

## Foro de Actualidad

España

# EL PERMISO DE CUIDADOS POR ENFERMEDAD Y EL PERMISO POR FUERZA MAYOR: INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL Y CUESTIONES PENDIENTES TRAS LA REFORMA DE 2023

Elena Velar Rojo

*Abogada del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid)*

### **El permiso de cuidados por enfermedad y el permiso por fuerza mayor: interpretación jurisprudencial y cuestiones pendientes tras la reforma de 2023**

*La reforma nacional del régimen de permisos retribuidos introducida por el Real Decreto-ley 5/2023 ha generado diversas dudas en cuanto su aplicación práctica, así como sobre su adecuación a la normativa europea. Dos de los principales cambios introducidos son la nueva redacción del permiso por accidente, enfermedad grave u hospitalización previsto en el artículo 37.3.b), y la introducción del nuevo permiso de cuatro días por fuerza mayor en el artículo 37.9 del Estatuto de los Trabajadores. A partir de un análisis normativo y contextual, y mediante el estudio de la reciente y aún escasa doctrina judicial, se examinarán las principales cuestiones que plantea la aplicación de estos permisos en la práctica laboral diaria.*

#### **PALABRAS CLAVE:**

Conciliación familiar, Permisos retribuidos, Permiso para cuidadores, Permiso por fuerza mayor, Transposición de directivas comunitarias.

## Sick leave and force majeure leave: court rulings and unresolved issues after the 2023 reform

*The reform of the paid leave regime that Royal Decree-Law 5/2023 implemented in Spain has given rise to uncertainty regarding its application in practice, as well as whether it is in line with European legislation. Two of the main changes are the new wording of the now five-day leave for serious accident, illness or hospitalisation provided in article 37.3.b); and the new four-day leave for force majeure in article 37.9 of the Statute of Workers. This article analyses from a regulatory and in-context perspective, and based on recent — but still rather scarce — court rulings on the matter, the main issues arising from applying these two leaves in practice.*

### KEYWORDS:

Work-life balance, paid leave, carer leave, force majeure leave, transposition of EU directives.

FECHA DE RECEPCIÓN: 3-12-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 9-12-2024

Velar Rojo, Elena (2024). El permiso de cuidados por enfermedad y el permiso por fuerza mayor: interpretación jurisprudencial y cuestiones pendientes tras la reforma de 2023. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, pp. 229-243 (ISSN: 1578-956X).

## 1. Introducción

El 29 de junio de 2023 se publicó el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio<sup>1</sup> (el “RDL 5/2023”), que introdujo relevantes modificaciones en el régimen de permisos retribuidos previsto en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores (“ET”) con el fin de adaptar la normativa nacional a las directrices de la Directiva (UE) 2019/1158<sup>2</sup>.

Este artículo versa sobre dos de las modificaciones introducidas por el RDL 5/2023: la nueva redacción del permiso por accidente, enfermedad grave u hospitalización previsto en el artículo 37.3.b) del ET, y la introducción del nuevo permiso de cuatro días por fuerza mayor en el artículo 37.9 del ET. Así, el artículo 37 del ET queda actualmente redactado como sigue:

*“3. La persona trabajadora, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente: (...)*

*b) Cinco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella; (...)*

*9. La persona trabajadora tendrá derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata. Las personas trabajadoras tendrán derecho a que sean retribuidas las horas de ausencia por las causas previstas en el presente apartado equivalentes a cuatro días al año, conforme a lo establecido en convenio*

*colectivo o, en su defecto, en acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras aportando las personas trabajadoras, en su caso, acreditación del motivo de ausencia”.*

Veamos ahora cuál es el contexto en el que se enmarca esta reforma y cuáles han sido las primeras reacciones de los tribunales españoles tras la entrada en vigor del RDL 5/2023.

## 2. Contexto y antecedentes

---

El plazo previsto en la Directiva (UE) 2019/1158 (la “Directiva”) para que España transpusiera sus disposiciones al ordenamiento interno finalizó el día 2 de agosto de 2022 sin que el legislador español hubiera “cumplido” con su parte. Finalmente, como viene siendo habitual en los últimos años, este cumplimiento se materializó en forma de disposición adoptada por el Gobierno (y no por el legislativo) al concurrir extraordinaria y urgente necesidad<sup>3</sup>.

Entre el variado contenido del RDL 5/2023 se encuentran algunas de las modificaciones más relevantes del año 2023 en el día a día de los laboristas y gestores de personal: la introducción de cambios en los mecanismos de conciliación familiar regulados en el Estatuto de los Trabajadores a través de la modificación, entre otros, del régimen de las reducciones de jornada (artículo 34.8 ET), los permisos retribuidos (arts. 37.3, 37.4 y 37.6 ET) y las excedencias (artículo 46.3 ET) por razones de conciliación familiar.

Como sabemos, las directivas europeas son bloques de construcción que el legislador nacional (o, en este caso, el ejecutivo) debe apilar y disponer de forma coherente con el ordenamiento interno, adaptando y modelando la estructura final para alcanzar una verdadera armonización.

Sin embargo, a criterio de quien suscribe este artículo, la transposición de la Directiva por vía del RDL 5/2023 carece de la precisión normativa necesaria para ser aplicable de forma sencilla e inequívoca en el marco normativo español. Más de un año después de su entrada en vigor aún quedan cuestiones pendientes, que están siendo interpretadas por la jurisprudencia (como los supuestos de disfrute del permiso de cinco días por cuidado de familiares) o han quedado a la espera de que el legislador adopte medidas armonizadoras adicionales (como el carácter retribuido del permiso de ocho semanas).

## 3. Nueva regulación del permiso retribuido por enfermedad grave u hospitalización de familiares y convivientes

---

### 3.1. Contexto y antecedentes

El permiso retribuido por el empleador en supuestos de enfermedad grave u hospitalización de familiares es un derecho reconocido históricamente por la legislación laboral española. Su intro-

ducción a través del artículo 25 de la preconstitucional Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, determinó su posterior inclusión en el artículo 37 del primer Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980 de 10 de marzo). En ambos textos, el permiso consistía en dos días de ausencia retribuida por *"nacimiento de hijo o enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad"*, ampliable a cuatro días si existiera necesidad de desplazamiento.

En consecuencia, la legislación española siempre ha partido con ventaja en cuanto a la comunitaria en una doble vertiente: por un lado, el ámbito subjetivo del permiso siempre ha sido más amplio (incluyendo a familiares de hasta el segundo grado, cuestión que la Directiva introduce de forma novedosa y no vinculante); y, por otro, siempre se ha tratado de un permiso de carácter retribuido (a diferencia de lo previsto en la Directiva, que separa el artículo 8 sobre derechos económicos de los trabajadores de la regulación del permiso de cuidados en su artículo 6, como bien recuerda CASTRO ARGÜELLES)<sup>4</sup>.

Ejemplo de ello es que en el año 2010, cuando se publica la primera directiva europea en materia de conciliación familiar<sup>5</sup>, España cumple con su cláusula séptima sin necesidad de introducir modificación alguna en el ET, al contar ya con un permiso que permitía al trabajador ausentarse del trabajo para atender asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente. Así, tanto el ET como los convenios colectivos sectoriales y de empresa vienen configurando una sólida red de permisos retribuidos, al margen de la configuración propuesta desde Europa.

Como veremos a continuación, la preexistencia de este régimen puede ser el escollo principal con el que se encuentra la reforma introducida por el RDL 5/2023. Las categorías comunitarias se alicatan directamente sobre un articulado que había permanecido prácticamente inalterado desde el año 1976, con toda la problemática interpretativa y sistemática que ello conlleva.

### 3.2. La nueva redacción del artículo 37.B del Estatuto de los Trabajadores

La entrada en vigor del RDL 5/2023 desgaja el artículo 37.b) del ET en dos: por un lado, el permiso por fallecimiento, que se mantiene en dos días (ampliables a cuatro por desplazamiento) y se recoge en el 37.b).bis; y, por otro, el permiso por accidente o enfermedad grave, que se mantiene en el 37.b), pero con importantes cambios que pretenden transformar este permiso en un "permiso para cuidadores" conforme a la Directiva.

En primer lugar, se mantiene la redacción previa del artículo 37.b) en cuanto a los supuestos de hecho que dan lugar al permiso (accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario), pero se alarga la duración del permiso al sustituir la palabra *dos* por la palabra *cinco*.

En segundo lugar, el sujeto causante del derecho se amplía conforme al artículo 3 de la Directiva y queda referido al *"cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella"*.

Así, en su afán por replicar las definiciones y conceptos de la Directiva, el ejecutivo nacional mejora muy sustancialmente el régimen comunitario: se amplía el ámbito subjetivo del permiso a los convivientes conforme a la definición de la Directiva, pero manteniendo simultáneamente los hechos causantes anteriormente previstos. Donde el artículo 3 de la Directiva solamente menciona como causas los “motivos médicos graves”, el artículo 37.3.b) prevé su disfrute en dos tipos de supuestos: accidente o enfermedad grave, y hospitalización o intervenciones quirúrgicas sin hospitalización, pero con reposo domiciliario, sin necesidad en este caso (*a priori*, y salvo interpretación judicial en contrario) de ponderar su gravedad.

Sea como fuere, el ejecutivo nacional hace suya la recomendación del artículo 16 de la Directiva<sup>6</sup> y vuelve a situarse un paso por delante del resto de Estados miembros. Veamos ahora cuáles están siendo los retos aplicativos de este nuevo régimen.

### 3.3. Inicio del permiso: especial atención a la concurrencia del hecho causante en días no laborables

Empezando por el principio, una de las preguntas fundamentales que se plantean es cuándo empieza a contar el cómputo del disfrute de los cinco días. El Tribunal Supremo ha determinado reiteradamente<sup>7</sup> que si el hecho causante del permiso sucede en día no laborable (festivo o día reconocido como tal en el calendario laboral de la empresa), el disfrute del permiso empieza a contar a partir del primer día laborable inmediatamente siguiente. Por el contrario, si el hecho causante se produce en día laborable, este será el día inicial para el cómputo del permiso.

En cuanto a la coincidencia del hecho causante con un día de vacaciones, tanto la jurisprudencia nacional como la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>8</sup> parecen coincidir al afirmar que los cinco días de permiso no son recuperables. Si el hecho causante sucede en vacaciones, la persona trabajadora no tiene derecho a alargar su ausencia en cinco días adicionales a su vuelta. Para llegar a esta conclusión, se sigue la lógica de que no puede aplicarse un permiso cuya finalidad es dispensar de la obligación de trabajar en un día en el que no existe obligación de trabajar (de forma análoga a lo que sucede cuando un festivo coincide en un periodo de vacaciones, en cuyo caso tampoco se recupera *a posteriori*).

Todo aparentemente claro hasta que hace unos meses la Audiencia Nacional (“AN”) declara rotundamente que el disfrute del permiso no tiene por qué producirse de forma consecutiva a la concurrencia del hecho causante, por lo que el cómputo de los cinco días de disfrute no tiene por qué seguir necesariamente la lógica apuntada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de septiembre de 2024 (rec. 167/2024).

En una argumentación muy breve, la AN estima que es contraria a derecho una interpretación que obligue a que el permiso se inicie el día que se produce el hecho causante. Así, bajo una interpretación finalista y sociológica del precepto, concluye que, *“ante la ausencia de previsión normativa en el Convenio, el inicio del cómputo del permiso en cuestión no tiene por qué coincidir con la fecha del hecho causante, pues la finalidad del permiso y la realidad del tiempo en el que la norma debe ser aplicada permiten que sean los/as trabajadores/as afectados/as quienes determinen la fecha de inicio en función de sus posibilidades de conciliación y mientras el hecho causante permanezca”*.

Aterrizando esta cuestión, imaginemos que el hecho causante (accidente) se produce un lunes y le sigue un periodo de hospitalización de dos semanas. En este caso, es plenamente factible que la persona trabajadora solicite el disfrute del permiso de cinco días a partir del martes de la semana siguiente al accidente (nueve días naturales después del hecho causante), siempre que persista la necesidad de cuidado.

Esto también permite, por ejemplo, que varios hermanos sincronicen sus respectivos permisos en cada una de sus empresas empleadoras para poder cuidar de su madre durante todo su ingreso hospitalario, o que se pueda planificar la ausencia al trabajo para estar disponible en fases posteriores del proceso médico en las que la necesidad de cuidado es más relevante (ej., fase postoperatoria o reposo domiciliario consecutivo, como veremos más adelante).

Ahora bien, esta interpretación tan flexible de la AN genera tantas preguntas como las que resuelve, ya que altera sustancialmente el régimen preexistente, supeditando el disfrute del permiso a una cuestión tan casuística como la "*permanencia del hecho causante*". En este escenario, resulta indiferente que el hecho causante suceda en vacaciones, días de descanso, días festivos o incluso durante un periodo de suspensión del contrato (ej., excedencia o incapacidad temporal). Si las necesidades de cuidado persisten el día en el que se reanuda la obligación de trabajar, se podrá disfrutar de los cinco días del permiso con total normalidad.

Convendría, pues, algún pronunciamiento adicional de nuestros tribunales o un desarrollo reglamentario o legislativo que delimite dos cuestiones básicas: bajo qué circunstancias se considera que permanece el hecho causante y cuáles son las vías adecuadas para probar ante el empleador dicha permanencia.

### **3.4. Duración del permiso: debate jurisprudencial sobre la concesión de cinco días íntegros y su encaje con la Directiva**

En cuanto a la duración del permiso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencias como la de 12 de julio de 2018 (rec. 182/2017), ya venía aparejando la duración del permiso a la existencia de una necesidad de cuidado. Así, se afirmaba que el derecho a disfrutar del permiso no cesaba en el momento en el que se producía el alta hospitalaria, sino que permanecía mientras se mantuviera la necesidad de cuidados al familiar (es decir, el alta hospitalaria no equivale al alta médica, ya que a esta suele sucederse un periodo de reposo obligatorio).

Esta conclusión se apoya, además de en la pervivencia de la necesidad de reposo del sujeto causante, en la analogía con otro de los hechos que dan origen al permiso: la intervención quirúrgica sin hospitalización que precisa de reposo domiciliario. La comparación es clara: si el reposo domiciliario por sí mismo (sin hospitalización) genera derecho al disfrute del permiso, no cabría entender que este ha de terminar necesariamente de forma simultánea al alta hospitalaria si facultativamente se prescribe un periodo de reposo consecutivo.

En esta línea, el Alto Tribunal expresa de forma contundente su perspectiva sobre el disfrute de este permiso, vinculándolo indefectiblemente a la necesidad de cuidado del sujeto causante:

*"El "reposo domiciliario" está relacionado directamente con la intervención quirúrgica sufrida por el familiar y su finalidad no está referida únicamente a eximir de trabajo al paciente, sino también a la necesidad de que repose en casa, lo cual deduce la referida sentencia incluso del Diccionario de la RAE, que comporta descansar, interrumpir la actividad para recuperarse, lo que se predica lógicamente del trabajo y también de las actividades que se realicen en el domicilio o fuera de él, como limpiar, hacer la compra, cocinar, así como cualquiera otra que pudiera ser incompatible con la recuperación. Consiguientemente, el presupuesto, para que el reposo domiciliario sea efectivo, es que el paciente cuente con la atención de terceros, en este caso del trabajador, siendo esa la razón de ser del permiso retribuido<sup>9</sup>".*

En estos términos también se ha pronunciado la AN (ya sobre el permiso ampliado a cinco días) en su reciente sentencia de 24 de julio de 2024 (rec. 157/2024). En una demanda de conflicto colectivo interpuesta frente a varias empresas del grupo Campofrío, se interesa que se dicte sentencia que declare *"el derecho de las personas trabajadoras a disfrutar la totalidad del permiso de cinco días (...) si tras el alta hospitalaria no se han agotado dichos cinco días y se ha prescrito reposo domiciliario al familiar o persona conviviente"*.

Cabe destacar que, en este supuesto, era de aplicación el artículo 50 del Convenio colectivo estatal del sector de industrias cárnicas, que a fecha del litigio no había sido actualizado conforme a la modificación del ET, y que incluía una regulación adicional consistente en que *"los días de las licencias serán siempre naturales e ininterrumpidos, estando siempre el hecho que motiva el permiso dentro de los días del mismo (...). No obstante, el inicio de los permisos regulados en el apartado b) y c) [siendo el apartado c) el permiso por enfermedad] del presente artículo se producirá el día laborable para el trabajador"*.

En este contexto y referenciando las sentencias del Tribunal Supremo anteriormente citadas, la AN reconoce que los criterios apuntados son *"perfectamente aplicables"* al caso. Así, se entiende que no es posible que las condiciones establecidas por convenio para el inicio del cómputo o la finalización de su disfrute fijen condiciones más perjudiciales que las del ET.

Llegados a este punto, la AN adiciona a la interpretación literal y sistemática del nuevo texto del artículo 37.3.b) una interpretación de carácter sociológico. Sin ahondar especialmente en los motivos que justifican esta afirmación, el tribunal determina que limitar el derecho al disfrute del permiso al alta hospitalaria contraviene el principio de igualdad real, ya que quien asume generalmente los cuidados (la mujer) vería mermados sus derechos, a la par que se desincentivaría que los hombres asuman deberes de corresponsabilidad.

Sea como fuere, la respuesta es clara: *"El alta hospitalaria no determina, por sí misma, la finalización de la licencia retribuida por hospitalización de familiares pues el Estatuto prevé expresamente un permiso de 5 días para los casos de "hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario", siendo equiparables los conceptos de asistencia continuada y reposo domiciliario a los efectos de disfrutar del correspondiente permiso"*.

Con este contexto en mente, podemos abordar la principal pregunta pendiente sobre el disfrute del permiso: ¿es necesario que el empleador conceda cinco días en todos los supuestos, o se reconocen exclusivamente los días necesarios para ejercer las funciones de cuidado que justifican el



disfrute del permiso? Esta pregunta quedaba fuera de debate cuando la duración del permiso era de dos días, porque resulta complicado imaginar una situación de enfermedad, accidente, intervención quirúrgica, etc., que no requiera, como mínimo, dos días de cuidados.

Ahora bien, cinco días equivalen a una semana completa de trabajo, por lo que despejar esta incógnita ya no es baladí, tal y como evidencia el creciente surgimiento de pronunciamientos judiciales recientes sobre este tema. Poniendo en relación la jurisprudencia del Tribunal Supremo anteriormente citada (especialmente la sentencia de 21 de septiembre de 2010) con la definición de cuidados prevista en la Directiva (teniendo en cuenta que la regulación de los cinco días laborales *al año* se rubrica bajo el título "*permiso para cuidadores*"), parece que la respuesta desde un punto de vista teórico es evidente.

Sin embargo, nada en la redacción introducida por el RDL 5/2023 supedita la duración del permiso a la concurrencia de sus causas. Si bien es cierto que podríamos entender que el inciso incluido en el final del artículo 37.3.b) "*y que requiera el cuidado efectivo de aquella*" podría ser un guiño a esta condición, la interpretación gramatical resulta contradictoria: esta expresión se sitúa al final de la frase y parece aplicarse solamente a los supuestos de convivientes.

En estas circunstancias nos encontrábamos cuando la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia ("TSJ") de Cataluña dicta su sentencia de 6 de junio de 2024 (rec. 15/2024). En la línea propuesta por el Tribunal Supremo, se concluye categóricamente que hay que ajustarse a una interpretación finalista del permiso, que impide la concesión automática de cinco días en todos los supuestos. Así, queda sentenciado que "*el tiempo de prolongación del permiso ex art. 37.3, b) ET está vinculado a la concurrencia de causa legal que lo justifique, y ello sin perjuicio de que su aplicación deba flexibilizarse en los términos adoptados por la doctrina jurisprudencial referida y, por tanto, sin necesidad de justificante diario cuando se acredite ex post la concurrencia de causa durante los días en que se ha disfrutado de dicho permiso laboral*".

Sin embargo, pocos días después se publica la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 27 de junio de 2024 (rec. 17/2024), que propone una interpretación radicalmente opuesta. En una sentencia muy breve, pero que reconoce basarse en los términos de la Directiva y el RDL 5/2023, se concluye que procede conceder el permiso de forma íntegra (cinco días) cuando existe vínculo familiar ("*conyugal o more uxorio, consanguíneo o por afinidad*"), sin necesidad de acreditar ni la convivencia con el enfermo, ni la necesidad de cuidado de este.

Por el contrario, sí será necesario acreditar tanto la convivencia como la necesidad de cuidados cuando hablamos de convivientes no unidos por vínculo familiar. A los ojos de la Sala, "*la distinción entre ambos supuestos es clara y nos lleva a alcanzar la conclusión de que solo para los supuestos en los que se trate de cuidado de personas sin vínculo familiar de los señalados en la primera parte del precepto será exigible, para el disfrute del permiso, que se acredite la convivencia y la necesidad de cuidado por parte de quien solicita el permiso*".

En consecuencia, parece que solamente es cuestión de tiempo que el Tribunal Supremo acabe pronunciándose en sede de casación para la unificación de doctrina sobre la interpretación correcta de este precepto. Si bien la respuesta, como mencionábamos, parece evidente a la luz de los precedentes, no podemos descartar una interpretación proconciliación que abogue por favorecer



la concesión de cinco días íntegros en los términos propuestos por el TSJ de Galicia, con base en el último inciso del artículo 37.3.b).

Sin embargo, esta opción plantearía problemas adicionales, por cuanto crearía una discriminación artificial entre familiares y convivientes que podría ser contraria al espíritu mismo de la Directiva, que parece equiparar a ambos a todos los efectos.

### **3.5. La sucesión de permisos: ¿la concurrencia de un nuevo hecho causante del mismo familiar genera el derecho a cinco días adicionales?**

Abordemos en último lugar otra de las cuestiones más controvertidas sobre este permiso: si dentro de un mismo proceso médico o enfermedad del mismo sujeto causante se producen varios hechos causantes (ej., hospitalización a la que sobreviene una intervención quirúrgica), ¿se regenera el derecho a disfrutarlo?, ¿existe algún límite para el número de permisos disfrutables al año? Sobre este punto, la regulación de la Directiva es también más restrictiva que la nacional, puesto que prevé la existencia de un permiso de cinco días *al año*, mientras que el RDL 5/2023, en adaptación de la anterior redacción del ET, confiere cinco días *"por cada hecho causante"*.

La sentencia del TSJ de Aragón de 6 de marzo del 2000 (1137/1998) se pronuncia sobre un supuesto concreto en el que el convenio colectivo de empresa aplicable ya extendía el disfrute del permiso a cinco días (previa valoración del Servicio Médico de Empresa de la gravedad de la situación). Por ello, la interpretación resulta particularmente extrapolable al caso presente: realizar una interpretación restrictiva que limite el permiso a cinco días por proceso y paciente supone incluir un requisito no previsto en la regla y, por ende, es necesario *"dar por sentado que es obligado concederlo por cada una de las intervenciones quirúrgicas"*.

En la misma línea, la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de julio de 2005 (1236/2005) confirma la posibilidad de disfrutar del permiso de forma sucesiva, incluso aunque los hechos causantes se deriven del mismo sujeto proceso médico. Si bien aclara que una misma enfermedad da derecho a un único permiso, confirma que *"una persona puede padecer una determinada dolencia de tipo crónico que, estando normalmente estabilizada, le ocasione episodios de agudización que generen una situación de gravedad objetiva y puntual. En tales casos, acreditada la gravedad del paciente, el trabajador tendría derecho a obtener el permiso de dos días al que alude el precepto"*.

Dado el tiempo transcurrido desde que se dictaron estas dos sentencias, es previsible que surjan nuevos pronunciamientos de órganos de competencia territorial nacional, como el Tribunal Supremo o la AN, sobre esta cuestión, que, tras la reforma del RDL 5/2023, ha cobrado más relevancia que nunca.

## 4. La introducción del permiso por fuerza mayor

### 4.1. Cumplimiento de las previsiones de la Directiva

Mediante la introducción de un nuevo apartado 9 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, se regula *ex novo* un permiso retribuido para supuestos de fuerza mayor, con el fin de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 7 de la Directiva, que determina lo siguiente: *"Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor, por motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador. Los Estados miembros podrán limitar el derecho de cada trabajador a ausentarse del trabajo, por causa de fuerza mayor, a un tiempo determinado por año, por caso, o por año y por caso"*.

De la lectura conjunta de este artículo y el considerando 28 de la Directiva, se llega a las siguientes conclusiones sobre el permiso:

- i. ha de regularse de forma separada y adicional al permiso de cuidadores, de forma que el legislador nacional no podría regular el disfrute de un único permiso que abarcara los dos supuestos de hecho (necesidades de cuidado y supuestos de fuerza mayor);
- ii. su disfrute no puede suponer un menoscabo de los derechos laborales adquiridos o en proceso de adquisición;
- iii. el supuesto de hecho que da origen a su disfrute requiere de la concurrencia simultánea de causa de fuerza mayor por enfermedad o accidente, suceso urgente e inesperado y afección a la familia o convivientes de la persona trabajadora; y
- iv. el legislador nacional puede limitar el tiempo de disfrute del permiso, tanto de forma específica (acotando el tiempo de disfrute caso por caso) como genérica (limitando el número de veces al año que puede disfrutarse).

A este respecto, la regulación es muy similar a la contenida en la anterior Directiva 2010/18/UE, por lo que el valor añadido y verdaderamente novedoso de la Directiva es la afirmación clara de que este permiso debe regularse de forma diferenciada al permiso por cuidados (en contravención de lo que se venía haciendo anteriormente en España).

### 4.2. Transposición al ordenamiento nacional del permiso por fuerza mayor

Hasta la transposición de la Directiva, las interrupciones de la prestación laboral por causas de fuerza mayor estaban previstas exclusivamente en los artículos 45.1.i), 47.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores. En concreto, la fuerza mayor se erigía en el orden laboral como una causa habilitante para que el empleador iniciase un procedimiento reglado para implementar, o bien la reducción de jornada, o la suspensión de los contratos de trabajo. Como consecuencia de lo anterior, las horas no trabajadas por causa mayor no tenían carácter retribuido.

Desde un plano meramente teórico, nada obsta para el encuadramiento de una circunstancia de enfermedad o accidente familiar dentro del concepto “clásico” de fuerza mayor, previsto en el artículo 1105 del Código Civil y desarrollado por autores como DÍEZ PICAZO<sup>10</sup> (circunstancia imprevisible o inevitable externa al deudor y no atribuible a su conducta o negligencia).

Sin embargo, el contexto de la práctica jurídica nos lleva a pensar en sucesos de naturaleza muy distinta cuando hablamos de fuerza mayor. Por ello, la introducción de un nuevo apartado 9 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores supone un doble cambio de paradigma: en primer lugar, define un concepto de fuerza mayor que se desvincula de la concepción tradicional que había venido justificando el recurso a expedientes de regulación de empleo; y, en segundo lugar, cambia el foco subjetivo de la acción ante este tipo de supuestos. Si antes era el empleador quien debía instar la suspensión del contrato no retribuida, ahora es la persona trabajadora quien debe solicitar y justificar los motivos que amparan el disfrute de este permiso.

En este contexto, el artículo 37.9 queda redactado de la siguiente manera:

*“La persona trabajadora tendrá derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata. Las personas trabajadoras tendrán derecho a que sean retribuidas las horas de ausencia por las causas previstas en el presente apartado equivalentes a cuatro días al año, conforme a lo establecido en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras aportando las personas trabajadoras, en su caso, acreditación del motivo de ausencia”.*

Sobre esta línea se plantea, aunque por causas muy distintas a las que se analizan en este artículo, la introducción en noviembre de 2024 de un nuevo apartado g) del artículo 37 ET para regular el nuevo permiso retribuido de hasta cuatro días por “imposibilidad de acceder al centro de trabajo o transitar por las vías de circulación necesarias para acudir al mismo, como consecuencia de las recomendaciones, limitaciones o prohibiciones al desplazamiento establecidas por las autoridades competentes, así como cuando concurra una situación de riesgo grave e inminente, incluidas las derivadas de una catástrofe o fenómeno meteorológico adverso”, introducido mediante el Real Decreto-ley 8/2024 de 28 de noviembre<sup>11</sup> como respuesta a las catástrofe provocada por la DANA en Valencia.

Volviendo al tema que nos ocupa, la redacción del permiso por fuerza mayor introducida por el ejecutivo se ajusta a los supuestos de hecho que dan lugar al disfrute del permiso conforme a la Directiva, lo regula de forma diferenciada al permiso por enfermedad del artículo 37.3.b), y “limita” los supuestos de disfrute a cuatro días disfrutables por horas conforme a la habilitación del artículo 7 de la Directiva.

### **4.3. Familiares incluidos en el ámbito protector del permiso de fuerza mayor**

Atendiendo a la literalidad de la legislación aplicable, y siguiendo una postura conservadora, cabría entender que los titulares del derecho a disfrutar de este permiso son las personas trabajadoras que ostenten la condición de cuidadores, y que los sujetos pasivos incluidos en el término

*familiar* son solamente los definidos en la letra e) del artículo 3 de la Directiva (padres, hijos y cónyuge o pareja de hecho).

De nuevo, el ejecutivo amplía lo previsto en la Directiva para incluir a los convivientes en el artículo 37.9, pero sin incorporar matización alguna para delimitar el grado de parentesco al que se refiere el término *familiar*. Como consecuencia de esta imprecisión conceptual y atendiendo al objetivo general de la Directiva, cabría afirmar, conforme a una interpretación más proconciliación, que el concepto de familiar es el mismo que viene previendo el ET para el resto de supuestos, esto es, incluye al segundo grado.

#### 4.4. Primeras interpretaciones judiciales sobre el permiso de fuerza mayor

Además del interrogante planteado en el apartado anterior, la mera lectura de la redacción del artículo 37.3.b) del ET ya vaticinaba de forma clara y previsible las dudas prácticas que su implementación está generando actualmente, a saber: (i) si se trata de un permiso retribuido de hasta cuatro días en todos los casos o es necesario que exista previsión expresa en el convenio colectivo o acuerdo de empresa que así lo habilite; (ii) de qué forma y en qué momento han de acreditarse los motivos de la ausencia por fuerza mayor; y (iii) en qué se diferencia el supuesto de hecho que da derecho a este permiso con el supuesto de hecho del permiso por cuidados del artículo 37.3.b) del Estatuto.

La Sala de lo Social de la AN ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las dos primeras cuestiones en su Sentencia de 13 de febrero de 2024 (rec. 315/2023). Con base en la interpretación gramatical del texto del artículo, la exposición de motivos del Real Decreto y el texto de la nota de la Vicepresidencia Segunda del Gobierno y el Ministerio de Trabajo y Economía Social<sup>12</sup>, la Sala de lo Social de la AN concluye de forma clara (y no sin antes denunciar que la redacción del artículo resulta "*mejorable*"), que el permiso es retribuido en todos los casos, y que la remisión al Convenio Colectivo o al acuerdo de empresa solamente opera para "*determinar la forma de acreditación del motivo de ausencia*".

De nuevo, la interpretación sociológica propuesta por la AN replica lo ya dicho en sentencias anteriores al concluir que "*cualquier duda interpretativa que pueda surgir debe resolverse efectuando un enjuiciamiento con perspectiva de género*". Al resultar innegable que el disfrute mayoritario de los permisos por cuidados se asigna tradicionalmente a las mujeres, una interpretación que supeditara su retribución a la existencia de pacto expreso sería contraria al principio de igualdad, por cuanto implicaría que la persona que tradicionalmente asume los cuidados viera "*mermada su retribución por esta causa, a la par que supone un desincentivo para que los hombres asuman el deber de corresponsabilidad en las cargas familiares*".

En conclusión, la AN nos proporciona dos claves interpretativas fundamentales: las personas trabajadoras pueden disfrutar de hasta cuatro días o jornadas laborales de ausencia retribuidos (disfrutables de forma separada y por horas) para atender causas de fuerza mayor por enfermedad o urgencia familiar; y el tiempo, modo y forma de acreditar el cumplimiento de los requisitos para el disfrute del permiso pueden regularse mediante pacto convencional, ya sea por convenio o acuerdo de empresa.

En cuanto a la interpretación judicial de este permiso, solamente cabe citar otra recentísima sentencia de la Sala de lo Social de la AN, de 28 de octubre de 2024 (rec. 227/2024), que determina expresamente que su disfrute (junto con el del resto de los mecanismos de conciliación) no puede ser computable como absentismo de cara a aplicar una reducción de los incentivos y la retribución variable de las personas trabajadoras.

Al albur de estas últimas interpretaciones de la AN, sería conveniente algún pronunciamiento que fijase qué sucede cuando se rebasa el límite de cuatro días retribuidos, pero siguen dándose causas de fuerza mayor que justifiquen la ausencia al trabajo. Siguiendo la estela marcada por la doctrina judicial citada, no cabe sino concluir que las personas trabajadoras podrán seguir beneficiándose de la protección que otorga este permiso una vez superados los cuatro días, computándose sus ausencias por causa de fuerza mayor como no retribuidas, pero sin ser sancionables ni registrables como absentismo.

En un tema en constante transformación, resultaría de gran utilidad la determinación (o bien por la vía reglamentaria, que sería el mecanismo ideal en aras a aportar mayor seguridad jurídica, o bien por la vía de la interpretación judicial) de los supuestos de hecho, límites y condiciones de disfrute de este permiso, así como de las diferencias existentes con el permiso por accidente o enfermedad grave.

Sobre esta última cuestión, y a la espera de pronunciamientos judiciales que esclarezcan los criterios de disfrute de uno y otro permiso, la diferencia técnica entre ambos la delimita el concepto de urgencia e inmediatez. Así, el permiso de cuatro días disfrutable por horas servirá para atender situaciones inesperadas y súbitas, aunque no sean graves (ej., lesión de un hijo o accidente leve de un familiar), mientras que el permiso de cinco días seguirá cubriendo supuestos graves o de hospitalización o intervención quirúrgica sin reposo domiciliario que requieran un cuidado continuado de la persona trabajadora.

En este contexto, en muchos supuestos será el empleador quien deberá guiar al trabajador sobre el permiso que le corresponde en función de sus circunstancias, debiendo aplicar una valoración caso por caso. Por ejemplo, no es descartable que las horas de ausencia de la persona trabajadora ante el accidente grave de un familiar puedan imputarse inicialmente al permiso de cuatro días, y una vez se constate el carácter grave del accidente o la sucesiva hospitalización, el mismo hecho causante dé derecho al disfrute consecutivo (o cuando la persona trabajadora así lo decida en atención a sus necesidades de conciliación) del permiso de hasta cinco días.

## 5. Conclusión

---

Si bien el impacto de la reforma podría parecer limitado en comparación con otra normativa laboral de mayor calado, los permisos analizados en este artículo tienen una relevancia singular en el día a día de las personas trabajadoras, ya que amparan situaciones personales de especial vulnerabilidad. A este respecto, el valor intrínseco de la Directiva no reposa exclusivamente en la ampliación o creación de nuevos permisos, sino el reconocimiento expreso de que en el pano-

rama actual tienen cabida modelos diversos de familia, en los que figuras como los convivientes desempeñan un papel fundamental.

Precisamente porque estas medidas afectan a cuestiones de tal relevancia, la implementación legislativa de los mecanismos de conciliación debe ser clara e inequívoca. Dejando a un lado el punto de vista utilitario de evitación de la conflictividad judicial en el orden laboral, o las disquisiciones teóricas sobre la perfección técnica de la norma, nos encontramos aquí ante la simple necesidad de permitir una gestión transparente y sencilla de situaciones tan delicadas como la enfermedad de un familiar o la necesidad de atender a un hijo.

Por ello, esperamos nuevas perspectivas en cuanto al desarrollo legislativo y jurisprudencial de estas medidas, que se unen a otras cuestiones pendientes de gran relevancia, como el cumplimiento por parte de España de la obligación incluida en la Directiva de que el permiso parental de ocho semanas del artículo 48. bis del Estatuto sea retribuido. Durante la espera, solamente cabe recordar que toda interpretación de estos mecanismos debe hacerse siempre en favor de la conciliación familiar, velando por el respeto a la vida personal de la persona trabajadora y adoptando una postura que permita simultáneamente no perjudicar a la mujer por asumir un rol de cuidados e incentivar al hombre a asumir una mayor corresponsabilidad.

## Notas

---

- 1 Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, publicado en el BOE núm. 154, de 29 de junio de 2023.
- 2 Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, publicada en el DOUE núm. 188, de 12 de julio de 2019.
- 3 Conforme a lo previsto en el artículo 86.1 de la Constitución española tras la habilitación otorgada por la STC 1/2012 de 13 de enero de 2012 (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012), conforme recuerda CASTRO ARGÜELLES, M. A. (2024). Conciliación de la vida familiar y laboral de progenitores y cuidadores: la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 por el Real Decreto-Ley 5/2023. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 271, Sección Estudios.
- 4 CANO GALÁN, Y. (2023). Disecionando el Real Decreto ley ("ómnibus") 5/2023, de 28 de junio: especial referencia a las novedades laborales y de seguridad social. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9.
- 5 Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE, publicada en el DOUE núm. 68, de 18 de marzo de 2010.
- 6 "Los Estados miembros podrán introducir o mantener disposiciones que sean más favorables para los trabajadores que las establecidas en la presente Directiva".
- 7 Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2023 (rec. 239/2021).
- 8 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 4 de junio de 2020, asunto C-588/18, respondiendo a una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional planteada mediante auto de 3 de septiembre de 2018.
- 9 Esta conclusión parte de la jurisprudencia sentada por la anterior sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2010 (RJ\2010\7568), que determina claramente que "El permiso no está previsto «para que el trabajador pueda disfrutar de tres días de asueto, retribuidos, mientras que el familiar hospitalizado ya se encuentra recuperado, o incluso trabajando. Pero aunque, ciertamente, esas situaciones no permitirían seguir haciendo uso, hasta agotarlo, del permiso cuestionado, tal consecuencia no puede ser el resultado del simple alta hospitalaria [no lo regula así el texto del convenio] sino del alta médica, que habría hecho desaparecer la razón última del permiso, justificado por la situación patológica del familiar".
- 10 DÍEZ-PICAZO, L. (1997). *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*. Barcelona: Bosch, 1997, pp. 479-535 (10.ª ed.)
- 11 Real Decreto-ley 8/2024, de 28 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el marco del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024, publicado en el BOE núm. 288, de 29 de noviembre de 2024.
- 12 Nota emitida con ocasión de los acuerdos adoptados en el Consejo de Ministros del día 27 de junio de 2023 en la que se afirma que "el permiso para ausentarse del puesto de trabajo con derecho a remuneración [sería de] cuatro días retribuidos para el nuevo derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor".