en el CES y, en la actualidad y desde el año 1996, en el Consejo de Estado. El TS plantea tres cuestiones prejudiciales: la primera, si el personal eventual puede considerarse un trabajador con una relación laboral de duración determinada a los efectos de la Directiva, es decir, si está dentro de su ámbito de aplicación; la segunda, si se le aplica el principio de no discriminación de la cláusula 4.4 AM a los efectos de que le sea reconocida la antigüedad; y, la tercera, si, según la cláusula citada, es una razón objetiva el régimen de nombramiento y de cese libres como consecuencia de la confianza predicable de este personal según la legislación interna.

Las razones que esgrime el TS para justificar la interposición de esta cuestión prejudicial son:

a) El régimen de derecho público del personal eventual no impide su inclusión en la definición de *trabajador de duración determinada* formulada en la cláusula 3.1 AM, porque esta definición engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el cual trabajan.

b) Descartados los obstáculos anteriores, el núcleo básico de la duda es si el personal temporal debe excluirse del concepto de *trabajador con un contrato de duración determinada* debido a la naturaleza de sus funciones; en particular, si las notas de confianza y asesoramiento especial que le caracterizan según la legislación española imponen negarle la característica de *profesionalidad* que está presente en las definiciones del AM.

c) La profesionalidad está determinada por la presencia o concurrencia de tres elementos: 1) que el ejercicio de las funciones se pueda referir a una actividad con un contenido material principal asimilable a alguna de las profesiones existentes en el mercado privado de trabajo; 2) que se lleve a cabo en régimen de subordinación; 3) que sea un medio de subsistencia para el empleado. Y estos elementos convergen en los puestos de personal eventual, porque los cometidos materiales son, normalmente, tareas de oficina comunes a otros puestos de trabajo existentes en el mercado laboral privado, y la confianza representa un plus añadido. Asimismo, las notas de confianza o asesoramiento especial no son incompatibles con la profesionalidad.

d) La igualdad de trato va dirigida, por lo que se refiere a los criterios de antigüedad, a que la retribución del personal temporal y del personal indefinido no sea de un importe distinto cuando el contenido material de los puestos ocupados sea el mismo.

e) La oposición de la Administración a reconocer los trienios al personal eventual parece una prevención frente a los abusos que se pueden producir en su nombramiento. Pero la solución a estos abusos es limitar estos nombramientos a los casos en que esté justificada su necesidad, y no establecer retribuciones que no guarden un equilibrio con las dispuestas para otros puestos del sector público con un contenido profesional similar.

A la vista de los argumentos ofrecidos por el TS para plantear estas cuestiones prejudiciales, que él mismo ya va resolviendo, parece que lo lógico hubiera sido resolver la demanda planteada en el sentido de reconocer el derecho del personal eventual a la percepción de los trienios. Con mayor razón si se tiene en cuenta que conoce los precedentes de la Administración del CGPJ. Pero será preciso esperar a la sentencia del TJUE para ver si se resuelve definitivamente esta cuestión.

3.2.2. El complemento de productividad

Las características del complemento de productividad, delimitadas al tratar de este complemento en el caso de los funcionarios interinos, puestas en relación con los elementos que caracterizan el personal eventual, podrán comportar cierta dificultad a la hora de evaluar su actividad para determinar el grado de rendimiento especial, de actividad extraordinaria o de interés o iniciativa mostrados. El origen de

esta dificultad estaría en la tipología de las funciones encomendadas a esta clase de personal.

Pero ya se ha visto que el TS considera que son funciones similares a las ejercidas en otras actividades profesionales del sector privado y, por lo tanto, de posible evaluación. En la misma línea cabe recordar la propuesta del Grupo de Trabajo sobre Evaluación del Desempeño, constituido en la Comisión de Coordinación del Empleo Público, en que no se ven dificultades técnicas para dicha evaluación. Por estas razones, se puede defender la comparabilidad entre las dos clases de personal.

En cuanto a la existencia de razones objetivas que puedan justificar un trato distinto en relación con los funcionarios de carrera, no se entrevé la existencia de un posible objetivo de política social que pueda justificar la excepción. Por lo que se refiere a las funciones ejercidas, estas guardan relación con la condición de trabajo en cuestión, en la medida que el complemento de productividad exige la evaluación de la actividad del empleado para determinar si tiene o no derecho a percibirlo en un período concreto; ahora bien, la intervención de este elemento se produce en un contexto de evaluación de las tareas, que se puede llevar a cabo con independencia de la tipología o naturaleza de estas. En consecuencia, parece que la única razón existente para negar este derecho es la temporalidad, unida a que, tradicionalmente, la legislación de función pública ha tomado esta opción; razón que no puede considerarse como objetiva en el sentido de la Directiva y de acuerdo con los criterios establecidos por el TJUE.

3.2.3. Aportaciones a planes de pensiones

Dada la naturaleza de las aportaciones hechas por la Administración a los planes de pensiones, que se justifican por la mera existencia de una relación laboral, y que no guardan relación alguna con la tipología de las funciones ejercidas por cada empleado, el personal eventual se encontraría en una situación comparable con los funcionarios de carrera respecto de esta condición de trabajo

Asimismo, descartada la valoración de las funciones ejercidas, solamente se podría invocar como razón objetiva la existencia de un objetivo de política social que, eventualmente, pudiera justificar una medida de excepción del principio de igualdad de trato. Pero las mismas características de las aportaciones a los planes de pensiones hacen difícil imaginar su existencia. En consecuencia, el personal eventual debería tener los mismos derechos que los funcionarios de carrera en relación con las aportaciones de la Administración a los planes de pensiones.

Igual que sucede con los funcionarios interinos, debe prestarse atención a las medidas que, indirectamente, podrían suponer una discriminación del personal eventual. Estas medidas se dan, en su caso, estableciendo una prestación continuada de servicios durante un período mínimo de tiempo a lo largo del ejercicio económico correspondiente.

4. Reducción proporcional de la jornada de trabajo y de las retribuciones

La crisis en las finanzas públicas de los últimos años ha llevado a las administraciones y entidades del sector público a tomar medidas para reducir el gasto que han afectado, en muchos casos, el capítulo de personal. Una de las medidas ha ido dirigida a modificar dos condiciones de trabajo estrechamente entrelazadas entre sí: la reducción de la jornada laboral y la reducción proporcional de las retribuciones del personal temporal. El colectivo de los funcionarios interinos se ha visto directamente afectado por esta medida. Varias comunidades autónomas la adoptaron: Andalucía, Canarias, Cataluña, Madrid, Murcia y Valencia. También ha sido aplicado por diversas entidades locales, si bien en este ámbito es muy difícil confeccionar una lista.

En términos generales, el objetivo perseguido por las administraciones con esta medida ha sido el mismo: la reducción del gasto público con el objetivo de alcanzar el equilibrio presupuestario y la reducción de la deuda que tienen contraída. Las características de estas condiciones de trabajo, concretas y simples, son: *a)* se aplica una reducción porcentual a los dos parámetros o se fija directamente una jornada reducida junto con la previsión de la reducción retributiva proporcional; *b)* se aplica exclusivamente en función de la temporalidad de la relación, puesto que el personal indefinido no se ve afectado por la reducción; *c)* no se modifican los puestos de trabajo o las categorías profesionales, ni ningún elemento material de las relaciones laborales afectadas.

Al no tener incidencia sobre las funciones ejercidas anteriormente por cada clase de personal, la situación de los funcionarios interinos será comparable con la de los funcionarios de carrera. Además, como la medida afecta a todo el personal interino sin distinción de escalas y subescalas y sin tener en cuenta los puestos de trabajo, el trabajador comparable es todo el colectivo de funcionarios de carrera.

En cuanto a la existencia de razones objetivas que pueden justificar la desigualdad de trato, de los criterios fijados por el TJUE cabría considerar la posibilidad de aceptar un objetivo legítimo de política social que configure el contexto en que se enmarca en cuestión. En este sentido, la reducción de las retribuciones se puede considerar una medida adecuada para reducir el gasto público y contribuir así a la viabilidad de la organización, manteniendo al mismo tiempo el número de empleados existente con anterioridad a la aplicación de la medida. Este objetivo está anunciado claramente en las normas y acuerdos que han adoptado las administraciones y coincide en todas ellas: la reducción del gasto para conseguir un equilibrio presupuestario y la reducción del déficit público, en un momento en que la crisis económica ha provocado una disminución de los ingresos.

Para justificar esta diferencia de trato en el sentido de la Directiva, un objetivo de política social como el indicado debería cumplir los requisitos exigidos por el TJUE; en particular, los siguientes:

a) Las medidas deben responder a una necesidad auténtica, permitir la consecución de los objetivos perseguidos y ser indispensables a este efecto.

b) Las medidas deben formularse con criterios objetivos y transparentes, en la medida suficiente para poder verificar si responden a las finalidades anteriores. El cumplimiento de estos criterios debería llevarse a cabo a través de las memorias e informes técnicos correspondientes.

En el caso analizado, se puede considerar que el objetivo de política social está expuesto claramente en los preámbulos o antecedentes de las disposiciones en que se han adoptado las medidas reductoras. Otra cosa es que sea suficiente para justificar la diferencia de trato. En primer lugar, la Administración debiera haber expuesto de qué manera y en qué medida la modificación de las condiciones de trabajo del personal temporal permitirá alcanzar los objetivos propuestos.

También debiera haber justificado que se trataba de unas medidas indispensables para conseguir el objetivo perseguido; lo cual no es nada fácil, dado que la reducción del gasto se podría haber conseguido con otras medidas alternativas de reducción de los gastos de personal plenamente respetuosas del principio de igualdad de trato y que no penalizasen, exclusivamente, al personal temporal. Medidas alternativas sobre el conjunto de los empleados públicos, algunas de las cuales ya se habían aplicado anteriormente y se siguen aplicando. En definitiva, las medidas aplicadas afectan negativamente al personal temporal en comparación con el personal permanente, por el simple hecho de la temporalidad de la relación laboral.

Debe insistirse en la necesidad de acreditar con criterios precisos y transparentes los extremos indicados, con el grado de claridad y contundencia que reclaman unas medidas de consecuencias graves como las expuestas y que se aplican de forma eventual como excepción a un principio fundamental del derecho social de la UE. Así lo exige la jurisprudencia del TJUE.

Dado que las medidas han afectado a funcionarios interinos y a personal laboral temporal, las demandas y las resoluciones judiciales se han producido tanto en el orden contencioso administrativo como en el orden social. Los tribunales han resuelto la cuestión de forma diversa, ya sea entre TSJ del mismo orden de diferentes comunidades autónomas o entre diferentes jurisdicciones del mismo TSJ. Hasta aquí, eso no tiene nada de extraordinario. Pero, lo que interesa resaltar es que la aplicación del principio de no discriminación de la cláusula 4 AM debe conducir al mismo resultado en los dos órdenes jurisdiccionales, contencioso y social. Esta es una consecuencia de la aplicación de la cláusula citada: que supera el criterio jurisprudencial de incomunicación entre el derecho administrativo y el derecho laboral, aplicado estrictamente por los tribunales españoles en el orden interno, pero que quedaría superado cuando se trata de aplicar una norma del derecho comunitario que va dirigida conjuntamente y en los mismos términos al personal funcionario y al personal laboral, y como una consecuencia in-

mediata del principio de primacía del derecho de la UE y del efecto directo vertical de la cláusula 4 AM.

Haciendo un repaso de los pronunciamientos de los distintos TSJ, se comprueba que en algunos casos no se ha invocado la Directiva. Así, el TSJ de Castilla y León, aplicando el derecho interno, en el orden social entendió que se vulneraba el principio de igualdad del art. 14 CE y anuló la reducción aplicada al personal laboral temporal.¹⁵ Mientras que el mismo TSJ, en el orden contencioso,¹⁶ consideró que no se vulneraba el principio de igualdad de los funcionarios interinos porque la medida estaba justificada por la situación de crisis económica y era el resultado de un proceso de negociación colectiva con los representantes sindicales; además, porque era más beneficiosa que la supresión de todos los puestos afectados por la reducción.

En el caso de Andalucía, los conflictos se han planteado solamente en el orden social. La STSJ de Andalucía (Granada), de 30 de noviembre de 2012, recurso 7/2012 –entre otras–, resolvió las demandas presentadas considerando que no se vulneraba el principio de no discriminación de la Directiva porque la decisión de la reducción efectuada no respondía a una decisión libre de la Administración, sino que venía obligada por la LO 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y por el Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio, de medidas fiscales, administrativas, laborales y en materia de Hacienda pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía, para hacer frente a la situación excepcional de reducción del déficit público y poder cumplir el objetivo de estabilidad presupuestaria. Desde un punto de vista sustantivo, el TSJ argumenta que el mantenimiento de la jornada de los contratos indefinidos ya garantiza la atención adecuada de los servicios públicos.

En Catalunya, la STSJ de 11 de abril de 2014, recurso 243/2012, argumenta que la reducción de la jornada y las retribuciones de los funcionarios interinos es una medida mejor que la alternativa de su cese. Además, de forma breve, incoherente y sin explicar razonamiento alguno en relación con la aplicación de la Directiva, el TSJ afirma que:

[...] no se aprecia infracción del principio de igualdad, en tanto las circunstancias que concurren para la contratación son distintas, de tal manera que la adopción de tales medidas se halla ajustada a derecho como ya hemos expuesto, e impide que nos hallemos ante términos comparables tal y como exige el Tribunal Constitucional en la interpretación de tal principio, no observándose vulneración alguna de la normativa comunitaria europea desde el momento en que dicha normativa no impide la existencia de contratación de duración determinada o tempo-

15. SSTSJ de Castilla y León de 28 de octubre de 2013, recurso 507/2013; de 10 de julio de 2013, recurso 468/2013, entre otras.

16. STSJ de Castilla y León, contencioso, 15 enero de 2014, recurso 334/2012.

ral, y la pretensión actora enlaza la discriminación a la temporalidad o parcialidad de la jornada cuya mera existencia no evidencia discriminación, en los términos que han sido expuestos dado que atienden a una circunstancia de crisis económica cuya veracidad no ha sido combatida.

Finalmente, la STSJ de Valencia, contencioso, de 9 de julio de 2014, recurso 480/2012, que entra en profundidad en la consideración de los criterios fijados por el TJUE sobre la aplicación del principio de igualdad de trato de la cláusula 4 AM. La sentencia invoca el efecto directo de la cláusula 4 AM y su aplicación con independencia de lo que establezcan las normas de derecho interno, motivo por el cual debe quedar al margen, incluida la posibilidad de interponer una cuestión de inconstitucionalidad contra la norma autonómica que aprobó la reducción. Con cita de la jurisprudencia del TJUE, resuelve que la medida establecida era discriminatoria...

[...] desde el momento en que, para «reducir el actual nivel de déficit público de la Generalitat» se les impone una reducción de jornada y correlativa disminución retributiva, sin que conste la adopción de una medida de similar naturaleza y objeto con relación a los funcionarios de carrera, a los que solo se les aplica tal medida a través de su opción voluntaria.

Según el TSJ, tampoco se trata de una medida de reducción del contenido funcional de los puestos de trabajo o que afecte a unidades excedentarias, lo cual podría constituir una razón objetiva en el sentido de la Directiva, sino que se aplica con carácter general a los funcionarios interinos. Invoca, en particular, la STJUE de 22 de diciembre de 2010, citada, según la cual ha de recordarse que:

[...] cuando no es posible proceder a una interpretación y aplicación de la normativa nacional conforme con las exigencias del Derecho de la Unión, los órganos jurisdiccionales nacionales y los órganos de la Administración están obligados a aplicarlo íntegramente y a tutelar los derechos que este concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición contraria del Derecho interno.

En vista de las sentencias de los distintos TSJ, es importante esperar a ver cuál será la posición que adoptará el TS sobre un tema de consecuencias económicas importantísimas; consecuencias que, probablemente, tengan un peso considerable en la resolución jurídica de esta cuestión, aunque no aparezcan expresadas en la sentencia.

A modo de conclusión

Se ha visto que la Directiva estudiada se aplica, en el ámbito de las administraciones públicas, a todas las relaciones laborales temporales, sean de derecho privado o de derecho administrativo. En particular, se aplica a los funcionarios interinos y al personal eventual; y, aunque respecto de este último colectivo todavía no se ha pronunciado el TJUE, cabe esperar que su resolución sea favorable a dicha aplicación.

La cláusula 4 AM regula el principio de igualdad de trato, según el cual, las condiciones de trabajo de los funcionarios interinos y del personal eventual serán las mismas que las del funcionario de carrera comparable en cada caso, salvo que existan razones objetivas que justifiquen un trato distinto. El TJUE ha dejado claro que esta cláusula tiene efecto directo y puede ser invocada por los ciudadanos de los Estados miembros ante los tribunales nacionales. Estos, en el ejercicio de su función jurisdiccional, deben dejar de aplicar cualquier norma de derecho interno que se oponga al principio de igualdad de trato en los términos en que está formulado en la Directiva y tal como ha sido interpretado por el TJUE. De la misma manera, tampoco se puede aplicar una interpretación basada en la jurisprudencia estatal, ni que sea del TC.

La jurisprudencia comunitaria sobre dicho principio de igualdad de trato ofrece a los funcionarios interinos y al personal eventual una protección más intensa que la legislación española; puesto que, aunque esta se podría y se debería interpretar de acuerdo con la Directiva, los tribunales nacionales, con el TC y el TS a la cabeza, mantienen generalmente una posición tradicional. Dicha doctrina parte de aplicar unos criterios formalistas, según los cuales, el derecho puede crear estructuras diferenciadas entre las distintas clases de personal; y, como consecuencia de admitir que se trata de situaciones distintas, se justifica que el trato que se les dé sea distinto al dado a los funcionarios de carrera. Así, se parte de afirmar que los funcionarios interinos y el personal eventual tienen una naturaleza distinta a la de los funcionarios interinos –porque así lo prevé la ley–, para justificar que se encuentran en una situación no comparable y que la legislación introduzca diferencias en su

régimen jurídico; concretamente, en sus derechos o condiciones de trabajo, que tienen un peor trato que los de los funcionarios de carrera.

En cambio, según el TJUE, las diferencias de trato entre el personal temporal y el personal interino tienen carácter excepcional y solo se podrán establecer por los derechos nacionales cuando existan razones objetivas que lo justifiquen. Razones objetivas que no son, a diferencia de lo que se considera en el orden interno, ni la simple temporalidad de la relación laboral, ni el hecho de que la diferencia de trato esté prevista por la legislación o por un convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo. Las razones objetivas deben de tener su origen en la naturaleza especial de las funciones ejercidas por el personal temporal y sus características inherentes o, eventualmente, en un objetivo de política social. En ambos casos, deberán ponerse en relación con cada derecho o condición de trabajo en discusión, para comprobar si la diferencia introducida responde a una necesidad auténtica, si permitirá lograr el objetivo perseguido y si es indispensable para ello porque no hay otra alternativa para conseguirlo sin causar un perjuicio al personal temporal. Para contrastar el cumplimiento de estos requisitos, exige que la diferencia de trato esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caractericen la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y utilizando criterios objetivos y transparentes.

De los requisitos exigidos por el TJUE se puede deducir que, entre el personal eventual y los funcionarios de carrera, se podrán justificar unas diferencias de trato más relevantes, debido a la singularidad de las funciones encomendadas al primero y al sistema de nombramiento libre.

También es importante retener que, como consecuencia de la aplicación de la cláusula 4 AM a las relaciones laborales de derecho público y de derecho privado, los requisitos y criterios exigidos por el TJUE en aplicación de dicha cláusula deben interpretarse de la misma manera para unas y otras. De esta manera, se supera la incomunicación radical entre las normas de función pública y de derecho laboral existente en nuestro ordenamiento interno; de manera que, los argumentos utilizados por el TJUE en un caso relativo a personal laboral al servicio de las administraciones públicas será trasladable generalmente a las relaciones funcionariales, y viceversa.

Las consideraciones efectuadas sobre algunos derechos o condiciones de trabajo relacionadas con la selección, la promoción interna, la movilidad, la carrera administrativa o las retribuciones, permiten comprobar que se aplican diferencias de trato desfavorables para los dos colectivos analizados. Lo mismo sucede con las medidas sobre reducción de la jornada de trabajo y de las retribuciones de los funcionarios interinos adoptadas por algunas administraciones públicas para hacer frente a una situación de crisis financiera. Las condiciones que se han examinado lo son a título ejemplificativo; con un análisis más a fondo de la legislación vigente en cada Administración y de los reglamentos locales y los acuerdos de condiciones de trabajo de los funcionarios, aparecerían otros muchos ejemplos.

Para terminar, cabe recordar que los tribunales internos tienen la obligación de resolver los conflictos relacionados con la diferencia de trato del personal temporal aplicando los requisitos y criterios fijados por el TJUE. Para ello, es necesario que las demandas invoquen la Directiva y que se utilicen adecuadamente los requisitos y criterios expuestos. Hasta ahora, a la vista de lo que exponen las sentencias que siguen dictándose, parece que han enraizado poco y que queda mucho camino por recorrer.

El autor

Josep Aldomà Buixadé es licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona y profesor del Máster en Gestión Pública Avanzada de la Universidad de Barcelona.

Ha sido profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, y sus áreas de especialización son la función pública y la organización administrativa. Ha ejercido como jefe de personal de la Diputación de Barcelona y como gerente del Consejo Comarcal del Vallès Occidental.



cemical

consorci d'estudis,
mediació i conciliació
a l'administració local

cemical.diba.cat

El CEMICAL, constituïdo por la Diputació de Barcelona, la Federació de Municipios de Catalunya, la Asociación Catalana de Municipios y Comarcas, la Federación de Servicios Públicos de la UGT de Catalunya y la Federación de Servicios Públicos de CC.OO., tiene dos objetivos: promocionar el progreso de las relaciones entre los representantes de las entidades locales y el personal a su servicio, y favorecer la resolución de los conflictos laborales. Con la colección Estudios de Relaciones Laborales, el consorcio se propone facilitar el diálogo social, mediante la reflexión y el debate, y abordar cuestiones objeto de discusión en las mesas de negociación.

Las normas de la función pública establecen diferencias relevantes entre los derechos del personal funcionario interino y del eventual en comparación con los funcionarios de carrera, diferencias que han sido avaladas por la jurisprudencia de los órganos judiciales españoles. La situación cambia en virtud de la Directiva 1999/70/CE, que proclama el principio general de igualdad de trato. El libro tiene como objetivo abrir la reflexión sobre esta cuestión, concretando los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para interpretar el principio de igualdad y para aplicar dichos criterios a cada derecho o condición de trabajo.

- 1** La carrera administrativa: nuevas perspectivas
- 2** La conciliación de la vida laboral y familiar del personal al servicio de las entidades locales
- 3** El acoso moral: incidencia en el sector público
- 4** El personal directivo en la Administración local
- 5** El personal laboral de las corporaciones locales después del Estatuto básico del empleado público
- 6** Los órganos de representación del personal funcionario: delegados y juntas de personal. Una visión crítica
- 7** El despido colectivo en las administraciones y entes públicos. Marco general, causas y procedimiento
- 8** Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración pública