

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE TRABAJADORES CON CONTRATO DE DURACIÓN DETERMINADA EN EL ÁMBITO DEL SECTOR PÚBLICO: LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN RELACIÓN A ESPAÑA

COVADONGA FERRER MARTÍN DE VIDALES

Contratada Doctora Interina. Departamento de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho, UCM

Revista Española de Derecho Europeo 71
Julio – Septiembre 2019
Págs. 151–200

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA DIRECTIVA 1999/70/CE DEL CONSEJO, DE 28 DE JUNIO DE 1999, RELATIVA AL ACUERDO MARCO DE LA CES, LA UNICE Y EL CEEP SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA. III. TIPOS DE EMPLEADOS PÚBLICOS PREVISTOS POR LA NORMATIVA ESPAÑOLA. IV. LA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN POR PARTE DEL TJUE. V. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS DE DURACIÓN DETERMINADA REALIZADOS EN EL MARCO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA. 1. *Personal estatutario*. 2. *Funcionarios interinos*. 2.1. Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres: reconocimiento de complementos salariales por antigüedad (trienios). 2.2. Rosado Santada: promoción interna, cómputo de servicios prestados como interino. 2.3. Lorenzo Martínez: derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente (sexenios). 2.4. De Diego Porras I y II, Montero Mateos y Norte Facility: derecho a indemnización por finalización del contrato. 2.5. Alvarez Santirso: derecho a participar en sistemas de evaluación docente y a los complementos derivados de la misma (quinquenios). 2.6. Rodrigo Sanz: reducción de jornada. 2.7. Vega González: reconocimiento de la situación de servicios especiales. 2.8. Centeno Meléndez: derecho a participar en el sistema de carrera profesional horizontal y al complemento retributivo derivado del mismo. 2.9. Viejobueno Ibáñez: finalización del contrato antes de las vacaciones de verano. 3. *Personal laboral y personal eventual*. 3.1. Personal Laboral. A. "Montoya Medina": percepción de complementos salariales (trienios). B. "Vernaza Ayovi": derecho a readmisión de los indefinidos no fijos en caso de despido improcedente. 3.2. Personal eventual: Regojo Dans. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.



RESUMEN: El principio de no discriminación contenido en la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, anexo a la Directiva 1999/70/CE, ha sido ampliamente interpretado por el TJUE, entre cuyas resoluciones encontramos multitud de pronunciamientos en el marco de la contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas en España que han puesto de manifiesto la utilización abusiva que la misma ha hecho de este tipo de contratos, así como las discriminaciones producidas al no reconocer a sus trabajadores temporales ciertos derechos si reconocidos a los fijos. El presente trabajo tiene por objeto el análisis de dichos pronunciamientos y la aplicación que en los mismos realiza el TJUE del mencionado principio, pues tienen gran relevancia para nuestro ordenamiento interno y son una muestra de cómo el TJUE puede actuar como garante de los derechos de los trabajadores.

PALABRAS CLAVE: Igualdad y no discriminación - Trabajadores temporales - Jurisprudencia TJUE

ABSTRACT: The non-discrimination principle contained in the clause 4 of the framework agreement on fixed-term work, annexed to Directive 1999/70/CE, has been widely interpreted by the CJEU, which counts with numerous resolutions regarding temporary hiring in the framework of Public Administration in Spain. Resolutions that reveal the abuse use of successive fixed-term employment contracts by the Spanish Administration, as well as the discriminations produced for not recognizing its temporary workers the same rights than its permanent workers. The present work analyses these resolutions and the application that of the principle of non-discrimination the CJEU carries out, as they have a great importance for our legal order and prove how the CJEU can act as a guarantor of the worker's rights.

KEYWORDS: equality and non-discrimination - temporary workers - CJUE case-law.

Fecha de recepción: 1-4-2019

Fecha de aceptación: 3-6-2019

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, los años de crisis económica han afectado enormemente al mercado laboral español, en el que se registra un alto grado de temporalidad que ha venido afectando tanto al sector privado como al público. Si bien la práctica de realización de contratos temporales en el ámbito del sector público no es algo novedoso, puede decirse que la crisis económica ha incrementado la misma. Precisamente, las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis, en cumplimiento de las orientaciones y recomendaciones adoptadas en el marco del Semestre Europeo, provocaron la congelación de la tasa de reposición de los funcionarios lo que llevó paralelamente a la prolongación de numerosos contratos de interinidad, si bien también se efectuaron amortizaciones de plantillas sin abono de indemnización alguna para los interinos cesados¹. Aparte de la problemática señalada, lo que la jurisprudencia del TJUE ha evidenciado en los últimos años ha sido no sólo una utilización abusiva de este tipo de contratos², sino el establecimiento de discriminaciones por parte de

1. Vid. SALINAS MOLINA, F, "La resurrección de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999", *IUSLabor* 3/2016, p. 2.
2. Que se han utilizado para cubrir necesidades estructurales, y no necesidades no permanentes cual es la función para la que habían sido pensados. Vid. DE CASTRO MEJUTO, L. F, "Doctrina laboral del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su proyección en España", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 21, 2017, p. 52. Vid., asimismo, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., "El impacto de la jurisprudencia del TJUE en el Ordenamiento español en materia de contratación Laboral: cuestiones no resueltas", ponencia, encontra-

la normativa española con respecto a este tipo de trabajadores, que no veían reconocidos ciertos derechos relacionados con su régimen retributivo, de carrera y otras situaciones administrativas.

Debe recordarse, frente a esta problemática, que el principio de igualdad y no discriminación se encuentra consagrado en la mayoría de las Constituciones contemporáneas³ y textos internacionales de protección de los Derechos fundamentales⁴, así como en el TUE y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). El art. 2 del TUE establece que "la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos [...]", habiéndose incluido por primera vez la mención expresa al principio de igualdad tras la reforma operada por el Tratado de Lisboa⁵. Por su parte, la CDFUE recoge la igualdad ante la ley en su artículo 20 y la no discriminación en su artículo 21 que, como es sabido, goza el mismo valor jurídico que los Tratados⁶.

En el ámbito del empleo, el principio de no discriminación entre trabajadores con contratos fijos y con contratos de duración determinada se encuentra recogido en la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, anexo a la Directiva 1999/70/CE, que el TJUE ha reconocido como principio general del Derecho de la UE⁷. Acuerdo que ha sido ampliamente interpretado por el TJUE, en cuya jurisprudencia se encuentran criterios detallados con respecto a la interpretación y aplicación del mismo.

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la interpretación del principio de igualdad y no discriminación por parte del TJUE en el ámbito del empleo, y la aplicación de los criterios que ha ido estableciendo al respecto en el marco de la contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas en España. Su análisis es de gran relevancia pues muestra cómo el TJUE puede actuar como garante de los derechos de los trabajadores, pero también

do en: <https://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/20888/PONENCIA%20GENERAL%20AAC%20EMPLEO%20TEMPORAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, pp. 2-3.

3. Como, por ejemplo, el art. 14 de la Constitución Española. *BOE* n.º 311, de 29 de diciembre de 1978.
4. Como el art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.
5. *Vid.* Versión consolidada del TUE de 2006, *DO* C 321E, de 29 de diciembre de 2006. Para una visión de la evolución de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión, *vid.* BENEYTO PÉREZ, J. M. (dir.), *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea. Tomo II. Derechos fundamentales*. Aranzadi: Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.
6. Art. 6.1 TUE. Sobre la CDF, pueden consultarse los siguientes comentarios: PEERS, S.; HERVEY, T.; KENNER, J.; WARD, A., *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014; MANGAS MARTÍN, A. (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.
7. *Vid.*, por ejemplo, sentencias de 13 de septiembre de 2007, *Del Cerro Alonso*, C-307/05, EU:C:2007:509, aps. 37 y 38; de 23 de octubre de 2008, *Impact*, C-286/06, EU:C:2008:223, ap. 114; de 13 de marzo de 2014, *Nierodzik*, C-38/13, EU:C:2014:152, ap. 24; entre otras.



las dificultades que el mismo tiene para entender completamente las especificidades de algunas cuestiones de derecho nacional, como en el problemático y polémico asunto *De Diego Porras*. Jurisprudencia, además, que tiene una gran relevancia para el ordenamiento interno, pues ha obligado a modificar diversas normativas nacionales para adaptarse a la normativa europea y respetar el mencionado principio de igualdad y no discriminación, encontrándonos en otros supuestos como *De Diego Porras* que se ha generado una gran problemática y ha dado lugar a soluciones dispares a nivel judicial y que todavía no puede decirse que sea un asunto completamente concluido, por lo que lo más conveniente sería que el legislador actuase para zanjarse la problemática que la actual regulación produce.

II. LA DIRECTIVA 1999/70/CE DEL CONSEJO, DE 28 DE JUNIO DE 1999, RELATIVA AL ACUERDO MARCO DE LA CES, LA UNICE Y EL CEEP SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA

La Directiva 1999/70/CE⁸ tiene por objeto la aplicación del Acuerdo Marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, incluido en el anexo de la misma. Acuerdo mediante el que se pretende mejorar la calidad del trabajo de duración determinada, garantizando la igualdad de trato a los trabajadores con dicho tipo de contratos y la aplicación del principio de no discriminación, e impedir la utilización abusiva de este tipo de contratos⁹.

En concreto, por lo que respecta a la aplicación del principio de no discriminación, la cláusula 4 del Acuerdo Marco prohíbe tratar a los trabajadores con contrato de duración determinada de manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables (aquellos que realizan un trabajo idéntico o similar, teniendo en cuenta su calificación y tareas desempeñadas¹⁰), salvo que dicho trato diferenciado esté justificado por razones objetivas. Cláusula que, señala el Tribunal de Justicia, expresa un principio de derecho social que no puede interpretarse de manera restrictiva¹¹. Y en cuanto a la prevención de la utilización abusiva de este tipo de contratos, la cláusula 5 prevé que los Estados miembros introduzcan una serie de medidas a dicho efecto, en concreto las razones objetivas que justifiquen la renovación de los mismos, la duración máxima total de sucesivos contratos de este tipo o el número de renovaciones posibles¹².

8. Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, *DOUE* L 175, de 10 de julio de 1999.

9. *Vid.* considerando 14 Directiva, y párrafo tercero preámbulo y cláusula 1 del Acuerdo Marco.

10. Cláusula 3.2 del Acuerdo Marco.

11. *Vid.* nota supra 7.

12. Sobre la interpretación de la cláusula 5 del Acuerdo marco, en el marco del uso abusivo

El Acuerdo se aplica a todos los trabajadores con contrato de duración determinada, ya vengan regulados por vía legislativa, convenio colectivo o prácticas vigentes en cada Estado miembro, y entiende por trabajador con contrato de duración determinada todo aquél cuyo contrato ha sido concertado directamente con un empresario y en el que el final del mismo viene determinado "por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio o la producción de un hecho o acontecimiento determinado"¹³.

La prohibición de discriminación, por tanto, se extiende tanto a empresas del sector privado como a las Administraciones Públicas, pues la norma no hace ningún tipo de diferenciación, como ha dejado claro el TJUE, que destaca cómo su ámbito de aplicación se ha definido con amplitud y cómo se engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador y de la calificación del contrato de trabajo en derecho interno¹⁴. En resumen, la Directiva y la prohibición de discriminación que contempla se aplica a todo tipo de empleados públicos, a los que se hace brevemente referencia en el siguiente apartado.

III. TIPOS DE EMPLEADOS PÚBLICOS PREVISTOS POR LA NORMATIVA ESPAÑOLA

De acuerdo con el artículo 8 de la LEBEP¹⁵ son empleados públicos aquellos que desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones públicas, realizando una clasificación de los mismos en funcionarios de carrera, funcio-

de contratos temporales por parte de las Administraciones públicas españolas, pueden consultarse las siguientes sentencias del Tribunal de Justicia: de 13 de marzo de 2014, *Márquez Samohano*, C-190/13, EU:C:2014:146; de 11 de diciembre de 2014, *León Medialdea*, C-86/14, EU:C:2014:2447; y de 14 de septiembre de 2016, *Pérez López*, C-16/15, EU:C:2016:679; *Martínez Andrés y Castrejana López*, asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, EU:C:2016:680.

13. Cláusulas 2.1 y 3.1 del Acuerdo Marco.

14. *Vid.* PÉREZ LÓPEZ, ap. 24, con cita a su vez de las sentencias de 4 de julio de 2006, *Adeneler y otros*, C-212/04, EU:C:2006:443, ap. 56; *Márquez Samohano*, ap. 38; de 3 de julio de 2014, *Fiamingo y otros*, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, aps. 28 y 29, y de 26 noviembre de 2014, *Mascolo y otros*, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, EU:C:2014:2401, ap. 67. En el ámbito de la utilización abusiva de sucesivos contratos temporales, sí ha admitido el TJUE alguna diferencia de regulación y trato entre sector privado y público, siempre que se entienda que las medidas adoptadas para luchar contra dichos abusos sean eficaces. *Vid.* GARCÍA MURCIA, J., "El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016", *La Ley Unión Europea* n.º 42, octubre 2016, p. 11. Asimismo, también ha señalado que no está incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación una diferencia de trato entre determinadas categorías de personal con contratos de duración determinada que no se base en dicha duración determinada de la relación de servicio, sino en su carácter funcional o laboral. *Vid.* Pérez López, ap. 66.

15. Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. *BOE* n.º 261, de 31/10/2015.

narios interinos, personal laboral (por tiempo indefinido o temporal) y personal eventual.

Los funcionarios de carrera, de acuerdo con el artículo 9 de la citada ley, están vinculados en virtud de nombramiento legal a una Administración Pública por una relación estatutaria, regulada por el Derecho Administrativo y para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente, correspondiéndoles exclusivamente el ejercicio de las funciones que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas.

Los funcionarios interinos están igualmente sometidos a normas de Derecho Administrativo y son nombrados por razones expresamente justificadas de necesidad y de urgencia para desempeñar funciones propias de los funcionarios de carrera cuando se da alguno de los supuestos establecidos en el artículo 10 de la LEBEP (existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera, sustitución transitoria de los titulares, o ejecución de programas de carácter temporal). Se les aplica el régimen general de los funcionarios de carrera, en cuanto sea compatible con su naturaleza (art. 10.5 L EBEP).

Personal laboral es el empleado público unido a la Administración mediante un contrato de trabajo formalizado por escrito, siguiendo cualquiera de las modalidades de contratación previstas en la legislación laboral (art. 11 LEBEP), por lo que el mismo se encuentra regido por el Estatuto de los trabajadores, pudiendo ser fijo, por tiempo indefinido o temporal en función de la duración del contrato.

Por último, personal eventual es aquél que, también en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, realiza funciones calificadas como de confianza o asesoramiento especial y que es retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para ese fin, siéndoles aplicable el régimen general de los funcionarios de carrera en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición (art. 12 LEBEP).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta también una categoría de empleados públicos que cuentan con una regulación especial de su relación funcional, el personal estatutario de los servicios de salud, regidos por lo dispuesto en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud¹⁶. Ley que contiene la normativa básica, en cuyo desarrollo Estado y Comunidades autónomas aprueban los estatutos y demás normas aplicables al personal estatutario de cada servicio de salud (art. 3 Ley 55/2003).

16. BOE n.º 301, de 17/12/2003.

La Directiva 1999/70/CE y la aplicación del principio de no discriminación contenido en la cláusula 4 del Acuerdo marco anexo a la misma son de aplicación a todos estos tipos de empleados públicos pues, como se ha adelantado en el apartado anterior, la misma engloba a todos los trabajadores sin tener en cuenta el carácter público o privado del empleador¹⁷. Así, en aplicación de la citada Directiva y, en concreto, de la mencionada cláusula 4 del Acuerdo marco, el TJUE ha venido adoptando una amplia jurisprudencia que ha permitido extender el reconocimiento de ciertos derechos como los retributivos o de carrera, que solo eran reconocidos a los empleados públicos con contratos fijos (funcionarios de carrera, personal laboral indefinido y personal estatutario indefinido), a los empleados públicos con contrato de duración determinada (funcionarios interinos, personal laboral eventual y personal estatutario interino), tal y como se podrá observar en los diversos casos examinados en el presente estudio. Asuntos que, como señala Josefa Cantero Martínez, ponen de relieve el problema de la temporalidad en el empleo público español, así como la desnaturalización que se ha producido de la figura del interino, destacando cómo la misma se ha convertido en una figura muy cómoda para la Administración, especialmente a raíz de la crisis económica¹⁸.

IV. LA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN POR PARTE DEL TJUE

En el ámbito de la igualdad de trato y no discriminación el TJUE ha ido estableciendo en su jurisprudencia abundantes criterios con respecto a los citados principios. Ahora bien, se trata de una jurisprudencia muy casuística, lo que dificulta extraer unos parámetros generales objetivos delimitadores del principio, y siguen encontrándose numerosas excepciones al mismo (justificadoras de la diferencia de trato) como la consecución de los objetivos de interés general de la Unión, la facultad de apreciación de la que goza el legislador europeo, la solidaridad entre Estados miembros o la disparidad de legislaciones nacionales¹⁹.

17. Un análisis en MORENO VIDA, M. N., "La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Temas laborales* n.º 130/2015, pp. 195-241.

18. Destaca cómo se ha pervertido la especial naturaleza temporal, excepcional y de urgencia de la figura del funcionario interino, realizándose una utilización abusiva y fraudulenta de la misma; cómo es una figura especialmente cómoda para la Administración por su flexibilidad y porque no genera derechos patrimoniales para el funcionario que ocupa la plaza, que puede ser cesado sin obligación de indemnización, llegando incluso a señalar que es una forma de introducir una figura similar al extinguido contrato administrativo que en su momento fue suprimido por la situación de absoluta precariedad en la que dejaba a los empleados. *Vid.* CANTERO MARTÍNEZ, J., "El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 12, 2017, pp. 10-14.

19. *Vid.* MARTÍNEZ SIERRA, J. M.; FERRER MARTÍN DE VIDALES, C., "La igualdad ante la Ley en la doctrina del TJUE", *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 65, n.º 2017, pp. 239-240.

Por otra parte, es necesario destacar que el Tribunal de Justicia emplea en su jurisprudencia el concepto de igualdad formal y similitud en el trato²⁰, por lo que ha desarrollado la igualdad más desde su dimensión negativa, es decir, desde el principio de no discriminación como señala O'Conneide²¹. No obstante, el Tribunal también ha reconocido que la prohibición de discriminación es una expresión específica del principio general de igualdad²², y ha señalado que el principio de igualdad actualmente se encuentra consagrado por los artículos 20 y 21 de la Carta²³.

Por el contrario, en el ámbito del empleo encontramos criterios más detallados en su jurisprudencia²⁴, pero ha de tenerse en cuenta que se trata de un ámbito en el que la Unión Europea cuenta con una abundante normativa²⁵, así como que el mencionado énfasis puesto en el concepto de igualdad formal ha conllevado que se haya desarrollado más la igualdad desde su dimensión negativa.

De acuerdo con la definición adoptada para el principio de igualdad y de no discriminación, el mismo exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato diferente esté objetivamente justificado²⁶.

-
20. Vid. BELL, M., "Article 20" en PEERS, S., HERVEY, T., KENNER, J., WARD, A. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, p. 571.
 21. Vid. O'CONNEIDE, C., "The principle of equality and non-discrimination within the framework of the EU Charter of Fundamental Rights and its potential application to social and solidarity rights" en PALMISANO, G. (ed.), *Making the Charter of Fundamental Rights a living instrument*, Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2015, p. 203.
 22. Vid. Sentencia de 12 de octubre de 2004, *Nicole Wippel c. Peek & Cloppenburg GmbH & Co KG*, C-313/02, EU:C:2004:607; ap. 56. Vid. BELL, M., *op. cit.*, p. 575.
 23. Vid. SSTJUE de 22 de mayo de 2014, *Wolfgang Glatzel contra Freistaat Bayern*, C-356/12, EU:C:2014:350, ap. 43; de 21 de julio de 2011, *Károly Nagy contra Mezőgazdasági és Vidékfejlesztési Hivatal*, C-21/10, EU:C:2011:505, ap. 47; de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd v. Comisión*, C-550/07 P, EU:C:2010:512, ap. 54.
 24. Un análisis de jurisprudencia reciente en relación a la Directiva de igualdad en materia de empleo puede consultarse en PEERS, S., "The EU Charter of rights and the right to equality", *ERA Forum* 02/2011, vol. 11, n.º 4.
 25. Vid., BELL, M., "Article 20", *op. cit.*, p. 575. Así, por ejemplo, la Directiva 2006/54/CE, 5 de julio relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, o la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
 26. Puede encontrarse esta definición en multitud de asuntos, como por ejemplo, sentencias de 25 de noviembre de 1986, *Klensch y otros*, asuntos acumulados 201/85 y 202/85, EU:C:1986:439, ap. 9; de 5 de octubre de 1994, *Alemania c. Consejo*, C-280/93, EU:C:1994:367, ap. 67; de 10 de enero de 2006, *IATA y ELFAA*, C344/04, EU:C:2006:10, ap. 95; de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld*, C303/05, EU:C:2007:261, ap. 56; de 16 de diciembre de 2008, *Arcelor Atlantique y Lorraine y otros*, C127/07, EU:C:2008:728; *Akzo Nobel Chemicals Ltd v. Comisión*, *op. cit.*, ap. 55; e 12 de mayo de 2011, *Gran Ducado de Luxemburgo c. Parlamento y Consejo*, C176/09, EU:C:2011:290, ap. 31; *Károly Nagy contra Mezőgazdasági és Vidékfejlesztési Hivatal*, *op. cit.*, ap. 47.

Partiendo de dicha definición, el TJUE lleva a cabo siempre, en primer lugar, el *test de comparación*, para determinar si dos situaciones pueden considerarse comparables para, de ser así, pasar a realizar en segundo término el *test de justificación objetiva*, es decir, examinar si la diferencia de trato está objetivamente justificada.

Debe señalarse, asimismo, que el TJUE emplea un concepto amplio de discriminación, que abarca tanto las desigualdades que contempla el art. 21.1 de la CDFUE (referidas a la adscripción a categorías sociales), como a las diferencias de trato entre trabajadores temporales y fijos²⁷. Así, en el ámbito del empleo el TJUE parte igualmente de la definición del principio de no discriminación señalada²⁸, definición que se aplica en el ámbito de los contratos de duración determinada como se observará en los diversos asuntos que se exponen a continuación, llevando a cabo en primer lugar el test de comparación para, realizada la constatación de la comparabilidad de las situaciones, realizar el test de justificación objetiva (si bien antes de proceder a realizar los mismos se comprueba si la medida desigual forma parte del concepto "condiciones de trabajo", sobre las que la cláusula 4 apartado 1 del Acuerdo marco no permite establecer discriminaciones). La jurisprudencia se construye, por tanto, sobre el esquema adoptado para el principio general de igualdad.

A este respecto, el concepto de condiciones de trabajo ha sido ampliamente interpretado por el Tribunal de Justicia, que ha señalado que el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en el mismo es el del empleo, es decir, la relación de trabajo entre el trabajador y el empresario²⁹. Así, ha considerado comprendidos dentro de dicho concepto la remuneración (en la que se incluyen también complementos retributivos como los trienios), la indemnización en caso de finalización del contrato, la reducción de la jornada laboral o el derecho a determinadas prestaciones, entre otras³⁰.

Por lo que respecta al *test de comparación*, para apreciar si el *trabajo* que ejercen las personas de que se trate es *idéntico o similar* (tal y como requiere la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo marco) y, por tanto, se encuentran en

27. Vid. ÁLVAREZ DE CUVILLO, A., *op. cit.*, p. 19.

28. Vid., por ejemplo, sentencias de 13 de febrero de 1996, *Gillespie y otros*, C-342/93, EU:C:1996:46, ap. 16; de 11 de mayo de 1999, *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse contra Wiener Gebietskrankenkasse*, C-309/97, EU:C:1999:241, ap. 15.

29. Aunque la cláusula 4.1 del Acuerdo marco no define expresamente dicho concepto, el TJUE aplica la interpretación ya realizada sobre el mismo con respecto a la cláusula 4.1 del Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial. Vid. sentencia de 10 de junio de 2010, *Bruno y otros*, C-395/08 y C-396/08, EU:C:2010:329; de 12 de diciembre de 2013, *Catarrú*, C-361/12, EU:C:2013:830, aps. 34-36; de 13 de marzo de 2014, *Nierodzik*, C-38/13, EU:C:2014:152, ap. 25.

30. Vid. CONSEJO DE EUROPA, AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2013, pp. 68-69.

una situación comparable, el TJUE tiene en cuenta un conjunto de factores como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales³¹.

En cuanto a las *razones objetivas* que en su caso permitirían justificar la desigualdad de trato, el TJUE ha señalado en reiterada jurisprudencia que las mismas se refieren a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad, circunstancias que pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas realizadas y las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte del Estado miembro³². Señala Gómez Gordillo, respecto a este último criterio, que es sumamente amplio, pues "los objetivos legítimos que pueden perseguir las políticas laborales de los Estados miembros conforman una categoría que puede justificar el establecimiento de diferencias de trato dirigidas a la resolución de todo tipo de problemas que el mercado laboral presenta", y que como el mismo está estableciendo una excepción a un principio general se corre el riesgo de vaciar de contenido el mismo³³.

Por otra parte, el TJUE recuerda que la desigualdad de trato solo estará justificada si existen "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"³⁴, con el objeto de poder verificar si dicha desigualdad "responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto"³⁵. Es decir, debe superar un triple test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad³⁶. Ahora bien, como apuntan algunos autores, el TJUE no utiliza de manera estricta este esquema en la resolución de casos concretos, si bien si utiliza el test de proporcionalidad cuando considera que pueden existir razones objetivas para la diferencia de trato pero que la medida adoptada resulta desproporcionada³⁷.

31. Vid. Sentencias de 31 de mayo de 1995, *Royal Copenhagen*, C-490/93, aps. 32 y 33, EU:T:1995:39; de 11 de mayo de 1999, *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse contra Wiener Gebietskrankenkasse*, op. cit., ap. 17; de 18 de octubre de 2012, *Valenza y otros*, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, ap. 42; de 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana*, C-177/10, EU:C:2011:557, ap. 66; de 9 de febrero de 2012, *Lorenzo Martínez*, C-556/11, EU:C:2012:57, ap. 43; *Nierodzik*, ap. 31.

32. Vid. sentencia de 4 de julio de 2006, *Adeneler y otros*, C-212/14, EU:C:2006:443; aps 69 y ss.; de 30 de abril de 2009, *Aayhan*, F-65/07; EU:F:2009:43; ap. 134.

33. Vid. GÓMEZ GORDILLO, R., "Prohibición de discriminación e indemnización por finalización de los contratos de trabajo de duración determinada", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n.º 56, p. 243.

34. Vid. Sentencias de 13 de septiembre de 2007, *Del Cerro Alonso*, asunto C-307/05, EU:C:2007:509; aps. 53 y 58; de 22 de diciembre de 2010, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819; ap. 55, de 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana*, asunto C-177/10, EU:C:2011:557, ap. 73.

35. *Ibid.*

36. Vid. GÓMEZ GORDILLO, R., op. cit., 56, p. 243.

37. *Ibid.*, p. 244. Vid., asimismo, ÁLVAREZ CUVILLO, A., op. cit., p. 24.

Además, en todo caso, establece el TJUE que la mera naturaleza temporal de la relación no puede constituir una razón objetiva³⁸. Asimismo, el hecho de que una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo, prevea la diferencia de trato tampoco justifica de forma objetiva la misma³⁹.

Por lo tanto, en el caso de los contratos de trabajo de duración determinada será necesario examinar qué circunstancias o elementos específicos caracterizan dicho contrato frente a los de duración indefinida, a fin de comprobar si la diferencia de trato se encuentra justificada y supera el triple test indicado: si es necesaria e idónea para alcanzar el objetivo perseguido, no existiendo otras medidas que afecten en menor medida los derechos de los trabajadores, y es proporcional, es decir, hay proporcionalidad entre la lesión al principio de no discriminación y el beneficio de interés general que se genera⁴⁰.

El TJUE, como puede observarse, cuenta con criterios específicos para la interpretación y aplicación del principio examinado, pues como se ha adelantado se trata de un ámbito en el que la UE cuenta con abundante normativa. Pero la jurisprudencia sigue siendo muy casuística, en la que en todo caso el tribunal nacional ha de examinar los hechos del caso concreto para aplicar estos criterios, y en la que el propio TJUE no siempre utiliza de manera estricta el esquema señalado como se ha adelantado. Además, su efectividad se proclama como señala Inmaculada Marín Alonso solo respecto del personal sometido a un mismo régimen jurídico, debido a la interpretación restrictiva que se ha realizado del elemento de comparación que es necesario para valorar la existencia de discriminación y a la admisión incontestada de que debe existir causa razonable y proporcionada para el trato diferente⁴¹.

38. Vid. VALENZA y otros, ap. 52; *Nierodzik*, ap. 37.

39. *Ibid.* Como señala el TJUE, una disposición nacional general y abstracta, que no tenga en cuenta los factores objetivos derivados de la actividad de que se trate y las condiciones en que se desarrolla, no es compatible con el Acuerdo Marco, pues no permite extraer criterios objetivos y transparentes que permitan verificar si la medida responde efectivamente a una necesidad auténtica, permite alcanzar el objetivo perseguido y resulta indispensable al efecto. Vid. *Adeneler y otros*, aps. 72 y 74.

40. Vid. GÓMEZ GORDILLO, R., *op.cit.*, p. 243.

41. Se plantea la autora, por ello, si el principio de proporcionalidad debería aplicarse también en los casos en que se produce una desigualdad fáctica o real por la decisión discrecional del legislador, y si la misma existencia de distintos regímenes jurídicos para el personal al servicio de las Administraciones Públicas que permite condiciones de trabajo diferentes se encuentra justificado por razones objetivas y razonables o si la diferencia en las condiciones de trabajo es proporcionada al fin legítimo establecido en la norma. Así, señala, que, si bien el mantenimiento de distintos regímenes jurídicos se ha argumentado en el desempeño de *auctoritas pública* o la defensa del interés general como causas razonables para establecer la diferenciación, se trata de conceptos generales y abstractos que además presentan grietas pues, por ejemplo, es obvio que

V. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS DE DURACIÓN DETERMINADA REALIZADOS EN EL MARCO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA

El presente apartado tiene por objeto examinar cómo la cuestión de la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los trabajadores con contrato de duración determinada en el ámbito de la Administración Pública en España ha llegado al TJUE, ante el reiterado incumplimiento por parte de distintas normas internas de la cláusula 4 contenida en el Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, pudiendo observarse no solo cómo el TJUE ha aplicado los criterios que con respecto al mencionado principio ya tenía establecidos en su jurisprudencia y que han sido examinados en el anterior apartado, sino cómo también a través de los asuntos referentes a España ha profundizado y clarificado los mismos. A continuación, se exponen los distintos asuntos que se han clasificado atendiendo al tipo de empleado público y que afectan a diversas cuestiones como el régimen retributivo, de carrera y otras situaciones administrativas de los empleados al servicio de las Administraciones Públicas.

Como se observará en los asuntos que se examinan a continuación, no se hace referencia en ninguno de ellos al artículo 20 de la Carta. Tampoco al principio de igualdad, sino al principio de no discriminación, si bien utilizando la misma definición adoptada para aquél. Pero ha de tenerse en cuenta, como ya se ha adelantado, que el TJUE ha reconocido que la prohibición de discriminación es una expresión específica del principio general de igualdad y que el mismo se encuentra consagrado por los artículos 20 y 21 de la Carta. Es claro, por tanto, que en todos estos asuntos se plantea un problema de igualdad de trato entre distintas clases de trabajadores. Pero el TJUE, al tratarse de un ámbito en el que se cuenta con abundante normativa como hemos señalado, aborda la delimitación de la justificación de las diferencias de trato desde la aplicación de dicha normativa, sin hacer mención a la Carta⁴².

no todos los puestos de trabajo desempeñados por funcionarios públicos conllevan el ejercicio de autoridad pública o la defensa de intereses generales. Entiende, por ello, que la proporcionalidad cuestionaría la "admisibilidad de la indiscriminada distinción de condiciones de trabajo entre categorías análogas de empleados públicos". Vid. MARÍN ALONSO, I., "El alcance del principio de igualdad y no discriminación en condiciones de trabajo y sus límites en el empleo público: la no portabilidad entre regímenes de personal de distinta naturaleza jurídica", *Revista de Derecho Social* n.º 84, 2018, pp. 225-227.

42. Como señala la AG Kokott en sus conclusiones en los asuntos *Norte Facility* y *Vernaza Ayo-vi*, "el principio general de igualdad de trato del Derecho de la Unión no puede conducir materialmente a un resultado diferente del que se obtiene al aplicar el principio especial de no discriminación de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco" (véase también el artículo 52, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales). Por este motivo, también el Tribunal de Justicia examina las medidas comprendidas en el ámbito de aplicación de una Directiva antidiscriminación sólo desde el punto de vista de tal Directiva, y no a la luz de los principios de Derecho primario como tales que se concretan en tal Directiva. Vid. Conclusiones de la AG Juliane Kokott de 25 de enero de 2018, asunto C-96/17, *Vernaza*

1. PERSONAL ESTATUTARIO

Comenzamos examinando la jurisprudencia del TJUE en relación al personal estatutario de los servicios de salud, regidos por lo dispuesto en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre. En concreto, el asunto *Del Cerro Alonso*, pues en el mismo el TJUE hace extensiva la jurisprudencia previa por lo que respecta al concepto de razones objetivas que ya había establecido en el marco de la cláusula 5 del Acuerdo marco al ámbito de la cláusula 4 (aps. 52 a 56). Criterios que se reiteran en la jurisprudencia en relación a funcionarios interinos y personal laboral que se examinará a continuación.

El asunto *Del Cerro Alonso* tiene por objeto una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación de la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada y el reconocimiento de los años de servicio prestados por la Sra. Del Cerro Alonso como personal estatutario temporal con anterioridad a la obtención de la plaza fija tras superar las pruebas de selección, en concreto de una serie de trienios. Es decir, el reconocimiento de una prima por antigüedad que el derecho español reservaba solo a los trabajadores fijos.

Parte el TJUE de la importancia de los principios de igualdad de trato y no discriminación, principios generales del Derecho de la Unión, así como del objetivo que se persigue con la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo marco de que los trabajadores con contrato de duración determinada disfruten de las mismas ventajas que los trabajadores con contrato fijo comparables, salvo que la diferencia de trato se justifique por razones objetivas (ap. 27).

Recuerda asimismo que el objeto del Acuerdo marco es la aplicación del principio de no discriminación a los trabajadores con contrato de duración determinada, a fin de impedir que este tipo de contratos se utilicen de forma abusiva para privar a los mismos de derechos reconocidos a trabajadores fijos, principio de no discriminación que no puede ser interpretado de forma restrictiva. Así, rechaza el TJUE las alegaciones del Gobierno español, irlandés y británico para rechazar la aplicación de la cláusula 4 del Acuerdo marco en el presente asunto, al entender que la excepción prevista en el art. 137 del entonces Tratado CE excluía la remuneración de toda armonización y la determinación del nivel de los diversos elementos constitutivos de la remuneración a las autoridades nacionales competentes, destacando el TJUE que dicha excepción no puede extenderse a cualquier cuestión que tenga algún tipo de vínculo con la remuneración y que, además, el objeto del litigio no era ese (la determinación del nivel de los diversos elementos constitutivos de la remuneración), sino si con arreglo al principio de no discriminación recogido en el Acuerdo marco uno de los elementos de la remuneración debe ser concedido, como

Ayovi, EU:C:2018:43, ap. 100. *Vid.*, asimismo, Conclusiones de la AG Juliane Kokott de 20 de diciembre de 2017, asunto C-574/16, *Grupo Norte Facility*, EU:C:2017:1022, ap. 82.

condición de trabajo, a los trabajadores temporales de la misma manera que a los trabajadores fijos (aps. 31 a 48). Por lo tanto, el derecho a la percepción de una prima por antigüedad entra en el concepto de *condiciones de trabajo*.

No entra en este asunto el TJUE a examinar la comparabilidad de las situaciones, pues se parte de que la misma se da y el tribunal remitente consulta básicamente respecto a las *razones objetivas* que puedan justificar el no reconocimiento de dicho complemento por antigüedad, en concreto si el hecho de que dicha diferencia de trato esté prevista en una ley o acuerdo suscrito entre la representación sindical del personal y la Administración puede constituir una razón objetiva (ap. 50).

Se centra, por tanto, el TJUE en dicha pregunta aplicando su jurisprudencia previa en el marco de la cláusula 5 del Acuerdo marco, que hace extensible al supuesto examinado, por lo que concluye que el hecho de que la diferencia de trato esté prevista por una norma general y abstracta, no relacionada con el contenido concreto de la actividad, no permite justificar la diferencia de trato. La disposición nacional que se limita a autorizar el uso sucesivo de contratos temporales de este modo no cumple con los requisitos establecidos en dicha jurisprudencia⁴³ y, por tanto, es contraria a la cláusula 4 del Acuerdo marco (ap. 59).

Se trata de una sentencia fundamental, pues la misma sería decisiva en el reconocimiento legal de este complemento por antigüedad a los funcionarios interinos, llevando al reconocimiento expreso de los trienios en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)⁴⁴. Doctrina que se ha confirmado en jurisprudencia posterior, tal y como se examina en los siguientes apartados.

2. FUNCIONARIOS INTERINOS

Como se ha examinado en el apartado 3, los funcionarios interinos son uno de los tipos de empleados públicos caracterizados por el vínculo temporal que mantienen con la Administración y que son nombrados por razones justificadas de necesidad y de urgencia para desempeñar las funciones propias

43. "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" (aps. 53 y 58).

44. Vid. CANTERO MARTINEZ, J., "Principales cambios producidos en la figura del funcionario interino en virtud de la reciente jurisprudencia comunitaria y perspectivas de futuro", Ponencia presentada en el Seminari d'actualització de Funció Pública Local, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 4 de noviembre de 2016, p. 13. Ley ya derogada, que se ha refundido en un texto único junto con las disposiciones en materia de régimen jurídico del empleo público contenidas en otras leyes mediante el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, BOE n.º 261, de 31/10/2015.

de los funcionarios de carrera en los casos previstos por la LEBEP. Como se examinará en el presente apartado, la interpretación que del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE ha realizado el TJUE ha producido grandes avances al exigir que cualquier diferencia de trato deba estar basada en causas objetivas que la justifiquen, no bastando la mera naturaleza temporal de la relación como causa justificativa.

De los distintos asuntos examinados, realizamos un comentario más profundo y crítico de los asuntos *De Diego Porras y Viejobueno Ibáñez* pues la problemática que se plantea en los mismos presenta mayor complejidad al estar relacionados con el régimen de extinción de este tipo de contratos (como característica fundamental que distingue los mismos de los contratos fijos), a diferencia del resto de asuntos analizados relacionados con cuestiones de régimen retributivo, de carrera y otras situaciones administrativas en las que resulta claro que ante trabajadores que están realizando un trabajo idéntico o similar (atendiendo a las funciones desempeñadas, formación requerida, etc.) la mera diferencia de trato basada en la naturaleza temporal de la relación, es decir, establecida de forma general y abstracta mediante ley, sin arreglo a criterios objetivos y transparentes, no permite justificar la misma.

2.1. Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres⁴⁵: reconocimiento de complementos salariales por antigüedad (trienios)

Los asuntos acumulados C-444/09 y C-465/09 tienen por objeto dos cuestiones prejudiciales relativas asimismo a la interpretación de la cláusula 4 del Acuerdo marco, en esta ocasión en relación a la negativa al abono a dos funcionarias interinas de una serie de trienios con carácter retroactivo por parte de la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia.

Con arreglo a legislación interna (la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado (LFCE)) las leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Galicia para 2003-2007 excluían la posibilidad de percibir trienios por parte de los funcionarios interinos, régimen que fue modificado posteriormente por la mencionada Ley 7/2007 que pasó a reconocer a los funcionarios interinos los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de su entrada en vigor, con efectos retributivos únicamente a partir de la entrada en vigor del mismo (aps. 13 a 20). Tras la entrada en vigor de la mencionada Ley, la Consellería reconoció a las demandantes el derecho a percibir los trienios generados a partir de la entrada en vigor de la Ley (13 de mayo de 2007), negando los generados con anterioridad a la misma (aps. 25 a 32). De nuevo, ante las dudas en relación a la interpretación del Acuerdo marco, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de A Coruña y n.º 3 de Pontevedra

45. *Vid. supra* nota 34.

suspendieron el procedimiento para consultar el TJUE, que ante la conexidad de los litigios principales acumuló los mismos (ap. 35).

Reproduce el TJUE los argumentos ya utilizados en el asunto *Del Cerro Alonso*⁴⁶, recordando que el complemento salarial por antigüedad, en concreto los trienios, está incluido en el concepto condiciones de trabajo y que, por lo tanto, la diferencia de trato establecida por la normativa interna española, basada en la duración de la relación laboral y no en la antigüedad de los empleados, debe analizarse a la luz del principio de no discriminación en virtud de la cual los trabajadores con contrato de duración determinada no pueden ser tratados de manera menos favorable que los trabajadores fijos en situación comparable, sin que exista justificación objetiva alguna (aps. 50 a 53).

Y, una vez más, a la hora de abordar el *test de justificación objetiva*⁴⁷ señala el TJUE que el hecho de que la relación de servicio de determinados empleados públicos (en este caso profesores interinos) sea temporal no constituye por sí sola una razón objetiva⁴⁸, pues admitir una diferencia de trato basada en la mera naturaleza temporal de la relación prevista por una norma general y abstracta privaría de contenido a los objetivos de la Directiva y del Acuerdo marco, perpetuando el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores temporales. Motivos por los que concluye el Tribunal que la diferencia de trato no estaba justificada (aps. 57 y 58).

Atendiendo a la jurisprudencia ya establecida en *Del Cerro Alonso* y el presente asunto, habría sido lógico que el mismo período utilizado para cobrar los trienios hubiese sido reconocido por la Administración para el cómputo de los servicios prestados como interino a efectos de promoción interna, lo que no ocurrió como puede observarse en el siguiente asunto examinado que una vez más obligó al afectado a acudir a los tribunales.

2.2. Rosado Santada⁴⁹: promoción interna, cómputo de servicios prestados como interino

En *Rosado Santana* el TJUE resuelve una cuestión prejudicial planteada en relación al no reconocimiento de los servicios prestados como funcionario interino a efectos de una promoción interna, frente a los períodos de servicios

46. Vid. apartado 5.1.

47. Parte el TJUE de la comparabilidad de las situaciones.

48. Pues deben existir elementos precisos y concretos que caractericen la relación de trabajo, dentro del contexto de la misma, que con arreglo a criterios objetivos y transparentes permitan verificar que la desigualdad responde a una necesidad auténtica, permite alcanzar el objetivo perseguido y resulta indispensable a dicho efecto. Elementos que pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas a realizar y las características inherentes a las mismas, o en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte del Estado miembro. *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, aps. 53 a 57.

49. Vid. supra nota 34.

prestados por funcionarios de carrera que sí eran computados por la normativa nacional. En concreto, la orden de la Conserjería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía por la que se convocaban pruebas selectivas por el sistema de promoción interna precisaba que no serían computables los servicios previos reconocidos como personal interino o laboral (ap. 21), motivo por el que se anuló el nombramiento del demandante en el litigio principal como funcionario de carrera al no poseer la antigüedad exigida al excluirse del cómputo de la misma los servicios prestados como interino (aps. 22 y 23). Sentencia mediante la que, como señala Juan Piña, el TJUE desautorizaba al Tribunal Constitucional que no consideró esta medida como discriminatoria⁵⁰.

Comienza el TJUE recordando que los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo son los mismos para trabajadores fijos y temporales en virtud de lo dispuesto en la cláusula 4 apartado 4 del Acuerdo marco (ap. 43), abordando en primer lugar la alegación de la Consejería de Justicia y de Administración Pública de la Junta de Andalucía respecto a la no aplicación de la citada cláusula al presente supuesto al entender que el requisito de antigüedad constituye un requisito de acceso al empleo y no una condición de trabajo. Rechaza el TJUE la citada alegación, recordando su jurisprudencia al respecto en la que ya se reconoce que "las normas nacionales relativas a los períodos de servicio que deben cumplirse para poder ser calificado en una categoría retributiva superior o a fines del cálculo de los períodos de servicio requeridos para ser objeto de un informe de calificación cada año y, en consecuencia, poder beneficiarse de una promoción profesional" forman parte de las *condiciones de trabajo*, concepto que por tanto es aplicable al litigio principal en contra de lo sostenido por la Consejería (aps. 45 a 47).

De esta forma, tras recordar que las disposiciones de la Directiva y del Acuerdo Marco se aplican a los contratos de duración determinada celebrados por las Administraciones públicas⁵¹, aborda el TJUE la problemática de la exclusión del cómputo de los períodos de servicios prestados por un funcionario interino a efectos de un proceso de promoción interna, reiterando que el principio de no discriminación contenido en la cláusula 4 del Acuerdo marco, así como la jurisprudencia al respecto, exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y viceversa, salvo que la diferencia de trato esté objetivamente justificada (aps. 64 y 65).

Partiendo de dicha definición se efectúa el *test de comparación*, es decir, la comprobación de si ambos tipos de funcionarios ejercen un trabajo idéntico o similar y por tanto se encuentran en situación comparable, extremo que recuer-

50. Vid. PIÑA MIGUEL, J., "Derechos laborales del personal funcionario: a golpe de jurisprudencia del TJUE", ponencia, vol. 27 Extraordinario XXVI Congreso 2017.

51. En virtud del principio de eficacia directa de las directivas y la jurisprudencia del TJUE al respecto, así como a las propias disposiciones de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco. Vid. aps. 45 a 47.

da corresponde determinar al juez remitente, constatando si cuando el demandante en el litigio principal ejercía sus funciones como funcionario interino se encontraba en una situación comparable a los funcionarios de carrera que en el marco del proceso selectivo controvertido habían demostrado que tenían diez años de antigüedad en el puesto. Así, solo en el caso de que efectivamente aquél constataste que ambos se encuentran en situación comparable señala el TJUE que procedería pasar a comprobar si existen razones objetivas que justifiquen la diferencia de trato, en concreto, la exclusión del cómputo de los períodos de servicio prestados con anterioridad en el caso de los funcionarios interinos (aps. 66 a 70).

En cuanto al *test de justificación objetiva*, reitera el TJUE su jurisprudencia al respecto (aps. 72 a 74)⁵², procediendo a examinar las alegaciones que en consideración del Gobierno español justifican la diferencia de trato entre ambos tipos de funcionarios. En concreto, las menores exigencias para la incorporación y la acreditación de mérito y capacidad en el caso de los funcionarios interinos⁵³; su falta de movilidad al estar vinculados al puesto que han de ocupar temporalmente, que entiende el Gobierno español hace que la actividad de estos sea distinta y de diferente valor que la de los funcionarios de carrera; el hecho de que determinadas funciones se reserven a estos últimos, lo que entiende implica una diferencia cualitativa en cuanto experiencia y formación; así como que el cese de los interinos se produzca cuando finaliza la causa que dio lugar a su nombramiento (ap. 75).

Reconoce, a este respecto, el TJUE que los Estados miembros disponen de facultad de apreciación a la hora de organizar sus Administraciones y que pueden establecer requisitos de antigüedad para acceder a determinados puestos, o restringir el acceso a la promoción interna a funcionarios de carrera, sin infringir la Directiva, pero que los criterios que a ese respecto se establezcan deben ser transparentes para poder ser controlados y evitar cualquier exclusión de los trabajadores interinos que se base exclusivamente en la naturaleza temporal de su relación. Así, señala el TJUE que sí pueden justificar una diferencia de trato en cuanto a las condiciones de trabajo algunas de las diferencias alegadas, pudiendo estar justificadas en un proceso selectivo en el que hayan de tenerse en cuenta unos requisitos objetivos atendiendo a la plaza que el proceso de selección interna trata de proveer y siempre que sean ajenos a la duración determinada de la relación de servicio (aps. 76 a 78). Pero que cuando se trata de un requisito genérico y abstracto que solo tiene en cuenta el período de servicio exigido como funcionario de carrera, sin tener en cuenta

52. *Vid.* apartado 4.

53. A este respecto, ha de recordarse que el propio Tribunal Constitucional ha señalado que la menor dificultad de los procesos selectivos en el caso de los funcionarios interinos no puede justificar este tipo de discriminaciones, pues las medidas que establezcan una diferencia de trato deben estar justificadas en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo que se desempeña o ser consustanciales a la naturaleza temporal de la relación de empleo. STC 71/2016, de 14 de abril (RTC 2016, 71), FJ 5.

la naturaleza de las tareas a realizar ni sus características inherentes, se está vulnerando la jurisprudencia ya señalada en relación a las "razones objetivas" que pueden justificar una diferencia de trato (ap. 80), extremo que debe comprobar una vez más el tribunal remitente (ap. 83).

Concluye así el Tribunal que la cláusula 4 del Acuerdo marco se opone a una normativa nacional que excluya los períodos de servicios prestados como funcionario interino a efectos del acceso a la promoción interna, salvo que la exclusión esté justificada por razones objetivas, no constituyendo tal razón el mero hecho de que los períodos de servicios prestados se hayan realizado con base a un contrato de duración determinada (ap. 84), es decir, no bastando la mera naturaleza temporal de la relación para justificar la diferencia de trato como queda claro de la reiterada jurisprudencia del TJUE.

2.3. Lorenzo Martínez⁵⁴: derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente (sexenios)

El auto del TJUE de fecha 9 de febrero de 2012 resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Valladolid con respecto a la posible vulneración de los dispuesto en la cláusula 4 del Acuerdo marco por una normativa nacional que reservaba el derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente (los sexenios) únicamente a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo de la misma a los funcionarios interinos.

Resuelve el TJUE mediante auto pues la cuestión planteada podía deducirse de la jurisprudencia ya sentada⁵⁵, y recuerda que ya ha declarado que los trienios forman parte del concepto condiciones de trabajo (ap. 37). Con dicha base, y teniendo en cuenta la información proporcionada, reconoce asimismo que los complementos retributivos por formación permanente (los sexenios) forman parte de dicho concepto, pues constituyen un complemento salarial cuya concesión depende, por un lado, de la duración de los servicios prestados (al igual que en el caso de los trienios) y, por otro, de la realización de un número de horas de formación (ap. 38).

Sentado lo anterior, y partiendo una vez más de la definición del principio de no discriminación en el marco de las condiciones de trabajo (ap. 40), comprueba el Tribunal en primer lugar si profesores funcionarios e interinos se encuentran en *situación comparable* por realizar un trabajo idéntico o similar, concluyendo que efectivamente ejercen funciones similares y están sometidos a las mismas obligaciones (aps. 43 y 45), en particular por lo que respecta a la

54. Sentencia de 9 de febrero de 2012, *Lorenzo Martínez*, asunto C-556/11, EU:C:2012:67.

55. En concreto, en los asuntos *Del Cerro Alonso*, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, *Montoya Medina* y *Rosado Santana*. *Ibid.* aps. 30 y 31.

formación permanente que es obligatoria para ambos con el fin de mejorar la calidad de la enseñanza (ap. 38).

Siendo, por tanto, las situaciones comparables la única posibilidad de que la diferencia de trato no vulnere el principio de no discriminación es, como se ha reiterado, que la misma responda a *razones objetivas* que, en el presente asunto, justifiquen el no abono de los sexenios a los profesores interinos, a cuyo respecto señala también el TJUE que la mera naturaleza temporal de la relación no constituye por sí sola una razón objetiva y no es conforme con los requisitos exigidos por la jurisprudencia existente, que se han reiterado en los asuntos anteriormente examinados. Así, destaca el Tribunal que del auto de remisión se desprende que las razones aportadas por la Junta a este respecto se limitan a subrayar la naturaleza no estatutaria de la relación de servicio de los funcionarios interinos, recordando una vez más que dicha naturaleza temporal de la relación no puede constituir una razón objetiva (aps. 51 y 52).

2.4. De Diego Porras I y II, Montero Mateos y Norte Facility: derecho a indemnización por finalización del contrato

El asunto *De Diego Porras I*⁵⁶ trae su origen de una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid por la posible vulneración del principio de no discriminación por la normativa española que no reconoce el derecho a indemnización⁵⁷ de los trabajadores interinos cuando el contrato finaliza por reincorporación de la persona sustituida⁵⁸, al entender que no existía ninguna razón objetiva para justificar la diferencia de trato con respecto a los trabajadores con contrato de duración determinada (aps. 21 a 23). Aunque en un primer momento, como se examinará a continuación, el TJUE determinaba que existía discriminación, posteriormente ha revisado su interpretación entendiendo que la diferencia de trato se encuentra justificada por razones objetivas, si bien sigue siendo relevante analizar el presente asunto para examinar dicho cambio de criterio y las críticas que pueden realizarse al mismo.

Así, en *De Diego Porras I* comenzaba el TJUE constatando si la medida controvertida, en este caso la indemnización, formaba parte del concepto *condiciones de trabajo*, destacando cómo los criterios ya adoptados en su jurisprudencia en relación a otros elementos que integran dicho concepto (como los trienios o el plazo de preaviso en caso de finalización de los contratos de duración determinada) podían ser íntegramente transpuestos al caso examinado. Así, reconocía que la indemnización forma parte del mismo, pues se concede al trabajador por la finalización del contrato que le vincula al empresario,

56. Sentencia de 14 de septiembre de 2016, *De Diego Porras*, asunto C-596/14, EU:C:2016:683.

57. En concreto, la indemnización de 20 días de salario por año trabajado prevista en el art. 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores para la extinción del contrato por causas objetivas.

58. Que excluye esta indemnización en los casos de los contratos de interinidad y los contratos formativos. *Vid.* Art. 49.1.c ET.

es decir, cumple con el criterio decisivo que el TJUE entiende para que una medida esté incluida en dicho concepto: el empleo, la relación laboral entre trabajador y empresario (aps. 26 a 32).

Realizada dicha constatación, pasaba el TJUE a abordar si la diferencia de trato entre los trabajadores con contrato fijo y los trabajadores interinos, respecto de los que no se reconoce ningún tipo de indemnización a diferencia de aquéllos, era discriminatoria. A dichos efectos, examinaba en primer lugar si la *situación* del trabajador interino era *comparable* con la de un trabajador fijo, atendiendo una vez más a los criterios ya establecidos en su jurisprudencia⁵⁹ y, si bien recordaba que corresponde al tribunal remitente realizar dicha constatación, observaba que la recurrente en el litigio principal sí se hallaba en una situación comparable a los trabajadores contratados por tiempo indefinido pues realizaba un trabajo análogo o similar y se le aplicaban las mismas condiciones de trabajo (aps. 40 a 44).

Siendo, por tanto, las situaciones comparables, abordaba el TJUE si la diferencia de trato alegada podía estar justificada por *razones objetivas*, recordando nuevamente su jurisprudencia constante en virtud de la cual la desigualdad de trato solo estará justificada si existen elementos precisos y concretos que caracterizan la condición de trabajo, dentro del contexto específico en que la misma se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, única forma de verificar si la desigualdad responde a una necesidad auténtica, permite alcanzar el objetivo perseguido y resulta indispensable a dichos efectos. Recordaba, asimismo, que el hecho de que la diferencia de trato esté prevista por una norma general y abstracta (como una ley o convenio colectivo) no permite justificar dicha diferencia, como tampoco lo permite el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación de trabajo, pues se privaría así de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70/CE y del Acuerdo marco y se estaría perpetuando una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada (aps. 45 a 47).

Rechazaba de esta forma las alegaciones del Gobierno español, apoyadas fundamentalmente en la diferente naturaleza y objeto de los contratos de trabajo de duración determinada y los contratos por tiempo indefinido, y en el criterio de que la diferencia de trato radica por tanto en su duración y la expectativa de estabilidad de la relación laboral de los interinos. Entendía el TJUE que la alegación basada en la previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad no se basaba en criterios objetivos y transparentes, teniendo en cuenta no solo que dichos contratos pueden alargarse ampliamente sino también el reconocimiento de indemnización por parte de la normativa española, en situaciones comparables, a otras categorías de trabajadores con contratos de duración determinada (aps. 49 a 51).

59. Realización de un trabajo idéntico o similar, teniendo en cuenta un conjunto de factores como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales.

Por todo ello, reconocía el TJUE que la normativa española era discriminatoria, pues la diferencia de trato no respondía a razones objetivas, siendo contraria por tanto a lo dispuesto en la cláusula 4 del Acuerdo marco (ap. 52).

Esta interpretación provocó una gran problemática a nivel interno, dando lugar a soluciones dispares por los tribunales españoles⁶⁰, así como al planteamiento de nuevas cuestiones prejudiciales a fin de que la Corte aclarase su pronunciamiento⁶¹. El propio Tribunal Supremo planteó una cuestión prejudicial, tras recibir el recurso de casación en unificación de doctrina procedente del TSJ de Madrid, solicitando la tramitación de la misma por el procedimiento acelerado⁶² y con prioridad a las cuestiones prejudiciales planteadas por otros tribunales españoles⁶³, solicitud que fue denegada por el TJUE⁶⁴.

El TJUE ha dado respuesta a dichas cuestiones prejudiciales⁶⁵ en los asuntos *Montero Mateos*⁶⁶, *Norte Facility*⁶⁷ y *De Diego Porras II*⁶⁸, en los que cambia de criterio reconociendo que sí existen razones objetivas que justifican una diferencia de trato entre trabajadores fijos y temporales, acogiendo las alegaciones del Gobierno español al entender que el contexto, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, en el que se produce la extinción de ambos tipos de contrato es diferente⁶⁹. Así, señala, que mientras que en el caso de los contratos de duración determinada desde el momento de su celebración las partes conocen la "fecha o acontecimiento que determinan su término"⁷⁰, en

60. Una recopilación de diversos pronunciamientos a nivel nacional aplicando la doctrina De Diego Porras y reconociendo los 20 días de salario por año, así como en sentido contrario, puede consultarse en una guía elaborada por Ignasi Beltrán de Heredia. Vid. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., "Guía práctica para el seguimiento de la doctrina del TJUE sobre contratos temporales: de 'Diego Porras' a 'Montero Mateos'", *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 19 de diciembre de 2016, <http://ignasibeltran.com/>

61. El propio Presidente del TJUE reconocía que no se había entendido bien el problema planteado por el TSJ de Madrid. Vid. GIL PECHARROMÁN, X., "La Justicia europea reconoce que se equivocó en la sentencia sobre la indemnización de los interinos", *elEconomista.es*, 17 de febrero de 2017.

62. Vid. Auto de 25 de octubre de 2017 (RJ 2017, 4698), rec. núm. 3970/2016.

63. En concreto, los asuntos *Montero Mateos*, *Norte Facility* y *Rodríguez Otero C-212/17*.

64. Vid. Auto del Presidente del Tribunal de Justicia, de 20 de diciembre de 2017, asunto C-619/17, *de Diego Porras*, EU:C:2017:1025.

65. Que no obstante no han zanjado la problemática y siguen encontrándose resoluciones judiciales dispares tanto que reconocen como no el derecho de indemnización de 20 días por año. Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, I., "Síntesis de las últimas reacciones judiciales al caso 'Montero Mateos' (oct'18)", *Blog del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 29/10/2018, <https://ignasibeltran.com/>. Un análisis de dichos asuntos realizado asimismo por este autor en "Contratos temporales e indemnización por cumplimiento del término: 'de Diego Porras' vs. 'Montero Mateos' y 'grupo Norte Facility'", *Revista de información laboral* n.º 7, 2018, pp. 39-51.

66. Sentencia de 5 de junio de 2018, *Montero Mateos*, C-677/16, EU:C:2018:393.

67. Sentencia de 5 de julio de 2018, asunto C-574/16, *Norte Facility*, EU:C:2018:390.

68. Sentencia de 21 de noviembre de 2018, asunto C-619/17, *De Diego Porras*, EU:C:2018:936.

69. *Montero Mateos*, aps. 58 y 59; *Norte Facility*, aps 55-56; *De Diego Porras II*, aps. 69-70.

70. Recalca el TJUE que la propia definición de trabajador con contrato de duración determi-

el caso de los contratos fijos la extinción se produce por causas no previstas en el momento de su celebración y la indemnización viene a compensar dicha extinción imprevista y la frustración de las expectativas legítimas del trabajador en la estabilidad de la relación⁷¹. Por dichas consideraciones, y teniendo en cuenta también que el Derecho español no establece ninguna diferencia de trato entre contratos temporales y fijos en el caso de extinción por causas objetivas, considera el TJUE que el objeto específico de la indemnización y el contexto particular en que se abona constituyen una razón objetiva para justificar la diferencia de trato⁷².

Se aparta así el TJUE de las conclusiones de la AG Juliane Kokott⁷³, que entiende por el contrario que ambos tipos de trabajadores no se encuentran en situación comparable y que, por tanto, no existe discriminación, al tener en cuenta a este respecto las expectativas que se pretenden proteger mediante la indemnización controvertida⁷⁴. Por el contrario, para el supuesto de que el TJUE sí apreciase que ambos tipos de trabajadores se encuentran en una situación comparable, señala la AG que si existiría discriminación pues descarta que consideraciones de índole presupuestaria o los principios del Derecho de la función pública (como por ejemplo la opción por un modelo de funcionariado de carrera y la necesidad de superar una oposición para acceder a un puesto fijo) puedan considerarse razones objetivas que justifiquen la diferencia de trato entre ambos tipos de trabajadores en materia de indemnización⁷⁵.

Por otra parte, señala el Tribunal que, aunque en el momento de la celebración del contrato no se podía conocer ni la fecha en la que se proveería con carácter definitivo el puesto ni la duración inusualmente larga que tendría el mismo, el

nada que recoge la cláusula 3.1 del Acuerdo marco implica que se trata de un contrato que deja de producir efectos cuando vence el término asignado al mismo, término que puede consistir en la finalización de una determinada tarea, en una fecha precisa o en el advenimiento de un acontecimiento concreto como la cobertura de la vacante tras un proceso de selección. *Montero Mateos*, ap. 60; *Norte Facility*, ap. 57; *De Diego Porras II*, ap. 71.

71. *Montero Mateos* aps. 60 y 61; *Norte Facility*, ap. 58; *De Diego Porras II*, ap. 72.

72. *Montero Mateos* aps. 62 y 63; *Norte Facility*, aps. 59-61; *De Diego Porras II*, aps. 73 a 75.

73. Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 20 de diciembre de 2017, Asunto C-677/16, *Montero Mateos*, EU:C:2017:1021.

74. *Ibid.* aps. 44 a 57. La AG se aparta de esta manera de los criterios empleados por el TJUE para determinar si ambos tipos de trabajadores desempeñan un trabajo u ocupación idéntico o similar: naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales. Parece que la AG está incluyendo en el concepto "condiciones laborales" la indemnización y las circunstancias que dan lugar a la misma. Ahora bien, del análisis de la jurisprudencia del TJUE en los diversos asuntos que venimos abordando, el mismo se centra esencialmente en las tareas desempeñadas y la formación requeridas para el puesto de trabajo. Tareas que en los diversos asuntos constata que realizan de forma exactamente igual funcionarios de carrera e interinos, y en las que se basa para determinar la comparabilidad de las situaciones, que es exactamente la interpretación que aplica en los asuntos *Montero Mateos* y *De Diego Porras*.

75. *Ibid.* aps. 61 a 66.

hecho es que el contrato ha finalizado por la desaparición de la causa que justificó su celebración, y que será el juez remitente el que tendrá que examinar si debido a la duración inusualmente larga debe recalificarse el mismo como contrato fijo (ap. 64). Es decir, vendría a acoger la argumentación ya apuntada por la AG de utilizar en estos supuestos las medidas previstas por la cláusula 5 del Acuerdo marco para luchar contra las conductas abusivas de los empleadores⁷⁶.

Como señala Álvarez del Cuvillo, el problema que se ha planteado en el presente asunto se ha debido a la equiparación en *De Diego Porras I* de los despidos fundados en causas objetivas y la extinción de los contratos temporales por la concurrencia de la causa prevista en los mismos para su finalización, causas de extinción que son distintas. Tras la rectificación, por tanto, no es contrario el principio de no discriminación una regulación que prevea indemnizaciones diferentes para ambos tipos de contratos⁷⁷. Ahora bien, pese a esta rectificación, y a que el TJUE tenga en cuenta que la naturaleza temporal de la relación es la que determina en este caso que ambos tipos de contratos tengan un régimen de extinción diferente, los siguientes criterios establecidos en *De Diego Porras I* siguen siendo vigentes: las indemnizaciones entran dentro del concepto condiciones de trabajo y la mera naturaleza temporal de la relación no permite excluir del derecho a indemnización de los trabajadores temporales en situación comparable a los trabajadores fijos⁷⁸.

Tampoco se produce ningún cambio por lo que respecta a los criterios que determinan la "comparabilidad de las situaciones" y al conjunto de factores utilizados para determinar si dos tipos de trabajadores realizan un trabajo idéntico o similar: la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación o las condiciones laborales. El TJUE se centra en las tareas desempeñadas y en la formación requerida principalmente, por lo que no acoge la argumentación de la AG en *Montero Mateos* que toma como base el objeto y finalidad de la indemnización para entender que las situaciones no son comparables.

Aplica el TJUE, por tanto, su jurisprudencia ya asentada y los criterios establecidos en la misma, sin aplicar de manera estricta el triple test que menciona en la misma, es decir, si la desigualdad "*responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto*"⁷⁹. Y, en especial, si se respeta el principio de proporcionalidad pues, aunque la medida persiga un objetivo legítimo de política social y sea adecuada para su

76. Vid. Conclusiones AG asunto *Montero Mateos*, *op. cit.*, ap. 59.

77. Vid. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *op. cit.*, pp. 5-6.

78. A este respecto, Álvarez del Cuvillo pone como ejemplo una reducción de contrata por causas sobrevenidas e imprevisibles, no previstas en el contrato, y por decisión unilateral del empresario, que sería contraria al principio de no discriminación si no se reconociese indemnización a los trabajadores temporales en dicho caso; pues la finalización no se produce por un acontecimiento previsto en el contrato, aunque sea de modo incierto. *Ibid.* pp. 8-9.

79. *Del Cerro Alonso* aps. 53 y 58; *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* ap. 55, *Rosado Santana* ap. 73.

consecución, puede suponer una restricción excesiva de los derechos de los trabajadores temporales⁸⁰.

El TJUE se limita a entender como razones objetivas que justifican la diferencia de trato la previsibilidad del fin de la relación y las diferentes expectativas que se tratan de proteger mediante indemnización. Ahora bien, si el objeto del Acuerdo marco es mejorar la calidad del trabajo de duración determinada e impedir la utilización abusiva de este tipo de contratos, sigue planteando ciertas dudas el hecho de que no se reconozca ningún tipo de indemnización por la finalización de los contratos de interinidad. La indemnización prevista por el ET para los casos de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, trata de compensar la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador tenía respecto a la continuidad de su relación laboral, cuyo fin se produce por causas no imputables al mismo. Y precisamente, como señalaba el órgano remitente en el asunto *Montero Mateos*, aunque la cobertura de la vacante constituya una razón objetiva vinculada a la organización de la empresa, la misma tampoco es imputable al trabajador. Además, como también señala el citado tribunal, si la finalidad de la indemnización es compensar un perjuicio, también lo está sufriendo el trabajador temporal, por lo que podría no estar justificado concederla solo en una parte de los supuestos en los que la extinción del contrato no es imputable al trabajador⁸¹.

También puede plantearse si los mencionados criterios de previsibilidad del fin de la relación y de diferentes expectativas a proteger son suficientemente objetivos y transparentes. Como señala Gómez Gordillo, sería necesario examinar el diseño del sistema de indemnizaciones en la normativa laboral española y, en concreto, si la indemnización y su cuantía solo persiguen compensar el daño causado por la pérdida del trabajo⁸². Tras analizar la normativa española, concluye el autor que el sistema no está edificado sobre criterios objetivos y transparentes, pues las causas habilitantes y las indemnizaciones que corresponden en cada caso responden a opciones de política normativa dirigidas a la consecución de objetivos que no superan el juicio de proporcionalidad, siendo una buena prueba el hecho de que el cese de los contratos de interinidad reciba el mismo tratamiento que el despido disciplinario⁸³. Cuestiona el autor, igualmente, la supuesta previsibilidad para el trabajador interino del fin de la relación, pues las expectativas dependen "de una serie de circunstancias de difícil aprehensión"⁸⁴. Asimismo, destaca cómo también

80. Vid. GÓMEZ GORDILLO, R., *op. cit.*, p. 244.

81. Vid. *Montero Mateos*, aps. 34 y 35.

82. Vid. GÓMEZ GORDILLO, R., *op. cit.*, pp. 246 y ss.

83. *Ibid.* p. 250.

84. Así, por ejemplo, la reincorporación de la persona sustituida es un evento sobre el que señala que resulta arriesgado hacer previsiones, pues previamente no se conoce si se producirá y, de producirse, no se sabe en qué fecha. *Ibid.* Buena muestra puede ser el asunto *De Diego Porras*, en el que la reincorporación de la trabajadora sustituida se produce

respecto de los otros supuestos contemplados en la normativa española como las causas por despido objetivo también se trata de acontecimientos inciertos conocidos por las partes y asumidos por estas en el momento de la firma del contrato (precisamente uno de los argumentos utilizados por el TJUE). En todo caso, entiende que la decisión es unilateral del empleador, y la indemnización es mayor o menor según exista causa o no⁸⁵.

García Murcia comparte que no parece que el TJUE comprenda bien el sistema español de extinción de los contratos, pero, por el contrario, enfatiza que en el caso de los contratos temporales su terminación "natural" es una manifestación de la voluntad conjunta de las partes que se conoce en el mismo momento de concertar la relación laboral, y que la terminación del contrato en dicho caso no se produce por despido (por decisión unilateral del empresario) sino por la denuncia de una de las partes de que ha llegado la causa pactada para poner fin al mismo, concluyendo que no puede argumentarse que exista discriminación por el no reconocimiento de indemnización a los funcionarios interinos⁸⁶.

En el asunto *De Diego Porras* el cese se produce por reincorporación del trabajador sustituido, dando lugar efectivamente a la concurrencia de una de las causas pactadas para la extinción del contrato. No obstante, ¿debería tenerse en cuenta que dicha reincorporación se produce debido a la revocación de la dispensa de trabajo de la trabajadora sustituida con motivo de las medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria? Porque, como señala la AG, en el presente asunto son razones de índole presupuestaria las que precisamente hacen que concurra la causa para la extinción del contrato, razones que no pueden considerarse objetivas.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta también que tanto en *De Diego Porras* como en *Montero Mateos* la duración de los contratos había sido tan inusualmente larga que, como el propio TJUE reconoce, el argumento de la previsibilidad dejaba de ser aplicable⁸⁷. Debido a dicha duración, por tanto, si entiende el TJUE que la finalización es algo sobrevenido y por ello sí sería equivalente a la extinción de los contratos fijos por causas objetivas⁸⁸.

Por ello, la sentencia *De Diego Porras II* parecía que podría abrir la vía para el reconocimiento de una indemnización menor a trabajadores interinos⁸⁹ en los casos en que los contratos temporales se han utilizado de forma

debido a la revocación de la dispensa de trabajo de la misma adoptada en el marco de la crisis económica para el cumplimiento de las medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria, cuando la práctica hasta ese momento puede decirse que había generado cierta expectativa en la durabilidad del contrato.

85. *Ibid.* p. 251.

86. *Vid.* GARCÍA MURCIA, J., "El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016", *La Ley Unión Europea* n.º 41, octubre 2016, pp. 4-5.

87. *Vid.* *De Diego Porras I*, ap. 51 y *Montero Mateos*, ap. 64.

88. *Vid.* ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *op. cit.*, pp. 10-11.

89. *Vid.* BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., "Caso 'de Diego Porras 2': los interinos podrían tener

abusiva, que es precisamente lo que ha ocurrido en el ámbito español en el que este tipo de contratos han sido prolongados ampliamente en el tiempo, encontrándonos incluso ante casos en los que el trabajador se ha jubilado en dicha figura. En concreto, entiende el TJUE que el abono de una indemnización por extinción de contrato como la prevista en el artículo 49.1.c del ET, no permite alcanzar el objetivo previsto por la cláusula 5 del Acuerdo marco: sancionar los abusos derivados de la utilización abusiva de este tipo de contratos (ap. 94), pues no resulta adecuada para sancionar debidamente dicha utilización y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. Entiende el TJUE, que esta indemnización, por si sola, no es una medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco (ap. 95)⁹⁰. Y en el supuesto de que el tribunal nacional efectivamente declare que el abono de la indemnización a ciertos trabajadores con contrato de duración determinada constituye una medida adecuada para prevenir y sancionar la utilización abusiva de este tipo de contratos, su no reconocimiento a los trabajadores interinos solo sería discriminatorio si no existe en Derecho español ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos respecto de estos trabajadores con contrato de interinidad (aps. 98 a 101). A este respecto, como señala Beltrán de Heredia la alta tasa de temporalidad evidencia que la indemnización no está siendo un elemento eficaz para corregir "esta patología de nuestro mercado de trabajo"⁹¹.

Finalmente, el TS ha puesto fin a este debate y, aplicando el cambio de criterio establecido por el TJUE, ha resuelto que los interinos no tienen derecho a indemnización cuando son cesados por reincorporación del trabajador sustituido. No solo de la indemnización prevista para los despidos por causas objetivas (veinte días por año), sino tampoco la fijada para otros casos de vencimiento de contrato temporal (doce días por año)⁹². Para ello destaca la confusión que se había producido con la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (*De Diego Porras I*) por lo que respecta a la consideración de que la indemnización por despido por causas objetivas estaba fijada solo para trabajadores fijos, recordando el TS que en el caso de que concurren causas objetivas la indemnización se reconocería por igual a trabajadores temporales e indefinidos, por lo que no habría discriminación. Lo que no se puede confundir, señala, es "entre distintas causas de extinción contractual y transformar la finalización regular del contrato temporal en un supuesto de despido objetivo que el legislador no ha contemplado como tal"⁹³.

derecho a 12 días (y cuestionamiento de las medidas contra el abuso en la temporalidad)", *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 21/11/2018, <https://ignasibeltran.com/>

90. Señala Beltrán de Heredia que sorprende que el TJUE sostenga que la indemnización no es una medida eficaz contra el uso abusivo de este tipo de contratos, cuando en anteriores asuntos como *León Medialdea/Huétor Vega* no lo ha cuestionado. *Ibid.*

91. *Ibid.*

92. *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, 207/2019, de 13 de marzo, FJ CUARTO ap. 4.

93. *Ibid.* FJ TERCERO.

Se pregunta, por tanto, si podría existir discriminación con respecto al resto de trabajadores temporales, al estar prevista en la normativa española la indemnización de doce días de salario por año trabajado para los contratos de obra o servicio determinado y circunstancias de la producción, y si la mera imposición de una indemnización como la establecida para este tipo de contratos constituiría una medida adecuada en el sentido de lo dispuesto en la cláusula 5 del Acuerdo marco para hacer frente a la utilización abusiva de este tipo de contratos temporales. Así, reconoce el TS que no sólo no constituye una sanción por el uso abusivo, sino que tampoco posee por sí sola efecto disuasivo, ya que es una indemnización inferior que la que se reconocería al contrato temporal fraudulento. La medida en estos casos es la conversión en indefinidos de este tipo de contratos celebrados de modo abusivo, sanción mucho más gravosa⁹⁴. Por lo que respecta a este último aspecto, la sentencia del TS cuenta con el voto particular que formula el Excmo. Magistrado Fernando Salinas Molina, y al que se adhiere la Excmo. Magistrada Rosa María Virolés Piñol, que entienden que la sentencia del TJUE en el asunto De Diego Porras II sí suministra argumentos para haber podido llegar a soluciones distintas, por lo que realizan dos propuestas: 1) que la existencia de un contrato temporal de sustitución de duración inusualmente larga, duración que no era previsible, y que debería haberse recalificado como contrato fijo, la extinción debería dar lugar a la indemnización de veinte días de salario por año de servicio como en el caso de los despidos objetivos teniendo en cuenta la jurisprudencia fijada por el TJUE en el asunto Montero Mateos; y 2) fijar, de no aceptarse la primera propuesta, como mínimo una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional que resultaría de abonar doce días de salario para año de servicio, o la establecida en la normativa específica que sea de aplicación, en igualdad que para el resto de contratos temporales al no existir razones objetivas para su exclusión⁹⁵.

En resumen, en el caso de que los contratos de interinidad finalicen por la concurrencia de las causas específicamente previstas en el mismo, el establecimiento de diferentes sistemas de indemnizaciones, incluso su no reconocimiento, no sería contrario al principio de no discriminación previsto por el Acuerdo marco. Pero el argumento de la previsibilidad del fin de la relación decaería en el momento en que la duración del contrato se prolongue indebidamente y de forma abusiva.

No obstante, la argumentación utilizada por el TJUE para justificar su rectificación tras Montero Mateos (y mantenida en De Diego Porras II) es sumamente rúcana, como señala Luis Fernando de Castro⁹⁶, y opaca⁹⁷. Además,

94. *Ibid.* FJ CUARTO.

95. *Ibid.* Voto particular.

96. Que recalca cómo se justifica la misma en la duración y la expectativa de estabilidad no sólo en este asunto sino también en asuntos anteriores. *Vid.* DE CASTRO MEJUTO, L. F., *op.cit.*, p. 52.

97. *Vid.* MOLINA NAVARRETE, C. "La indemnización extintiva de los interinos (y demás temporales): ¿fin de la historia o nuevo capítulo sin fin?: comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018, Montero Mateos

se apoya principalmente en las alegaciones del Gobierno español y no profundiza en la problemática planteada, por lo que sería conveniente que se aclarase este cambio y cómo afecta a la interpretación del concepto razones objetivas. Como destaca la doctrina, parece que sigue siendo difícil para el TJUE comprender el sistema español de extinción de los contratos (que tampoco se ha explicado de forma muy precisa al mismo por el Gobierno español). Por este motivo, entendemos que el razonamiento del TJUE para justificar la existencia de razones objetivas que justifican la diferencia de trato sigue planteando ciertas dudas. La principal problemática que se planteaba en estos supuestos, entendemos que era el no reconocimiento de ningún tipo de indemnización más que su comparación con los trabajadores fijos, unido a la problemática de la prolongación excesiva en el tiempo y la utilización abusiva que se ha hecho de ellos. Ahora bien, será el legislador quien deba abordar en su caso una reforma para solucionar estos problemas y, por ejemplo, reconocer algún tipo de indemnización cuando este tipo de contratos finaliza de forma regular, tal y como se ha hecho en otros tipos de contratos temporales como el de obra. Y por lo que respecta a la prolongación excesiva en el tiempo y la utilización abusiva de los mismos, la solución se centra en la aplicación de medidas efectivas que logren un efecto disuasorio y que se cumplan los objetivos previstos por el Acuerdo marco. Puede que la indemnización no sea a dichos efectos una medida suficientemente efectiva ni disuasoria, lo que no es contrario al acuerdo marco si existen otras medidas al respecto. En principio, en España la medida lograda a golpe de resoluciones judiciales ha sido la conversión del contrato en indefinido no fijo, pero tampoco parece que esté teniendo un efecto disuasorio⁹⁸, por lo que quizás tampoco se debería descartar el reconocimiento de algún tipo de indemnización que, junto con otras medidas, sí pueda surtir dichos efectos.

2.5. Álvarez Santirso⁹⁹: derecho a participar en sistemas de evaluación docente y a los complementos derivados de la misma (quinquenios)

En el asunto C-631/15 resuelve el TJUE la oposición al Acuerdo marco de la Ley del Principado de Asturias 6/2009, de 29 de diciembre, de Evaluación de la Función Docente y sus Incentivos, en concreto el reconocimiento de quinquenios, que reservaba la participación en la citada evaluación y el incen-

(C-677/18) y Grupo Norte Facility (C-574/16)" *Estudios Financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social* n.º 524, 2018, p. 157.

98. Como señala Inmaculada Marín, mediante la misma la Administración Pública puede cubrir temporalmente un puesto hasta que decida proceder a su cobertura definitiva o amortización, sin que haya ninguna sanción cuando no procede a la misma durante largos periodos de tiempo. Además, dicho reconocimiento solo se puede producir por resolución judicial, pues el legislador prohíbe expresamente su reconocimiento voluntario por parte de la Administración, lo que tampoco parece que sirva para reducir la utilización de este tipo de contratos. *Vid.* MARÍN ALONSO, I., *op. cit.*, pp. 230-231.

99. Auto de 21 de septiembre de 2016, *Álvarez Santirso*, asunto C-631/15, EU:C:2016/725.

tivo derivado de ella a los funcionarios de carrera, excluyendo de la misma a los funcionarios interinos (ap. 24).

Nuevamente se trata de un asunto en el que el Tribunal resuelve mediante auto, al deducirse claramente la respuesta de la jurisprudencia sentada en las sentencias que venimos examinando (aps. 27 y 28). Partiendo de que la medida controvertida (la evaluación positiva en el plan de evaluación docente) se encuentra incluida en el concepto *condiciones de trabajo* (aps. 34 y 35), pues se traduce en un complemento salarial, en un elemento retributivo que, como condición de trabajo, se ha de reconocer también a los trabajadores con contrato de duración determinada (ap. 38); y de la *comparabilidad de las situaciones*, pues de la información contenida en el auto de remisión se desprende que funcionarios de carrera e interinos ejercen funciones similares y están sometidos a las mismas obligaciones a este respecto (ap. 45), se centra el TJUE en la comprobación de si la diferencia de trato puede encontrarse amparada por la existencia de *razones objetivas*. Y, una vez más, el hecho de que la diferencia de trato esté prevista en una norma nacional general y abstracta no constituye una razón objetiva, como tampoco el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación (aps. 48 y 49)¹⁰⁰. Y aunque se reconoce que los Estados miembros disponen de margen de apreciación para la organización de sus propias Administraciones y, por ejemplo, pueden establecer ciertos requisitos para el acceso a determinados puestos o la promoción interna (ap. 53), los criterios empleados deben ser transparentes para poder controlar que la exclusión de los trabajadores con contrato de duración determinada no se realiza solo sobre la base de la duración de su contrato (ap. 54). Solo si el trato diferente resulta de tener en cuenta requisitos objetivos, ajenos a dicha duración, puede estar justificado. Pero el requisito general y abstracto previsto por la norma asturiana, en virtud del cual el período de antigüedad de cinco años sólo podía cumplirse en la condición de funcionario de carrera sin tomar en consideración las tareas desempeñadas ni las características inherentes a las mismas, no era conforme a los criterios señalados (ap. 56).

2.6. Rodrigo Sanz¹⁰¹: reducción de jornada

En *Rodrigo Sanz* el TJUE resuelve la posible contradicción entre la norma nacional que autorizaba a las administraciones competentes a reducir a la mitad la jornada de los Profesores Titulares de Escuela Universitaria funcionarios interinos que no poseían el título de doctor, reducción que no se aplicaba a los profesores funcionarios de carrera en idéntica situación (ap. 23).

100. La desigualdad debe estar justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caractericen la condición de trabajo de que se trate, en el contexto específico en el que esta se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, única forma de verificar si la desigualdad responde a una necesidad auténtica, permite alcanzar el objetivo perseguido y es indispensable al efecto (ap. 51).

101. Auto de 9 de febrero de 2017, *Rodrigo Sanz*, asunto C-443/16, EU:C:2017:109.

Partiendo del reconocimiento de la inclusión de la reducción de la jornada laboral a la mitad y el retroceso retributivo correspondiente en el concepto *condiciones de trabajo*, pues el criterio decisivo a dicho efecto es la relación de trabajo entre trabajador y empresario (aps. 32 y 33), constata el TJUE que existe una desigualdad ya que la reducción de la jornada sólo se aplica a los titulares de escuela universitaria que carecen del título de doctor (ap. 35), procediendo a continuación a abordar el doble test de comparación y justificación objetiva. Así, recordando que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si los profesores se encuentran en situación comparable, de los autos de remisión destaca el Tribunal que las características de los puestos de trabajo ocupados, la naturaleza del trabajo desarrollado, las tareas confiadas y la formación requerida son idénticas, siendo el único elemento diferenciador entre ambos la naturaleza temporal de la relación (aps. 38 y 39). Diferencia solo admisible, como se viene reiterando, si existen razones objetivas que la justifiquen a cuyo respecto, una vez más, señala el TJUE que la mera aplicación de una regla general y abstracta que impone una reducción de la jornada a la mitad basada en la mera naturaleza temporal de la relación, sin tener en cuenta otros criterios objetivos y transparentes vinculados más concretamente a la naturaleza o al objeto del puesto, no es conforme con la jurisprudencia asentada (ap. 50), siendo por tanto contraria la norma nacional a la normativa de la Unión y provocando una discriminación no permitida en el presente caso. Destacar, que no admite el TJUE la alegación de que dicho trato diferenciado viene justificado tanto por las medidas de gestión del cuerpo docente universitario, como por las restricciones presupuestarias impuestas, recordando que estas últimas, incluidas las que se basan en la necesidad de velar por una gestión rigurosa del personal, no pueden justificar una discriminación (ap. 52).

2.7. Vega González¹⁰²: reconocimiento de la situación de servicios especiales

La problemática planteada en el asunto C-158/16 reside en la denegación de una solicitud de situación servicios especiales presentada por la Sra. Vega González, tras su elección como diputada de la Junta General del Principado de Asturias, permiso especial previsto por la normativa nacional para la suspensión de la relación del trabajo y el mantenimiento del puesto hasta la expiración del mandato parlamentario sólo para los funcionarios de carrera, pero que se excluía de forma absoluta con respecto a los trabajadores con contrato de duración determinada¹⁰³.

Comienza el Tribunal aclarando la primera cuestión prejudicial planteada

102. Sentencia de 20 de diciembre de 2017, *Vega González*, asunto C-158/16, EU:C:2017:1014.

103. En virtud de lo dispuesto en el artículo 59.1.e de la Ley del Principado de Asturias 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado.

por el órgano remitente respecto a la inclusión o no de la situación jurídica de servicios especiales en el concepto de *condiciones de trabajo*, reconociendo la misma pues la decisión para su concesión se adopta como consecuencia de la relación laboral que es, como se viene examinando, el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en este concepto (ap. 30). Destaca, además, que el reconocimiento de la situación de servicios especiales no sólo tiene como consecuencia que se suspenda la relación de servicio, sino que permite reservar el puesto de trabajo y garantizar que se tenga en cuenta dicha situación a efectos del cálculo de trienios o de promoción, elementos que también forman parte de dicho concepto (ap. 36). En definitiva, reconoce el tribunal la inclusión en el concepto de condiciones de trabajo del derecho de un trabajador elegido para desempeñar un mandato parlamentario a un permiso especial, en virtud del que se suspende la relación de trabajo y se garantiza el mantenimiento del puesto y el derecho a la promoción hasta que expire el mandato parlamentario (ap. 39).

Sentado lo anterior, se aborda la segunda cuestión prejudicial, relativa a la posible oposición de la norma nacional que excluye de manera absoluta la concesión de este permiso en el caso de los trabajadores interinos, reconociendo que se da una diferencia de trato y pasando, por tanto, a analizar si las *situaciones* en las que se encuentran trabajadores fijos e interinos a este respecto con *comparables* (aps. 40 a 45). Si bien remite la cuestión al juzgado remitente, recuerda el Tribunal los criterios ya consolidados a este respecto (ap. 45)¹⁰⁴; así como que, de declararse la existencia de dicha diferencia de trato, procedería a comprobar si la misma queda justificada por *razones objetivas*, volviendo a dejar meridianamente claro que la diferencia de trato debe responder a una necesidad auténtica, permitir alcanzar el objetivo perseguido y resultar necesaria al efecto, no pudiendo la mera naturaleza temporal de la relación constituir una de dichas razones (aps. 46 a 48). Teniendo en cuenta todo lo anterior, concluye el Tribunal que la normativa nacional se opone a lo dispuesto en la cláusula 4 apartado 1 del Acuerdo marco.

En efecto, debe tenerse en cuenta que en el presente supuesto entra en juego la aplicación del derecho fundamental a la participación política, que debe ser objeto de la máxima protección, por lo que la negativa absoluta a no reconocer este permiso choca frontalmente con el mismo¹⁰⁵. Además, como destaca el TJUE, tampoco parece indispensable para alcanzar el objetivo perseguido por la normativa interna (el mantenimiento del puesto y el derecho a la promoción) "en la medida en que el propio juzgado remitente afirma que es claramente concebible que los trabajadores con contrato de duración determi-

104. Realización de un trabajo idéntico o similar, que debe comprobarse teniendo en cuenta un conjunto de factores como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales.

105. Vid. CANTERO MARTINEZ, J., *op.cit.*, p. 14.

nada que ostentan idéntico cargo disfruten del mismo derecho, que suspende la relación de servicio hasta la expiración del mandato, momento en que se les garantizaría el reingreso en su puesto, siempre que, entretanto, no hubiera sido amortizado u ocupado por un funcionario de carrera" (ap. 50).

Pese a esta sentencia, sigue sin haberse modificado la Ley del Principado de Asturias a este respecto, que también excluye de la aplicación a los interinos de otras situaciones administrativas como la excedencia por cuidado de hijos. Esta regulación, por tanto, vulneraría además la jurisprudencia del TC que, por ejemplo, ha reconocido que la denegación de la excedencia para el cuidado de hijos a una funcionaria interina de larga duración "produce una efectiva y real discriminación respecto de la permanencia en el mercado de trabajo", discriminación contraria al derecho a la igualdad recogido en el artículo 14 de la CE, y que no puede justificarse "por la intensidad de la relación que una a los funcionarios interinos con la Administración" (que en el caso enjuiciado además superaba los cinco años)¹⁰⁶.

A este respecto, señalar que el TREBEP hace referencia simplemente a los funcionarios de carrera a la hora de regular los supuestos de excedencia (por agrupación familiar, por cuidado de familiares, por violencia de género y por violencia terrorista)¹⁰⁷, lo que teniendo en cuenta la línea jurisprudencial seguida por el TJUE puede ser contrario al principio de no discriminación entre funcionarios de carrera e interinos.

2.8. Centeno Meléndez¹⁰⁸: derecho a participar en el sistema de carrera profesional horizontal y al complemento retributivo derivado del mismo

En *Centeno Meléndez* el TJUE aborda la posibilidad de participación de una funcionaria interina en el sistema de carrera profesional horizontal del personal administrativo y de servicios de la Universidad de Zaragoza y la obtención, en consecuencia, del complemento retributivo derivado de la misma.

Una vez más, se comienza por encuadrar la medida controvertida en el concepto de *condiciones de trabajo*, tomando como criterio decisivo el del empleo, concluyendo que de los datos obrantes en autos la medida controvertida debe considerarse incluida en el mismo en el sentido de la cláusula 4.1 del Acuerdo marco (aps. 45-47) pues mediante la misma se busca incentivar la progresión profesional y retribuir la calidad del trabajo, la experiencia, los conocimientos del personal, y el cumplimiento de los objetivos y fines de la Universidad, exigiéndose una antigüedad de 5 años para poder participar (ap. 48). Además, el complemento retributivo al que da lugar la participación en el

106. Vid. STC 240/199, de 20 de diciembre, FFJJ 7 y 8.

107. Vid. artículo 89 TREBEP. Vid. CANTERO MARTINEZ, J., *op.cit.*, p. 14.

108. Auto del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 2018, asunto C-315/17, *Centeno Meléndez*, EU:C:2018:207.

citado proceso está vinculado al puesto del trabajador, presentando por tanto una vinculación con la relación de servicios entre el trabajador y su empleador, tal y como requiere la mencionada cláusula (aps. 52-53).

Realizada, así, dicha constatación, se procede a examinar la *comparabilidad de las situaciones*, volviendo a aplicar el TJUE los criterios establecidos y constatando que efectivamente los trabajadores realizan un trabajo idéntico o similar, siendo el único elemento diferenciador entre ambos tipos de trabajadores la naturaleza temporal de la relación (aps. 58-59). Encontrándose, por tanto, funcionarios interinos y de carrera en una situación comparable, aborda el Tribunal la posible existencia de alguna *razón objetiva* que justifique la diferencia de trato, recordando una vez más los criterios ya establecidos en su jurisprudencia y enfatizando que la mera naturaleza temporal de la relación no puede constituir una razón objetiva (aps. 62-65).

A este respecto, al igual que en anteriores asuntos, el argumento principal invocado por el Gobierno español para justificar la diferencia de trato fue el diferente régimen jurídico aplicable a funcionarios de carrera e interinos y la facultad de organización de la administración pública (aps. 66-67), pero recuerda nuevamente el TJUE que, pese a la existencia de dicho margen de apreciación para los Estados miembros, los criterios señalados deben aplicarse de forma transparente y poder ser controlados para evitar la exclusión sobre la base de la mera naturaleza temporal de la relación (ap. 70). Requisitos que no se dan en el presente asunto, pues la exclusión se produce de manera general y abstracta, no siendo admisible la alegación de que las características del sistema de carrera profesional están ineludiblemente vinculadas a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo, pues no se desprende de los autos que las mismas no puedan ser cumplidas por los funcionarios interinos de larga duración (ap. 72). Además, se destaca que el hecho de que todos los miembros del personal de administración y servicios ejerzan las mismas funciones y que la experiencia adquirida como funcionario interino sí se tenga en cuenta para la admisión al sistema de carrera profesional contradice dicha tesis (ap. 73), no pudiendo acogerse tampoco la alegación del Gobierno español basada en las particularidades del procedimiento selectivo de los funcionarios, pues el sistema de carrera profesional está abierto también al personal laboral fijo que no está sometido al mismo procedimiento selectivo que los funcionarios; como tampoco la existencia de una diferencia en la progresión profesional y en el grado de responsabilidad de las tareas desarrolladas, pues tanto funcionarios como personal laboral fijo han de cumplir el requisito de cinco años de experiencia para participar en el sistema de carrera profesional, aunque la misma se haya adquirido en una relación de servicio de carácter temporal (aps. 74-75).

De esta forma, concluye el Tribunal que la norma interna establece una diferencia de trato basada en la duración de la relación laboral, de manera general y abstracta (ap. 76), por lo que la norma nacional es contraria a lo

dispuesto por la normativa europea (ap. 78). Como también ha señalado el TC a este respecto, las medidas que establezcan una diferencia de trato deben estar justificadas en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo que se desempeña o ser consustanciales a la naturaleza temporal de la relación de empleo, no pudiendo justificar la menor dificultad de los procesos selectivos en el caso de los funcionarios interinos para que respecto a los mismos se adopten medidas que no cumplan estos criterios¹⁰⁹.

2.9. *Viejobueno Ibáñez*¹¹⁰: finalización del contrato antes de las vacaciones de verano

En el presente asunto el TJUE examina si la práctica española consistente en el cese anticipado el último día del período lectivo antes de las vacaciones de verano de los funcionarios interinos al servicio de las Administraciones educativas, que han sido nombrados para todo el curso escolar, es contraria a la cláusula 4.1 del Acuerdo maco, pues se produce el cese de los mismos al entender que ya no se dan las razones de urgencia y necesidad para su nombramiento, mientras que los docentes funcionarios de carrera mantienen su relación de servicio por tiempo indefinido.

Partiendo de los criterios asentados por lo que respecta a la comparabilidad de las situaciones, deduce el TJUE de los datos obrantes en autos que los demandantes en el litigio principal ejercían las mismas funciones que los docentes que eran funcionarios de carrera, por lo que su situación podía considerarse comparable a la de estos (aps. 39 y 40). Ahora bien, sentado lo anterior, destaca el tribunal las diferencias de este asunto con respecto a la jurisprudencia anterior, al derivar la diferencia de trato invocada únicamente del hecho de que la relación de servicio de los docentes interinos finalizó en una fecha determinada mientras que la de los funcionarios de carrera se mantuvo después de la misma (ap. 41), circunstancia que es la característica fundamental que distingue la relación de servicio de duración determinada de la de tiempo indefinido. Así, recuerda que es inherente a la propia naturaleza de la relación de servicio de los funcionarios de carrera el hecho de que la misma no se extinga al finalizar las clases, mientras que las relaciones de servicio de duración determinada se caracterizan por el hecho de que empleador y empleado acuerdan, en el inicio de la relación, la extinción de la misma cuando se produzca una circunstancia fijada de forma objetiva como la finalización de una tarea determinada, el advenimiento de un acontecimiento concreto o una fecha concreta (aps. 42 a 44). Por ello, señala, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si la relación de servicio de los interesados se extinguió antes de producirse la circunstancia fijada de manera objetiva por las

109. *Vid.* STC 71/2016, de 14 de abril, FJ 5.

110. *Vid.* Sentencia de 21 de noviembre de 2018, *Viejobueno Ibáñez*, C-245/17, EU:C:2018:934.

partes, lo que en caso de ocurrir no constituiría una discriminación prohibida por el Acuerdo marco sino un incumplimiento del empleador que podría sancionarse con arreglo a las disposiciones nacionales aplicables (ap. 45). Como el Acuerdo marco reconoce la legitimidad de recurrir a ambos tipos de relaciones de servicio y no establece en qué condiciones se puede hacer uso de una y otra, entiende el tribunal que no cabe sancionar una diferencia de trato como la que es objeto del litigio principal, no aceptando la alegación de la Comisión de que la mera naturaleza temporal de la relación no puede constituir una razón objetiva que justifique la diferencia de trato, pues en el presente caso entiende que la diferencia es inherente a la coexistencia de ambos tipos de relación de servicio (aps. 46 a 48). Además, entiende que los demandantes en el litigio principal en realidad están reclamando el mismo trato que el otorgado a los docentes interinos nombrados en cursos anteriores hasta septiembre, diferencia de trato que no está cubierta por el Acuerdo marco (aps. 49 a 52).

Se separa, de esta forma, el TJUE completamente de las conclusiones de la AG, que concluye que la diferencia de trato no está justificada¹¹¹. Como señala la AG, nos encontramos en este caso ante una extinción anticipada de la relación de servicio y no ante una extinción prevista en cualquier caso, y el Acuerdo marco si bien no excluye la misma exige que esté diseñada de modo que no sea discriminatoria (ap. 47). No era previsible que se considerase que la finalización del período lectivo supondría el cese, pues un curso escolar está marcado tanto por períodos lectivos como períodos sin docencia que se alternan. La relación de servicio debería haber estado limitada de antemano hasta el comienzo de las vacaciones de verano, pues para el período sin docencia no existiría desde el principio causa alguna que motivase el nombramiento (ap. 67). Destaca, además, como la menor necesidad de docencia afecta igual a funcionarios interinos y de carrera, como ambos deben dedicar los meses de verano a cursos de formación, pueden realizar exámenes de recuperación, etc., por lo que la diferencia de trato no se justifica por la naturaleza de las tareas encomendadas (aps. 69-70). Tampoco puede justificarse el cese, señala, por la supuesta carga para las finanzas públicas del mantenimiento de la relación laboral durante el verano. No solo esa había sido la práctica anteriormente, sino que entiende, como señala el órgano jurisdiccional remitente, que el objetivo de ahorrar recursos presupuestarios ha sido el auténtico motivo de la modificación, recordando una vez más que en virtud de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia las meras consideraciones de índole presupuestaria por sí solas no pueden servir para justificar una discriminación (ap. 72). Además, recuerda que aunque la decisión sobre cómo emplear los recursos presupuestarios corresponde a los Estados miembros, la misma ha de ponerse en práctica de forma no discriminatoria y que, aunque el ahorro presupues-

111. *Vid.* Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokkot, presentadas el 31 de mayo de 2018, asunto C-245/17, *Viejobueno Ibáñez*, EU:C:2018:365.

tario pueda admitirse como un objetivo legítimo, debe respetarse asimismo el principio de proporcionalidad, lo que no ocurre en el presente asunto pues la jurisprudencia exige a la hora de examinar dicha proporcionalidad que la diferencia de trato esté justificada por criterios objetivos y transparentes, cosa que no ocurre en la práctica española, que adolece de falta de transparencia pues el cese de los funcionarios interinos al comienzo de las vacaciones no solo contraviene un acuerdo de 1994 (en cuya validez podían confiar), sino que dicha práctica no se aplica de forma uniforme si no arbitraria (aps. 73-77).

Como señala Beltrán de Heredia, este pronunciamiento contradice el de la Sala tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de junio de 2018¹¹², en la que calificaba como nulo el cese antes de las vacaciones de verano de treinta docentes interinos de centros no universitarios al considerar que dicha práctica vulneraba la normativa comunitaria y la jurisprudencia del TJUE, por lo que no excluye que ésta tenga que plantear una nueva cuestión prejudicial ya que no es descartable que se produzca disparidad de criterios en las instancias judiciales inferiores¹¹³.

Entendemos que el TJUE no profundiza adecuadamente en la problemática del presente asunto y resuelve sin tener en cuenta los criterios establecidos por lo que respecta al test de justificación objetiva. Se centra el Tribunal en destacar que en el presente supuesto se ha producido una extinción de la relación, algo que es característico de la misma y permitido por el acuerdo marco, y que en todo caso lo que deberá determinar el tribunal nacional es si la misma se ha producido de modo anticipado y en su caso se ha producido un incumplimiento. Pero como destaca la AG, si bien el Acuerdo marco no excluye la posibilidad de la extinción anticipada, lo que sí exige es que no sea discriminatoria. Y a este respecto, las razones objetivas que permitirían justificar la desigualdad han de basarse en las circunstancias específicas y concretas que caracterizan la actividad, que pueden tener su origen en la naturaleza de las tareas desempeñadas, las características inherentes a las mismas o la consecución de un objeto de política social por parte del Estado miembro. Pues bien, como señala la AG debe tenerse en cuenta a este respecto las circunstancias de la actividad docente y del curso escolar, con períodos lectivos y sin docencia, y el hecho de que en verano la menor necesidad de docencia afecta tanto a funcionarios interinos como de carrera. Y tampoco sirve como justificación de cara a lograr un objetivo de política social la carga para las finanzas públicas, pues como ha reiterado el TJUE las razones de índole presupuestaria no pueden justificar una discriminación.

112. Vid. STS 2101/2018, de 11 de junio de 2018, ECLI:ES:TS:2018:2101.

113. Vid. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., Funcionarios docentes interinos y cese por vacaciones: ¿el TJUE (caso Viejobueno) corrige a la Sala 3.ª del TS?, *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 22/11/2018, en <https://ignasibeltran.com/>

En todo caso, lo que una vez más han puesto de manifiesto este tipo de prácticas en la Administración educativa en España, es el uso fraudulento de los contratos de interinidad para cubrir necesidades estructurales (y no por razones de urgencia), pues los mismos profesores que eran despedidos a comienzo del verano eran nuevamente contratados para el curso escolar siguiente, situación que se ha mantenido durante los años de la crisis. De hecho, profesores que llevaban décadas trabajando como interinos sin ser cesados en verano, a raíz de la crisis económica pasaron a sufrir las consecuencias de los recortes presupuestarios.

3. PERSONAL LABORAL Y PERSONAL EVENTUAL

Como se ha examinado en el apartado 3, el EBEP contempla dentro de los tipos de empleados públicos al personal laboral y el personal eventual (artículo 8 LEBEP), con respecto a los cuales también ha tenido ocasión de pronunciarse el TJUE en dos asuntos por el no reconocimiento a los mismos del derecho a percibir complementos salariales, en concreto los trienios, que si eran reconocidos al personal fijo; así como en otro asunto relativo al derecho a readmisión en caso de despido disciplinario injustificado. Pasamos a continuación a analizar dichos asuntos y cómo el TJUE aplica los criterios consolidados por lo que respecta al principio de no discriminación contenido en la cláusula 4 del Acuerdo marco.

3.1. Personal Laboral

A. "*Montoya Medina*"¹¹⁴: percepción de complementos salariales (trienios)

El asunto *Montoya Medina* aborda también el derecho a la percepción de complementos salariales (trienios), en este caso por parte de profesores ayudantes doctores, empleados públicos unidos a la Administración (la Universidad en el presente asunto) mediante un contrato de trabajo formalizado siguiendo alguna de las modalidades previstas en la legislación laboral (art. 11 LEBEP), en concreto, mediante un contrato de duración determinada no superior a cuatro años improrrogables. Complemento que sí era reconocido en cambio a los profesores contratados doctores, contratados fijos.

De acuerdo con el Decreto 174/2002 de la Generalitat Valenciana, por el que se regula la contratación de los profesores ayudantes doctores y las condiciones en que ejercen sus funciones, la retribución de los mismos estaba constituida por los conceptos de sueldo y de complemento de destino, no re-

114. Auto del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 2011, asunto C-273/10, *Montoya Medina*, EU:C:2011:167.

cogiéndose el concepto de trienio que sí se encontraba previsto para el caso de los profesores contratados doctores y profesores colaboradores¹¹⁵.

Una vez más, la respuesta del TJUE se deduce claramente de su jurisprudencia previa¹¹⁶, en la que los complementos salariales por antigüedad, y en concreto los trienios, se entienden incluidos en el concepto de *condiciones de trabajo* recogido en la cláusula 4 del Acuerdo marco (ap. 32).

Por lo que respecta a la discriminación entre ambos tipos de trabajadores (profesores ayudantes doctores y profesores contratados doctores), si bien la Universidad de Alicante sostiene que constituyen dos categorías profesionales diferentes, con distintos vínculos, contenidos y requerimientos, de la información remitida por el órgano jurisdiccional nacional se constata que ambas figuras tienen la misma cualificación académica, requieren una experiencia similar y realizan funciones docentes y de investigación, por lo que el TJUE infiere que ambos se encuentran en una *situación comparable* al realizar un trabajo idéntico o similar (aps. 35 a 39). Por tanto, procede a examinar la posible existencia o no de una *razón objetiva* que justifique la exclusión de los profesores ayudantes doctores del derecho a percibir los trienios. De nuevo, partiendo de los criterios ya asentados previamente (*Del Cerro Alonso, Gaviero Gavieiro e Iglesias Torres*), vuelve a enfatizar que la mera naturaleza temporal de la relación, prevista de manera general y abstracta, no constituye una razón objetiva, cuestión que corresponderá determinar al órgano jurisdiccional nacional remitente (aps. 40 a 44). En resumen, concluye el TJUE que la cláusula 4 del Acuerdo marco se opone a una normativa nacional que reserva el derecho a percibir un complemento salarial por antigüedad únicamente a los profesores contratados doctores, excluyendo a los profesores ayudantes doctores, sin ninguna justificación objetiva cuando ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables (ap. 47).

B. "*Vernaza Ayovi*"¹¹⁷: *derecho a readmisión de los indefinidos no fijos en caso de despido improcedente*

En *Vernaza Ayovi* resuelve el TJUE sobre si el no reconocimiento del derecho a readmisión recogido artículo 96.2 EBEP para los trabajadores fijos en caso de despido disciplinario declarado improcedente, a los indefinidos no fijos que se encuentren en la misma situación, es contrario a la cláusula 4 del Acuerdo marco.

Una vez más, se parte del análisis de la inclusión de la medida controvertida en el concepto *condiciones de trabajo*, considerando el TJUE plena-

115. *Vid.* arts. 14.1 y 15 del Decreto 174/2002 de la Generalitat Valenciana, sobre Régimen y Retribuciones del Personal Docente e Investigador Contratado Laboral de las Universidades Públicas Valencianas y sobre Retribuciones Adicionales del Profesorado Universitario, de 15 octubre de 2002.

116. Motivo por el que resuelve mediante auto (aps. 24 y 25)

117. Sentencia de 25 de julio de 2018, *Vernaza Ayovi*, asunto C-96/17, EU:C:2018:603.

mente aplicables al régimen de reincorporación las consideraciones ya fijadas en anterior jurisprudencia en relación a los requisitos de finalización de un contrato, pues como en dichos casos la readmisión tiene su razón de ser en la relación de trabajo entre trabajador y empresario (aps. 28 a 30).

Tampoco se produce ninguna novedad por lo que respecta al examen de la *comparabilidad de las situaciones*, que también se da en el presente asunto, siendo asimismo pacífico que se produce una diferencia de trato entre trabajadores fijos e indefinidos no fijos (aps. 34 a 36).

La problemática, una vez más, es la determinación de la existencia o no de *razones objetivas* que justifiquen la diferencia de trato, extremo en el que nuevamente nos encontramos ante un asunto en el que la solución final del TJUE difiere de las conclusiones a las que llega la AG. El TJUE acoge la argumentación del Gobierno español, que alega que la diferencia de trato está justificada en virtud de las normas de contratación de esta categoría de trabajadores y del contexto específico en el que se produce la misma (ap. 42). Motivo por el que entiende que la garantía de readmisión está indisolublemente vinculada al sistema de acceso del personal laboral fijo, que tiene carácter selectivo y que debe respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que mediante la readmisión automática lo que se ha querido es conceder más garantías a estos trabajadores (garantizando la estabilidad en el empleo) y respetar estos principios (aps. 42 a 44). En cambio, entiende el Gobierno que para el personal no fijo el mantenimiento en las funciones no constituye un elemento esencial de la relación laboral, por lo que no se ha considerado conveniente privar a la Administración de su facultad de elección entre readmisión o indemnización (ap. 44). Sobre la base de esta argumentación, como adelantamos, concluye el TJUE que dichas consideraciones derivadas de las características del Derecho de la función pública nacional pueden justificar la diferencia de trato. Las consideraciones de imparcialidad, eficacia e independencia, señala, no tienen equivalente en el Derecho laboral común y explican y justifican la opción del legislador español de no conceder la facultad de elegir en estos casos entre readmisión e indemnización (ap. 46). Por lo tanto, reiterando ya el criterio utilizado en *Norte Facility*, señala el TJUE que "la readmisión automática de los trabajadores fijos forma parte de un contexto muy diferente, desde un punto de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que se encuentran los trabajadores que no son fijos" (ap. 47) y, por tanto, la desigualdad está 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" (ap. 48).

Por el contrario, como señalamos, la AG entiende que la diferencia de trato sí es discriminatoria con una argumentación mucho más sólida como señala

Ignasi Beltrán¹¹⁸, pues en primer lugar recalca que la readmisión no es una condición de acceso al empleo y no convierte el contrato temporal en indefinido, ni tampoco el trabajador adquiere el estatus de empleado público fijo¹¹⁹. Si para su contratación inicial, señala, no era necesario un proceso selectivo, difícilmente la falta del mismo puede impedir que siga trabajando en el mismo empleo, especialmente cuando su despido ha sido ilegal¹²⁰. Y rechaza que existan razones objetivas que justifiquen la diferencia de trato porque nada indica que para aplicar los señalados principios del Derecho de la función pública sea necesario privar con carácter general a los trabajadores temporales despedidos de manera ilegal del derecho a ser readmitidos. Esa readmisión no afecta de ningún modo al estatus de los empleados públicos fijos, y tampoco comporta para el trabajador temporal una ventaja que contravenga los mencionados principios, señala la AG. El trabajador simplemente se reincorpora al servicio mientras se le permita la vigencia restante de su contrato temporal¹²¹.

De nuevo, con este asunto, se continua con el cambio de rumbo con respecto a asuntos anteriores que ya se viene observando desde *Montero Mateos y Norte Facility*, aceptando como señala Eduardo Rojo el TJUE las observaciones del Gobierno español que anteriormente no había tomado en consideración, en especial la referencia a la superación de unas pruebas de acceso y al respeto de los principios de igualdad mérito y capacidad. Señala el autor que con su argumentación parece que el gobierno español apunta a la menor importancia de las funciones de los trabajadores no temporales, lo que duda sea una causa que pueda justificar la diferencia de trato¹²². Además, en muchos casos este tipo de trabajadores temporales pasa también un proceso selectivo (mediante un concurso, como los profesores asociados o interinos en las universidades), por lo que como destaca Ignasi Beltrán en el caso en que los mismos hayan pasado por dicho proceso no existiría razón objetiva para justificar la diferencia de trato. Y tampoco entiende que haya argumentos para afirmar que los principios de imparcialidad, eficacia e independencia de la Administración sean exclusivos del trabajo no temporal¹²³.

118. Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, I., "Caso Vernaza Ayovi y despido disciplinario injustificado: la readmisión del art. 96.2 EBEP no es extensible a los indefinidos no fijos (¿o sí?)", *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 25 de julio de 2018, en <http://ignasi-beltran.com>

119. Conclusiones AG Kokott, *op. cit.*, aps. 77 a 78.

120. *Ibid.* ap. 78.

121. *Ibid.* aps. 85-86.

122. Vid. ROJO TORRECILLA, E., "Empleo público. Readmisión de los trabajadores fijos, y no de los restantes, tras despido disciplinario no conforme a derecho. El TJUE acepta la diferencia de trato. Notas a la sentencia de 25 de julio de 2018 (C-96/17), y recordatorio de la cuestión prejudicial planteada y de las conclusiones del abogado general", *El Blog de Eduardo Rojo Torrecilla*, 26 de julio de 2018, en www.eduardorojotorrecilla.es.

123. Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, I., "Caso Vernaza Ayovi y despido disciplinario injustificado: la readmisión del art. 96.2 EBEP no es extensible a los indefinidos no fijos (¿o sí?)", *op. cit.*

No cabe duda de que pueden existir diferencias entre trabajadores temporales y fijos, pero las mismas no deben estar basadas en la mera naturaleza temporal de la relación ni previstas de forma general, como ocurre en el presente caso tal y como destaca la AG, no pareciendo que los argumentos esgrimidos por el Gobierno español y aceptados por el TJUE sean suficientemente objetivos y transparentes para justificar la diferencia de trato. Además, una vez más, el TJUE no va más allá ni realiza la comprobación del triple test de justificación, para comprobar si la medida responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto.

3.2. Personal eventual: Regojo Dans¹²⁴

El asunto C-177/14 también aborda la problemática del reconocimiento de un complemento salarial (trienios) si bien respecto del personal eventual al servicio de la Administración Pública, que es aquél que en virtud de nombramiento y de forma no permanente realiza funciones de confianza o asesoramiento especial de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la LEBEP.

Comienza recordando el Tribunal que no se pueden establecer diferencias de trato en función del carácter público o privado del empleador, careciendo de relevancia cuestiones como las concurrentes en el caso del personal eventual al servicio de la Administración, es decir, el nombramiento o cese discrecionales, así como la realización de funciones de confianza y asesoramiento. Las mismas carecen de relevancia a efectos de la aplicación de las disposiciones del Acuerdo marco, cuya eficacia se vería desvirtuada en caso contrario (aps. 31 y 34). Asimismo, recuerda que su jurisprudencia reiterada ha reconocido la inclusión de los trienios en el concepto *condiciones de trabajo* en el sentido requerido por la cláusula 4 del Acuerdo marco (ap. 44).

Sentadas estas consideraciones, procede a abordar la comparabilidad de las situaciones, y frente a las alegaciones del Gobierno español a efectos de justificar la diferencia de trato entre personal eventual y funcionarios de carrera, centradas esencialmente en la libre designación y cese de este tipo de personal, así como en las funciones de confianza o asesoramiento que realizan, el TJUE aprecia que el cometido profesional de la demandante en el litigio principal consiste más bien en actividades de naturaleza administrativa que en funciones específicas vinculadas a la autoridad pública, remitiendo al juez nacional la tarea de determinar si ambos tipos de trabajadores se encuentran en una *situación comparable* (aps. 47 a 50). Y, para el caso de que el órgano remitente apreciase que las situaciones efectivamente son comparables, recuerda el TJUE su jurisprudencia respecto al concepto de "*razones objetivas*", poniendo una vez más énfasis en que la mera naturaleza temporal de la relación por sí sola no puede constituir una razón objetiva (ap. 56). Así, frente a

124. Sentencia de 9 de julio de 2015, *Regojo Dans*, asunto C-177/14, EU:C:2015:450.

las alegaciones presentadas por el Gobierno español que consideran que tanto el carácter temporal de la relación como la especial naturaleza de las tareas a desempeñar –tareas de asesoramiento especial o de confianza–, justificarían la diferencia de trato, vuelve a enfatizar el TJUE que la mera naturaleza temporal de la relación en ningún caso constituye una razón objetiva para la diferencia de trato y, además, apunta cómo en el caso de los funcionarios de carrera que ocupen puestos de trabajo reservados a personal eventual la legislación española sí reconoce la percepción de trienios, lo que contradice la alegación del Gobierno español de que es la naturaleza particular de las funciones de confianza o de asesoramiento especial que desempeña el personal eventual la que lo diferencia de los funcionarios de carrera y justifica la diferencia de trato (aps. 58 y 61).

Por todo ello, concluye el Tribunal que la cláusula 4 del Acuerdo marco se opone a la normativa nacional que excluye del derecho a la percepción de trienios al personal eventual sin justificación alguna por razones objetivas cuando trabajadores eventuales y funcionarios de carrera se encuentran en situación comparable, extremo que corresponde verificar al tribunal remitente (ap. 61), si bien como puede apreciarse el TJUE da claras pautas para dicha interpretación que muestran la vulneración por parte de la normativa española del principio de no discriminación.

VI. CONCLUSIONES

El TJUE cuenta con abundante jurisprudencia interpretativa del principio de igualdad de trato y no discriminación, ámbito en el que la Unión Europea dispone de abundante normativa, como ocurre en el ámbito del trabajo de duración determinada. Jurisprudencia a través de la cual ha ido estableciendo los criterios a aplicar para verificar si los mencionados principios son respetados.

Partiendo de una definición del principio de igualdad desde su dimensión negativa, es decir, desde el principio de no discriminación como principio en virtud del cual se exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato diferente esté objetivamente justificado, el TJUE ha establecido los criterios para llevar a cabo el doble test de comparación y justificación objetiva que permita verificar si el citado principio es respetado. Verificación que, en el caso de los contratos de duración determinada, solo puede ser realizada si previamente se constata que la medida controvertida se encuentra incluida en el concepto "condiciones de trabajo" contemplado en el Acuerdo marco.

Así, para abordar si una medida desigual forma parte del concepto de *condiciones de trabajo* el criterio determinante a tener en cuenta es el del empleo (la relación entre trabajador y empresario), lo que ha permitido incluir en el

mismo distintas medidas relacionadas con el régimen retributivo, de carrera y otras situaciones administrativas de los empleados públicos.

Por lo que respecta al *test de comparación*, el criterio decisivo es la realización de un trabajo idéntico o similar, a cuyo efecto se tienen en cuenta un conjunto de factores como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales. Del análisis de la jurisprudencia del TJUE en los diversos asuntos que se han examinado, puede constatarse que efectivamente el Tribunal se centra esencialmente en las tareas desempeñadas y la formación requeridas para el puesto de trabajo. Tareas que en los diversos asuntos constata que realizan de forma exactamente igual funcionarios de carrera e interinos, y en las que se basa para determinar la comparabilidad de las situaciones. A diferencia del criterio seguido por la AG Juliane Kokott en el asunto *De Diego Porras II* en el que incluía en el concepto "condiciones laborales" la indemnización y las circunstancias que dan lugar a la misma, criterio que no es acogido por el TJUE en su sentencia. Es decir, no tiene en cuenta el TJUE las circunstancias de base de cada contrato, sino que el factor decisivo es la naturaleza de las funciones.

En cuanto al *test de justificación objetiva*, el TJUE ha establecido que las razones objetivas que en su caso permiten justificar una desigualdad de trato se refieren a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad. Circunstancias que pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas realizadas y las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte del Estado miembro. Desigualdad de trato que solo estará justificada si existen 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, con el objeto de poder verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, permite alcanzar el objetivo perseguido y resulta indispensable al efecto. Criterios respecto de los que algunos autores, como se ha examinado, apuntan que son demasiado amplios o ambiguos, destacando además cómo el TJUE no siempre utiliza de manera estricta el triple test de justificación objetiva.

Es posible observar cómo en la mayoría de los asuntos examinados las distintas normativas internas españolas no respetaban lo dispuesto en la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo marco anexo a la misma, con la excepción de los asuntos *De Diego Porras*, *Montero Mateos*, *Norte Facility*, *Viejobueno Ibáñez* y *Vernaza Ayovi*. Puede decirse, por tanto, que se han producido discriminaciones entre trabajadores temporales y fijos al servicio de las Administraciones Públicas al basarse las diferencias de trato que se han ido examinando en la mera naturaleza temporal de la relación. Las medidas desiguales examinadas (complementos salariales, derecho a la participación en planes de evaluación, etc.) se enmarcan en el concepto de condiciones de trabajo; se ha podido

constatar la existencia de una desigualdad entre las distintas categorías de trabajadores, que se encontraban en situaciones comparables pues teniendo en cuenta la naturaleza del trabajo desempeñado, los requisitos de formación y las condiciones laborales realizaban un trabajo idéntico o similar; y no existían razones objetivas que justificasen la desigualdad de trato pues las diferencias se apoyaban en la mera naturaleza temporal de la relación y estaban previstas de forma general y abstracta por la normativa nacional, no con arreglo a criterios objetivos y transparentes que posibilitasen verificar si la desigualdad superaba el mencionado triple test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Desigualdades que se han tratado de justificar en razones de índole presupuestaria, como objetivos legítimos de política social o en el marco de la propia organización de la AP, y que en todo caso ha rechazado claramente el TJUE que puedan constituir una razón objetiva que justifique la diferencia de trato.

Ahora bien, en la mayoría de dichos asuntos se trataba de cuestiones relacionadas con el régimen retributivo, de carrera horizontal y otras cuestiones administrativas, y no era problemático observar que ambos tipos de trabajadores estaban realizando un trabajo idéntico o similar y que las diferencias de trato se habían establecido de forma general y abstracta por el legislador con base en la mera naturaleza temporal de la relación.

Más problemáticos son los asuntos *De Diego Porras*, *Montero Mateos*, *Norte Facility*, *Viejobueno Ibáñez* y *Vernaza Ayovi*, en los que como se ha señalado el TJUE ha pasado a acoger prácticamente sin discutir las alegaciones del Gobierno español, entendiendo que las circunstancias de base de cada contrato, la existencia de elementos precisos y concretos que caracterizan la condición de trabajo, justifican la diferencia de trato. Pese a ello, entendemos que el TJUE no modifica la jurisprudencia anterior en el sentido de que no basta la mera naturaleza temporal para justificar la citada diferencia, sino que es necesario que existan razones objetivas que justifiquen la misma; si bien su argumentación es sumamente opaca y basada principalmente en los argumentos del Gobierno español como señalamos, no justificando el cambio de rumbo ni profundizando en los argumentos empleados respecto de los cuales, como se ha examinado, pueden realizarse críticas. Por lo tanto, por la problemática planteada y por las dudas que se siguen suscitando, sería necesario que la postura del TJUE se clarificase ulteriormente.

En todo caso, en todos los supuestos examinados lo que queda de manifiesto es la utilización abusiva de este tipo de contratos por parte de la Administración Pública¹²⁵. En todos ellos es posible observar contratos que se han alar-

125. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.; CASAS BAAMONDE, M. E. "La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a indemnización por la finalización de su contrato por causa objetiva", y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones Públicas

gado ampliamente en el tiempo y que se han utilizado para cubrir necesidades estructurales y no temporales¹²⁶. El interino se ha convertido en una figura muy cómoda para la Administración, como señala Josefa Cantero, que puede cesarlo sin ninguna indemnización. Con el uso que se ha hecho de la misma se ha pervertido su naturaleza temporal, excepcional y de urgencia¹²⁷. Además, aunque el TREBEP establece que la oferta de empleo público ha de ejecutarse en el plazo de tres años para plazas de nuevo acceso, no hay ninguna sanción para caso de incumplimiento como señala Inmaculada Marín, y tampoco se establecen límites máximos a la duración de determinados contratos como los de interinidad (público o privado, arts. 10.1.a y b EBEP y 15.5 ET) o topes a las renovaciones excesivas como los funcionarios interinos por proyectos¹²⁸.

Los asuntos examinados ponen también de manifiesto las potencialidades de la utilización de la cuestión prejudicial por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, motivada en muchas ocasiones para lograr una mayor protección de los derechos fundamentales¹²⁹, pero también las dificultades en ocasiones de explicar correctamente la normativa nacional y de que el TJUE la entienda. Asimismo, asuntos como *Viejobueno Ibáñez* (que como hemos señalado contradice el pronunciamiento de la Sala tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de junio de 2018) muestran la necesidad, como bien analiza Fernández Farreres, de tener sumo cuidado a la hora de sustentar la incompatibilidad de la norma nacional con la norma europea y descartar el planteamiento de la cuestión prejudicial, que solo deberá ser "orillado" en supuestos verdaderamente excepcionales señala¹³⁰.

Por último, puede decirse que el TJUE a través de su jurisprudencia ha venido, una vez más, a garantizar y reforzar los derechos de los trabajadores. Por lo menos en la mayoría de los asuntos examinados, excluyendo como hemos señalado los asuntos *De Diego Porras*, *Montero Mateos*, *Norte Facility*, *Viejobueno Ibáñez* y *Vernaza Ayovi*. Pese a esos últimos, tanto en materia de igualdad y no discriminación entre trabajadores, como en otros ámbitos donde la UE cuenta con normativa desarrollada como es el caso de los consumidores, la jurisprudencia del TJUE ha posibilitado una mayor protección de los mismos y ha obligado a las autoridades nacionales a reformar su normativa interna para ajustarse a la normativa de la Unión.

españolas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016", *El Derecho de las Relaciones Laborales* n.º 9, 2016, p. 841.

126. DE CASTRO MEJUTO, L. F., *op. cit.*, p. 52.

127. CANTERO MARTÍNEZ, J., *op. cit.*, pp. 12-13.

128. MARÍN ALONSO, I., *op. cit.*, p. 230.

129. JIMENA QUESADA, L., "La cuestión prejudicial europea ante planteamientos más que dudosos", *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 39, 2017, p. 283.

130. FERNÁNDEZ FARRERES, G., "Una llamada de atención sobre la conveniencia de extremar la cautela en la interpretación y aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 70, 2019, aps. V y VII.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., "El impacto de la jurisprudencia del TJUE en el Ordenamiento español en materia de contratación Laboral: cuestiones no resueltas", ponencia, encontrado en: <https://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/20888/PONENCIA%20GENERAL%20AAC%20EMPLEO%20TEMPORAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

BELL, M., "Article 20" en Peers, S., Hervey, T., Kenner, J., Ward, A. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., "Guía práctica para el seguimiento de la doctrina del TJUE sobre contratos temporales: de 'Diego Porras' a 'Montero Mateos'", *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 19 de diciembre de 2016, <https://ignasibeltran.com>

– "Caso Vernaza Ayovi y despido disciplinario injustificado: la readmisión del art. 96.2 EBEP no es extensible a los indefinidos no fijos (¿o sí?)", *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 25 de julio de 2018, en <http://ignasibeltran.com>

– "Síntesis de las últimas reacciones judiciales al caso 'Montero Mateos' (oct'18)", *Blog del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 29 de octubre de 2018, en <https://ignasibeltran.com>

– "Caso 'de Diego Porras 2': los interinos podrían tener derecho a 12 días (y cuestionamiento de las medidas contra el abuso en la temporalidad)", *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 21 de noviembre de 2018, en <https://ignasibeltran.com>

– "Contratos temporales e indemnización por cumplimiento del término: 'de Diego Porras' vs. 'Montero Mateos' y 'grupo Norte Facillty'", *Revista de información laboral* n.º 7, 2018, pp. 39-51.

– "Funcionarios docentes interinos y cese por vacaciones: ¿el TJUE (caso Viejobueno) corrige a la Sala 3.ª del TS?", *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 22 de noviembre de 2018, en <https://ignasibeltran.com>.

CANTERO MARTÍNEZ, J., "El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 12, 2017, pp. 8-29.

– "Principales cambios producidos en la figura del funcionario interino en virtud de la reciente jurisprudencia comunitaria y perspectivas de futuro", Ponencia presentada en el *Seminari d'actualització de Funció Pública Local*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 4 de noviembre de 2016.

- CONSEJO DE EUROPA, AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2013.
- DE CASTRO MEJUTO, L. F., "Doctrina laboral del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su proyección en España", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 21, 2017, pp. 44-65.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., "Una llamada de atención sobre la conveniencia de extremar la cautela en la interpretación y aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 70, 2019.
- GARCÍA MURCIA, J., "El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016", *La Ley Unión Europea* n.º 42, octubre 2016, 12 pgs.
- GIL PECHARROMÁN, X., "La Justicia europea reconoce que se equivocó en la sentencia sobre la indemnización de los interinos", *elEconomista.es*, 17 de febrero de 2017.
- GÓMEZ GORDILLO, R., "Prohibición de discriminación e indemnización por finalización de los contratos de trabajo de duración determinada", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56, pp. 233-255.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., "El trabajo temporal en la jurisprudencia comunitaria", *Foro, Nueva Época*, vol. 19, n.º 2, 2016, pp. 413-431.
- JIMENA QUESADA, L., "La cuestión prejudicial europea ante planteamientos más que dudosos", *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 39, 2017, pp. 271-306.
- MANGAS MARTÍN, A. (DIR.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.
- MARÍN ALONSO, I., "El alcance del principio de igualdad y no discriminación en condiciones de trabajo y sus límites en el empleo público: la no portabilidad entre regímenes de personal de distinta naturaleza jurídica", *Revista de Derecho Social* n.º 84, 2018, pp. 217-242.
- MARTÍNEZ SIERRA, J. M.; FERRER MARTÍN DE VIDALES, C., "La igualdad ante la Ley en la doctrina del TJUE", *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 65, n.º. 2017, pp. 211-245.
- MOLINA NAVARRETE, C. "La indemnización extintiva de los interinos (y demás temporales): ¿fin de la historia o nuevo capítulo sin fin?: comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018, Montero Mateos (C-677/18) y Grupo Norte Facility (C-574/16)", *Estudios Financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social* n.º 424, 2018, pp. 158-174.

- MORENO VIDA, M. N., "La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Temas laborales* n.º 130/2015, pp. 195-241.
- O" CINNEIDE, C., "The principle of equality and non-discrimination within the framework of the EU Charter of Fundamental Rights and its potential application to social and solidarity rights" en PALMISANO, G. (ed.), *Making the Charter of Fundamental Rights a living instrument*, Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2015, pp. 199-221.
- PEERS, S.; HERVEY, T.; KENNER, J; WARD, A., *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014.
- PEERS, S., "The EU Charter of rights and the right to equality", *ERA Forum* 02/2011, vol. 11, n.º 4.
- PIÑA MIGUEL, J., "Derechos laborales del personal funcionario: a golpe de jurisprudencia del TJUE", ponencia, vol. 27 Extraordinario XXVI Congreso 2017.
- RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.; CASAS BAAMONDE, M. E. "La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a indemnización por la finalización de su contrato por causa objetiva", y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones Públicas españolas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016", *El Derecho de las Relaciones Laborales* n.º 9, 2016, pp. 838-872.
- SALINAS MOLINA, F., "La resurrección de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999", *IUSLabor* 3/2016.