Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. PAOLO MENGOZZI
presentadas el 20 de mayo de 2015 [1]

Asunto C-177/14

María José Regojo Dans
contra
Consejo de Estado
(Petición de decisión prejudicial

planteada por el Tribunal Supremo)

«Procedimiento prejudicial — Política social — Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada — Sector público — Personal eventual — Cláusula 2, apartado 1 — Cláusula 3, apartado 1 — Calificación de trabajador con contrato de trabajo de duración determinada — Cláusula 3, apartado 2 — Concepto de trabajo idéntico o similar — Especial naturaleza de las tareas — Comparación realizada con arreglo a la normativa nacional — Cláusula 4 — Principio de no discriminación — Razones objetivas»

1. La presente petición de decisión prejudicial, que procede del Tribunal Supremo, versa sobre la interpretación del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 (en lo sucesivo, «Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada»). [2] Este texto, que, como prolongación del Consejo Europeo extraordinario de Luxemburgo, busca «un mayor equilibrio entre "flexibilidad del tiempo de trabajo y seguridad para los trabajadores"», [3] tiene dos objetos: por un lado, los Estados miembros han de adoptar medidas que tengan por finalidad prevenir los abusos como consecuencia de la renovación de contratos de duración determinada; [4] por otro, exige que no se trate a los trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables.

2. El tribunal remitente pregunta al Tribunal de Justicia sobre este segundo objeto. En particular, se le solicita que interprete el concepto de «trabajo u ocupación idéntico o similar», que caracteriza al trabajador fijo «comparable» con el trabajador con contrato de trabajo de duración determinada, que invoca los beneficios que concede la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, y que se pronuncie sobre la caracterización de las «razones objetivas» que pueden justificar la desigualdad de trato.

1 — Lengua original: francés.
2 — DO L 175, p. 43.
3 — Preámbulo del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, párrafo primero.
4 — Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, cláusula 5.

I. **Marco jurídico**

A. *Derecho de la Unión*

3. La cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada define su ámbito de aplicación: es aplicable «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».

4. La cláusula 3 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada define al trabajador con contrato de trabajo de duración determinada y al trabajador con contrato de duración indefinida comparable. Según su apartado 1, es «trabajador con contrato de duración determinada», en el sentido del Acuerdo marco sobre el trabajo 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». Según su apartado 2, es «trabajador con contrato de duración indefinida comparable», en el sentido del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, el trabajador que, por un lado, tiene un contrato de trabajo de duración indefinida «en el mismo centro de trabajo» y, por otro, realiza «un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña». La cláusula 3, apartado 2, aclara que, 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».

5. La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada enuncia el principio de no discriminación de los trabajadores con contrato de duración determinada en relación con los trabajadores fijos comparables. Su apartado 1 dispone que, «por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas». Su apartado 4 precisa que «los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas.»

B. *Normativa nacional*

6. El artículo 8 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público [5] (en lo sucesivo, «LEBEP»), define a los empleados públicos como «quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales». Dicho artículo aclara que existen cuatro clases de empleados públicos: los funcionarios de carrera, los funcionarios interinos, el personal laboral (ya sea fijo, indefinido no fijo o temporal) y el personal eventual. [6]

7. El artículo 9, apartado 1, de la LEBEP establece que «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». El artículo 9, apartado 2, de la LEBEP precisa que, «en todo caso, el ejercicio

5 — BOE nº 89, de 13 de abril de 2007.

6 — Esta nota no afecta a la versión española de las presentes conclusiones.

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».

8. El artículo 12, apartado 1, de la LEBEP dispone que «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». El apartado 3 de este artículo prevé que «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». El apartado 5 de dicho artículo indica que «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».

9. Antes de la entrada en vigor de la LEBEP, el 13 de mayo de 2007, el régimen aplicable a los empleados públicos estaba contenido en la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por el Decreto 315/1964, de 7 de febrero (en lo sucesivo, «LFCE»),[7] y en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (en lo sucesivo, «Ley 30/1984»).[8] El artículo 3 de la LFCE distinguía entre funcionarios de carrera y funcionarios de empleo, y estos últimos podían ser funcionarios eventuales o funcionarios interinos. El artículo 4 de la LFCE establecía que «son funcionarios de carrera los que, en virtud de nombramiento legal desempeñan servicios de carácter permanente, figuran en las correspondientes plantillas y perciben sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos Generales del Estado». En cuanto al personal eventual, el artículo 20, apartado 2, párrafo segundo, de la Ley 30/1984 disponía que «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».

10. En lo que atañe a la retribución de los empleados públicos, el artículo 23 de la LEBEP trata de las «retribuciones básicas» de los funcionarios de carrera. Establece que éstas incluyen, por un lado, «el sueldo asignado a cada Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo», y, por otro «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».

11. La retribución del personal eventual se rige por las leyes de presupuestos. La ley de presupuestos más reciente aplicable al período controvertido es la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado[9] (en lo sucesivo, «Ley de presupuestos de 2012»).[10] Su artículo 26, apartado 4, dispone que «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 […]. Los

7 — BOE nº 40, de 15 de febrero de 1964.

8 — BOE nº 185, de 3 de agosto de 1984.

9 — BOE nº 156, de 30 de junio de 2012.

10 — Según el Gobierno español, las leyes de presupuestos de los ejercicios 2008 a 2011 son en gran medida idénticas a la Ley de presupuestos de 2012 sobre este particular.

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 complementarías que correspondan al puesto de trabajo que desempeñen».

II. **Hechos, litigio principal y cuestiones prejudiciales**

12. La Sra. Regojo Dans presta servicios como personal eventual en el Consejo de Estado desde el 1 de marzo de 1996. Desempeña el puesto de trabajo de jefe de la Secretaría del Consejero Permanente Presidente de la Sección Segunda. Anteriormente, prestó servicios, también como personal eventual, en el Tribunal Constitucional, del 4 de julio de 1980 al 1 de marzo de 1996, con una breve interrupción del 7 al 26 de abril de 1995, en la que trabajó como contratada laboral en el Consejo Económico y Social.

13. El 25 de enero de 2012, la Sra. Regojo Dans presentó un escrito en el Registro del Consejo de Estado por el que solicitó que se reconociese su derecho a percibir trienios por el período que había prestado servicios como empleada pública, a saber, 31 años y medio en el momento de presentación del escrito, y que se le abonase el importe correspondiente a los últimos cuatro años.

14. Mediante resolución de 24 de julio de 2012, el Presidente del Consejo de Estado desestimó su solicitud.

15. La Sra. Regojo Dans interpuso recurso contencioso-administrativo contra esta resolución ante el tribunal remitente, sosteniendo, en particular, que la negativa a reconocerle el derecho a los trienios constituye una diferencia de trato con el resto de los empleados públicos, y que esta diferencia de trato es contraria a la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada.

16. Por consiguiente, el Tribunal Supremo decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«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 sobre el trabajo de duración determinada], el “personal eventual” regulado actualmente en el artículo 12 de la [LEBEP] […] y el “personal eventual” regulado con anterioridad en el artículo 20.2 de la Ley 30/1984 […]?

2) ¿Es aplicable a ese «personal eventual» el principio de no discriminación de la cláusula 4[, apartado] 4 del [Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada], 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 eventual” en las dos leyes españolas que antes se han mencionado?»

17. Han presentado observaciones escritas sobre estas cuestiones prejudiciales la Sra. Regojo Dans, los Gobiernos español e italiano y la Comisión Europea.

III. **Análisis jurídico**

A. *Sobre la primera cuestión prejudicial*

18. Mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta al Tribunal de Justicia si un trabajador que realiza «funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial» debe calificarse de «trabajador con contrato de duración determinada», en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada.

19. A mi juicio, esta cuestión incluye dos. Una versa sobre la calificación del personal eventual de «trabajador». La otra, sobre su calificación de trabajador «con contrato de duración determinada», en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada.

1. Sobre la calificación de «trabajador»

20. Según el tribunal remitente, el personal eventual sólo puede calificarse de «trabajador», en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, si cumple uno o varios de los tres requisitos siguientes: que la actividad sea asimilable a una de las profesiones existentes en el mercado privado de trabajo, que se efectúe en régimen de subordinación y que sea un medio de subsistencia para quien la lleve a cabo. [11]

21. Ahora bien, ni la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, ni ninguna otra, definen al trabajador. En efecto, la cláusula 2, apartado 1, establece que el contrato o la relación laboral está «definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro». El considerando 17 de la Directiva 1999/70 precisa que «en lo referente a los términos empleados en el Acuerdo marco [sobre el trabajo de duración determinada], no definidos en el mismo de manera específica, la presente Directiva permite que sean los Estados miembros quienes definan dichos términos en conformidad con el derecho y las prácticas nacionales». En la sentencia Sibilio, el Tribunal de Justicia, preguntado acerca de la calificación de la relación entre trabajadores socialmente útiles y la Administración italiana, declaró que incumbe a los Estados miembros y/o a los agentes sociales definir lo que constituye un contrato o una relación laboral incluida en el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, con arreglo a la cláusula 2, apartado 1, de éste. [12] Corresponde al juez remitente, único competente para interpretar el Derecho interno, [13] pronunciarse acerca de la calificación del personal eventual de «trabajador».

11 — En efecto, la petición de decisión prejudicial indica que la dificultad radica en determinar «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». Afirma que la «profesionalidad» se caracteriza por los tres rasgos enunciados en el punto 20 *supra*.

12 — Sentencia Sibilio (C-157/11, EU:C:2012:148), apartado 45.

13 — Es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado que «la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco [sobre el trabajo de duración determinada] se aplican a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral de duración determinada que los vincule a su empleador» (sentencias Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 28; Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, apartado 114; Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 42; Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 40; Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 33; Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, EU:C:2014:2401, apartado 68; auto León Medialdea, C-86/14, EU:C:2014:2447, apartado 39, y sentencia Nisttahuz Poclava, C-117/14, EU:C:2015:60, apartado 31).
Sin embargo, el Tribunal de Justicia nunca ha precisado qué debe considerarse una «prestación» ni una «retribu[ción]»: no creo que una definición tan general pueda inmiscuirse en la competencia de los Estados miembros.
A mayor abundamiento, deseo señalar que tal definición se distingue de la adoptada por el Tribunal de Justicia en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores, que incluía un tercer criterio, el de la subordinación (sentencia Lawrie-Blum, 66/85, EU:C:1986:284, apartado 17). Como señalan los Abogados Generales Kokott y Poiares Maduro, el concepto de «trabajador» no es unívoco: varía en función del instrumento del Derecho de la Unión de que se trate (conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto Wippel, C-313/02, EU:C:2004:308, punto 43, y conclusiones del Abogado General Poiares Maduro presentadas en el asunto Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:3, punto 11). Es posible que sea necesario ver en la omisión de ese tercer criterio la intención del Tribunal de Justicia de tener en cuenta el desarrollo de relaciones laborales «atípicas», en las que la distinción entre trabajo por cuenta ajena y trabajo por cuenta propia pierde sentido: véase Barnard, C., *EU Employment Law*, Fourth Edition, Oxford University Press, 2012, pp. 144 y 152 a 154.

22. La competencia de los Estados miembros para definir el contrato o la relación laboral sólo conoce una reserva; no pueden, como declaró el Tribunal de Justicia en la misma sentencia Sibilio, excluir arbitrariamente a una categoría de personas del derecho a la protección ofrecida por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada.[14] En efecto, el considerando 17 de la Directiva 1999/70 precisa que los Estados definirán los términos que no están definidos por el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada a condición de que dichas definiciones respeten el contenido de dicho Acuerdo marco. Por tanto, la definición por el Derecho interno del contrato o de la relación laboral no puede poner en peligro los objetivos y el efecto útil del mismo Acuerdo marco. De este modo, el Tribunal de Justicia ha declarado que los Estados miembros no pueden excluir a los empleados públicos del derecho a la protección del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada: «la definición, a efectos del Acuerdo marco [sobre el trabajo de duración determinada,] del concepto de "trabajador con contrato de duración determinada", formulada en la cláusula 3, apartado 1, de dicho Acuerdo, engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan».[15] Del mismo modo, en la sentencia Sibilio, el Tribunal de Justicia señaló que la República Italiana no podía aplicar una calificación formal distinta de la de «relación laboral» cuando «esta calificación formal es meramente ficticia, disfrazando de este modo una relación laboral real en el sentido [del] Derecho [italiano]».[16] En la sentencia O'Brien, en la que el Tribunal de Justicia debía conocer de la relación que vincula a los jueces a tiempo parcial con la Administración irlandesa, éste consideró que Irlanda sólo podía negarse a calificarla de relación laboral si «la naturaleza de la relación laboral de que se trata es sustancialmente diferente de la que vincula con sus empleadores a los empleados que pertenecen, según el Derecho nacional, a la categoría de trabajadores».[17] Para llevar a cabo esta comparación, el juez remitente debía tener en cuenta las modalidades de nombramiento y de separación de los jueces, así como el modo de organizar su trabajo (horarios, períodos de trabajo, flexibilidad) y el hecho de que tenían derecho a prestaciones sociales (indemnización por enfermedad, prestaciones por maternidad y por paternidad).[18]

23. En otras palabras, si bien el Tribunal de Justicia, con arreglo a la cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, no define la relación laboral, exige no obstante que tal definición no se aplique de modo arbitrario: requiere que los criterios de la «relación laboral», tal como los define la normativa nacional aplicable, se apliquen del mismo modo a todas las personas que solicitan la protección del mencionado Acuerdo marco.[19]

24. Por consiguiente, debe responderse al tribunal remitente que, aunque corresponde a los Estados miembros definir el contrato o la relación laboral, debe asegurarse de que tal definición no lleve a excluir arbitrariamente a una categoría de personas, en el caso de autos la del personal eventual, del derecho a la protección ofrecida por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco sobre el trabajo de

14 — Sentencia Sibilio (C-157/11, EU:C:2012:148), apartado 51.

15 — Sentencia Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres (C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819), apartado 40.

16 — Sentencia Sibilio (C-157/11, EU:C:2012:148), apartado 49.

17 — Sentencia O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110), apartado 42. La sentencia O'Brien no se dictó para interpretar el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, sino la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES (DO 1998, L 14, p. 9; en lo sucesivo, «Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial»). No obstante, ello es de escasa importancia. En efecto, el tenor de la cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial (según el cual éste «se aplica a los trabajadores a tiempo parcial que tengan un contrato o una relación de trabajo tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro»), es muy próximo al de la cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, controvertido en el presente asunto. Por otro lado, en la sentencia Sibilio, el Tribunal de Justicia cita la sentencia O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110, apartado 51).

18 — Sentencia O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110), apartados 45 y 46.

19 — Véase Robin-Olivier, S., «Le droit social de l'Union est-il capable de réduire la fragmentation de la catégorie des travailleurs ?», *Revue trimestrielle du droit européen*, 2012, p. 480: la autora señala, en relación con la sentencia O'Brien, que «la habilidad del Tribunal de Justicia en ese asunto consiste en llevar a cabo un control en el propio interior del Derecho nacional, según una exigencia de coherencia interna de ese Derecho». El Abogado General Poiares Maduro habla, a propósito de la cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, de «remisión condicional» al Derecho nacional (conclusiones del Abogado General Poiares Maduro presentadas en el asunto Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:3, apartado 15).

duración determinada. En efecto, ha de concederse al personal eventual tal protección cuando la naturaleza de su relación con la Administración Pública no sea sustancialmente diferente de la que vincula a las personas incluidas, según el Derecho español, en la categoría de trabajadores, con sus empleadores.

25. Como señala el tribunal remitente, no puede excluirse al personal eventual, por su condición de empleados públicos, de los derechos que concede el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. [20]

26. En cambio, puede serlo si su relación con la Administración Pública es sustancialmente diferente de la relación que vincula a los trabajadores calificados como tales por el Derecho español con sus empresarios. A este respecto, el tribunal remitente señala que, según el artículo 9, apartado 1, de la LEBEP, los funcionarios de carrera están vinculados a la Administración Pública por «una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de *servicios profesionales retribuidos* de carácter permanente». [21] De este modo, incumbe al tribunal remitente apreciar si la relación del personal eventual con la Administración Pública es sustancialmente distinta de la descrita en el artículo 9, apartado 1, de la LEBEP.

27. Sin embargo, no veo por qué la calificación genérica de «funciones de confianza o asesoramiento especial» no debería incluir el desempeño de «servicios profesionales», y ésta parece ser la opinión del tribunal remitente. También deseo señalar que el artículo 26, apartado 4, de la Ley de Presupuestos de 2012 dispone que «el personal eventual percibirá las retribuciones por sueldo […] correspondientes al grupo o subgrupo de clasificación al que el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas asimile sus funciones […]»: por tanto, el salario base del personal eventual es idéntico al de los funcionarios de carrera clasificados en el mismo grupo. En cuanto a las modalidades de nombramiento y cese, que en la sentencia O'Brien el Tribunal de Justicia consideró un elemento que tenía que tenerse en cuenta para apreciar la diferencia sustancial, me parece que no deben tomarse en consideración en el presente asunto. En efecto, las modalidades de cese son pertinentes para determinar si el personal eventual es un trabajador «con contrato de duración determinada», no si es un «trabajador»; a este respecto, deseo recordar que la sentencia O'Brien se dictó para interpretar el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, no el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, controvertido en el presente asunto. En lo que atañe a las modalidades de nombramiento, ciertamente diferentes porque el personal eventual, al contrario que los funcionarios de carrera, no se selecciona mediante oposición, me parece que no son determinantes, puesto que el personal eventual presta servicios similares a los de los funcionarios de carrera y las retribuciones de ambos son similares.

28. Paso a examinar ahora el segundo elemento del concepto de «trabajador con contrato de duración determinada», en el sentido de la cláusula, 3, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, a saber, el «final del contrato de trabajo o de la relación laboral». A diferencia del concepto de «trabajador», el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada define el «final del contrato de trabajo o de la relación laboral».

20 — Sentencias Adeneler y otros (C-212/04, EU:C:2006:443), apartado 54; Marrosu y Sardino (C-53/04, EU:C:2006:517), apartado 39; Vassallo (C-180/04, EU:C:2006:518), apartado 32; Del Cerro Alonso (C-307/05, EU:C:2007:509), apartado 25; Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres (C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819), apartado 38; Della Rocca (C-290/12, EU:C:2013:235), apartado 34; Fiamingo y otros (C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044), apartado 29, y Mascolo y otros (C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, EU:C:2014:2401), apartado 67.

21 — El subrayado es mío.

2. Sobre la calificación de trabajador «con contrato de trabajo de duración determinada», en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada

29. La cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada define al trabajador con contrato de trabajo de duración determinada como el trabajador vinculado al empresario por un contrato o una relación laboral cuyo «final […] 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».

30. En el caso de autos, la relación de empleo del personal eventual puede finalizar en dos supuestos: automáticamente, al cesar a su superior jerárquico, y libremente, cuando éste así lo decide (se trata, según la expresión del Gobierno italiano, de un cese *ad nutum*). En efecto, el artículo 12, apartado 3, de la LEBEP dispone que «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». La situación era la misma bajo la Ley 30/1984. En efecto, el artículo 20, apartado 2, párrafo segundo, de la Ley 30/1984 disponía que «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».

31. La cuestión de la calificación del personal eventual como trabajador «con contrato de trabajo de duración determinada», en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, no la formula el tribunal remitente, sino el Gobierno español. No obstante, me parece necesario abordar este extremo. Además, la demandante en el litigio principal y la Comisión han presentado observaciones sobre dicho extremo y, según la demandante, fue examinado en el marco del procedimiento nacional.

32. El Gobierno español sostiene que el personal eventual no puede considerarse trabajador «con contrato de trabajo de duración determinada», en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. En efecto, sostiene que el principio que distingue al personal eventual es el de su libre cese, y que, en este supuesto, el final de la relación laboral no viene determinado por una «condición objetiva», en el sentido de dicha disposición. A juicio del Gobierno español, el que el cese del personal eventual se produzca, «en todo caso», automáticamente cuando cese el superior jerárquico, no modifica esta conclusión.

33. La demandante en el litigio principal pone de manifiesto que, según el artículo 12, apartado 1, de la LEBEP, el personal eventual desempeña sus funciones de manera no permanente. En su opinión, el libre cese, al igual que el cese automático debido al cese del superior jerárquico, está determinado por condiciones objetivas. En efecto, la demandante parece considerar que la decisión de cese adoptada por el superior jerárquico constituye en sí misma una «condición objetiva», en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada.

34. No comparto la opinión de la demandante en el litigio principal, según la cual el libre cese por parte del superior jerárquico, sin que tenga que aducir motivos, está determinado por condiciones objetivas, en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. Ciertamente, los supuestos a los que se refiere esta disposición («una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado») no son taxativos: en efecto, en la cláusula 3, apartado 1, de dicho Acuerdo marco esta enumeración aparece precedida de la expresión «tales como». No obstante, la facultad del superior jerárquico de cesar libremente al personal eventual incluye la facultad de no hacerlo: no es seguro que el superior jerárquico vaya a decidir tal cese. En consecuencia, a mi juicio el libre cese del personal eventual no puede considerarse determinado por una «condición objetiva», en el sentido de la cláusula

3, apartado 1, del mencionado Acuerdo marco. [22]

35. Sin embargo, el cese del superior jerárquico sí constituye una condición objetiva que entrañe automáticamente el cese del personal eventual. Dado que puede considerarse que uno de los dos supuestos de cese previstos por el Derecho español determina «el final del contrato de trabajo o de la relación laboral», en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, el personal eventual debe calificarse de trabajador «con contrato de trabajo de duración determinada», en el sentido de esta disposición. Por otro lado, el propio legislador español subraya el carácter subsidiario del libre cese por parte del superior jerárquico, ya que el artículo 12, apartado 3, de la LEBEP dispone que el cese se producirá, en todo caso, cuando cese el superior jerárquico. A mayor abundamiento, la posibilidad del libre cese me parece muy improbable en el caso de autos, dado que no ha tenido lugar en los dieciséis años en que la demandante en el litigio principal ha venido prestando servicios en el Consejo de Estado.

36. Tras haber examinado la aplicabilidad del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada al personal eventual, paso a comprobar si la demandante en el litigio principal ha sido objeto de un trato menos favorable prohibido por la cláusula 4 de dicho Acuerdo marco.

B. *Sobre la segunda cuestión prejudicial*

37. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta al Tribunal de Justicia, en esencia, si el principio de no discriminación enunciado en la cláusula 4, apartado 4, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que no se puede denegar al personal eventual el pago de los trienios abonados a los funcionarios de carrera, a los funcionarios interinos y al personal laboral fijo, temporal o indefinido no fijo.

38. Pues bien, me parece que la cuestión de si la negativa del legislador español a que el personal eventual tenga derecho al complemento salarial controvertido constituye una discriminación debe examinarse a la luz de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, y no de la cláusula 4, apartado 4. En efecto, dicho apartado 4 enuncia la misma prohibición que el apartado 1, [23] pero se refiere a los «criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo», mientras que el apartado 1 se refiere con carácter más general a «condiciones de trabajo». Ahora bien, un complemento salarial no es un criterio de antigüedad. El complemento por antigüedad controvertido no se deniega al personal eventual porque no tenga la antigüedad suficiente, sino porque no es funcionario de carrera. A mayor abundamiento, en los cuatro asuntos en los que el Tribunal de Justicia conoció de un complemento salarial, realizó el examen a la luz de la cláusula 4, apartado 1, de dicho Acuerdo marco. [24]

22 — A este respecto, deseo señalar que el Tribunal de Justicia declaró, en relación con una trabajadora contratada mediante un contrato de trabajo por tiempo indefinido y despedida durante el período de prueba, que dicho período de prueba, durante el cual podía ser despedida libremente, no constituía un contrato de trabajo de duración determinada. «El período de prueba sirve fundamentalmente para comprobar la aptitud y la capacidad del trabajador, mientras que el contrato de trabajo de duración determinada se utiliza cuando el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas» (Nisttahuz Poclava, C-117/14, EU:C:2015:60, apartado 36).

23 — En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que «el apartado 4 de [la cláusula 4] enuncia la misma prohibición [que el apartado 1] por lo que respecta a los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo» (sentencias Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 64, y Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 39, y auto Bertazzi y otros, C-393/11, EU:C:2013:143, apartado 29).

24 — Sentencias Del Cerro Alonso (C-307/05, EU:C:2007:509), apartado 47, y Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres (C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819), apartado 50, y autos Montoya Medina (C-273/10, EU:C:2011:167), apartado 32, y Lorenzo Martínez (C-556/11, EU:C:2012:67), apartado 37. Véase, en particular, el apartado 50 de la sentencia Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres: «dado que el tribunal remitente, en el marco de un litigio relativo al derecho de los funcionarios interinos a un complemento salarial por antigüedad, solicita una interpretación de la expresión "criterios de antigüedad diferentes", que figura en la cláusula 4, apartado 4, del Acuerdo marco, procede señalar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que un complemento salarial por antigüedad, como el controvertido en el litigio principal, reservado por el Derecho nacional únicamente al personal estatutario fijo de los servicios de salud, excluyendo al personal interino, está incluido en el concepto de "condiciones de trabajo" a que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco».

39. Sobre este particular, el Tribunal de Justicia ha declarado que «el Acuerdo marco [sobre el trabajo de duración determinada], y en particular su cláusula 4, tiene por objeto la aplicación [del principio de no discriminación] a los trabajadores con un contrato de duración determinada con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida» [25]. Según reiterada jurisprudencia, el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado. [26] Por tanto, examinaré, en primer lugar, si el personal eventual se encuentra en una situación comparable a la de un funcionario de carrera o interino o a la del personal laboral, y, en segundo lugar, si existe una diferencia de trato. En caso de que sea así, examinaré, en el marco de la respuesta a la tercera cuestión prejudicial planteada por el tribunal remitente, si tal diferencia de trato puede estar justificada por «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco.

1. Sobre el carácter comparable de las situaciones

40. La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada prohíbe el trato menos favorable del trabajador con contrato de trabajo de duración determinada en relación con un trabajador fijo comparable. La cláusula 3, apartado 2, de dicho Acuerdo marco define el «trabajador con contrato de duración indefinida comparable» como el «trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña». Precisa que, «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».

41. A mi juicio, la definición del trabajador fijo «comparable» plantea dos problemas, que analizaré sucesivamente, a saber: qué es un trabajo «idéntico o similar» y cuál es el perímetro de búsqueda del trabajador fijo comparable, si no existe ninguno en el mismo centro de trabajo (en el caso de autos, el Consejo de Estado).

a) Sobre el trabajo «idéntico o similar», en el sentido de la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada

42. La apreciación del carácter «idéntico o similar» del trabajo realizado por el trabajador con contrato de duración determinada que se considera víctima de una discriminación y el trabajador fijo «comparable» incumbe en principio al tribunal remitente. [27]. No obstante, ello no impide al Tribunal de Justicia aportar al tribunal remitente criterios al objeto de guiarle en su apreciación. [28] De este modo, ha indicado que, «para apreciar si determinados trabajadores ejercen un trabajo idéntico o similar, debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable». [29]

25 — Sentencia Nierodzik (C-38/13, EU:C:2014:152), apartado 23.

26 — Sentencia Rosado Santana (C-177/10, EU:C:2011:557), apartado 65.

27 — Auto Montoya Medina (C-273/10, EU:C:2011:167), apartado 39; sentencia Rosado Santana (C-177/10, EU:C:2011:557), apartado 67; auto Lorenzo Martínez (C-556/11, EU:C:2012:67), apartado 44; sentencia Valenza y otros (C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646), apartado 43, auto Bertazzi y otros (C-393/11, EU:C:2013:143), apartado 33, y sentencia Nierodzik (C-38/13, EU:C:2014:152), apartado 32.

28 — Sentencia Marrosu y Sardino (C-53/04, EU:C:2006:517), apartado 54.

29 — Auto Montoya Medina (C-273/10, EU:C:2011:167), apartado 37; sentencia Rosado Santana (C-177/10, EU:C:2011:557), apartado 66; auto Lorenzo Martínez (C-556/11, EU:C:2012:67), apartado 43; sentencia Valenza y otros (C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646), apartado 42; auto Bertazzi y otros (C-393/11, EU:C:2013:143), apartado 32, y sentencia Nierodzik (C-38/13, EU:C:2014:152), apartado 31.

43. ¿En qué consisten exactamente «la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales»?

44. En el auto Montoya Medina, el Tribunal de Justicia validó el análisis del tribunal remitente en aquel asunto, que se basó en un «examen de las figuras jurídicas de los profesores contratados doctores y los profesores ayudantes doctores» para poner de manifiesto que «ambas figuras tienen la misma cualificación académica, pues en los dos casos se exige estar en posesión del doctorado; requieren una experiencia similar —tres años en un caso y dos en el otro—, y a las dos se les atribuye funciones docentes y de investigación». [30] El Tribunal de Justicia no exige al tribunal remitente que lleve a cabo un examen en profundidad de las labores realizadas por los profesores contratados doctores y los profesores ayudantes doctores (por ejemplo, que compruebe si imparten una o varias materias, a qué nivel se imparten, si dirigen tesis) o de su formación (por ejemplo, cuántos años de experiencia poseen efectivamente). [31]

45. En cambio, en la sentencia O'Brien, el Tribunal de Justicia examina más en profundidad el trabajo desarrollado por los trabajadores de que se trataba. Señala que las partes explicaron en la vista que el trabajo de los jueces a tiempo parcial y los jueces a tiempo completo es idéntico, que se ejerce en los mismos órganos jurisdiccionales y en las mismas vistas. [32] A diferencia de lo que hizo en el auto Montoya Medina, el Tribunal de Justicia no se contenta con el mero ejercicio de la misma profesión (la de magistrado). Tras señalar que los criterios establecidos en la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial se basan en el «contenido de la actividad», se asegura, mediante un examen de los órganos judiciales y de las audiencias en las que se ejerce esta actividad, que tiene el mismo «contenido». [33]

46. Pues bien, el Tribunal de Justicia se refirió por primera vez a «la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales» en una sentencia interpretativa del artículo 157 TFUE, apartado 1. [34] En efecto, el artículo 157 TFUE, apartado 1, establece el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. A mayor abundamiento, el auto Montoya Medina, cuando afirma que las situaciones deben compararse teniendo en cuenta estos tres factores, remite a la sentencia Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, [35] dictada para interpretar el artículo 157 TFUE, apartado 1. [36] Por tanto, me parece pertinente examinar la jurisprudencia relativa a este artículo, máxime cuando las sentencias que interpretan el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada en las que el Tribunal de Justicia examina el «trabajo» realizado por los trabajadores afectados son poco numerosas. [37]

30 — Auto Montoya Medina (C-273/10, EU:C:2011:167), apartado 38.

31 — El Tribunal de Justicia sigue un enfoque similar en el auto Lorenzo Martínez, en el que concluye, «sobre la base de las informaciones proporcionadas [...] por el juez remitente» que los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos de la Comunidad Autónoma de Castilla y León se encuentran en una situación comparable, porque ejercen «funciones similares» (la docencia), funciones que no exigen «unas cualificaciones académicas o una experiencia distintas». Véase el auto Lorenzo Martínez (C-556/11, EU:C:2012:67), apartados 45 y 46.

32 — Sentencia O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110), apartado 62.

33 — Sentencia O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110), apartado 61.

34 — Sentencia Royal Copenhagen (C-400/93, EU:C:1995:155), apartado 33.

35 — Sentencia Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse (C-309/97, EU:C:1999:241).

36 — Auto Montoya Medina (C-273/10, EU:C:2011:167), apartado 37.

37 — En aras de la exhaustividad, deseo señalar que, según el Tribunal de Justicia, constituye un indicio de un trabajo idéntico o similar el que la demandante, que había estado empleada previamente por tiempo indefinido con el mismo empresario, ocupaba el mismo puesto en el marco de un contrato de duración determinada (se trataba de un contrato a tiempo parcial, ya que la demandante deseaba jubilarse anticipadamente): tanto la naturaleza del trabajo como las condiciones laborales eran idénticas, ya que se trataba del mismo puesto (sentencia Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 33). El Tribunal de Justicia ha parecido seguir el mismo enfoque en el supuesto inverso, el de demandantes que habían estado contratados anteriormente con contratos de trabajo de duración determinada por el mismo empresario y afirmaban ejercer las mismas funciones en el marco de sus contratos de trabajo por tiempo indefinido (sentencia Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 47, y auto Bertazzi y otros. C-393/11, EU:C:2013:143, apartado 36). Sin embargo, estos asuntos tratan de casos muy concretos, en los que la misma persona había realizado el mismo trabajo en el marco de otro tipo de contrato; por tanto, no nos son de gran ayuda.

47. En la sentencia Brunnhofer, el Tribunal de Justicia conocía de la situación de una demandante que, encargada, en el seno de un banco austriaco, de controlar los créditos del servicio «extranjero», afirmaba ser víctima de una discriminación por razón de sexo. Sostenía que su situación era comparable a la de un compañero contratado por el mismo banco y clasificado en la misma categoría profesional del convenio colectivo aplicable, categoría que agrupaba a los trabajadores con una formación bancaria y que desempeñaban de manera autónoma actividades bancarias cualificadas. El Tribunal de Justicia instó al tribunal remitente a apreciar si la demandante y su compañero de trabajo de referencia efectuaban un trabajo comparable, aun cuando éste era responsable de atender a los grandes clientes y para ello le había sido otorgado un poder especial, mientras que ella, que controlaba los créditos, tenía menos contactos con los clientes y no podía asumir compromisos directamente vinculantes para su empleador. [38] Como puede verse, el Tribunal de Justicia no excluye que los trabajadores afectados, a pesar de ejercer la misma profesión (la de cuadros bancarios) no realicen el mismo trabajo: por tanto, me parece que aprecia esta cuestión de modo estricto, porque tiene en cuenta la diferencia entre las labores realizadas (control de créditos y gestión de cartera de clientes) y el poder especial y las diferentes prerrogativas de los trabajadores afectados.

48. Del mismo modo, me parece que en la sentencia Kenny y otros el Tribunal de Justicia llevó a cabo una apreciación estricta del concepto de mismo trabajo. En dicho asunto, algunas funcionarias del Ministerio de Justicia irlandés se consideraban víctimas de una discriminación por razón de sexo, ya que percibían una retribución inferior a la de sus compañeros de trabajo, que no eran funcionarios del Ministerio de Justicia, sino de la policía, y tenían encomendadas las mismas labores, que eran labores administrativas. El Tribunal de Justicia instó al tribunal nacional a tener en cuenta, por un lado, la diferencia de cualificación profesional entre los funcionarios del Ministerio de Justicia y los policías, y por otro, el hecho de que algunos policías destinados a labores administrativas debían además llevar a cabo otras labores, de carácter operativo, como la comunicación con Europol e Interpol, y que todos los policías podían, en circunstancias excepcionales, ser requeridos para trabajar sobre el terreno por necesidades operativas. [39] Por tanto, el Tribunal de Justicia no excluye que los trabajadores afectados, a pesar de realizar labores comunes idénticas (las labores administrativas) no realicen el «mismo trabajo»; aprecia este concepto de modo estricto, tomando en consideración otras labores, diferentes (las labores de policía). Es cierto que la solución del tribunal remitente podría depender, en el asunto Kenny y otros, de la proporción entre labores administrativas y labores de policía realizadas por los miembros del cuerpo de policía de que se trata. [40]

49. En mi opinión, en el presente asunto debe seguirse más bien el enfoque aplicado por el Tribunal de Justicia en el auto Montoya Medina, en lugar del que adoptó en las sentencias O'Brien, Brunnhofer y Kenny y otros; a mi juicio, el concepto de trabajo «idéntico o similar», en el sentido de la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, debe ser objeto de una interpretación amplia, que no requiere de un examen de las labores realizadas por los trabajadores afectados.

38 — Sentencia Brunnhofer (C-381/99, EU:C:2001:358), apartado 50.

39 — Véase la sentencia Kenny y otros (C-427/11, EU:C:2013:122), apartados 30 y 33.

40 — El Tribunal de Justicia señala (e indica así que se trata de un factor pertinente) que ignora cuál es «el número de miembros de la [policía] […] que se limitan a desempeñar funciones administrativas y el número de ellos que, además, deben realizar labores de carácter operativo, como la comunicación con la Oficina Europea de Policía (Europol) o Interpol». Véase la sentencia Kenny y otros (C-427/11, EU:C:2013:122), apartado 32.

50. En efecto, según reiterada jurisprudencia relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, «habida cuenta de los objetivos que persigue [dicho] Acuerdo marco, […] la cláusula 4 […] debe interpretarse en el sentido de que expresa un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva».[41] De este modo, el Tribunal de Justicia interpretó ampliamente el requisito relativo a las «condiciones de trabajo» a que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del mencionado Acuerdo marco: declaró que el criterio decisivo para determinar si una medida constituye una condición de trabajo era precisamente el del empleo, es decir, la relación de trabajo entre un trabajador y su empresario.[42] A partir de esa afirmación, dedujo que debían considerarse condiciones de trabajo un complemento salarial por antigüedad,[43] una pensión (siempre que dependa de la relación laboral y no se derive de un régimen legal de seguridad social),[44] la indemnización compensatoria por la utilización ilegal de un contrato de trabajo de duración determinada[45] y el plazo de preaviso para la resolución de contratos de trabajo de duración determinada.[46] En particular, señaló en la sentencia Nierodzik que una interpretación de la cláusula 4, apartado 1, que excluyese las condiciones de resolución de un contrato de trabajo de duración determinada de la definición del concepto de «condiciones de trabajo» en el sentido de esta disposición equivaldría a reducir, en detrimento del objetivo de dicha disposición, el ámbito de aplicación de la protección concedida a los trabajadores temporales contra las discriminaciones.[47] Me parece que lo mismo puede predicarse del concepto de trabajo «idéntico o similar», cuyo desempeño define al «trabajador fijo comparable», al que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada: una interpretación de esta disposición que excluyera de la definición del concepto de «trabajador fijo comparable» al trabajador fijo que no realiza exactamente las mismas tareas equivaldría a reducir, incumpliendo el objetivo de la cláusula 4 del mencionado Acuerdo marco, el ámbito de aplicación de ésta. En efecto, tal interpretación privaría al trabajador con contrato de duración determinada que se considera víctima de una discriminación de trabajador de referencia, ya que las tareas realizadas no serían exactamente las mismas.

51. Considero que una interpretación amplia del concepto de trabajo «idéntico o similar» tiene también como consecuencia que el ejercicio de una segunda actividad, diferente de la actividad común, no permite concluir la inexistencia de ese tipo de trabajo, dado que esta segunda actividad representa únicamente una actividad accesoria, es decir, que el trabajador de que se trata dedica menos tiempo a ella que a la actividad común. Del mismo modo, la mera posibilidad de ejercer una segunda actividad, distinta de la común, no permite, a mi juicio, concluir la inexistencia de un trabajo idéntico o similar. Esta solución está en línea con la sentencia O'Brien, en la que el Tribunal de Justicia declaró que «no se sostiene que los jueces a tiempo completo y los [jueces a tiempo parcial] no estén en una situación comparable por la diferencia de carrera entre ellos, debido a que los segundos siempre tengan la posibilidad de ejercer como abogados. En efecto, lo determinante es que ejercen, en esencia, la misma actividad».[48]

52. El tribunal remitente también debe tener en cuenta las tareas realizadas. No obstante, no deben serlo para determinar si el trabajador con contrato de trabajo de duración determinada desempeña un trabajo idéntico o similar al del trabajador con contrato de duración indefinida comparable, sino para comprobar si la desigualdad de trato puede estar justificada por una razón objetiva. Efectivamente, la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada prevé un

41 — Sentencias Del Cerro Alonso (C-307/05, EU:C:2007:509), apartado 38, y Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres (C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819), apartado 49; autos Montoya Medina (C-273/10, EU:C:2011:167), apartado 31, y Lorenzo Martínez (C-556/11, EU:C:2012:67), apartado 36, y sentencias Carratù (C-361/12, EU:C:2013:830), apartado 33, y Nierodzik (C-38/13, EU:C:2014:152), apartado 24.

42 — Sentencias Carratù (C-361/12, EU:C:2013:830), apartado 35, y Nierodzik (C-38/13, EU:C:2014:152), apartado 25.

43 — Sentencia Del Cerro Alonso (C-307/05, EU:C:2007:509), apartado 48.

44 — Sentencia Impact (C-268/06, EU:C:2008:223), apartado 134.

45 — Sentencia Carratù (C-361/12, EU:C:2013:830), apartado 36.

46 — Sentencia Nierodzik (C-38/13, EU:C:2014:152), apartado 29.

47 — Sentencia Nierodzik (C-38/13, EU:C:2014:152), apartado 27.

48 — Sentencia O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110), apartado 62.

razonamiento en dos tiempos: en un primer momento, se trata de examinar si, en lo que atañe a una condición de trabajo, se trata al trabajador con contrato de trabajo de duración determinada concreto de modo menos favorable que a un trabajador con contrato de duración indefinida comparable; en un segundo momento, de comprobar si esta desigualdad de trato puede estar justificada por una razón objetiva.

53. A este respecto, deseo señalar que, aunque en el marco del examen de la desigualdad de trato el Tribunal de Justicia se refiere, como hemos visto, a la «naturaleza del trabajo», [49] en el marco del examen de la justificación de la desigualdad de trato se refiere a la «especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y [a] las características inherentes a las mismas»: [50] el uso de términos diferentes («trabajo» y «tareas») sugiere que el examen de la desigualdad de trato debe limitarse a la comparación del «trabajo», término genérico, mientras que el examen de la justificación debe tener en cuenta las «tareas» realizadas, cuyo carácter «especial» se enfatiza. Por tanto, las «tareas» no deben tomarse en consideración al examinar la desigualdad de trato.

54. Deseo subrayar que el mismo elemento no puede tomarse en cuenta a la vez para demostrar, en un primer momento, la desigualdad de trato, y en un segundo momento, para justificarla. Si la situación de los trabajadores afectados se ha considerado comparable, esto significa que realizan un trabajo idéntico o similar en el sentido de la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. Por tanto, la desigualdad de trato no puede justificarse a continuación por la distinta naturaleza del trabajo realizado. [51] La desigualdad de trato sólo podría estar justificada por la

49 — Véase el punto 42 *supra*.

50 — Véase la sentencia Rosado Santana (C-177/10, EU:C:2011:557), apartado 73: «el concepto [de razones objetivas] requiere que la desigualdad de trato observada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Tales elementos pueden tener su origen, en particular, *en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas* o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro» (el subrayado es mío). Véanse también las sentencias Del Cerro Alonso (C-307/05, EU:C:2007:509), apartado 53 y Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres (C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819), apartado 55; los autos Montoya Medina (C-273/10, EU:C:2011:167), apartado 41, y Lorenzo Martínez (C-556/11, EU:C:2012:67), apartado 48; la sentencia Valenza y otros (C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646), apartado 51, y el auto Bertazzi y otros (C-393/11, EU:C:2013:143), apartado 40.

51 — Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha declarado que «la naturaleza de las funciones ejercidas por [el trabajador con contrato de trabajo de duración determinada de que se trate] y […] la experiencia adquirida en esta condición no son sólo uno de los factores que pueden justificar objetivamente una diferencia de trato con respecto [al trabajador con contrato de duración indefinida comparable]. Figuran también entre los criterios que permiten comprobar si el interesado se halla en una situación comparable respecto de [éste].» (sentencias Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557), apartado 69, y Valenza y otros (C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646), apartado 44, y auto Bertazzi y otros (C-393/11, EU:C:2013:143), apartado 34.
Véase, a este respecto, Tobler, C., «The Prohibition of Discrimination in the Union's Layered System of Equality Law: From Early Staff Cases to the Mangold Approach», en *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, Asser Press, 2013, pp. 443 a 469: «recently, the Court confirmed in another context that the same factual elements may be relevant in the analytically different contexts of comparability and objective justification (Rosado Santana, para. 69), *which is rather confusing*» (p. 464) (el subrayado es mío).
Sin embargo, deseo señalar que este apartado figura, en las sentencias de que se trata, *antes* del apartado relativo a la «especial naturaleza de las tareas», citada en el punto 53 *supra* y según el cual las «tareas» se toman en cuenta para determinar si la desigualdad de trato está justificada. En consecuencia, el apartado relativo a la «especial naturaleza de las tareas» debe entenderse, a mi juicio, como una precisión al aspecto relativo a la «naturaleza de las funciones».

naturaleza diferente del trabajo realizado si se diera al «trabajo […] idéntico o similar» un contenido diferente para cada una de las dos etapas del examen que exige la cláusula 4: la mera «naturaleza del trabajo» para demostrar la desigualdad de trato y la «especial naturaleza de las tareas» para justificarla. [52]

55. Una solución alternativa consistiría en no tener en cuenta el trabajo realizado salvo para demostrar la desigualdad de trato: entonces, sólo podría justificarse mediante la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro, [53] y no por la naturaleza diferente del trabajo. En tal supuesto, sería posible tener en cuenta la especial naturaleza de las tareas para demostrar la desigualdad de trato. No obstante, a mi juicio tal hipótesis no es conforme con el objetivo del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, tal y como lo define su cláusula 1, letra a), a saber, mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación. En efecto, hemos visto que tal objetivo requiere una interpretación amplia de la cláusula 4. A mayor abundamiento, tal parece ser la vía elegida por el Tribunal de Justicia: cuando interpreta esta cláusula 4, se refiere a la especial naturaleza de las tareas en el marco del examen de la justificación. [54]

56. Por consiguiente, a mi juicio procede indicar al tribunal remitente que, habida cuenta de los objetivos del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, el concepto de trabajo «idéntico o similar», en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, no puede ser objeto de interpretación estricta. En consecuencia, la especial naturaleza de las tareas realizadas por los trabajadores de que se trate no puede tenerse en cuenta para determinar si realizan un trabajo idéntico o similar. En cambio, puede serlo para demostrar que la desigualdad de trato está justificada por razones objetivas, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del mencionado Acuerdo marco. Del mismo modo, el ejercicio, real o meramente posible, de una segunda actividad, diferente de la actividad común, no permite afirmar la inexistencia de tal trabajo, siempre que esta segunda actividad sea únicamente una actividad accesoria, es decir, que el trabajador afectado le dedique menos tiempo que a la actividad común.

57. En cuanto a la formación académica, a mi juicio únicamente puede tener una importancia secundaria en relación con la naturaleza del trabajo, cuando se trata de demostrar si las situaciones son comparables. En efecto, me parece discutible considerar, como hizo el Tribunal de Justicia en la sentencia Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, que un médico y un psicólogo no

52 — Por otro lado, el Abogado General Cosmas llamó la atención del Tribunal de Justicia sobre este punto en el asunto Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, que versaba sobre la interpretación del artículo 157 TFUE, apartado 1. La naturaleza del trabajo y las condiciones de trabajo no pueden ser objeto de «doble uso», es decir, usarse a la vez para comparar las prestaciones de trabajo y para justificar la desigualdad de trato, a menos que se definan de diferente modo para cada uso. Según el Abogado General, «para que tenga sentido la posibilidad de dicho doble uso del criterio de la formación [académica] deberá admitirse que este último no tiene un contenido idéntico en el marco de sus dos usos». En aquel caso de autos, tanto médicos como psicólogos titulados (que, por tanto, no son médicos) ejercían la misma actividad (la psicoterapia). El Abogado General proponía tomar en consideración la formación académica tanto para determinar si las situaciones eran comparables como para examinar, en su caso, si la diferencia de trato estaba justificada. Por tanto, sugería dar un contenido diferente al criterio de la formación académica a cada una de estas dos etapas: según él, el carácter comparable de las situaciones sólo podía excluirse si la formación profesional fuera «fundamentalmente diferente», mientras que podía admitirse la justificación desde el momento en que la formación académica fuera simplemente «diferente» (conclusiones del Abogado General Cosmas presentadas en el asunto Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, C-309/97, EU:C:1999:8, punto 33).
El Tribunal de Justicia no retoma la distinción propuesta por el Abogado General: considera que las situaciones no son comparables, y, por tanto, no se pronuncia sobre la justificación y sus criterios (sentencia Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, C-309/97, EU:C:1999:241, apartado 20). Tampoco se ha mostrado más claro sobre este extremo en las sentencias Royal Copenhagen (C-400/93, EU:C:1995:155), apartado 42, y JämO (C-236/98, EU:C:2000:173), apartados 48 y 52.

53 — Véase el punto 86 *infra*.

54 — Deseo señalar que tener en cuenta la «especial naturaleza de las tareas», no para demostrar si las situaciones son comparables, sino para comprobar si la diferencia de trato puede estar justificada, podría tener como consecuencia aligerar la carga de la prueba que recae sobre el trabajador con contrato de trabajo de duración determinada, lo que me parece conforme con el objetivo del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada tal como se define en su cláusula 1, letra a). Ciertamente, dicho Acuerdo marco no dice nada acerca del reparto de la carga de la prueba y la jurisprudencia sobre él no aporta precisión alguna. No obstante, me parece que el trabajador con contrato de duración determinada que se considera víctima de una discriminación podría tener dificultades para demostrar que realiza exactamente las mismas tareas que el trabajador fijo que tiene derecho a la ventaja que se le deniega, en particular si éste presta sus servicios en otro centro de trabajo. En consecuencia, exigirle que demuestre, no que realiza un trabajo idéntico o similar, sino que desempeña exactamente las mismas tareas, podría dificultarle, en la práctica, invocar la protección de la cláusula 4 de dicho Acuerdo marco.

se encuentran en situaciones comparables por el mero hecho de que sus títulos son diferentes, desde el momento en que ejercen exactamente el mismo trabajo.[55] Ello equivale a postular que, como tienen una formación académica diferente, su trabajo es en realidad diferente, y no porque tenga un objeto diferente (la actividad ejercida era la misma, la psicoterapia), sino porque se lleva a cabo de modo diferente. Ahora bien, no me parece que tener en cuenta, para determinar si el trabajo es idéntico o similar, no sólo el objeto del trabajo, sino también el modo en que se lleva a cabo, responda al objetivo del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que requiere una interpretación amplia de su cláusula 4, apartado 1.

58. En el caso de autos, la demandante considera que ha sido víctima de una discriminación en relación con todos los empleados públicos que tienen derecho a los trienios cuyo derecho a percepción se le deniega, es decir, los funcionarios de carrera, los funcionarios interinos y el personal laboral.

59. Pues bien, no se puede considerar que la demandante se halle en una situación comparable al conjunto de empleados públicos, con independencia de su actividad: su situación sólo es comparable con la de los empleados públicos que ejercen un trabajo «idéntico o similar», en el sentido de la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada.

60. A este respecto, el Gobierno español sostiene que el personal eventual no realiza un trabajo idéntico o similar al del resto de empleados públicos, porque realiza un trabajo específico, a saber, funciones de confianza o de asesoramiento especial.

61. No obstante, en mi opinión esta alegación no puede aceptarse.

62. Es cierto que, según el artículo 12, apartado 1, de la LEBEP, el personal eventual «*sólo* realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial».[56] También es cierto que, según el artículo 9, apartado 2, de la misma Ley el personal eventual no puede ejercer «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». El Tribunal Supremo, en una sentencia de 17 de marzo de 2005, precisó que «[deben] quedar vedadas [al] 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».[57]

63. Sin embargo, por un lado, me cuesta entender de qué modo la confianza caracteriza al trabajo de la demandante por oposición al del resto de los empleados públicos: ciertamente, la confianza del superior jerárquico es necesaria para ejercer determinadas funciones realizadas por otros empleados públicos.[58] Por otro lado, aunque el personal eventual no puede ejercer, empleando la fórmula del Tribunal Supremo citada en el punto anterior, las funciones normales de la Administración Pública, en cambio los funcionarios de carrera pueden ejercer las «funciones de confianza o de asesoramiento

55 — Sentencia Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse (C-309/97, EU:C:1999:241), apartado 20: «de las indicaciones contenidas en la resolución de remisión se desprende que, si bien los psicólogos y los médicos empleados como psicoterapeutas […] ejercen una actividad aparentemente idéntica, utilizan, para tratar a sus pacientes, conocimientos y capacidades adquiridas en disciplinas muy diferentes, unas fundadas en estudios de psicología y otras en estudios de medicina». Véanse también las conclusiones del Abogado General Cosmas presentadas en el asunto Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse (C-309/97, EU:C:1999:8), punto 35: «aunque, en función de su objeto, ejerzan aparentemente la misma actividad, a saber, la psicoterapia, tienen conocimientos, experiencia y, por tanto, capacidades terapéuticas fundamentalmente distintos, circunstancia que influye de manera decisiva en el trabajo realizado».

56 — El subrayado es mío.

57 — Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, recurso nº 4245/1999 (ROJ STS 1711/2005).

58 — La demandante alega que, en su condición de secretaria, no ejerce funciones de «asesoramiento especial».

especial» que normalmente ejerce el personal eventual. En efecto, el artículo 26, apartado 4, de la Ley de presupuestos de 2012, del mismo modo que el artículo 24, apartado 2, de la Ley 22/2013, de presupuestos para 2014, aluden a los «funcionarios de carrera que, en situación de activo o de servicios especiales, ocupen puestos de trabajo reservados a personal eventual».

64. Por consiguiente, no es posible excluir, basándose exclusivamente en la normativa española, que el personal eventual realice un trabajo idéntico o similar al de algunos empleados públicos. Por tanto, el tribunal remitente debe comprobar si el trabajo efectivamente realizado por la demandante, es decir, tareas de oficina, es idéntico o similar al trabajo realizado por determinados empleados públicos con contrato de trabajo de duración indeterminada.

65. Sobre este particular, deseo recordar que la demandante es jefa de la Secretaría del Consejero Permanente Presidente de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

66. Existen otras secretarias en la Sección Segunda del Consejo de Estado. En efecto, si la demandante en el litigio principal es «jefa de la Secretaría» de la Sección Segunda, es porque ésta tiene varias secretarias. Ciertamente, existen otras secretarias en el resto de secciones del Consejo de Estado. Por tanto, el tribunal nacional debe comprobar si éstas, contrariamente a la demandante, han sido nombradas por tiempo indefinido. Si éste es el caso, a mi juicio su trabajo deberá considerarse idéntico o similar al de la demandante.

67. Es posible que existan diferencias entre las tareas realizadas por la demandante, como jefa de la Secretaría, y las de las secretarias de base, que no dirigen una Secretaría. Por ejemplo, la demandante podría ser la responsable de la gestión de la agenda del Presidente de la Sección Segunda y de los contactos con las otras secciones del Consejo de Estado, tareas que no cumplen las secretarias de base. No obstante, creo que tales diferencias entre las tareas realizadas por la jefa de la Secretaría y las secretarias de base deben tenerse en cuenta, no para determinar si su trabajo es idéntico o similar, y, por tanto, si sus situaciones son comparables, sino para determinar si la diferencia de trato puede estar justificada.

68. Sin embargo, no se puede excluir que todas las secretarias del Consejo de Estado, dirijan o no una secretaría, tengan una relación de servicios temporal. En este caso, en mi opinión no se puede concluir que la demandante no puede acogerse a la protección de la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. En efecto, la cláusula 3, apartado 2, de dicho Acuerdo dispone que, «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». Me parece que el Consejo de Estado puede considerarse equivalente a un centro de trabajo en el sector público. ¿Cuál es el perímetro de búsqueda del trabajador fijo comparable si no existe ninguno en el Consejo de Estado: se trata de las secretarias de otros órganos consultivos españoles, o de secretarias de la Administración Pública española, judicial o no?

b) Sobre el perímetro de referencia, a falta de un trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo

69. En la sentencia Valenza, el auto Bertazzi y la sentencia Nierodzik, el Tribunal de Justicia consideró trabajadores fijos comparables a las personas que trabajaban para la misma autoridad pública reguladora (la autoridad italiana de competencia y la autoridad italiana para la electricidad y el gas) [59] o el mismo hospital público. [60] Aunque el Tribunal de Justicia no motivó sus opciones, me parece que la misma autoridad reguladora o el mismo hospital pueden considerarse equivalentes, en el sector público, a la expresión «mismo centro de trabajo», que menciona la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada.

70. Sin embargo, en los autos Montoya Medina y Lorenzo Martínez y en la sentencia Rosado Santana, el Tribunal de Justicia consideró trabajadores fijos comparables, en relación con un profesor ayudante doctor de la Universidad de Alicante, a «los profesores contratados doctores del cuerpo docente universitario de la [misma Comunidad Autónoma]». [61] En lo que atañe a una funcionaria interina docente no universitaria que había trabajado en un centro docente público de la Comunidad autónoma de Castilla y León, el Tribunal de Justicia consideró trabajadores fijos comparables a los funcionarios de carrera «del cuerpo docente no universitario que prestan servicios para la [misma Comunidad autónoma]». [62] En lo tocante a un funcionario interino de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Tribunal de Justicia consideró trabajadores fijos comparables a los funcionarios de carrera de la misma Comunidad Autónoma y del mismo Cuerpo. [63] A pesar de que, nuevamente, el Tribunal de Justicia no explicó su elección, considero que no se puede afirmar que estos trabajadores pertenezcan al mismo centro de trabajo, o a su equivalente en el sector público; si ésa hubiera sido la intención del Tribunal de Justicia, habría optado por los trabajadores de la misma universidad, o del mismo centro docente.

71. En cambio, deseo poner de manifiesto que, en los asuntos citados en el punto anterior, las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados estaban reguladas por el mismo texto jurídico, o por un texto con el mismo autor. Las condiciones de trabajo de los profesores ayudantes doctores y de los profesores contratados doctores de la Comunidad Valenciana estaban reguladas por el mismo decreto del Gobierno de esta Comunidad Autónoma. [64] Las retribuciones de los funcionarios interinos y de carrera de la Comunidad Autónoma de Castilla y León las regulaba el mismo decreto anual de esta Comunidad autónoma. [65] El cómputo de la antigüedad de los funcionarios interinos y de carrera de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aunque parece que estaba contenido en dos textos, lo había regulado el legislador español. [66] En consecuencia, es esos asuntos, en mi opinión el Tribunal de Justicia pudo querer definir el perímetro de referencia incluyendo a los trabajadores cuyas condiciones de trabajo estuvieran regidas por el mismo texto jurídico, o por un texto con el mismo autor, que las del trabajador con contrato de trabajo de duración determinada que se consideraba víctima de una discriminación.

59 — Sentencia Valenza y otros (C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646), apartado 43, y auto Bertazzi y otros (C-393/11, EU:C:2013:143), apartado 33.

60 — Sentencia Nierodzik (C-38/13, EU:C:2014:152), apartado 32.

61 — Auto Montoya Medina (C-273/10, EU:C:2011:167), apartado 39.

62 — Auto Lorenzo Martínez (C-556/11, EU:C:2012:67), apartado 46.

63 — Sentencia Rosado Santana (C-177/10, EU:C:2011:557), apartados 67 y 83.

64 — Auto Montoya Medina (C-273/10, EU:C:2011:167), apartado 13.

65 — Auto Lorenzo Martínez (C-556/11, EU:C:2012:67), apartados 10 a 17.

66 — Sentencia Rosado Santana (C-177/10, EU:C:2011:557), apartados 10 a 12.

72. Tal definición del perímetro de referencia puede explicarse mediante un razonamiento similar al seguido por el Tribunal de Justicia en la sentencia Lawrence y otros. [67] En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 157 TFUE, apartado 1, sólo se aplica a las personas que trabajan para el mismo empresario. En efecto, si los trabajadores afectados prestan servicios para empresarios distintos, las diferencias de remuneración no son imputables a una única causa. En consecuencia, falta una entidad que sea responsable de la desigualdad y que pudiera restablecer la igualdad de trato. Pues bien, en las sentencias citadas en el punto 70 *supra*, las condiciones de trabajo podían atribuirse claramente a la misma causa, bien el Gobierno de la Comunidad Autónoma de que se tratara, bien el legislador español. A mayor abundamiento, el Tribunal de Justicia precisa en la sentencia Lawrence que las diferencias de remuneración pueden atribuirse a una única causa en tres supuestos: cuando «[su] causa directa sean *disposiciones legislativas* o convenios colectivos de trabajo, así como en el supuesto de que el trabajo se realice en un mismo establecimiento o servicio, privado o público». [68] Por tanto, según el Tribunal de Justicia el legislador puede considerarse una única causa que autoriza la comparación con el conjunto de trabajadores cuyo régimen retributivo ha fijado.

73. Apoya también esta definición del perímetro de referencia la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. Ésta prevé que, a falta de trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, la comparación se efectuará de conformidad con la legislación nacional. Ahora bien, elegir como trabajadores fijos comparables a los trabajadores cuyas condiciones de trabajo están reguladas por la misma ley que las del trabajador con contrato de duración determinada equivale a definir el perímetro de referencia de conformidad con la legislación nacional.

74. En consecuencia, a mi juicio, si no se puede identificar ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, éste debe buscarse entre los trabajadores cuyas condiciones de trabajo pueden atribuirse a la misma causa. Dicha solución, en relación con el sector público, donde la autoridad pública define las condiciones de trabajo, [69] permite adoptar una definición amplia del perímetro de referencia, con arreglo a los objetivos del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. Desearía formular una única reserva al razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia en los asuntos citados en el punto 70 *supra*: me parece que, para respetar el tenor de la cláusula 3, apartado 2, de dicho Acuerdo marco, debe buscarse si existe un trabajador fijo comparable dentro del mismo centro de trabajo, esto es, en relación con el sector público, de la misma entidad, de la misma Administración o del mismo servicio, antes de buscar a tal trabajador entre aquellos cuyas condiciones de trabajo pueden atribuirse a la misma causa.

75. Por consiguiente, en el caso de autos debe buscarse un trabajador fijo comparable en primer lugar en el Consejo de Estado. Si no existe ninguno en el Consejo de Estado, debe buscarse entre los trabajadores cuyas condiciones de trabajo están reguladas por la LEBEP (que define las retribuciones de los funcionarios de carrera y que precisa que, en principio, el régimen de los funcionarios de carrera es aplicable al personal eventual) y las leyes de presupuestos (que definen las retribuciones del personal eventual y excluyen los trienios controvertidos): las condiciones retributivas del personal

67 — Sentencia Lawrence y otros (C-320/00, EU:C:2002:498), apartado 18. Véase también la sentencia Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18), apartado 46.

68 — Sentencia Lawrence y otros (C-320/00, EU:C:2002:498), apartado 17. El subrayado es mío.

69 — Sobre este particular, deseo señalar que la definición del perímetro de referencia en el sentido de que comprende a los trabajadores cuyas condiciones de trabajo pueden atribuirse a una única causa puede llevar, al aplicarse al sector privado, a definir un perímetro restringido. De este modo, la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada dispone que, a falta de trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable: si el convenio colectivo aplicable es un convenio colectivo de empresa, el perímetro de referencia estará limitado a los trabajadores de la empresa de que trate. Además, la definición del perímetro de referencia en función de la causa de las condiciones de trabajo puede conducir a aplicar para el mismo trabajo (el de secretaria) un perímetro más restringido para los trabajadores del sector privado (para las secretarias con contrato de trabajo de duración determinada del sector privado, las secretarias fijas de la misma empresa, siempre que el convenio colectivo aplicable sea un convenio de empresa) que para los trabajadores del sector público (para las secretarias con contrato de trabajo de duración determinada del sector público, las secretarias fijas de la Administración Pública en su conjunto). Sin embargo, me parece que estas consecuencias se desprenden del tenor de la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. En efecto, éste establece una comparación haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales: por tanto, deja a los Estados miembros la libertad de definir el perímetro de referencia.

eventual y de los funcionarios de carrera tienen la misma causa, a saber, el legislador español. Me parece que, a falta de trabajador fijo comparable en el Consejo de Estado, debería buscarse en primer lugar entre las secretarias de los otros órganos consultivos o jurisdiccionales españoles. En efecto, la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada exige que tal trabajador se busque dentro del mismo centro de trabajo, es decir, del menor perímetro posible, antes de ampliar el perímetro de referencia. En consecuencia, buscar al trabajador dentro de los otros órganos consultivos o jurisdiccionales españoles antes de ampliar, en su caso, la búsqueda a funcionarios de otras Administraciones, me parece conforme con el espíritu de la cláusula 3, apartado 2, de dicho Acuerdo marco.

76. Tras haber indicado a qué trabajadores fijos debe compararse la demandante en el litigio principal, y con arreglo a qué criterios, paso ahora a examinar si la demandante ha sido objeto de un trato menos favorable.

2. Sobre la diferencia de trato

77. El litigio principal versa sobre el abono de los trienios previstos en el artículo 23 de la LEBEP.

78. La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada prohíbe la discriminación de los trabajadores con contrato de duración determinada por lo que respecta a las condiciones de trabajo. Pues bien, el Tribunal de Justicia ha declarado que los trienios son una «condición de trabajo», en el sentido de dicha disposición.[70] En la sentencia Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, el Tribunal de Justicia conoció, en particular, de los trienios controvertidos en el litigio principal (aunque en aquella sentencia, las demandantes eran funcionarias interinas, mientras que la Sra. Regojo Dans es personal eventual).[71]

79. El artículo 23, letra b), de la LEBEP establece que los funcionarios de carrera tienen derecho a los trienios, definidos como 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». El artículo 25, apartado 1, de la LEBEP dispone que los funcionarios interinos percibirán los trienios. En cambio, el artículo 26, apartado 4, de la Ley de presupuestos de 2012, relativo a las retribuciones del personal eventual, no menciona los trienios: por tanto, este personal no los percibe, como a mayor abundamiento explica el tribunal remitente.

80. Por consiguiente, existe una diferencia de trato entre el personal eventual, que, como hemos visto, es un trabajador «con contrato de duración determinada», en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada y que no percibe el complemento salarial controvertido, y los funcionarios de carrera, que lo perciben y acerca de los cuales no se discute que son trabajadores fijos.

70 — Sentencias Del Cerro Alonso (C-307/05, EU:C:2007:509), apartados 47 y 48, y Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres (C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819), apartado 50; autos Montoya Medina (C-273/10, EU:C:2011:167), apartado 32, y Lorenzo Martínez (C-556/11, EU:C:2012:67), apartado 37.

71 — Sentencia Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres (C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819), apartado 20.

81. En cambio, los funcionarios interinos, que perciben el complemento salarial controvertido, son funcionarios que prestan servicios de duración determinada.[72] Por ende, la diferencia de trato entre el personal eventual y los funcionarios interinos no está incluida en la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, según la cual los trabajadores con contratos de duración determinada no deben ser tratados de manera menos favorable que los trabajadores *fijos* comparables.[73]

82. Del mismo modo, en lo que atañe al personal laboral, sólo puede existir diferencia de trato con el personal laboral fijo [en efecto, el artículo 8, apartado 2, letra c), de la LEBEP establece que el personal laboral puede ser fijo o temporal], siempre que perciban el complemento salarial controvertido.

83. Tras haber examinado la existencia de una diferencia de trato, me dispongo a analizar su justificación.

C. *Sobre la tercera cuestión prejudicial*

84. Mediante su tercera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta al Tribunal de Justicia si el régimen de nombramiento y cese libres del personal eventual constituye una razón objetiva que puede justificar la desigualdad de trato, en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada.

85. La cláusula 4, apartado 1, de dicho Acuerdo marco dispone que, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

72 — En la sentencia Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres (C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819), el Tribunal de Justicia declaró que el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada era aplicable a los funcionarios interinos españoles (cuyas condiciones de trabajo, al igual que en el presente asunto, estaban reguladas por la LEBEP).

73 — Deseo poner de manifiesto que la situación de la que conoce el Tribunal de Justicia en el presente asunto se distingue de la que dio lugar al auto Rivas Montes (C-178/12, EU:C:2013:150).
En dicho auto, el Tribunal de Justicia conocía de la norma española que establecía, en relación con los funcionarios de carrera, la consideración, para calcular un complemento salarial por antigüedad, de todos los períodos de servicio anteriores, con independencia de la Administración en la que hubiesen sido prestados. En cambio, la misma norma disponía, en relación con el personal laboral, que sólo se consideraran los períodos de servicio prestados en la misma Administración. El Tribunal de Justicia declaró que no era competente para pronunciarse sobre la conformidad de esta norma española con la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. Señaló que el personal laboral tenía contratos de duración determinada o de duración indeterminada, y que se trataba del mismo modo a todo el personal laboral (sólo se tomaban en cuenta los períodos de servicios prestados en la misma Administración). Dedujo de ello que la diferencia de trato alegada estaba fundada, no en el carácter determinado o por tiempo indefinido de la relación laboral, sino en su naturaleza jurídica (su carácter estatutario o contractual). Por tanto, tal diferencia de trato no estaba incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.
Ahora bien, en el auto Rivas Montes, en el que un miembro del personal laboral con contrato de trabajo de duración determinada invocaba la aplicación de la mencionada cláusula 4, no todo el personal laboral era personal temporal, sino que algunos eran fijos, y no obstante se trataba a todos del mismo modo. Por el contrario, en el presente asunto, en el que un miembro del personal eventual invoca la aplicación de la misma cláusula 4, todos los miembros del personal eventual son nombrados con carácter temporal y se trata a todos del mismo nodo (ninguno tiene derecho al complemento salarial controvertido).
En todo caso, la solución aplicada por el Tribunal de Justicia en el auto Rivas Montes me parece discutible. En efecto, en la medida en que la demandante había sido contratada con carácter temporal y en que ciertos trabajadores fijos (los funcionarios de carrera) disfrutaban de la ventaja que se le denegaba, a mi juicio habría sido preferible considerar que se había producido una desigualdad de trato prohibida por la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. Denegar, como hizo el Tribunal de Justicia, a la Sra. Rivas Montes el derecho a la aplicación de dicha cláusula 4, equivale a exigir que *todos* los trabajadores fijos comparables (funcionarios de carrera y personal laboral fijo), y no sólo *algunos* trabajadores fijos comparables (los funcionarios de carrera), tengan derecho a la ventaja que se deniega al trabajador con contrato de duración determinada que se considera víctima de una discriminación. A mi parecer, se trata de una interpretación estricta de la mencionada cláusula 4, mientras que los objetivos de dicho Acuerdo marco y su efecto útil requieren una interpretación amplia de la misma cláusula, Por último, deseo señalar que, en el auto Vino, en el que se apoya el Tribunal de Justicia en el auto Rivas Montes, ningún trabajador fijo podía beneficiarse de la ventaja que pretendía el demandante, porque esta ventaja consistía en la indicación obligatoria, en el contrato de trabajo de duración determinada, de la razón por la que se había celebrado por una duración determinada (la omisión de tal indicación entrañaba la conversión del contrato en contrato de trabajo por tiempo indefinido). Por tanto, se trataba claramente de una diferencia de trato entre algunos trabajadores con contratos de duración determinada (los que, como el demandante, prestaban servicios para el servicio de Correos italiano) y otros trabajadores con contratos de duración determinada (aquellos a los que se aplicaban las disposiciones del Derecho común, es decir, cuyo contrato debía mencionar la razón por la que se había celebrado por una duración determinada). Véase el auto Vino (C-20/10, EU:C:2010:677), apartados 15, 16 y 57.

86. Según reiterada jurisprudencia, el concepto de «razones objetivas» debe entenderse en el sentido de que no permite justificar una diferencia de trato por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo. La diferencia de trato debe estar justificada por 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. Además, debe respetar el principio de proporcionalidad, es decir, responder a una necesidad real, ser apta para alcanzar el objetivo perseguido y ser necesaria a tal efecto. Pueden ser «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, en particular, «la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada» y «la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro». [74]

87. El régimen de nombramiento y cese libres, propio del personal eventual, no puede constituir una «raz[ón] objetiv[a]» en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. En efecto, según reiterada jurisprudencia, admitir que la mera naturaleza temporal de una relación laboral basta para justificar tal diferencia privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco y equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada. [75]

88. En cambio, me parece que el objetivo de recompensar la fidelidad del personal mediante el complemento salarial controvertido constituye, como sostiene el Gobierno español, un objetivo de política social que puede justificar la desigualdad de trato. Sin embargo, es necesario además que la medida nacional sea apta para lograr tal objetivo y proporcionada. Pues bien, recuerdo que la demandante en el litigio principal, que tiene 31 años y medio de antigüedad en la Administración Pública española, no ha cobrado nunca el complemento salarial controvertido. Por tanto, dudo de que esa medida sea proporcional.

89. En cuanto a la naturaleza especial de las tareas, hemos visto que constituye una «raz[ón] objetiv[a]», en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. Incumbe al tribunal remitente determinar si las tareas que realiza la demandante en el litigio principal pueden justificar la denegación del complemento salarial controvertido. No obstante, deseo señalar que si las tareas de la demandante en el litigio principal se distinguen de las de las otras secretarias es porque ejerce prerrogativas de las que no dispone el resto de secretarias, debido a sus funciones de gestión y dirección. Ahora bien, me cuesta entender cómo la realización de tareas suplementarias justifica la negativa a abonar un complemento salarial.

IV. **Conclusión**

90. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo:

1) Las cláusulas 2, apartado 1, y 3, apartado 1, del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, deben interpretarse en el sentido de que incumbe a los Estados miembros definir el contrato o la relación laboral. No obstante, incumbe al juez nacional asegurarse de que tal definición no lleve a excluir arbitrariamente a la categoría del personal eventual del derecho a la protección ofrecida por el Acuerdo marco. En efecto, ha de

74 — Sentencia Valenza y otros (C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646), apartados 50 y 51), y auto Bertazzi y otros (C-393/11, EU:C:2013:143), apartados 39 y 40.

75 — Sentencia Valenza y otros (C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646), apartado 52, y auto Bertazzi y otros (C-393/11, EU:C:2013:143), apartado 41.

concederse al personal eventual tal protección cuando la naturaleza de su relación con la Administración Pública no sea sustancialmente diferente de la que vincula a las personas incluidas, según el Derecho español, en la categoría de trabajadores, con sus empleadores.

2) La cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que constituye una condición objetiva que determina el final de la relación laboral el cese automático del trabajador debido al cese de su superior jerárquico, aunque la relación laboral puede finalizar igualmente por una mera decisión del superior jerárquico.

3) Para apreciar si determinados trabajadores realizan un trabajo idéntico o similar, en el sentido de la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo marco, debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable. A este respecto, a la luz de los objetivos del Acuerdo marco, el concepto de «trabajo idéntico o similar» no puede ser objeto de interpretación estricta. Por tanto, no se pueden tener en cuenta, para determinar si los trabajadores realizan un «trabajo idéntico o similar», la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se ha celebrado el contrato de duración determinada y las características inherentes a éstas. Tampoco puede tenerse en cuenta el ejercicio, real o meramente posible, de una segunda actividad, distinta de la actividad común, cuando la segunda actividad no es sino accesoria respecto de la actividad común.

4) La cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que, cuando no existe un trabajador fijo comparable en la misma autoridad pública, o en el mismo servicio de una Administración Pública, éste debe buscarse dentro de los trabajadores fijos cuyas condiciones de trabajo hayan sido definidas por el mismo autor y que realicen un trabajo «idéntico o similar».

5) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que un complemento salarial por antigüedad está incluido en el concepto de «condición de trabajo», en el sentido de dicha disposición.

6) Un régimen de nombramiento y cese libres de los trabajadores con contrato de duración determinada no puede constituir una razón objetiva que justifica una desigualdad de trato, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco. En cambio, el objetivo de recompensar la fidelidad del personal a la Administración Pública constituye tal razón objetiva. No obstante, la negativa a conceder un complemento salarial por antigüedad a un empleado público que ha prestado más de treinta años de servicio en la Administración Pública no puede considerarse apta para alcanzar tal objetivo. En cuanto a la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se ha celebrado el contrato de duración determinada y las características inherentes a éstas, constituyen una «razón objetiva», en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco. Sin embargo, el ejercicio por parte del trabajador con contrato de duración determinada de prerrogativas de las que no dispone el trabajador fijo no puede justificar el trato menos favorable otorgado al primero.