

# EL RECONOCIMIENTO DEL PAGO DE TRIENIOS CON EFECTOS RETROACTIVOS A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS CON CONTRATO DE DURACIÓN DEFINIDA O TEMPORAL: LA STJCE 2010/414, SALA 2.<sup>a</sup>, DE 22 DE DICIEMBRE DE 2010, CASO GAVIEIRO GAVIEIRO\*

ANTONIO JOSÉ SÁNCHEZ SÁEZ  
Profesor Titular de Derecho Administrativo

ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN  
Profesora Titular de Derecho Administrativo

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE  
Profesor Titular de Derecho Administrativo

JOSÉ LUIS RIVERO YSERN  
Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

I. PRESENTACIÓN. EL ÚLTIMO ESLABÓN DE LA CADENA: LA STJCE 2010/414, SALA 2.<sup>a</sup>, DE 22 DE DICIEMBRE DE 2010, CASO GAVIEIRO GAVIEIRO: 1. *El caso de la Sra. Rosa María Gavieiro Gavieiro*. 2. *El caso de la Sra. Ana María Iglesias Torres*.—II. ANTECEDENTES DE LA STJCE GAVIEIRO GAVIEIRO EN LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES Y EN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: 1. *Algunos pronunciamientos judiciales en España desfavorables a la tesis de la STJCE Gavieiro*: A) Sentencia 201/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Sevilla, de 17 de noviembre de 2009. B) Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Sevilla de 20 de mayo de 2009. C) Sentencia 64/2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Sevilla, de 2 de febrero de 2010. D) Sentencia 239/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Sevilla, de 15 de septiembre de 2009. E) Sentencia 12/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Jaén, de 16 de marzo de 2009. F) Sentencia 11/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Córdoba, de 27 de abril de 2009. G) Sentencia 21/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Málaga, de 30 de abril de 2009. H) Sentencia 240/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 10 de Sevilla, de 27 de octubre de 2009. I) Sentencia 71/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Málaga, de 17 de febrero de 2009 (Málaga). 2. *Algunos pronunciamientos judiciales en España favorables a la tesis de la STJCE Gavieiro*: A) STSJ de Andalucía de 10 de diciembre de 2009. B) Sentencia 126/2009, de 17 de julio de 2009, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Sevilla. C) Sentencia 65/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de La Coruña, de 24 de marzo de 2009. D) Sentencia 58/2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Sevilla, de 19 de marzo de 2010. E) Sentencia 150/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Sevilla, de 23 de octubre de 2009. F) Sentencia 222/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 10 de Sevilla, de 6 de octubre de 2009. G) Sentencia 12/2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Jaén, de 19 de enero de 2010. H) Sentencia 135/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Logroño, de 20 de marzo de 2009. I) Sentencia 36/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Granada, de 28 de mayo de 2009. 3. *Antecedentes favorables en el*

\* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Convenio específico de apoyo al TSJA suscrito, el año 2010, entre el Consejo General del Poder Judicial, la Universidad de Sevilla y la Junta de Andalucía, por los profesores reseñados. La redacción final del texto corrió a cargo de los profesores A. J. SÁNCHEZ SÁEZ y José Luis RIVERO YSERN.

*TJCE: el caso Impact y el caso Del Cerro Alonso:* A) La STJCE de 15 de abril de 2008 (asunto *Impact*). B) La STJCE de 13 de septiembre de 2007, *Del Cerro Alonso*.—III. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN 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.—IV. SOBRE EL CONCEPTO COMUNITARIO DE TRABAJADOR Y SU RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE EMPLEADO PÚBLICO.—V. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN.—VI. EL EFECTO DIRECTO 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.—VII. SOBRE LA TRANSPOSICIÓN QUE LA LEBEP PUEDA HABER HECHO DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE.—VIII. SOBRE LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA NORMA NACIONAL DE TRANSPOSICIÓN.—IX. LA CUESTIÓN PRINCIPAL: APLICABILIDAD DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE A LAS RECLAMACIONES DE TRIENIOS DEL PERSONAL FUNCIONARIO O ESTATUTARIO DE LA ADMINISTRACIÓN COMPRENDIDOS ENTRE LA FECHA LÍMITE DE TRANSPOSICIÓN DE LA CITADA DIRECTIVA Y LA ENTRADA EN VIGOR DEL ARTÍCULO 25.2 DE LA LEBEP.—X. EXCURSO SOBRE LA EVENTUAL RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DERIVADA DE LA NO TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE 1999 EN PLAZO.—XI. CONCLUSIONES.

## RESUMEN

El 22 de diciembre de 2010, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictó una importantísima Sentencia, recaída al hilo de sendas cuestiones prejudiciales interpuestas por dos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo españoles, de La Coruña y Pontevedra, en relación con la correcta interpretación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES (Unión Europea del Artesanado y Pequeñas y Medianas Empresas), la UNICE (Unión Europea de las Empresas y de los Emprendedores) y el CEEP (Centro Europeo de las Empresas y de la Participación Pública). Es la última Sentencia del TJCE favorable al cobro de trienios, por parte del personal público con contratos de duración temporal o definida, con efectos retroactivos desde el momento en que se debió transponer la Directiva 99/70, y deja ya completamente resuelto el asunto. Se trata de una Sentencia que cambia el sentido de los pronunciamientos judiciales previos recaídos en España sobre la cuestión, que, con carácter predominante, reconocían el derecho de los interinos a cobrar los trienios devengados, pero solo con efecto desde la entrada en vigor de la LEBEP, sin efecto retroactivo. Se hace alusión también a la anterior jurisprudencia del TJCE y de los tribunales españoles sobre la cuestión de los trienios.

*Palabras clave:* función pública; trienios; derecho a cobro equitativo por parte de los empleados públicos con contratos temporales; LEBEP.

## ABSTRACT

On December 22nd, 2010, the Court of Justice of the European Union issued an important Judgment, as a consequence of two previous legal questions brought by two Spanish Courts of La Coruña and Pontevedra, in relation to the correct interpretation of the Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP. This has been the latest Judgment of the EU Court of Justice ruling favorable to the recovery and payment, to non definitive Public Bodies employees, of the three-year periods established in the Spanish Administrative Law for them, with a retroactive effect from the time the Kingdom of Spain could have transposed the Directive 99/70, and resolved completely the issue. This is a Judgment that changes the meaning of the previous court ruling issued in Spain on the question, which, mainly, recognized the right to be paid the three-year periods finished, but only with effect from the entry into force of the LEBEP (Public Bodies Employees Act), without retroactive effect. This research also refers to the previous jurisprudence of the EU Court of Justice and of the Spanish Courts on the question as well.

*Key words:* public bodies employees; three-year payment periods; right to be equally payed by non definitive public bodies employees; LEBEP.

I. PRESENTACIÓN. EL ÚLTIMO ES LABÓN DE LA CADENA: LA STJCE 2010/414, SALA 2.<sup>a</sup>, DE 22 DE DICIEMBRE DE 2010, CASO *GAVIEIRO GAVIEIRO*

El 22 de diciembre de 2010, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dictado una importantísima Sentencia, recaída al hilo de sendas cuestiones prejudiciales interpuestas por dos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo españoles, de La Coruña y Pontevedra, en relación con la correcta interpretación de la Directiva 1999/710/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES (Unión Europea del Artesanado y Pequeñas y Medianas Empresas), la UNICE (Unión Europea de las Empresas y de los Emprendedores) y el CEEP (Centro Europeo de las Empresas y de la Participación Pública).

Se trata de la última Sentencia del TJCE favorable al cobro de trienios, por parte del personal público con contratos de duración temporal o definida, con efectos retroactivos desde el momento en que se debió transponer la Directiva 99/70, y deja ya completamente resuelto el asunto, como veremos.

Esta Sentencia va a tener, de seguro, un enorme impacto en la política salarial de los empleados públicos en España, ya que viene a reconocer el derecho de los funcionarios interinos de las Administraciones españolas a poder cobrar lo que se les debería haber pagado desde el 10 de julio de 2001 (fecha límite para la transposición de la citada Directiva) hasta el 13 de mayo de 2007 (fecha en que entró en vigor la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, LEBEP).

Se trata de una Sentencia que cambia el sentido de los pronunciamientos judiciales previos recaídos en España sobre la cuestión, que, con carácter predominante, reconocían el derecho de los interinos a cobrar los trienios devengados, pero solo con efecto desde la entrada en vigor de la LEBEP, sin efecto retroactivo.

La STJCE *Gavieiro Gavieiro* resolvió sendas cuestiones prejudiciales planteadas en dos asuntos dilucidados ante la Xunta de Galicia, en relación con sendas solicitudes de cobro de trienios con efectos retroactivos desde antes de la entrada en vigor de la LEBEP. El TJCE procedió a la acumulación de ambos asuntos, C-444/09 y C-456/09, al tener el mismo objeto. Las peticiones de decisión prejudicial se plantearon conforme al artículo 234 CE, por un lado, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de La Coruña y, por otro, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Pontevedra, mediante Resoluciones de 30 de octubre y 12 de noviembre de 2009, recibidas en el Tribunal de Justicia el 16 y el 23 de noviembre de 2009, respectiva-

mente, en los procedimientos entre Rosa María Gavieiro Gavieiro (asunto C-444/09), Ana María Iglesias Torres (asunto C-456/09) y la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia.

Las peticiones de decisión prejudicial versaban sobre la interpretación de la cláusula 4.<sup>a</sup> del Acuerdo marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo, «Acuerdo marco»), 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 (DO L 175, pág. 43), ya que la Xunta de Galicia denegó ambas solicitudes de abono de los trienios con efecto retroactivo en relación con la entrada en vigor de la LEBEP.

Recordemos que el apartado 1 de la cláusula 4.<sup>a</sup> de ese Acuerdo marco recoge la imposibilidad de tratar de manera desigual a los trabajadores con un contrato de duración determinada en relación con los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada.

El derogado artículo 105 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, dictaminaba que a los funcionarios de empleo les sería aplicable por analogía, y en cuanto fuera adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera, con excepción del derecho a la permanencia en la función, del derecho a niveles de remuneración determinados o al régimen de clases pasivas. Esta interpretación fue sostenida desde siempre por el TC y el TS, pero el TJCE, en otros pronunciamientos anteriores menos claros y ahora contundentemente en el caso *Gavieiro Gavieiro*, ha dejado claro que no, que no caben diferencias salariales entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos, porque las funciones que desempeñan ambos son idénticas y la única diferencia entre ellos es la duración de la relación laboral.

Los interinos no han disfrutado del derecho a percibir complementos salariales por trienios hasta que el artículo 25.2 LEBEP determinó que, en relación con las retribuciones de los funcionarios interinos:

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

Como se ve, la LEBEP ha sido cicatera en el reconocimiento del pago de esos trienios, pues solo lo permite *pro futuro*, impidiendo el co-

bro de las cantidades que, mensualmente, mes tras mes, podrían haber cobrado los interinos que tenían derecho a ese cobro, desde la fecha en que la Directiva 99/70/CE entró en vigor, por no haber sido transpuesta en plazo por España, es decir, desde el 10 de julio de 2001.

### 1. *El caso de la Sra. Rosa María Gavieiro Gavieiro*

La Sra. Gavieiro Gavieiro solicitó el derecho a percibir el cobro de los trienios devengados mensualmente, como profesora interina, durante nueve años, dos meses y diecisiete días, pero la Xunta solo le reconoció el derecho al cobro desde el 13 de mayo de 2007, es decir, una vez entrado en vigor la LEBEP. Tras la negativa de la Xunta al cobro retroactivo de los trienios devengados con anterioridad a esa fecha, la Sra. Gavieiro interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de La Coruña, que suspendió el proceso para plantear la cuestión prejudicial al TJCE, pues no sabía cómo interpretar la expresión «criterios de antigüedad diferentes» del apartado 4 de la cláusula 4.<sup>a</sup> del Acuerdo marco, preguntándose también si existe alguna «razón objetiva» que permita un trato desigual a nivel de emolumentos entre funcionarios de carrera o titulares y funcionarios interinos.

### 2. *El caso de la Sra. Ana María Iglesias Torres*

La Sra. Iglesias hizo una solicitud semejante a la de la Sra. Gavieiro para el pago, por la Xunta, de las diferencias salariales que le correspondían por los trienios no pagados antes de la entrada en vigor de la LEBEP, devengados con anterioridad.

Tras denegarle la Xunta su petición, igualmente, interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Pontevedra, que planteó la cuestión prejudicial ante el TJCE preguntando varias cosas: si la Directiva 99/70/CE era aplicable a los funcionarios interinos; si el artículo 25.2 LEBEP se puede considerar la transposición de la citada Directiva o no; si la respuesta a ello era afirmativa, si las Administraciones españolas estaban obligadas a no pagar los trienios devengados y cobrables desde antes de la entrada en vigor del EBEP o si, por el contrario, podían aplicar directamente la Directiva y proceder a esos pagos.

El TJCE dice que sí a las dos primeras preguntas y, respecto a la tercera, concluyó que aunque el artículo 25.2 era, en efecto, la transposi-

ción de la Directiva, no por ello se podía dejar de aplicar directamente la misma si la norma nacional de transposición se quedaba corta en la cobertura de los derechos que ella aseguraba, razón por la cual eran cobrables, por los interinos, los trienios que se debían haber pagado mensualmente, por estar ya devengados, desde la fecha en que la Directiva debió haber sido transpuesta, y no lo fue, y la fecha de entrada en vigor de la LEBEP, con el límite de que esos derechos no hubieran prescrito, conforme a las leyes de Hacienda pública estatal y autonómicas.

Pero veamos en primer lugar los antecedentes de esta Sentencia, en los tribunales españoles y en el TJCE, para poder comprender mejor el enorme impacto de la misma.

## II. ANTECEDENTES DE LA STJCE *GAVIEIRO GAVIEIRO* EN LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES Y EN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Como hemos indicado, la reciente STJCE *Gavieiro Gavieiro* resuelve acumuladamente los asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 234 CE, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de La Coruña y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Pontevedra, mediante Resoluciones de 30 de octubre y 12 de noviembre de 2009, recibidas en el Tribunal de Justicia el 16 y el 23 de noviembre de 2009, respectivamente, en los procedimientos seguidos por Rosa María Gavieiro Gavieiro (asunto C-444/09) y Ana María Iglesias Torres (asunto C-456/09) frente a la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia.

Varios asuntos similares han sido planteados en España ante la jurisdicción contencioso-administrativa y han sido resueltos por los juzgados de lo contencioso-administrativo, que son los competentes en la materia, ya que se trata de cuestiones de personal que no se refieren al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios públicos de carrera [art. 8.2.a) LJCA]. Hay también alguna sentencia de las salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, en la medida en que la denegación del pago de esos trienios ha sido recogida en resoluciones de las Consejerías de Administración de las Comunidades Autónomas.

La mayoría de esas sentencias se muestran contrarias al cobro retroactivo de los trienios devengados pagables desde el 10 de julio de 2001 (fecha límite para la transposición de la Directiva) hasta el 13 de

mayo de 2007 (fecha en que entró en la LEBEP), considerando solo posible el cobro mensual, a partir del 13 de mayo de 2007, de las cantidades relativas a los trienios devengados con anterioridad. Algunas sí son favorables a reconocer que deberían haberse cobrado mensualmente desde el momento en que el Reino de España dejó de transponer en plazo la Directiva, esto es, desde el 10 de julio de 2001, en sintonía con la STJCE *Gavieiro*.

1. *Algunos pronunciamientos judiciales en España desfavorables a la tesis de la STJCE Gavieiro*

A) *Sentencia 201/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Sevilla, de 17 de noviembre de 2009*

Se ventilaba un recurso contencioso-administrativo contra una resolución de la Junta de Andalucía que denegaba la solicitud del pago de trienios.

Se planteaba la posible eficacia directa de la Directiva a fin de reconocer el derecho a percibir trienios con anterioridad al 13 de mayo de 2007, fecha de entrada en vigor de la LEBEP, por parte de los funcionarios interinos de la Junta de Andalucía. La Sentencia estimó que no era aplicable la Directiva 99/70 a la demandante, funcionaria autonómica, porque no era personal estatutario del SAS. En opinión del Juzgado, no se trataba de que la relación tuviera rasgos de función pública, sino que *directamente era una relación de función pública*. La Sentencia recordaba que la *jurisprudencia del TC y TS ha declarado que en los funcionarios interinos concurren circunstancias objetivas que justifican la diferencia retributiva de no percibir trienios, y que ello no supone un trato discriminatorio*. Por tanto, hasta la modificación producida por la LEBEP cabría decir que, ni por eficacia directa de la Directiva ni por aplicación del Derecho interno, se justificaba el derecho de la parte a percibir trienios.

B) *Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Sevilla de 20 de mayo de 2009*

La Sentencia respondía a un recurso contencioso-administrativo interpuesto igualmente contra una resolución de la Junta de Andalucía por la que se denegaba la solicitud de abono del pago de determinadas cantidades en concepto de trienios.

Se planteaba la posible eficacia directa de la Directiva 99/70 a fin de reconocer el derecho a percibir trienios de los funcionarios interinos con anterioridad al 13 de mayo de 2007. El Juzgado concluyó la no aplicabilidad de la misma a la demandante, por tratarse de una funcionaria autonómica ligada a la Administración en virtud de un nombramiento y sometida a normas diferentes a las que tienen las relaciones laborales. Por tanto, en opinión del Juzgado, la diferencia retributiva entre interinos y funcionarios de carrera no supone un trato discriminatorio. Por tanto, hasta la aprobación de la LEBEP, ni por eficacia directa de la Directiva ni por aplicación del Derecho interno se justificaba el derecho a percibir trienios, ya que la LEBEP no establece derechos al cobro retroactivo de los trienios devengados.

C) *Sentencia 64/2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Sevilla, de 2 de febrero de 2010*

Se solicitaba la anulación de la resolución impugnada y el reconocimiento del derecho a percibir trienios por parte de una persona, funcionaria interina, con anterioridad a la fecha de adquisición de su condición de funcionaria (es decir, desde 2003 a 2005). La Administración autonómica denegó tal derecho basándose en la inexistencia de soporte legal (es decir, que los efectos económicos del pago de trienios a interinos solo son reconocidos por la LEBEP a partir de la entrada en vigor de la misma) y en la inaplicabilidad de la Directiva a las relaciones funcionariales de duración determinada. En apoyo de esa teoría, el Juzgado cita la STJCE de 15 de abril de 2008, que rechazó la aplicación retroactiva de una ley de transposición aprobada con fecha posterior a la señalada por la Directiva si tal retroactividad no estaba prevista en el Derecho interno.

En cuanto al ámbito de aplicación de la Directiva 99/70, el Juzgado concluyó que solo era aplicable a las relaciones laborales de carácter temporal, lo que, en su opinión, difiere de la LEBEP (que solo es aplicable a las relaciones funcionariales). Además, sigue, el Tribunal Constitucional ha sentenciado (entre otras, en STC, Sala Segunda, Auto 112/2008, de 14 de abril, RTC 2008\112) que el «personal interino presenta peculiaridades con respecto al funcionariado de carrera que hacen objetivo y razonable un tratamiento diferenciado en materia retributiva».

D) *Sentencia 239/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Sevilla, de 15 de septiembre de 2009*

El objeto del recurso fue la Resolución de 30 de abril de 2008 del director de Distrito de Sevilla del Servicio Andaluz de Salud.

El fundamento de la pretensión: que no existiera un trato discriminatorio del funcionariado interino respecto al de carrera, al no reconocerse a aquel el pago de trienios. Pero el objeto de la litis iba más allá de eso y buscaba determinar si el demandante tenía o no derecho al pago de los trienios con efectos retroactivos en su calidad de personal interino de la Junta de Andalucía.

El Juzgado desestimó la pretensión al carecer de amparo legal, ya que, dice, no puede acogerse la aplicación retroactiva de la Directiva debido a que el Derecho interno establece claramente cuáles son los efectos retroactivos y que el ámbito de la Directiva es distinto al de la LEBEP, en cuanto que esta regula las relaciones funcionariales y no las vinculaciones laborales. Además, *la competencia para fijar la retroactividad* de la aplicación de la norma cuando la Directiva comunitaria no establece la misma *corresponde al legislador nacional*, que se ha pronunciado de forma expresa, no aceptándola.

E) *Sentencia 12/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Jaén, de 16 de marzo de 2009*

En este caso, el recurso contencioso-administrativo fue interpuesto contra una resolución de la Delegación Provincial para la Igualdad y Bienestar Social por la que se deniega el pago de trienios devengados por antigüedad en la Administración con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la LEBEP.

Se trataba de determinar si era procedente o no retrotraer la efectividad económica de la resolución de reconocimiento de trienios derivados de servicios prestados desde el 1 de agosto de 2003 al 30 de abril de 2007. El Juzgado trae a colación la STJCE de 15 de abril de 2008, que vino a concluir que «no es posible la retroactividad si el derecho interno no contiene una indicación de ese naturaleza». Y así ha sido, ya que el artículo 25.2 de la LEBEP no ha establecido esa retroactividad, no pudiendo contrariarla el Juzgado.

F) *Sentencia 11/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Córdoba, de 27 de abril de 2009*

En la línea de las anteriores sentencias, esta otra considera que la LEBEP limita los efectos retributivos de los trienios únicamente a partir de la entrada en vigor de la misma, por lo que no solo no prevé expresamente la retroactividad, sino que determina la imposibilidad de su aplicación retroactiva. Si se accediera a ello, se infringiría la doctrina del TJCE (STJCE de 15 de abril de 2008) ya comentada.

G) *Sentencia 21/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Málaga, de 30 de abril de 2009*

Una vez más, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra una resolución desestimatoria de la solicitud presentada por el actor para el abono retroactivo de trienios en razón de los servicios prestados para la Administración de la Junta de Andalucía como funcionario interino.

El demandante fundamentaba su *petitum* en la aplicación directa de la Directiva 99/70 y en la STJCE de 13 de septiembre de 2007, que reconoció el derecho a cobrar la antigüedad al personal estatutario temporal del Servicio Vasco de Salud. Consideraba, además, que los interinos entraban en el ámbito de aplicación de la Directiva, pues se trata de trabajadores con trabajo de duración determinada, de lo que se deriva el necesario reconocimiento del derecho de los funcionarios interinos a la percepción de trienios con efectos retroactivos.

Sin embargo, el Juzgado consideró que lo que se consagra en el artículo 25.2 LEBEP es ese reconocimiento pero con efectos económicos *pro futuro*. Además, sigue, la propia Directiva deja a salvo la posibilidad de permitir un trato diferente para el personal temporal frente al fijo *siempre que existan «razones objetivas»* que lo justifiquen, y así lo ha entendido la jurisprudencia del TS y del TC.

H) *Sentencia 240/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 10 de Sevilla, de 27 de octubre de 2009*

El objeto del recurso es la solicitud de trienios devengados de 2003 a 2007. La parte actora pide que se le aplique directamente la Directiva, puesto que de ella se deduce que se aplica a los contratos y relaciones

laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público. La cláusula 4.<sup>a</sup> de la Directiva deja a salvo la posibilidad de un trato diferente para el personal temporal frente al fijo «por razones objetivas». La jurisprudencia del TC concluye que el diferente tratamiento entre el funcionariado de carrera y el personal interino resulta plenamente objetivo y razonable, por lo que el Juzgado desestima el recurso.

I) *Sentencia 71/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Málaga, de 17 de febrero de 2009 (Málaga)*

Esta Sentencia concluyó que no era de aplicación la Directiva 99/70 dado que la actora pidió el pago de los atrasos en su sueldo motivados por el impago del concepto de trienios, invocando la Directiva en 2008, una vez vigente el artículo 25 de la LEBEP, que excluye la retroactividad. En opinión del Juzgado, la norma que se infringiría concediendo tal derecho era la propia LEBEP, lo que está excluido en la STJCE de 15 de abril de 2008, en la medida en que el Derecho nacional aplicable contenga una norma que excluya la aplicación retroactiva de una ley a falta de indicación clara e inequívoca en sentido contrario, un tribunal nacional ante el que se ha interpuesto una demanda basada en la violación de una disposición de la ley nacional que se adapta el Derecho interno a la Directiva solo está obligado, en virtud del Derecho comunitario, a conferir a dicha disposición un efecto retroactivo a la fecha de expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a dicha Directiva si existe una indicación de esta naturaleza que permita conferir tal efecto retroactivo.

2. *Algunos pronunciamientos judiciales en España favorables a la tesis de la STJCE Gavieiro*

A) *STSJ de Andalucía de 10 de diciembre de 2009*

*Antecedentes de hecho:* Esta Sentencia resuelve el recurso planteado contra una Resolución de la Subdirección General de Medios Personales al Servicio de la Administración de Justicia de la Junta de Andalucía, de 20 de abril de 2009, por la que se desestimó el reconocimiento y posterior abono de trienios e intereses legales devengados.

*Fundamentos de Derecho:* La parte actora alegaba que la Directiva 1999/70/CE, cláusula 4.<sup>a</sup>, recoge el principio de no discriminación por lo

que respecta a las condiciones de trabajo de los empleados públicos temporales. Veámosla:

*«Principio de no discriminación (cláusula 4)*

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

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

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

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

Por tanto, a juicio del TSJA, no puede tratarse de manera menos favorable a los trabajadores con contrato de duración determinada o temporal frente a los trabajadores fijos sin que existan causas objetivas. Se solicita derecho a percibir la cantidad devengada en concepto de trienios (desde el 13 de mayo de 2003 hasta el 13 de mayo de 2007, fecha de entrada en vigor de la LEBEP).

La LEBEP, respecto a los funcionarios interinos, dice en su artículo 25.2 que:

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

Y la Directiva 1999/70/CE es perfectamente aplicable a los interinos, por tres razones:

— La cláusula 2.<sup>a</sup> de la misma refiere que su ámbito de aplicación son los trabajadores con trabajo de duración determinada, cualesquiera que sean.

— La cláusula 3.<sup>a</sup> nos da la definición de trabajador con contrato de duración determinada, concertados directamente entre empresario y trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o relación laboral viene determinado por condiciones objetivas como fecha concreta, realización de obra o servicio, o producción de un hecho o acontecimiento determinado.

— La cláusula 4.<sup>a</sup> establece ese principio de no discriminación entre trabajadores de duración determinada y fijos a menos que existan causas objetivas.

*Fallo:* El TSJA considera que la diferencia de trato en que incurre la LEBEP, en cuanto que solo reconoce los efectos económicos del trienio a partir de la entrada en vigor de la misma, no puede considerarse justificada en la existencia de elementos precisos y concretos que caractericen la condición de trabajo ni criterios objetivos y transparentes. No se trata de asunción de la Directiva, sino que la asunción en el Derecho interno de la misma infringe su contenido, al contemplar una diferencia injustificada por razones objetivas, por lo que no puede hablarse de exigencia de responsabilidad patrimonial por retraso en la transposición de la Directiva, sino de aplicación del efecto directo de la misma con estimación del recurso. El recurso fue estimado.

B) *Sentencia 126/2009, de 17 de julio de 2009, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Sevilla*

*Antecedentes de hecho:* La Sentencia recayó en un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una resolución del Servicio Andaluz de Salud que denegó la solicitud de un trabajador de régimen estatutario del citado SAS de reconocimiento y acreditación con efectos retroactivos de cuatro años de trienios, al amparo de la cláusula 4.<sup>a</sup> de la Directiva 1999/70/CE.

El Juzgado se planteó la posible eficacia directa de la Directiva a fin de reconocer el devengo del pago de trienios con anterioridad al 13 de mayo de 2007, fecha de entrada en vigor de la LEBEP.

*Fundamentos de Derecho:* El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Sevilla consideró que la cuestión planteada ya había sido resuelta indirectamente por ese mismo Juzgado en su Sentencia de 20 de mayo de 2009, relativa a un funcionario interino de la Junta de Andalucía (no de personal del SAS), en la que se estimaron los siguientes extremos:

— Cuestión previa, en relación con el ámbito subjetivo de la Directiva: el Juzgado entendió restrictivamente que la Directiva era aplicable a toda relación laboral (por tanto, no aplicable a los funcionarios públicos) de duración determinada. Como veremos después, varias sentencias del TJCE, y especialmente la que comentamos aquí, caso *Gavieiro Gavieiro*, amplían el ámbito subjetivo de la Directiva, en el sentido de englobar toda relación de trabajo de duración determinada, fuera el vínculo contractual público o privado, independientemente del nombre que se le diera a ese contrato o a dicha relación laboral. Aquí, el Juzgado recuerda que el propio TJCE, en su Sentencia de 13 de septiembre de 2007, caso *Del Cerro Alonso*, C-307/05, ya había considerado que esta Directiva era aplicable, además de a los empleados públicos de la Administración que no son funcionarios públicos, al personal estatutario de los servicios de salud.

— Primera cuestión: sobre la aplicabilidad de la Directiva a la demandante (que, como se dijo arriba, era funcionaria autonómica, no personal estatutario del SAS), llega a la conclusión de que no le era aplicable, pues la demandante no estaba ligada a la Administración por una relación laboral, sino, en virtud de un nombramiento, por un régimen de normas reglamentarias y legales diferentes. El Juzgado consideró que no se trataba de que la relación tuviese algún rasgo de función pública, sino que directamente era función pública, por lo que la Directiva no era aplicable (algo que después veremos era incorrecto).

— Segunda cuestión, en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional: nuestros dos altos tribunales han sentenciado desde hace tiempo que en los funcionarios interinos concurren circunstancias objetivas que justifican la diferencia retributiva de no percibir trienios, sin que suponga un trato discriminatorio, jurisprudencia, por cierto, muy discutida por la doctrina y que, a la postre, se ha demostrado errónea si con ella se quería justificar una diferencia entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos a la hora del cobro de los complementos salariales. A los ojos del Juzgado, por tanto, hasta que la LEBEP no ha reconocido el derecho de los interinos a cobrar trienios, devengándose su cobro desde la entrada en vigor de la misma, ni por la doctrina de la eficacia directa de la Directiva ni por la aplicación del Derecho interno se justificaba el derecho de los interinos, y aquí de la parte demandante, a percibir trienios.

— Tercera cuestión: el Juzgado trae a colación una cuestión ya resuelta por la STJCE de 13 de septiembre de 2007, caso *Del Cerro Alonso*, en relación con el personal estatutario del Servicio Vasco de Salud, en la que se reconoció al personal estatutario temporal el derecho a percibir trienios, dada la eficacia directa de la Directiva.

— Cuarta cuestión: para el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Sevilla, la LEBEP no es transposición de la Directiva, pues en ningún momento la propia Ley lo dice ni cita la Directiva.

*Fallo:* Por tanto, el Juzgado, sobre la base de su Sentencia previa, arriba acotada, de 20 de mayo de 2009, llega a la conclusión de que si bien no cabía pagar los trienios con efectos retroactivos al personal funcionario interino, sí cabe decir lo contrario respecto del personal estatutario, por no ser funcionario. El Juzgado llegó a ese corolario, que luego se ha demostrado erróneo, argumentando que la Directiva 99/70 no se refiere a los funcionarios públicos, sino a los trabajadores con relación contractual laboral, siendo, no obstante, extensible al personal estatutario, por mor de la STJCE citada, en razón a las pocas trazas de función pública que tienen los trabajadores estatutarios. Nada hubiera impedido, sigue, la eficacia directa de la Directiva por su falta de transposición en plazo si al trabajador le hubiere sido aplicable la Directiva.

El Juzgado estimó el recurso contencioso-administrativo y declaró el derecho del trabajador estatutario del SAS al reconocimiento, acreditación y abono de los trienios devengados desde el 10 de septiembre de 2004 hasta el 13 de mayo de 2007.

C) *Sentencia 65/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de La Coruña, de 24 de marzo de 2009*

De nuevo en este caso la parte demandante solicitó el abono de los atrasos correspondientes a algunos trienios, alegando que el derecho a que se les reconozca el complemento que retribuye la antigüedad a los empleados públicos sujetos a un régimen temporal se contempla en la STJCE de 13 de septiembre de 2007 («cuando no existen razones objetivas que justifiquen la diferente percepción de la retribución que se dispensa a los empleados sujetos a contrato temporal respecto de los sujetos a relación estatutaria fija, debe entenderse que es discriminatoria y atentatoria del principio de igualdad»).

Aducía, además, la doctrina de la aplicación directa de la Directiva, por falta de transposición nacional: cuando el precepto de una Directiva es lo suficientemente preciso como para ser invocado por un justiciable contra el Estado miembro, debe ser aplicado por el juez nacional para impedir la aplicación de cualquier disposición que no sea conforme con aquel. Esto fue lo que sucedió en este caso.

D) *Sentencia 58/2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Sevilla, de 19 de marzo de 2010*

De nuevo una sentencia dictada en Sevilla sobre personal de la Junta de Andalucía. En este caso, el Juzgado se opuso al establecimiento de una diferencia de trato objetiva entre trabajadores con un contrato de duración determinado y trabajadores fijos, basada en la mera circunstancia de que esté previsto por una disposición legal o reglamentaria de un Estado miembro o por un convenio colectivo celebrado entre la representación sindical del personal y el empleador. No siendo discutido el carácter de primacía del Derecho comunitario sobre el nacional, concluye que resulta vinculante la Directiva 1999/70, que iguala a los contratados laborales y funcionarios, de duración determinada.

E) *Sentencia 150/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Sevilla, de 23 de octubre de 2009*

De nuevo el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Sevilla. Consideró en este caso que, ya fuera por el cauce delimitador del principio de igualdad (solo puede tomarse en cuenta para calibrar la legitimidad de la diferencia de trato en materia retributiva el trabajo efectivamente prestado y la concurrencia en él de circunstancias objetivamente acreditadas, pues solo la objetiva diferencia entre los trabajos prestados permitirá diferenciar a efectos retributivos), ya por su efecto útil o directo como norma integrante del ordenamiento jurídico, la Directiva 99/70/CE debe ser inexcusablemente objeto de observancia y aplicación por los tribunales españoles.

El Juzgado entiende que no resulta de recibo entender que la cláusula 4.<sup>a</sup> de la Directiva carezca de vigencia en el ámbito de la Administración española, porque algunas resoluciones del TC, en interpretación del principio de igualdad, hayan considerado que puede ser legítima a nivel constitucional la diferenciación retributiva entre funcionarios de empleo y de carrera, puesto que, aunque a efectos dialécticos se llegara a admitir que en determinados supuestos pudiera ser constitucional un tratamiento diferenciado, no puede significar que el legislador —nacional o comunitario— carezca de facultad de prohibir tal discriminación.

Sobre la aplicabilidad al sector público de las directivas en materia de igualdad en empleo, los pronunciamientos del TJCE ya eran uná-

nimes antes de la promulgación de la Directiva y respecto de la Directiva (STJCE de 13 de septiembre de 2007). La STJCE de 15 de abril de 2008, caso *Impact*, llega a proclamar la igualdad de derechos entre el personal temporal no funcionario y el funcionario comparable, reconociendo la equiparación en retribuciones y en ciertos tipos de pensiones. Sigue el Juzgado con su argumentación impecable, considerando que cuando la norma comunitaria resulte incondicional y suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional (hábil para desplegar el efecto directo), el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que este concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar cualquier disposición nacional en la medida en que conduzca a un resultado contrario.

De esta forma, la cláusula 4.<sup>a</sup> de la Directiva es concreta, incondicional y precisa, por lo que puede ser aplicada directamente. Nada puede empecer la aplicación directa de la cláusula 4.<sup>a</sup>, ya que opera aquí la doctrina del efecto útil de una norma comunitaria que genera directamente obligaciones sobre la Administración y derechos a los particulares y que debe prevalecer en virtud del principio de primacía sobre la ley española.

F) *Sentencia 222/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 10 de Sevilla, de 6 de octubre de 2009*

Ante una reclamación del pago, con efectos retroactivos, de los trienios devengados a un trabajador público, este Juzgado se preguntaba sobre la procedencia o no de la aplicación del criterio temporal del artículo 25.2 de la LEBEP o, si partiendo del efecto útil de la Directiva, deben reconocerse al recurrente los efectos económicos no prescritos que se derivarían.

En su opinión, no resulta discutible la primacía del Derecho comunitario, que obliga al juez nacional a aplicarlo directamente cuando la norma interna no recoge los principios comunitarios, y, de hecho, la Directiva no podrá ser de aplicación hasta que el Estado español no reconozca el pago de la antigüedad de los interinos desde el momento en que la misma debió ser transpuesta y no lo fue: la Directiva es aplicable al caso.

G) *Sentencia 12/2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Jaén, de 19 de enero de 2010*

Este Juzgado se planteaba si procedía o no retrotraer la efectividad económica de la resolución de reconocimiento de trienios, llegando a la conclusión de que es aplicable la Directiva en virtud de la supremacía del Derecho comunitario y de la eficacia directa de las directivas comunitarias, una vez transcurrido el plazo para su transposición.

La cuestión debe resolverse a favor de la primacía del Derecho comunitario, pues la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el artículo 1.6 no contradice la CE, ya que son categorías diferentes que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Se cita la STJCE de 13 de septiembre de 2007, que reconoce a los empleados públicos sujetos a una vinculación provisional el derecho a que se les retribuya la antigüedad. No se les puede tratar 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 por razones objetivas.

H) *Sentencia 135/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Logroño, de 20 de marzo de 2009*

La cuestión nuclear que se dilucidó en esta Sentencia fue la de la aplicabilidad al caso de la supremacía del Derecho comunitario y de la eficacia directa de las directivas comunitarias transcurrido el plazo señalado para su transposición.

El Juzgado considera que, al no haber sido la Directiva transpuesta en plazo, desplegó su eficacia directa vertical. Ello supone la obligación del juez nacional de aplicar las disposiciones desde una directiva cuyo contenido resulte suficientemente preciso e incondicional, expirado el plazo para su transposición y ante la ausencia o insuficiencia de una adaptación. A juicio del Juzgado, la cláusula 4.<sup>a</sup> de la Directiva es incondicional y suficientemente precisa. Además, se trata de un asunto resuelto por la STJCE de 13 de septiembre de 2007, que consideró que la cláusula 4.<sup>a</sup> debe interpretarse en el sentido de que se opone al establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos.

I) *Sentencia 36/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Granada, de 28 de mayo de 2009*

Este Juzgado se plantea el concepto de «razones objetivas» como justificante de la distinción de trato salarial entre funcionarios de carrera y funcionarios interino. En su acertado razonamiento, debe entenderse que el concepto «razones objetivas» de la cláusula 4.<sup>a</sup> no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el mero hecho de que aquella esté prevista por una norma nacional general y abstracta, lo que implica que la Directiva 99/70 es vinculante.

3. *Antecedentes favorables en el TJCE: el caso Impact y el caso Del Cerro Alonso*

A) *La STJCE de 15 de abril de 2008 (asunto Impact)*

Esta Sentencia concluyó que la cláusula 4.<sup>a</sup>, apartado 1, del Acuerdo marco (LCEur 1999, 1692) impone, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, la prohibición de tratar a los trabajadores (no se especifica que deban ser laborales o funcionarios, pues esa distinción no existe en el Derecho comunitario) 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.

B) *La STJCE de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso*

Lo que señala la STJCE de 13 de septiembre de 2007, *Del Cerro Alonso*, es que la cláusula 4.<sup>a</sup>, punto 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que tal cláusula se opone al establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos que esté justificada por la mera circunstancia de estar prevista por una disposición legal o reglamentaria.

Por otra parte, que la distinción que el Derecho interno pueda hacer sobre las diferentes condiciones retributivas y los derechos sobre los mismos de uno u otro tipo de trabajador, por muy justificada que pue-

da estar en la jurisprudencia del TC y del TS relativa a los funcionarios interinos, jurisprudencia —por otra parte— apegada a la muy cuestionable doctrina de las relaciones de especial sujeción, no significa que el legislador estatal o el comunitario, en un legítimo ejercicio de sus competencias, no puedan —como la Directiva hace— acabar con esas diferencias en aplicación del superior principio de igualdad y no discriminación.

Conforme a esta STJCE, por tanto, no cabe hacer distinciones de salario entre personal laboral o funcional temporal y personal laboral o funcional indefinido, pues esas «razones objetivas» no pueden ser válidas por el hecho de venir positivadas en una ley o reglamento, o en un convenio colectivo, sino que deben ser realmente objetivas y referirse a situaciones en realidad diferentes. Siendo así que los interinos, laborales y estatutarios temporales cumplen exactamente las mismas funciones que sus homólogos de duración indefinida, tal distinción es ilícita.

### III. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN 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

La jurisprudencia del TJCE ha dejado claro que la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 y que figura como anexo a 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 (*DO L 175*, pág. 43), se aplican a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público (Sentencia de 4 de julio de 2006, *Adeneler y otros*, C-212/04, Rec. pág. I-0000, apartado 54).

Y ello, en efecto, porque las disposiciones de estas dos normas, la Directiva y el Acuerdo marco, no contienen indicación alguna de la que pueda deducirse que su ámbito de aplicación se limite exclusivamente a los contratos de duración determinada celebrados por los trabajadores con empresarios del sector privado (Sentencia *Adeneler y otros*, apartado 55).

Por el contrario, como muestra el tenor literal de la cláusula 2.<sup>a</sup>, apartado 1, del Acuerdo marco, el ámbito de aplicación de este se ha definido con amplitud, pues en él se incluyen de forma general «los tra-

bajadores 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».

Y, por otra parte, la cláusula 2.<sup>a</sup>, apartado 2, de dicho Acuerdo marco, lejos de excluir los contratos o relaciones laborales de duración determinada celebrados por un empleador público, se limita a otorgar a los Estados miembros o a los interlocutores sociales la facultad de declarar el Acuerdo marco inaplicable a «las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje», así como a los contratos y relaciones laborales «[concluidos] en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos» (Sentencia *Adeneler y otros*, antes citada, apartado 57).

El hecho de que la Directiva 1999/70 hable, en su ámbito subjetivo, de «relaciones laborales» no conjura esta interpretación, ya que el adjetivo «laborales» se emplea aquí para cualquier contrato de trabajo en sentido genérico, que una a un empleador, público o privado, con una persona física o trabajador, independientemente del tipo de vínculo contractual que les una, de carácter laboral o de carácter funcionarial. Ello es así porque el Derecho comunitario carece de la distinción puramente española y francesa entre personal laboral y funcionarial, no empleándose ese adjetivo en el sentido estricto que le damos al personal laboral de las Administraciones públicas en la LEBEP y en las anteriores leyes al efecto, es decir, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero; la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, o la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas.

Prueba de ello es que la Directiva dice lo siguiente, en sus versiones francesa e inglesa (cláusula 2.<sup>a</sup>, 2):

«2. *Member States after consultation with the social partners and/or the social partners may provide that this agreement does not apply to:*

*(a) initial vocational training relationships and apprenticeship schemes;*

*(b) employment contracts and relationships which have been concluded within the framework of a specific public or publicly-supported training, integration and vocational retraining programme».*

«2. *Les États membres, après consultation de partenaires sociaux, et/ou les partenaires sociaux peuvent prévoir que le présent accord ne s'applique pas:*

a) *Aux relations de formation professionnelle initiale et d'apprentissage.*

b) *Aux contrats ou relations de travail conclus dans le cadre d'un programme de formation, insertion et reconversion professionnelles public spécifique ou soutenu par les pouvoirs public».*

En la letra b) se ve claramente que solo los contratos públicos de formación o integración o reconversión podrán quedar excluidos por los Estados, lo que, *contrario sensu*, viene a decir que los contratos temporales, públicos o laborales, de las Administraciones públicas no podrán exceptuarse del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva.

Algunos de los pronunciamientos analizados parecen desconocer estas versiones inglesa y francesa y creen, a nuestro juicio erróneamente, que la cláusula 2.<sup>a</sup>, apartado 2, permite a los Estados excluir cualquier contrato público, pues la versión española de la misma puede inducir a error, al incorporar una coma en una incorrecta traducción.

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

a) *las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje;*

b) *los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, [esta es la coma a la que nos hemos referido que no está en el texto francés e inglés y que puede cambiar el sentido] de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos».*

En principio, según la LEBEP (art. 10.1), no parece que deba existir un trato diferente entre interinos y funcionarios, pues los interinos desempeñan las mismas funciones que los funcionarios de carrera, y les será aplicable el mismo régimen que a los funcionarios de carrera en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición.

«1. *Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son*

*nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.*
- b) La sustitución transitoria de los titulares.*
- c) La ejecución de programas de carácter temporal.*
- d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses».*

Y:

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

Parece claro que cualquier discriminación debe basarse en el rasgo esencial de la principal característica de los contratos de funcionarios interinos, que es precisamente la interinidad o carácter temporal del contrato, discriminaciones que están prohibidas por la cláusula 4.<sup>a</sup> de la Directiva. No hay diferencia alguna entre las labores que desempeñan los funcionarios de carrera y los interinos.

No cabe hacer distingos económicos entre personal estatutario fijo y personal estatutario temporal. Los que hace la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, van en contra de la Directiva 1999/70, así que no son válidos (véase la STJCE de 13-9-2007, caso *Del Cerro Alonso*).

En conclusión:

a) No hay un concepto de funcionario público a efectos comunitarios que permita deslindar de forma clara entre trabajadores laborales y funcionarios a la hora de aplicar la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco.

b) La forma del vínculo que une al trabajador con la Administración y el concepto absolutamente excepcional y restrictivo de «agente público» no permiten hacer distinciones dentro de la noción comunitaria de trabajador entre asalariados y estatutarios. Antes bien, todo lo contrario.

Por tanto, la Directiva se aplica tanto a contratos laborales como a contratos administrativos, de empleo público, funcionariales, estatutarios, etc., pues la mera circunstancia de que un empleo sea califica-

do como «de plantilla» con arreglo al Derecho nacional y presente alguno de los elementos que caracterizan a la función pública del Estado miembro de que se trate carece de relevancia a este respecto, so pena de desvirtuar gravemente la eficacia de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco, así como la aplicación uniforme de estos en los Estados miembros, lo que implicaría la espuria atribución a estos últimos de la posibilidad de excluir a su arbitrio determinadas categorías de personas del beneficio de la protección requerida por estos instrumentos comunitarios [véanse, por analogía, las Sentencias de 9 de septiembre de 2003 (TJCE 2003, 250), *Jaeger*, C-151/02, Rec. pág. I-8389, apartados 58 y 59, así como de 5 de octubre de 2004 (TJCE 2004, 272), *Pfeiffer y otros*, C-397/01 a C-403/01, Rec. pág. I-8835, apartado 99] (STJCE de 13-9-2007).

En ese mismo sentido, la STSJ de Andalucía 150/2009, de 23 de octubre de 2009, abundando en esta línea hermenéutica, añade el dato de la STJCE de 23 de abril de 2009, en un caso en el que Grecia aplica la Directiva 1999/70 a todos los trabajadores del sector público. En efecto, el Decreto Presidencial griego 164/2004, por el que se establecen disposiciones relativas a los trabajadores con contratos de duración determinada en el sector público (FEK A' 134/19-7-2004), adaptó a la Directiva 1999/70 la legislación helénica aplicable al personal del Estado y del sector público en sentido amplio. El artículo 2, apartado 1, de dicho Decreto Presidencial es del siguiente tenor:

*«Las disposiciones de este Decreto se aplican a los empleados del sector público [...] y a los empleados de las empresas municipales que desempeñen su trabajo sobre la base de un contrato o relación laboral de duración determinada o de otro contrato o relación que encubra una relación laboral por cuenta ajena».*

Cabría pensar que la cláusula 4.<sup>a</sup>, de no discriminación, de la Directiva 1999/70 parece imponer una condición: «a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas». Todo depende, pues, para conceder derechos de cobro de los trienios con efectos retroactivos desde antes de la entrada en vigor de la LEBEP, justamente desde el 15 de mayo de 2001, en concretar si existen razones objetivas para dar un tratamiento diferente a funcionarios de carrera e interinos.

¿Existen esas razones objetivas que justifiquen un trato diferente a los funcionarios de carrera y a los interinos? La Sentencia 126/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Sevilla, de 17 de julio de 2009, enlazando dialécticamente con la tradicional juris-

prudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre la legitimidad del distinto trato remunerativo a funcionarios de carrera e interinos (en lo que subyacía el denostado concepto de relaciones de especial sujeción), así lo cree. No es así, a nuestro juicio, ni tampoco a juicio del TJCE, en sus asuntos *Del Cerro Alonso* y *Gavieiro Gavieiro*, ya que, establecido el efecto directo vertical de la cláusula 4.<sup>a</sup> de la Directiva 1999/70/CE, no es suficiente que así venga recogido en la jurisprudencia o legislación nacionales, sino que debe analizarse si existe realmente una justificación de un trato diferente por razones objetivas que excepcione el mandato contenido en la misma.

Las Administraciones demandadas suelen traer a colación, para desestimar las solicitudes de cobro retroactivo de trienios, la jurisprudencia del TC, que, resumidamente, viene a decir que existe una distinción normativa consagrada constitucionalmente entre el personal fijo y el personal temporal (AATC de 14 de abril de 2008 y de 3 de julio de 2008).

Sin embargo, tal distinción es puramente normativa, no ontológica, y está fundada en el régimen estatutario de la función pública, que aparece como un sistema configurado legal y reglamentariamente.

La igualdad de condiciones de trabajo entre el personal temporal y el fijo, por otra parte, incluye la igualdad retributiva (SSTJCE *Del Cerro Alonso* y de 15-4-2008):

*«En quinto lugar, el tribunal remitente se pregunta si las condiciones de trabajo, en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo marco (LCEur 1999, 1692), incluyen las condiciones retributivas y los derechos a pensión.*

*Remitiéndose a una acepción amplia del concepto de retribución en el contexto del artículo 141 CE (RCL 1999, 1205 ter), relativo al principio de igualdad de sexos, el tribunal remitente considera que una interpretación que excluya las retribuciones del ámbito de aplicación de la citada cláusula equivaldría a privar a los trabajadores con contrato de duración determinada de una protección contra la discriminación respecto a una serie de aspectos esenciales relativos a la retribución, lo que iría en contra del objetivo perseguido por el Acuerdo marco... Como han alegado tanto Impact como la Comisión, una interpretación de la cláusula 4 del Acuerdo marco (LCEur 1999, 1692) que excluyera categóricamente del concepto de "condiciones de trabajo", a los efectos de dicha cláusula, las condiciones económicas, como las relacionadas con la retribución y*

*las pensiones, equivaldría a reducir, haciendo caso omiso del objetivo asignado a dicha cláusula, el ámbito de protección reconocido a los trabajadores afectados frente a las discriminaciones, al introducir una distinción, basada en la naturaleza de las condiciones de trabajo, que los términos empleados en esta cláusula no sugieren en absoluto...*

*Por lo demás, como ha señalado la Abogado General en el punto 161 de sus conclusiones, tal interpretación privaría de sentido a la referencia al principio pro rata temporis contenida en la cláusula 4, apartado 2, del Acuerdo marco (LCEur 1999, 1692), que, por definición, solo puede aplicarse a prestaciones divisibles, como las que se derivan de las condiciones de trabajo económicas, relativas, por ejemplo, a las retribuciones y a las pensiones (STJCE 15-4-2008)».*

La STJCE *Gavieiro Gavieiro* también ha concluido claramente que los funcionarios interinos españoles se encuentran dentro del ámbito subjetivo de la Directiva.

La conclusión de la Sentencia que comentamos es clara:

*«44. Toda vez que es pacífico que la Sra. Iglesias Torres trabajó durante más de 9 años en diversos centros educativos de la Comunidad Autónoma de Galicia como funcionaria interina y que, por otro lado, el litigio principal versa sobre la situación de los funcionarios de carrera comparada con la de los funcionarios interinos, está incluida en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco.*

*45. Por tanto, procede responder a la primera cuestión planteada en el asunto C-456/09 que un miembro del personal interino de la Comunidad Autónoma de Galicia, como la demandante en el litigio principal, está incluido en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 1999/70 y en el del Acuerdo marco».*

#### IV. SOBRE EL CONCEPTO COMUNITARIO DE TRABAJADOR Y SU RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE EMPLEADO PÚBLICO

Importa señalar que el concepto comunitario de empleado público, estrechamente ligado al ejercicio directo de funciones y potestades, es

más restrictivo y no se compadece con el concepto usualmente manejado por el ordenamiento jurídico español.

Con ello quiere señalarse que no sería compatible con el Derecho comunitario excluir del ámbito de aplicación de la Directiva a los funcionarios de forma indiscriminada, por la errónea creencia de que el ejercicio de sus funciones fuera, sin más, una «razón objetiva» a los efectos de la cláusula 4.<sup>a</sup>, 1, *in fine*.

En efecto, por lo que hace al concepto de trabajador empleado en la Directiva de referencia, el Derecho comunitario originario —a efectos de la libre circulación de trabajadores (art. 48.2 TFCE)— utiliza los conceptos de empleo asalariado.

Otro indicador, en este caso en relación con el artículo 1 del Reglamento CEE 2001/83, de 2 de junio, es la nota de «aseguramiento a título obligatorio o voluntario del trabajador a uno de los distintos sistemas de seguridad social».

De forma más concreta en relación con los empleados públicos, y frente a la exclusión inicial de la libertad de circulación de estos trabajadores, el TJCE ha venido a establecer que la calificación del vínculo jurídico del trabajador con la Administración pública no es por sí determinante para la exclusión de las normas sobre libre circulación, «ya que tales calificaciones varían según las legislaciones nacionales».

No es el órgano o el vínculo con la Administración lo que determina la exclusión, sino la función que desempeñan. Más concretamente, funciones que impliquen directa o indirectamente ejercicio de autoridad. No todo empleo público es excluible de la libre circulación excepcionando el principio general de libre circulación y establecimiento, sino solo aquella parte del empleo público con esas notas distintivas de participación en potestades y funciones públicas.

Así, en el asunto *Raulín* el Tribunal (STJCE de 26-2-1992, asunto 357/89) considera relación laboral un mínimo contrato laboral de escasa duración con la Administración pública holandesa. De forma similar, en el asunto *Bernini* (STJCE de 26-2-1992, asunto 390).

Si acudimos a la noción de empleo público veremos que el concepto de empleo público se une al desempeño de actividades que, como se afirma en la Sentencia *Reyners*, «consideradas en sí mismas constituyen una participación directa y específica en el ejercicio de poder público».

Esta línea jurisprudencial, que reserva el concepto de empleado público a aquellos agentes o funcionarios públicos que actúan para una autoridad administrativa, tanto si se trata de actividades en las que hay ejercicio de potestades públicas —agentes públicos— o salvaguarda de intereses nacionales en materia de seguridad o justicia —fun-

cionarios—, esta línea jurisprudencial, insistimos, se repite a lo largo de toda la jurisprudencia comunitaria [por todos, asuntos *Bleis*, STJCE de 27 de noviembre de 1991 (A 4-91 *Bleis*), y *Marrosu y Sardino con Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*]. Solo estos empleos lo son a los efectos de una eventual restricción de la libre circulación

Como la STJCE *Gavieiro Gavieiro* expone, el órgano jurisdiccional remitente desea, en esencia, saber si un miembro del personal interino de la Comunidad Autónoma de Galicia, caso de la demandante en el litigio principal, está incluido en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco.

Al respecto, la Sentencia indica:

*«procede recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado ya que, tanto del tenor literal de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco, como del sistema y la finalidad de estos se deduce, que las disposiciones contenidas en ellos se aplican a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público (sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, Rec. pág. I-6057, apartados 54 y 57; de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C-53/04, Rec. pág. I-7213, apartados 40 a 43, y Vassallo, C-180/04, Rec. pág.-I 7251, apartados 32 a 35, y Del Cerro Alonso, antes citada, apartado 25).*

*En efecto, como se desprende de la cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco, su ámbito de aplicación personal está concebido de manera extensiva, al referirse con carácter general 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” (véanse las sentencias Adeneler y otros, antes citada, apartado 56; de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, Rec. pág. I-3071, apartado 114, y de 24 de junio de 2010, Sorge, C-98/09, Rec. pág. I-0000, apartado 30).*

*La definición, a efectos del Acuerdo marco 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** (sentencia Adeneler y otros, an-*

*tes citada, apartado 56)». (Salvo indicación contraria, las negritas son nuestras.)*

Esta afirmación es compartida por quienes suscriben este trabajo.

## V. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Como antes se ha apuntado, la razón de ser de la Directiva 1999/70/CE no es sino consagrar plenamente un principio de no discriminación entre trabajadores con independencia de quién sea su empleador y cuáles sus condiciones de trabajo. Este principio, de indudable raigambre constitucional y comunitaria, ha sido además interpretado de forma muy amplia y expansiva por la jurisprudencia del TJCE que venimos glosando. Ciertamente, y de acuerdo con esa jurisprudencia, lo determinante en relación con la Directiva 1999/70/CE no es sino algo más trascendente: el objeto de la Directiva de 1999 es el reconocimiento de un principio comunitario de igualdad de trato y no discriminación cualquiera que sea la modalidad de la relación de empleo entre trabajadores fijos y temporales al servicio de la Administración o empleos públicos.

La normativa que se invoca en este conflicto, Directiva 1999/70/CE (en la cláusula 4.<sup>a</sup> del Acuerdo marco, titulada «Principio de no discriminación»), precisa en sus apartados 1 y 4:

*«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 justifique un trato diferente por razones objetivas».*

*«Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas».*

En suma, ha de tenerse en cuenta que el fondo de nuestro debate se centra en el derecho a la igualdad y a la no discriminación que aflora en un aspecto, en nuestro caso el de los trienios, de índole salarial. En otros términos, es un asunto de igualdad salarial y no discriminación. Consideramos que esta es la perspectiva en tono a la que gira la solución del asunto.

El principio de igualdad y no discriminación en las condiciones de trabajo y su manifestación en la igualdad y no discriminación salarial constituye uno de los principios nucleares mínimos del Derecho social comunitario, que no hace distinciones en función de la naturaleza del vínculo que une al «trabajador asalariado con su empleador».

La normativa que se invoca en este conflicto, la Directiva 1999/70/CE (en la cláusula 4.<sup>a</sup> del Acuerdo marco, titulada «Principio de no discriminación»), precisa, repetimos, en sus apartados 1 y 4:

*«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 justifique un trato diferente por razones objetivas».*

*«Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas».*

Dado que la redacción de la cláusula 4.<sup>a</sup> de los Acuerdos marco sobre trabajo a tiempo parcial y sobre el trabajo de duración determinada es *mutatis mutandi* idéntica, procede concluir que las disposiciones del Derecho de la Unión invocadas por el órgano jurisdiccional nacional son incondicionales y lo suficientemente precisas para poder ser invocadas por un particular ante un tribunal nacional.

Según la STJCE de 13 de septiembre de 2007 (caso *Yolanda del Cerro Alonso contra Servicio Vasco de Salud*):

*«(...), habida cuenta de la importancia de los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario, a las disposiciones previstas por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco a efectos de garantizar que los trabajadores con un contrato de duración determinada disfruten de las mismas ventajas que los trabajadores por tiempo indefinido comparables, salvo que esté justificado un trato diferenciado por razones objetivas, debe reconocérseles un alcance general, dado que constituyen normas de Derecho social comunitario de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador, al ser disposiciones protectoras mínimas».*

En consecuencia, la Directiva 1999/70 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.

La mera circunstancia de que un empleo sea calificado como «de plantilla» con arreglo al Derecho nacional v presente alguno de los elementos que caracterizan a la función pública del Estado miembro de que se trate carece de relevancia a este respecto, so pena de desvirtuar gravemente la eficacia de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco, así como la aplicación uniforme de estos en los Estados miembros, reservando a estos últimos la posibilidad de excluir a su arbitrio a determinadas categorías de personas del beneficio de la protección requerida por estos instrumentos comunitarios (véanse, por analogía, las Sentencias de 9 de septiembre de 2003, *Jaeger*, C-151/02, Rec. pág. I-8389, apartados 58 y 59, así como de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, C-397/01 a C-403/01, Rec. pág. I-8835, apartado 99). Tal como se deduce no solo del artículo 249 CE, párrafo tercero, sino también del artículo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70, interpretado a la luz del decimoséptimo considerando de esta, los Estados miembros se encuentran obligados a garantizar el resultado exigido por el Derecho comunitario (véase la STJCE *Qjkdერიeler y otros*, apartado 68).

En estas circunstancias, debe entenderse que dicho concepto no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquella 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 alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto.

En consecuencia, este pronunciamiento reconoce que la mera condición de funcionarlo «de plantilla» —léase «fijo» o «de carrera»— en una Administración pública en ningún caso puede tomarse como criterio diferenciador respecto del personal temporal, al no constituir razón objetiva que justifique discriminación alguna, y toda vez que solución contraria implicaría dejar virtualmente sin vigencia la normativa comunitaria de igualdad en el ámbito de la Administración pública.

La Sentencia de 4 de julio de 2006, *Adeneler y otros*, C-212/04, Rec. pág. I-0000, apartado 54, afirma, del mismo modo, que la Directiva

1999/70 y el Acuerdo marco se aplican a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público.

En efecto, las disposiciones de estas dos normas no contienen indicación alguna de la que pueda deducirse que su ámbito de aplicación se limita exclusivamente a los contratos de duración determinada celebrados por los trabajadores con empresarios del sector privado (Sentencia *Adeneler y otros*, antes citada, apartado 55).

Por el contrario, por una parte, como muestra el tenor literal de la cláusula 2.<sup>a</sup>, apartado 1, del Acuerdo marco, el ámbito de aplicación de este se ha definido con amplitud, pues en él se incluyen de forma general «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».

Llámesse la atención sobre la circunstancia de que esta conclusión se obtendría, *incluso en ausencia de la Directiva 1999/70, por la obligada aplicación de los Convenios OIT y del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y de la Declaración Universal de Derechos Humanos* (a los que el artículo 10 CE establece como criterios interpretativos de los derechos y libertades reconocidos en la misma). Según estos Convenios, solo puede tomarse en consideración para dar legitimidad a una diferencia de trato en materia retributiva al trabajo efectivamente prestado y la concurrencia en él de circunstancias objetivamente acreditadas.

Sin embargo, la STJCE *Gavieiro Gavieiro* ha sido tajante a este respecto y ha considerado, en sus puntos 46 y ss., que la naturaleza temporal de la relación de servicio de determinados empleados públicos no supone, por sí sola, una «razón objetiva», en el sentido de esta disposición, que justifique la diferencia de trato por lo que se refiere al pago de complementos salariales por antigüedad:

*«el Acuerdo marco precisa que este “ilustra la voluntad de los interlocutores sociales de establecer un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación”. El decimocuarto considerando de la Directiva 1999/70 precisa al efecto que el objetivo del Acuerdo marco consiste, en particular, en mejorar la calidad del trabajo de duración determinada estableciendo condiciones mínimas que garanticen la aplicación del principio de no discriminación.*

*El Acuerdo marco, y en particular su cláusula 4, tiene por objeto la aplicación de dicho principio a los trabaja-*

dores 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 (sentencia Del Cerro Alonso, antes citada, apartado 37).

Según el Tribunal de Justicia, habida cuenta de los objetivos que persigue el Acuerdo marco, recordados en los dos apartados anteriores, la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que **expresa un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva** (véanse las sentencias, antes citadas, Del Cerro Alonso, apartado 38, e Impact, apartado 114).

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** (sentencia Del Cerro Alonso, antes citada, apartados 47 y 48).

Como se desprende de las resoluciones de remisión, hasta la entrada en vigor de la LEBEP el 13 de mayo de 2007 la normativa aplicable al personal que trabajaba para la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia, adoptada conforme a lo dispuesto en la LFCE, establecía una diferencia de trato en cuanto al pago de los trienios entre los empleados de dicha Comunidad Autónoma. Esta diferencia de trato **no estaba determinada en función de la antigüedad de dichos empleados, sino por razón de la duración de la relación laboral que los vinculaba a su empleador**. A diferencia de los funcionarios de carrera, los funcionarios interinos no tenían derecho a los trienios, fuera cual fuera el tiempo de servicios prestados».

La STJCE *Gavieiro Gavieiro* ha dicho también que el principio de no discriminación de trabajadores por razón de la duración de su contrato, cláusula 4.<sup>a</sup> del Acuerdo marco, no puede tener una interpretación restrictiva, por lo que es aplicable a los funcionarios interinos en España en relación con el cobro retroactivo de trienios. Y ello aunque una ley, como la LEBEP, diga lo contrario. Aquí cita las SSTJCE *Adelener y Del Cerro Alonso* y el Auto de 24 de abril de 2009, *Koukou*, C-519/08, apartado 45.

VI. EL EFECTO DIRECTO 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

Es doctrina común que la Directiva se transpone formalmente cuando se consiguen sus objetivos a nivel nacional o cuando el Estado ha puesto los medios formales proporcionados y adecuados precisos para que la misma cumpla sus objetivos y así se notifica.

Y es igualmente doctrina comúnmente aceptada que, al aplicar el Derecho interno e interpretarlo, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado que persigue la misma y, de esta forma, atenerse al artículo 189.3 del Tratado CE (actualmente artículo 249 TCE, párrafo tercero).

De lo anterior se deduce que es obligación del juzgador nacional realizar una exégesis de la normativa interna que sea conforme a las normas comunitarias; lo que ha venido a bautizarse como la doctrina de la «interpretación conforme», que se dibuja desde los asuntos *Von Colson y Kamann* (TJCE, Sentencia de 10-4-1984, asunto 14/83), *Marieasing* (TJCE, Sentencia de 13-11-1990, asunto C-106/89) o *Wagner Miret* (TJCE, Sentencia de 16-12-1993, asunto C-334/92) o la Sentencia de 11-7-2002, *Marks & Spencer* (asunto C-62/00).

Más aún, si dicha interpretación conforme no es posible, cuando la norma comunitaria resulte incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional —es decir, hábil para desplegar el efecto directo—, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que este concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición nacional en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho comunitario (así se manifiesta el TJCE, por ejemplo, en Sentencia de 21-5-1987, *Albako*, asun-

to 249/85; también en las Sentencias de 26 de febrero de 1986, *Marshall*, 152/84, Rec. pág. 723, apartados 46 y 49; de 20 de marzo de 2003, *Kutz Bauer*, C-187/00, Rec. pág. I-2741, apartados 69 y 71, e *Impact*, antes citada, apartado 57).

Ahora bien, el principio de interpretación conforme que el TJCE vuelve a reiterar en esta Sentencia requiere que el juez nacional interprete el Derecho interno a fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva y alcanzar, así, una solución conforme al objetivo perseguido por la misma. Este principio de interpretación conforme nace a partir de la expiración del plazo de adaptación, esto es, en supuestos de aplicación tardía o de no aplicación (como alegan los demandantes). Si el efecto querido por la Directiva no se alcanza, afirma el Tribunal, el Derecho comunitario impone al Estado miembro la obligación de reparar los daños causados a los particulares cuando concurren tres requisitos: 1) que la Directiva atribuya derechos a los particulares; 2) que los derechos puedan determinarse basándose en las disposiciones de la Directiva, y 3) que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento estatal y el daño causado al afectado.

La Directiva sobre el trabajo de duración determinada, que venimos analizando, tenía como plazo máximo de cumplimiento y transposición el 10 de julio de 2001. Pasado el mismo sin transponerse, esta tiene eficacia, según ha proclamado ya el TJCE en Sentencia de 15 de abril de 2008, C-268/2006, que en su considerando 28 proclamó que la cláusula 4.<sup>a</sup> del Acuerdo marco es incondicional y suficientemente precisa, por lo que tiene efecto directo.

A este respecto procede recordar que es jurisprudencia reiterada que siempre que las disposiciones de una Directiva resulten ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares podrán invocarlas frente al Estado miembro, particularmente en su condición de empleador (véanse en particular, en este sentido, las Sentencias de 20 de marzo de 2003, *Kutz-Bauer*, C-187/00, Rec. pág. I-2741, apartados 69 y 71; de 15 de abril de 2008, *Impact*, C-268/06, Rec. pág. I-2483, apartado 57, así como de 16 de julio de 2009, *Gómez-Limón Sánchez-Camacho*, C-537/07, Rec. pág. I-0000, apartado 33).

Asimismo, puede trasladarse esta jurisprudencia a acuerdos que, como los Acuerdos marco sobre el trabajo a tiempo parcial y sobre el trabajo de duración determinada, han nacido de un diálogo mantenido entre interlocutores sociales en el ámbito de la Unión Europea y han sido aplicados, conforme a su base jurídica respectiva, mediante una Directiva del Consejo de la Unión Europea, de la que, entonces, forman parte (véase, en este sentido, la Sentencia *Impact*, antes citada,

apartado 58; así como la más reciente Sentencia de 22 abril de 2010, caso *Tirol*).

Habida cuenta de estas consideraciones, el Tribunal de Justicia ha declarado en particular que la cláusula 4.<sup>a</sup>, punto 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada es incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional (véase la Sentencia *Impact*, antes citada, punto 2 del fallo). Asimismo, el Tribunal de Justicia ha precisado que la cláusula 4.<sup>a</sup>, punto 2, del citado Acuerdo marco solo hace hincapié en una de las consecuencias que, en su caso, puede acarrear, bajo el control eventual del juez, la aplicación del principio de no discriminación a favor de los trabajadores con contratos de duración determinada, sin menoscabar en modo alguno el contenido mismo de este principio (Sentencia *Impact*, antes citada, apartado 65).

A partir de esta Directiva citada, el TJCE ha tenido ocasión de analizar en varias resoluciones la cláusula 4.<sup>a</sup> de la Directiva 99/70/CE, habiendo proclamado reiteradamente que dicho precepto resulta de aplicación directa, y no solo en la referida Sentencia de 13 de septiembre de 2007 (caso *Del Cerro Alonso*), sino en otras como la de 15 abril de 2008 (caso *Impact*, también citada), que, recordemos, en su pronunciamiento segundo literalmente declara:

*«La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura como anexo de la Directiva 1999/70, es incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional, lo que, en cambio, no sucede en el caso de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco».*

Por lo tanto, tratándose de una cláusula que despliega el efecto directo, la consecuencia es, como resalta en sus fundamentos 46 y 47 la Sentencia de 7 septiembre de 2006 (caso *Del Cerro Alonso*), con cita de la de 12 de diciembre de 2002 (caso *Rodríguez Caballero*), que:

*«Cuando se constata una discriminación contraria al Derecho comunitario, y en tanto no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, únicamente puede garantizarse el respeto del principio de igualdad concediendo a las personas incluidas en la categoría perjudicada las mismas ventajas de que disfrutaban las personas comprendidas en la categoría beneficiada».*

En tal hipótesis, el juez nacional debe dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador, y debe aplicar a los miembros del grupo perjudicado el mismo régimen del que disfruten los demás trabajadores (Sentencia *Rodríguez Caballero*, antes citada, apartado 43, y la jurisprudencia que allí se cita). Está obligado a ello con independencia de que en el Derecho interno existan disposiciones que le confieran la competencia para hacerlo.

Es lo que se ha venido en denominar «efecto directo de exclusión y de sustitución», ya apuntado en las Sentencias TJCE *CIA Security* (de 30 de abril de 1996) y *Unilever* (de 26 de septiembre de 2000), entendiéndose que las normas comunitarias engendran directamente derechos a favor de los particulares, doctrina cristalizada en la Sentencia *Landelijke* (de 7 de septiembre de 2004); en virtud de los cuales una vez regulada una materia por una Directiva, la ley nacional que lo hacía con anterioridad queda sustituida, deviniendo excluida al tiempo la posibilidad de que se elabore una norma nacional al respecto que no se dicte en transposición de la misma.

Lo mismo ha venido a ratificar la STJCE *Gavieiro Gavieiro*, considerando que pueden los particulares invocar directamente una Directiva ante un órgano jurisdiccional nacional para que se les reconozca el derecho a trienios en relación con el período comprendido entre la expiración del plazo impartido a los Estados miembros para adaptar su Derecho interno a la Directiva 1999/70 y la fecha de entrada en vigor de la ley nacional que transpone esta Directiva al Derecho interno del Estado miembro de que se trata.

Y ello a pesar de que el Derecho nacional que haya transpuesto la Directiva fuera incorrecto a la hora de recoger la completa amplitud de derechos que reconocía la misma, como era aquí el caso, pues entonces no supone ningún problema el incumplimiento de la normativa nacional, habida cuenta de la primacía del Derecho comunitario y del efecto directo de la Directiva en la medida en que no hubiera sido perfectamente recogida en el Derecho nacional. Así, pues, el mantenimiento del efecto directo de la Directiva no supone poner en tela de juicio la eficacia de las normas de los Estados miembros que, aunque ya hayan transpuesto el contenido de una Directiva correctamente al Derecho interno, hayan sido adoptadas tras finalizar el plazo de transposición, lo que se justifica por su déficit en la transposición.

La STJCE *Gavieiro Gavieiro* es palmaria a ese respecto:

«72. *La obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que esta prevé,*

*así como su deber, conforme al artículo 4 TFUE, apartado 3, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales. Tales obligaciones pesan sobre estas autoridades, incluidas, en su caso, las autoridades en su condición de empleador público (sentencia Impact, antes citada, apartados 41 y 85 y jurisprudencia citada).*

73. *Si no es posible proceder a una interpretación y aplicación de la normativa nacional conforme con las exigencias del Derecho de la Unión, los órganos jurisdiccionales nacionales y los órganos de la Administración están obligados a aplicarlo íntegramente y tutelar los derechos que este concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición contraria del Derecho interno (véanse, en este sentido, las sentencias de 22 de junio de 1989, Costanzo, 103/88, Rec. pág. 1839, apartado 33, y de 14 de octubre de 2010, Fuß, C-243/09, Rec. pág. I-0000, apartado 63)».*

El TJCE admite la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de las reclamaciones de trienios con efectos retroactivos, porque de lo contrario se estaría vulnerando el principio de tutela judicial efectiva, que es un principio general del Derecho de la Unión reconocido, además, en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por tanto, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, si no existe una medida que adapte correctamente el Derecho español a la Directiva 1999/70 durante dicho período, asegurar la protección jurídica que para los justiciables se deriva de las disposiciones del Derecho de la Unión y garantizar su pleno efecto (véase, en este sentido, la Sentencia *Impact*, antes citada, apartados 42 y 43, y jurisprudencia citada).

La doctrina de la aplicación directa de directivas no transpuestas cuando estas contienen mandatos claros, sencillos e incondicionados también es aplicable, como ha dicho el propio Tribunal de Justicia, a acuerdos que, como el Acuerdo marco de marras, han nacido de un diálogo mantenido, sobre la base del artículo 155 TFUE, apartado 1, entre interlocutores sociales en el ámbito de la Unión y han sido aplicados, conforme al apartado 2 de este artículo, mediante una Directiva del Consejo de la Unión Europea, de la que, entonces, forman parte (Sentencia *Impact*, antes citada, apartado 58).

«78. La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco prohíbe de manera general y en términos inequívocos cualquier diferencia de trato no justificada objetivamente respecto a los trabajadores con contratos de duración determinada por lo que se refiere a las condiciones de trabajo. De este modo, su contenido es lo suficientemente preciso para que pueda ser invocada por un justiciable y aplicada por el juez (sentencias *Impact*, antes citada, apartado 60, y de 22 de abril de 2010, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, C-486/08, Rec. pág. I-0000, apartado 24)».

Para hacer valer esa cláusula 4.<sup>a</sup> no se necesita la adopción de ningún acto de las instituciones de la Unión y, puesto que su mandato es incondicionado, es ilegal que los Estados miembros puedan condicionar o restringir, al adaptar el Derecho interno a dicha disposición, el alcance de la prohibición que impone en materia de condiciones de trabajo (Sentencia *Impact*, antes citada, apartado 62).

Es cierto que dicha disposición, respecto al principio de no discriminación que contiene, establece una reserva relativa a las justificaciones basadas en razones objetivas. Sin embargo, la aplicación de esta reserva puede controlarse jurisdiccionalmente, de modo que la posibilidad de invocarla no impide considerar que la disposición examinada confiere a los particulares derechos que pueden invocar ante los tribunales nacionales y que estos deben salvaguardar (Sentencia *Impact*, antes citada, apartado 64).

## VII. SOBRE LA TRANSPOSICIÓN QUE LA LEBEP PUEDA HABER HECHO DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE

En este orden de consideraciones, es el momento de poner de manifiesto lo que argumentan algunas de las resoluciones anteriormente transcritas: que no ha existido transposición de la norma comunitaria en el ámbito de la función pública española.

Ciertamente, a primera vista puede parecer correcta esta afirmación. Como es sabido, la transposición de una directiva comunitaria requiere de ciertos trámites formales, como los señalados procedimientos subrayan (recepción expresa de la directiva en el texto de transposición, con cita de la misma y de la intención de transponerla; notificación a la Comisión Europea de este propósito, examen de adecuación de la transposición por los órganos comunitarios competentes, etc.). Ninguno

no de estos trámites formales se ha cumplido en este caso. En concreto, en el precepto relativo a retribuciones de los funcionarios interinos, con la introducción del apartado 2 del artículo 25 en la LEBEP, el legislador español en ningún momento tuvo la intención de transponer la Directiva 1999/70. Aparte de no aparecer en los borradores, tampoco hay referencia alguna sobre ello en la Exposición de Motivos de la Ley; ni en los informes del Comité de Expertos de 2005 que precedieron a la Ley; ni en el Informe 3/2004 del Comité Económico y Social, sobre temporalidad en el empleo en el sector público (22 de diciembre de 2004). Tampoco el Defensor del Pueblo en su informe de 2003 sobre Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público, pese a incluir entre sus recomendaciones que se modifique la normativa actualmente vigente para que se contemple el devengo de trienios cuando un empleado temporal (que no esté sustituyendo a un funcionario de carrera o a un laboral fijo con derecho de reserva de la plaza) lleve más de tres años de interinidad sin que la Administración haya provisto la vacante que ocupa por los sistemas reglamentarios o la haya incluido en la oferta de empleo público inmediatamente posterior a cuando se produjo la misma.

Tampoco se encuentra referencia a la Directiva en el Acuerdo alcanzado entre el Gobierno y los sindicatos el 13 de noviembre de 2002, Resolución de 15 de noviembre de 2002 de la Secretaría de Estado para la Administración. En la LEBEP no ha existido la notificación previa de la normativa estatal a las autoridades comunitarias; siendo así que tal omisión de la transposición, o su realización de forma incompleta o sin respetar el procedimiento previsto en el Derecho comunitario, debe ser subsanada por el juez nacional en el litigio concreto para salvaguardar esos derechos —aunque para ello tenga que ignorar la normativa estatal—, en tanto que las directivas gozan de eficacia directa en el plano vertical, generando obligaciones para la Administración y derechos para los particulares.

Tampoco parece que pueda entenderse, en ningún caso, que pudiera existir una transposición material de la Directiva en razón del coincidente ámbito subjetivo y objetivo de una y otra norma, la Directiva, de un lado, y la LEBEP, de otro. Y ello porque dicho ámbito no es en absoluto coincidente. El ámbito objetivo de la LEBEP es mucho mayor (la regulación de todos los aspectos jurídicos del empleo público con carácter básico), mientras que el subjetivo es mucho más reducido (tan solo la relación de empleo que une a los funcionarios y otras categorías de personal a las Administraciones públicas).

Sin embargo, la STJCE *Gavieiro Gavieiro* ha despejado esas dudas formales y materiales y ha venido a considerar que el artículo 25.2

LEBEP es transposición de la cláusula 4.<sup>a</sup> del Acuerdo marco y, por tanto, de la Directiva 99/70/CE. Así lo dice expresamente:

*«En estas circunstancias, procede responder a la segunda cuestión planteada en el asunto C-456/09 que la mera circunstancia de que una disposición nacional, como el artículo 25, apartado 2, de la LEBEP, no contenga ninguna referencia a la Directiva 1999/70 no excluye que dicha disposición pueda ser considerada una medida nacional de transposición de esta Directiva al Derecho interno».*

Es cierto que la LEBEP, en su Exposición de Motivos, no hace referencia a la Directiva 99/70/CE ni a ninguna otra norma de la Unión. Y ello a pesar de que el artículo 2, párrafo tercero, de la Directiva 1999/70 establece que cuando los Estados miembros adopten las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contempladas en el apartado 1, estas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial.

La STJCE *Gavieiro Gavieiro* considera que «cuando una directiva prevé expresamente que las disposiciones de adaptación del Derecho interno a la citada directiva hagan referencia a esta última o vayan acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial, es necesario adoptar un acto positivo de adaptación del Derecho interno (véanse las sentencias de 18 de diciembre de 1997, Comisión/España, C-361/95, Rec. pág. I-7351, apartado 15, y de 29 de octubre de 2009, Comisión/Polonia, C-551/08, apartado 23)». Y que «si bien es cierto que los Estados miembros pueden ser condenados por haber incumplido las obligaciones que les incumben en virtud del artículo 2, párrafo tercero, de la Directiva 1999/70, mediante un recurso por incumplimiento interpuesto con arreglo al artículo 258 TFUE, de ello no se deduce necesariamente, como alegó acertadamente la Comisión, que una medida nacional que no hace referencia en su exposición de motivos a la directiva de que se trate no pueda considerarse una medida válida de transposición de esta al Derecho interno, desde un punto de vista material».

El TJCE parece adoptar una postura materialista y pragmática en relación a las dudas surgidas de la transposición de la Directiva por parte de la LEBEP:

*«Toda vez que incumbe a los Estados miembros no solo adaptar formalmente su ordenamiento jurídico a las directivas de la Unión, sino también asegurarse de que las obligaciones que le incumben en virtud de estas directivas*

*se respetan plenamente y en todo momento, no se puede excluir que un Estado miembro que en un primer momento ha buscado transponer una directiva y dar cumplimiento a sus obligaciones en virtud del Derecho de la Unión se percate, en particular como consecuencia de recursos interpuestos ante los tribunales nacionales o de un recurso interpuesto por la Comisión con arreglo al artículo 258 TFUE, de que las disposiciones de su Derecho interno no han transpuesto correcta o completamente adaptadas el Derecho de la Unión, y, en esas circunstancias, deben modificarse».*

Al TJCE le constaba que la modificación de la normativa nacional introducida por la LEBEP se llevó a cabo porque el asunto que había dado lugar a la Sentencia *Del Cerro Alonso*, antes citada, relativa a los mismos trienios que en el litigio principal, puso de manifiesto la diferencia de trato, en cuanto al derecho al pago de dicho complemento, entre el personal estatutario y el personal interino al servicio de una entidad perteneciente a la Administración pública de una Comunidad Autónoma española.

Y finaliza diciendo que la decisión de si se entiende o no transpuesta la Directiva corresponde a los jueces españoles, aconsejando, no obstante, una respuesta favorable a esa cuestión:

*«Si bien corresponde al juez nacional, que es el único competente para interpretar el Derecho nacional, comprobar en el caso de autos si, habida cuenta del tenor del artículo 25, apartado 2, de la LEBEP, **del objetivo que persigue y de las circunstancias de su adopción**, esta disposición constituye una medida de transposición de la Directiva 1999/70 al Derecho interno, el mero hecho de que no contenga ninguna referencia a esta Directiva no excluye que pueda considerarse como tal».*

#### VIII. SOBRE LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA NORMA NACIONAL DE TRANSPOSICIÓN

En algunas de las resoluciones judiciales transcritas se recuerda que en Derecho comunitario es la norma nacional la que fija la aplicación retroactiva o no de lo contenido en el mismo. Así, por ejemplo, la Sentencia 293/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Sevilla, de 15 de septiembre de 2009:

«Sobre la aplicación retroactiva fundada en derecho comunitario, en concreto en la Directiva 1999/70 del Consejo, esta no puede acogerse en la medida en que el derecho interno establece claramente cuáles son los efectos retroactivos y que el ámbito de la Directiva es distinto al ámbito del EBEP en cuanto que este último regula las relaciones de funcionarios y no las vinculaciones laborales de carácter temporal».

Como se desprende de la STJCE de 15 de abril de 2008 (asunto *Impact*), el Derecho comunitario europeo hace prevalecer las reglas generales sobre la retroactividad que existan en Derecho interno. Siguiendo esta preferencia, una norma interna que transponga una directiva podría dotarse de efectos retroactivos en los términos en los que el Derecho interno reconozca con carácter general esta posibilidad. No obstante, esta presunción favorable a las reglas internas de los Estados presume dos condiciones que no se dan en este caso: que haya transposición de una directiva, primero, y, segundo, que esta se haya producido debidamente y en plazo. Y sabemos que la LEBEP no es transposición de directiva alguna ni, desde luego, se aprueba en los plazos de transposición de la Directiva 1999/70/CE.

En definitiva, resulta claro de cuanto antecede que la LEBEP en su artículo 25.2 no ha tenido intención de transponer la Directiva 1999/70; de ahí que no pueda considerarse que es la opción del legislador español de excluir la aplicación retroactiva de dicha Directiva (considerando 104 de la Sentencia caso *Impact*).

#### IX. LA CUESTIÓN PRINCIPAL: APLICABILIDAD DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE A LAS RECLAMACIONES DE TRIENIOS DEL PERSONAL FUNCIONARIO O ESTATUTARIO DE LA ADMINISTRACIÓN COMPRENDIDOS ENTRE LA FECHA LÍMITE DE TRANSPOSICIÓN DE LA CITADA DIRECTIVA Y LA ENTRADA EN VIGOR DEL ARTÍCULO 25.2 DE LA LEBEP

De todo cuanto antecede se deriva que desde la fecha límite de transposición de la Directiva de 1999, esto es, el 10 de julio de 2001, sería legítimo reclamar los trienios acumulados hasta la fecha de entrada en vigor de la LEBEP, sin perjuicio de que pudiera ser aplicable —en beneficio de los intereses generales de la Hacienda pública— el plazo de prescripción de las deudas contra la Hacienda pública de cuatro años que establecen la Ley General Presupuestaria estatal, sus homónimas autonómicas y —en sentido contrario, respecto de las deudas a

favor de la Hacienda pública— reiteran la Ley de derechos y garantías de los contribuyentes de 1998 y la Ley General Tributaria de 2003.

No obstante, el límite de la prescripción que acaba de apuntarse pudiera ser inaplicable de entenderse que en estos casos prima el principio de que *nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans*, o que nadie puede beneficiarse de su propio incumplimiento, cual sería en este caso la falta de transposición en plazo de la Directiva. De prevalecer esta interpretación y aplicada al plazo de prescripción de las solicitudes de trienios por parte de los funcionarios, la Administración no puede invocar la prescripción de un derecho a su favor cuando ha incumplido la transposición del Derecho comunitario, es decir, la Directiva 1999/70, toda vez que consideramos que el artículo 25.2 LEBEP no constituye transposición de la Directiva 1999/70 y, además, es contrario a la cláusula 4.<sup>a</sup> del Acuerdo marco de dicha Directiva.

La STJCE *Gavieiro Gavieiro* considera que sí cabe aplicar la prescripción de las deudas de cobro retroactivo de los trienios devengados conforme a la legislación española. Se trata de una respuesta incidental, a modo de *obiter dicta*, pero rotunda (punto 90 de la Sentencia de 22 de diciembre de 2010):

*«... la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco es incondicional y suficientemente precisa para que los funcionarios interinos puedan invocarla frente al Estado ante un tribunal nacional para que se les reconozca el derecho a los complementos salariales, como los trienios controvertidos en el litigio principal, correspondientes al período comprendido entre la expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de la Directiva 1999/70 al Derecho interno y la fecha de entrada en vigor de la norma nacional que transpone la Directiva al Derecho interno del Estado miembro de que se trate, **sin perjuicio del respeto de las disposiciones pertinentes del Derecho nacional en materia de prescripción**».*

El artículo 27, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre (BOE núm. 293, de 8 de diciembre de 1999, pág. 42303), establece que los derechos que comporten una obligación pecuniaria prescribirán a los cinco años. El límite, por tanto, para reclamar los trienios atrasados es cinco años en la Comunidad gallega, conforme establece nuestra legislación para reclamar los créditos frente a la Hacienda pública.

Por consiguiente, la fecha *a quo* a partir de la cual se tiene derecho a reclamar los atrasos del concepto retributivo discutido no debe considerarse la de 10 de julio de 2001, fecha señalada en la propia Directiva como plazo para su transposición. Solo se podrán cobrar los complementos mensuales por los trienios devengados *siempre que no hayan prescrito esas deudas*. Por tanto, si un interino quisiese cobrar los trienios devengados y no pagados e hiciese la correspondiente reclamación a fecha de 2 de enero de 2012, ya no tendría sentido, pues solo los últimos cuatro o cinco años, dependiendo de la Administración empleadora, serían cobrables, teniendo en cuenta que se pueden cobrar desde la entrada en vigor de la LEBEP, que ya cubre esas fechas, desde el 13 de mayo de 2007.

La STJCE *Gavieiro Gavieiro* parece haber tenido en cuenta la propia jurisprudencia del TJCE, que tiene declarado que mientras no se produzca la transposición de una Directiva al Derecho interno, no pueden correr los plazos que se establezcan en las normas administrativas o procesales para hacer valer los derechos de los particulares, y comoquiera que en el ámbito del empleo público español no se ha llevado a cabo tal transposición —o al menos no conforme a las formalidades del Derecho comunitario— ha de entenderse que no ha comenzado ningún plazo de prescripción.

Como, a juicio del TJCE, el artículo 25.2 LEBEP *sí es transposición* de la Directiva 99/70/CE, es por ello por lo que *son aplicables los preceptos* sobre la prescripción de deudas contraídas con la Administración. En este sentido, en la STJCE de 25 de julio de 1991 (*Theresa Emmott*, asunto C-208/90), relativa a reclamación de prestación de invalidez prevista en una directiva no transpuesta, el Tribunal afirmó que únicamente mediante la transposición los particulares podrían conocer efectivamente el alcance de sus derechos.

#### X. EXCURSO SOBRE LA EVENTUAL RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DERIVADA DE LA NO TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE 1999 EN PLAZO

Desde el punto de vista económico y práctico es importante esta tercera cuestión: tras la entrada en vigor de la LEBEP, en los términos en que hemos visto se pronuncia, ¿sería procedente ejercer por parte de los interesados una acción de responsabilidad patrimonial ante el Estado por incumplimiento por parte de este del Derecho comunitario?

¿Hay incumplimiento responsable? Y, en su caso, ¿quién es el obligado a pagar una eventual indemnización por incumplimiento del de-

ber de transposición de la Directiva, indemnización que, obviamente, se cuantifica en el importe de los trienios no abonados con sus respectivos intereses?

Resulta evidente que ha habido una evidente inactividad por parte del Estado entre el 10 de julio de 2001, fecha de expiración del plazo de transposición de la Directiva, y el 13 de abril de 2007, fecha de entrada en vigor de la LEBEP (Disp. Final Cuarta). Estamos, en hipótesis, ante un retraso injustificado y antijurídico en la transposición de una directiva, incumplimiento atribuible al legislador nacional y que genera responsabilidad del Estado por omisión de sus deberes constitucionales. Este deber es claro, pues sin su cumplimiento no se conseguiría el efecto directo reconocido por las normas comunitarias (SSTJCE *Factortame*, de 1990, y *Tögel*, de 24 de septiembre de 1998, entre otras).

Sin embargo, del criterio del TJCE, según el cual aunque estemos efectivamente ante un incumplimiento del deber de transposición de la Directiva, no se deriva la necesidad de indemnizar por parte del Estado, ya que esa consecuencia no juega aquí en la medida en que la Directiva ha tenido efectos directos de cara a los interinos, que han permitido compensar, previa petición por parte de aquellos, la capacidad económica perdida por el impago de los trienios con efectos retroactivos. Si la Directiva no hubiese tenido efecto directo, el incumplimiento del Estado en la transposición debería haberse hecho valer mediante la acción de responsabilidad patrimonial frente al mismo. En ese caso, que no se ha dado aquí, repetimos, el incumplimiento debía haber sido imputado al Estado, pues era este el obligado a transponer la Directiva. Este deber correspondía a la Administración estatal, pues en nada afecta a lo dicho el modelo autonómico de nuestro Estado y, sobre todo, por cuanto ese deber de transposición le correspondía al Estado constitucionalmente por formar parte los *trienios de los derechos retributivos que tienen la consideración de bases del régimen jurídico estatutario de los funcionarios públicos*.

Este es el parecer de la STJCE *Gavieiro Gavieiro*, que comentamos, pues

- a) reconoce el efecto retroactivo de la obligación de pago de trienios;
- b) pero no considera necesaria la acción de indemnización.

a) Desde el primer punto de vista, ya el Gobierno español había argumentado en el proceso de decisión prejudicial que «la Comunidad Autónoma de Galicia, respecto de la LEBEP, carece de competencias de

modificación o de inaplicación». Afirma que si dicha Comunidad Autónoma hubiese decidido reconocer el abono retroactivo de trienios en su calidad de empleadora, y con base en el efecto directo de la Directiva 1999/70, habría vulnerando flagrantemente la norma estatal de transposición al Derecho interno. En lo que atañe a la posible responsabilidad patrimonial del Estado por infracción de la Directiva 1999/70, ese Gobierno afirma en las observaciones formuladas en el asunto C-444/09 que no se da ninguno de los requisitos que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia exige para apreciar la existencia de una violación suficientemente caracterizada de dicha Directiva.

El Tribunal Europeo considera en relación a esta afirmación que «como se desprende de las resoluciones de remisión y del enunciado de las cuestiones planteadas por los tribunales remitentes, no se han interpuesto ante éstos recursos de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción de la Directiva 1999/70, sino recursos basados directamente en esta Directiva, al objeto de obtener el pago de trienios correspondientes a un período en el que la Directiva no estaba correctamente transpuesta al Derecho interno». Dado que la cláusula 4.<sup>a</sup>, apartado 1, del Acuerdo marco es incondicional y lo suficientemente precisa para poder ser invocada frente al Estado por los particulares ante un juez nacional, las demandantes en el litigio principal pueden alegar válidamente sus pretensiones de abono de los trienios a los que tienen derecho con carácter retroactivo, basándose directamente en las disposiciones de dicha cláusula.

*«En el caso de autos, la demandante en el litigio principal estuvo privada de manera discriminatoria de un complemento salarial por antigüedad incluido en las condiciones de trabajo, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco, durante el período comprendido entre la expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de la Directiva 1999/70 al Derecho interno y la adopción del artículo 25, apartado 2, de la LEBEP. En este caso, la demandante se basa en una disposición con efecto directo para paliar una laguna que la transposición incorrecta de la Directiva 1999/70 al Derecho interno español había dejado subsistir en este.*

*En estas circunstancias, procede responder a la tercera cuestión en el asunto C-456/09 que a pesar de la existencia en la normativa nacional que transpone la Directiva 1999/70 al Derecho interno de una disposición que reconoce el derecho de los funcionarios interinos al pago de*

*trienios, pero que excluye la aplicación retroactiva de ese derecho, las autoridades competentes del Estado miembro de que se trata están obligadas, en virtud del Derecho de la Unión y en relación con una disposición del Acuerdo marco dotada de efecto directo, a conferir a este derecho al pago de trienios con efecto retroactivo desde la fecha de expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de esta Directiva al Derecho interno.*

*Dado que el principio de tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho de la Unión reconocido, además, en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, si no existe una medida que adapte correctamente el Derecho español a la Directiva 1999/70 durante dicho período, asegurar la protección jurídica que para los justiciables se deriva de las disposiciones del Derecho de la Unión y garantizar su pleno efecto» (véanse puntos 63 y 75 de la Sentencia de 22 de diciembre de 2010).*

b) Sentada esta primera premisa, esto es, que la Directiva tiene efecto directo, igual que el Acuerdo marco, y que es el juez nacional el que tiene que cumplirla y dar, a solicitud de las partes en el pertinente recurso, una sentencia que reconozca el abono retroactivo de los trienios, la conclusión respecto al segundo tema aquí apuntado es clara:

*«No parece, pues, necesario, a primera vista, un recurso de indemnización basado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la responsabilidad de los Estados miembros por violación del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de enero de 2001, Stockholm Lindöpark, C-150/99, Rec. pág. I-493, apartado 35)».*

La Sentencia *Impact* había afirmado que un tribunal nacional ante el que se ha interpuesto una demanda basada en la violación de una disposición de la ley nacional por la que se adapta el Derecho interno a la Directiva 1999/70 solo está obligado, en virtud del Derecho de la Unión, a conferir a dicha disposición un efecto retroactivo a la fecha de expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a dicha Directiva si existe, en ese Derecho interno, una indicación de esta naturaleza que permita conferir a esta disposición tal efecto retroactivo.

La STJCE *Gavieiro Gavieiro*, no obstante, establece que:

*«sin embargo, contrariamente al asunto que dio lugar a la sentencia Impact, antes citada, se desprende de la información aportada por el tribunal remitente que en el litigio principal no se plantea ninguna dificultad respecto a su propia competencia para conocer de las pretensiones de la demandante en el litigio principal relativas al pago de trienios, en la medida en que el recurso de la demandante está directamente basado en las disposiciones de la Directiva 1999/70.*

*Comoquiera que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco tiene efecto directo, la demandante en el litigio principal puede alegar válidamente su pretensión de abono de los complementos salariales por antigüedad a los que tiene derecho frente a la Consellería, en su calidad de empleador, de manera retroactiva, basándose directamente en las disposiciones de esta cláusula».*

En resumen:

— Los Estados miembros pueden ser condenados por haber incumplido las obligaciones que les incumben por imperativo del Acuerdo marco (efecto directo de la cláusula 4.<sup>a</sup>, apartado 1, del mismo) y en virtud del efecto directo e inmediato de la Directiva 1999/70/CE.

— Sin embargo, de ello no se deduce necesariamente que una medida nacional (LEBEP) que no hace referencia en su Exposición de Motivos a la Directiva de que se trate no pueda considerarse una medida válida de transposición de esta al Derecho interno. Por ello, los interesados están legitimados para exigir el abono retroactivo de las cantidades no abonadas desde la fecha de vencimiento del plazo para la transposición de la Directiva ante el juez nacional.

Y, por todo ello, no procede acción de responsabilidad en virtud del artículo 2, párrafo tercero, de la Directiva 1999/70, mediante un recurso por incumplimiento interpuesto con arreglo al artículo 258 TFUE.

## XI. CONCLUSIONES

La STJCE *Gavieiro Gavieiro* ha venido a reconocer sin ambages que las Administraciones españolas tienen obligación de pagar los complementos salariales debidos por trienios a funcionarios interinos, con

carácter retroactivo en relación con la entrada en vigor de la LEBEP, que debían haber pagado desde el momento en que el Reino de España dejó expirar el plazo máximo de transposición de la Directiva 99/70/CE.

Se trata de una Sentencia dictada, para más contundencia, en dos asuntos acumulados procedentes de interinos españoles a los que la Xunta de Galicia no les reconoció ese derecho de cobro. Es impecable en todos sus razonamientos, y nosotros la suscribimos plenamente. Es más, ya nos mostramos a favor de ese reconocimiento en un Dictamen que emitimos con carácter previo para la Junta de Andalucía en 2010, en el marco del Convenio suscrito entre el Consejo General del Poder Judicial, la Junta de Andalucía y la Universidad de Sevilla.

La Sentencia llega en un contexto económico de crisis galopante. Afortunadamente, la propia Sentencia entiende que las Administraciones españolas solo deberán pagar los trienios devengados cuyo cobro no haya prescrito conforme a la legislación de las Haciendas estatal, autonómica o local. Sabiendo que esta legislación recoge un plazo de prescripción de cuatro o cinco años, poco o nada se podrá cobrar que no estuviera ya devengado sobre la base de la LEBEP, que entró en vigor el 13 de mayo de 2007.

Para el caso andaluz, los derechos al cobro frente a la Administración andaluza prescriben a los cuatro años, conforme al artículo 30.1 del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía. Ese plazo era de cinco años hasta la entrada en vigor de la Ley 4/2011, de 6 de junio, de medidas para potenciar inversiones empresariales de interés estratégico para Andalucía y de simplificación, agilización administrativa y mejora de la regulación de actividades económicas en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que modificó el citado Decreto Legislativo.