



Roj: **ATSJ GAL 72/2018 - ECLI: ES:TSJGAL:2018:72A**

Id Cendoj: **15030340012018200024**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **19/10/2018**

Nº de Recurso: **1876/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

Tipo de Resolución: **Auto**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-104 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

Equipo/usuario: MP

NIG: 15030 44 4 2015 0005768 SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO

Modelo: 084000

TIPO Y Nº DE RECURSO: RSU RECURSO SUPPLICACION 0001876/2018 IP

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001135/2015

JDO. DE LO SOCIAL n º 002 de A CORUÑA

Recurrente/s: AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

Abogado/a: LETRADO DE LA AGENCIA TRIBUTARIA

Procurador/a: Graduado/a Social:

Recurrido/s: Margarita

Abogado/a: ROMAN FERNANDEZ CRUZ

Procurador/a:

Graduado/a Social:

En A CORUÑA, a diecinueve de octubre de dos mil dieciocho.

Vistas las presentes actuaciones por los/las Magistrados/as:

ILMOS/AS SRES/AS MAGISTRADOS/AS

JUAN LUIS MARTINEZ LÓPEZ

FERNANDO LOUSADA AROCHENA

MANUEL CARLOS GARCIA CARBALLO

que componen T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL, en nombre de S.M. el Rey, dictan el siguiente

AUTO



En el recurso de suplicación número 1876/2018 interpuesto por D^a Margarita contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña de fecha 24 de enero de 2018 estimando la demanda ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. FERNANDO LOUSADA AOCHENA.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- D^a Margarita presentó demanda frente la AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia de fecha 24 de enero de 2018.

SEGUNDO.- En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "PRIMERO. D Margarita tiene la condición de personal laboral fijo-discontinuo de la AEAT por resolución de 23 de enero de 2009, en la categoría profesional de auxiliar de administración e información (Campaña Renta), grupo profesional 4-E del I.V. Convenio colectivo del personal laboral de la Agencia Tributaria.

SEGUNDO.- Solicitada certificación de servicios prestados, la Agencia Tributaria le reconoce un total de 2 años, 6 meses y 7 días de acuerdo con lo siguiente:

Asimilado subgº A2 rec.: 1311212002 - 12/12/2003

Auxiliar administración e información: 1110612008 2410612008

Auxiliar administración e información: 1410412009 - 0810712009

Auxiliar administración e información: 1210412010 - 08/07/2010

Asimilado subgº A2 rec. 2511012010 - 31/12/2010

Auxiliar administración e información: 2510412011 - 07/07/2011

Auxiliar administración e información: 2510412012 - 0910712012

Auxiliar administración e información: 0710512013 - 0510712013

Auxiliar administración e información: 0510512014 - 04/07/2014

Auxiliar administración e información: 0510512015 - 0110612015

TERCERO: Frente a esta resolución interpuso la trabajadora reclamación administrativa que fue desestimada".

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que debo estimar y estimo la demanda presentada por D^a Margarita contra AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA y declaro el derecho de la actora a que se le reconozca, a efectos de antigüedad, todos los períodos de tiempo de prestación servicios desde la primera campaña en que ostenta la condición de trabajadora fija discontinua".

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Tal recurso no fue impugnado por la contraparte.

QUINTO.- Instruido el Ponente y tras deliberación de la Sala, se acordó, en Providencia de 13.9.2018, que "Dado que a juicio de la Sala, existen dudas en relación con la adecuada interpretación de la normativa comunitaria aplicable al caso de autos, se abre trámite de alegaciones a las partes, por un periodo de diez días, a los efectos del eventual planteamiento de una **cuestión prejudicial** de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de acuerdo con el artículo 267 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 234 TUE) para determinar si el modo de cálculo de los trienios que propone la empleadora en relación con su personal fijo discontinuo adscrito a la campaña de tributación del impuesto de la renta de las personas físicas -a saber, tomando en consideración solo el periodo efectivo de prestación de servicios- es acorde con el principio de igualdad entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo en situación comparable reconocido en la cláusula 4 del Acuerdo marco europeo sobre trabajo a tiempo parcial Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, y, como dicho personal fijo discontinuo es mayoritariamente femenino -según los datos accesibles en las páginas oficiales de transparencia del Gobierno de España: a 31/12/2016 son 898 mujeres y 252 son: hombres, esto es 78,09% frente a 21,91%-, si en todo caso es acorde con el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, en su vertiente de prohibición de discriminación indirecta, de conformidad con lo establecido en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), arts. 2.1.b) y 14)".



SEXTO. En sus alegaciones a la anterior providencia, la Abogada del Estado formula oposición al planteamiento de **cuestión prejudicial**.

SÉPTIMO.- Examinadas las alegaciones y tras nueva deliberación de la Sala, quedaron los autos en manos del Ponente para el dictado de este Auto.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO.- A la vista de los antecedentes de hecho y de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia con las revisiones oportunas, completados con un examen complementario e integrador de la totalidad de las actuaciones, las circunstancias a considerar para el planteamiento de **cuestión prejudicial** ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, son las siguientes:

- a) Doña Margarita presta servicios para la Agencia Estatal de la Administración Tributaria como personal laboral fijo discontinuo desde el 23 de enero de 2009 para la campaña anual del impuesto de la renta.
- b) Solicitó certificación de servicios prestados a la Agencia Española de la Administración Tributaria. Se le reconocen un total de 2 años, 6 meses y 7 días.
- c) Presentó demanda reclamando que se debe computar todo el tiempo transcurrido desde esa primera campaña a todos los efectos inherentes (que no se concretan, pero hemos de sobreentender son los económicos de percepción de trienios, y los relacionados con la promoción profesional de la trabajadora).
- d) La demanda fue estimada por Sentencia de 24 de enero de 2018 y contra ella la demandada interpone recurso de suplicación ante esta Sala.

SEGUNDO.- Por consulta de los datos accesibles en las páginas oficiales de transparencia del Gobierno de España el personal fijo discontinuo de la Agencia Tributaria a 31/12/2016 eran 898 mujeres y 252 hombres, o sea una proporción de 78,09% mujeres por 21,91% hombres. La consulta de los datos en años anteriores demuestra que es una proporción que se mantiene de modo estable. Se trata, además, de una proporción entre los sexos significativamente diferente a la del resto del personal a tiempo completo de la Agencia Tributaria (datos a 31/12/2016): personal funcionario, un 53,88% son mujeres y un 46,12% son hombres; personal laboral, un 35,21% son mujeres y un 64,39 son hombres.

Es decir, se manifiesta una muy marcada feminización que se compadece con la proporción general de trabajadoras a tiempo parcial en todos los empleos. Según datos de la última Encuesta de Población Activa (2018, primer trimestre), de los 2.814.300 trabajadores a tiempo parcial, son mujeres 2.104.100, mientras que son hombres 710.200. Se trata de una proporción que, si examinamos la serie histórica, oscila alrededor del 75%, y en ocasiones ha alcanzado el 80%.

TERCERO.- Una vez expuestos los hechos y los datos estadísticos de interés, se concreta la normativa comunitaria aplicable en la cláusula 4ª, apartados 1 y 2, del Acuerdo marco europeo sobre trabajo a tiempo parcial - Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, y en los artículos 2.1.b) y 14.1 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

CUARTO.- La normativa interna de interés para la resolución del caso se encuentra en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOIEMH), en particular las siguientes normas legales:

- ET, artículo 12, apartado 3: "El contrato a tiempo parcial se entenderá celebrado por tiempo indefinido cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa".
- ET, artículo 12, apartado 4, letra d): "Los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado".
- LOIEMH, artículo 6.2: "Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone 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".

Además de estas normas legales, se deben tomar en consideración las reglas contenidas en el IV Convenio Colectivo del personal laboral de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (BOE 11/07/2006), que son:



Artículo 30, apartado 1, último párrafo: "Los periodos de tiempo trabajados como fijos discontinuos se computarán a efectos de antigüedad como trabajadores de la Agencia Tributaria a todos los efectos".

Artículo 30, apartado 3: "Las retribuciones a percibir por los trabajadores fijos discontinuos serán proporcionales a los días trabajados".

Artículo 67, apartado 1: "Antigüedad: Este complemento está constituido por una cantidad fija... que se devengará a partir del día primero del mes en que se cumplan tres o múltiplos de tres años de relación laboral prestando servicios efectivos en el ámbito de aplicación de este Convenio".

Artículo 70: "Los trabajadores que presten sus servicios en jornada inferior a la ordinaria o por horas... percibirán sus retribuciones en proporción a la jornada que efectivamente realicen...".

QUINTO.- La **cuestión** a dilucidar sobre a la cual a esta Sala se le plantean dudas es en orden a la forma adecuada de calcular la antigüedad de la trabajadora demandante como fija discontinua para que ese cálculo se ajuste a las exigencias de la normativa comunitaria. En concreto, se le plantean dudas en orden a la corrección del cálculo que propone la empleadora, según el cual se deben tomar en consideración solo los periodos efectivos de prestación de servicios, pues, a su entender, ello se deriva de la aplicación del principio pro rata, así como de la literalidad de las normas del convenio colectivo, que insisten en la proporcionalidad, y además establecen que el complemento retributivo de antigüedad depende de la "prestación de servicios efectivos".

A efectos retributivos, la forma de calcular la antigüedad que propone la empleadora puede suponer una indebida aplicación de la pro rata en la medida en que la debida proporcionalidad se debe proyectar solo sobre la cuantía anual de las percepciones: si -por poner un ejemplo- el trabajador solo trabaja 4 meses al año, solo cobrará el trienio durante esos 4 meses, de manera que, en cómputo anual, cobrará la tercera parte de la cuantía que cobra un trabajador a tiempo completo comparable por la percepción de un trienio durante todo el año; si además ese trabajador solo puede cobrar el primer trienio cuando lleve 9 años de duración del contrato de trabajo, se le produciría una doble penalización.

De este modo, el trabajador estaría adquiriendo un derecho económico de una manera más lenta que los trabajadores a tiempo completo, lo que pudiera ser contrario a la cláusula 4ª del citado Acuerdo marco según lo ha interpretado la STJUE de 10.6.2010, Bruno et alií, asuntos acumulados C-395/08 y C-396/08.

SEXTO.- Desde la perspectiva de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, se ha evidenciado que el personal fijo discontinuo de la empleadora es mayoritariamente femenino, y ello obedece seguramente a las propias características de la situación de las mujeres en la familia, en la sociedad y en el mercado de trabajo (mayor dificultad de acceder al trabajo a tiempo completo; menores disponibilidades de tiempo dadas las dificultades de conciliar el trabajo con la vida personal y familiar; escasa implantación de la corresponsabilidad masculina). Con lo cual la feminización del personal fijo discontinuo de la Agencia Tributaria contratado para las campañas de la renta no constituye la manifestación de un fenómeno meramente fortuito o coyuntural, y son datos significativos referidos a un número suficiente de individuos (como se ha exigido en la STJUE de 9.2.1999, Caso Seymour-Smith & Perez, C-167/97).

Siendo esto así, estamos ante 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. Aunque no es un caso exactamente igual, el presente tiene ciertos paralelismos con el resuelto por el Alto Tribunal al que nos dirigimos en su Sentencia de 17.10.1998, Caso Hill & Stapleton, C-243/95, donde se consideró discriminación sexista una normativa que permitía al empresario computar en términos de trabajo efectivo del periodo trabajado en trabajo compartido a los efectos de atribución de una escala retributiva tras la conversión de la jornada de la trabajadora en a tiempo completo, a menos que se justifique en criterios objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

Correspondería, llegados a este punto, analizar si la disposición, criterio o práctica -en el caso el convenio colectivo donde se alude a prestación de servicios efectivos puede justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados. La **cuestión** es determinar si la exigencia de experiencia profesional derivada de la efectiva prestación de servicios puede ser considerada una finalidad legítima y si es necesaria y adecuada para conseguir esa finalidad su proyección sobre las retribuciones (trienios) y/o sobre la promoción profesional.

SÉPTIMO.- La resolución de las anteriores dudas, en los términos en que serán concretadas a continuación, son decisivas para la resolución de la **cuestión** litigiosa, de manera que, si atendemos al cálculo propuesto por la empleadora, y acogido en la sentencia de instancia, el recurso debería ser desestimado, y, en otro caso, el recurso debería ser estimado de manera total o a lo menos parcial.



Por todo lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea), se acuerda el planteamiento de **cuestión prejudicial** interpretativa en los términos de la siguiente parte dispositiva.

PARTE DISPOSITIVA.

SE ACUERDA el planteamiento de **cuestión prejudicial** de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los siguientes términos:

"¿Resulta contrario a lo establecido en la cláusula 4ª, apartados 1 y 2, del Acuerdo marco europeo sobre trabajo a tiempo parcial Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, y a los artículos 2.1.b) y 14.1 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), la disposición contenida en un convenio colectivo y la práctica empresarial según las cuales a los efectos retributivos y a los efectos de promoción se debe calcular la antigüedad de una trabajadora a tiempo parcial con distribución vertical de la jornada en cómputo anual atendiendo solo al tiempo de prestación de servicios?"

SE PONE EN CONOCIMIENTO del Tribunal de Justicia de la Unión europea, a los efectos que se estimen procedentes, que ya se han planteado otras dos **cuestiones** similares a la presente por esta misma Sala de lo Social.

Lo actuado QUEDARÁ EN SUSPENSO hasta la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Notifíquese este Auto a las partes advirtiéndoles de su irrecurribilidad.

Así lo disponemos, mandamos y firmamos.

Concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que surta los efectos oportunos, expido el presente que firmo en A CORUÑA, a diecinueve de octubre de dos mil dieciocho. Doy fe.

EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA