

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 863/2021, de 16 de junio de 2021

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 7387/2019

SUMARIO:

Situación de embarazo de riesgo. Complementos retributivos. Agente de la Guardia Civil. Insuficiencia temporal de condiciones psicofísicas para el servicio. Negativa a abonarle el complemento específico singular por no poder incorporarse a su nuevo destino. Se incurre en discriminación por razón de sexo cuando la falta de abono del complemento deriva de la ausencia de toma de posesión del nuevo puesto de trabajo ante la situación de baja por embarazo de riesgo de la mujer Guardia Civil. La respuesta a la cuestión de interés casacional es que las mujeres Guardias Civiles en caso de que padezcan insuficiencia temporal de condiciones psicofísicas para el servicio derivada de una situación de embarazo de riesgo tienen derecho a percibir el componente singular del complemento específico del puesto de trabajo anterior o del actual. El principio de no discriminación por razón de sexo obliga a compensar las desventajas que el embarazo, al incidir de forma exclusiva sobre las mujeres a diferencia del hombre, pueden provocar en sus derechos económicos y profesionales. No puede producirse discriminación por embarazo o maternidad tal como establece el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de hombres y mujeres, de 2007, en consonancia con el artículo 58 relativo a la licencia por riesgo durante el embarazo y lactancia, y la jurisprudencia constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 14.

Ley Orgánica 3/2007 (LOIMH), arts. 8 y 58.

RDL 20/2012 (Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad), disp. adic. sexta.

RDLeg. 4/2000 (TR de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado), arts. 20, 21 y 22.

RDLeg. 1/2000 (TR Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas), art. 21.

Ley 29/2014 (Ley del Régimen del Personal de la Guardia Civil), art. 105.4.

PONENTE:

Doña Celsa Pico Lorenzo.

SENTENCIA

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 16 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA-7387/2019, interpuesto por la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado, contra la sentencia 493/2019, de fecha 19 de julio de 2019, de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que estimó el recurso contencioso administrativo nº 1115/2018, contra la Resolución de 4 de septiembre de 2018 de la Dirección General de la Guardia Civil que desestima el recurso de alzada contra la Resolución del Coronel Jefe del Servicio de Retribuciones de 16 de marzo de 2018.

Ha sido parte recurrida doña M... T..., representada por la procuradora doña R... G... S...

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el procedimiento contencioso-administrativo número 1115/2018, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia el 19 de julio de 2019, cuyo fallo dice literalmente:

"Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Sra. G... S... en representación de DOÑA M... T... contra Resolución de 4 de septiembre de 2018 de la Dirección General de la Guardia Civil que desestima recurso de alzada contra la Resolución del Coronel Jefe del Servicio de Retribuciones de 16 de marzo de 2018, debemos declarar y declaramos que las citadas resoluciones no son conformes con el ordenamiento jurídico, reconociendo el derecho de la recurrente a percibir el CES en el período no abonado, con intereses legales de la cantidad correspondiente, desde que debió ser abonada. Se imponen las costas a la demandada con el límite de 200 euros."

Segundo.

Contra la referida sentencia preparó el Abogado del Estado recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, tuvo por preparado mediante Auto de 31 de octubre de 2019 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 24 de septiembre de 2020, cuya parte dispositiva dice literalmente:

"Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Sexta) de 19 de julio de 2019, en el recurso contencioso administrativo registrado con el número 1115/2018.

Segundo. Precisar que las cuestiones en las que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes: i) qué retribuciones -básicas y complementarias- han de percibir los miembros de la Guardia Civil en caso de que padezcan incapacidad temporal para el servicio; ii) qué retribuciones - básicas y complementarias - han de percibir las mujeres Guardias Civiles en caso de que padezcan insuficiencia temporal de condiciones psicofísicas para el servicio derivada de una "situación de embarazo de riesgo", y iii) en particular, si dichas retribuciones se rigen por lo establecido en la disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, o bien si dicha norma no desplaza - sino que complementa - lo dispuesto en los artículos 20, 21 y 22 del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, así como lo establecido en el artículo 21 del Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 4 B) b) 2º del D.950/2005, de 29 de julio, de retribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el artículo 105.4 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen de Personal de la Guardia Civil el artículo 20 del Real Decreto legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba la Ley sobre la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, los artículos 20, 21 y 22 del Real Decreto legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, y la D.A. 6ª Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la estabilidad.

Lo indicado, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas, si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso (art. 90.4 LJCA).

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

Quinto. Comunicar inmediatamente a la Sala 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 19 de octubre de 2020, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó el Abogado del Estado, por escrito de fecha 8 de diciembre de 2020, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: "dicte sentencia estimatoria del mismo y anulatoria de la recurrida con los demás pronunciamientos legales expuestos en el último apartado de este escrito."

Quinto.

Por providencia de 17 de diciembre de 2020, se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, pueda oponerse al recurso, lo que efectuó la representación procesal de doña M... T... en escrito de 4 de febrero de 2020, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas termina suplicando se dicte sentencia desestimando el recurso con condena en costas a la recurrente.

Sexto.

De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por providencia de 26 de abril de 2021, se señala este recurso para votación y fallo el día 15 de junio de 2021, fecha en que tuvo lugar el acto, y se designó Magistrada Ponente a la Excm. Sra. D^a. Celsa Pico Lorenzo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero. Planteamiento del recurso y sentencia de instancia.**

El Abogado del Estado interpone recurso de casación contra la sentencia estimatoria dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 19 de julio de 2019 estimando el recurso contencioso administrativo número 1115/2018, deducido por la representación procesal de la agente de la Guardia Civil doña. M... T... contra la resolución de 4 de septiembre de 2018, de la Dirección General de la Guardia Civil que desestima recurso de alzada contra la Resolución del Coronel Jefe del Servicio de Retribuciones de 16 de marzo de 2018, que desestima la solicitud de la interesada de que no se procediera a deducir de sus haberes el complemento específico singular al no poder incorporarse al nuevo destino por encontrarse de baja médica para el servicio. La sentencia declara que las citadas resoluciones no son conformes con el ordenamiento jurídico, reconociendo el derecho de la recurrente a percibir el CES en el período no abonado, con intereses legales de la cantidad correspondientes, desde que debió ser abonada.

La sentencia (completa en Cendoj Roj: STSJ M 6678/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:6678) indica en su fundamento PRIMERO que la funcionaria cobraba el componente singular del complemento específico (CES) desde el 27 de noviembre de 2017, que recibió baja por embarazo, hasta el 27 de febrero de 2018, que se le asigna nuevo puesto (por solicitud voluntaria) en el que no puede tomar posesión, por estar de baja médica por embarazo de riesgo. Desde este momento hasta la baja por maternidad el NUM000 2018 se le deja de abonar el CES.

La Sala de instancia señala en el fundamento de Derecho CUARTO:

"Esta Sala había venido entendiendo de manera constante que, si se venía percibiendo un CES concreto y se produce un cambio de destino, del que no se puede tomar posesión por situación de baja por enfermedad, se mantiene el derecho al CES puesto que la situación producida por la baja justifica la falta de toma de posesión. Ahora bien, este extremo se condiciona al hecho de que efectivamente exista el derecho a percibir el complemento concreto en la situación de baja por enfermedad en cada caso."

Luego menciona precedentes de situaciones, no idénticas, pero si relacionadas que han sido admitidas a casación y perfila el marco general que entiende debe ser examinado en este caso:

"(...) habría que entender que la actora tendría derecho a percibir el CES en iguales condiciones a las que tenía antes del cambio de destino, y el hecho de no haber podido incorporarse no interfiere en tal derecho, con la precisión de que, tal como se ha venido entendiendo por esta Sala, finalizaría aquél en el día nonagésimo primero de la situación de baja. Este criterio se cuestiona por la parte actora, y efectivamente esta Sala conoce que el TS ha dictado Auto de 25 de octubre de 2017 reiterado posteriormente, admitiendo recurso de casación, en concreto

para precisar qué retribuciones tiene derecho a percibir un guardia civil en caso de incapacidad temporal para el servicio y en particular, si dichas retribuciones se rigen por lo establecido en las disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio , de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, o bien si dicha norma no desplaza -sino que complementa- lo dispuesto en los artículos 20 y 21 del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, así como lo establecido en el artículo 21 del Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

El Auto de 21 de mayo de 2018 en esta misma línea, admite el recurso de casación, centrándose en el supuesto de cambio de destino dentro de la situación de baja por enfermedad.

El enfoque del tema es el mismo, puesto que se centra en si se considera la existencia de un límite para abonar los complementos en caso de incapacidad laboral para los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil. Sin embargo, pendiente de resolverse los recursos al respecto, la Sección viene manteniendo el criterio que sostiene en las sentencias dictadas en cada caso. El art. 105 de la Ley del Régimen de Personal de la Guardia Civil , en relación con las retribuciones en caso de baja por enfermedad, dispone:

4. Al guardia civil que cause baja para el servicio por incapacidad temporal, se le fijarán sus retribuciones de forma análoga a cómo, la normativa vigente establece las cuantías a que tienen derecho, en la misma situación, los funcionarios civiles del Estado.

Si se determina que la baja se ha producido en acto de servicio o como consecuencia del mismo, se tendrá derecho a percibir el 100 por cien de las retribuciones básicas y de los complementos de destino y específico que se viniesen percibiendo. Los funcionarios civiles del Estado tienen establecidas sus retribuciones en tales situaciones en los mismos términos que el personal civil. El art. 21 .1 b) del RDL 4/2000 establece en cuando a la prestación económica en situación de incapacidad laboral que:

b) Desde el cuarto mes percibirá las retribuciones básicas, la prestación por hijo a cargo, en su caso, y un subsidio por incapacidad temporal a cargo de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, cuya cuantía, fija e invariable mientras dure la incapacidad, será la mayor de las dos cantidades siguientes:

1ª. "El 80 por ciento de las retribuciones básicas (sueldo, trienios y grado, en su caso), incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al tercer mes de licencia.

2ª. "El 75 por ciento de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia.

Y el art. 22 precisa:

1. Las situaciones de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural de hijos menores de 9 meses tendrán la misma consideración que la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad profesional, por lo que no requerirán de periodo de carencia y sus contenidos asistenciales serán los previstos para esta situación.

2. La concesión de las licencias por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural y sus posibles prórrogas corresponderá a los órganos administrativos con competencia en materias de gestión de personal.

3. Reglamentariamente se establecerá la forma y contenidos de la evaluación médica del riesgo para la salud de la madre, hija o hijo, y de la acreditación de que este riesgo deriva de las funciones habituales del puesto de trabajo, así como que el riesgo no es evitable mediante la modificación temporal de funciones o puesto o el traslado provisional de la funcionarla a otro puesto de trabajo, de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales .

4. En las situaciones a que se refiere este artículo, los derechos económicos en toda la duración de la licencia serán los establecidos en el artículo 21 precedente con la particularidad de que la prestación económica equivalente al subsidio por incapacidad temporal consistirá en un subsidio a cargo de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado en cuantía igual al 100 por ciento de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia."

Finalmente, en su fundamento de Derecho QUINTO afirma:

" En casos de baja por enfermedad, haya o no cambio de destino, esta Sección viene entendiendo que el derecho a percibir la totalidad de la retribución se extingue a partir del nonagésimo primer día de baja continuada,

con las excepciones previstas en la normativa citada. Habiendo iniciado la baja en fecha 23 de noviembre, habría finalizado el plazo en febrero. Ahora bien, en este caso, se produce una situación añadida."

Esa situación añadida se refiere a que la baja se produjo por "embarazo de riesgo" o "riesgo aborto" a la que siguieron sendos permisos debidamente autorizados, de maternidad y lactancia, circunstancia no discutida por la Administración, y que es esencial pues

"En estas condiciones debe tenerse en cuenta que como hemos venido entendiendo en otros supuestos, el principio de no discriminación por razón de sexo obliga a compensar las desventajas que el embarazo, al incidir de forma exclusiva sobre las mujeres a diferencia del hombre, pueden provocar en sus derechos económicos y profesionales."

Para ello toma en cuenta la jurisprudencia constitucional y del TJUE sobre la no discriminación por razón de embarazo.

Segundo. *La cuestión de interés casacional suscitada en el ATS 24 de septiembre de 2020 .*

Precisa que las cuestiones en las que entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

- i) qué retribuciones -básicas y complementarias- han de percibir los miembros de la Guardia Civil en caso de que padezcan incapacidad temporal para el servicio;
- ii) qué retribuciones - básicas y complementarias - han de percibir las mujeres Guardias Civiles en caso de que padezcan insuficiencia temporal de condiciones psicofísicas para el servicio derivada de una "situación de embarazo de riesgo", y
- iii) en particular, si dichas retribuciones se rigen por lo establecido en la disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, o bien si dicha norma no desplaza - sino que complementa - lo dispuesto en los artículos 20, 21 y 22 del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, así como lo establecido en el artículo 21 del Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

Identifica como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 4 B) b) 2º del R.D.950/2005, de 29 de julio, de retribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en relación con el artículo 105.4 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen de Personal de la Guardia Civil el artículo 20 del Real Decreto legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba la Ley sobre la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, los artículos 20, 21 y 22 del Real Decreto legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, y la D.A. 6ª del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la estabilidad.

Tercero. *El recurso del Abogado del Estado.*

Alega que tiene en cuenta la STS 1419/2019, de 22 de octubre, casación 2005/2017, y lo dicho en su fundamento séptimo sobre el cambio de destino de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en situación de incapacidad temporal y los efectos de la falta de toma de posesión efectiva en el nuevo destino.

Adiciona que las cuestiones de interés casacional primera y tercera fueron abordadas también por la STS 1419/2019, de 22 de octubre, y posteriores en su fundamento octavo.

Mas subraya que la situación de incapacidad temporal transcurre íntegramente después de la entrada en vigor de la Ley 29/2014, ya que fue desde el 23 de noviembre de 2017 al 5 de julio de 2018 si bien la razón por la cual la DG dejó de abonar el componente singular del complemento específico fue la falta de toma de posesión en su nuevo puesto de trabajo, aunque si cobró el resto de complementos que no habría percibido si la DG de la Guardia Civil hubiera aplicado el art. 105.4 de la ley 29/2014.

Señala que se trata de una situación de incapacidad temporal que cae dentro del ámbito del art. 105.4 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, del Régimen del Personal de la Guardia Civil, y la STS 1.419/2019 y posteriores han considerado que, puesto que, desde el cuarto mes de baja ya no hay derecho a percibir la totalidad de las retribuciones, ello supone que ya no se tiene derecho a cobrar el componente singular del complemento específico.

El art. 105.4 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, del Régimen del Personal de la Guardia Civil, establece - al margen ahora del supuesto de que la baja se hubiese producido en acto de servicio o como consecuencia del

mismo- que: "Al guardia civil que cause baja para el servicio por incapacidad temporal, se le fijarán sus retribuciones de forma análoga a como la normativa vigente establece las cuantías a que tienen derecho, en la misma situación, los funcionarios civiles del Estado".

Tal precepto continúa pendiente de desarrollo, por lo que no se encuentra regulada la forma de reducción de las retribuciones y de percepción del subsidio por incapacidad temporal desde el cuarto mes por similitud o analogía con lo recogido para los funcionarios civiles del Estado en el artículo 21 del Real Decreto Legislativo 4/2000.

Defiende que la norma de aplicación para la Guardia Civil fuese el Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. El art. 20 de ese RDL se refiere a las prestaciones económicas; el art. 20.1 a) fue derogado por el citado RD Ley 20/2012 pero no sus siguientes apartados. Y así se establece que:

"b) Desde el cuarto mes percibirá las retribuciones básicas, la prestación por hijo a cargo, en su caso, y un subsidio por incapacidad temporal a cargo de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, cuya cuantía, fija e invariable mientras dure la incapacidad, será la mayor de las dos cantidades siguientes:

1.ª El 80 por ciento de las retribuciones básicas (sueldo, trienios y grado, en su caso), incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al tercer mes de licencia.

2.ª El 75 por ciento de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia.

2. La suma de las cantidades anteriores no podrá exceder del importe de las percepciones que el funcionario tuviera en el primer mes de licencia".

Resalta que aunque el personal de la Guardia Civil se encuentra incluido en el ámbito de aplicación de ese RDL 1/2000, su artículo 21 lo excluye en lo relativo a la incapacidad temporal:

"Lo dispuesto en la presente Sección 2ª (incapacidad temporal) no es de aplicación al personal militar. Cuando el personal militar profesional y de la Guardia Civil padezca insuficiencia temporal de condiciones psicofísicas para el servicio tendrá el régimen previsto en sus respectivas leyes reguladoras y en sus disposiciones de desarrollo".

Defiende que, para poder hacer efectivo que el ISFAS, como mutualidad de la Guardia Civil, (al igual que MUFACE lo hace para los funcionarios civiles o MUGEJU para los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia) se haga cargo de esta prestación económica, lo que procedería es reformar el RDL 1/2000 para que incluyese expresamente a los miembros de la Guardia Civil en la percepción del subsidio de incapacidad temporal y, seguidamente, desarrollar con un reglamento el artículo 105.4 de la Ley 29/2014 encomendando al ISFAS la gestión del subsidio por incapacidad temporal desde el cuarto mes.

Razona que entretanto se lleva a cabo ese desarrollo normativo, lo pertinente sería precisar la doctrina de la STS 1419/2019 y posteriores cuando dejan abierta la posibilidad, sobre la que las mismas no se pronuncian, de que los afectados puedan "solicitar que la pérdida de tal componente no deje de ir acompañada de la percepción del subsidio previsto para los funcionarios civiles del Estado" en el sentido de que ese subsidio sea el referido específicamente a "los funcionarios civiles adscritos al Ministerio de Defensa", lo que permitiría la gestión del mismo por el ISFAS.

La situación de embarazo de las funcionarias públicas tiene una normativa especial distinta a la común de la incapacidad temporal, pues se encuentra regulada dentro de la incapacidad temporal distinguiéndose dos situaciones según que el embarazo presente o no una situación de riesgo.

La situación de riesgo durante el embarazo se encuentra prevista en el artículo 58 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, a cuyo tenor:

"Cuando las condiciones del puesto de trabajo de una funcionaria incluida en el ámbito de aplicación del mutualismo administrativo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer, del hijo e hija, podrá concederse licencia por riesgo durante el embarazo, en los mismos términos y condiciones previstas en la normativa aplicable. En estos casos, se garantizará la plenitud de los derechos económicos de la funcionaria durante toda la duración de la licencia, de acuerdo con lo establecido en la legislación específica".

Y el artículo 68 de esa Ley Orgánica 3/2007 dice que esas normas "serán de aplicación en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, adaptándose, en su caso, a las peculiaridades de las funciones que tienen encomendadas, en los términos establecidos por su normativa específica".

Por su parte, el artículo 22 del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado en los siguientes términos:

"1. Las situaciones de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural de hijos menores de 9 meses tendrán la misma consideración que la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad profesional, por lo que no requerirán de período de carencia y sus contenidos asistenciales serán los previstos para esta situación.

2. La concesión de las licencias por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural y sus posibles prórrogas corresponderá a los órganos administrativos con competencia en materias de gestión de personal.

3. Reglamentariamente se establecerá la forma y contenidos de la evaluación médica del riesgo para la salud de la madre, hija o hijo, y de la acreditación de que este riesgo deriva de las funciones habituales del puesto de trabajo, así como que el riesgo no es evitable mediante la modificación temporal de funciones o puesto o el traslado provisional de la funcionaria a otro puesto de trabajo, de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

4. En las situaciones a que se refiere este artículo, los derechos económicos en toda la duración de la licencia serán los establecidos en el artículo 21 precedente con la particularidad de que la prestación económica equivalente al subsidio por incapacidad temporal consistirá en un subsidio a cargo de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado en cuantía igual al 100 por 100 de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia".

Esa normativa especial para las situaciones de riesgo durante el embarazo se encuentra desarrollada en los artículos 99 a 101, ambos inclusive, del Reglamento General del Mutualismo Administrativo aprobado por el Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, y en la Orden PRE/1744/2010, de 30 de junio, por la que se regula el procedimiento de reconocimiento, control y seguimiento de las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

Señala que esa situación de riesgo durante el embarazo no se encuentra directamente regulada para las Guardias Civiles en la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas ni en su Reglamento General pues, como hemos visto, el artículo 21 del RDL 1/2000 dice que lo dispuesto en la Sección relativa a la incapacidad temporal no será de aplicación al personal militar profesional y de la Guardia Civil. Sí se regula el embarazo de riesgo del personal civil del Ministerio de Defensa (cfr. en especial art. 71.1.c) del Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas), normativa que, defiende que debiera aplicarse analógicamente a los miembros de la Guardia Civil con preferencia sobre la normativa general de la incapacidad temporal de los funcionarios civiles del Estado.

En todo caso, esa normativa especial reguladora del embarazo de riesgo se deja a salvo expresamente tanto en la Instrucción conjunta de las Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y de Presupuestos y Gastos, de 15 de octubre de 2012, por la que se dispone dar cumplimiento a las previsiones del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, en relación con la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración del Estado (apartado Tercero.3), como en la Instrucción número 1/2013, de la Dirección General de la Guardia Civil, para regular las previsiones del Real Decreto-Ley 20/2012, respecto a la situación de incapacidad temporal del personal de la Guardia Civil (Apartado 4.4).

Aparte de la situación de riesgo durante el embarazo, también cuentan con regulación especial los procesos de incapacidad temporal que tengan inicio durante el estado de gestación aun cuando no den lugar a una situación de riesgo durante el embarazo. Esos procesos de incapacidad temporal que tengan inicio durante el estado de gestación tienen la consideración de "circunstancias excepcionales" que permiten que las retribuciones a percibir en esa situación equivalgan a las retribuciones que se vinieran percibiendo en el mes anterior al de la incapacidad (apartado 7 tanto de la Instrucción conjunta de las Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y de Presupuestos y Gastos de 15 de octubre de 2012 como de la Instrucción núm. 1/2013 de la Dirección General de la Guardia Civil).

Aduce que la sentencia recurrida no analiza la normativa especial que regula el embarazo de las funcionarias públicas (a pesar de que transcribe el artículo 22 del RDL 4/2000) para ver si, conforme a ella, la ahora recurrida tenía o no derecho a percibir la totalidad de sus retribuciones y, por tanto, también el componente singular del complemento específico de los meses reclamados, sino que afirma que se ha producido una discriminación por razón del sexo de la ahora recurrida que no fue invocada por ninguna de las partes del proceso de instancia, por lo que la sentencia de instancia incurrió en una triple infracción del art. 24 CE (por omitir el análisis de la normativa reguladora del embarazo de las funcionarias públicas, por resolver en base a un motivo no invocado por las partes y por inaplicar normas con rango de Ley) por lo que, procedería que el Tribunal Supremo anulase la sentencia y ordenase la retroacción de actuaciones al momento anterior a dictarla para que se dictase una nueva respetuosa con el art. 24 de la CE (art. 93.1 LJCA).

Si, no obstante, no fuese acordada la retroacción de actuaciones, considerada el Abogado del Estado que, el TS debe dejar claro que la actuación de la Dirección General de la Guardia Civil en ningún caso ha supuesto una discriminación por razón del sexo de la ahora recurrida.

Respecto a las cuestiones de interés casacional 1ª y 3ª, insiste en que la retribución de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en situación de incapacidad temporal, a partir del día 30 de noviembre de 2014 (fecha de entrada en vigor de la Ley 29/2014) y durante el lapso temporal al que se refiere el presente recurso (que concluye en el mes de julio de 2018), ya no se rige por la disposición adicional 6ª del Real Decreto-Ley núm. 20/2012. Ello supone -de acuerdo con la STS 1.419/2019 y posteriores- que la Sra. M... T... no tenía derecho a percibir el componente singular del complemento específico más allá de los tres primeros meses de incapacidad temporal.

Desde el cuarto mes de incapacidad temporal, se solicita que se matice la doctrina de la STS núm. 1.419/2019 y posteriores ("Ello, sin perjuicio, en cuanto a este último extremo, del derecho que pueda asistir a la actora, sobre el que esta sentencia no se pronuncia, para solicitar que la pérdida de tal componente no deje de ir acompañada de la percepción del subsidio previsto para los funcionarios civiles del Estado") en el sentido de que ese subsidio sea el previsto específicamente para los funcionarios civiles adscritos al Ministerio de Defensa en el artículo 20 del RDL 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, permitiendo así la gestión de ese subsidio por el ISFAS.

En consecuencia, pide que el fallo de la sentencia respecto a estas cuestiones quede redactado en los siguientes o parecidos términos:

"Se rechaza el reconocimiento del componente singular del complemento específico desde el cuarto mes de incapacidad sin perjuicio del derecho que pueda asistir a la actora, sobre el que esta sentencia no se pronuncia, para solicitar que la pérdida de tal componente no deje de ir acompañada de la percepción del subsidio previsto para los funcionarios civiles adscritos al Ministerio de Defensa".

Respecto a la 2ª cuestión de interés casacional, insiste en que el TS debe dejar claro ante todo que la Dirección General de la Guardia Civil no ha incurrido en discriminación alguna por razón del sexo de la ahora recurrida.

Cuarto. La posición de la recurrida.

Defiende la aplicación correcta en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial establecida en la STS 1.419/2019 y posteriores, habida cuenta de las particularidades del caso: mujer, miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, que se encuentra en situación de incapacidad temporal a consecuencia de un embarazo de alto riesgo.

Recalca que la cuestión no es la de si la sentencia recurrida ha sido respetuosa o no con la doctrina jurisprudencial asentada a partir de la STS 1.419/2019, ya que parte de planteamientos que en la práctica son idénticos; sino si, como se plantea en la segunda cuestión de interés casacional que se precisó en el Auto de 24 de septiembre de 2020, en este caso, es decir, en el caso de una mujer Guardia Civil que padece una insuficiencia temporal de condiciones psicofísicas para el servicio derivada de una "situación de embarazo de riesgo", esa doctrina sigue siendo de aplicación o debe ser matizada en atención al principio de no discriminación por razón de sexo. Por ello, coincide plenamente con los razonamientos que se efectúan en el fundamento de Derecho quinto de la sentencia.

Sostiene la innecesariedad de atender a la solicitud planteada sobre que el subsidio a solicitar por la pérdida del componente singular del complemento específico a partir del cuarto mes de incapacidad, es el subsidio previsto para los funcionarios civiles adscritos al Ministerio de Defensa.

Aduce la vulneración en el planteamiento de la cuestión de la prohibición establecida en el art. 92.3.a) de la LJCA, que impide extenderse en el escrito de interposición a consideraciones sobre normas o jurisprudencia supuestamente infringidas en la sentencia recurrida distintas a las específicamente identificadas como tales en el escrito de preparación del recurso de casación.

Reputa sorprendente que toda la normativa que se cita como supuestamente omitida en la sentencia recurrida, en realidad conduce, a una conclusión exactamente idéntica a la que se ha alcanzado en dicha resolución: que las mujeres en situación de riesgo durante el embarazo, e incluso en algunos casos (como el que establece el ya referido apartado 7 de la Instrucción núm. 1/2013 de la Dirección General de la Guardia Civil) simplemente en situación de baja iniciada durante el embarazo, tienen derecho a que se les mantengan intactos los derechos económicos y profesionales de los que disfrutaban antes de esas situaciones.

Invoca la inexistencia de infracción del art. 24 CE en la sentencia recurrida y vulneración de la prohibición establecida en el art. 92.3.a) de la LJCA en la queja de la parte recurrente sobre la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

Reputa patente que con este argumento la parte recurrente plantea una cuestión, que no adujo en ningún momento en su escrito de preparación del recurso de casación, cuando lo cierto es que, de hecho, hubiera debido de constituir un motivo de casación autónomo.

Señala otra circunstancia de gran relevancia, planteada en el escrito presentado en fecha 13 de julio de 2020, ante la Sección de Admisión de esta Sala, escrito con el que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se aportaba, como documental nueva, copia de la Resolución del Teniente General, Jefe del Mando de Personal de la Dirección General de la Guardia Civil, de fecha 29 de junio de 2020 (por tanto, de fecha posterior al dictado de la sentencia en instancia, y también, incluso, a la formulación del escrito de preparación del recurso de casación por la Abogacía del Estado y al transcurso del plazo conferido posteriormente a las partes para su personación ante esta Sala), destinada a su aplicación general por parte de todos los servicios y unidades de la Dirección General de la Guardia Civil a su personal. Resolución que se unió a autos mediante diligencia de ordenación de la Sección de Admisión de 20 de julio de 2020 y que, literalmente, disponía lo siguiente:

"Para la percepción del CES se requiere, además del nombramiento para el puesto de trabajo mediante su publicación en el BOGC, la incorporación al mismo, que se formalizará con la correspondiente ficha de toma de posesión del puesto de trabajo, conforme a lo dispuesto en la Orden de 30 de julio de 1992 sobre instrucciones para la confección de las nóminas (BOE núm. 194, de 13 de agosto 1992).

Tras las últimas resoluciones de destinos, se han detectado casos de guardias civiles, en situación de incapacidad temporal de condiciones psicofísicas por embarazo prescrito médicamente como de riesgo, que no han podido efectuar la incorporación a su nuevo destino. Por tanto, dejaron de percibir esta retribución complementaria desde el momento en que cesan en su anterior unidad de destino, pero no llegan a formalizar la toma de posesión de su, nuevo puesto de trabajo.

Por todo lo anterior, de manera muy excepcional y dadas las especiales circunstancias en torno a la protección de la maternidad, en estos casos se considerará efectiva la incorporación y las unidades del nuevo destino trasladarán a la Jefatura de Personal (Servicio de Retribuciones) la ficha de toma de posesión con la fecha que corresponda al plazo máximo para la incorporación (1 mes o tres días, artículo 58 del RD 470/2019, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de destinos del personal de la Guardia Civil), sin perjuicio que el plazo efectivo y real de incorporación al destino comience cuando las circunstancias que impidieron su inicio finalicen, incluidos los correspondientes permisos por nacimiento para madre biológica y lactancia."

A su entender, con esta resolución administrativa de la Jefatura del Mando de Personal de la Guardia Civil se pone de manifiesto la existencia de una causa sobrevenida de carencia de interés casacional del recurso interpuesto por la Administración recurrente.

Quinto. *Rechazo de la pretensión de retroacción de actuaciones suscitada por el Abogado del Estado.*

Procede despejar lo primero que la pretendida incongruencia no es una cuestión de orden público en la que se deba entrar aun no figurando en el Auto de 24 de septiembre de 2020. De creer la Abogacía del Estado que la misma había acontecido tenía que haberla suscitado al interponer el recurso de casación cuyas cuestiones de interés casacional quedaron delimitadas en el Auto más arriba reflejado.

Y, de entender aplicable la normativa reguladora del embarazo de las funcionarias públicas podía haberla invocado en la instancia, al contestar la demanda, lo que no hizo ya que surge su invocación en sede casacional constituyendo cuestión nueva.

Por último, debemos subrayar que la demanda invoca el "iura novit curia" por lo que la aplicación por la Sala de instancia de los principios de Derecho de la Unión Europea plasmados en sus Directivas y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la no discriminación por razón de sexo en las bajas por maternidad no lesiona el art. 24 CE.

Sexto. *La posición de la Sala parcialmente expresada en sentencias precedentes.*

Ya hemos dejado reflejado en la prolija argumentación y contraargumentación lo hasta ahora acontecido respecto a los aspectos esenciales de las cuestiones de interés casacional y la respuesta dada por esta Sala sobre las retribuciones en baja laboral de miembros de la Guardia Civil según el período concernido.

Es significativo que en la fecha en que se dictó la sentencia de instancia no había sido pronunciada la STS de 14 de febrero de 2020 (recurso de casación 3715/2017), ni la previa de 4 de febrero de 2020 (recurso de casación 3586/2017). En esta última se dijo:

"Esta Sala y sección considera que la interpretación de las normas citadas en el precedente Fundamento de Derecho Tercero debe llevarnos a concluir que las retribuciones (básicas y complementarias) de los miembros de la Guardia Civil en situaciones de insuficiencia temporal de condiciones psicofísicas para el servicio es el que deriva del artículo 105.4 de la Ley 29/2014 y, por tanto, el previsto en el artículo 21 del RD Legislativo 4/2000, con la modificación operada por el RDL 20/2012 y que solo afecta a la concreta previsión del punto 1, letra a) pues fue la única derogada expresamente, sin que pueda admitirse que la disposición adicional sexta del RDL

20/2012 contenga una regulación que afecte a la total duración de la baja laboral pues lo impide tanto el alcance de la previsión derogatoria como el propio tenor literal de la disposición adicional sexta, que solo incluye previsión expresa sobre periodo de tiempo no superior a los tres meses (tres periodos: hasta el tercer día, del cuarto al vigésimo día, y desde el vigésimo primero) y que era el alcance de la letra a) derogada.

Por ello, el régimen retributivo en situación de baja laboral (realmente, de prestación económica) será el siguiente:

- a) durante los tres primeros meses, que era el periodo a que afectaba el derogado artículo 21.1.a) del RD Legislativo 4/2000, será la prestación fijada en la disposición adicional sexta del RD Legislativo 20/2012;
- b) a partir del cuarto mes esa prestación será la fijada por el artículo 21.1.b) del RD Legislativo 4/2000.
- c) en ambos casos se tomará en consideración las retribuciones complementarias del mes inmediatamente anterior a la situación de baja médica y, por tanto, no la cuantía del complemento específico singular del nuevo puesto de trabajo ganado una vez iniciada la baja laboral."

Mientras en la primera de las citadas la de 14 de febrero de 2020, se reiteró la fijación de la doctrina en los tres apartados ya mencionados.

Existe, pues, doctrina consolidada sobre la cuestión primera y lo esencial de la tercera en razón de lo declarado en el fundamento noveno de la inicial STS de 22 de octubre de 2019, recurso 2005/2017, nº 1419/2019 a que han hecho mención reiterada las partes.

Séptimo. *La respuesta en el presente recurso. No hay pérdida sobrevenida del interés casacional.*

No hay pérdida sobrevenida del objeto del recurso por cuanto no estamos ante una impugnación de una norma reglamentaria que hubiere desaparecido del ordenamiento mediante su derogación.

Tampoco ante una auténtica satisfacción extraprocésal por cuanto no consta que la recurrida haya visto satisfecha su pretensión individualizadamente. Y, por ello, no hay causa sobrevenida de pérdida del interés casacional

Esta Sala comparte los razonamientos de la sentencia recurrida respecto a la discriminación por razón de sexo ya que la ausencia de toma de posesión del nuevo puesto de trabajo deriva de la situación de baja por embarazo de riesgo de la mujer Guardia Civil demandante en la instancia.

No puede producirse discriminación por embarazo o maternidad, tal cual estatuye el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, 3/2007, de 22 de marzo, en consonancia con el art. 58, relativo a la licencia por riesgo durante el embarazo y lactancia y la jurisprudencia constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya tomada en consideración por la Sala de instancia.

En esa línea hemos dicho en la reciente STS de 14 de junio de 2021, recurso 6061/2019 que:

"durante los periodos de adecuación del puesto de trabajo de personal estatutario de los servicios de salud, por situación de riesgo derivado del estado de embarazo de la trabajadora, que conlleven la medida de no realización de jornada complementaria por atención continuada, se mantiene, no obstante, el derecho de la trabajadora a la percepción de complemento de atención continuada, que deberá ser proporcional al que venía percibiendo antes de la adaptación del puesto de trabajo y mantenerse durante todo el periodo que se prolongue esta medida de adaptación por riesgo derivado de la situación de embarazo."

Y, a mayor abundamiento, los antedichos criterios parecen haber sido asumidos por la Jefatura del Mando de Personal de la Dirección de la Guardia Civil de 29 de junio de 2020, es decir con posterioridad a la sentencia de instancia y a la interposición, primero, y preparación, después, del recurso de casación de la Abogacía del Estado en que "dadas las especiales circunstancias en torno a la protección de la maternidad, en estos casos -embarazo prescrito médicamente como de riesgo- se considerará efectiva la incorporación y las unidades del nuevo destino trasladarán a la Jefatura de Personal (Servicio de Retribuciones) la ficha de toma de posesión con la fecha que corresponda al plazo máximo para la incorporación (1 mes o tres días, artículo 58 del RD 470/2019, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de destinos del personal de la Guardia Civil), sin perjuicio que el plazo efectivo y real de incorporación al destino comience cuando las circunstancias que impidieron su inicio finalicen, incluidos los correspondientes permisos por nacimiento para madre biológica y lactancia."

Por tanto, la respuesta a la cuestión de interés casacional es que las mujeres Guardias Civiles en caso de que padezcan insuficiencia temporal de condiciones psicofísicas para el servicio derivada de una "situación de embarazo de riesgo" tienen derecho a percibir el componente singular del complemento específico del puesto de trabajo anterior o del actual.

En consecuencia, se desestima el recurso de casación y se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Octavo. 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 la Administración del Estado contra la sentencia de 19 de julio de 2019, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo nº 1115/2018.

Segundo.

Se fija como doctrina la reflejada en el penúltimo fundamento de Derecho.

Tercero.

En cuanto a las costas estése a los términos señalados en el último de los Fundamentos de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.