



Roj: **ATSJ GAL 100/2018 - ECLI: ES:TSJGAL:2018:100A**

Id Cendoj: **15030340012018200041**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2018**

Nº de Recurso: **2137/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

Tipo de Resolución: **Auto**

T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

SECRETARIA SRA. FREIRE CORZO (-FF-)

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

Equipo/usuario: MF

NIG: 15030 44 4 2015 0005786

Modelo: 084000

TIPO Y Nº DE RECURSO: RSU RECURSO SUPPLICACIÓN 0002137/2018

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001142/2015 JDO. DE LO SOCIAL n º 003 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: Delia

Abogado/a: ROMAN FERNANDEZ CRUZ

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Dª. MARIA ISABEL FREIRE CORZO LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LA SALA D LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA, DOY FE Y TESTIMONIO;

Que en los citados autos se ha dictado resolución que literalmente dice:

En A CORUÑA, a diecinueve de diciembre de dos mil dieciocho. Vistas las presentes actuaciones por los/las Magistrados/as:

ILMOS/AS SRES/AS MAGISTRADOS/AS:

JUAN LUIS MARTINEZ LOPEZ

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 **2137/2018** interpuesto por D^a Delia contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña de fecha 7 de diciembre de 2017 estimando parcialmente la demanda ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. FERNANDO LOUSADA AROCHENA

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- D^a Delia presentó demanda frente a la AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó sentencia de fecha 7 de diciembre de 2017 .

2.- En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

PRIMERO.- D^a Delia presta servicios para la Agencia Estatal de la Administración tributaria en virtud de un contrato laboral de 9 de febrero de 2009 con la clasificación profesional grupo 04 área funcional administrativa y gestión de tributos y categoría profesional de auxiliar de administración e información habiendo prestado servicios efectivos a fecha 28 de septiembre de 2015 en los períodos de tiempo que constan en el antecedente segundo de la contestación a la reclamación administrativa previa y que se da por reproducida en aras a la brevedad (Acreditado por la documentación - acompañada a la demanda y expediente administrativo).

SEGUNDO.- La administración demandada expidió certificación el 26 de mayo de 2015 reconociéndole como servicios prestados a efectos de trienios 1 año 6 meses y 2 días, computando los períodos de tiempo de prestación efectiva de servicios y no los intermedios entre llamamientos (Acreditado por la certificación acompañada a la demanda).

TERCERO.- La actora presentó reclamación administrativa previa que fue desestimada por resolución acompañada a la demanda que se da por reproducida (Acreditado por la documentación acompañada a la demanda).

CUARTO.- Las partes suscribieron el contrato laboral el 9 de febrero de 2009 cuyo contenido consta en el expediente administrativo y se da por reproducido. El mismo lo calificaron como "contrato de trabajo para la realización de trabajos fijos discontinuos" y pactaron como objeto del mismo "realizar trabajos periódicos de carácter discontinuo consistentes en labores de asistencia al contribuyente dentro de la actividad cíclica e intermitente de Campaña de la Renta cuya duración estimada es de entre 1 y 5 meses...". (Acreditado por el expediente administrativo).

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

Que debo estimar y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada y en consecuencia declaro que la antigüedad de la trabajadora demandante a efectos del reconocimiento de servicios prestados para el devengo del complemento de antigüedad ha de calcularse teniendo en cuenta no únicamente los días de servicios realmente prestados sino la totalidad del tiempo transcurrido desde la primera campaña de inicio de la relación discontinúa.

IV.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria . Tal recurso fue impugnado por la contraparte.

V.- Instruido el Ponente y tras deliberación de la Sala, se acordó, en Providencia de 6.11.2018, 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 ".

VI.- En sus alegaciones a la anterior providencia, el abogado de la demandante realiza una serie de consideraciones recordando la doctrina previa emanada de este Tribunal superior de Justicia. Por su lado, la Abogada del Estado formula oposición al planteamiento de cuestión prejudicial.

VII.- 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.

RIMERO.- 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 Delia presta servicios para la Agencia Estatal de la Administración Tributaria como personal laboral fijo discontinuo desde el 9 de febrero 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 1 años, 6 meses y 2 días.

c) Presentó demanda reclamando que se debe computar todo el tiempo transcurrido desde esa primera campaña a todos los efectos inherentes.

d) La demanda fue estimada por Sentencia de 7 de diciembre de 2017 del Juzgado de lo Social 3 de A Coruña con fundamento en doctrina emanada de este Tribunal Superior de Justicia, en el sentido de estimar la demanda en cuanto al cómputo de antigüedad a los efectos de trienios y de desestimarla en cuanto al cómputo de antigüedad a los efectos de promoción profesional.

e) Contra la sentencia interponen recurso las dos partes litigantes, la demandante para que se comprendan en la condena los efectos de promoción profesional, y la demandada para ser absuelta totalmente de la demanda.

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 56 de julio de 2006, relativa a la aplicación el 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 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".

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 períodos 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 efectivo".

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 alii, 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 en la parte dispositiva, son decisivas para la resolución de la cuestión litigiosa, de manera que: (1) si realizamos el cálculo considerando la duración del contrato de trabajo a los efectos de retribuciones (trienios) y de promoción profesional, deberíamos revocar parcialmente la sentencia de instancia en el sentido de estimar totalmente las pretensiones de la demandante; (2) si realizamos el cálculo considerando el tiempo efectivo de prestación de servicios a los efectos de retribuciones (trienios) y de promoción profesional, deberíamos revocar parcialmente la sentencia de instancia en el sentido de desestimar totalmente las pretensiones de la demandada; y (3) si realizamos el cálculo considerando la duración del contrato de trabajo a los efectos de retribuciones (trienios) y considerando el tiempo efectivo de prestación de servicios a los efectos de promoción profesional, deberíamos confirmar en su totalidad la sentencia de instancia.

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 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 Diciembre de dos mil dieciocho. Doy fe.

EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.