

## **El TSJCyL condena a la Guardia Civil por discriminar salarialmente a un agente que cogió el permiso de paternidad**

**El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León ha condenado a la Dirección General de la Guardia Civil por discriminar salarialmente a un agente que cogió el permiso de paternidad y lactancia y ha reconocido el derecho de éste a ser tratado conforme a la normativa que se aplica a las mujeres en su misma situación para garantizar así la conciliación de la vida personal y familiar, el principio de corresponsabilidad, y el derecho de la mujer a su propia promoción profesional.**

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso

Sede: Valladolid

Sección: 1

Fecha: 22/07/2020

N.º de Recurso: 798/2019

N.º de Resolución: 857/2020

Procedimiento: Procedimiento ordinario

Ponente: LUIS MIGUEL BLANCO DOMINGUEZ

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN

Sala de lo Contencioso

SENTENCIA

En Valladolid a, veintidós de julio de dos mil veinte.

VISTO por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, el recurso contencioso-administrativo n.º. 798/2019, interpuesto por D. Jesús María, quien actúa en su propio nombre y derecho, siendo parte demandada la Administración del Estado, representada y defendida por sus Servicios Jurídicos, impugnándose la resolución de 3 de mayo de 2019 dictada por la Dirección General de la Guardia Civil que desestima el recurso de alzada por él interpuesto contra la anterior resolución de 5 de febrero de 2019 dictada por el Coronel Jefe del Servicio de Retribuciones, y habiéndose seguido el procedimiento jurisdiccional ordinario previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1.998.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones expresadas en el encabezamiento.

SEGUNDO.- Reclamado el expediente administrativo, y una vez que fue remitido éste, se dio traslado a la parte recurrente para que formulara la demanda, lo que hizo en término legal, efectuando las alegaciones que se expresan en la fundamentación jurídica de esta resolución e interesando en el suplico de la demanda el dictado de una sentencia "por la que estimando en todas sus partes este recurso, se acuerde la nulidad de la resolución administrativa del procedimiento y se reconozca el

derecho del recurrente al abono de la cantidad que le pudiera pertenecer por el complemento de productividad anual del trabajador nocturno de año 2017, más los intereses legales correspondientes".

TERCERO.- La representación procesal de la parte demandada contestó a la demanda, alegando la legalidad del acuerdo recurrido e interesando la desestimación del recurso con imposición de costas.

CUARTO.- Como quiera que ninguna de las partes solicitase el recibimiento del pleito a prueba, se declararon conclusas las actuaciones, señalándose a continuación para votación y fallo del presente recurso el día 22 de julio del año 2020.

Ha sido Ponente de esta sentencia el Magistrado D. Luis Miguel Blanco Domínguez.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre la resolución de 3 de mayo de 2019 dictada por la Dirección General de la Guardia Civil que desestima el recurso de alzada interpuesto por D. Jesús María contra la anterior resolución de 5 de febrero de 2019 dictada por el Coronel Jefe del Servicio de Retribuciones que desestima la solicitud presentada para el abono del complemento de productividad anual.

D. Jesús María es Guardia Civil que presta sus servicios en el Puesto de la Guardia Civil de Frómista (Palencia) y disfrutó el permiso de paternidad, desde el 29 de junio de 2017 hasta el 26 de julio de 2017, y el permiso de lactancia, desde el 19 de octubre de 2017 hasta el 15 de noviembre de 2017, desempeñando durante ese año 53 servicios nocturnos.

Como quiera que no le fuese abonado el complemento de productividad anual, presentó en fecha 3 de diciembre de 2018 la correspondiente solicitud que le fue denegada por las resoluciones que aquí se recurren.

SEGUNDO.- D. Jesús María, actuando en su propio nombre y derecho pretende en este recurso la anulación de la resolución recurrida y que se le reconozca el derecho a percibir el complemento de productividad en los términos que indica en el suplico de su demanda.

En apoyo de tal pretensión alega los siguientes motivos.

En primer lugar, considera que las resoluciones recurridas son contrarias al principio de igualdad, ya que el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, tras la modificación introducida por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación ha venido a equiparar el permiso por nacimiento de hijo, ya lo disfrute la madre biológica o el otro progenitor, por lo que no cabe oponer las previsiones que contiene el artículo 13 de la Orden General n.º 11, de 23 de diciembre de 2014, por el que se determinan los regímenes de Prestación del Servicio y jornada y horario del personal de la Guardia Civil.

En segundo lugar, considera infringido el principio de legalidad porque las resoluciones recurridas no han dado respuesta a las alegaciones formuladas en la petición inicial y en el recurso de alzada interpuesto.

TERCERO.- Alterando el orden de los motivos de impugnación que se exponen en la demanda, debemos comenzar por el que hace referencia a la infracción del principio de legalidad.

En este motivo, la parte actora lo que viene a denunciar es que la resolución administrativa (en particular la que resuelve el recurso de alzada) no está motivada (así lo ha interpretado igualmente la representación procesal de la Administración demandada en su escrito de contestación) porque no se ha

dado respuesta a las concretas alegaciones que hizo, limitándose a citar los preceptos legales de aplicación.

Este motivo que se alega en la demanda no puede ser estimado, ya que la razón por la que la Administración considera que el actor no tiene derecho a percibir el complemento de productividad que reclama es porque no tiene la consideración de trabajador nocturno, de conformidad con la normativa que se cita en las dos resoluciones, tanto la inicial, como con mayor extensión, la desestimatoria del recurso de alzada.

Para la Administración, como el actor no ha realizado el mínimo de servicios nocturnos que exige la Orden General n.º 11, de 23 de diciembre de 2014, por el que se determinan los regímenes de Prestación del Servicio y jornada y horario del personal de la Guardia Civil, que son 58, no cabe abonarle el complemento que reclama, sin que sea de aplicación la previsión específica que se contempla para la mujer.

Por otro lado, los defectos en la motivación -caso de existir- desde luego que no han causado indefensión al actor y prueba de que ha conocido e identificado correctamente la posición de la Administración es tanto el recurso de alzada interpuesto como la propia demanda ( artículo 48.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

CUARTO.- El segundo motivo que se alega se refiere a la cuestión de fondo, esto es, si el actor tiene derecho a percibir el complemento de productividad que reclama.

Con arreglo al apartado C) del artículo 4 del Real Decreto 950/2005, de 29 de julio, de retribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el complemento de productividad "Estará destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad y dedicación extraordinarias no previstas a través del complemento específico, y el interés o iniciativa en el desempeño de los puestos de trabajo, siempre que redunden en mejorar el resultado de estos últimos.

Su cuantía individual se determinará por el Ministerio del Interior, dentro de los créditos que se asignen para esta finalidad, y de acuerdo con las mismas normas establecidas para los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública." Esta definición y caracterización del complemento (que no es objeto de controversia en este pleito) debe ponerse en relación con el artículo 11 de la Orden General número 12, dada en Madrid a 23 de diciembre de 2014, por la que se regulan los incentivos al rendimiento del personal de la Guardia Civil, que se refiere a la modalidad de productividad por objetivos.

El artículo 11.1 de dicha Orden dice: "Este tipo de productividad se estructura en las modalidades O1, O2 y O3".

Y el apartado 3 del mismo artículo dice: "La modalidad por objetivos O2 es la destinada a retribuir el especial rendimiento, la actividad y dedicación en la realización de servicios considerados extraordinarios por la especial entidad de los mismos, por la complejidad de su desarrollo o por la relevancia de los resultados obtenidos a su finalización. También retribuye el rendimiento habitual en la realización de servicios caracterizados por una especial penosidad o por las condiciones extraordinarias en que ha de llevarse a cabo su prestación, así como por la acumulación de cometidos o responsabilidades en el desempeño, vinculados o no directamente a las funciones del puesto de trabajo.

El periodo de devengo de la modalidad O2 podrá ser mensual, trimestral, semestral o anual.

Las cuantías asignadas serán establecidas por el Director General de la Guardia Civil y por el General Jefe de la Agrupación de Tráfico para su personal, que se retribuirá con cargo al programa presupuestario de seguridad vial.

El rendimiento habitual del personal que adquiera la consideración de trabajador nocturno en el año natural, de acuerdo con las condiciones establecidas en la normativa reguladora de los regímenes de prestación del servicio, y la jornada y horario del personal de la Guardia Civil, será retribuido en la modalidad O2, en el periodo de devengo anual a cuyo término haya adquirido tal condición, con un pago único anual de una cuantía equivalente al cien por cien del complemento de destino que corresponde al empleo de Guardia Civil, independientemente de cuál sea el que ostente el perceptor. Para el personal de la Agrupación de Tráfico se retribuirá con cargo al programa presupuestario de seguridad vial.

El personal que preste asistencia letrada a los miembros del Cuerpo por estar designado como letrado sustituto del Abogado del Estado, será retribuido con productividad por objetivos O2 conforme a lo dispuesto en el anexo VII." QUINTO.- La Administración demandada, tanto en las resoluciones recurridas como en la contestación a la demanda, invoca el artículo 13.3 de 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, considerando que allí se establece un régimen especial para el caso de que sea la mujer quien disfrute del permiso, pero no el varón, y como quiera que es una excepción, debe hacerse una interpretación estricta de la norma.

El artículo 13.3 de 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 dice: "3. A los efectos de esta orden general, tendrá la consideración de trabajador nocturno quien realice, al menos, cincuenta y ocho servicios nocturnos en modalidad de prestación de actividad en el periodo de un año natural. Cuando la mujer incluida en el ámbito de aplicación de esta orden disfrute del permiso por parto o se encuentre en situación de embarazo que impida la prestación de servicio, su duración se tendrá proporcionalmente en cuenta para determinar el número de servicios realizados a efectos de alcanzar la consideración establecida en el presente apartado. (...)".

El argumento que emplea la Administración no puede ser atendido por las siguientes razones.

En primer lugar, establece una diferencia de trato en función de quien sea el progenitor que disfrute el permiso que no está justificada (no se da ningún argumento a este respecto) y, además, parece ignorar que los permisos como consecuencia del nacimiento de un hijo los puede disfrutar tanto el hombre como la mujer.

En segundo lugar, el principio de jerarquía normativa obliga a tener en cuenta lo establecido en las leyes que son de aplicación.

A este respecto, el artículo 29.1 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil dice: "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".

Por esa remisión expresa hay que acudir al artículo 49 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, antes de la modificación introducida por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la

ocupación (por ser la aplicable al momento de la solicitud del actor y del dictado de la resolución originaria).

Dicho artículo 49 lleva por rúbrica "Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos" El apartado a) se refiere al "Permiso por parto" y el apartado c) al "Permiso de paternidad por el nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo".

El Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo modificó la denominación de tales permisos (que ahora son "por nacimiento para la madre biológica" y del "progenitor diferente de la madre biológica") y su duración, al equiparar ambos permisos.

Lo que no ha cambiado, sin embargo es la previsión que contiene ese artículo 49 en relación a los permisos, ya sea el de la madre o el del padre, ya que los dos últimos párrafos del apartado c) de dicho artículo dicen: "En los casos previstos en los apartados a), b), y c) el tiempo transcurrido durante el disfrute de estos permisos se computará como de servicio efectivo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos de la funcionaria y, en su caso, del otro progenitor funcionario, durante todo el periodo de duración del permiso, y, en su caso, durante los periodos posteriores al disfrute de este, si de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del periodo de disfrute del permiso.

Los funcionarios que hayan hecho uso del permiso por parto o maternidad, paternidad, adopción guarda con fines de adopción o acogimiento tanto temporal como permanente, tendrán derecho, una vez finalizado el periodo de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo en términos y condiciones que no les resulten menos favorables al disfrute del permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia."

Tras la lectura del artículo 49 resultan las siguientes conclusiones.

La primera es que no hay distinción entre el permiso por nacimiento para la madre, previsto en el apartado a), y el permiso para el otro progenitor, previsto en el apartado c), ya que tanto en un caso como en el otro el tiempo de duración de tales permisos se computa como de servicio efectivo, se garantiza la plenitud de derechos económicos devengados durante el período de su disfrute y también durante los períodos posteriores al mismo, en el caso de que algún concepto retributivo al que se tenga derecho dependa de ese periodo.

La segunda es que el citado precepto garantiza a quienes han disfrutado de uno u otro permiso, sea la madre o el padre, que puedan volver a su puesto de trabajo en las mismas condiciones que las existentes en el momento de su disfrute y con derecho a disfrutar de cualquier mejora que se hubiese establecido.

Por lo tanto, la primera conclusión que obtenemos es que el disfrute del permiso por nacimiento de hijo (tanto lo disfrute la madre como el otro progenitor) no puede causar ningún perjuicio económico.

En consecuencia, la Orden General número 11, dada en Madrid a 23 de diciembre de 2014 no puede establecer "una regulación" que vaya en contra de una disposición general y que a la postre ocasione al varón un perjuicio económico que no experimenta la mujer.

SEXTO.- Por otro lado, el permiso del que disfruta el varón es está al servicio del principio de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres y para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral.

Por lo tanto, no solo es que el disfrute del permiso por nacimiento de hijo no puede comportar ningún perjuicio económico, sino que tampoco, a la vista de cual es su finalidad, cabe diferenciar según que lo disfrute la madre biológica o el otro progenitor.

La equiparación de ambos permisos tiene como finalidad posibilitar la conciliación de la vida personal y familiar, así como el principio de corresponsabilidad, al servicio del derecho de la mujer a su propia promoción profesional.

De ello, a nuestro juicio, resulta que si el progenitor, que no es la madre biológica, experimenta una merma retributiva por el disfrute de los permisos a los que tiene derecho la consecuencia será que no se va a poder cumplir la finalidad de la norma, puesto que se desincentivará su disfrute.

En efecto, en la medida en que el progenitor varón disfruta del permiso, se posibilita que la madre biológica pueda atender las exigencias de su vida laboral, al ser el otro progenitor quien se responsabilice de la atención de los hijos.

Resulta esclarecedora la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Dicha norma, ya hemos dicho que no es de aplicación por razones temporales, pero puesto que no altera el fundamento de los permisos (si acaso lo define con mayor claridad), nos parece de interés fijarnos en esa Exposición de Motivos, que dice: "La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un derecho básico de las personas trabajadoras. El derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres debe suponer la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. El derecho a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres supone, asimismo, su equiparación en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones de tal forma que existan las condiciones necesarias para que su igualdad sea efectiva en el empleo y la ocupación".

Y continúa diciendo: "Es esencial tener presente que, en la relación de trabajo, las personas trabajadoras, mujeres u hombres, tienen derecho a ejercer la corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral, quedando prohibido cualquier trato discriminatorio directo e indirecto por razón de sexo".

De manera más concreta justifica la duración de los permisos de la siguiente manera: "Los artículos 2 y 3 del presente real decreto-ley equiparan, en sus respectivos ámbitos de aplicación, la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores. Esta equiparación responde a la existencia de una clara voluntad y demanda social. Los poderes públicos no pueden desatender esta demanda que, por otro lado, es una exigencia derivada de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución; de los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea; y de los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De esta forma se da un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos. Esta equiparación se lleva a cabo de forma progresiva, en los términos previstos en las disposiciones transitorias del Estatuto de los Trabajadores y del Estatuto Básico del Empleado Público introducidas por este real decreto-ley".

Consiguiendo la pérdida de retribuciones por el disfrute del permiso previsto en el apartado c) del artículo 49 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre supone una lesión del derecho a la igualdad porque introduce una diferencia de trato en las consecuencias del disfrute de un permiso, según que lo disfrute el hombre o la mujer que no está justificada, que va en contra de lo dispuesto en la legislación sobre función pública y que, en última instancia, lesiona el derecho a la conciliación.

Desde luego que no cabe aquí acudir como justificación a la exigencia de que la mujer debe estar más protegida por su propia posición, porque precisamente a esa finalidad debe servir el permiso que nos ocupa y porque en todo caso ésta no sería razón suficiente.

Cabe referirnos en ese punto a la Sentencia de 12 de diciembre de 2019 (C-C450/18) que da respuesta a una cuestión prejudicial sobre complemento de pensión del que disfrutaba la mujer y no el hombre, planteándose la posible lesión del principio de igualdad, descartándose que dicha diferencia de trato estuviese justificada por la especial situación de la mujer, que en general recibe sueldos y prestaciones inferiores a las del hombre.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que si hay lesión del principio de igualdad y dice: "En particular, la circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C366/99, EU:C:2001:648, apartado 56)".

SÉPTIMO.- El segundo motivo de oposición a la demanda que formula la Administración hace referencia al número de servicios nocturnos prestados por el actor.

A este respecto sostiene que, si en un periodo de 12 meses se exigen 58 servicios, en un periodo trabajado de 11 meses (descontando el permiso de paternidad de 4 semanas) los servicios nocturnos prestados serían 53,16.

Y como quiera que el actor ha prestado 53, no llegaría a ese mínimo.

El argumento no llega a entenderse porque no se discute que el actor ha prestado 53 servicios y, por lo tanto, entendemos que sí llegaría a ese mínimo.

En cualquier caso, lo que pretende el actor es percibir el mismo complemento de productividad por servicios que correspondería a la madre biológica que ha disfrutado del permiso por nacimiento de hijo, pretensión que debe ser estimada por las razones expuestas.

En consecuencia, el recurso debe ser estimado, lo que comporta la anulación de la resolución recurrida, así como el reconocimiento del derecho del actor a que se le abone el complemento reclamado en la cuantía que resulte en función de los servicios nocturnos prestados, lo cual se fijará en ejecución de sentencia, como el propio actor interesa, con los intereses legales correspondientes desde que tuvo que ser percibido.

OCTAVO.- De conformidad con el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción y al estimarse el recuso, las costas se imponen a la Administración demandada, al no poder apreciar dudas de hecho o de derecho que justifiquen otro pronunciamiento.

En aplicación del principio de moderación, del que se hacen eco diversas sentencias del Tribunal Supremo, como son las de 19 y 25 de febrero de 2010, en atención a la dificultad del asunto y la labor efectivamente realizada en el procedimiento, se considera que la cantidad máxima a que debe ascender

la tasación de costas a realizar por todos los conceptos, excepto el Impuesto sobre el Valor Añadido, ha de ser la cifra de 1.500 euros.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Primero: Estimar el presente recurso contencioso-administrativo n.º 798/2019 interpuesto por la representación procesal de D. Jesús María contra las resoluciones ya identificadas, que se anulan por su disconformidad con el ordenamiento jurídico.

Segundo: Reconocemos el derecho de D. Jesús María a que se le abone el complemento de productividad que reclama a cuyo pago se condena a la Administración demandada en los términos indicados en el Fundamento de Derecho Quinto de esta sentencia.

Tercero: Las costas de este recurso se imponen a la Administración demandada de conformidad y con los límites indicados en el último Fundamento de Derecho Esta sentencia no es firme y contra ella cabe interponer recurso de casación si concurren los requisitos exigidos en los artículos 86 y siguientes de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que se preparará ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución.

Así por esta sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.