

PERMISO POR INFORTUNIO FAMILIAR VERSUS PERMISO PARA CUIDADORES: ACERCA DEL HECHO DE CAUSANTE DEL PERMISO ARTÍCULO 37.B) ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES AL HILO DE LA SENTENCIA 848/2026, DE 11 DE JUNIO, DEL TRIBUNAL SUPERIOR JUSTICIA DE CANARIAS- LAS PALMAS

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

NET21 NÚMERO 35, OCTUBRE 2026

Partiendo de un supuesto de hecho sencillo, la sentencia comentada aborda una cuestión de calado acerca de la interpretación del artículo 37.3.b) del Estatuto de los Trabajadores (ET). Según esta norma (y en lo que aquí interesa), “la persona trabajadora, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración ... cinco días por ... enfermedad grave ... (de) parientes hasta el segundo grado por consanguineidad o afinidad ... 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”.

El supuesto de hecho es, como se avanzó, sencillo: la trabajadora demandante, en su nombre y en el de su bebe lactante, impugnan la negativa empresarial al disfrute de los 5 días de permiso, solicitando una indemnización para la trabajadora y para su bebé por discriminación; a tal efecto, sostienen sus pretensiones en un informe del médico de la sanidad pública donde se dice “lactante requiere de cuidado por la madre durante 3 días”; para la empresa ello no acredita la enfermedad grave; la sentencia de instancia acoge la tesis de la empresa; la trabajadora recurre en suplicación y consigue sentencia favorable.

1. ACERCA DEL HECHO CAUSANTE DEL PERMISO: ENFERMEDAD GRAVE DE UN FAMILIAR VERSUS NECESIDAD DE CUIDADOS DE UN CONVIVIENTE

La sentencia comentada, que contiene un voto particular discrepante del voto mayoritario, aborda una cuestión de calado acerca de la interpretación del artículo 37.3.b) del ET. Aunque la cuestión tiene más alcance (como veremos en el siguiente epígrafe), en el caso se ha planteado en los siguientes términos: ¿queda acreditado el presupuesto de hecho del artículo 37.3.b) del ET con un informe del médico de la sanidad pública donde exclusivamente se dice “lactante requiere de cuidado por la madre durante 3 días”? ¿o es insuficiente en la medida en que no se hace referencia alguna a la enfermedad del bebé lactante, ni a su gravedad?

Para el voto mayoritario de la sentencia vale con ese informe y para ello se pone el acento en la necesidad de cuidados más que en la enfermedad grave.

Al efecto de poner a la enfermedad grave en un lugar secundario, la sentencia comentada recuerda que es un dato personal especialmente protegido que solo excepcionalmente puede ser tratado en los casos del artículo 9 del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). Aquí está un punto controvertido. El voto mayoritario sostiene que los casos de dicho artículo solo permiten el tratamiento de datos personales relativos a la salud cuando se trate de prevención de riesgos laborales (artículo 9.2.h¹). El voto particular rechaza la afirmación del voto mayoritario e invoca la excepción relativa a las obligaciones contractuales en materia laboral (artículo 9.2.b²). Pero la afirmación del voto particular no resuelve la controversia, sino que solo la desplaza a considerar si la excepción relativa a las obligaciones contractuales en materia laboral ampara la limitación en términos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, y en este

¹ “El tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario”.

² “El tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado”.

sentido, el voto mayoritario apunta hacia una comparativa difícil de rebatir en relación con “las personas trabajadoras que suspenden el contrato de trabajo por incapacidad temporal sin desvelar las razones médicas a la empleadora”. Y aún se podría traer a colación la regulación de los reconocimientos médicos donde se limita el acceso de la empresa a los datos médicos (artículo 22 de la Ley de prevención de riesgos laborales) ¿Por qué en estos casos la empresa no puede acceder a datos médicos de la persona trabajadora, y sí que podría en el caso del artículo 37.3.b) del ET cuando, además, son datos médicos de terceras personas?

En todo caso, el voto mayoritario no prescinde de la enfermedad grave, sino que la interpreta flexiblemente con la finalidad de asimilarla, a lo menos en el caso concreto enjuiciado, a la necesidad de cuidado, invocando criterios hermenéuticos de legalidad ordinaria (interpretación teleológica y analógica), así como criterios supraleales (la perspectiva de infancia y el enjuiciamiento en perspectiva de género). Resulta conveniente recordarlos de una manera sucinta:

— Criterio teleológico: El artículo 37.3.b) del ET es la trasposición del permiso para cuidadores del artículo 6 la Directiva 2019/1158 (UE) 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 si la finalidad de la norma comunitaria es la protección efectiva en particular de las personas cuidadoras, lo relevante para el caso es que la trabajadora dispone de un informe médico de la sanidad pública que acredita la necesidad de cuidado de su bebé.

— Analogía: Ante la falta de una norma legal expresa que clarifique el alcance concreto del presupuesto del hecho causante, la sentencia acude a soluciones comparables recordando la línea flexibilizadora de la jurisprudencia en orden a la interpretación dada al requisito de cuidado «directo, continuo y permanente del menor durante el tratamiento de larga duración» a los efectos de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer o enfermedad grave.

— Perspectiva de infancia e interés superior del niño: Este es un punto muy sólido del argumentario del voto mayoritario que se sustenta normativamente en la Convención de derechos del niño y en la normativa interna de desarrollo. Con toda la razón, se afirma que “el concepto «enfermedad grave» en el caso de un lactante, debe ser siempre interpretado de forma flexible, nunca restrictiva o excluyente, ni con una perspectiva adultocéntrica”, y en este sentido, se ejemplifica que, “para un bebé puede ser grave, un padecimiento puntual, que sería anodino para una persona adulta, por ejemplo, una leve gastroenteritis puede llegar a deshidratar a un bebé en un corto periodo de tiempo, una crisis respiratoria con broncoespasmos inicialmente leve, puede incidir gravemente en las vías respiratorias y la capacidad de respirar, o una infección bacteriana puede traducirse en cuadro de neumonía mortal, si no se vigila a tiempo y se toman medidas con urgencia”. En conclusión, “el obligado enjuiciamiento del caso desde la perspectiva del bebé afectado requiere flexibilizar el acceso al cuestionado permiso, relativizando en este caso, el concepto «enfermedad grave» de acuerdo con las necesidades vitales propias de un cuerpo humano de escasas dimensiones y sistema inmune inmaduro y altamente susceptible a infecciones”.

— La perspectiva de género: Se trata de otro punto muy sólido del argumentario del voto mayoritario que lleva a concluir que “la integración del principio de igualdad exigido como obligación legal para quien juzga, por mandato del art. 4 de la LIEMH, nos lleva necesariamente a no restringir su interpretación, debiendo dar prevalencia a la necesidad probada de cuidados de la madre trabajadora respecto a su bebé lactante frente a interpretaciones restrictivas que añaden requisitos no exigidos por la ley o presumen fraude, no probado”.

Con este resumen del argumentario del voto mayoritario y nuestra adhesión a tales argumentos, podríamos concluir este comentario. Sin embargo, es oportuno ir un poco más allá para desentrañar de dónde vienen las dudas acerca de si el hecho causante es la enfermedad grave o la necesidad de

cuidados. Una indagación que, no solo permitirá desentrañar el embrollo, también servirá de prueba del nueve de la corrección de la sentencia comentada.

2. UN NECESARIO EXCURSO SOBRE LA TRANSPOSICIÓN ESPAÑOLA DEL PERMISO PARA CUIDADORES REGULADO EN EL DERECHO COMUNITARIO

Hasta el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, el artículo 37.3.b) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) contemplaba un permiso por infortunio familiar cuya ascendente comunitario se encontraba en la ausencia por fuerza mayor familiar³ regulada el Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental de 1996, y en su revisión de 2010, de donde ha pasado la actual Directiva 2019/1158.

Quienes redactaron el RDL 5/2023 debieron considerar que el permiso por infortunio familiar no tenía tanto que ver con la ausencia por fuerza mayor familiar como con el novedoso permiso para cuidadores regulado en el artículo 6 de la Directiva 2019/1158. Y es por eso que introducen expresamente la ausencia por fuerza mayor familiar en un nuevo apartado 9 del artículo 37 del ET, y además (y esto es lo que aquí nos interesa destacar) acoplan el permiso para cuidadores en el artículo 37.3.b) del ET, pasando a completar el permiso por infortunio familiar.

Haciendo la trasposición de este modo, nos encontramos con un artículo 37.3.b) del ET que, en realidad, contempla dos permisos claramente separados (y hemos de añadir que las primeras interpretaciones judiciales van en esa línea):

— El tradicional permiso por infortunio familiar que se concede cuando concurre en determinados familiares una de las causas de infortunio establecidas en la norma (entre ellas, la enfermedad grave), sin que en estos casos la persona trabajadora deba acreditar ni la convivencia con el familiar ni la necesidad de cuidados, solo la relación familiar y la causa de infortunio (en este

³ Me remito a José Fernando LOUSADA AROCHENA & Pilar NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS: *Jornada de trabajo y derechos de conciliación*, Editorial Tecnos (Madrid, 2015), pp. 39 ss.

sentido, véanse la STSJ/Galicia 3159/2024, de 27/07/2024⁴, o la SAN 15/2025, de 31/01/2025⁵).

— El permiso para cuidadores cuando no haya la relación familiar contemplada en la norma que se concede cuando haya convivencia con la persona trabajadora y la necesidad de cuidados de la tercera persona no familiar.

Aquí es dónde surge el problema al que se ha enfrentado la sentencia comentada: cuando se trata de familiares convivientes y cuidadores, como es el caso de la madre de un bebé lactante, ¿se le puede exigir, además, acreditación de la enfermedad grave? De llegar a esa conclusión, colocaríamos a la madre (o a cualquier otro familiar) en situación más exigente para el acceso al permiso del artículo 37.3.b) del ET que a quien, no siendo familiar, cuida a un conviviente.

Para evitar esta situación debemos concluir que el familiar, para acceder al permiso del artículo 37.3.b) del ET dispone de dos vías: (1) en cualquier caso (sea conviviente y cuidador, o no), acreditando la enfermedad grave u otra causa de infortunio familiar contemplada en la norma; y (2) siendo conviviente y cuidador, acreditando esas circunstancias, sin necesidad de acreditar las causas de infortunio familiar, o, cuando menos, flexibilizándolas. Esta ha sido la respuesta dada por la sentencia comentada, y, a nuestro juicio, la única respuesta lógica atendiendo al conjunto normativo y a la transposición de la norma comunitaria.

⁴ STSJ/Galicia 3159/2024, de 27/07/2024 (Procedimiento de conflicto colectivo 17/2024; ECLI:ES:TSJGAL:2024:4671).

⁵ SAN 15/2025, de 31/07/2025 (Procedimiento de conflicto colectivo 378/2024; ECLI:ES:AN:2025:99). Comentada por María ARETA MARTÍNEZ: “El permiso retribuido por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización de un familiar [artículo 37.3.b) ET]. ¿La persona trabajadora debe acreditar su condición de conviviente o de cuidadora directa del familiar para poder disfrutar del permiso?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2 /2025.