

Nº DOCUMENTO:

C26/10_2

FECHA:

22/08/2012

CUESTIÓN PLANTEADA:

Permiso que corresponde por la adopción de un hijo cuando el cónyuge no trabaja.

SÍNTESIS DE LA CONTESTACIÓN:

En los supuestos en los que se produzca una adopción y el cónyuge u otro progenitor no trabaje, el permiso a otorgar al funcionario será el permiso por paternidad de quince días de duración previsto en el artículo 49.c) del EBEP

RESPUESTA:

El artículo 49.b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), relativo al permiso por adopción, dispone lo siguiente:

“Permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple: tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada hijo, a partir del segundo, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple.

El cómputo del plazo se contará a elección del funcionario, a partir de la decisión administrativa o judicial de 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.

En el caso de que ambos progenitores trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre en periodos ininterrumpidos.

En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de adopción o acogimiento múltiple y de discapacidad del menor adoptado o acogido.

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 [...]”.

De una primera lectura del precepto, podría entenderse que el permiso corresponde a cada funcionario, con independencia de que tenga cónyuge o no, y de que éste trabaje o no realice actividad remunerada alguna.

No obstante, una correcta interpretación del precepto obliga a completar la lectura del precepto transcrito con otros elementos que permiten conocer el alcance y requisitos del permiso en cuestión.

En primer lugar ha de examinarse la finalidad atribuida al permiso de adopción, que no es otra que la de ayudar a la integración sociofamiliar del menor adoptado, a través de permitir que los progenitores que trabajan que puedan dejar de asistir a su puesto de trabajo para prestar la asistencia y atención que el menor requiere en sus primeras semanas como miembro de una nueva familia.

Partiendo de la finalidad y efectos atribuidos al permiso de adopción, se constata que este permiso, tanto para funcionarios como para el personal laboral en el

sector privado, está previsto sólo para quienes trabajan, es decir, para quienes realizan una actividad retribuida y tienen previsto en el régimen jurídico que le es de aplicación el mencionado permiso.

No obstante, las dieciséis semanas de duración del permiso de adopción son un periodo máximo y único para los progenitores.

Máximo, porque la norma no permite un periodo de disfrute mayor por este hecho.

Y único, porque aunque se trate de un derecho individual de cada funcionario, su disfrute y duración ha de ponerse en relación tanto con la existencia de otro progenitor, como con el hecho de que este último tenga o no derecho al mencionado permiso.

En este sentido, el artículo 49.b) indica que:

“En el caso de que ambos progenitores trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre en periodos ininterrumpidos.

En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de adopción o acogimiento múltiple y de discapacidad del menor adoptado o acogido.”

Cierto es que el artículo regula la posibilidad de su disfrute simultáneo sólo cuando los dos progenitores trabajan por lo que, *a sensu contrario*, si sólo uno de los dos trabajan, podría entenderse que el permiso le corresponde a quien desempeña labor retribuida.

Sin embargo, esta afirmación se contradice cuando se tiene en cuenta que, además del permiso por adopción de dieciséis semanas previsto en el artículo 49.b), el artículo 49.c) regula un permiso de paternidad de quince días.

Llegados a este punto, surge la siguiente pregunta: ¿si cada progenitor tiene derecho al permiso de dieciséis semanas, por qué el legislador introduce, a su vez, un permiso de quince días?

La respuesta no puede ser otra, como ya se ha apuntado antes, que la de establecer dos permisos de duración distinta cuando los dos progenitores trabajan, siendo así que uno de ellos pueda disfrutar de un permiso durante sólo quince días y el otro pueda disfrutar de dieciséis semanas.

En su origen, y por mimetismo con el permiso de maternidad, se otorgan quince días al padre y dieciséis semanas a la madre.

No obstante, en aras de garantizar la igualdad de oportunidades en el ámbito profesional, así como la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, se permite, sólo cuando ambos trabajen, que se puedan disfrutar las dieciséis semanas de manera simultánea o sucesiva.

Partiendo de estos elementos, y volviendo a la finalidad del permiso, el legislador lo que pretende es garantizar que el menor, en su primeras semanas dentro de su nueva familia, se integre a la mayor brevedad posible y de la mejor manera, entendiéndose que es imprescindible para ello que, al menos, uno de sus progenitores se dedique a esta tarea durante dieciséis semanas.

Así, en los supuestos de adopción, si uno de los progenitores no trabaja, de acuerdo con la obligación legal de cuidado y atención al menor que recae sobre el adoptante, será éste quien de modo principal desarrollará esta labor, correspondiendo al otro progenitor, únicamente, el permiso de paternidad de quince días contemplado en el artículo 49.c) del EBEP.

Por tanto, sólo se podrá otorgar el permiso de las dieciséis semanas cuando ambos progenitores trabajen y así lo tengan recogido en su régimen jurídico aplicable, o cuando se trate de una adopción monoparental.

Además, de no interpretar en este sentido el precepto, estaríamos haciendo de mejor derecho a unos padres que a otros. En concreto, se primaría más a las familias en las que uno de sus miembros no trabajase, que aquellas en las que trabajasen los dos progenitores.

A fortiori se puede añadir que es criterio jurisprudencial reiterado respecto al permiso de maternidad el que la madre puede ceder el resto de su permiso de dieciséis semanas, tras el descanso obligatorio de las seis primeras semanas, al padre u otro progenitor siempre y cuando aquélla trabaje y en el régimen jurídico por el que se regule su relación de servicios esté previsto el mencionado permiso, entendiendo los Tribunales que en caso contrario no existe derecho alguno que ceder y, por ende, el padre no podrá disfrutar de las diez semanas restantes.

Mutatis mutandis este criterio es extensible a los supuestos de adopción cuando uno de los cónyuges no trabaja, no pudiendo disfrutar en este caso de las dieciséis semanas, sino de los quince días previstos en el artículo 49.c) del EBEP

Por todo lo expuesto se concluye que en los supuestos en los que se produzca una adopción y el cónyuge u otro progenitor no trabaje, el permiso a otorgar al funcionario será el permiso por paternidad de quince días de duración previsto en el artículo 49.c) del EBEP.