



Roj: **ATS 1836/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:1836A**

Id Cendoj: **28079130072014200009**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **31/01/2014**

Nº de Recurso: **526/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **ATS 1836/2014,**
AATS 4611/2014,
GTJUE 3/2015,
PTJUE 140/2015,
STS 180/2016

AUTO

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de enero de dos mil catorce.

HECHOS

I.- REFERENCIA INICIAL Y SUCINTA A LA DUDA PRINCIPAL QUE DETERMINA ESTA CUESTIÓN PREJUDICIAL.

Se trata de determinar si la omisión del concepto retributivo "*trienios*" que la legislación española dispone en la retribución de quienes prestan servicios como "*personal eventual*", sin ser funcionario de carrera, en las distintas Administraciones Públicas, es o no contraria al principio de no discriminación proclamado en la cláusula 4 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre trabajo de duración determinada, incluido como anexo en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio (en lo sucesivo "*el Acuerdo Marco*").

La duda se suscita porque ese concepto retributivo "*trienios*" sí lo perciben los funcionarios de carrera y también este otro personal público que desempeña sus servicios con carácter temporal: (I) los funcionarios interinos y (II) los funcionarios de carrera que temporalmente ocupan puestos de trabajo reservados para personal eventual.

Y se suscita porque ese diferente trato podría no ser compatible con el principio de no discriminación contenido en esa cláusula 4 que acaba de mencionarse.

II.- HECHOS RELEVANTES Y ANTECEDENTES DEL LITIGIO O PROCESO JURISDICCIONAL PRINCIPAL.

1.- Doña Julia , demandante en el litigio principal, es, desde el 1 de marzo de 1996 hasta la actualidad, personal eventual en el Consejo de Estado y con esta condición desempeña el puesto de trabajo de Jefe de la Secretaría del Consejero Permanente, Presidente de la Sección Segunda, con clasificación de Cuerpo o Escala C-2.

2.- Con anterioridad desempeñó puestos de personal eventual en el Tribunal Constitucional y en el Consejo Económico y Social en períodos comprendidos entre el 4 de julio de 1980 y el 1 de marzo de 1996.

3.- El 25 de enero de 2012 presentó un escrito en el Registro del Consejo de Estado por el que solicitó que se reconociese su derecho a percibir trienios por sus servicios prestados desde 1980 y a que le fuese abonado el importe correspondiente a ellos durante los últimos cuatro años.

4.- La solicitud fue desestimada por resolución de 24 de julio de 2012 del Presidente del Consejo de Estado.



III.- EL PROCESO JURISDICCIONAL PRINCIPAL.

1.- Se inició ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo mediante un recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Julia contra la resolución de 24 de julio de 2012 del Presidente del Consejo de Estado, que dio lugar al proceso número 526/2012 de la Sección Séptima de la mencionada Sala.

2.- La demanda posteriormente formalizada por la Sra. Julia, en su parte final, postuló que se declarara no ser conforme a Derecho la resolución recurrida, y también vino a reiterar lo solicitado en la vía administrativa sobre el reconocimiento del derecho a los trienios y al abono de los correspondientes durante los últimos cuatro años.

La exposición argumental realizada en sus fundamentos de derecho sustantivos incluyó tres apartados, cuyos contenidos o ideas principales fueron los siguientes:

(1) con carácter preliminar se delimitó la cuestión debatida, diciendo que consistía en decidir si era o no conforme a Derecho el hecho de que la Sra. Julia se viera privada de trienios;

(2) se afirmó que el no reconocimiento del derecho a trienios era una exclusión peyorativa sin fundamento alguno y, por ello, contraria a los principios constitucionales de igualdad e interdicción de la arbitrariedad del artículo 14 de la Constitución Española, y se desarrollaron las razones para sostener esa afirmación; y

(3) se afirmó, y se argumentó con la misma finalidad, que ese no reconocimiento de los trienios era, además, inconciliable con el Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre trabajo de duración determinada incluido como anexo en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio.

Este último apartado (3), que es el relevante para la actual cuestión prejudicial, se estructuró en cuatro diferenciadas partes, cuya esencia se puede resumir en lo que continúa.

3.1. Se transcribió la cláusula 1 del Acuerdo Marco, y se afirmó que, según la sentencia de 13 de septiembre de 2007, C- 307/05, caso Del Cerro Alonso, las dos finalidades declaradas en dicha cláusula eran autónomas y, por esta razón, cada una de ella valía por sí misma.

Se afirmó que el Tribunal de Justicia, en la sentencia anterior, había declarado aplicable el Acuerdo Marco y la Directiva 1999/70/CE a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por la Administración y demás entidades del Sector Público; y en las sentencias de 22 de abril de 2010, caso Zentralbetriebsrat del Landeskrankenhaus Tuirols, C- 486/08, y de 8 de septiembre de 2011, caso Rosado Santana, C-177/10, había declarado esa misma aplicación "a quienes prestan servicios en la función pública de un Estado miembro".

Y se señaló que el Tribunal de Justicia también había declarado que el principio de no discriminación no podía ser interpretado de manera restrictiva (citando la sentencia del asunto Del Cerro Alonso, y la sentencia de 18 de octubre de 2012, caso Valenza).

3.2. Se transcribieron las Cláusulas 4 y 3 del Acuerdo Marco.

3.3. Se defendió que a partir de lo anterior era ya posible examinar si la diferencia de trato denunciada entrañaba una situación inconciliable con lo exigido por la Directiva y el Acuerdo Marco, y con esta finalidad se hicieron las consideraciones y observaciones siguientes.

Que ninguna duda podía haber en cuanto a que la Sra. Julia en su condición de personal eventual era, a los efectos de la Directiva, "trabajadora con contrato de duración determinada" (Cláusula 3.1.).

Que era también patente que, al ser excluida de la percepción de trienios, venía siendo tratada "de una manera menos favorable" que "los trabajos fijos comparables" (Cláusula 4).

Y que las sentencias de los casos Gaviero y Del Cerro Alonso, pese a referirse a funcionarios interinos, eran trasladables al personal eventual porque entre unos y otros existía identidad de razón y no existía fin legítimo que, en términos objetivos, permitiera justificar el trato distinto.

3.4. Se afirmó que todo lo anterior permitía concluir que la polémica exclusión de los trienios era inconciliable con la Directiva 1999/70/CE y con el Acuerdo Marco.

3.- En ese proceso jurisdiccional compareció como parte demandada el CONSEJO DE ESTADO, que, en su escrito de contestación a la demanda, pidió la desestimación del recurso contencioso-administrativo de la Sra. Julia.

La parte de esa contestación dedicada a los "fundamentos de derecho" la dividió en tres alegaciones dedicadas a lo que continúa.



La alegación primera combatió el carácter discriminatorio de la exclusión de trienios denunciado en la demanda, y realizó para ello cinco consideraciones, cuyo argumento principal está constituido por lo siguiente:

- (1) el carácter especial que tiene el personal eventual dentro de los empleados públicos, singularmente en lo que representa que su designación no se haga mediante un proceso selectivo en el que se apliquen los principios de igualdad, mérito y capacidad;
- (2) la específica naturaleza de las funciones de confianza que tienen asignadas;
- (3) la inexistencia de vulneración del principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución española ;
- (4) la no vulneración de la Directiva 1999/70 CE; y
- (5) la no discriminación por razón de sexo.

Las razones o argumentos invocados para defender la no vulneración de la Directiva 1999/70 CE, sintetizados en sus aspectos principales, se pueden resumir en las siguientes ideas.

Se dice que al personal eventual no le puede ser aplicable la Directiva porque no realiza trabajos profesionales y, por ello, tampoco puede ser relacionado con los trabajadores comparables a que se refiere la cláusula 4 del Acuerdo Marco.

Se afirma que los puestos desempeñados por el personal eventual son específicos por su contenido, al estar referidos a funciones de confianza y asesoramiento especial distintas de las que desempeñan los funcionarios de carrera o interinos; y también presentan especificidades en cuanto al nombramiento y cese, ya que es libre y no regido por los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Se defiende que esas especificidades de la función y del régimen de nombramiento y cese representan razones objetivas que justifican el trato diferente otorgado al personal eventual.

Y se aduce que la finalidad perseguida por los trienios es retribuir la permanencia continuada en un determinado puesto de trabajo, y esta necesidad no es de constatar en puestos que necesariamente son precarios.

La alegación segunda complementó lo anterior con estas otras alegaciones: (1) que la demandante no había demostrado la similitud de su función y la propia del Subgrupo con el que se decía asimilada; y (2) que el largo período de su desempeño de puestos reservados a personal eventual no desvirtuaba las características propias de esos puestos, representadas por ser cargos de confianza.

La alegación tercera resaltó que la exclusión de los trienios estaba establecida en una norma española con rango de ley, por lo que el órgano jurisdiccional no podía dejar de aplicarla y, en el caso de dudar de su validez desde el parámetro del Derecho de la Unión Europea, lo procedente sería plantear cuestión prejudicial.

IV.- LAS DISPOSICIONES NACIONALES ESPAÑOLAS APLICABLES EN EL LITIGIO PRINCIPAL.

Están referidas a las materias que se mencionan en los siguientes epígrafes y las constituyen las normas que en cada uno de ellos se identifican y transcriben.

1.- La enumeración de las clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas, y la definición y el régimen jurídico de los funcionarios de carrera, de los funcionarios interinos y del personal eventual.

Su regulación la realizan los siguientes artículos 8 , 9 , 10 , y 12 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público :

« Artículo 8. Concepto y clases de empleados públicos.

1. Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales.

2. Los empleados públicos se clasifican en:

- a) Funcionarios de carrera.
- b) Funcionarios interinos.
- c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.
- d) Personal eventual ».

« Artículo 9. Funcionarios de carrera.

1. Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.

2. En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca ».

« **Artículo 10. Funcionarios interinos.**

1. Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.

b) La sustitución transitoria de los titulares.

c) La ejecución de programas de carácter temporal.

d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses.

2. La selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

3. El cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas previstas en el artículo 63, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento.

4. En el supuesto previsto en la letra a) del apartado 1 de este artículo, las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.

5. A los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera ».

« **Artículo 12. Personal eventual.**

1. Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.

2. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto determinarán los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que podrán disponer de este tipo de personal. El número máximo se establecerá por los respectivos órganos de gobierno. Este número y las condiciones retributivas serán públicas.

3. El nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento.

4. La condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función Pública o para la promoción interna.

5. Al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera ».

2.- La definición y el régimen jurídico de Personal Eventual en la regulación anterior.

Estuvieron contenidos en los apartados 2 y 3 el artículo 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que disponían:

« 2. El Gobierno, y en el ámbito de sus competencias los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y el Pleno de las Corporaciones Locales, determinarán el número de puestos con sus características y retribuciones, reservados a personal eventual, siempre dentro de los créditos presupuestarios consignados al efecto.

El personal eventual sólo ejercerá funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial y su nombramiento y cese, que serán libres, corresponden exclusivamente a los Ministros y a los Secretarios de Estado, y, en su caso, a los Consejeros de Gobierno de las Comunidades Autónomas y a los Presidentes de las Corporaciones Locales. El personal eventual cesará automáticamente cuando cese la autoridad a la que preste su función de confianza o asesoramiento.



3. *En ningún caso el desempeño de un puesto de trabajo reservado a personal eventual constituirá mérito para el acceso a la función pública o la promoción interna ».*

3.- La estructura retributiva de los funcionarios de carrera y de los funcionarios interinos y el reconocimiento de los trienios en las retribuciones de ambas clases de empleados públicos.

Resulta de lo establecido en artículos 22.1 , 23 , y 25 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público :

« Artículo 22. Retribuciones de los funcionarios.

1. *Las retribuciones de los funcionarios de carrera se clasifican en básicas y complementarias. (...)».*

« Artículo 23. Retribuciones básicas.

Las retribuciones básicas, que se fijan en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, estarán integradas única y exclusivamente por:

a) *El sueldo asignado a cada Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo.*

b) *Los trienios, que consisten en una cantidad, que será igual para cada Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, por cada tres años de servicio».*

« Artículo 25. Retribuciones de los funcionarios interinos.

1. *Los funcionarios interinos percibirán las retribuciones básicas y las pagas extraordinarias correspondientes al Subgrupo o Grupo de adscripción, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo. Percibirán asimismo las retribuciones complementarias a que se refieren los apartados b), c) y d) del artículo 24 y las correspondientes a la categoría de entrada en el cuerpo o escala en el que se le nombre.*

2. *Se reconocerán los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de la entrada en vigor del presente Estatuto que tendrán efectos retributivos únicamente a partir de la entrada en vigor del mismo».*

4.- La regulación de cuales son los servicios computables a efectos de trienios.

Se encuentra en la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de Reconocimiento de Servicios Previos en la Administración Pública, de la que tiene interés aquí su siguiente artículo 1 :

« Artículo primero.

Uno. Se reconocen a los funcionarios de carrera de la Administración del Estado, de la Local, de la Institucional, de la de Justicia, de la Jurisdicción del Trabajo y de la Seguridad Social la totalidad de los servicios indistintamente prestados por ellos en dichas Administraciones, previos a la constitución de los correspondientes Cuerpos, Escalas o plazas o a su ingreso en ellos, así como el período de prácticas de los funcionarios que hayan superado las pruebas de ingreso en la Administración pública.

Dos. Se considerarán servicios efectivos todos los indistintamente prestados a las esferas de la Administración pública señaladas en el párrafo anterior, tanto en calidad de funcionario de empleo (eventual o interino) como los prestados en régimen de contratación administrativa o laboral, se hayan formalizado o no documentalmente dichos contratos.

Tres. Los funcionarios de carrera incluidos en el apartado uno tendrán derecho a percibir el importe de los trienios que tuviesen reconocidos por servicios sucesivos prestados, desempeñando plaza o destino en propiedad, en cualquiera de las mencionadas esferas de la Administración, o en la Administración, o en la Administración Militar y Cuerpos de la Guardia Civil y Policía Armada ».

5.- La exclusión de los trienios al personal eventual.

Resulta del silencio sobre esta concreta materia de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; y la exclusión la han venido realizando expresamente las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

La Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, última aplicable al período reclamado por la Sra. Julia , realiza la exclusión en el apartado cuatro de su artículo 26, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Cuatro. El personal eventual percibirá las retribuciones por sueldo y pagas extraordinarias correspondientes al grupo o subgrupo de clasificación al que el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas asimile sus funciones y las retribuciones complementarias que correspondan al puesto de trabajo, reservado a personal



eventual, que desempeñe, siendo de aplicación a este colectivo lo dispuesto en el párrafo B) del apartado Uno de este artículo.

Los funcionarios de carrera que, en situación de activo o de servicios especiales, ocupen puestos de trabajo reservados a personal eventual percibirán las retribuciones básicas correspondientes a su grupo o subgrupo de clasificación, incluidos trienios, en su caso, y las retribuciones complementarias que correspondan al puesto de trabajo que desempeñen».

Un contenido muy parecido o sustancialmente coincidente tuvieron los artículos 28 Cuatro de la Ley 51/2007, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008 ; 28 Cuatro de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 ; 28 Cuatro de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 ; y 26 Cuatro de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.

V.- LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA SOBRE EL PERSONAL EVENTUAL.

Son especialmente significativas las sentencias de esta Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 2 de septiembre de 2004 (Recurso de Casación 3489/1999) y 17 de marzo de 2005 (Casación 4245/1999).

Ambas abordan la cuestión relativa a las funciones y régimen del personal eventual, y lo hacen con un fundamento de derecho de idéntico contenido que declara lo siguiente:

«Lo anterior debe ser completado con estas puntualizaciones que siguen.

La primera es que la Constitución viene a establecer un verdadero estatuto ineludible en todos los empleados públicos que prestan servicios profesionales para el Estado, cualquiera que sea la naturaleza de su vínculo, claramente deducible de lo establecido en sus artículos 103 (apartados 1 y 3) y 23.2 .

Las notas principales de este estatuto constitucional son el acceso de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad y la garantía para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, que están directamente conectadas con los postulados de objetividad y eficacia proclamados para la actuación de la Administración pública.

La segunda puntualización es que el contenido y significación de la expresión "confianza y asesoramiento especial", que legalmente se utiliza para definir y caracterizar al personal eventual, debe determinarse poniendo en relación aquella expresión con el régimen de nombramiento y cese legalmente previsto para el personal eventual.

Ese nombramiento y cese es libre y corresponde a los superiores órganos políticos (Ministros, Secretarios de Estado, Consejeros de Gobierno de las Comunidades Autónomas y Presidentes de las Corporaciones Locales) y, por lo que en concreto hace al cese, está establecido que se producirá automáticamente cuando cese la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento (artículos 20.2 LMRFP y 104.2 de la LBRL).

Todo lo cual pone de manifiesto que se trata de tareas de colaboración inmediata con quienes ostentan el poder de superior decisión política, en las que predominan las notas de afinidad y proximidad política que es inherente a la "confianza".

Pues bien, la ponderación conjunta de esas dos puntualizaciones impone concluir que los puestos reservados a personal eventual son excepcionales y su validez está condicionada a que sus cometidos se circunscriban a esas funciones de "confianza y asesoramiento especial" que legalmente delimitan esta específica clase de personal público.

Y la consecuencia paralela que también se extrae es que deben quedar vedadas a ese personal eventual las actuaciones de colaboración profesional que se proyecten en las funciones normales de la Administración pública, bien en las externas de prestación y policía frente a la ciudadanía, bien en las internas de pura organización administrativa.

Estas actuaciones profesionales, por la directa conexión que tienen con los principios constitucionales de objetividad y eficacia administrativa, deben ser asignadas al personal público seleccionado bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Las funciones del puesto litigioso que la sentencia recurrida describe rebasan el límite legal de "asesoramiento y confianza especial", ya que expresan cometidos profesionales de colaboración en típicas actividades administrativas».

VI.- LAS DISPOSICIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA QUE PODRÍAN SER DE APLICACIÓN PARA DECIDIR LA CUESTIÓN DEBATIDA EN EL LITIGIO O PROCESO JURISDICCIONAL PRINCIPAL.



EL Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre trabajo de duración determinada, incluido como anexo en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, y, más concretamente sus cláusulas 1, 2, 3 y 4.

«Objeto (cláusula 1).

El objeto del presente Acuerdo marco es:

- a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación;
- b) establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

Ámbito de aplicación (cláusula 2).

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

2. Los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, podrán prever que el presente Acuerdo no se aplique a:

- a) las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje;
- b) los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos.

Definiciones (cláusula 3).

A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por:

1. «trabajador con contrato de duración determinada»: el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado;

2. «trabajador con contrato de duración indefinida comparable»: un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña.

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

Principio de no discriminación (cláusula 4).

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

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

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

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

VII.- EL TRÁMITE DE ALEGACIONES CONCEDIDO A TODAS LAS PARTES LITIGANTES SOBRE LA PROCEDENCIA LA CUESTIÓN PREJUDICIAL INTERPRETATIVA.

1.- Lo acordó esta Sala en providencia de 17 de julio de 2013, del siguiente contenido:

«Se concede un plazo de QUINCE DÍAS a las partes litigantes para que hagan alegaciones sobre la procedencia de plantear una cuestión prejudicial interpretativa del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en los siguientes términos:

- Estará referida a las cláusulas 3 y 4 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada incluido como anexo en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio.



- Las cuestiones interpretativas que se plantearán serán las siguientes:

1) ¿Están comprendidos dentro de la definición de "trabajador con contrato de duración determinada", contenida en el punto 1 de la cláusula 3, el "personal eventual" regulado actualmente en el artículo 12 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y el "personal eventual" regulado con anterioridad en el artículo 20.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública?

2) ¿Es aplicable a ese "personal eventual" el principio de no discriminación de la cláusula 4, a los efectos de que le sean reconocidas y pagadas las percepciones retributivas que por el concepto de antigüedad son abonadas a funcionarios de carrera, personal laboral indefinido, funcionarios interinos y personal laboral con contratos de duración temporal?

3) Resulta encuadrable, dentro de las razones objetivas que invoca esa cláusula 4 para justificar un trato diferente, el régimen de nombramiento y cese libre, fundado en razones de confianza, aplicable a ese "personal laboral" en las dos leyes españolas que antes se han mencionado».

2. Las alegaciones de Doña Julia defendieron la procedencia del planteamiento de la cuestión prejudicial y expusieron su criterio sobre que las dos primeras cuestiones merecían una respuesta resueltamente positiva y la tercera la merecía negativa.

3.- Las alegaciones de la Abogada del Estado defendieron con carácter principal la improcedencia del planteamiento de la cuestión principal, reiterando en gran medida los argumentos que fueron esgrimidos en el escrito de contestación a la demanda para negar que la exclusión de trienios en el personal laboral incurriese en vulneración de la Directiva 1999/70/CE.

Y adujeron en este sentido, primero, la inaplicabilidad de la cláusula 4 del Acuerdo Marco al personal eventual; y, después, la existencia de razones objetivas que justificarían la no percepción de trienios por el personal eventual.

Subsidiariamente, pidieron la reformulación de las preguntas en los términos siguientes.

Que la primera pregunta explicitara las razones de la duda.

Que la segunda pregunta suprimiera la mención a los funcionarios interinos y al personal laboral.

Y que la tercera se reformulara con una descripción más detallada de las características definitorias y diferenciadoras del personal eventual.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado de la Sala

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

ÚNICO.- Los antecedentes que preceden a este apartado de fundamentación jurídica han expuesto cuál es la duda principal determinante del planteamiento de esta cuestión prejudicial de interpretación.

También han expuesto los aspectos más importantes del litigio en que se suscita esa duda, así como las normas y jurisprudencia de España concernientes al personal eventual y aplicables en ese litigio.

Y han expuesto, asimismo, las normas del Derecho de la Unión Europea sobre cuya interpretación versa la duda.

Corresponde aquí subrayar el núcleo básico de esa duda principal y que esta Sala explique, de manera breve, cuáles son las concretas razones por las que delimita las tres cuestiones que son objeto del planteamiento prejudicial y en las que se diversifica dicha duda principal.

Y lo que al respecto procede manifestar es lo siguiente:

1.- El carácter público del personal eventual de que aquí se trata no impide su inclusión dentro de la definición de "trabajador de duración determinada" formulada en la cláusula 3, apartado 1 del Acuerdo Marco, ya que tal definición, según el apartado 40 de la sentencia de 22 de diciembre de 2010 del Tribunal de Justicia, asunto Gavieiro-Iglesias, C-444/09 y C-456/09, "engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan ...".

2.- Descartado el obstáculo anterior, el núcleo básico de la duda principal aquí suscitada es si el personal eventual debe quedar excluido del concepto de "Trabajador con contrato de duración determinada", definido en el apartado 1 de la cláusula 3 del Acuerdo Marco, en razón de la naturaleza de su cometido.

Y lo constituye, más concretamente, esta singular cuestión: si las notas de confianza y asesoramiento especial que en la legislación española caracterizan al personal eventual imponen negar al mismo la característica de profesionalidad que está presente en las definiciones de "trabajador con contrato de duración determinada" y



de "trabajador con contrato de duración indefinida comparable", incluidas respectivamente en los apartados 1 y 2 de la Cláusula 3 del Acuerdo Marco.

3.- Esas notas de confianza o asesoramiento especial no son incompatibles con la profesionalidad. Ésta última la determinan la presencia o concurrencia de estos elementos: (1) que el desempeño sea referible a una actividad cuyo contenido material principal sea asimilable a una de las profesiones existentes en el mercado privado de trabajo; (2) que se efectúe en régimen de subordinación; y (3) que sea un medio de subsistencia para quien lo lleve a cabo. Y estos elementos se dan en los puestos reservados al personal eventual, pues sus cometidos materiales, normalmente labores de oficina, suelen ser comunes a los de otros puestos de trabajo existentes en el mercado laboral privado; y la confianza lo que representa es un plus añadido a ese cometido material coincidente.

4.- El reconocimiento de complementos retributivos de antigüedad (los trienios en el actual caso) en términos de igualdad para los trabajadores con contrato de duración determinada y para los trabajadores fijos, que viene a proclamar el apartado 4 de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, debe ponerse en conexión con lo establecido en el apartado a) de la cláusula 1.

Y lo que resulta de la lectura conjunta de ambas cláusulas es que la igualdad dispuesta para los criterios de antigüedad a lo que va dirigida es a que la retribución de trabajos temporales y fijos no presente diferencias en cuanto a los factores que determinan su cuantificación si en unos y otros el contenido material es el mismo.

5.- Lo que parece subyacer en la posición de la Abogada del Estado, contraria al reconocimiento de trienios al personal eventual, es una prevención frente a los abusos que puedan producirse en sus nombramientos. Pero la solución a esos abusos lo que reclama es limitar dichos nombramientos a los casos en que esté claramente justificada su necesidad, y no establecer retribuciones que no guarden equilibrio con las dispuestas para otros puestos del Sector Público con cometidos de similar contenido profesional.

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Con suspensión del actual proceso jurisdiccional, y al amparo de lo establecido en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, PLANTEAR AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA LAS SIGUIENTES CUESTIONES PREJUDICIALES ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN de las cláusulas 3 y 4 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada, incluido como anexo en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio.

1) ¿Están comprendidos dentro de la definición de "trabajador con contrato de duración determinada", contenida en el punto 1 de la cláusula 3 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada incluido como anexo en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, el "personal eventual" regulado actualmente en el artículo 12 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y el "personal eventual" regulado con anterioridad en el artículo 20.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública ?.

2) ¿Es aplicable a ese "personal eventual" el principio de no discriminación de la cláusula 4 4 del mencionado Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, a los efectos de que le sean reconocidas y pagadas las percepciones retributivas que por el concepto de antigüedad son abonadas a funcionarios de carrera, personal laboral indefinido, funcionarios interinos y personal laboral con contratos de duración temporal?.

3) ¿Resulta encuadrable, dentro de las razones objetivas que invoca esa cláusula 4 para justificar un trato diferente, el régimen de nombramiento y cese libre, fundado en razones de confianza, aplicable a ese "personal laboral" en las dos leyes españolas que antes se han mencionado?.

SEGUNDO.- Elevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la presente cuestión prejudicial, acompañando a la misma la siguiente documentación:

Anexo I (documentos obrantes en el expediente administrativo).- La solicitud presentada el 25 de enero de 2012 por doña Julia ante el Consejo de Estado, y la resolución de 24 de julio de 2012 del Presidente de este órgano constitucional.

Anexo II (actuaciones del proceso jurisdiccional).- Los escritos de demanda de doña Julia y de contestación del Abogado del Estado.

Anexo III (trámite de alegaciones concedido a ambas partes litigantes con carácter previo al planteamiento de la cuestión prejudicial).- La providencia de 17 de julio de 2013 y los escritos de alegaciones presentados por doña Julia y el Abogado del Estado.

Anexo IV (documentos remitidos con finalidad puramente informativa para facilitar su consulta).-



Copia de las siguientes normas:

- Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, artículos 8 , 9 , 10 , 12 , 22 , 23 y 25 .
- Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de Reconocimiento de Servicios Previos en la Administración Pública, artículo 1 .
- Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública, artículo 19 (apartados 1 y 2).
- Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, artículo 26.cuatro .

Copia de estas sentencias:

- STS de 2 de septiembre de 2004 (Casación núm. 3489/1999).
- STS de 17 de marzo de 2005 (Casación núm. 4245/1999).

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ