



XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 OURENSE

SENTENCIA: 00010/2021

-

Modelo: N11600
RUA VELAZQUEZ S/N
Teléfono: 988687162/61/64 **Fax:** 988687165
Correo electrónico:
Equipo/usuario: M
N.I.G: 32054 45 3 2020 0000164
Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000079 /2020 /E
Sobre: ADMON. AUTONOMICA
De D/D^a:
Abogado: JOSE NIVARDO CID LOPEZ
Procurador D./D^a:
Contra D./D^a DIRECCION XERAL DE RECURSOS HUMANOS DO SERGAS
Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD
Procurador D./D^a

SENTENCIA

En Ourense, a 11 de enero de 2021

Vistos por D. José Andrés Verdeja Melero, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Ourense, el recurso contencioso-administrativo seguido por Procedimiento abreviado n.º 79/20, instados por D. [REDACTED] defendido por el Letrado Sr. Cid López, siendo parte demandada el Servicio Gallego de Salud, defendido por la Letrada Sra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por D. Javier Juan Centeno García se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la GERENCIA DEL AREA SANITARIA DE OURENSE, VERÍN E O BARCO DE VALDEORRAS DEL SERVICIO GALEGO DE SAUDE, de fecha 27 de noviembre de 2019, que desestimó la reclamación sobre abono del complemento de atención continuada durante permiso de paternidad y lactancia.



Se alega en la demanda que el actor trabaja para el Servicio Gallego de Salud con la categoría profesional de médico especialista de área, especialidad anestesia y reanimación, con centro de trabajo en el Complejo Hospitalario Universitario de Ourense adscrito al Servicio , y que el mismo no pudo realizar guardias desde el 28-4-2017 al 25-5-2017 por estar disfrutando de permiso de paternidad.

Sin embargo, durante esos periodos no se le abonaron las cantidades correspondientes al prorrateo de guardias, lo que considera contrario a Derecho, en cuanto que debe garantizarse la indemnidad retributiva del actor y el percibo de las guardias forma parte de su retribución ordinaria.

Por ello se solicita que se dicte sentencia en la que estimando la demanda declare la nulidad de la resolución recurrida por no ser conforme a derecho condenando al Servicio Galego de Saude a abonar al actor el complemento de atención continuada correspondiente al período de disfrute del permiso de paternidad indicado en cuantía del promedio mensual en computo anual percibido por dicho concepto durante el año anterior a dicha situación de paternidad, legales y costas.

SEGUNDO.- Conferido traslado del recurso a la Administración demandada, una vez tramitado conforme al artículo 78 de la L.J.C.A., se señaló para la vista el día 16 de diciembre de 2020. A la misma comparecieron todas las partes citadas, ratificándose la actora en su pretensión y oponiéndose la Administración demandada, con base en los argumentos que constan en la grabación de la vista.

TERCERO.- Practicada la prueba que, previa declaración de pertinencia, fue propuesta por las partes y formuladas las conclusiones correspondientes, quedaron las actuaciones vistas para dictar Sentencia.

Previa audiencia de las partes, la cuantía del procedimiento fue fijada en indeterminada pero inferior a 30000 euros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como en tantos otros casos semejantes, en los que ya ha habido un pronunciamiento de uno de los juzgados de esta ciudad sobre la misma cuestión, salvo que se aprecien razones que obliguen a adoptar una solución diferente, se ha





optado por reiterar lo ya resuelto, a fin de evitar soluciones contradictorias y asegurar así una unidad de doctrina y que casos idénticos puedan llegar a recibir soluciones distintas.

Por ello, debe reproducirse ahora los acertados argumentos establecidos por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número Uno en su reciente sentencia de 19 de febrero de 2018, la cual es firme, y que dice lo siguiente: <<(…) Mediante Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo se instauraron una serie de principios y obligaciones para garantizar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el desarrollo de su carrera profesional, con una atención especial a las situaciones de embarazo y maternidad de estas últimas (artículos 5 y 8). Se conminó a los poderes públicos a adoptar las medidas necesarias para: <<La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia>> (artículo 14.7). Y, en lo que aquí importa, se le exigió a las Administraciones Públicas, respecto de sus empleados <<Establecer medidas efectivas para eliminar cualquier discriminación retributiva, directa o indirecta, por razón de sexo>> (artículo 51.f), a fin de <<Remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional>> (artículo 51.a).

En cumplimiento de dichas prescripciones, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, estableció una prestación económica por maternidad consistente en <<un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente>>.

A su vez, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en su disposición adicional octava, obligó a las Administraciones Públicas a <<Adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre hombres y mujeres>>, mediante un plan de igualdad <<a desarrollar en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo>>.

En ese contexto debe interpretarse el "acuerdo sobre aspectos retributivos y demás condiciones de trabajo del personal facultativo de atención especializada" suscrito por la Consellería de Sanidade con el Sindicato de Médicos de Galicia



el 2 de junio de 1995 y la Circular 18/2004, de 4 de junio del Director Xeral de Recursos Humanos del SERGAS que lo desarrolla. En ella se regulan, con un tratamiento claramente diferenciado, dos situaciones distintas del "personal facultativo especialista":

- El que padece una "Baja por incapacidad temporal, como consecuencia de accidentes o enfermedades comunes o profesionales que se produzcan en cualquier lugar del mundo" (Instrucciones 4ª.a y 6ª.1). Situación que puede afectar tanto a hombres como a mujeres.
-
- El que tiene una "Baja por maternidad" o una "Baja de riesgo por embarazo" (Instrucciones 4ª.b y c y 6ª.2). Situación que solo afecta a las mujeres.

A ambos facultativos en situación de baja les reconoce el derecho a percibir <<los importes de las guardias no realizadas>> durante el período de baja temporal, si bien con un sistema de cálculo particular y diferenciado para las situaciones de maternidad (parto y embarazo de riesgo).

Pues bien, respecto de esta última situación, que solo afecta a las mujeres, no cabe duda de que con la referida "circular" la Administración demandada se limitó a llevar a efecto los principios y obligaciones establecidos en la normativa de igualdad de género antes citada.

La compensación económica que los facultativos del SERGAS perciben en concepto de "guardias" se integra en sus retribuciones mensuales, constituyendo una parte importante de su sueldo (artículo 43.2.d/ Ley 55/2003, de 16 de diciembre, aprobatoria del Estatuto Marco del personal sanitario). Aunque es cierto que la cuantía no coincide exactamente todos los meses, se trata de una retribución regular y periódica, siendo las guardias obligatorias y programadas. Por eso en la circular se objetiva un sistema de cálculo de las "guardias no realizadas", tomando como referencia el promedio de las guardias efectuadas durante el año anterior al mes en el que se produzca la baja. Como ha señalado la Sª de lo Cont.-Ad. del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su sentencia de 9 de noviembre de 2015 (rec. 148/2013), citando numerosos precedentes:

<<(…) En el caso de las guardias, el Tribunal Supremo ha descartado que se trate de servicios excepcionales o extraordinarios, formando parte de la jornada normal que han de realizar los funcionarios obligados a ellas. El mismo Alto Tribunal ha admitido la retribución de las guardias mediante





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

el complemento de productividad, pero de esto último no se sigue, en ningún caso, que ese sistema de retribución de las guardias sea único, que excluya otros o que pueda desvirtuar el carácter de normalidad de la prestación del servicio>>.

En conclusión, es evidente que si a una facultativa especialista, como es el caso, por la única razón de su embarazo y parto se le priva de un concepto retributivo tan relevante como el de las "guardias" que habitualmente realiza y percibe, se le está causando una discriminación por razón de sexo (art. 14.1 CE). Su legítima decisión de ser madre se encontraría limitada y desincentivada, de manera muy significativa, por la pérdida de una buena parte de sus retribuciones. Dilema en el que nunca se hallarían sus compañeros varones.

IV.- Por otra parte, resulta que en el concreto período en el que se produjo la baja temporal de la demandante (meses de junio-noviembre de 2012) todavía se hallaba en vigor la Ley gallega 1/2012, de 29 de febrero, de medidas temporales en determinadas materias del empleo público de la Comunidad Autónoma de Galicia, en cuyo artículo 2.3 se dispuso que: <<Los empleados y empleadas públicos percibirán un complemento a la prestación económica para que perciban el 100% de su retribución en las situaciones de: - Maternidad. - Riesgo por embarazo. - Riesgo durante la lactancia natural. - Paternidad.>> Dicha disposición legal no da lugar a dudas en su interpretación: se refiere a todas las remuneraciones sin excepción, incluyendo las guardias. Más aún si se aplica el principio hermenéutico establecido en el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres conforme al cual: <<La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas>>.

V.- Es cierto que, como señaló la Letrada del SERGAS en su contestación a la demanda, en las posteriores leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Galicia para los 2013, 2014 y 2015 (art. 22.3 Ley 2/2013, art. 24.3 Ley 11/2013 y art. 24.3 11/2014) se dispuso que: <<En ningún caso se podrán satisfacer percepciones retributivas o asignaciones económicas, incluyendo las suplementarias o promediadas, derivadas de atención continuada, guardias o concepto equivalente cuando no existiera prestación efectiva de los servicios motivada por situaciones de incapacidad temporal, salvo en aquellos supuestos expresamente contemplados en una norma con rango de ley>>.



Pero dicha prescripción no es aplicable al concreto caso aquí analizado, por dos motivos distintos, alternativos y complementarios:

En primer lugar porque su entrada en vigor se produjo en fecha posterior a la de la baja de la recurrente (año 2012), careciendo de efecto retroactivo (SS TSJ Galicia de 04/02/2015, 06/04/2016, y 18/05/2016 -recursos de casación en interés de ley núms. 309/2014, 213/215 e 8/2016-).

En segundo lugar, porque han de interpretarse en el sentido de que se refieren a situaciones genéricas de incapacidad temporal, por enfermedad o accidente, comunes por tanto a hombres y mujeres. El embarazo y el parto que dan causa a la baja temporal ni es una "enfermedad", ni un accidente o siniestro. Es una situación especial que sólo afecta a las mujeres, rigiéndose por normas y principios también especiales cuya finalidad es la de que no padezcan perjuicio laboral alguno por dicha causa.

Se concluye así que los pactos e instrucciones suscritos por la Administración sanitaria gallega para dar cumplimiento efectivo a la "garantía de indemnidad retributiva" de las mujeres en situación de embarazo o parto, y en especial el relativo al abono de las guardias/atención continuada, mantienen su vigencia y no han sido derogados por esas leyes de presupuestos. El derecho de las facultativas sanitarias a mantener la integridad de sus retribuciones (incluido el complemento de guardias o atención continuada) en situaciones de baja maternal no es de concesión "graciosa", ni "discrecional", sino reglada y obligada (...)>>.

IV.- Las conclusiones que se alcanzaron en ese precedente son igualmente aplicables a la situación de baja por permiso de paternidad, al tener la misma finalidad que el de maternidad, la de permitir un reparto equitativo de tiempo entre el padre y la madre para atender al recién nacido en los cuidados intensivos que precisa. La restricción del permiso de paternidad (con el desincentivo muy relevante que provoca la exclusión del complemento retributivo de las guardias) perjudica realmente a la mujer, madre del recién nacido, que se ve así impedida de repartir el tiempo de la baja con el padre o de conseguir su ayuda simultánea.

Por esta razón en el artículo 125 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia se le reconoció a **ambos progenitores funcionarios** "la plenitud de sus derechos económicos" cuando disfruten de un permiso por nacimiento de hijo.





El artículo 6 de la reciente Ley 9/2017, de 26 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de Galicia se limitó a reproducir, con una referencia expresa al personal del SERGAS, el criterio interpretativo que había fijado ya este Juzgado en la citada sentencia de 14 de junio de 2017, y que se recogía en la mencionada Ley de Empleo Público de Galicia, en los siguientes términos:

<<Protección de la maternidad y la paternidad. El personal estatutario del Servicio Gallego de Salud, durante las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, percibirá, en concepto de mejora de la prestación, las retribuciones que correspondan hasta conseguir la totalidad de las retribuciones básicas y complementarias de carácter fijo. Asimismo, percibirá la media de las retribuciones variables abonadas en el año anterior al mes en que haya dado comienzo la correspondiente situación, en concepto de atención continuada derivada de la prestación de guardias, noches y festivos. Lo dispuesto en este precepto será también de aplicación durante todo el período de duración de los permisos de maternidad y paternidad previstos en la legislación autonómica aplicable a los empleados públicos>>.

Dicha compensación en el fondo está específicamente destinada a la protección de la maternidad y a la garantía de una igualdad efectiva entre mujeres y hombres, por lo que no se puede considerar incluida en las situaciones de "incapacidad temporal" a las que las sucesivas leyes de presupuestos de la C.A. de Galicia les niegan retribución por las "guardias no realizadas".

SEGUNDO.- Por lo tanto, con arreglo a dicha sentencia debe estimarse el recurso íntegramente, dado que por el Servicio Gallego de Salud no se cuestiona el periodo correspondiente al permiso de paternidad que se ha reclamado.

De esta forma se garantiza la indemnidad retributiva del recurrente, sin que un hecho como es el de disfrutar de un permiso de paternidad, pueda conllevar una penalización indirecta por la falta de percibo de las retribuciones que venía obteniendo como consecuencia de la realización de guardias de atención continuada.

TERCERO.- Dispone el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio (LJCA), modificado por Ley 37/2011, de 10 de octubre, que en esta instancia se le



"impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones". Y añade el artículo 139.3 de la misma Ley que "la imposición de las costas podrá ser (...) hasta una cifra máxima". Consecuentemente, según criterio mantenido por los juzgados de esta ciudad y atendiendo a la naturaleza del litigio, no apreciando circunstancias excepcionales que aconsejen fijar otra cuantía, se señala como límite máximo de la condena en costas, por los honorarios de abogado, la suma de 250 euros más IVA.

FALLO

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la GERENCIA DEL AREA SANITARIA DE OURENSE, VERÍN E O BARCO DE VALDEORRAS DEL SERVICIO GALEGO DE SAUDE, de fecha 27 de noviembre de 2019, que desestimó la reclamación sobre abono del complemento de atención continuada durante permiso de paternidad y lactancia, anulando la misma por ser contraria a Derecho, condenando al Servicio Galego de Saude a abonar al actor el complemento de atención continuada correspondiente al período de disfrute del permiso de paternidad indicado en cuantía del promedio mensual en computo anual percibido por dicho concepto durante el año anterior a dicha situación de paternidad, más los intereses legales correspondientes.

Las costas serán satisfechas por la Administración demandada, señalándose como límite máximo de la condena en costas, por los honorarios de abogado, la suma de 250 euros más IVA.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que frente a la misma NO CABE RECURSO.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

