

### **Cómputo de antigüedad y promoción económica y profesional de trabajadores fijos discontinuos.**

**STS-SOC núm. 790/2019, de 19 de octubre.**

**Joaquín García Murcia**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*

**Resumen:** *Los trabajadores fijos discontinuos tienen derecho a promoción económica en función de su tiempo de vinculación a la empresa, pero la cantidad de los correspondientes complementos ha de calcularse atendiendo a su efectiva prestación de servicios.*

**Palabras clave:** *Trabajadores fijos discontinuos, promoción económica, tiempo efectivo de servicios.*

**Abstract:** *Permanent seasonal workers have the right to economical promotion according to the years involved in the Company, but the amount of the correspondent complements must be worked out with reference to the actual service time.*

**Keywords:** *Permanent seasonal workers, economical promotion, actual service time.*

---

### **I. Introducción**

La sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo 790/2019, de 19 de noviembre, dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina número 2309/2017, se enfrenta una vez más a la necesidad de determinar si para la adquisición de los derechos de promoción económica y profesional por parte de los trabajadores fijos discontinuos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) se ha de computar el periodo de vinculación a la empresa o únicamente el tiempo efectivamente trabajado. Sobre esta cuestión los órganos judiciales que habían intervenido en el proceso laboral de referencia (Juzgado de lo Social en instancia y Tribunal Superior de Justicia mediante recurso de suplicación) se habían inclinado por esa segunda opción y, en consecuencia, habían desestimado la pretensión de la demandante.

La cuestión debatida, muy conectada en este caso a la regulación convencional vigente en ese ámbito de trabajo, había sido examinada y decidida con anterioridad en numerosas ocasiones por la Sala de lo Social del TS. A tales efectos, el TS había sentado la premisa de que el concepto de antigüedad es complejo, carece de sentido unívoco y no desempeña la misma función en los distintos aspectos de la relación laboral, y a partir de ahí había elaborado una doctrina, bastante consolidada, según la cual, cuando se trata de trabajadores fijos discontinuos había que distinguir entre “periodo de vigencia” de la relación laboral (entendido como tiempo de vinculación a la empresa) y “tiempo real de prestación de servicios”. A juicio del TS, era esta segunda noción, precisamente, la que había que aplicar para computar la antigüedad y decidir

sobre los derechos de promoción económica de trabajadores de ese tipo, máxime cuando, en el caso que nos ocupa, el convenio colectivo aplicable a la empresa hablaba de tiempo “de servicios efectivos” (por ejemplo, sentencias TS de 18 enero y 13 de marzo 2018 y 5 de marzo de 2019, entre otras muchas).

Sin embargo, la sentencia objeto de comentario modifica ese criterio interpretativo, en buena medida a raíz del auto dictado unas semanas antes por el TJUE (auto de 15 de octubre de 2019, en los asuntos acumulados C-439/18 y 472/18). Tanto en esta decisión prejudicial como en la sentencia que ahora se comenta se barajan básicamente tres razones para la nueva posición interpretativa. En primer lugar, que, sin perjuicio de la aplicación del principio *pro rata temporis*, la Directiva 97/81/CE impide aplicar a los trabajadores a tiempo parcial condiciones de empleo (entre ellas las retributivas) de manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables, práctica que sería constitutiva además de discriminación indirecta cuando afecta mayoritariamente a trabajadoras, como era el caso. En segundo lugar, que la regulación convencional de referencia debe ser interpretada a la luz del artículo 12.4 d) ET y la cláusula 4 del Acuerdo Marco que da contenido a dicha Directiva, de modo que para calcular la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos de la AEAT se debe computar todo el tiempo de duración de su relación laboral, pues así se hace para los trabajadores a tiempo completo. Y en tercer lugar, que la doctrina previamente defendida por el TS se contradice con el artículo 6 de la LO 3/2007 de Igualdad y al artículo 2 de la Directiva 2006/54/CE, que consideran discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una práctica aparentemente neutra pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que pueda justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios utilizados para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

## II. Identificación de la resolución judicial comentada

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

**Órgano judicial:** Tribunal Supremo (Sala de lo Social).

**Fecha y número de la resolución judicial:** sentencia núm. 790/2019, de 19 de octubre.

**Tipo y número de recurso:** Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 2309/2017.

**ECLI:** ES:TS:2019:4219.

**Fuente de consulta:** CENDOJ.

**Ponente:** Excma. Sra. Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga.

**Votos particulares:** carece.

## III. Problema suscitado: hechos y antecedentes

La cuestión de fondo planteada en el correspondiente recurso de casación para unificación de doctrina, y resuelta por la sentencia del TS objeto de comentario, es si para el cómputo de antigüedad y la correspondiente adquisición de derechos de promoción económica y profesional por parte de los trabajadores fijos discontinuos de la AEAT se ha de computar el periodo total de vinculación contractual a la empresa o únicamente los periodos efectivamente trabajados.

Según el relato de hechos probados aportado por la sentencia de instancia (sentencia 67/2016 de 23 de febrero del Juzgado de lo Social número 1 de Cartagena), en una fase inicial la demandante trabajó para el organismo demandado como auxiliar de administración y servicios desde 2007 mediante dos contratos sucesivos de duración determinada. En el año 2009 adquirió la condición de trabajadora fija-discontinua y, vigente esta nueva vinculación contractual, reclamó a la AEAT el reconocimiento de trienios en función del tiempo transcurrido desde el inicio

de su relación laboral. La reclamación fue desestimada en instancia y en suplicación, pero contra esta segunda sentencia la actora interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, con la aportación, como resolución contradictoria, de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 31 de octubre de 2014 (recurso 1724/2014).

Junto a la cuestión de fondo, en el citado recurso se suscitaron otras dos cuestiones de tipo procesal: si cabía apreciar o no contradicción entre las sentencias contrastadas, algo que forma parte de la configuración del citado recurso y si la recurrente había cumplido correctamente las exigencias de formalización del recurso, lo que implicaba alguna valoración añadida sobre las posibilidades de revisión fáctica por vía de casación y de admisión en esa sede de una denuncia de error en la apreciación de la prueba, cuestiones que suelen aparecer, con más o menos detenimiento, en las sentencias del TS dedicadas a la unificación de doctrina.

#### **IV. Posiciones de las partes**

Aunque la descripción de la sentencia objeto de comentario no es muy explícita, cabe suponer que la recurrente invocó a favor de sus pretensiones el principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 14 CE y en la normativa comunitaria manejada e interpretada por el TJUE en su auto de 15 de octubre de 2019, con la petición específica de que el convenio colectivo de la empresa se interpretara conforme a esos preceptos y a esos criterios jurisdiccionales y de que, en consecuencia, se le reconociera derecho a devengar trienios.

El recurso fue impugnado por la entidad empleadora, que además puso en cuestión el cumplimiento por parte de la recurrente de los requisitos de válida formalización e interposición del recurso y la existencia de contradicción entre las sentencias comparadas. Por la parte recurrida, y por su naturaleza de entidad pública, intervino asimismo la Abogacía del Estado, que insistió en el primero de esos aspectos procesales.

El Ministerio Fiscal pidió también el examen de del escrito de interposición del recurso y solicitó la desestimación del mismo.

#### **V. Normativa aplicable al caso**

Artículo 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Artículo 6.2 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: “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”.

Cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial incorporado a la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre de 1997: “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*”.

Artículo 2.1.b) de la Directiva 2006/54/CE, 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 materia de empleo y ocupación (refundición): se entenderá por discriminación indirecta “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja

particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.

Artículo 12.1 ET: “El contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable. A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá por ‘trabajador a tiempo completo comparable’ a un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal”.

Artículo 12.4.d) ET: “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”.

Artículo 16.1 ET: “El contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa. A los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido”.

Artículo 25 ET: “El trabajador, en función del trabajo desarrollado, podrá tener derecho a una promoción económica en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual”.

Artículo 30.1 del IV Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (BOE de 11 de julio de 2016): “Los trabajadores fijos discontinuos se registrarán por lo establecido en el presente Capítulo. En lo no previsto en el mismo, les será de aplicación lo establecido, con carácter general, en el presente Convenio, siempre que no sea contradictorio con las características de este tipo de contratación. En concreto, a estos trabajadores les será de aplicación el mismo régimen de incompatibilidades que al resto del personal laboral de la Agencia Tributaria, debiendo dar cumplimiento del mismo desde el primer día de prestación efectiva de servicios encada campaña a la que sean llamados. Los trabajadores fijos discontinuos prestarán servicios en el ámbito territorial al que venga referenciado su contrato de trabajo, sin perjuicio de la posibilidad de prestar servicios en otros ámbitos de manera voluntaria y en el supuesto de que no existan suficientes trabajadores fijos discontinuos en el nuevo ámbito territorial, de acuerdo con el procedimiento que establezca la Administración y la representación de sus trabajadores. La duración de las campañas, el número de trabajadores requeridos por cada una de ellas y la distribución por delegación de dichos trabajadores será la establecida previamente a cada campaña por la Agencia Tributaria. 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 67.1 de ese mismo Convenio Colectivo: “Antigüedad. Este complemento está constituido por una cantidad fija de 24,86 euros mensuales, que se devengarán 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. Para fijar el cómputo de tiempo de los nuevos trienios a devengar, se considerará como fecha inicial la del reconocimiento del último vencimiento del complemento de antigüedad perfeccionado”.

Artículo 70 del mencionado Convenio Colectivo: “Los trabajadores que presten sus servicios en jornada inferior a la ordinaria o por horas, excepto lo previsto en el artículo

34 del presente Convenio, percibirán sus retribuciones en proporción a la jornada que efectivamente realicen, salvo las horas extraordinarias y las indemnizaciones a que se refiere el artículo 73, cuya liquidación se calculará aplicando los importes del anexo III y los contemplados en la normativa sobre comisiones deservicio”.

## **VI. Doctrina básica**

Desde el punto de vista doctrinal, la parte de mayor relevancia dentro de la sentencia TS 790/2019 es la que se dedica al fondo del asunto, pero también contiene dicha resolución judicial algunas consideraciones interesantes en lo que se refiere al juicio de contradicción entre sentencias a efectos de unificación de doctrina y en relación con los requisitos formales que han de cumplimentarse para la interposición y admisibilidad de esta modalidad de recurso de casación.

En cuanto al fondo del asunto, la sentencia TS 790/2019 dedica sus primeros compases a la exposición de la “consolidada” doctrina precedente de ese órgano judicial a propósito de este tipo de reclamaciones, respecto de las que venía sosteniendo que era imprescindible reunir tres años de prestación de servicios efectivos para acceder al complemento por trienios, pues aunque la antigüedad puede entenderse (según el Diccionario de la RAE) como “tiempo transcurrido desde que se obtiene un empleo”, su medición puede variar según los efectos que se le atribuyan, siendo así que en este caso el convenio aplicable hablaba de “servicios efectivos” sin ningún tipo de matiz o de precisión en función de la modalidad contractual empleada. Para aquella consolidada doctrina del TS, esta manera de interpretar los preceptos convencionales aplicables al devengo y percepción de trienios en la empresa de referencia no era contraria al artículo 14 CE, en tanto que no se consideraban iguales las situaciones de hecho de los trabajadores con contrato de trabajo ordinario y de los trabajadores fijos discontinuos, para los que el propio convenio colectivo establecía un sistema de cómputo distinto en materia de antigüedad.

En esta ocasión, sin embargo, el TS amplía notablemente el horizonte de sus referencias normativas y doctrinales. No limita su labor enjuiciadora, en efecto, a las normas estatutarias sobre el trabajo a tiempo parcial y sus requerimientos de trato igual, sino que la amplía tanto a las normas comunitarias sobre dicha materia (Directiva 97/81/CE) como a los distintos soportes normativos del principio de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres, especialmente la LO 3/2007 y la Directiva 2006/54/CE. Pero, sobre todo, el TS toma la decisión de cambiar su criterio a la vista del criterio interpretativo adoptado por el auto del TJUE de 15 de octubre de 2019, que da respuesta a sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia y que se proyecta sobre un supuesto litigioso similar al que ahora había que resolver, pues también se refiere al cómputo de antigüedad de los trabajadoras fijas discontinuas de la AEAT.

Según esta decisión prejudicial del TJUE, había dos razones poderosas para dar carta de naturaleza a la opción interpretativa que permitía apoyar la pretensión de dichas trabajadoras. La primera de ellas derivaba de la Directiva 97/81/CE. Según el TJUE, si “ningún dato de los que obran en poder del Tribunal de Justicia permite dudar que los trabajadores fijos discontinuos y los trabajadores a tiempo completo de la AEAT se encuentran en situaciones comparables”, si el principio de no discriminación que debe regir las relaciones entre ambos tipos de trabajo es aplicable a las condiciones de empleo, y si en éstas debe incluirse la retribución, en la que a su vez se incluyen los trienios, debe llegarse a la conclusión de que no es aceptable la regla que excluye “los períodos no trabajados del cálculo de la antigüedad requerida para adquirir el derecho a un trienio”, sin que la apelación a posibles “razones objetivas” que permite eventualmente ese texto comunitario pudiera hacerse coincidir con la mera existencia de una norma nacional diferenciadora entre unos y otros trabajadores. La segunda había que extraerla de la Directiva 2006/54/CE, de la que cabía deducir que la práctica en cuestión constituía una discriminación indirecta, “ya que, tal como establece el Tribunal remitente, resulta aplicable mayoritariamente a las trabajadoras, que constituyen el grupo principal de trabajadores fijos discontinuos” en la entidad empleadora llevada a juicio (898 mujeres y 252 hombres, un 78,09 % de mujeres y un

21,91 % de hombres, según los datos disponibles en las páginas oficiales de transparencia del Gobierno español correspondientes a 31 de diciembre de 2016, conforme a la información suministrada al TJUE por el tribunal remitente de la cuestión prejudicial), sin que, a juicio del propio TJUE, se hubieran aportado al proceso factores justificativos que permitieran descubrir en tal diferencia una finalidad legítima, que en todo caso tendría que ser perseguida a través de medios adecuados y necesarios. Todas estas líneas de argumentación, en definitiva, pasan a ser el principal sustento de la nueva postura del TS.

Sobre el juicio de contradicción, muy habitual como es sabido en su jurisprudencia, y en buena lógica necesario para el pertinente recorrido argumental, el TS se limita a comprobar que entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste (la sentencia de 31 de octubre de 2014 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias), la primera contraria a la demandante y la segunda en cambio de sentido estimatorio, “concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS”. En ambos supuestos, efectivamente, se trataba de trabajadores que prestaban servicios para la AEAT con la condición de fijos discontinuos y que reclamaban el reconocimiento de trienios, siendo así que la respuesta fue diametralmente distinta en cada una de esas ocasiones. En realidad, nada hay especialmente novedoso o llamativo en este particular juicio de contraste, aunque, dado que muchas veces su resultado depende de circunstancias muy concretas, o de factores concurrentes que aparentemente son secundarios o colaterales, vale la pena poner de relieve que para el TS fue “irrelevante” en esta ocasión que los periodos de prestación de servicios en los supuestos comparados hubieran sido diferentes, que en el litigio objeto de comparación la actora hubiera solicitado participar, sin éxito, en un curso de formación, y que la sentencia de contraste hubiera manejado algunas sentencias del TS que no se aplicaron en la sentencia recurrida. Lo decisivo era que, “existiendo identidad de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a resultados diferentes”.

En fin, sobre el cumplimiento de las exigencias legales del escrito de formalización del recurso de casación para unificación de doctrina, el TS recuerda que hay que conjugar el mandato de interpretación no rigorista o formalista derivado del derecho a la tutela judicial con el importante papel que cumplen los requisitos legales “para garantizar derechos ajenos, permitir la contradicción y propiciar una tutela judicial acorde con los trazos del Estado de Derecho”. A partir de esas premisas, recuerda también el TS que puede quedar lesionado el derecho de tutela judicial cuando se impida el acceso al recurso por causas no razonables o arbitrarias, y que no debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas “cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano”. Añade el TS, en fin, que el principio *pro actione* no opera con igual intensidad en el acceso al recurso que en el acceso a la jurisdicción, y que el carácter extraordinario del recurso de casación impide que su interposición se funde en meros intereses del recurrente o en una discrepancia con el criterio del tribunal *a quo*, lo cual explica que “en el recurso de casación las exigencias formales adquieran una especial relevancia”.

A la vista de todo ello, y según su propia jurisprudencia, que a estas alturas goza de suficiente reiteración en estas materias, debe concluirse según el TS que es exigible que “el escrito que formaliza la casación cumpla con las exigencias procesales de modo razonable”, lo cual significa, por lo que después apunta, que no basta con indicar los preceptos que se consideren aplicables al caso, sino que es requisito ineludible “razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia”. Dado que en este caso la parte recurrente había aportado “la debida relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada”, y que había expuesto “cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción” con consignación del “sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas”, no había motivos para

declarar la inadmisibilidad (que en ese momento conllevaría la desestimación) del recurso, frente a lo que alegaba la parte recurrida.

## **VII. Parte dispositiva**

La sentencia objeto de comentario decide por lo pronto que “a la vista de lo expuesto debemos modificar nuestra doctrina acerca de la forma de computar la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos de la AEAT, a efectos de promoción económica -trienios- y promoción profesional”. Ello supone una nueva interpretación del precepto convencional de referencia (artículo 67 del IV Convenio Colectivo del Personal Laboral de la AEAT) a la luz de la normativa comunitaria y nacional anteriormente expuesta y conforme al criterio del TJUE expresado en su auto de 15 de octubre de 2019, de modo que, como conclusión, “no procede entender que a los trabajadores fijos discontinuos de la AEAT se les computa, a efectos de derechos económicos y de promoción profesional, únicamente el tiempo efectivamente trabajado, sino que ha de tenerse en cuenta todo el tiempo de duración de la relación laboral”.

Apunta también el TS que “de no seguirse esta interpretación se produciría una diferencia de trato peyorativa para los trabajadores a tiempo parcial -fijos discontinuos- en relación con los trabajadores a tiempo completo ya que, ante un mismo periodo de prestación de servicios, los segundos devengarían un trienio al transcurrir tres años, en tanto a los primeros se les tendría en cuenta, no la duración de la relación laboral, sino el tiempo de servicios efectivamente prestados”, algo que, además de ser contrario a la exigencia de equiparación entre unos trabajadores y otros, y más allá de la apariencia neutra de la regla convencional en cuestión, supondría una práctica de discriminación indirecta para las trabajadoras, claramente mayoritarias en el ámbito de trabajo de referencia.

“Por todo lo razonado”, y como ya era absolutamente previsible, el TS toma la decisión de “estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina”, “casar y anular la sentencia recurrida” y declarar “el derecho de la actora a que se compute, a efectos de promoción económica (trienios) y a efectos de promoción profesional (interna, vertical, horizontal y externa), toda la duración de la relación laboral”.

## **VIII. Pasajes decisivos**

Sobre el fondo del asunto, el pasaje decisivo de la sentencia TS que aquí se comenta es aquel en el que afirma que, a la vista del criterio interpretativo sostenido por el TJUE en su auto de 15 de octubre de 2019, “debemos modificar nuestra doctrina acerca de la forma de computar la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos de la AEAT, a efectos de promoción económica -trienios- y promoción profesional”, pues “no procede entender que a los trabajadores fijos discontinuos de la AEAT se les computa, a efectos de derechos económicos y de promoción profesional, únicamente el tiempo efectivamente trabajado, sino que ha de tenerse en cuenta todo el tiempo de duración de la relación laboral”. Una primera afirmación que va inmediatamente acompañada de la declaración expresa de que “la doctrina tradicional de la Sala pugna con lo dispuesto en el artículo 6 de la LO 3/2007 y artículo 2 de la Directiva 2006/54/CE” (FFJJ CUARTO y QUINTO).

Sobre el cumplimiento en este caso de los requisitos legales de interposición y formalización del recurso para unificación de doctrina, el pasaje decisivo de la sentencia comentada es aquel en el que, tras recordar su doctrina reiterada sobre la necesidad de conjugar las exigencias de tutela judicial efectiva con las condiciones justamente establecidas para garantizar la esencia y finalidad del recurso en cuestión (lo que el propio TS llama “esa tensión entre flexibilidad y cumplimiento de lo importante”), afirma una vez más que el cumplimiento de “las exigencias procesales de modo razonable” entraña que no basta “con sólo indicar los preceptos que se consideren aplicables, sino que es requisito ineludible para su correcta observancia razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia”, por lo que si se

ha comprobado que “el recurrente realiza la debida relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, exponiendo cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción y consignando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, teniendo en cuenta la identidad de la situación, así como la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y la divergencia de pronunciamientos”, no puede admitirse que concurra “la causa de inadmisibilidad alegada por el recurrido en su escrito de impugnación del recurso” (FJ TERCERO).

Sobre el juicio de contradicción, en fin, tal vez haya que destacar el párrafo en el que el TS aclara que “es irrelevante, a efectos de la contradicción, que los periodos de prestación de servicios sean diferentes en las sentencias comparadas y que en la sentencia de contraste la actora solicitara participar en un curso de formación, que le fue denegado, ya que el núcleo de la contradicción, tal y como ha quedado consignado, se ciñe a resolver si, a efectos del cómputo de la antigüedad, para la promoción económica y profesional, se tiene en cuenta la totalidad del periodo trabajado o únicamente el tiempo de efectiva prestación de servicios”. Una virtualidad similar puede tener el pasaje en el que el TS reafirma que es asimismo irrelevante “que en la sentencia de contraste se aplique la SS de 11 de noviembre de 2002 y 11 de junio de 2014, que no se aplican en la sentencia recurrida ya que la contradicción, precisamente, radica en que existiendo identidad de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a resultados diferentes” (FJ SEGUNDO).

## **IX. Comentario**

La doctrina que deriva de esta sentencia del TS es correcta y, obviamente, aporta mayores dosis de protección para los trabajadores fijos discontinuos que la respuesta precedente. Ciertamente, muchas de las reglas e instituciones de nuestra legislación laboral parecen pensadas para el trabajador “modelo”, esto es, para los trabajadores con contrato de trabajo fijo y sin particularidades en su modo o ritmo de ejecución. Es el caso, sobre todo, de los derechos laborales ligados a una estancia o antigüedad mínima en la empresa (como sucede con determinados complementos salariales, con la promoción profesional o con algunos tipos de la excedencia). Por eso, su extensión a otras modalidades de trabajo puede tropezar a veces con ciertas resistencias, pero es evidente que, siendo materialmente posible, esa operación sirve para mejorar en términos generales la situación de quien vive de su trabajo, con independencia de la clase o naturaleza de su vinculación laboral a la empresa.

No hace falta insistir, por otra parte, en el origen de este cambio interpretativo de la Sala de lo Social del TS. De nuevo es el resultado de la acusada influencia que viene teniendo para nuestro sistema la producción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, a la postre, el sistema normativo de esa comunidad supranacional. Es verdad que las normas comunitarias implicadas en este caso no hablan expresamente de trabajadores fijos discontinuos, y que tampoco precisan hasta sus últimos extremos el alcance de sus exigencias de trato igual entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo, pero la proyección de esa regla de equiparación sobre los complementos retributivos tiene suficiente fundamento, siempre que se haga en términos razonables, como puso de relieve el propio TJUE. Eso quiere decir, a la postre, que, aunque se devenguen en función del periodo de vinculación formal a la empresa, el cálculo de los complementos deberá hacerse en función del tiempo efectivo de trabajo, pues de lo contrario se crearía una diferencia injustificada respecto de los trabajadores de régimen ordinario.

Menos convincente parece la alusión al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Según los datos aportados al proceso, es cierto que dentro del grupo de posibles afectados era considerablemente mayor el número de mujeres que el de hombres. Pero ni las reglas convencionales sobre promoción económica por años de servicio que regían en este caso tenían connotación alguna desde ese punto de vista (no eran aparentemente neutras, sino sencillamente neutras), ni la extensión del complemento retributivo en cuestión a los trabajadores fijos discontinuos se funda en el sexo del destinatario. La doctrina del TJ y de nuestro TS sobre el particular



contaría con la misma solidez y validez si se desprendiera de esa referencia a la discriminación por razón de sexo. No parece, por otra parte, que el hecho de que en ese tipo de trabajo hubiera mayor número de mujeres que de hombres estuviese motivado por razones ligadas a esa característica personal. Es evidente, por lo demás, que la nueva doctrina vale para cualquier trabajador fijo discontinuo, con independencia de su contexto o del entorno de su trabajo.

## **X. Apunte final**

Como ha dejado ver este caso, el cómputo del tiempo de servicios prestados a una empresa por parte de las personas que no trabajan con continuidad admite en principio varias opciones. Puede elegirse el cómputo del tiempo efectivo de trabajo en exclusiva, pero también puede optarse por el cómputo del tiempo de vinculación formal, aunque esté interrumpida la prestación de trabajo. Quizá la primera opción parezca ser la más lógica en una primera aproximación, y desde luego ha sido la más tradicional entre nosotros. Pero la segunda opción tiene también fácil justificación, pues en definitiva toma en cuenta un tiempo en la que una persona, aun cuando no siempre esté en fase de ejecución del trabajo, está vinculada formalmente a una empresa, con todo lo que eso significa para la organización de su vida o sus relaciones sociales. Naturalmente, esta segunda opción, para ser cabal, debe ir acompañada de una operación suplementaria, en la que se valore en su justa medida el tiempo de efectiva aportación de trabajo a la empresa. Eso es lo que hace, en definitiva, la sentencia TS que ahora se comenta, y es lo que hizo previamente el referido auto del TJUE. Con esa respuesta no cabe duda de que se facilita enormemente el acceso de los trabajadores a determinados complementos retributivos de los que de otro modo podían quedar de hecho excluidos, o cuyo devengo podía dilatarse en el tiempo de manera casi irreparable. Si bien, como también es fácil de comprender, puede suceder que la cuantía de esos complementos no llegue a registrar niveles especialmente apreciables, por su dependencia directa del tiempo efectivo de trabajo, aunque esta consecuencia, realmente, es muy difícil de evitar. Puede ser comparable la situación del fijo discontinuo a la del trabajador ordinario, pero parece claro que merece mayor compensación en términos cuantitativos quien dedica más horas a su trabajo.

La sentencia comentada resuelve un pleito nacido de los trabajadores fijos discontinuos de la AEAT, pero vale para todos los trabajadores de esa clase. Como antes dijimos, no parece que el posible ingrediente de discriminación indirecta por razón de sexo tenga aquí virtualidad para determinar si la doctrina es o no aplicable. Para que lo sea, basta con la existencia de trabajo fijo discontinuo, siempre, obviamente, que en el ámbito profesional en cuestión exista también alguna regla de reconocimiento de complementos retributivos en función del tiempo de trabajo. Desde esta perspectiva, cabría plantearse, por cierto, si la regulación profesional de referencia (el convenio colectivo, por ejemplo) puede establecer algo en sentido distinto, esto es, si puede excluir de modo expreso a determinados grupos de trabajadores del correspondiente sistema de promoción por antigüedad (por ejemplo, a los fijos discontinuos). A la vista de estos pronunciamientos jurisdiccionales no parece que pueda hacerlo, no sólo por lo que dicen, sino también porque a la postre se sustentan en una serie de instrumentos normativos que son de obligada observancia para la negociación colectiva.