



Roj: **SJCA 10/2022 - ECLI:ES:JCA:2022:10**

Id Cendoj: **15030450022022100001**

Órgano: **Juzgado de lo Contencioso Administrativo**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **17/02/2022**

Nº de Recurso: **228/2021**

Nº de Resolución: **13/2022**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA LLOVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00013/2022**

Modelo: N11600

C/ CAPITAN JUAN VARELA S/N 3ª PLANTA. A CORUÑA.

**Teléfono:** 981 182 208/09 **Fax:** 981 182 200

**N.I.G:** 15030 45 3 2021 0000831

**PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000228 /2021-M /**

**Sobre:** PERSONAL-ADMÓN. LOCAL **De:** Felicísima **Abogado:** MIGUEL TABOADA PEREZ **Contra** DELEGACION DEL GOBIERNO ABOGADO DEL ESTADO

Don Enrique García Llovet, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de A Coruña, ha pronunciado en el día de hoy

La siguiente

**EN NOMBRE DEL REY**

**SENTENCIA**

En A CORUÑA, a la fecha de la firma digital que autoriza esta resolución.

Vistos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número dos de los de A Coruña, los presentes autos de Recurso Contencioso-Administrativo **Nº 228/21-M**, tramitado por las normas del **procedimiento abreviado**, en materia de **PERSONAL**, promovidos a instancia de **Felicísima**, representado y defendido por el abogado Miguel Taboada Pérez contra la **Delegación del Gobierno**, representado y defendido por el abogado del Estado.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la parte demandante se presentó escrito de demanda de recurso contencioso-administrativo de desestimación por silencio administrativo del Recurso de Reposición presentado el 19 de julio de 2021 contra la Resolución de fecha 16 de junio de 2021 de la Delegación del Gobierno en Galicia, notificada el 21 de junio de 2021, por la que se deniega el reconocimiento de la PRESTACION POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR solicitada el 16 de junio de 2021. Y constituye el suplico de la demanda el que, por este órgano jurisdiccional, se dicte sentencia por la que, con estimación de la misma, se anule la resolución denegatoria de 16 de junio de 2021 y se declare el derecho de la recurrente a que le sean concedidas las prestaciones acumuladas por nacimiento y por cuidado durante 32 semanas, de las cuales ya han sido reconocidas 16 semanas de prestación, y ello con expresa condena en costas a la Administración demandada.

**SEGUNDO.-** Por Decreto de fecha veintiuno de octubre del dos mil veintiuno se admitió a trámite la demanda, acordándose reclamar el expediente administrativo, que ha sido remitido, y, señalándose para la celebración



de vista el pasado día quince de diciembre del dos mil veintiuno en que se celebró con la asistencia de las partes y con el resultado que se recoge en el documento electrónica CD unido a los autos.

**TERCERO.-** La cuantía del recurso objeto de enjuiciamiento es de indeterminada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.-** *Sobre el objeto del presente litigio*

Se impugna en el presente recurso desestimación por silencio administrativo del Recurso de Reposición presentado el 19 de julio de 2021 contra la Resolución de fecha 16 de junio de 2021 de la Delegación del Gobierno en Galicia, notificada el 21 de junio de 2021, por la que se deniega el reconocimiento de la PRESTACION POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR solicitada el 16 de junio de 2021.

Y constituye el suplico de la demanda el que, por este órgano jurisdiccional, se dicte sentencia por la que, con estimación de la misma, se anule la resolución denegatoria de 16 de junio de 2021 y se declare el derecho de la recurrente a que le sean concedidas las prestaciones acumuladas por nacimiento y por cuidado durante 32 semanas, de las cuales ya han sido reconocidas 16 semanas de prestación, y ello con expresa condena en costas a la Administración demandada.

### **SEGUNDO.-** *Sobre las alegaciones de la demandante*

La demandante refiere que fue madre el NUM000 de 2021, constituyendo una familia monoparental, tal y como consta en el Libro de Familia y certificado de nacimiento y con motivo de dicho nacimiento el NUM001 de 2021, la actora presentó ante la Delegación del Gobierno en Galicia la solicitud de prestaciones por nacimiento y cuidado de menor, indicando su condición de familia monoparental, en fecha 25 de marzo de 2021 la actora recibió Resolución de la Delegación del Gobierno en Galicia reconociéndole el derecho a la prestación por cuidado de menor de 16 semanas.

En fecha 15 de junio de 2021 se solicitó por la actora reconocimiento del derecho de su hijo a ser cuidado durante 32 semanas por su única progenitora, que corresponden a las 16 semanas reconocidas mediante resolución de 25 de marzo de 2021, más las 16 semanas restantes que la legislación reconoce para el cuidado de los menores nacidos en una familia biparental, de conformidad con lo previsto en el artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público, en virtud de la Ley del menor y los derechos europeos e internacionales sobre el menor. Por Resolución de fecha 16 de junio de 2021, notificada el 21 de junio de 2021, se denegó la ampliación de la prestación por entender que era un supuesto que no estaba contemplado en la legislación vigente.

Y sostiene la actora que la interpretación que se realiza por la Administración para denegar el permiso solicitado es contraria a los derechos del menor y supone una discriminación frente a las familias que las constituyen dos progenitores, puesto que en este caso no se trata (como se dice en la resolución impugnada) de que la demandante pretenda valerse de un permiso en defecto del padre, ya que en este caso el padre "no existe", y por ello igual que en las familias con dos progenitores el menor tiene derecho a cuidados durante 32 semanas, se tiene que tratar de forma igualitaria al hijo de la familia monoparental, constituida por una sola madre/padre y que el hijo de esta familia tenga la misma oportunidad de tiempo de cuidado por el mismo período de 32 semanas (al igual que la excepción expresamente prevista y que se cita en la resolución en el último párrafo), no pudiendo discriminarlo según razón del seno en la familia que haya nacido (monoparental o biparental).

Y sostiene igualmente la actora que no se pretende que, existiendo dos progenitores, sea una la que opte por los dos permisos, valiéndose así del permiso del otro progenitor, sino que lo que se pretende es que no existiendo el otro progenitor, ese permiso de 32 semanas se le conceda a la única progenitor/a del menor, ya que la única finalidad de la norma no es un beneficio del progenitor/a para disfrutar 16 semanas de permiso (en el caso de las biparentales), sino que la finalidad de la norma es que el menor pueda disponer de 32 semanas de cuidados.

Se invocan en fundamento de dicha pretensión artículos 14 de la CE y 49 del EBEP, Convención sobre los derechos del niño, Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres de 1979, Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, Convenio OIT nº 156 Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 39/99 de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y Ley 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres STC 26/2011 de 14 de marzo de 2011 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de octubre de 2020.

**TERCERO.-** *Sobre el reconocimiento normativo del derecho al permiso de maternidad y al llamado impropio de paternidad y los principios que presiden dicho reconocimiento*



Parece obligado comenzar por reseñar el marco normativo primero de referencia, sobre cuya interpretación y aplicación disienten las partes, pues no se suscita desacuerdo fáctico alguno, siendo la cuestión estrictamente jurídica, si bien ya se adelanta que en la interpretación de la norma habrán de hacerse, atendiendo a la singularidad de la cuestión, valoraciones de orden sociológico como impone el artículo 3 del CC.

Pues bien dispone el artículo 49 del EBEP:

*" Permiso por nacimiento para la madre biológica: tendrá una duración de dieciséis semanas, de las cuales las seis semanas inmediatas posteriores al parto serán en todo caso de descanso obligatorio e ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del hijo o hija y, por cada hijo o hija a partir del segundo en los supuestos de parto múltiple, una para cada uno de los progenitores. No obstante, en caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de permiso.*

*En el caso de que ambos progenitores trabajen y transcurridas las seis primeras semanas de descanso obligatorio, el período de disfrute de este permiso podrá llevarse a cabo a voluntad de aquellos, de manera interrumpida y ejercitarse desde la finalización del descanso obligatorio posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. En el caso del disfrute interrumpido se requerirá, para cada período de disfrute, un preaviso de al menos 15 días y se realizará por semanas completas.*

*Este permiso podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan, y en los términos que reglamentariamente se determinen, conforme a las reglas establecidas en el presente artículo.*

*En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, este permiso se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales.*

*En el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el período de duración del permiso no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo.*

*Durante el disfrute de este permiso, una vez finalizado el período de descanso obligatorio, se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.*

*b) Permiso por adopción, por guarda con fines de adopción, o acogimiento, tanto temporal como permanente: tendrá una duración de dieciséis semanas. Seis semanas deberán disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento.*

*En el caso de que ambos progenitores trabajen y transcurridas las seis primeras semanas de descanso obligatorio, el período de disfrute de este permiso podrá llevarse a cabo de manera interrumpida y ejercitarse desde la finalización del descanso obligatorio posterior al hecho causante dentro de los doce meses a contar o bien desde el nacimiento del hijo o hija, o bien desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. En el caso del disfrute interrumpido se requerirá, para cada período de disfrute, un preaviso de al menos 15 días y se realizará por semanas completas.*

*Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada hijo o hija, a partir del segundo, en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple, una para cada uno de los progenitores.*

*El cómputo del plazo se contará a elección del progenitor, a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de disfrute de este permiso.*

*Este permiso podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades de servicio lo permitan, y en los términos que reglamentariamente se determine, conforme a las reglas establecidas en el presente artículo.*

*Si fuera necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, en los casos de adopción o acogimiento internacional, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante este período exclusivamente las retribuciones básicas.*

*Con independencia del permiso de hasta dos meses previsto en el párrafo anterior y para el supuesto contemplado en dicho párrafo, el permiso por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, tanto temporal como permanente, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.*



*Durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.*

*Los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, tanto temporal como permanente, previstos en este artículo serán los que así se establezcan en el Código Civil o en las leyes civiles de las comunidades autónomas que los regulen, debiendo tener el acogimiento temporal una duración no inferior a un año.*

*c) Permiso del progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo o hija: tendrá una duración de dieciséis semanas de las cuales las seis semanas inmediatas posteriores al hecho causante serán en todo caso de descanso obligatorio. Este permiso se ampliará en dos semanas más, una para cada uno de los progenitores, en el supuesto de discapacidad del hijo o hija, y por cada hijo o hija a partir del segundo en los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, a disfrutar a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Este permiso podrá distribuirse por el progenitor que vaya a disfrutar del mismo siempre que las seis primeras semanas sean ininterrumpidas e inmediatamente posteriores a la fecha del nacimiento, de la decisión judicial de guarda con fines de adopción o acogimiento o decisión judicial por la que se constituya la adopción.*

*En el caso de que ambos progenitores trabajen y transcurridas las seis primeras semanas, el período de disfrute de este permiso podrá llevarse a cabo de manera interrumpida dentro de los doce meses a contar o bien desde el nacimiento del hijo o hija, o bien desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. En el caso del disfrute interrumpido se requerirá, para cada período de disfrute, un preaviso de al menos quince días y se realizará por semanas completas.*

*En el caso de que se optara por el disfrute del presente permiso con posterioridad a la semana dieciséis del permiso por nacimiento, si el progenitor que disfruta de este último permiso hubiere solicitado la acumulación del tiempo de lactancia de un hijo menor de doce meses en jornadas completas del apartado f) del artículo 48, será a la finalización de ese período cuando se dará inicio al cómputo de las diez semanas restantes del permiso del progenitor diferente de la madre biológica.*

*Este permiso podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan, y en los términos que reglamentariamente se determinen, conforme a las reglas establecidas en el presente artículo.*

*En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, este permiso se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales.*

*En el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el periodo de duración del permiso no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio se solicite la reincorporación al puesto de trabajo.*

*Durante el disfrute de este permiso, transcurridas las seis primeras semanas ininterrumpidas e inmediatamente posteriores a la fecha del nacimiento, se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.*

*En los casos previstos en los apartados a), b), y c) el tiempo transcurrido durante el disfrute de estos permisos se computará como de servicio efectivo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos de la funcionaria y, en su caso, del otro progenitor funcionario, durante todo el periodo de duración del permiso, y, en su caso, durante los periodos posteriores al disfrute de este, si de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del periodo de disfrute del permiso.."*

Pues bien, la lectura de la regulación de estos permisos, de maternidad biológica, de adopción o guarda y el mal llamado de paternidad, en puridad debe entenderse este último como a favor del otro progenitor no gestante o no madre biológica, es ciertamente compleja y con una sistemática no siempre clara. Pero importa ahora en primer lugar, tratar de deducir los bienes jurídicos protegidos o los fines a los que atienden dichos permisos, pues, como luego se verá, ese orden de principios es el que ha de informar la resolución del presente litigio, así lo han entendido precedentes pronunciamientos en este orden jurisdiccional así como en el orden social.

Y así parece que existe un consenso en acoger el interés o protección del menor como la primera ratio de la norma y permiso que nos ocupa, pero es igualmente de notar que la imposición de las seis primeras semanas como de descanso obligatorio e inmediatamente posteriores al parto parecerían responder también a un fin distinto, que no contradictorio sino lejos de ello concurrente.



Así la imposición de que las seis primeras semanas del permiso lo sean inmediatamente posteriores y *de descanso* parecen sugerir que también se persigue la protección del bienestar de la madre biológica, asumiendo que el proceso de gestación, parto y postparto, careciendo desde luego de naturaleza patológica, si comporta, sin embargo, unas alteraciones fisiológicas y cargas físicas importantes. Se perseguiría así evitar una coacción o presión por el empleador de una reincorporación inmediata al puesto de trabajo y una postergación en semanas o meses de ese permiso, con el riesgo derivado para la salud de la madre biológica. Y con mayor transparencia finalista lo expresa el artículo 48.4 del ET cuando, al regular la suspensión temporal de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo por nacimiento de hijo, dispone " *El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre* ". Y así sucede también si atendemos al segundo párrafo del aquel artículo 48.4 del ET donde se dice " *El nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil* " deberes que se refieren, como de todos es sabido, tanto al socorro o ayuda mutua entre los cónyuges como a la atención de los descendientes.

Pero esa protección dual, del interés del menor y de la salud de la madre biológica, al menos referida esta última a esas seis primeras semanas de descanso obligatorio inmediatamente después del parto, parece sin embargo discutible, como orden de principios, cuando se contempla el permiso que acoge el apartado b) del artículo 49 del EBEP. En efecto, el mismo, como también el artículo 48.5 del ET que dispone " *En los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas para cada adoptante, guardador o acogedor. Seis semanas deberán disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento* " así impone, para los supuestos de adopción o guarda con fines de adopción, el disfrute de las seis primeras semanas del permiso en un caso y de la suspensión del contrato de trabajo en otro, de forma inmediatamente posterior a la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Y desde luego no aparece aquí finalidad alguna que pueda vincularse con la protección de la salud de la madre *biológica*, relacionada con la gestación, parto y postparto, excluyéndose también, respecto del otro progenitor esa obligación de cuidados. sin embargo, se impone igualmente a ambos progenitores, pues el apartado b) del artículo 49 del EBEP no establece diferencia alguna aquí.

Pero incluso pueden surgir dudas respecto de la tutela o protección del interés del menor como fin último o ratio de este permiso que nos ocupa, así no parece que esa sea la finalidad de la previsión contenida en el párrafo séptimo de la letra a) de aquel artículo 49 del EBEP y en igual párrafo de la letra c) que parece atender al duelo por la pérdida del hijo, contemplando incluso al renuncia voluntaria a una parte final del permiso, la posterior a las seis semanas, este primer periodo si parecería atender al cuidado o tutela de la salud de la madre biológica, necesaria igualmente aun de fallecer el hijo .

Pues bien, este juzgador, visto lo ya expuesto, entiende que en esa búsqueda de los fines y principios que presiden la norma que nos ocupa la ratio directora es la protección del menor la que ha de presidir la aplicación de esa norma, siendo llano que, al menos respecto del permiso reconocido al otro progenitor que no es madre biológica, solo dicho interés puede aparecer como tutelado.

Y recientes pronunciamientos en este orden jurisdiccional y en el orden social vienen a alcanzar dicha conclusión, así en sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 27 de octubre de 2021 (rec. 141/2021) se dice " *la regulación de los permisos de paternidad y maternidad ha de ser interpretada a la luz del principio general del interés superior del menor que se integra en el núcleo familiar con el progenitor o progenitores que le prestan atención y cuidados parentales, conforme a lo establecido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y al mandato del artículo 39 CE relativo a la protección a la familia y a la infancia, siendo este el designio el que debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda exegética, así como de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad. En definitiva, desde esta perspectiva del superior interés del menor y del derecho de igualdad ha de interpretarse y aplicarse el artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público* ". Y en el mismo sentido Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (S. Social) de 6 de octubre de 2020 (rec. 941/2020), si bien referida a la prestación a cargo de la Seguridad Social y por un periodo de ochos meses, conforme la normativa entonces vigente, si bien extiende la finalidad de la norma concurrentemente a la igualdad de la mujer y la conciliación de la vida familiar.



#### **CUARTO.- Sobre la denuncia de discriminación del menor nacido en familia monoparental**

Para el examen de este primer motivo que articula la demandante, debemos recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño dispone en su artículo 2 " 1. *Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.*"

Pues bien, en tanto que el menor nacido en una familia con dos progenitores disfrutará de la atención y cuidados de los dos progenitores, con el reconocimiento de la prestación que nos ocupa, de forma separada y distinta, no acumulable en uno de ellos, si bien las primeras seis semanas son coincidentes, mientras que el menor nacido en una familia monoparental, de seguirse la interpretación de la norma que sostiene la administración demandada, solo podría recibir esos cuidados durante 16 semanas, aparece una discriminación evidente en razón de una circunstancia o condición no tanto del menor pero si de su progenitora, circunstancia voluntaria o no, piénsese que una familia monoparental puede ser fruto de la libre decisión de la progenitora, pero también de la pérdida por fallecimiento del otro progenitor, se verá luego como la norma si contempla una expresa previsión para un supuesto singular relacionado con esa pérdida, previsión, ya se adelanta, doblemente discriminatoria.

Y esa discriminación vulnera aquella prohibición que se recoge en la Convención de los Derechos del Niño, pero también la interdicción general de discriminación que contempla el artículo 14 de nuestro texto constitucional, nótese que no se viene a sostener por este juzgador un tratamiento desigual de situaciones desiguales, no estamos ante una pretendida discriminación por indiferenciación, como parece entender la actora, sino lejos de ello ante una discriminación por diferenciación, diferenciación entre niños nacidos en familias monoparentales o en familias biparentales.

Y no se diga que la situación en el plano fáctico es desigual porque no lo es, en tanto que, en ese plano, contemplando como es obligado el interés superior del menor, lo único trascendente es el derecho a los cuidados por un tiempo, que es menor en la interpretación que hace la administración demandada de la norma para los niños nacidos en familias monoparentales respecto de los niños nacidos en familias biparentales.

Una comprensión distinta que se aproxime a ese régimen de permisos y prestaciones tomando en consideración la distinción entre dos permisos no acumulables, sobre la imposición de que las seis primeras semanas sean coincidentes ya se ha dicho que luego se examinará, decimos una aproximación que segmenta los dos permisos e interpreta la norma desde esa única perspectiva, dos derechos generados para dos progenitores, es errada, primero porque olvida el fin último de esas prestaciones y permisos que es atender al menor y segundo porque olvida igualmente cual ha sido la razón del reconocimiento a los dos progenitores de dos permisos separados y no acumulables en uno de ellos. Y esa razón no es otra que tratar de implementar políticas de corresponsabilidad en el cuidado de los hijos, como elemento esencial, que no único, en las políticas de igualdad entre hombres y mujeres, estando esa prohibición de acumulación justamente al servicio de evitar una práctica indeseable, la acumulación en la madre de ambos permisos, acumulación buscada en ocasiones para reforzar esa función de madre cuidadora y responsable de los hijos, liberando al otro progenitor de esa función, pero reforzando los roles discriminatorios dentro del núcleo familiar.

Y así lo recuerda la Exposición de Motivos del Real Decreto- ley 6/2019 cuando dice " *Los artículos 2 y 3 del presente real decreto-ley equiparan, en sus respectivos ámbitos de aplicación, la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores. Esta equiparación responde a la existencia de una clara voluntad y demanda social. Los poderes públicos no pueden desatender esta demanda que, por otro lado, es una exigencia derivada de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución ; de los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea ; y de los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea . De esta forma se da un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, **en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos** "*

Por ello la conclusión no puede ser otra que entender que el legislador, modificando el ET y el EBEP al establecer un régimen de permisos, suspensión de la relación laboral y prestaciones, ha querido que el menor disfrute de un número mínimo de semanas de cuidados directos por su núcleo familiar, el que resulta del disfrute de los dos permisos. Pues de entender bien que lo único que se pretendía era bien un reconocimiento igual a los dos progenitores de un derecho personal en su condición de tales bien una corresponsabilidad en los cuidados, como la buscada a medio de aquella prohibición de acumulación en uno de los progenitores, no se hubiera alcanzado por el legislador ese número de semanas de permisos y prestaciones, treinta y dos, sino que se



hubiera operado segmentando la duración del permiso materno ahora en dos y atribuyendo a cada uno de los progenitores la mitad del permiso inicialmente reconocido en su día a la madre, el permiso de maternidad.

Por ello los permisos, ambos, se contemplan en beneficio del menor, con la reserva de las seis primeras semanas del permiso de maternidad como ya se dicho supra, y para atender a los cuidados que dicho menor precisa.

Y por ello la inexistencia de un progenitor no puede fundar un menor número de semanas como derecho a reconocer, pues sería tanto como afirmar que un menor con un único progenitor precisa de menor número de semanas de cuidados y atención que un menor nacido con dos progenitores, tesis que no soporta el test de razonabilidad, concurrentemente con la discriminación que se evidencia.

#### **QUINTO.- Sobre la discriminación por razón de sexo alegada por la actora**

Pero también se sostiene por la actora que la resolución combatida integra una discriminación por razón de sexo y la misma debe ser objeto de examen separado, aunque conduzca a un orden de estimación complementario al ya expuesto supra.

Pues bien, no parece que sea necesario recordar ahora la extensa jurisprudencia atinente a la interdicción en nuestro ordenamiento de cualquier forma de discriminación en razón de sexo, ni los fundamentos constitucionales, legales y convencionales de los que la misma toma razón.

Pero si hemos de detenernos un momento en el concepto de discriminación indirecta por lo que inmediatamente se dirá, así el artículo 6 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, transponiendo la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación " *considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados*".

Y así se ha entendido que integran supuestos de discriminación indirecta por razón de sexo. STC 91/2019 " *que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, no ya en cuanto a la reducción de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, sino en cuanto a la reducción adicional de la base reguladora mediante un porcentaje derivado de un "coeficiente de parcialidad" que reduce el número efectivo de días cotizados, diferenciación que no solo conduce a un resultado perjudicial en el disfrute de la protección de la seguridad social para los trabajadores contratados a tiempo parcial, sino que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos. Nuestra conclusión sobre la lesión del art. 14 CE, al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo, está en línea con la alcanzada por el Tribunal de Justicia en la reciente sentencia de 8 de mayo de 2019 (asunto C-161/18), en la que, como se indicó en el fundamento jurídico 7, se señala que "la aplicación, adicional, de un coeficiente de parcialidad relativo al trabajo a tiempo parcial va más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo y representa, para el grupo de los trabajadores que prestaron sus servicios a tiempo parcial reducido, es decir, por debajo de dos tercios de un trabajo a tiempo completo comparable, una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo pro rata temporis" (apartado 55). En consecuencia, procede estimar la inconstitucionalidad planteada respecto de la norma contenida en el precepto cuestionado tanto por vulnerar el derecho de igualdad como por constituir una discriminación indirecta por razón de sexo*" o Sentencia del Tribunal Supremo (S. Tercera) de 14 de junio de 2021 (rec. 606/2019), que las modificaciones del puesto de trabajo adoptadas transitoriamente y durante el limitado periodo del embarazo, puedan repercutir en la prestación de jornada complementaria, y conlleven " *una disminución de las retribuciones estables de la trabajadora afectada, pues, ..., se consolidaría una práctica aparentemente neutra que, sin embargo, ocasiona un perjuicio exclusivamente vinculado con la situación de embarazo y, por tanto, con las mujeres, lo que constituiría una práctica de discriminación indirecta por razón de sexo*".

Pues bien, sentado lo anterior, en el caso que nos ocupa la discriminación indirecta es evidente, el número de familias monoparentales formadas por mujeres es significativamente mayor que el integrado por hombres, la ratio es de 8 a 2 aproximadamente, esto es el 80 % de las familias monoparentales tiene como cabeza de familia a una mujer, por ello al privarse de ese derecho a la acumulación del permiso, en puridad la ampliación del mismo, a las familias monoparentales, no se está operando neutralmente una interpretación de la norma, sino que dicha interpretación se proyecta negativamente sólo o mayoritariamente sobre las mujeres, incluso, como inmediatamente se verá, operando concurrentemente una discriminación directa que probablemente hará irrelevante en su aplicación la afectación de los progenitores que no fueran la madre biológica.



En efecto, la norma que nos ocupa integra también, al menos en su literalidad, un supuesto de discriminación, directa en este caso, que precisa de atención porque además puede ayudar a una mejor comprensión y resolución de este litigio.

Pues bien, el artículo 49 del EBEP al regular el permiso de maternidad contempla un supuesto especial, aquí y no como complemento del permiso del otro progenitor, referido al supuesto de fallecimiento de la madre biológica, pues se dice, como ya se ha transcrito " *No obstante, en caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de permiso*", lo que permitiría al otro progenitor acumular ambos permisos, el de maternidad por fallecimiento del madre biológica y el de *paternidad*. El progenitor no biológico supérstite podría ampliar su permiso con el de la madre biológica fallecida, reduciendo aún más el número de familias monoparentales formadas por hombres afectadas y reforzando los indicios de discriminación indirecta.

Pero es que además no se contempla idéntico reconocimiento para un supuesto inverso en el plano factico, siendo aquí evidente la discriminación directa, no indirecta desde luego porque la madre biológica solo puede ser mujer, a la que priva en todos los casos de la posibilidad de disfrutar del permiso del otro progenitor en caso de fallecimiento de este, sea este otro progenitor hombre o mujer, el benéfico se produce pues en favor de hombre o mujer, pero la negación del derecho a esa ampliación o acumulación sólo alcanza a las mujeres . Y sin que pueda razonarse que tal acumulación por fallecimiento pretende auxiliar o atender a una situación de duelo, igual duelo existe en la madre biológica que pierde al otro progenitor sea hombre o mujer, o aun razonarse la carga excesiva derivada del nacimiento en cuanto a la atención y cuidados, pero dicha carga es igual para uno u otro progenitor, salvo que se mantenga y perpetue socialmente una capacidad y dedicación extraordinaria de la mujer, perpetuando así una asignación social de la función de cuidadora a la mujer, tesis que ha de rechazarse.

Y la única explicación que aparece como posible ahora ya, para tal acumulación o ampliación normativamente contemplada, es la necesidad de que el menor precise de esas 32 semanas de atención y cuidado, tesis, como ya hemos dicho supra, que justificaría en su día el reconocimiento de las 16 semanas de permiso de *paternidad* y que no optara el legislador por las segmentaciones del permiso de maternidad en dos de ocho semanas, con atribución no acumulativa a cada uno de los progenitores.

Pero debemos de entender entonces que la negativa del derecho a dicha ampliación/acumulación de ambos permisos en familias monoparentales priva al menor de ese derecho y discrimina a la mujer, bien sea una familia monoparental *ab initio*, esto es nunca ha existido otro progenitor, como es el caso que nos ocupa, bien lo sea de forma sobrevenida, por fallecimiento del otro progenitor.

Por todo lo cual, en tanto que la interpretación de la norma que reconoce el derecho, artículo 49 del EBEP, vulnera el artículo 14 de la CE, discriminación indirecta y directa por razón del sexo y además conculca los derechos del niño, conforme la normativa precitada, debe revocarse la resolución combatida reconociendo el derecho de la actora a que le sean concedidas las prestaciones acumuladas por nacimiento y por cuidado durante 32 semanas, de las cuales ya han sido reconocidas 16 semanas de prestación.

#### **SEXTO.-** *Sobre las costas*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA en su redacción por Ley 37/2011 procede, en razón de la integra estimación de las pretensiones accionadas, la expresa condena en costas a la demandada, si bien las mismas se limitan, por los conceptos de representación y defensa, a 400 euros.

**SEPTIMO .-** Sobre la apelabilidad Vista la cuantía del procedimiento y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81 de la LJCA no cabe apelación frente a la presente resolución.

#### **FALLO**

**ESTIMANDO** recurso contencioso administrativo interpuesto el Letrado D. MIGUEL TABOADA PEREZ, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Felicísima , frente desestimación por silencio administrativo del Recurso de Reposición presentado el 19 de julio de 2021 contra la Resolución de fecha 16 de junio de 2021 de la Delegación del Gobierno en Galicia, notificada el 21 de junio de 2021, por la que se deniega el reconocimiento de la PRESTACION POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR solicitada el 16 de junio de 2021, revocando dichas resoluciones por ser contrarias a derecho, reconociendo el derecho de la actora a que le sean concedidas las prestaciones acumuladas por nacimiento y por cuidado durante 32 semanas, de las cuales ya han sido reconocidas 16 semanas de prestación con expresa condena en costas a la demandada si bien las mismas se limitan, por los conceptos de representación y defensa, a 400 euros.





Pronúnciese esta sentencia en audiencia pública y notifíquese a las partes con la advertencia de que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno, sin perjuicio del recurso de casación que pueda interponerse si se dan los requisitos previstos en el artículo 86.1 de la LJCA.

Una vez notificada y en el momento procesal oportuno, remítase testimonio de la misma a la Administración demandada, con devolución del expediente administrativo.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará por testimonio a los autos de su razón definitivamente juzgando lo pronuncio, mando y firmo ENRIQUE GARCÍA LLOVET Magistrado Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de los de A Coruña.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FONDO DOCUMENTAL CENDUJ