

El TS declara que es discriminatorio establecer una mayor retribución para los funcionarios de policía con más años de edad por la realización de servicios en horario nocturno

Se plantea en el presente recurso si en la configuración de los complementos retributivos, singularmente en el de productividad, y en la determinación de otras condiciones de trabajo -horario, exención de trabajo nocturno-, se pueden establecer previsiones específicas que respondan a la presunción de la mayor carga en la prestación del servicio que sufren los miembros de los cuerpos policiales a partir de una determinada edad, en razón de las especialidades propias del servicio que están llamados a prestar.

Señala el Tribunal que, si bien está dentro de lo razonable y proporcionado una distribución de tareas u organización de la policía que responda a las circunstancias físicas derivadas de la edad, sin embargo, no cabe extraer una justificación razonable ante el hecho de que, realizando el mismo servicio en horario nocturno, los policías mayores de una determinada edad perciban una retribución superior, vía retribución complementaria, a los que no la han alcanzado.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 4

Fecha: 27/09/2022

Nº de Recurso: 6960/2020

Nº de Resolución: 1196/2022

Procedimiento: Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)

Ponente: CELSA PICO LORENZO

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso

SENTENCIA

En Madrid, a 27 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA/6960/2020, interpuesto por Ertzainen Nazional Elkartasuna (E.R.N.E.) Sindicato Independiente de la Policía Vasca, el Gobierno Vasco y Ertzaintzaren Sindikatu Abertzale Nazional (E.S.A.N.), representados respectivamente por los procuradores doña Sara Gutiérrez Lorenzo, don Felipe Segundo Juanas Blanco y don Marcos Juan Calleja García, contra la sentencia de 21 de mayo de 2020, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que estimó en parte el recurso contencioso administrativo nº 10/2019, deducido por el Sindicato Profesional de la Ertzaintza (SIPE) contra el Decreto 167/2018, de 20 de noviembre, del Departamento de Seguridad, publicado en el B.O.P.V. núm. 226, de 23 de noviembre de 2018, de segunda modificación del Decreto por el que se aprueba el acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza -ARCTE- para los años 2011, 2012 y 2013 y su Corrección de errores (BOPPV núm. 236, de 10/11).

Ha sido parte recurrida el Sindicato Profesional de la Ertzaintza, representado por la procuradora de los tribunales doña Irene Jiménez Echevarria.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ordinario número 10/2019, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia el 21 de mayo de 2020, cuyo fallo dice literalmente:

"Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por SINDICATO PROFESIONAL DE LA ERTZAINZA SIPE contra el Acuerdo 167/2018 de 20/11/2018 del Departamento de Seguridad Publicado en el B.O.P.V. 226 de 23/11/2018 de segunda modificación del Decreto por el que se aprueba el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza para los años 2011,2012 y 2013 y su Corrección de errores (BOPPV nº 236, de 10/11) y que, en consecuencia, declaramos la nulidad de pleno derecho de lo recogido en los apartados 2º y 3º del Art. 60 del ARCTE , modificados por los puntos 4º y 5º y la nulidad de pleno derecho de lo recogido de los Artículos 75,76 y 77 del ARCTE, modificados por los puntos 9º,10º, y 12º, ambos del Artículo Único del Decreto de segunda modificación del Decreto por el que se aprueba el ARCTE, sin hacer imposición de costas."

La sentencia fue rectificada por auto de 24 de junio de 2020, cuya parte dispositiva dice literalmente.

"1. SE ACUERDA rectificar la sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 21/5/2020 en el sentido de que en su Encabezamiento, Antecedente de Hecho Primero y Segundo, Fundamentos de Derecho Primero, Sexto y Séptimo y Fallo donde dice: el "Acuerdo 167/2018..." debe decir el "Decreto 167/2018...""

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia prepararon las representaciones procesales de Ertzainen Nazional Elkartasuna, el Gobierno Vasco y Ertzaintzaren Sindikatu Abertzale Nazional, recurso de casación, que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, tuvo por preparado mediante auto de 6 de octubre de 2020 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo, dictó auto el 27 de enero de 2022, cuya parte dispositiva dice literalmente:

" Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por las respectivas representaciones procesales del Gobierno Vasco, ER.N.E. y ESAN contra la sentencia de 21 de mayo de 2020, dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sección Tercera, en el recurso contencioso-administrativo 10/2019.

Segundo. Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

si en la configuración de los complementos retributivos, singularmente en el de productividad, y en la determinación de otras condiciones de trabajo (horario, exención de trabajo nocturno), se pueden establecer previsiones específicas que respondan a la presunción de la mayor carga en la prestación del servicio que sufren los miembros de los cuerpos policiales a partir de una determinada edad, en razón, justamente, de las especialidades propias del servicio que están llamados a prestar.

Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación: los artículos 14 y 28 de la CE, en relación con los artículos 2 y 6 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de

27 de noviembre de 2000, y concordantes del EBEP, ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras cuestiones o normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

Cuarto. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto. Comunicar inmediatamente al órgano jurisdiccional de instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto. Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto."

CUARTO.- Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 4 de febrero de 2022, se concedió a las partes recurrentes un plazo de treinta días para presentar los escritos de interposición, lo que efectuó la representación procesal de Ertzainen Nazional Elkartasuna (E.R.N.E.) Sindicato Independiente de la Policía Vasca, por escrito de 14 de marzo de 2022, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó suplicando se dicte sentencia, por la que, casando y anulando la sentencia recurrida se estime plenamente el recurso en los términos interesados.

La Letrada del Gobierno Vasco por escrito de 15 de marzo de 2022 interpone su recurso, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPLICO:

"case la sentencia, la revoque y, en su virtud, entrando a conocer el recurso contencioso-administrativo lo desestime íntegramente y declare conforme a Derecho los apartados 2º y 3º del Art. 60 del ARCTE y los artículos 75,76 y 77 del ARCTE."

La representación procesal de Ertzaintzaren Sindikatu Abertzale Nazional (E.S.A.N.) interpone recurso de casación por escrito de 21 de marzo de 2022, en el que tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportuno, lo concluyó suplicando:

"estime íntegramente el recurso de casación, anule la sentencia recurrida, la revoque y, entrando a conocer el recurso contencioso-administrativo lo desestime íntegramente y declare conforme a Derecho los apartados 2º y 3º del Art. 60 del ARCTE y los artículos 75,76 y 77 del ARCTE."

QUINTO.- Por providencia de 31 de marzo de 2022, se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, se opusiera al recurso, lo que efectuó la representación procesal del Sindicato Profesional de la Ertzaintza en escrito de 18 de mayo de 2022, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, terminó suplicando se dicte sentencia declarando no haber lugar al recurso, confirmando en todos sus extremos la sentencia recurrida con imposición de costas a los recurrentes.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por providencia de 22 de junio de 2022 se señaló este recurso para votación y fallo el día 20 de septiembre de 2022, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del recuso y sentencia de instancia.

Las respectivas representaciones procesales del Gobierno Vasco, de Ertzainen Nazional Elkartasuna (E.R.N.E.) y de Ertzaintzaren Sindikatu Abertzale Nazional (E.S.A.N.), interponen recurso de casación contra la sentencia estimatoria parcial de 21 de mayo de 2020, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sección Tercera, en el recurso contencioso-administrativo 10/2019 deducido por el Sindicato Profesional de la Ertzaintza (SIPE)

contra el Decreto 167/2018, de 20 de noviembre, del Departamento de Seguridad, de segunda modificación del Decreto por el que se aprueba el acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza -ARCTE- para los años 2011, 2012 y 2013 y su Corrección de errores.

La sentencia (completa en Cendoj Roj. STSJ PV 2710/2020 - ECLI.ES.TSJPV.2020.2710) identifica en el PRIMER FUNDAMENTO lo impugnado de la disposición recurrida:

"1. La Nulidad de Pleno Derecho , conforme al artículo 47.1a) de la LPAC , por vulneración del Principio de Igualdad contemplado en el artículo 14 de la CE , al discriminar a los funcionarios de la Ertzaintza pertenecientes a las Unidades de Protección Ciudadana e Investigación de Guardia, que realizan su trabajo en régimen horario de turnos y cumplen con los requisitos exigidos para la percepción del complemento de productividad de absentismo, recogido en los apartados 2º y 3º del artículo 60 del ARCTE , modificados por los puntos 4º y 5º del artículo único del Decreto de segunda modificación del Decreto por el que se aprueba el ARCTE.

2. La Nulidad de Pleno Derecho , conforme al artículo 47.2 de la LPAC de los artículos 71 a 82 del ARCTE , por la que se establece en el Título VIII, "Medidas para hacer efectiva la protección del personal de la Ertzaintza por razones de edad o menoscabo funcional", al vulnerar la reserva de ley establecida en la LPPV para regular esta materia, y vulnerar la jerarquía normativa establecida en el artículo 9.3 de la CE, modificados por los puntos 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º y 12º del artículo único del Decreto de segunda modificación del Decreto por el que se aprueba el ARCTE.

3. La Nulidad de Pleno , conforme al artículo 47.1.a) de la LPAC , por vulneración del Principio de Igualdad contemplado en el artículo 14 CE , del complemento de productividad por nocturnidad contemplado en los artículos 75, 76 y 77 del ARCTE , según la redacción dada en los puntos 9º, 10º y 12º del artículo único del Decreto de segunda modificación del Decreto por el que se aprueba el ARCTE, al contemplar medidas retributivas discriminatorias para los funcionarios menores de 55 años que realizan el servicio nocturno por un complemento menor prestando idóneo servicio que los mayores de 55 años, no existiendo causa ni motivación objetiva para la existencia de esta diferencia.

4. La Nulidad de Pleno Derecho , conforme al artículo 47.1.g) de la LPAC , al vulnerarse lo contemplado en el artículo 21.3 de la Ley 5/2017, de 22 de diciembre , por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2018, según los Informes de la Dirección de Relaciones Laborales y de la Oficina de Control Económico del Departamento de Hacienda y Economía.

5. Subsidiariamente, la Anulabilidad de los artículos citados en las solicitudes de Nulidad de Pleno Derecho citadas en los ordinales anteriores, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la LPAC, al darse desviación de poder, tal y como se ha indicado en el cuerpo del escrito."

Rechaza en el SEGUNDO la excepción procesal opuesta por el sindicato Ertzaintzaren Sindikatu Abertzale Nazional.

En el TERCERO examina la causa invocada en tercer lugar, falta de previsión presupuestaria, a la que muestra su oposición no solo la Administración demandada, sino también los sindicatos personados como codemandados. Razona que, al no haber presupuestos para el ejercicio 2019 de la Comunidad Autónoma del País Vasco y prorrogarse los de 2018, no ha habido incumplimiento de informe preceptivo alguno, artículo 21 Ley 5/2017, de 22 de diciembre, de presupuestos para el ejercicio 2018.

En el CUARTO rechaza la vulneración del principio de igualdad en el complemento de productividad por absentismo, ya que:

"no aparece claramente especificado cual es el término idóneo de comparación. Hace referencia a diferentes. Es necesario un conjunto de factores para observar si se está ante una situación

comparable entre ellos. -La naturaleza del trabajo, - las condiciones de formación y - las condiciones laborales."

En el QUINTO plasma la doctrina del Tribunal Supremo sobre la posibilidad genérica de establecer distinciones entre los distintos puestos de trabajo mientras en el SEXTO señala que se ha de valorar cuales funcionarios perciben el complemento de productividad por absentismo, artículo 60, apartados 2º y 3º del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza, modificados por los puntos 4º y 5º del Artículo Único del Decreto de Segunda Modificación del Decreto por el cual se aprueba el acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza.

Destaca:

"que dentro de los funcionarios que se hallan en la misma franja de absentismo los únicos que no lo perciben son los pertenecientes a la Protección Ciudadana e Investigación de Guardia, que trabajan en régimen de horario a turnos, conforme a los Arts. 19.a) y 20 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza. Y que los otros, así el personal perteneciente a las escalas superior y ejecutiva y los que trabajan con horario, normalizado (secciones administrativas) por jornada partida (Policía Científica), o flexible (investigación) o a turnos (brigada Móvil), si lo perciben.

Y todo ello debe ser valorado juntamente con la no existencia de una causa que justifique la diferencia entre los funcionarios de la Ertzaintza pertenecientes a las Unidades de Protección Ciudadana y de Investigación requisitos exigidos para la percepción del complemento de productividad por absentismo. Y es que se está ante una situación idéntica, pero, con un trato diferente, sin justificación objetiva alguna.

Y por lo que se ha de concluir que, no constando en el informe citado referencia alguna a dicha singularidad, las condiciones particulares de los puestos de trabajo sujetos a comparación, no se erigen en factor decisivo que justifique la diferencia retributiva existente.

Por consiguiente se constata la inexistencia de diferencias en las atribuciones funcionales y condiciones particulares de los distintos puestos, por lo que hemos de rechazar la legitimidad de la diferencia de trato, pues, en ese supuesto no existe fundamento objetivo y razonable para la disparidad y debe apreciarse la vulneración del principio de igualdad, debiendo estimar la pretensión actora de nulidad de pleno derecho conforme al Art. 47 .1.a) de la LPAC de los apartados 2º y 3º del Art. 60 del ARCTE, modificados por los puntos 4º y 5º del Artículo Único del Acuerdo 167/2018 de 20/11/2018 del personal de la Ertzaintza para los años 2011,2012 Y 2013".

En el SÉPTIMO rechaza el segundo motivo del recurso al no estarse en situación de segunda actividad de un Ertzaina con el servicio activo modulado (SAM).

En el OCTAVO enjuicia los artículos 75, 76 y 77 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza, modificados por los puntos 9º, 10º, y 12º, ambos del artículo único del Decreto de segunda modificación del Decreto por el que se aprueba el acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza.

En el NOVENO reproduce la sentencia 70/2019 de 6 de diciembre de 2019, recurso apelación 135/2018 que, expresa:

"16. SEGUNDO: La solicitud del recurrente carece de amparo en el artículo 74.1.a) ARCT.

17. El recurrente en la instancia, Agente de la Ertzaintza con destino en la Comisaría de Zumarraga, que tiene reconocido el servicio activo modulado por razón de edad, solicitó con fundamento en el artículo 74.1.a) ARCT el desempeño de sus funciones de seguridad en la Comisaría de Zumarraga con preferencia respecto del agente NUM000 que también tiene reconocido el servicio activo modulado pero por limitación funcional.

18. La Administración denegó dicha solicitud razonando, en esencia, que dicho precepto del ARCT no le confiere preferencia para el desarrollo de las funciones de seguridad ni para elegir el centro de trabajo.

19. El artículo 74.1 ARCT dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 74. ASIGNACIÓN DE FUNCIONES Y TAREAS A DESEMPEÑAR Este precepto tiene una versión posterior dada por Art. único.8 de D País Vasco 167/2018 de 20 noviembre de 2018, con vigencia desde 01-01-2019 Este precepto tiene una versión posterior dada por Art. único.7 de D País Vasco 167/2018 de 20 noviembre de 2018, con vigencia desde 01-01-2019.

1.¿ (sic) Personal destinado en Comisarías de Seguridad Ciudadana y Secciones de Miñones, Forales y Mikeletes, Unidades Territoriales de Tráfico y en las demarcaciones locales y comarcales de la Unidad de Investigación Criminal de Guardia.

a) El personal funcionario de la Ertzaintza al que se reconozca la modulación del desempeño del servicio activo por motivo de la edad se mantendrá en la situación administrativa de servicio activo, si bien, tendrá preferencia para el desempeño de las funciones de naturaleza administrativa y las demás que se establezcan, respecto del personal en situación de servicio activo de la Ertzaintza existentes en su ámbito en el centro de trabajo, siempre que se tuviera la capacitación requerida para su realización.

En el supuesto de que no fuera posible realizar esta asignación a la totalidad de los miembros del grupo que tuvieran reconocida esta condición, será llevada a cabo ésta por orden de mayor a menor edad, habiendo de ser realizadas por el resto las funciones ordinarias que le sean encomendadas. No obstante, este personal no tomará parte en los operativos planificados y en la cobertura de eventos en que se prevea la posibilidad de alteraciones del orden público.> >

20. Lo que dicho precepto establece es la prioridad que se reconoce al personal que tenga reconocido en el SAM para el desempeño de funciones de naturaleza administrativa y de "las demás que se establezcan" respecto del personal en situación de servicio activo. No establece una preferencia para el desarrollo de las funciones de seguridad propias de la categoría de Agente, ni una preferencia para elegir un concreto centro de trabajo en el que desarrollar tales funciones.

21. Por lo demás, que establece una preferencia por razón de edad entre los funcionarios con SAM por razón de edad para ocupar funciones de naturaleza administrativa y otras equivalentes que se establezcan, sobre las que nada se ha alegado, pero ni dicho precepto ni otro del ARCT regulan la prioridad entre agentes con SAM por razón de edad y agentes con modulación de desempeño del servicio activo por motivo de menoscabo funcional regulado por los artículos 79 y siguientes "

"Y del examen del contenido de los Artículos 75,76 y 77 del ARCTE, modificados por los puntos 9º, 10º, y 12º del Artículo Único del Decreto de segunda modificación del Decreto por el que se aprueba el ARCTE, a cuyo tenor literal efectuamos remisión se comprueba en su conjunto que el importe del complemento de productividad por nocturnidad se diferencia no tanto por la edad, que se presenta como distinción para su diferenciación del importe, en protección de la salud, "menoscabo funcional", ya que se les abona cantidad superior a los que alcanzan la edad de 55 años, por otras razones o causas diferentes, y no por lo mencionado, y en consecuencia, se da una clara vulneración del principio de igualdad, ya que los funcionarios policiales, que realicen el servicio nocturno y sean menores de 55 años no perciben la cantidad de 49€ como complemento de productividad por nocturnos como lo perciben los que tengan o superen los 55 años y, se comprometan de seguido un tiempo".

Y por ello estima la nulidad de los artículos 75, 76 y 77 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza, modificados por los puntos 9º, 10º, y 12º, ambos del artículo

único del Decreto de segunda modificación del Decreto por el que se aprueba el acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza.

SEGUNDO. La cuestión de interés casacional en el auto de 27 de enero de 2022 .

Pregunta si en la configuración de los complementos retributivos, singularmente en el de productividad, y en la determinación de otras condiciones de trabajo (horario, exención de trabajo nocturno), se pueden establecer previsiones específicas que respondan a la presunción de la mayor carga en la prestación del servicio que sufren los miembros de los cuerpos policiales a partir de una determinada edad, en razón, justamente, de las especialidades propias del servicio que están llamados a prestar.

Identifica como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación: los artículos 14 y 28 de la CE, en relación con los artículos 2 y 6 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, y concordantes 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, ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras cuestiones o normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

TERCERO.- Los recursos de casación del Gobierno Vasco, de Ertzainen Nazional Elkartasuna y de Ertzaintzaren Sindikatu Abertzale Nazional.

1. - De la Letrada del Servicio Central del Gobierno Vasco.

Considera vulnerados el artículo 14 de la CE, en relación con los artículos 24.c), 31 y 37.L, b) y m) del Texto Refundido de la Ley de Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre .

Defiende que la conclusión a la que llega la sentencia no se compadece con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, 59/2008, de 4 de mayo.

El complemento de productividad a las " condiciones particulares de los distintos puestos", versa sobre dos retribuciones complementarias (complementos de productividad), que son fruto de la negociación colectiva en materia retributiva de los funcionarios públicos (artículo 31 y 37-1. b) 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), y que pretenden retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que se desempeñen los puestos de trabajo.

Los apartados 2º y 3º del artículo 60 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza contemplan el llamado coloquialmente complemento de productividad por absentismo y deriva de la relevante modificación que ha tenido el régimen horario de la Unidad de la Brigada Móvil y que se contiene en la nueva redacción del artículo 24 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza, pues se ha pasado de los ciclos de 16 semanas (con semanas de Trabajo, Entrenamiento, Standby, Libre, Vacaciones y Retén), a las semanas de jornada planificada de trabajo y jornada libre de servicio, de lunes a domingo, incluyéndose las actividades de entrenamiento dentro de las jornadas de trabajo.

Aquí el complemento de productividad que se discute retribuye las especiales circunstancias en que se presta el servicio, puesto que en la Brigada Móvil el servicio se presta de modo diferente a otras unidades donde hay un sistema de turnos, entendiéndose por tal el que se define en el artículo 20 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza y anexo III, y donde sus intervenciones no tienen la misma repercusión en la prestación del servicio.

Por su parte, los artículos 75, 76 y 77 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza, contemplan el complemento de productividad por nocturnidad para el caso de que el personal que puede acogerse a la exención del horario nocturno decidiera continuar prestando

servicios en dicho horario nocturno, porque se considera, por un lado, que es más gravosa la prestación del servicio nocturno cuanto

más años se tiene y, por otro, porque a la Administración le interesa también tener asegurada la prestación del servicio nocturno sin tener que andar haciendo cambios en los diferentes turnos.

En suma, la sentencia impugnada analiza los complementos como si fueran complementos específicos.

Insiste en que no hay término de comparación idéntico por lo que se aparta de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2010 (recurso de casación 4314/2017) que examinó los complementos de productividad de determinadas Unidades de la Ertzaintza.

Defiende que si no hay uniformidad en los regímenes horarios de las diferentes Unidades de la Ertzaintza, ni en las tareas que se prestan, es plenamente aceptable que no haya uniformidad en los complementos de productividad que se establecen, sin que ello suponga una lesión del principio de igualdad.

Recalca que los agentes de las Unidades de Protección Ciudadana perciben el complemento de productividad previsto en el artículo 60.1 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza, así como las compensaciones por trabajo efectivo que se prevén en el artículo 20.8 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza, por lo que, en atención a las peculiaridades del servicio a prestar, como del horario a cumplir, pueden las partes legitimadas para ello (Administración y sindicatos) establecer los complementos de productividad que estimen oportunos, dentro claro está, del respeto al ordenamiento jurídico, como aquí ha acontecido.

Afirma que no existe discriminación o lesión alguna del principio de igualdad, pues todos los agentes de la Ertzaintza que lleguen a esa edad tendrán derecho a la reducción de la jornada anual, previsión que suele ser habitual en muchos Acuerdos reguladores de condiciones de trabajo del personal funcionario y de Convenios colectivos de empleados públicos y que forma parte de lo constituye materia de negociación en la normativa básica de función pública, de conformidad con lo previsto en el artículo 37.1, letras b) y m), 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.

En segundo lugar, constata que el acuerdo no trata igual a quienes habiéndose incorporado al SAM se comprometen a prestar servicio en horario nocturno todos los años hasta la jubilación, frente a quienes prefieren ejercer esa opción año a año, pero este tratamiento diferente es comprensible, en tanto que la primera de las opciones es una garantía de la prestación efectiva del servicio en horario nocturno, sin que la Administración tenga que estar esperando cada año si va a disponer de más o menos personal para cubrir los citados horarios.

Asimismo, tampoco existe la desigualdad que sostiene la contraparte cuando afirma que por la prestación del servicio nocturno un agente de menos de 55 años percibirá 22,83 euros en concepto de complemento de productividad y un agente de 56 años, 49 euros, porque el trato diferenciado afecta a funcionarios que no forman parte de una única y misma categoría (uno son agentes acogidos al SAM y otros agentes no acogidos al SAM).

Lo que se pretende, mediante la incentivación económica por medio del complemento de productividad, es retribuir la iniciativa y el esfuerzo que supone para el funcionario de determinada edad su desempeño, así como garantizar una adecuada prestación del servicio en horario nocturno con suficiencia de efectivos, justificando aquel incentivo en el mayor gravamen que implica el servicio en horario nocturno a partir de una determinada edad, por el previsible menoscabo funcional anudado a dicha circunstancia.

2.- De Ertzaintzaren Sindikatu Abertzale Nazional (E.S.A.N.).

Invoca infracción del artículo 14 CE y los artículos 2 y 6 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, así como la jurisprudencia que los viene interpretando la LJCA.

Alega que la sentencia impugnada declara nulo de pleno Derecho lo recogido en los apartados 2º y 3º del artículo 60 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza, modificados por los puntos 4º y 5º.

Una simple comparación entre un precepto y otro concluye que la única modificación es la supresión de "el personal que preste servicios en la Brigada de Refuerzo, en el régimen horario específico establecido para modificación del mismo".

Tal exclusión se debió a una modificación en la estructura de la Ertzaintza. La Brigada de Refuerzo se creó en el año 2000, siendo posteriormente suprimida, al integrarse en la unidad de Brigada Móvil, por lo que la modificación es perfectamente justificable.

Una simple comparación entre un precepto y otro concluye que la única modificación es la inclusión en el párrafo 3º de "y el personal que preste servicios en el régimen horario de Brigada Móvil".

Ambos apartados contemplan el llamado complemento de productividad por absentismo.

A tenor de lo señalado en la sentencia uno de los términos de comparación, el que parece sufrir la discriminación alegada, son los funcionarios pertenecientes a la Protección Ciudadana e Investigación de Guardia de la Ertzaintza. Y en el otro extremo de la comparación: el personal perteneciente a las escalas superior y ejecutiva y los que trabajan con horario normalizado (secciones administrativas), por jornada partida (Policía Científica), o flexible (investigación) o a turnos (brigada Móvil).

Adelanta que esos términos no son comparables. El juicio de igualdad solo puede realizarse sobre la comparación entre situaciones que puedan considerarse iguales (véanse las sentencias de 11 de mayo de 1999 [TJCE 1999, 101], Angestelltenbetriebstrat der Wiener Gebietskrankenkasse, C-309/97, Rec. p. I-2865, apartado 17, y Brunnhofer [TJCE 2001, 178], apartado 43).

Respecto a los funcionarios de la Ertzaintza que trabajan con horario normalizado (secciones administrativas), por jornada partida (Policía Científica), o flexible (investigación), los términos de comparación no son válidos con relación de la Unidad de la Protección Ciudadana e Investigación de Guardia. Y ello porque no estamos ante Unidades de la Ertzaintza que tengan horarios idénticos, ni desarrollen las mismas funciones.

En conclusión, como no hay igualdad en los regímenes horarios ni en las funciones que desarrollan ni siquiera los requisitos exigidos para desempeñarlas entre las distintas unidades aludidas, está plenamente justificado el distinto tratamiento para cada una de ellas del complemento de productividad.

Finalmente, y con relación a la Brigada Móvil, unidad en la que parece centrarse la parte actora en su demanda, tampoco son comparables. Se centra la actora en que ambas unidades tiene el mismo horario, y se basa en ello para justificar la discriminación que alega.

Sin embargo, en la Brigada Móvil el servicio se presta de modo diferente a otras unidades donde hay un sistema de turnos, entendiéndose por tal el que se define en el artículo 20 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza y anexo III, y donde sus intervenciones no tienen la misma repercusión en la prestación del servicio.

Las especiales características de las funciones de la Unidad de la Brigada Móvil (Orden de 20 de noviembre de 2013, de la Consejera de Seguridad, por la que se aprueba la estructura de la Ertzaintza, BOPV 9-12-2013) requieren el establecimiento de un régimen horario específico, que nada tiene que

ver con las cadencias en el régimen de horario de turnos de las Unidades de Seguridad Ciudadana - véase el Anexo III del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza-. Y así se ha pasado de los ciclos de 16 semanas (con semanas de trabajo, entrenamiento, standby, libre, vacaciones y retén) a las semanas de jornada planificada de trabajo y jornada libre de servicio, de lunes a domingo incluyendo las actividades de entrenamiento dentro de las jornadas de trabajo.

Por tanto, no estamos ante Unidades de la Ertzaintza que tengan horarios idénticos ni desarrollen las mismas funciones, (aunque en ambos casos, se trate de horarios de turnos, no tienen nada que ver las cedencias (sic) en el régimen de horario de turnos de las Unidades de Seguridad Ciudadana con el horario de turnos de la Brigada Móvil.

Adiciona infracción del artículo 120.3 de la Constitución y de la jurisprudencia que lo interpreta.

La sentencia declaro nula dicha modificación amparándose en la vulneración del principio de igualdad, sin embargo, a lo largo de toda la sentencia no hay argumentación alguna que demuestre la discriminación cometida en dicho párrafo que justifique su nulidad de pleno Derecho, sobre todo si toda la argumentación jurídica contenida en la sentencia trata sobre la vulneración del principio de igualdad retributiva.

Infracción del artículo 14 de la Constitución en relación con el artículo 89 del Decreto Legislativo 1/2020, de 22 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Policía del País Vasco y de la jurisprudencia que los interpreta.

A partir de los 55 años se da la posibilidad al agente de la Ertzaintza de realizar o no trabajo nocturno (artículo

76.2 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza), posibilidad que se reconoce a todos los agentes de la Ertzaintza que lleguen a esa edad.

De acuerdo con el artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y

razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.

Dichas diferencias de trato podrán incluir, según dicho artículo, el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo.

Ahora bien, el personal que se acoja al SAM y decida no prestar servicios en turno de noche, percibirá, en cualquier caso, el importe del complemento de productividad por trabajo del turno de noche que tenía asignado en el artículo 20.8 acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza, 22,83 euros (artículo 76.1 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza). Pero el personal que pudiendo acogerse a esa medida decidiera prestar servicios en turno de noche, y dependiendo de en qué circunstancias lo preste, podrá percibir 35 euros por cada noche o 49 euros (estas cuantías derivan de la nueva regulación del artículo 76, apartados 2, 3, 4 y 5). Entendemos que con esa regulación no se ha producido una vulneración del principio de igualdad retributiva.

3.- De Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E) Sindicato Independiente de la Policía Autónoma del País Vasco. Realizan argumentos similares a las otras partes recurrentes.

CUARTO.- La oposición de la parte recurrida Sindicato Profesional de la Ertzaintza.

Rechaza que se lesione por la sentencia el artículo 14 de la Constitución. Tampoco acepta el resto de argumentos de las recurrentes.

QUINTO.- La posición de la Sala: desestimación del recurso por existencia de discriminación por razón de la edad.

Del examen de la cuestión de interés casacional engarzado con la sentencia y con la argumentación de las partes recurrentes se concluye que debemos resolver si los preceptos del Decreto anulado por el que se aprueba el acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza para los años 2011, 2012 y 2013 son o no discriminatorios por razón de la edad.

El hecho de que no hubiere sido impugnado en su redacción originaria no conlleva la imposibilidad de su impugnación al ser modificado.

La cuestión del llamado "edadismo" o discriminación por edad afecta generalmente a las personas de más edad o a las más jóvenes. Suele entenderse que se produce cuando la edad se utiliza para categorizar y dividir a las personas provocando desventajas pudiendo adoptar múltiples formas de discriminación entre las que se cuenta la retributiva.

Conviene partir de que la razonabilidad y proporcionalidad del tratamiento diferenciado constituye la clave de la viabilidad o no de una regulación para concluir si se ha producido o no una discriminación por razón de edad.

Entra dentro de lo razonable y proporcionado una distribución de tareas u organización de la policía que responda a las circunstancias físicas derivadas de la edad, esto es las funciones de naturaleza administrativa y demás que se establezcan a que se refiere el artículo 74 del acuerdo objeto de controversia.

Recordemos que el fundamento 43 de la sentencia Wolf, asunto 229/08 de 12 de enero de 2010 del Tribunal de Justicia nos dijo:

"A este respecto, como acaba de indicarse, las tareas de extinción de incendios y salvamento de personas, que incumben al servicio técnico medio de bomberos, únicamente pueden llevarse a cabo por los funcionarios más jóvenes. Los funcionarios de más de 45 o de 50 años realizan otras tareas. A fin de garantizar el funcionamiento eficaz del servicio técnico medio de bomberos, puede considerarse necesario que la mayoría de los funcionarios de dicho servicio sea capaz de cumplir las tareas exigentes desde un punto de vista físico y que, por lo tanto, tengan menos de 45 o de 50 años. Además, el destino de los funcionarios de más de 45 o 50 años a tareas menos exigentes desde un punto de vista físico exige que éstos sean sustituidos por funcionarios jóvenes."

Sin embargo, en el caso enjuiciado por la Sala de Bilbao no cabe extraer una justificación razonable ante el hecho de que, realizando el mismo servicio en horario nocturno, los policías mayores de una determina edad perciban una retribución superior, vía retribución complementaria, a los que no la han alcanzado. No se ha acreditado que la penosidad del horario nocturno del personal de la Ertzaintza fuera diferente en una u otra franja de edad para encajar en el llamado "menoscabo funcional".

SEXTO.- La respuesta a la cuestión de interés casacional.

Si bien entra dentro de lo razonable y proporcionado una distribución de tareas u organización de la policía que responda a las circunstancias físicas derivadas de la edad, constituye discriminación el establecimiento de una mayor retribución por la realización de servicios en horario nocturno por los funcionarios con más años de edad.

SEPTIMO.- Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, en relación con el artículo 93 LJCA, en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- No ha lugar al recurso de casación interpuesto por las representaciones procesales de Ertzainen Nazional Elkartasuna (E.R.N.E.) Sindicato Independiente de la Policía Vasca, el Gobierno Vasco y Ertzaintzaren Sindikatu Abertzale Nazional (E.S.A.N.), contra la sentencia de 21 de mayo de 2020, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso contencioso administrativo nº 10/2019.

SEGUNDO.- Fijar como doctrina casacional la reflejada en el penúltimo fundamento de Derecho
TERCERO.- En cuanto a las costas estar a los términos señalados en el último fundamento de Derecho. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.