CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. ELEANOR SHARPSTON presentadas el 12 de mayo de 2011 [1]

1. Mediante la presente petición de decisión prejudicial, se solicita una vez más al Tribunal de Justicia que interprete el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 entre la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria de la Comunidad Europea (UNICE) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP) (en lo sucesivo, «Acuerdo marco»), que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE (en lo sucesivo, «Directiva»). [2]

2. La problemática específica que se plantea en el presente asunto se refiere a la compatibilidad con la cláusula 4 del Acuerdo marco de una disposición de las bases que regulan un procedimiento de promoción interna. La disposición en cuestión requería que los candidatos hubieran adquirido una determinada antigüedad como funcionarios de carrera para poder participar en dicho procedimiento. En consecuencia, los funcionarios cuya antigüedad hubiera sido adquirida en condición de funcionarios interinos no podían participar.

1 — Lengua original: inglés.

2 — Directiva del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (DO L 175, p. 43).

Marco legal

Normativa de la Unión Europea

3. El párrafo segundo del preámbulo del Acuerdo marco dispone:

«Las partes de este Acuerdo [CES, UNICE y CEEP] reconocen que los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores. También reconocen que los contratos de trabajo de duración determinada responden, en ciertas circunstancias, a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores.»

4. La cláusula 1 del Acuerdo marco establece:

«El objeto del presente Acuerdo marco es:

a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación;

[…].»

5. La cláusula 3 del Acuerdo marco dispone:

«A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por:

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

2. "trabajador con contrato de duración indefinida comparable": un trabajador con un contrato o relación laboral de duración 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. […]»

6. La cláusula 4 del citado Acuerdo marco, titulada «Principio de no discriminación», precisa:

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

[…]

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

7. La cláusula 8, apartado 5, de dicho Acuerdo marco dispone:

«La prevención y la resolución de los litigios y quejas que origine la aplicación del presente Acuerdo se resolverán de conformidad con la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales.»

Derecho nacional

8. El auto de remisión establece que, además de la Directiva y el Acuerdo marco, el Sr. Rosado Santana invoca a) el artículo 14 de la Constitución Española, que consagra el principio de igualdad ante la ley, y b) el artículo 1

de Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de Reconocimiento de Servicios Previos en la Administración Pública (en lo sucesivo, «Ley 70/1978»), que establece lo siguiente:

«Uno. Se reconocen a los funcionarios de carrera de la Administración del Estado, de la local, de la institucional, de la de Justicia, de la de jurisdicción del trabajo y de la Seguridad Social la totalidad de los servicios indistintamente prestados por ellos en dichas Administraciones, previos a la constitución de los correspondientes cuerpos, escalas o plazas o a su ingreso en ellos, así como el período de prácticas de los funcionarios que hayan superado las pruebas de ingreso en la Administración Pública.

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

9. El auto de remisión señala que, en el litigio principal, la Junta de Andalucía (en lo sucesivo, «Junta») discute la aplicabilidad de la Ley 70/1978, basándose en que la jurisprudencia nacional establece que la aplicación de esta disposición no puede llevarse a cabo a efectos del cómputo de méritos en un concurso de méritos para funcionarios.

10. En sus observaciones escritas, el Gobierno español alega también que la Ley 70/1978 no es de aplicación. Por su parte, se remite a la Disposición Adicional vigésima segunda de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de reforma de la Función Pública. Esta Disposición enumera determinados criterios de promoción del grupo D al grupo C en la estructura de carrera de la función pública española. Entre ellos se incluye haber prestado diez años de servicio como funcionario de carrera en el primer grupo. Según la Junta, esta Disposición está recogida en la normativa de la Comunidad Autónoma de Andalucía mediante el Decreto 2/2002, de 9 de enero, cuyo artículo 32, apartado 2, está redactado en idénticos términos.

11. El Gobierno español se remite también a la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público. El artículo 10 de dicha Ley se aplica a los funcionarios interinos, y contiene disposiciones relativas a su nombramiento, a la naturaleza de sus funciones y a su cese. [3]

12. El auto de remisión examina seguidamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Dicho Tribunal ha sostenido que la diferenciación retributiva entre funcionarios de empleo y de carrera puede no ser contraria

3 — La documentación aportada por el Gobierno español en sus observaciones no permite esclarecer si dicha Ley contiene también disposiciones que regulen los efectos de un cambio en la situación administrativa, como el paso de funcionario interino a funcionario de carrera.

al principio de igualdad ante la ley establecido en el artículo 14 de la Constitución. Por tanto, el tratamiento jurídico diferenciado puede ser constitucional.

13. Por último, el auto de remisión señala que viene siguiéndose por gran parte de los tribunales españoles cierta línea doctrinal que, aunque no unánimemente, viene entendiendo en los supuestos de convocatorias públicas del concurso, en los cuales se publican las bases, que incluyen, entre otros, los requisitos de admisión, que éstas constituyen la «Ley» del concurso, y si dichas bases no fueron impugnadas por el interesado en el plazo hábil para ello, con posterioridad no se puede invocar la ilegalidad de las bases del concurso para impugnar su resultado en lo que afecta al interesado.

14. Según las observaciones escritas del Gobierno español, de dicha jurisprudencia se desprende que el participante en una convocatoria pública de empleo tiene a su disposición únicamente dos mecanismos para reaccionar frente a un proceso selectivo en el ámbito de la función pública. Si el participante desea impugnar los criterios de selección aplicables al proceso selectivo de que se trata, deberá impugnar directamente las bases de la convocatoria. Si, por el contrario, el participante desea impugnar las actuaciones del órgano calificador, debe impugnar el resultado del proceso selectivo. Alega que no cabe el recurso indirecto contra las bases de una convocatoria (mediante el recurso directo contra su resultado). Afirma que, en virtud de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en circunstancias como las del litigio principal el recurso contencioso-administrativo contra las bases de la convocatoria se podía interponer en el plazo de dos meses, contados desde el día siguiente al de la publicación de la resolución. En consecuencia, sostiene que en el caso de autos se podía haber interpuesto hasta el 17 de marzo de 2008.

Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales

15. El Sr. Rosado Santana, el demandante en el litigio principal, comenzó a prestar servicios en la Junta el 19 de mayo de 1989 como funcionario interino. Esta relación de servicio se extinguió el 27 de mayo de 2005. El 28 de mayo de 2005 tomó posesión como funcionario de carrera.

16. El auto de remisión indica que, mediante Orden de 17 de diciembre de 2007 de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta se convocaron pruebas selectivas por el sistema de promoción interna para el ascenso de los funcionarios al Cuerpo General de Administrativos de dicha Administración pública (en lo sucesivo, «convocatoria»). La base segunda, apartado 1, letra b), de dicha convocatoria establecía como requisito de los candidatos «estar en posesión o en condiciones de obtener el titulo de Bachiller Superior [...], o alternativamente poseer una

antigüedad de 10 años como funcionario de carrera en Cuerpos pertenecientes al grupo D, o de 5 años y haber superado el curso especifico a que se refiere la Resolución de 4 de julio de 2002, del Instituto Andaluz de Administración Pública, por la que se convoca concurso de habilitación para el acceso por promoción interna a cuerpos del grupo C, desde cuerpos del grupo D de la Administración General de la Junta de Andalucía [...].»

17. En lo sucesivo, me referiré al requisito relativo a los 10 años de antigüedad como funcionario de carrera en cuerpos pertenecientes al grupo D como el «requisito controvertido».

18. Aunque el auto de remisión no reproduce el conjunto de lo dispuesto en la base segunda, apartado 1, letra b), de la convocatoria, las observaciones escritas presentadas por la Junta pretenden colmar esta laguna. Con arreglo a dichas observaciones, dicha base establecía también lo siguiente:

«[…] los servicios […] como funcionarios de carrera en otras Administraciones Públicas, […] serán computables, […] para participar en estas pruebas selectivas. No serán computables sin embargo los servicios previos reconocidos como personal interino o laboral en cualquiera de las Administraciones Públicas u otros servicios previos similares.»

19. La convocatoria se publicó en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* el 16 de enero de 2008.

20. Aunque el auto de remisión no es diáfano a este respecto, el Sr. Rosado Santana habría cumplido el requisito controvertido en méritos de los servicios prestados para la demandada en el litigio principal desde el 19 de mayo de 1989, si no fuera porque la convocatoria requería que dichos servicios se hubieran prestado como funcionario de carrera. Los restantes criterios establecidos en la convocatoria no son pertinentes en el presente asunto.

21. A pesar de ello, el Sr. Rosado Santana presentó una instancia para poder participar en las pruebas selectivas y fue admitido. Participó en el proceso selectivo, que estaba dividido en una fase de oposición y una fase de concurso. Superó todas estas fases, y, en consecuencia, su nombre figuraba en el listado definitivo de aprobados publicado en fecha 12 de noviembre de 2008.

22. El 2 de febrero de 2009 se publicó la oferta de vacantes. El Sr. Rosado Santana presentó su solicitud y aportó la documentación requerida. Sin embargo, el 25 de marzo de 2009 la Secretaría General para la Administración Pública de la Junta adoptó una resolución por la que se anulaba su calificación

como admitido y aprobado (en lo sucesivo, «resolución controvertida»). La calificación se anuló por entender que el Sr. Rosado Santana no cumplía ninguno de los criterios de admisión especificados en el punto 16 *supra*. En particular, se consideró que no cumplía el requisito controvertido, basándose en que el período en que prestó servicios como funcionario interino no podía ser tenido en cuenta para determinar si dicho requisito se había cumplido.

23. El 8 de junio de 2009, el Sr. Rosado Santana interpuso un recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Sevilla, mediante el cual impugnó la resolución controvertida. Concretamente, discutía la validez del criterio controvertido, ya que consideraba que éste requería erróneamente que los servicios en cuestión hubieran sido prestados como funcionario de carrera.

24. El órgano jurisdiccional remitente sometió al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Si [la Directiva] debe interpretarse en el sentido de que, dado el caso de que un Tribunal Constitucional de un país miembro de la Unión se hubiese pronunciado entendiendo que establecer derechos diferenciados para los funcionarios de empleo y los de carrera del mismo pudiera no resultar contrario a su Constitución, ello necesariamente habría de implicar una exclusión de la aplicabilidad de la referida norma comunitaria en el ámbito de su Función Pública.

2) Si [la Directiva] debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un órgano jurisdiccional nacional realice una interpretación de los principios de Igualdad de Trato y de no Discriminación en forma que excluya genéricamente de su ámbito la equiparación entre funcionarios de empleo y de carrera.

3) Si [la] cláusula [4 del Acuerdo marco] debe interpretarse en el sentido de que se opone a que los servicios prestados en régimen temporal no sean tenidos en cuenta como antigüedad adquirida cuando se alcanza la condición de personal fijo, y en concreto a efectos de retribución, clasificación o progresión en la carrera funcionarial.

4) Si dicha cláusula [4 del Acuerdo marco] obliga a realizar una interpretación de la normativa nacional que no excluya en el cómputo de los servicios prestados del personal funcionario los llevados a cabo en virtud de un vínculo temporal.

5) Si dicha cláusula [4 del Acuerdo marco] debe interpretarse en el sentido de que, aunque las bases de una convocatoria pública de empleo hayan sido publicadas y no se hayan recurrido por el interesado, el Juez nacional tiene la obligación de examinar si son contrarias a la normativa

[de la Unión], y si debe, en tal caso, dejar sin aplicar tales bases o la disposición nacional en que traigan causa, en tanto que contradigan la reiterada cláusula».

25. El Gobierno español, la Junta y la Comisión han presentado observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia. No se solicitó la celebración de vista ni tuvo ésta lugar.

Sobre la admisibilidad

26. En sus observaciones escritas, la Junta ha formulado dos objeciones generales respecto a la admisibilidad de la presente petición de decisión prejudicial.

27. En la primera, la Junta alega que el auto de remisión no cumple los requisitos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Sostiene que, en particular, el tribunal nacional no hace referencia a las normas nacionales que resultan de aplicación al presente caso, ni las razones que le llevan a la elección o empleo de una disposición concreta del Derecho de la Unión Europea (UE). A su juicio, tampoco justifica la relación existente entre esta disposición y la legislación nacional o el supuesto de hecho que constituyen el marco del litigio. Por lo tanto, la Junta considera que procede declarar la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial.

28. No estoy de acuerdo.

29. Es jurisprudencia reiterada que el procedimiento establecido en el artículo 267 TFUE se basa en una clara separación de funciones entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia. Corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. [4]

30. El examen del auto de remisión muestra que el tribunal nacional expone la normativa nacional invocada por el Sr. Rosado Santana en el procedimiento entablado ante él. Ello implica necesariamente que ese tribunal debe considerar que tal normativa es relevante en relación con las cuestiones planteadas. Continúa detallando la jurisprudencia nacional que le lleva a dudar sobre la aplicación precisa de la Directiva en el ámbito de su competencia a la luz de dicha jurisprudencia. En cualquier caso está claro que, en un procedimiento prejudicial, corresponde al órgano jurisdiccional nacional ante el cual se interpuso el recurso determinar cuáles son las disposiciones de Derecho nacional aplicables al litigio principal. [5]

31. Por lo que respecta a las razones que llevaron al tribunal nacional a referirse a la Directiva y al Acuerdo marco y al vínculo entre dichas disposiciones y el litigio principal, el

4 — Véanse, *inter alia,* las sentencias de 26 de junio de 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros (C-305/05, Rec. p. I-5305), apartado 18, y de 18 de noviembre de 2010, Kleist (C-356/09, Rec. p. I-11939), apartado 44.

5 — Véase, en este sentido, el auto de 12 de junio de 2008, Vassilakis y otros (C-364/07), apartado 77.

auto de remisión aclara más allá de toda duda por qué las disposiciones de la Directiva son relevantes para la situación fáctica descrita en el auto.

32. Siendo todo ello así, en mi opinión debe desestimarse la primera objeción.

33. En la segunda objeción la Junta alega, a mi entender, que las cuestiones planteadas son inadmisibles porque la cláusula 4 del Acuerdo marco no se puede aplicar a los hechos sobre los que versan las cuestiones. Considera que el litigio principal no se refiere a una «condición de trabajo», a los efectos de la cláusula 4 del Acuerdo marco, sino más bien a un requisito para participar en el proceso selectivo en el cual tomó parte el Sr. Rosado Santana.

34. Se desprende claramente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que cuando se remite al Tribunal de Justicia una petición de interpretación del Derecho de la Unión, que no está manifiestamente desprovista de relación con la realidad o el objeto del litigio en el procedimiento principal, debe responder a la misma. [6]

35. Analizaré la cuestión del significado de la expresión «condición de trabajo» en los puntos 51 y siguientes *infra*. No obstante, considero que la segunda objeción de la Junta a la admisibilidad está manifiestamente mal concebida. Está fuera de toda duda que la aplicabilidad de la cláusula 4 del Acuerdo marco, incluida la interpretación que debe darse a la expresión «condición de trabajo», es relevante para la problemática que se plantea en el procedimiento principal.

36. En consecuencia, las objeciones de la Junta en lo tocante a la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial deben desestimarse.

Sobre el fondo

37. El tribunal nacional plantea cinco cuestiones en su auto de remisión. La primera cuestión se refiere a la interacción entre el Derecho nacional y el Derecho de la UE. Las cuestiones segunda, tercera y cuarta versan sobre la aplicabilidad y la interpretación de la Directiva, y, en particular, de la cláusula 4 del Acuerdo marco. La quinta cuestión plantea problemas relativos a la posibilidad de interponer recursos con arreglo al Derecho nacional cuando se infringe el Derecho de la UE.

38. Toda vez que la relevancia de las cuestiones primera y quinta depende de las respuestas que proporcione el Tribunal de Justicia en relación con la aplicabilidad y la interpretación de la Directiva, examinaré primero las cuestiones segunda, tercera y cuarta. Más adelante, analizaré la primera cuestión, antes de pasar a la quinta.

6 — Sentencia de 27 de octubre de 1993, Enderby (C-127/92, Rec. p. I-5535), apartado 12.

Cuestiones prejudiciales segunda, tercera y cuarta

39. Mediante estas cuestiones, que procede abordar conjuntamente, el tribunal nacional solicita al Tribunal de Justicia, en esencia, que se pronuncie sobre la aplicabilidad e interpretación de la Directiva, y, en particular, de la cláusula 4 del Acuerdo marco, en las circunstancias del litigio principal.

40. Concretamente, el tribunal nacional desea saber si una convocatoria, como la del litigio principal, que hace depender la admisión a los procesos de promoción interna en la función pública del período de servicios prestados como funcionario de carrera y excluye expresamente los períodos de tiempo prestados como funcionario interino, infringe la cláusula 4 del Acuerdo marco.

Aplicabilidad de la Directiva al litigio principal

— Funcionarios públicos

41. Se desprende claramente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el hecho de que la relación de servicio del Sr. Rosado Santana sea con una Administración pública carece de relevancia sobre la aplicación de la Directiva y del Acuerdo marco en el presente asunto. Se deduce expresamente del tenor de estas normas y del contexto en el que se adoptaron que las disposiciones que contienen se pueden aplicar a relaciones de servicio temporales tanto de Derecho laboral como de Derecho administrativo con Administraciones públicas y entidades públicas. [7] Del mismo modo, la circunstancia de que un empleo sea calificado como «de plantilla» con arreglo al Derecho nacional es irrelevante respecto de la aplicación de estas normas. [8]

42. Contrariamente a la alegación formulada por la Junta en relación con la segunda cuestión, de ello se deriva que los funcionarios interinos y los funcionarios de carrera deben considerarse «comparables» a los efectos de la cláusula 4 del Acuerdo marco.

— Aplicabilidad de la Directiva y del Acuerdo marco a una persona que ha dejado de ser trabajador con contrato de duración determinada

43. El Gobierno español alega en sus observaciones escritas que la Directiva y el Acuerdo

7 — Véanse, entre otras, las sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros (C-212/04 Rec. p. I-6057), apartados 54 a 57; de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso (C-307/05, Rec. p. I-7109), apartado 25, y de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres (asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09, Rec. p. I-14031), apartado 38.

8 — Véase, en este sentido, la sentencia Del Cerro Alonso, citada en la nota 7 *supra,* apartado 29.

marco no son de aplicación a una persona, como el Sr. Rosado Santana, que invoca un derecho que le corresponde en tanto que funcionario de carrera, es decir, fijo de plantilla. En apoyo de esta alegación, cita los apartados 28 y 30 de la sentencia Del Cerro Alonso, [9] en los que el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva y el Acuerdo marco 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», deduciendo de ello que, puesto que «el asunto principal versa[ba] sobre la comparación entre un miembro del personal estatutario temporal y un miembro del personal fijo de plantilla», la demandante en aquel procedimiento principal «est[aba] comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva […] y en el del Acuerdo marco». Afirma que, toda vez que la comparación que el Sr. Rosado Santana pretende realizar en el presente asunto es entre sí mismo, como funcionario de carrera, y otros funcionarios de carrera, es evidente que la Directiva y el Acuerdo marco no se le pueden aplicar.

44. La Comisión adopta un enfoque similar.

45. Me parece que tal línea de razonamiento desvirtúa la jurisprudencia y adopta un enfoque interpretativo de la Directiva y del Acuerdo marco que no guarda relación con su objetivo.

46. Para proporcionar a la Directiva y al Acuerdo marco su interpretación correcta, es necesario tener en cuenta el contexto en el que se aprobaron. En este sentido, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Impact [10] que «el Acuerdo marco, en concreto, su cláusula 4, persigue una finalidad que participa de los objetivos fundamentales inscritos en el artículo 151 [TFUE], párrafo primero, […] y en los números 7 y 10, párrafo primero, de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, a la que se remite la citada disposición del Tratado, y que guardan relación con la mejora de la condiciones de vida y de trabajo y con la existencia de una protección social adecuada de los trabajadores, en el presente asunto, de los trabajadores con contratos de duración determinada. […] Habida cuenta de estos objetivos, la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que expresa un principio de Derecho social [de la Unión Europea] que no puede ser interpretado de manera restrictiva». [11]

47. Lo que se invoca en el litigio principal es el derecho a que los períodos de servicio prestados como trabajador con contrato de duración determinada se tengan en cuenta para calcular la idoneidad a efectos de promoción del mismo modo que a un trabajador fijo que preste servicios al mismo empleador.

48. ¿Está justificada una interpretación tan amplia de la cláusula 4?

9 — Citada en la nota 7 *supra*.

10 — Sentencia de 15 de abril de 2008 (C-268/06, Rec. p. I-2483).

11 — Apartados 112 y 114. Véase asimismo la sentencia Del Cerro Alonso, citada en la nota 7 *supra*, apartado 38.

49. A mi juicio, tal interpretación no es meramente admisible. Es la única interpretación que cumple el requisito de que dicha cláusula no se interprete de manera restrictiva. El hecho de que la relación de servicio del Sr. Rosado Santana con la Junta sea ahora de carácter permanente no influye en modo alguno en la alegación que formula en su favor. En cambio, lo que reviste una importancia crucial es si el no haber tenido en cuenta los períodos en que prestó servicio como funcionario interino al examinar su admisibilidad al proceso de promoción *únicamente por la naturaleza temporal de su relación de servicio* puede considerarse una discriminación a los efectos de la cláusula 4.

50. Un enfoque más restrictivo menoscabaría el objetivo esencial de la cláusula 4 del Acuerdo marco. Permitiría una de las formas de discriminación contra las cuales precisamente se adoptó la Directiva y se aprobó el Acuerdo marco.

— «Condición de trabajo»

51. Para que la cláusula 4 del Acuerdo marco sea de aplicación, la condición de que se trate debe ser una «condición de trabajo».

52. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sostiene claramente que esta expresión también debe interpretarse de manera amplia. [12]

53. En el presente asunto, el que el Sr. Rosado Santana sea admitido al proceso de promoción es un incidente de su relación de servicio como funcionario de carrera. En otras palabras, siempre que cumpla los requisitos (válidos) establecidos por la Junta, en su condición de empleador del Sr. Rosado Santana, a este respecto, tiene derecho a que se le considere para el avance en su carrera, con todos los beneficios que ello implica, del mismo modo que sus colegas y otros candidatos en una situación similar.

54. ¿Puede tal derecho considerarse una condición de trabajo a los efectos de la cláusula 4 del Acuerdo marco?

55. En mi opinión, la respuesta debe ser claramente afirmativa. La relación de servicio se caracteriza por la existencia de un derecho, por un lado, y de la correspondiente obligación, por otro. A este respecto, no existe diferencia alguna con los términos que regulan el pago de la retribución por los servicios prestados. [13]

12 — Véanse, en este sentido, las sentencias Del Cerro Alonso, citada en la nota 7 *supra,* apartados 31 y siguientes, e Impact, citada en la nota 10 *supra,* apartado 115.

13 — Resulta claro que condiciones como «retribución», en el sentido de remuneración por los servicios prestados, están incluidas en la definición de «condiciones de trabajo» contenida en la cláusula 4 del Acuerdo marco (véanse las sentencias Del Cerro Alonso, citada en la nota 7 *supra,* apartado 41, e Impact, citada en la nota 10 *supra,* apartado 126).

«Razones objetivas»

56. La cláusula 4 del Acuerdo marco permite expresamente la diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos comparables cuando dicha diferencia de trato esté justificada por razones objetivas.

57. La expresión «razones objetivas» no está definida ni en la Directiva ni en el Acuerdo marco. Sin embargo, ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

58. En la sentencia Del Cerro Alonso, [14] el Tribunal de Justicia declaró que la expresión debía interpretarse de manera similar a la expresión «razones objetivas» contenida en la cláusula 5, que ya había sido interpretada por la jurisprudencia. [15] Mediante la jurisprudencia relativa a la cláusula 5 del Acuerdo marco, el Tribunal de Justicia sostuvo que el «concepto de "razones objetivas" se refiere a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada. Tales circunstancias pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran tales contratos 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». [16] Prosiguió añadiendo que «la utilización de contratos de trabajo de duración determinada sin otra base que una norma legal o reglamentaria de carácter general, no relacionada con el contenido concreto de la actividad de que se trate, no permite extraer criterios objetivos y transparentes a fin de verificar si la renovación de tales contratos responde efectivamente a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto». [17]

59. Aplicando dicho razonamiento a la cláusula 4 del Acuerdo marco, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Del Cerro Alonso que «debe entenderse que [el concepto de razones objetivas] no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo. Bien al contrario, el referido concepto requiere que la desigualdad de trato controvertida 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

14 — Citada en la nota 7 *supra*.

15 — Apartado 56.

16 — Véanse las sentencias Del Cerro Alonso, citada en la nota 7 *supra*, apartado 53, y Adeneler y otros, citada en la nota 7 *supra*, apartados 69 y 70.

17 — Véanse las sentencias Del Cerro Alonso, citada en la nota 7 *supra*, apartado 55, y Adeneler y otros, citada en la nota 7 *supra*, apartado 74.

alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto». [18]

60. Posteriormente, en la sentencia Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, [19] el Tribunal de Justicia, al interpretar de nuevo la cláusula 4 del Acuerdo marco, sostuvo que «[los elementos precisos y concretos de que se trate] 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. [...] En cambio, el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública no es conforme a estos requisitos y, por tanto, no puede constituir una razón objetiva, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco. [...] Una diferencia de trato por lo que se refiere a las condiciones de trabajo entre trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada y trabajadores fijos no puede justificarse por un criterio que se refiere a la duración misma de la relación laboral de manera general y abstracta. Admitir que la mera naturaleza temporal de una relación laboral basta para justificar tal diferencia privaría de contenido a los objetivos de la Directiva y del Acuerdo marco [...]. En lugar de mejorar la calidad del trabajo con contrato de duración determinada y promover la igualdad de trato buscada tanto por la Directiva como por el Acuerdo marco, el recurso a tal criterio equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada». [20]

61. Contrariamente a lo que alega el Gobierno español en sus observaciones escritas, de lo anterior se deduce que el que la relación laboral regida mediante un contrato de duración determinada sea, por definición, temporal, no constituye una «razón objetiva» a efectos de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco que justifique una diferencia de trato. También se desprende que, al excluir los períodos de servicios prestados como funcionario interino, como hizo la convocatoria en el caso del Sr. Rosado Santana, dicha convocatoria no cumplía los requisitos de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco por lo que se refiere al concepto de «razones objetivas».

62. Ello no significa que no puedan existir nunca circunstancias en las que el concepto de «razón objetiva» pueda aplicarse a una diferencia de trato entre funcionarios interinos y funcionarios de carrera. El Gobierno español dedica una parte particularmente extensa de sus observaciones escritas a describir las diferencias subyacentes entre funcionarios interinos y funcionarios de carrera. Éstas incluyen, según el Gobierno español, diferencias relativas al modo en que se seleccionan

18 — Apartados 57 y 58.

19 — Citada en la nota 7 *supra*.

20 — Apartados 55 a 57.

las distintas categorías de funcionarios, las cualificaciones requeridas y la naturaleza de las funciones que desempeñan.

63. En la medida en que dichas diferencias no hacen sino reflejar la naturaleza temporal de la relación de servicios por la cual se nombra a un funcionario interino, estas alegaciones no pueden justificar una diferencia de trato a los efectos de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco. No obstante, toda vez que dichas diferencias pueden reflejar requisitos objetivos relativos al procedimiento de promoción, estas diferencias pueden estar justificadas *en determinados supuestos.*

64. Para ser más precisos, es ciertamente posible concebir circunstancias en las que el puesto que ha de proveerse requiera una experiencia particular que sólo puede haber obtenido un funcionario de carrera. Por ejemplo, esto podría provenir del hecho de que tal experiencia previa sólo se pueda obtener en puestos para los que se nombra a funcionarios de carrera. Aunque el párrafo segundo del preámbulo del Acuerdo marco reconoce que los contratos por tiempo indefinido son la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores, ni la Directiva ni el Acuerdo marco imponen una obligación general de transformar, cuando sea posible, los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido. [21]

65. La existencia de razones objetivas, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, en un supuesto concreto es una cuestión de hecho que dependerá de las circunstancias específicas del proceso de promoción de que se trate. La cuestión ha de enfocarse de manera casuística, teniendo en cuenta todos los factores que pueden ser relevantes, incluida, en particular, la naturaleza de la experiencia requerida en la vacante.

66. No obstante, en el litigio principal está claro que, al establecer meramente que los períodos de servicios prestados como funcionario interino no se tomarán en consideración, el proceso selectivo nunca podría haberse beneficiado de la exención en cuestión. Por supuesto, es posible que tales razones existieran, pero, aunque ello hubiera sido así, no se expresaron con la transparencia indispensable en caso de que se desee fundamentar la excepción en ellas.

67. De todo lo que antecede se desprende, a mi juicio, que la convocatoria infringió la cláusula 4 del Acuerdo marco.

21 — Véanse, en este sentido, las sentencias Adeneler y otros, citada en la nota 7 *supra,* apartado 91, y de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros (asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07, Rec. p. I-3071), apartado 183.

68. En consecuencia, considero que debe responderse a las cuestiones segunda, tercera y cuarta que se infringe la cláusula 4 del Acuerdo marco cuando una convocatoria, como la del litigio principal, hace depender la admisión a un proceso de promoción interna en la función pública de la prestación de servicios durante un período determinado como funcionario de carrera y excluye expresamente los períodos de servicios prestados como funcionario interino sin exponer ninguna razón objetiva como fundamento de dicha exclusión.

Primera cuestión prejudicial

69. En el auto de remisión, el tribunal nacional indica que el Tribunal Constitucional ha declarado que puede no ser contrario al artículo 14 de la Constitución que se trate de manera diferente a los funcionarios interinos y a los funcionarios de carrera, aunque desempeñen las mismas tareas.

70. Tal y como entiendo la cuestión prejudicial formulada por el tribunal nacional, éste desea saber, en esencia, si la adopción por parte de un tribunal superior de un Estado miembro de una definición de igualdad de trato debe primar sobre una definición diferente del mismo concepto con arreglo al Derecho de la UE en un ámbito en el que el tribunal nacional está obligado a aplicar el Derecho de la UE. Si el tribunal remitente estuviera obligado a adoptar la definición del Tribunal Constitucional, el resultado sería (o podría ser) que la Directiva y el Acuerdo marco no se considerasen aplicables a la función pública de dicho Estado miembro.

71. En la medida en que la cuestión prejudicial versa sobre si la Directiva y el Acuerdo marco se aplican a los funcionarios públicos, ya he examinado este extremo en los puntos 41 y siguientes *supra.*

72. Toda vez que mediante la cuestión prejudicial se plantea si un tribunal nacional puede estar obligado a aplicar una definición de igualdad de trato que difiere de la establecida con arreglo al Derecho de la UE y garantiza menores derechos que ésta, la respuesta debe ser claramente negativa.

73. Ello se desprende de manera evidente de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

74. Al aplicar el Derecho interno en el marco de una directiva de la Unión Europea, los tribunales nacionales están obligados a interpretar dicho Derecho, en la medida de lo posible, a la luz del tenor y la finalidad de la directiva de que se trate y —ya que el Acuerdo marco forma parte integral de la Directiva— [22]

22 — Véanse, en este sentido, las conclusiones de la Abogado General Kokott en el asunto sobre el que recayó la sentencia Impact, citada en la nota 10 *supra,* punto 87.

del Acuerdo marco. La exigencia de una interpretación conforme del Derecho nacional es inherente al régimen del Tratado TFUE, en la medida en que permite que los tribunales nacionales garanticen, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la UE cuando resuelven los litigios de que conocen. [23] El principio de interpretación conforme exige que los tribunales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva y del Acuerdo marco y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido. [24]

75. De ello se deduce que el tribunal nacional está obligado a aplicar la interpretación de la Directiva y del Acuerdo marco realizada por este Tribunal, aunque el Tribunal Constitucional del Estado miembro de que se trate haya declarado que las diferencias de trato entre funcionarios interinos y funcionarios de carrera no son contrarias a la Constitución de dicho Estado miembro (o pueden no serlo).

76. A la luz de lo anteriormente expuesto, considero que la respuesta a la primera cuestión debe ser que el tribunal nacional está obligado a aplicar la interpretación de la Directiva y del Acuerdo marco realizada por este Tribunal, aunque el Tribunal Constitucional español haya declarado que las diferencias de trato entre funcionarios interinos y funcionarios de carrera no son contrarias a la Constitución de dicho Estado miembro (o pueden no serlo).

Quinta cuestión prejudicial

77. Mediante esta cuestión, el tribunal nacional pregunta, en esencia, si el Derecho de la UE y, en particular, la cláusula 4 del Acuerdo marco, le obliga a examinar las normas materiales del proceso selectivo con independencia de la existencia de un impedimento de carácter procesal, como el no haberse presentado recurso en el momento procesal oportuno.

78. La pretensión del Sr. Rosado Santana en el litigio principal se basa en la alegación según la cual, dado que el requisito controvertido requería diez años de experiencia como funcionario de carrera, la convocatoria infringía el Derecho de la UE. Por tanto, afirma que se vulneraron sus derechos. Ya he indicado que estoy de acuerdo. Sin embargo, se desprende claramente del auto de remisión que, cuando el Sr. Rosado Santana interpuso su recurso, el plazo de dos meses establecido en la convocatoria ya había expirado.

79. ¿Puede invocarse un plazo preclusivo de ese tipo cuando el fundamento del recurso consiste en que se han vulnerado derechos conferidos por el Derecho de la UE?

23 — Véase, entre otras, la sentencia Impact, citada en la nota 10 *supra,* apartados 98 y 99 y la jurisprudencia citada.

24 — Véase, en este sentido, la sentencia Impact, citada en la nota 10 *supra,* apartado 101 y la jurisprudencia citada.

80. Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal que, ante la inexistencia de una normativa de la Unión en esta materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro configurar la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la UE confiere a los justiciables. [25]

81. No obstante, los Estados miembros tienen la responsabilidad de garantizar, en cada caso, una protección efectiva de estos derechos. [26] La regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de Derecho interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad). [27]

82. El respeto del principio de equivalencia exige que la norma controvertida se aplique indistintamente a los recursos basados en la vulneración del Derecho de la Unión y a los que se fundamentan en el incumplimiento del Derecho interno y que tengan un objeto y una causa semejantes. [28] Aunque nada indica en el auto de remisión que dicho principio haya sido vulnerado en el procedimiento principal, corresponde al tribunal nacional comprobar este extremo. [29]

83. Por lo que se refiere al principio de efectividad, según jurisprudencia reiterada la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir satisface, en principio, la exigencia de efectividad en la medida en que constituye la aplicación del principio fundamental de seguridad jurídica. El Tribunal de Justicia ha declarado también que corresponde a los Estados miembros determinar tales plazos en función, entre otros factores, de la importancia para los interesados de las decisiones que han de adoptarse, la complejidad de los procedimientos y de la legislación que debe aplicarse, el número de personas a las que pueden afectar y los demás intereses públicos o privados que deban tenerse en cuenta. [30]

84. ¿Dificulta en exceso el plazo de dos meses establecido por la normativa nacional el ejercicio de derechos conferidos por el Derecho de la UE?

85. Es evidente que el plazo en cuestión es breve.

86. Sin embargo, habida cuenta de los intereses que han de tomarse en consideración en un proceso selectivo como el controvertido en el litigio principal, no considero que sea tan breve, en sí mismo, como para vulnerar los principios enunciados anteriormente.

25 — Véanse, entre otras, las sentencias Impact, citada en la nota 10 *supra,* apartado 44 y la jurisprudencia citada, y Angelidaki y otros, citada en la nota 21 *supra,* apartado 173.

26 — Véase, entre otras, la sentencia Impact, citada en la nota 10 *supra,* apartado 45 y la jurisprudencia citada.

27 — Véase, entre otras, la sentencia Impact, citada en la nota 10 *supra,* apartado 46 y la jurisprudencia citada.

28 — Véase la sentencia de 8 de Julio de 2010, Bulicke (C-246/09, Rec. p. I-7003), apartado 26 y la jurisprudencia citada.

29 — Véase, en este sentido, la sentencia Bulicke, citada en la nota 28 *supra,* apartado 28 y la jurisprudencia citada.

30 — Véase, en este sentido, la sentencia Bulicke, citada en la nota 28 *supra,* apartado 36.

Como señala el Gobierno español en sus observaciones escritas, los intereses de los restantes participantes y de la propia Junta, como órgano responsable de la buena administración del proceso, son relevantes. Cualquier recurso contra el procedimiento de selección puede resultar perturbador y ocasionar perjuicios. Es preciso observar que en la sentencia Bulicke [31] el Tribunal de Justicia aprobó expresamente una limitación similar en relación con la interposición de recursos por discriminación en una relación laboral.

87. ¿Puede decirse que el momento en que empezó a contar el plazo de dos meses (es decir, desde la fecha de publicación de la convocatoria en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía)* vulnera el principio de efectividad? ¿Exige este principio que el plazo hubiera comenzado con posterioridad, por ejemplo, el día en que se informó al Sr. Rosado Santana de que no podía ser promovido?

88. No lo considero así.

89. Me parece que los intereses de las partes en su conjunto pueden satisfacerse mejor mediante un requisito que establece que los recursos han de interponerse en un plazo breve y, en cualquier caso, antes de que comience el proceso selectivo. Al imponer esta regla, los responsables de la organización del proceso selectivo podrán examinar los recursos y (si lo consideran apropiado) retrasar el inicio del resto del procedimiento y adoptar cualesquiera otras medidas que sean necesarias para examinar el recurso. Quienes participen en el proceso selectivo lo harán sabiendo que, una vez iniciado, no será prorrogado o anulado por la necesidad de examinar posteriores recursos sobre su legalidad.

90. En consecuencia, considero que el criterio de efectividad se ha cumplido en el litigio principal.

91. Soy consciente de que esta conclusión deja sin abordar la posibilidad de que el Sr. Rosado Santana haya sido tratado de un modo indebido, y posiblemente de manera injusta, como resultado de la secuencia de acontecimientos acaecida tras su participación en el proceso selectivo. Comunicarle que había superado el proceso selectivo para informarle posteriormente de que no cumplía los requisitos para solicitar una vacante, es, por decirlo de modo suave, desafortunado.

92. El auto de remisión no deja completamente clara la secuencia de los acontecimientos. Si el Sr. Rosado Santana hubiera recibido alguna indicación por parte de la Junta, expresa o implícita, de que su candidatura cumplía los requisitos de la convocatoria, cualquier indicación posterior de que ése no era el caso, habría representado, *prima facie,* cierta negligencia administrativa por parte de la Junta o un cambio de postura respecto de la

31 — Citada en la nota 28 *supra*.

inicialmente adoptada. Es posible que existan principios de Derecho administrativo español que puedan invocarse en estas circunstancias que impidan a una administración ir contra sus propios actos (en los cuales se basó claramente el Sr. Rosado Santana al presentarse al proceso selectivo y participar en él). Sin embargo, ésta es una cuestión que corresponde dilucidar el tribunal nacional.

93. En mi opinión, se deduce de ello que tal negligencia no representaría ni una vulneración del principio de efectividad ni una violación de derechos conferidos por el Derecho de la UE. En consecuencia, su impacto ha de ser examinado por el tribunal nacional con arreglo a las disposiciones de Derecho interno relevantes, lo que corresponde únicamente al tribunal nacional.

94. Por consiguiente, considero que debe responderse a la quinta cuestión prejudicial en el sentido de que el tribunal nacional no está obligado a examinar las normas materiales de un proceso selectivo en el supuesto de que exista un impedimento de carácter procesal válido. Para cumplir los requisitos impuestos por el Derecho de la UE, tal limitación debe respetar los principios de equivalencia y de efectividad. Un plazo de prescripción de dos meses a partir de la fecha de publicación de la convocatoria, como el controvertido en el litigio principal, no vulnera el principio de efectividad.

Conclusión

95. A la luz las anteriores consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que responda de la manera siguiente a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Sevilla:

«1) Se infringe la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de

la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, cuando una convocatoria, como la del litigio principal, hace depender la admisión a un proceso de promoción interna en la función pública de la prestación de servicios durante un período determinado como funcionario de carrera y excluye expresamente los períodos de servicios prestados como funcionario interino sin exponer ninguna razón objetiva como fundamento de dicha exclusión.

2) El tribunal nacional está obligado a aplicar la interpretación de la Directiva y del Acuerdo marco realizada por este Tribunal, aunque el Tribunal Constitucional español haya declarado que las diferencias de trato entre funcionarios interinos y funcionarios de carrera no son contrarias a la Constitución de dicho Estado miembro (o pueden no serlo).

3) El tribunal nacional no está obligado a examinar las normas materiales de un proceso selectivo en el supuesto de que exista un impedimento de carácter procesal válido. Para cumplir los requisitos impuestos por el Derecho de la UE, tal limitación debe respetar los principios de equivalencia y de efectividad. Un plazo de prescripción de dos meses a partir de la fecha de publicación de la convocatoria, como el controvertido en el litigio principal, no vulnera el principio de efectividad.»