

Indemnidad del complemento de peligrosidad territorial ante la reducción de jornada.

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: *Se discute si la reducción de jornada (por conciliación de la vida familiar y laboral) debe comportar la paralela minoración de un complemento retributivo asociado al desempeño del trabajo en zona especialmente conflictiva. El carácter funcional de quien reclama (Guardia Civil) y la impregnación administrativa de las normas aplicables no impiden que las argumentaciones sean fácilmente trasladables al ámbito laboral. El Tribunal Supremo se inclina por el mantenimiento de la integridad de la remuneración, por entender que persiste su presupuesto.*

Palabras clave: *Reducción de jornada. Conciliación de la vida familiar y laboral. Proporcionalidad retributiva. Complemento por trabajo en zona conflictiva.*

Abstract: *It is discussed whether the reduction of working hours (for reconciling work and family life) should entail the parallel reduction of a remuneration supplement associated with the performance of work in a particularly conflictive area. The civil servant nature of the claimant (Civil Guard) and the administrative impregnation of the applicable regulations do not prevent the arguments from being easily transferable to the workplace. The Supreme Court is inclined to maintain the integrity of the remuneration, as it understands that its budget persists.*

Keywords: *Reduction of working hours. Conciliation of work and family life. Remuneration proportionality. Complement for work in a conflict zone.*

I. Introducción

El debate suscitado en esta ocasión puede resumirse fácilmente. Se trata de determinar si procede minorar proporcionalmente el “complemento de zona conflictiva” que viene percibiendo el demandante cuando su jornada queda reducida, a petición propia, por razones de conciliación de la vida familiar y laboral.

Como punto de partida hay que recordar dos reglas básicas en toda actividad a tiempo parcial: no discriminación (equiparación de derechos con quienes realizan su trabajo a tiempo completo) y proporcionalidad (aplicación de esa regla a derechos y obligaciones). Ahora bien, siempre queda a salvo la necesidad de atender a las peculiaridades de la actividad desempeñada.

Es claro que un uniforme, un equipo de protección individual (EPI), unas instalaciones deportivas de la empresa, el transporte hasta el centro de trabajo o las vacaciones, por ejemplificar, difícilmente podrían verse afectadas por la citada regla de proporcionalidad. Sin embargo, cuando se enfoca ello desde la perspectiva de la

remuneración (para adquirir ropa de trabajo, para afrontar los gastos vacacionales, etc.) no es que las dudas surjan, sino que la cuestión tiende a enfocarse desde la perspectiva opuesta.

Desde estas elementales consideraciones, tiene mucho interés que nos asomemos al modo en que la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo aborda el concreto tema avanzado.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia 390/2022 de 28 de marzo de 2022.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación 7364/2020.

ECLI: ES:TS:2022:1150.

Fuente: CENDOJ

Abogado General: Sra. Celsa Picó Lorenzo.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos y antecedentes relevantes

La cuestión suscitada es de índole estrictamente interpretativa. Se trata de aquilatar las consecuencias de que el trabajador (rectius, funcionario) acceda a una reducción de jornada para atender al cuidado de su hijo menor de doce años. Los hechos y antecedentes a tener en cuenta son del todo sencillos:

A) En marzo (de 2018) un Guardia Civil destinado en el País Vasco obtiene la reducción de su jornada laboral (al 50%) para atender al cuidado de sus dos hijos.

B) En julio (de 2018) insta el regreso a la jornada completa y acto seguido (septiembre 2018) reclama el abono de la cuantía dejada de percibir en concepto de complemento de zona conflictiva durante el periodo de reducción de jornada.

C) La Administración empleadora (Resolución del Teniente General Jefe del Mando de Personal de la Dirección General de la Guardia Civil) desestima la petición y confirma el acierto del pago mensual realizado (el complemento pasó de 653,89 euros a 326,95 euros).

2. Tribunal Superior de Justicia.

Mediante sentencia 164/2020 de 22 mayo la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (ECLI:ES:TSJM:2020:15471) estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Guardia Civil y reconoce su derecho a percibir la totalidad del complemento de zona conflictiva durante el periodo comprendido entre abril y julio de 2018, con los intereses legales procedentes. Reiterando lo resuelto en ocasiones precedentes, argumenta:

La singularidad del complemento impide su reducción porque compensa la presencia en la zona conflictiva, con independencia de la mayor o menor jornada.

El presupuesto reseñado concurre con independencia de la mayor o menor jornada realizada.

Continuando en servicio activo, la simple estancia en el territorio implica la realización de actividades vitales que constituyen en sí mismas una circunstancia de riesgo, deduciéndose que la razón última del complemento es precisamente la estancia en el territorio sujeto a dichas especiales características.

3. Admisión del recurso contencioso-administrativo

Mediante Auto de 7 de julio de 2021 la Sección de admisiones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2021:9725A) acuerda admitir a trámite el recurso preparado por la Abogacía del Estado y fijar como cuestión de interés casacional la determinación de si procede minorar proporcionalmente el complemento de zona conflictiva, atendiendo a su naturaleza, cuando hay reducción de jornada.

IV. Posición de las partes

1. Recurso de la Administración Empleadora

La resolución que defiende la proporcionalidad retributiva se basa en la LO 11/2007 y en la Ley 30/1984, así como RD 2670/1998 y art. 48.l h) de la ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público. En concreto se refiere a la Resolución de 25 de mayo de 2010 de la Secretaría de Estado de Hacienda que dicta instrucciones sobre nóminas de funcionarios y que prevé la reducción de la totalidad de las retribuciones para los funcionarios que realicen una jornada disminuida.

Argumenta que no existe ninguna norma, general o específica de la Guardia Civil, que excluya al complemento de zona conflictiva de la Guardia Civil, de la reducción proporcional de retribuciones derivada del reconocimiento de una reducción de jornada. Al contrario, pone de manifiesto que la Orden General número 11, dada en Madrid a 23 de diciembre de 2014, por la que se determinan los regímenes de prestación del servicio, y la jornada y horario del personal de la Guardia Civil (BOE de 30 de diciembre de 2014), cuando en su artículo 63 regula la reducción de jornada, dispone que :“2. A quien se conceda una reducción de jornada se le aplicará, en aquellos casos que así se determina en la normativa relativa al empleado público, una disminución proporcional de sus retribuciones fijas y variables, en forma análoga a la establecida para el personal al servicio de la Administración General del Estado.”

2. Oposición del trabajador (funcionario).

Invoca el art. 4 de la OM de 23 de octubre de 1984, sobre el complemento de zona conflictiva, y aduce que el argumento para su abono es la permanencia física en dicha zona, por lo que no afectaría la reducción de jornada reconocida. Se refiere a la naturaleza. de este complemento y defiende su devengo íntegro.

Además de reiterar la línea argumental de la sentencia recurrida, sostiene que conforme a la Orden de 23 de octubre de 1984 por la que se desarrolla el Real Decreto 1781/1984, de 26 de septiembre, de Retribuciones de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lo que respecta a la Guardia Civil y a la Policía Nacional, las excepciones del abono del complemento de zona conflictiva están previstas en su artículo 4 para determinados cursos apartado-4- y para disfrute de permisos concedidos legalmente con plenitud de derechos económicos -apartado 5-, sin que en este caso concurra ninguno de ellos.

V. Normativa aplicable al caso

1. Ley 30/1984.

El artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, viene disciplinando los “Permisos” del personal incluido en su ámbito aplicativo y tipificando los casos en que procede. Tras su modificación mediante la Ley

Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y de mujeres, el apartado g) establece lo siguiente:

El funcionario que, por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo algún menor de doce años, persona mayor que requiera especial dedicación o a una persona con discapacidad, que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la disminución de su jornada de trabajo.

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

Reglamentariamente se determinará la disminución de jornada de trabajo y la reducción de las retribuciones que correspondan a dicha reducción de jornada.

2. Real Decreto 2670/1998.

El RD 2670/1998, de 11 de diciembre, desarrolla el artículo 30.1 f) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en su artículo único preceptúa lo siguiente:

1. El funcionario que por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años, anciano que requiera especial dedicación o a un disminuido psíquico, físico o sensorial que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a una disminución de hasta un medio de la jornada de trabajo, con la reducción proporcional de las retribuciones.

2. Para el cálculo del valor hora aplicable a dicha reducción se tomará como base la totalidad de las retribuciones íntegras mensuales que perciba el funcionario dividida entre el número de días naturales del correspondiente mes y, a su vez, este resultado por el número de horas que el funcionario tenga obligación de cumplir, de media, cada día.

3. Cuando lo permita la organización del trabajo de la unidad, se concederá al funcionario la parte de la jornada que convenga a sus intereses personales.

3. Ley 11/2007.

La Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil dedica su artículo 29 a ordenar el tiempo de descanso ("Vacaciones, permisos y licencias"), en los siguientes términos:

1. Los miembros de la Guardia Civil tendrán derecho a disfrutar de las vacaciones, permisos y licencias previstos por la legislación general de los funcionarios de la Administración General del Estado, adaptado reglamentariamente a las funciones y cometidos del Cuerpo.

2. Sin perjuicio de lo anterior, y atendiendo a las singularidades derivadas de las funciones y cometidos propios de la Guardia Civil, su duración y forma de ejercicio quedarán determinadas reglamentariamente.

4. Estatuto básico del empleado público.

Mediante Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), cuyo artículo 48 regula los "Permisos de los funcionarios públicos", cuyo apartado h) reza así:

Por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda.

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

5. Normas específicas sobre el complemento

A) El complemento de zona conflictiva surgió como concepto retributivo a raíz del Acuerdo adoptado el 29 de agosto de 1.980 por el Consejo de Ministros, que fijó una gratificación así denominada para los componentes del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil que prestaran sus servicios profesionales en el País Vasco y Navarra.

Su finalidad era compensar el mayor riesgo que suponía el desarrollo de los cometidos propios de los funcionarios integrados en tales Cuerpos en el expresado destino territorial.

B) Este concepto retributivo fue posteriormente regulado por el RDL 9/1984 de 11 de julio sobre Retribuciones de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que en su art. 2.2) lo configuró como una retribución complementaria de carácter especial a percibir por el personal que desempeñe un puesto de trabajo con tales características singulares (art. 7. 4).

C) Mediante RD 1781/1.984 de 26 de septiembre se especificó que se considerarán puestos de trabajo con características singulares de peligrosidad o penosidad especial los comprendidos en alguna de las Unidades, Centros o destinos que especifica a continuación, y añade que 'queda excluido de la percepción del complemento el personal que aún perteneciente a las especialidades citadas no realice las funciones correspondientes excepto en zonas conflictivas'.

Su Disposición Transitoria Cuarta autorizaba al Ministerio del Interior para que desarrollara sus disposiciones y fijara las concretas cuantías en función del correspondiente crédito presupuestario.

D) La OM de 23 de octubre de 1.984 dispuso lo percibirá todo el personal que preste servicios en zonas conflictivas, cualquiera que sea la misión que desempeñe. En concreto, su artículo 4º dice así:

3. No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, este complemento lo percibirá todo el personal que preste servicios en <zonas conflictivas>, cualquiera que sea la misión que desempeñe.

5. El personal con derecho a este complemento lo percibirá también en los permisos concedidos legalmente con plenitud de derechos económicos.

E) El derogado RD 311/1988, de 30 de marzo, de Retribuciones del Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no regula este 'complemento de peligrosidad', si bien constata que existe pues dispone que "en el caso de que algunos puestos de trabajo tuvieran asignados más de un complemento singular, únicamente podrá percibirse el de mayor cuantía, a excepción del que pudiera corresponder por zona conflictiva".

F) El vigente RD 950/2005, de 29 de julio, de retribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado reitera, en esta materia, cuanto había establecido el RD 311/1988.

VI. Doctrina básica.

La sentencia comentada, pese a resolver una cuestión de evidente trascendencia práctica y a que finaliza acogiendo el criterio opuesto al sostenido por la Administración, es tan básica como sólida en su argumentación. Ello es así porque acaba cimentándose en la interpretación conforme a los parámetros habitualmente empelados en nuestro ordenamiento^[1].

1. Doctrina precedente

La STS-CONT 5585/1996 de 16 octubre (rec. 6315/1994) fijó como doctrina legal: "Que el art. 4.4 de la Orden del Ministerio del Interior de 23 de abril de 1984, permite percibir el complemento de peligrosidad o penosidad especial de zona conflictiva en los supuestos en los que el personal afectado por el mencionado complemento, y que lo estuviera percibiendo, se desplace a otros lugares para realizar cursos informativos o de perfeccionamiento que estén relacionados con la especialidad que dentro de las existentes en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, se desempeñe por el asistente a tales cursos en la Unidad de su destino y no por la realización de cualesquiera otros cursos de diferente clase o naturaleza."

La STS-CONT 3373/2005 de 25 mayo (rec. 50/2003) precisó que "el derecho al abono del complemento específico de Zona Conflictiva solo se reconoce al personal de la Guardia Civil con destino permanente en dichas Zonas, y no a aquel otro personal que, sin estar destinado permanentemente en las mismas, presta sus servicios en comisión eventual y temporal en Zonas Conflictivas (País Vasco y Navarra) y percibe por ello los correspondientes dietas y pluses".

2. Determinación de la fuente reguladora.

Dada la confluencia normativa (ya expuesta) y el modo en que se han superpuesto unas regulaciones a otras, posee interés la clarificación de la fuente que disciplina el complemento en litigio.

El complemento de peligrosidad o penosidad especial cuestionado se encuentra regulado en el artículo 4 de la Orden Ministerial de 23 de octubre de 1984 por la que se desarrolla el Real Decreto 1781/1984, de 26 de septiembre, de retribuciones de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lo que respecta a la Guardia Civil y a la Policía Nacional.

3. Naturaleza del complemento

De su propia naturaleza deriva que el complemento está dirigido a retribuir el aumento de riesgo que supone desempeñar funciones en las zonas conflictivas puesto que lo que pretende retribuir el citado complemento es la permanencia física en dichas zonas, en razón a las singulares características de riesgo especial que conllevan.

El percibo del complemento se anuda al hecho de prestar servicios en el territorio caracterizado como conflictivo y no a la circunstancia de estar destinado en el mismo, ya que el citado riesgo especial alcanza no solo a los que tienen su destino en esos territorios sino también a quienes, de manera temporal, prestan servicios en la zona conflictiva a pesar de estar destinados fuera de ella.

Para continuar percibiéndolo sin la permanencia física, se requiere o estar de vacaciones o permiso "concedidos legalmente con plenitud de derechos económicos" (art. 4º.5 O.M. de 23 de octubre de 1984) o estar realizando un curso "informativo" o de "perfeccionamiento" que además requiere la condición adicional de tener relación con su especialidad ("en relación a su especialidad" dice el art. 4º.4 de la O.M. citada).

4. Caracterización del complemento.

El entramado normativo regulador del complemento conlleva entender que se trata de un complemento de naturaleza objetiva cuya finalidad es retribuir el aumento del riesgo que supone desempeñar las funciones propias, en el caso de autos, de la Guardia Civil en las zonas del País Vasco y Navarra.

No responde estrictamente a ninguno de los factores ordinarios que articulan las retribuciones complementarias a que se refiere el artículo 24 del Estatuto Básico del Empleado Público.

5. Percepción en supuestos de jornada reducida

A tenor de lo expuesto, el fin del complemento de carácter especial es compensar al funcionario por la permanencia en el territorio en cuestión. Por ello, debe entenderse que la plenitud de derechos económicos recogida en el apartado quinto del artículo cuarto de la Orden Ministerial comprende también la realización de una jornada reducida por motivos de conciliación familiar -posibilidad inexistente en la fecha de nacimiento del complemento.

VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, y dejando de lado el tema de las costas procesales, la sentencia concluye desestimando el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado.

VIII. Pasajes decisivos

El Fundamento Sexto de la sentencia es el que alberga la respuesta frontal a la cuestión de interés casacional:

A tenor de lo planteado, la respuesta debe ser que no procede la aplicación de la reducción proporcional a una reducción de jornada del complemento de zona conflictiva dada la naturaleza y finalidad de dicho complemento.

IX. Comentario

1. La ausencia de las normas sobre trabajo a tiempo parcial

A lo largo del debate no ha aparecido la mención a la Directiva 97/81/CE de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, probablemente por la condición subjetiva de quien reclama. Sin embargo, la cláusula 2ª, que se rubrica «ámbito de aplicación», establece, en su apartado 1, una regla general según la cual «el presente Acuerdo se aplica a los trabajadores a tiempo parcial que tengan un contrato o una relación de trabajo tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro».

Disposición un tanto confusa porque, en una interpretación literal, aparenta remitir al derecho interno lo que sea un contrato o relación de trabajo sin ningún condicionante, y ello chocaría con los objetivos del Acuerdo, y con su efecto útil, pues bastaría con que el derecho interno afirmase que un contrato o relación no es de trabajo para eludir su aplicación, quedando la igualdad y la voluntariedad en agua de borrajas. Por ello es relevante recordar que la STJUE 1 marzo 2012, O'Brien C-393/10, ha considerado que la facultad de apreciación que el Acuerdo concede a los Estados miembros para definir lo que sea un contrato o relación de trabajo no es una facultad ilimitada, debiendo aquellos respetar el efecto útil de la Directiva y los principios generales del Derecho de la Unión^[2]. A partir de estas consideraciones, el TJUE concluye lo siguiente respecto a la relación del Sr. O'Brien –un juez inglés con jornada a tiempo parcial– con el Ministry of Justice:

El ámbito de aplicación del Acuerdo no excluye determinadas categorías de trabajos y se concibe de manera extensiva, englobando a todos los trabajadores «sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan» –y el TJUE refuerza esta conclusión con una analogía con la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de CES, UNICE y CEEP sobre el trabajo de duración determinada–;

El mero hecho de que se califique a los jueces como detentadores de un cargo judicial no basta, por sí solo, para privar a estos del beneficio de los derechos previstos en el Acuerdo, siendo necesario para admitir la exclusión de los jueces de su ámbito de aplicación que se acredite que la relación de estos con su empleador es, por su naturaleza, sustancialmente diferente de una relación laboral entre un empleador y un trabajador, partiendo de la distinción entre trabajo dependiente y autónomo, y,

desde esa perspectiva, tomando en consideración las modalidades de nombramiento y separación de los jueces, y el modo de organizar su trabajo, así como si tienen derecho a indemnizaciones por enfermedad, maternidad, paternidad y similares.

A consecuencia de estas conclusiones, «corresponde a los Estados miembros definir el concepto de «trabajadores ... que tengan un contrato o una relación de trabajo» ... y, en particular, determinar si los jueces están incluidos en dicho concepto, siempre que ello no lleve a excluir arbitrariamente a esta categoría de personas del beneficio de la protección brindada por la Directiva 97/81 ... Únicamente se puede admitir una exclusión si la relación que une a los jueces con el Ministry of Justice es, por su naturaleza, sustancialmente diferente de la que vincula a los empleados que pertenecen, según el Derecho nacional, a la categoría de trabajadores con sus empleadores».

2. La proporcionalidad de las retribuciones: breve tipología jurisprudencial.

Tanto el Derecho de la UE cuanto nuestra norma laboral interna vienen proclamando que “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”^[3]. No es siempre fácil aplicar esa regla, como puede observarse comprobando algunos criterios recientes del Tribunal Supremo.

A) Pluses de transporte y vestuario.- Se discute si deben percibirse en su importe íntegro, o solo en proporción a la jornada trabajada, los pluses de transporte y de mantenimiento de vestuario previstos en el CC Estatal de empresas de seguridad privada. La duda surge porque el convenio colectivo no explicita nada acerca de si estos pluses deben satisfacerse plenamente a los trabajadores a tiempo parcial o si procede un reconocimiento proporcional.

A este respecto, la jurisprudencia ha aplicado la regla de la proporcionalidad en cuanto a los salarios y otros derechos (ayudas sociales, permisos por asuntos propios...) que por su naturaleza sean medibles, y ha decidido no aplicarlo, por el contrario, a aquellos otros derechos (como la ayuda de escolaridad, minusválidos, seguro de vida y accidentes...) que por su naturaleza indivisible se reconocen a los trabajadores a tiempo parcial en plena igualdad con los trabajadores a jornada completa. En el caso, considera el TS que los pluses de transporte y de mantenimiento de vestuario son medibles, por lo que procede su reconocimiento de forma proporcional a la jornada trabajada. Tratándose de vigilantes de seguridad contratados a tiempo parcial, los pluses de transporte y mantenimiento de vestuario se han de abonar en proporción al tiempo trabajado^[4].

B) Prevalencia de la Ley sobre el convenio.- Unos agentes de servicios auxiliares de Iberia desempeñan su trabajo por medio de contrato indefinido a tiempo parcial y reclaman diferencias salariales por entender que la retribución que perciben no guarda proporción con la percibida por un trabajador indefinido a tiempo completo. Una sentencia considera aplicable el artículo 5 de la segunda parte del XV Convenio Colectivo, entendiendo que el criterio proporcional puro es el que la empresa ha aplicado para abonar el salario de los demandantes, la sentencia contradictoria ha entendido que el artículo 12, párrafo 4, letra d) del Estatuto de los Trabajadores impone un criterio de identidad de derechos entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo, criterio que no es respetado por el precitado artículo 5 del Convenio. El TS concluye que la retribución de los trabajadores fijos continuados a tiempo parcial ha de hallarse por referencia a los trabajadores a tiempo completo, pese a lo previsto en convenio^[5].

C) Repercusión en las garantías.- El salario que debe ser tenido en cuenta por el FOGASA para el cálculo de sus obligaciones es el salario real, siempre que sea

inferior al duplo del SMI que es el tope actual, pero cuando se trata de contratos a tiempo parcial ese límite se reduce en igual porcentaje que la jornada laboral pactada^[6].

3. Un apunte sobre criterios del TJUE.

A) La STJUE de 31 de marzo de 1981(C-96/80), Jenkins, sienta el criterio de que la igualdad retributiva entre mujeres y hombres (art. 119 TCEE) se aplica directamente a toda forma de discriminación que pueda ser comprobada simplemente por medio de los criterios de igualdad de retribución y de trabajo. Diferente retribución por hora para el trabajo a tiempo parcial y a tiempo completo; corresponde al juez nacional apreciar si es un medio indirecto para reducir la retribución de los trabajadores a tiempo parcial en razón de ser preponderantemente mujeres.

B) La STJUE de 23 octubre de 2003 (C-4/02 y C-5/02), Schönheit y Becker, sobre no discriminación retributiva advierte que en el cálculo de la pensión de jubilación de los funcionarios a tiempo parcial puede existir una discriminación indirecta por razón de sexo, porque la mayoría de ese colectivo es femenina. Requisitos de una eventual justificación por razones objetivas ajenas a toda discriminación basada en el sexo: recortar el gasto no puede justificar la discriminación.

C) La TJUE 5 noviembre 2014, Österreichischer Gewerkschaftsbund («OG») C-476/12, sobre complemento por hijo a cargo establecido en el convenio colectivo para los empleados del sector bancario austriaco. Se explaya el TJUE en la consideración de que estamos ante una retribución a cargo del empresario, y no ante una prestación pública de seguridad social –trayendo aquí a colación la constante jurisprudencia dictada al respecto en el ámbito del principio de igualdad retributiva de hombres y mujeres– para deducir que, «el complemento por hijo a cargo, al formar parte de las ventajas abonadas en metálico al trabajador, es una prestación divisible».

X. Apunte final

La jurisprudencia laboral viene entendiendo que todo complemento retributivo que se abone en metálico debe aplicarse de modo proporcional a quienes trabajan a tiempo parcial. La verdad es que en tales casos sería bueno examinar con detalle las circunstancias; no es lo mismo un trabajo a tiempo parcial de tipo vertical que horizontal para un complemento de transporte, pero puede resultar indiferente si pensamos en una ayuda para estudios de hijo escolarizado. Y ni siquiera en este último caso es seguro, porque inmediatamente hay que advertir sobre la posibilidad de pluriempleo a tiempo parcial, etc. Las dudas se reproducen respecto de otras muchas partidas tanto salariales cuanto extrasalariales.

El valor que tiene la sentencia comentada es que no atiende solo a la cantidad del trabajo prestado, sino a factores circundantes para adoptar la decisión. Se trata de un buen caso para propiciar el debate respecto de complementos de peligrosidad, de responsabilidad, de toxicidad, de especial aislamiento, de insularidad, de residencia en las Ciudades Autónomas, etc.

Referencias:

1. ^ *La STS 390/2022 alberga la misma doctrina que las SSTS-CONT404/2022 de 31 marzo (Ponente, Sr. Fonseca-Herrero Raimundo).*
2. ^ *Sigo en este punto a F. Lousada Arochena, Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia, AAVV, Francis Lefebvre, 2ª edición, pág. 739.*
3. ^ *Actual artículo 12.4.d) ET.*
4. ^ *STS de 22 marzo 2018 (Ponente, Sra. Calvo Ibarlucea).*
5. ^ *STS 13 febrero 2008 (Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga).*

6. [^] SSTS de 20 junio 2017 (RJ 2017, 3089)(Ponente, Sr. López García de la Serrana); 29 noviembre 2017 (RJ 2017, 5651); 23 enero 2018 (RJ 2018, 322); 12 junio 2018 (RJ 2018, 3529); 16 octubre 2019 (RJ 2019, 4799); 22 octubre 2019 (RJ 2019, 4499) y 9 enero 2020 (RJ 2020, 434)(Ponente, Sra. Arastey Sahún).