



Roj: **STSJ CAT 8759/2017 - ECLI: ES:TSJCAT:2017:8759**

Id Cendoj: **08019340012017105764**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **14/09/2017**

Nº de Recurso: **4163/2017**

Nº de Resolución: **5256/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE QUETCUTI MIGUEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2015 - 8035094

AF

Recurso de Suplicación: 4163/2017

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

ILMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT

ILMA. SRA. JUANA VERA MARTINEZ

En Barcelona a 14 de septiembre de 2017

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 5256/2017

En el recurso de suplicación interpuesto por D^a Marina frente a la Sentencia del Juzgado Social 27 Barcelona de fecha 27 de enero de 2017 dictada en el procedimiento nº 750/2015 y siendo recurridos Departament d'Ensenyament, Fondo de Garantía Salarial, Ministerio Fiscal y Martin Andorra, S.L.. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de septiembre de 2015 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Reclam. derechos contrato trabajo, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 27 de enero de 2017 que contenía el siguiente Fallo:

"Que desestimando la demanda promovida por Marina contra al MARTIN ANDORRA S.L., DEPARTAMENT D'ENSENYAMENT, FONDS DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA) y estando citado el Ministerio Fiscal, sobre reconocimiento de derecho y reclamación de cantidad, se absuelve a las partes demandadas de la demanda."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:



Primero. La actora presta a jornada completa Servicios en el Col.legi Santo Tomás de Sant Boi de Llobregat de la empresa demanda MARTIN ANDORRA S.L. , con antigüedad de 1- 9-98, categoría profesional de profesora titular y salario mensual con inclusión de partes proporcionales de 2.594,63 euros, según nómina de junio de 2015.

Segundo . Consta de alta en el sistema de pago delegado en el centro Santo Tomás de Sant Boi de Llobregat desde 10-3-1997 a 29-6-1997, y nueva alta en 1-9-98, que es la antigüedad reconocida en dicho sistema.

Tercero. En fecha 20-04-2006 se firmó un Acuerdo de reconocimiento de estadios de promoción docente al profesorado que imparte niveles concertados en los centros docentes privados concertados, entre la representación del Departament d'Educació, las patronales de enseñanza privada y las organizaciones sindicales, en desarrollo del pacto segundo del Acuerdo de 24-05-2005, por reproducido en su contenido.

Cuarto . El centro Santo Tomás tramitó la solicitud del primer estadio de promoción en 3/2008, y a partir del mes de abril se comenzó a liquidar en el sistema de pago delegado.

Quinto . La actora estuvo desde el 1-9-2008 al 31-8-2013 con una dedicación de 20 horas por reducción de jornada por cuidado de hijo.

Sexto. En fecha 10-04-2014 la actora solicitó a la empresa MARTIN ANDORRA S.L. S.L. el reconocimiento del estadio de promoción nº2, mediante escrito, por reproducido en su contenido.

Séptimo . El centro Santo Tomás tramitó la sollicitud del segundo estadio de promoción en 24/04//2014.

Octavo . En fecha 21-01-2015 la actora solicitó al Departament d'Ensenyament el reconocimiento del estadio de promoción nº2, mediante escrito, por reproducido en su contenido.

Noveno . La parte actora el 11-06-2015 interpuso reclamación previa frente al Departament d'Ensenyament que se desestimó por Resolución de 17-6-2015, por reproducida en su contenido, porque dado que su dedicación media al sistema de pago delegado durante el periodo de meritación era de 20,51 horas en el nivel educativo de primaria, inferior a la requerida de 24 horas en el nivel de infantil- primaria, no corresponde el reconocimiento del segundo estadio ex puntos 3 .- Condiciones de meritación y 8 .- Baremo del Acuerdo y este Acuerdo no contempla la excepción del cumplimiento del requisito de la dedicación media con motivo de la reducción de jornada por cuidado de hijo.

Décimo . Formuló papeleta de conciliación frente a MARTIN ANDORRA S.L. en fecha 28-9-2015, celebrándose el 17-18-2015 el preceptivo intento conciliatorio sin avenencia.

Décimo primero. En caso de estimación de la demanda, el Departament demandado abonará a la actora la cantidad de 3.898,08?, no controvertida en su cálculo por las partes, por el concepto reclamado correspondiente al periodo de 4/14 a 31/12/14, según detalle en el hecho 6º de demanda, con las aclaraciones y actualizaciones al mismo realizadas en el acto del juicio.

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora Dª Marina , que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, la codemandada el DEPARTAMENT D' ENSENYAMENT impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que contra la sentencia de instancia que desestimó la pretensión contenida en la demanda relativa al reconocimiento del segundo estadio de promoción docente y al abono de la cantidad correspondiente al período de no reconocimiento, se alza la actora formulando el presente recurso de suplicación por un único motivo, cual es el de la censura jurídica que autoriza la letra c) del art. 193 de la LRJS .

SEGUNDO.- Que bajo dicho amparo procesal se denuncia la supuesta infracción del Acuerdo de 20-4-06 del desarrollo del pacto segundo del Acuerdo de 12-7-05, sobre el reconocimiento de estadios de promoción docente del profesorado de los niveles concertados en relación con la LO 3/07 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, art. 14 de la CE y Directivas y sentencias que se citan.

Que el Acuerdo, establece en su apartado tercero, las condiciones que se han de tener para poder alcanzar el segundo estadio de promoción, así se recoge ad litteram que *Para la obtención de los 60 puntos correspondientes a los servicios prestados, es preciso que la dedicación del profesorado en pago delegado, a lo largo de los 6 años, hay sido como mínimo de una media del 80% o del 100% en los últimos 4 años en los niveles de Educación infantil y Primaria, o de una media del 60% o del 100% en los últimos 4 años , en el nivel de Educación Secundaria.*



Que la actora solicitó el segundo estadio, siéndole denegado por no alcanzar el porcentaje mínimo señalado del 80% en los últimos cuatro años, dándose la circunstancia de que no alcanzó dicho porcentaje por haber solicitado y obtenido reducción de jornada de 20 horas por cuidado de hijo.

Que siendo ello así, la cuestión que plantea el recurso radica en determinar si, pese a que la dicción literal del precepto que no establece excepción alguna al cómputo, puede considerarse un supuesto de discriminación indirecta de conformidad con el contenido de la LO 3/07 de igualdad entre hombres y mujeres.

La sentencia de instancia entiende que no puede hablarse de discriminación, en ninguno de los dos sentidos de la misma, tanto directa como indirecta, no dándose la primera porque no existe ni siquiera indiciariamente la existencia de discriminación sino de aplicación de la legalidad ordinaria contenida en el Acuerdo, interpretación que sustenta a la luz del dictado del art. 6.1 de la LO 3/07 que considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable. Hermenéutica que es plenamente aceptada por la recurrente al no plantear la cuestión y también por la Sala.

Que tampoco existe la indirecta según la resolución cuestionada, puesto que a juicio de la instancia la situación en que la disposición examinada aparentemente neutra pondría a la trabajadora en desventaja particular respecto a personas de otro sexo, se justificaría objetivamente acudiendo a la finalidad del acuerdo, establecimiento de una mejora retributiva a modo recomplemento, a los requisitos del devengo, procedimiento y baremo, no siendo automática.

TERCERO.- Que para el examen de esta segunda cuestión a la que se refiere el recurso, no puede resolverse si no es acudiendo en primer lugar al contenido del art. 37.6 del ET que establece que, *quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.*

Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

El progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años. Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.

Las reducciones de jornada contempladas en este apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. (el subrayado es nuestro)

Vemos pues, que el precepto establece el beneficio de la reducción horaria tanto si se trata de trabajadores hombres o mujeres, pudiendo pues disfrutar de dicha posibilidad cualquier trabajador con independencia de su sexo.

Que sentado lo antecedente, hemos de referirnos igualmente al art. 6.2 de la LO 3/07 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, y tal precepto señala que, *se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.*

Así pues, en principio la norma contenida en el Acuerdo de referencia por el que se exige un mínimo del 80% de prestación de servicios, afecta tanto a hombres como mujeres, en tanto en cuanto que el derecho a reducir la jornada por guarda de un menor de 12 años lo tienen tanto trabajadores hombres como mujeres y cualquiera de ellos puede ejercitar tal derecho, con lo que cualquiera de ellos se encontraría en la misma situación recogida por el Acuerdo. El Acuerdo, conforme a lo señalado, "no pone a personas de un sexo en desventaja particular respecto de personas del otro", pues afecta a ambas por igual.



Ello implica, en abstracto que no puede hablarse de la existencia de la discriminación indirecta recogida en el art. 6.2 de la LO 3/07 .

Ahora bien, señalado lo antecedente, no puede desconocerse que el TC ha examinado tal situación desde la ya lejana sentencia 3/07, según la cual y basándose en la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, (st de 27-6-92, 9-2-99 entre otras) al examinar supuestos de trabajo a tiempo parcial y en base al contenido del art. 199 del Tratado de la CEE en razón de la prohibición de la discriminación por razón de sexo, señalaba que no es ajustado al derecho comunitario, la norma o medida nacional que aún formulada de forma neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, salvo que dicha medida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier idea de discriminación por razón de sexo.

Y esta es la situación que se da en el caso de autos, pues es notorio que en el mundo laboral, es mucho mayor el porcentaje de trabajadoras mujeres frente a trabajadores hombres, que utilizan dicho beneficio, por lo que sí se estaría en el contexto señalado por la sentencia del TC.

Que no puede olvidarse, tal como señala la recurrente que no estamos ante una situación en que deban compararse individuos, sino grupos sociales, en este caso mujeres especialmente protegidas por el art. 14 de la CE .

Que lo señalado conduce a la estimación del único motivo, que es el de la censura jurídica, formulado.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación formulado por Marina contra la sentencia de fecha 27 de enero de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 27 de los de Barcelona , dimanante de autos 750/15 seguidos a instancia de la recurrente contra MARTIN ANDORRA SL, DEPARTAMENT D'ENSENYAMENT, FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y siendo parte EL MINISTERIO FISCAL y en consecuencia debemos revocar y revocamos dicha resolución, y con estimación de la demanda debemos declarar y declaramos el derecho de la actora:

.- al segundo estadio de promoción docente.

.- a percibir la cantidad de 3.898,08 ? correspondiente al período 4/14 a 31/12/14

Y condenamos a las demandas empresa y Administración a estar y pasar por tal declaración y a su abono y al Fondo de Garantía Salarial en sus responsabilidades legales.

Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número



de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDO