

---

**SOBRE LA DESVIADA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE  
PROPORCIONALIDAD EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL  
QUE PRODUCE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN  
DE SEXO: COMENTARIO DE UN PAR DE RESOLUCIONES  
JUDICIALES**

**THE DEVIABLE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF  
PROPORTIONALITY IN PART-TIME WORK THAT PRODUCES  
INDIRECT DISCRIMINATION ON THE GROUND OF SEX:  
COMMENT ON TWO JUDICIAL RESOLUTIONS**

Jaime CABEZA PEREIRO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidade de Vigo (España).*

[jcabeza@uvigo.es](mailto:jcabeza@uvigo.es)

Fecha de envío: 05/08/2020

Fecha de aceptación: 25/08/2020

---

**SOBRE LA DESVIADA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE  
PROPORCIONALIDAD EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL QUE  
PRODUCE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO:  
COMENTARIO DE UN PAR DE RESOLUCIONES JUDICIALES**

Jaime CABEZA PEREIRO

*Universidad de Vigo (España)*

---

**Resumen:** A través de dos relaciones judiciales, se analizan los vínculos entre el trabajo a tiempo parcial y la discriminación indirecta por razón de sexo. La aplicación del principio *pro rata temporis*, del cual se deriva el reconocimiento de derechos en términos de proporcionalidad, puede producir consecuencias especialmente lesivas para las personas vinculadas con sus empresas mediante contratos a tiempo parcial. En este estudio, se formulan críticas a la doctrina judicial española, que, en ciertos pronunciamientos, no ha dado respuesta adecuada a las demandas planteadas por trabajadores perjudicados a causa de medidas empresariales contrarias a la normativa española y europea del trabajo a tiempo parcial. Afortunadamente, los dos pronunciamientos que se comentan, pese a las críticas que se formulan hacia ellos, amparan la posición de las partes demandantes y concluyen que se habían producido contra ellas discriminaciones contrarias a la igualdad entre mujeres y hombres.

**Palabras clave:** Trabajo a tiempo parcial - Discriminación por razón de sexo - Proporcionalidad - Igualdad

**Sumario:** 1. Ideas previas. 2. La sentencia del Tribunal Constitucional español 79/2020, de 2 julio. 3. El auto del TJUE de 15 octubre 2019, asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18, *OH* y *RC*. 4. Conclusión.

**Abstract:** Through two judicial decisions, linkages between part time work and indirect discrimination based on sex are assessed. The application of the *pro rata temporis* principle, from which the recognition of rights in terms of proportionality is derived, can prompt strongly damaging outcomes against persons linked with their companies with part time contracts. In this study, some criticism to the Spanish case-law is posed because in certain decisions has not provided adequate answer to legal proceedings taken by workers affected due to managerial measures infringing the Spanish and European legislation on part time work. Luckily, both discussed decisions, irrespective of the criticism that this writting expresses against them, protect the positions of the workers and conclude that discriminations against the principle of equality between women and men had taken place.

**Key words:** Part time work - Gender discrimination - Proportionality - Equality

**Summary:** 1. Previous ideas. 2. The ruling of the Spanish Constitutional Court 79/2020, of July 2. 3. The order of the CJEU of October 15, 2019, joined cases C-439/18 and C-472/18, OH and RC. 4. Conclusion.

## 1. Ideas previas

Que el trabajo a tiempo parcial está feminizado constituye una afirmación de validez prácticamente universal. Ahora no van a emplearse mayores esfuerzos para justificarla. Ya hace muchos años que se identificó el tratamiento peyorativo del trabajo a tiempo parcial como una hipótesis habitual de discriminación indirecta de la mujer<sup>1</sup>. Desde entonces, uno de los asuntos más polémicos ha sido, sin duda alguna, delimitar cuándo debe aplicarse el principio de igualdad y cuándo el de proporcionalidad en cuanto a los derechos de todo tipo y, en particular, a los de tiempo de trabajo y a los de contenido económico. La pertinencia de uno u otro puede producir consecuencias injustificadas o tal vez desproporcionadas que deben corregirse después de un análisis ponderado de las circunstancias de hecho que se plantean. Como muestra de algunos de estos problemas, se va a hacer breve referencia a dos pronunciamientos judiciales, una sentencia del Tribunal Constitucional español por una parte y un auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por otro. Ambos se aproximan, con mayor o menor acierto, pero en todo caso con fallo adecuado, a casos en los que la parte empleadora había utilizado, en perjuicio de la trabajadora, una regla de proporcionalidad que, a la postre, perjudicaba indebidamente a ésta. Más bien, y como va a apreciarse, habitualmente no se trata tanto de la dialéctica entre uno y otro principio, sino sobre la adecuada utilización del de proporcionalidad, a veces aplicado en términos que perjudican doblemente a la persona que trabaja a tiempo parcial.

El Convenio nº 175 de la OIT de 1994, sobre el trabajo a tiempo parcial, que cuenta con dieciocho ratificaciones, entre las que no están ni la del Reino de España ni la de la República Oriental del Uruguay, admite expresamente en su art. 5 la regla de la proporcionalidad en cuanto al salario base: *“deberán adoptarse medidas apropiadas a la legislación y la práctica nacionales para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial no perciban, por el solo hecho de trabajar a tiempo parcial, un salario básico que,*

---

<sup>1</sup> En el caso de la Unión Europea, desde el asunto 96/80, *Jenkins*, sentencia de 31 marzo 1981.

*calculado proporcionalmente sobre una base horaria, por rendimiento o por pieza, sea inferior al salario básico, calculado por el mismo método, de los trabajadores a tiempo completo que se hallen en una situación comparable”.*

En los términos en los que se expresa se trata de una garantía mínima, que sale al paso de prácticas habituales que dispensaban –y aún dispensan- un tratamiento peyorativo al trabajo a tiempo parcial. Con todo, no se pronuncia directamente sobre si puede ser pertinente el principio de igualdad en lugar del de proporcionalidad o sobre la correcta aplicación de este último.

Por su parte, y en el contexto de la Unión Europea, el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, incorporado a la Directiva 97/81/CE, del Consejo, de 15 diciembre 1997, expresa en su cláusula 4 lo siguiente en sus tres primeros apartados: “1. *Por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.* 2. *Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de pro rata temporis.* 3. *Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales definirán las modalidades de aplicación de la presente cláusula, habida cuenta de la legislación europea y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales”.* Esta regla, que data de un año muy próximo al del Convenio 175, adopta un enfoque distinto, porque no se refiere solo a condiciones retributivas. Enuncia como regla general el principio de tratamiento no menos favorable y admite la aplicación, “*cuando resulte adecuado*”, del principio de proporcionalidad, siempre de conformidad con la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales.

En cuanto a la legislación interna española, se refiere al asunto en el art. 12.4 d) del Estatuto de los Trabajadores, que dispone lo siguiente: “*d) las personas trabajadoras 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, debiendo garantizarse en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres*". Como no podía ser de otro modo, la norma interna poco añade a la europea que incorpora, pero es interesante que apele a la "naturaleza" del derecho y que, más en particular, aluda a la garantía de no discriminación directa e indirecta por razón de género.

Son, sin duda, mimbres legislativos importantes, pero que no pueden dar respuesta suficiente a todas las situaciones. Por desgracia, los convenios colectivos y las prácticas empresariales están plagados de ejemplos que contradicen el espíritu de las normas, que no es otro que procurar un tratamiento materialmente igualitario a las personas que trabajan a tiempo parcial.

## **2. La sentencia del Tribunal Constitucional español 79/2020, de 2 julio**

Se trataba de una médica del servicio de urgencias que desarrollaba una jornada ordinaria a la que había que sumar una "complementaria" conformada por las guardias. Ahora bien, por cada guardia realizada generaba un descanso de veinticuatro horas, de las cuales siete se reputaban como trabajadas y se consideraban parte de la jornada ordinaria. Una vez que solicitó una reducción de jornada por guarda legal –cuidado de hijo- de un 33 por 100, no modificó su horario, de tal modo que cada día realizaba el mismo número de horas y lo mismo sucedía con cada una de las guardias. Eso sí, pasó a trabajar menos días al año y a cubrir un menor número de guardias. Sin embargo, se produjo una discrepancia en cuanto al cómputo de jornada anual entre ella y la parte empleadora, derivada de que por cada guardia realizada ya no se le computaban como realizadas siete horas de jornada ordinaria, sino solo cuatro, en atención a su reducción de jornada del 33 por 100.

Dejando al margen todas las vicisitudes procesales y todas las incidencias relativas a la admisibilidad del recurso de amparo que dicha

trabajadora interpuso ante el Tribunal Constitucional, éste, actuando en Pleno, otorga el amparo, pues considera que se había producido una discriminación indirecta por razón de sexo. La fundamentación jurídica para llegar a esa conclusión es bastante elemental, hasta el punto de que en parte de sus frases el Tribunal utiliza conceptos que podrían considerarse discutibles.

Parte de un repaso sobre su doctrina tradicional en torno al principio de igualdad y su consecuente derecho a la no discriminación, que a su vez desgaja en la directa y en la indirecta, apelando siempre a pronunciamientos anteriores suyos. Hace referencia específica al concepto, un tanto equívoco, de los *“derechos asociados a la maternidad”* los cuales *“responden a la idea de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo y para la conciliación de su vida laboral y familiar soporta la mujer trabajadora, [entre los que] se encuentran, precisamente, el derecho a la excedencia laboral por cuidado de hijos y el derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal”*.

Indudablemente, el referido concepto, por más que pudiera extraerse de la doctrina anterior del Tribunal, se aparece como una construcción tradicional y bastante periclitada. Los *“derechos asociados a la maternidad”* configuran una expresión sumamente inconveniente como para ser utilizada por el Tribunal Constitucional y, lo que es aún peor, por el Pleno del mismo. Es evidente que lleva incorporado un sesgo absolutamente inaceptable de consolidación de todos los estereotipos perjudiciales para la mujer, como titular indeclinable de los derechos de maternidad. La crianza de los hijos y las instituciones ligadas a la misma son cualitativamente diferentes de la maternidad y pueden ser indistintamente utilizadas por mujeres y hombres. Es más, la tendencia hacia la corresponsabilidad masculina impone disociarlas de los derechos vinculados a la maternidad. Incluso en relación con ésta las últimas reformas legislativas internas se han orientado hacia la neutralización en lo posible de la discriminación de estereotipo que sufren las mujeres por su condición de madres, mediante la generación de derechos paralelos, iguales e intransferibles de paternidad y mediante la re-

denominación de ambos derechos –maternidad y paternidad- como permiso por nacimiento de hijo. En esta tendencia, desde luego, el RD-Ley 6/2019, de 1 marzo, ha constituido un paso inmensamente decisivo. Por desgracia, al respecto el Tribunal Constitucional muestra en esta sentencia situarse a una distancia kilométrica por detrás del Poder Ejecutivo –y del propio legislativo, como órgano de convalidación de dicha norma de urgencia-. Más aún, toma postura por unas concepciones sociales mucho más retrógradas que las que profesa la sociedad española, en cuyo seno la conciencia social acepta y asume la diferencia entre los derechos de maternidad y los de crianza.

En otro orden de ideas, la recurrente en amparo era una trabajadora a jornada completa que había instado una reducción de su jornada del 33 por 100 con el objetivo de la crianza de su hijo. El dato tiene su trascendencia porque, desde la perspectiva del Derecho interno español, una persona en estas condiciones no tiene la condición de trabajadora a tiempo parcial, pues el Estatuto de los Trabajadores traza una clara línea divisoria entre trabajo a tiempo parcial –art. 12- y reducción de jornada por guarda legal –art. 37.6-. Consiguientemente, el TC en esta sentencia no argumenta directamente sobre el principio de proporcionalidad, aunque sí que lo hace de modo implícito al resolver el juicio de adecuación a la Constitución desde la perspectiva de la discriminación indirecta por razón de sexo.

Como no podía ser de otro modo, la sentencia constata que existe un tercero de comparación claro y pertinente, entre la trabajadora que se había acogido a la reducción de jornada por guarda legal, cuyo cómputo de horas ordinarias consideradas como trabajadas en virtud de cada final de guardia se había reducido en un 33 por 100 y los demás médicos de urgencias, que mantienen la jornada completa y por cada guardia realizada se les dan por desarrolladas la totalidad de horas que se le concedían a aquélla antes de la reducción de jornada. Lo cual implicaba una diferencia de trato sospechosa, y, por lo tanto, un perjuicio particular, pues desarrollaba menos guardias que anteriormente, pero cada una de ellas por el mismo número de horas.



En este perjuicio está insito el desviado recurso a la proporcionalidad. En realidad, como la recurrente en amparo realizaba menos guardias, ya obtenía menos compensación en términos de ficción de horas ordinarias realizadas, de tal modo que manteniendo el mismo número que antes de que se acogiera a la reducción de jornada, ya se garantizaba *de facto* que obtenía una compensación en términos de tiempo de trabajo ajustada al principio de proporcionalidad, no al de igualdad. Así lo entiende –de nuevo tácitamente– el Tribunal, cuando considera inadecuada la justificación que había aducido la parte empleadora: *“no hay que descuidar que la reducción tanto de la jornada ordinaria (en cómputo anual) como de la complementaria (en número de guardias) es fruto de un derecho (el cuidado de los hijos), cuyo ejercicio no puede generarle un menoscabo en la asignación del descanso retribuido derivado de la realización de unas guardias que, aun menores en su número, son de la misma duración que para el resto de los trabajadores: de diez horas. Dicho de otra manera, como se ha señalado ya, aunque la recurrente realiza menos jornadas “ordinarias” de trabajo (1020,41 horas anuales en lugar de las 1523 horas previstas, en jornadas diarias de siete horas), y menos jornadas “complementarias” (treinta guardias obligatorias en lugar de las cuarenta y cuatro previstas, en jornadas de diez horas), fruto de la reducción para el cuidado de los hijos, las que sí realiza (las treinta guardias), las lleva a cabo, al igual que el resto de sus compañeros, a jornada completa de diez horas. Por tanto, ante una misma situación (guardias de diez horas), que generan el derecho a un descanso retribuido (de siete horas), no puede la empleadora asignarle otro (de 4,69 horas), so pretexto de que ya tiene reducido tanto el número de horas ordinarias que debe trabajar como el número de guardias que obligatoriamente debe realizar. No existe, pues, una justificación razonable que legitime el diferente trato recibido”*.

Dicho lo cual, solo le quedaba al TC remachar que el método de cálculo, al incurrir en una discriminación indirecta por razón de sexo, constituía una violación del art. 14 de la Constitución española: *“aunque aquel método es formalmente neutro, ha perjudicado a un número mayor de*

*mujeres que de hombres, pues esta demanda de amparo forma parte de una serie de recursos en que todas las recurrentes, a fecha del dictado de esta sentencia, son mujeres médicos. En suma, al carecer la diferencia de trato de una justificación que la legitime, procede estimar la vulneración del derecho a la igualdad, sin discriminación por razón de maternidad, reconocido en el art. 14 CE’.*

Pese a que el fallo, estimatorio del amparo, es adecuado, la fundamentación jurídica solo puede calificarse como totalmente banal. Incluso el lenguaje empleado es sexista, por su empecinamiento en referirse a “mujeres médicos” pese a que hace ya largas ediciones atrás el Diccionario de la Real Academia de la Lengua ha asumido, como no podía ser de otro modo, la pertinencia de feminizar el sustantivo. Ese modismo del Tribunal sí que es ideología de género –supremacismo masculino- y no otras tomas de postura que no defienden sino la igualdad material entre hombres y mujeres.

Pero, más allá del lenguaje, la argumentación debería mejorarse considerablemente. No sería necesario constatar que en esa empresa todas las personas que habían solicitado acogerse a la reducción de jornada y habían recurrido la decisión de compensación parcial de horas eran mujeres. Semejante constatación supone un salto hacia atrás en el acervo argumental y conceptual del TC de treinta años, desde que definiera en términos homologables al Derecho de la entonces Comunidad Europea el concepto de discriminación indirecta, a partir de la STC 145/1991, de 1 julio. Desde ya hace ya casi veinte años –más concretamente, por lo que a la discriminación por razón de sexo se refiere, desde la Directiva 2002/73/CE, de 23 septiembre, la discriminación indirecta solo precisa situar “*a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo*”, como además expresa el art. 6.2 de la LO 3/2007, de 22 marzo hace más de trece años. Por cierto, debe destacarse que la sentencia no cita no una sola vez esta ley. O, dicho en otras palabras, el TC desconoce o desprecia el bloque de constitucionalidad del Derecho interno, lo cual es harto sorprendente.

A mayor abundamiento, debe insistirse en que la posición de una persona en reducción de jornada se encuadra, en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, en el concepto de trabajo a tiempo parcial, de modo que el principio de igualdad de la cláusula 4 del Acuerdo Marco le resulta plenamente aplicable. La pertinencia del principio de proporcionalidad no puede producir como consecuencia un perjuicio comparativo con los trabajadores a tiempo completo, como sucedía en el caso planteado ante el TC. Es realmente asombroso que la discriminación que sufrió la recurrente en amparo no hubiera sido atajada anteriormente, por los órganos judiciales de la Jurisdicción Ordinaria que conocieron de la controversia. Con todo lo criticable que sea la fundamentación jurídica de la sentencia del TC, como se ha puesto de manifiesto, al menos ha tenido la virtud de detectar y eliminar una discriminación muy clara. Aunque la sentencia se haya pronunciado a través de “renglones torcidos”, al menos la conclusión a la que ha llegado es justa en derecho.

Todo lo acertado que es el fallo no impide que haya que insistir en los defectos de la fundamentación jurídica. Resulta razonable que el sector progresista minoritario en el TC no haya formulado voto particular, aunque sea concurrente, dado que, en el fondo, el Pleno compartía la pertinencia de otorgar el amparo. Sin embargo, no debería suceder que se argumente tan torpemente. Con esta sentencia, se genera un precedente indeseable que acaso sea utilizado en un futuro para promocionar una jurisprudencia de signo mucho más restrictivo. *Scripta manent* e, indudablemente, la argumentación de esta sentencia sobre la discriminación indirecta no es la más adecuada.

### **3. El auto del TJUE de 15 octubre 2019, asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18, OH y RC**

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dicta autos, de acuerdo con su Reglamento de Funcionamiento –art. 99-, cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto,

cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable. En estos asuntos no había cuestión idéntica ya resuelta, de modo que la respuesta se deducía claramente de la doctrina del Tribunal o no suscitaba duda razonable.

La controversia se refería al devengo de trienios de antigüedad por parte de unas trabajadoras que tenían la condición de fijas discontinuas de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria española (AEAT), de modo que trabajaban tan solo durante determinados meses al año, adscritas a la campaña anual del impuesto sobre la renta de las personas físicas. Las solicitudes de las demandantes fueron denegadas porque, de conformidad con el convenio colectivo aplicable, se excluían del cómputo para el devengo de ese complemento salarial los períodos no trabajados por ser época de inactividad.

En este caso se plantea un problema retributivo, pero de nuevo vinculado al principio de proporcionalidad en cuanto al trabajo a tiempo parcial. Al igual que en el asunto anteriormente comentado, tampoco en éste está directamente afectado el régimen legal español del trabajo a tiempo parcial, que no incluye en su ámbito de aplicación a los trabajadores fijos-discontinuos cuyo llamamiento no se produce en fechas ciertas. Sin embargo, de nuevo a este respecto se observa que el concepto de trabajador a tiempo parcial no es co-extenso en el Derecho interno y en el de la Unión Europea, pues en todo caso se aplica la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial anteriormente referenciado. En cuanto a esta cláusula, y al margen de otras consideraciones que ahora no vienen al caso, expresa el Tribunal en el auto, apelando a doctrina suya anterior, que “*un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva*”, de modo que incluye dentro de su ámbito de aplicación las condiciones económicas vinculadas con la retribución.

Por supuesto, en el caso planteado era muy sencillo identificar el tercero de comparación, esto es, el trabajador a jornada completa comparable, consistente en cualquier persona que trabajase en la AEAT a

lo largo de todo el año, y no solamente durante una temporada del mismo. Para éstos, a diferencia de para los trabajadores fijos-discontinuos, la duración que se tiene en cuenta a efectos del cálculo de la antigüedad requerida para poder percibir trienios coincide con la duración de la relación laboral. De este modo, y proponiendo un ejemplo, mientras cada tres años el trabajador de tracto continuo adquiere el derecho a un trienio, el fijo discontinuo que presta servicios a lo largo de cuatro meses al año necesitará el triple de tiempo. Es decir, nueve años, a un ritmo por consiguiente mucho más lento.

El Gobierno español alega que, en este caso, el devengo cada nueve años del trienio sería adecuado a la cláusula 4.2 del Acuerdo Marco, pues procede aplicar el principio de proporcionalidad. El TJUE admite concesivamente la posibilidad de que se aplique este principio, que considera pertinente en materia retributiva: *“el cálculo de un complemento retributivo como el trienio objeto de los litigios principales depende directamente de la cantidad de trabajo efectuada por el trabajador, según el principio de pro rata temporis. A este respecto, procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el Derecho de la Unión no se opone al cálculo de un componente de la retribución conforme a una regla pro rata temporis en caso de trabajo a tiempo parcial. En efecto, la consideración del período de tiempo que el trabajador a tiempo parcial ha trabajado efectivamente durante su carrera, en comparación con el de un trabajador que ha trabajado a tiempo completo durante toda su carrera, constituye un criterio objetivo que permite una reducción proporcionada de sus derechos a un componente de la retribución”*.

Sin embargo, y ésta es la clave del asunto, hay que diferenciar el cálculo del complemento en sí mismo, para el que sí rige este principio, y la propia adquisición del derecho, para el que debe aplicarse, como pertinente, el principio de igualdad. Como sigue argumentándose en el auto, *“el principio de pro rata temporis no es aplicable a la determinación de la fecha de adquisición de un derecho a un componente de la retribución, en la medida en que esta depende exclusivamente de la duración de la antigüedad*

*adquirida por el trabajador. En efecto, esta antigüedad se corresponde con la duración efectiva de la relación laboral, y no con la cantidad de trabajo realizada durante dicha relación. Por lo tanto, el principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo implica que la duración de la antigüedad tenida en cuenta a efectos de la determinación de la fecha de adquisición de la antigüedad para percibir un trienio se calcule para el trabajador a tiempo parcial como si hubiera ocupado un puesto a tiempo completo, tomando en consideración íntegramente los períodos no trabajados".* Por explicitar esta idea en relación con el caso planteado: las demandantes en el litigio principal adquieren el derecho al trienio cuando lleven tres años de contrato, aunque solo presten servicios unos pocos meses al año. La proporcionalidad estriba en que, como solo cobran retribuciones –y, por lo tanto, los trienios devengados– durante los meses en los que trabajan efectivamente, la cuantía anual del complemento de antigüedad es proporcionalmente inferior a la que percibe el trabajador a jornada completa comparable.

A este respecto, el Gobierno español, pertinaz, contra-argumenta que con esta solución se discrimina a los trabajadores de tracto continuo. En efecto, el complemento de antigüedad sirve al objetivo de compensar la fidelidad del trabajador a la empresa. Y, desde este punto de vista, no resulta adecuado que el trabajador a jornada completa precise de treinta y seis meses de servicios efectivos para devengar un trienio y las trabajadoras demandantes en el litigio principal tan solo nueve o doce meses.

En realidad, este argumento actúa más en el plano de la justificación del tratamiento distinto que en el de la apreciación de la diferencia de trato. El TJUE expresa que no es justificación bastante que la regla perjudicial se contenga en un instrumento de carácter normativo –en el caso concreto planteado, en un convenio colectivo–. Y, a partir de esta idea, constata que los trabajadores de tracto continuo adquieren el derecho al trienio al cumplir tres años de contrato, aunque no presten servicios durante todos esos tres años, a causa, por ejemplo, de vacaciones o de bajas por enfermedad. Lo cual anula el argumento del Gobierno español en torno a la discriminación

de estos trabajadores, pues a los fijos-discontinuos solo se les computaban, según la regla discutida, los períodos de ocupación efectiva. De todo lo cual concluye el Tribunal que la norma convencional cuestionada infringía la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial.

En cuanto a la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, el TJUE apela a la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 julio 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). De conformidad con su art. 14.1 , *“no se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con... las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido”*. De modo que tampoco caben discriminaciones en materia de retribución, y ya se trate de discriminaciones directas o indirectas. Sobre éstas, recurre a la definición que se contiene en el art. 2.1 b) de la propia Directiva y en la jurisprudencia del Tribunal, conforme a la cual *“existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres”*.

El Tribunal remitente de la cuestión prejudicial había precisado que el personal fijo-discontinuo de la AEAT era mayoritariamente femenino, *“lo cual no es sino el reflejo de la posición de las mujeres en el mercado laboral, pues a ellas les cuesta más acceder a empleos a tiempo completo debido a las dificultades que tienen para conciliar la vida profesional con la vida personal y familiar”*. Este dato no constituía una circunstancia puramente fortuita o coyuntural, sino que reflejaba datos significativos relativos a un número suficiente de efectivos. *“Además -añade el tribunal remitente- esta situación se compadece con la proporción general de las trabajadoras a tiempo parcial en todos los empleos. Así, según los datos de la última encuesta de población activa [se entiende que en España] (correspondiente al primer trimestre de 2018), de los 2 814 300 trabajadores a tiempo parcial, 2 104 100 eran mujeres, mientras que 710 200 eran hombres. El examen de la*

evolución de estas cifras a lo largo del tiempo arroja la conclusión de que esta proporción oscila alrededor del 75 % de mujeres, habiendo alcanzado en algunas ocasiones el 80 %". Por lo tanto, la medida controvertida relativa al devengo de los trienios por parte de los trabajadores fijos discontinuos afectaba en mayor medida a las mujeres que a los hombres.

Puesto que concurría una discriminación indirecta, correspondía al Gobierno español expresar una justificación de la misma suficiente, que además implicase que la medida era necesaria y proporcionada a la finalidad perseguida. Sin embargo, constata el auto que no se demostró "*la finalidad legítima que persigue la medida ni la idoneidad de los medios elegidos y su necesidad. De ello se sigue que dicho Gobierno no aporta ninguna razón objetiva que pueda justificar la medida y la práctica controvertidas en los litigios principales*".

\*\*\*

Aunque se trate de un auto, la fundamentación jurídica que aporta el TJUE es mucho más prolija, pertinente y acertada que la que formula el TC español en la sentencia anteriormente comentada. En realidad, que revista la forma de auto se debe a que había ya pronunciamientos anteriores que se orientaban inequívocamente en la misma línea, algunos citados en el propio auto y otros no<sup>2</sup>. Que se trate de una doctrina inequívoca para el TJUE no implicaba, por desgracia, que lo fuera para los órganos judiciales españoles y para los convenios colectivos. En efecto, el Tribunal Supremo español solo rectificó su doctrina anterior de que a las fijas-discontinuas solo se les computaban para el devengo de trienios los períodos de trabajo efectivo cuando se dictó este auto<sup>3</sup>. Ese fue el motivo por el que al Tribunal Superior de Justicia de Galicia no le quedara más remedio que plantear cuestión prejudicial.

Más allá de todo lo cual, el asunto es un ejemplo inmejorable de inadecuada utilización del principio de proporcionalidad en el caso de los

---

<sup>2</sup> Entre los no citados debe hacerse referencia al asunto C-243/95, *Hill y Stapleton*, sentencia de 17 junio 1998.

<sup>3</sup> En STS de 19 noviembre 2919 (rcud 2309/17). Véase la postura anterior en auto del TS de 29 enero 2019 (rcud. 388/18).



trabajadores a tiempo parcial. Si hubiese prevalecido la postura defendida por el Gobierno español, el resultado hubiera sido que se les causarían un perjuicio por la doble aplicación de dicho principio: para la adquisición del derecho y para su cuantificación. Es decir, se les impondría –de hecho, se les imponía- una mayor exigencia temporal para madurar un derecho retributivo que luego solo percibían en proporción a su salario, ya se calculase éste sobre una base diaria, semanal, mensual o anual.

#### 4. Conclusión

Con el comentario de estos dos pronunciamientos, que engarzan el principio de proporcionalidad en el trabajo a tiempo parcial con la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo, se pone de manifiesto la escasa pericia de los órganos de la Jurisdicción interna española para enfrentarse a ese binomio. En cuanto a la sentencia del TC, hubo que esperar a que nuestro mayor guardián de constitucionalidad haya tenido que resolver un asunto que se arrastró por los órganos de la Jurisdicción Ordinaria sin que nadie le pusiera remedio, a pesar de su aparente simplicidad. El sentido común imponía la solución a la que, finalmente, solo el TC llegó. En cuanto al auto del TJUE, en otro tema no demasiado diferente, la jurisprudencia interna causaba un perjuicio significativo a las personas que trabajan en régimen de trabajo fijo-discontinuo mediante un cómputo injusto de la antigüedad que, a la postre, solo el órgano judicial de la UE solucionó.

Indudablemente, el alcance del principio de proporcionalidad en el trabajo a tiempo parcial es un tópico lejos de ser resuelto<sup>4</sup>, y que atañe tanto a la normativa internacional –convenio nº 175 de la OIT- como a la de la Unión Europea –Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial-. Por supuesto, el asunto tiene repercusiones en todos los sistemas nacionales que cuenten con una regulación más o menos homologable del trabajo a

---

<sup>4</sup> Algunas aporías, en torno a la jurisprudencia del TJUE, en CABEZA PEREIRO, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Bomarzo (Albacete, 2013) pp. 64 ss.

tiempo parcial. Pero, en el contexto, no puede dejar de invocarse la feminización de esta modalidad de trabajo atípica, que pone sobre la pista de que los tratamientos perjudiciales hacia ella constituyen con toda probabilidad, discriminaciones indirectas por razón de sexo. De hecho, en muchos de los pronunciamientos judiciales, de entre los cuales los comentados pueden constituir un buen ejemplo, se producen sinergias entre los marcos normativos que regulan, por una parte, el contrato a tiempo parcial y, por otra, la prohibición de discriminación por razón de sexo. Por desgracia, en esta intersección, los órganos judiciales no siempre están a la altura de las circunstancias.

## **Bibliografía**

CABEZA PEREIRO, J. (2013). *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Bomarzo, España.