



El permiso retribuido de cinco días para cuidadores: la legislación luxemburguesa un ejemplo para la supervivencia de las Pymes españolas

FIVE-DAY RETRIBUTED CARETAKER'S LEAVE: THE LUXEMBOURGIAN LEGISLATION AN EXAMPLE FOR THE SURVIVAL OF SMALL AND MEDIUM-SIZE COMPANIES

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

csrodas@us.es  0000-0001-9780-7860

Recibido: 02.06.2024 | Aceptado: 02.06.2024

La Directiva 2019/1158 relativa a la Conciliación de la Vida Familiar y la Vida Profesional de los Progenitores y los Cuidadores prevé en su Considerando 27 que cada trabajador¹ ha de poder disfrutar de un “permiso para cuidadores”² de cinco días al año con el “fin de ofrecer más oportunidades de permanecer en el mercado de trabajo a los hombres y las mujeres con responsabilidades en el cuidado de familiares”.

El previsible incremento de la necesidad de cuidados no profesionales es la justificación esgrimida por el legislador de la Unión Europea para regular este permiso, idea también presente en el Considerando 7 de la Directiva. Necesidad que derivará principalmente de lo que se denomina el “envejecimiento a la europea” –caracterizado no sólo por un incremento del número de personas de edad avanzada, sino por una auténtica modificación de la pirámide de población– y que plantea innumerables desafíos al Estado del Bienestar. De hecho, ya en el siglo pasado se planteó el debate sobre si afrontar este tipo de situacio-

1. Determinar quiénes han de calificarse como trabajadores a efectos de la Directiva 2019/1158 no es cuestión pacífica ante la ambigüedad de la redacción de la Directiva que ha de ser interpretada a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cfr. Sánchez-Rodas Navarro C.: “Los conceptos de trabajador/a en la Directiva 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores: zonas grises”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 38, 2024, pp. 41-63.

2. Artículo 3.1.c) de la Directiva 2019/1158: “Permiso para cuidadores: ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores a fin de prestar cuidados o ayuda personales a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro”.

nes es una obligación moral (tesis conservadora) que ha de recaer sobre la familia o sobre los propios sujetos; o bien ha de ser responsabilidad de los poderes públicos (tesis socialdemócrata).

En la práctica, la familia –a la que González Ortega calificó como la protección social invisible³– sigue desempeñando un papel fundamental para afrontar aquellas situaciones a las que los poderes públicos no pueden dar una respuesta satisfactoria. Panorama que no va a cambiar significativamente con la Directiva 2019/1158 pues ésta no ha previsto soluciones que impliquen la asunción por parte de los Estados de esa carga, sino que traslada el problema a los allegados de la persona necesitada de cuidados. Y, además, de manera altruista porque la Directiva no impone en ninguno de sus apartados la obligación de que ese permiso para cuidadores sea retribuido. Simplemente “anima” a los Estados miembros para que introduzcan “una remuneración o prestación, a fin de garantizar que los cuidadores ejerzan realmente este derecho, en particular los hombres” (Considerando 32).

Consciente el propio legislador de la Unión Europea de que se podría ejercer un uso abusivo o fraudulento de este permiso para cuidadores, en el Considerando 27 de la Directiva se prevé que los Estados miembros puedan exigir una certificación médica previa de la necesidad de asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave. Desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, por tanto, nada impide que los Estados establezcan un control previo por parte de profesionales médicos de la necesidad real de recibir cuidados no profesionales por parte de los allegados del trabajador/a.

En la misma línea, y con objeto de limitar el impacto que la trasposición de la Directiva supondrá para los empleadores ésta fija un doble tope temporal en su duración: cinco días al año.

Y, con todo, plenamente consciente la propia Directiva de que su trasposición será especialmente gravosa para la pequeña y mediana empresa, su Considerando 48 exige, además, que “al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros deben velar por evitar imponer trabas de carácter administrativo, financiero o jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de microempresas y de pequeñas y medianas empresas, o una carga excesiva para los empleadores. Se invita, por tanto, a los Estados miembros a evaluar minuciosamente la repercusión de sus medidas de ejecución en las pymes, con el fin de garantizar la igualdad de trato para todos los trabajadores y que las pymes no se vean afectadas de manera desproporcionada por dichas medidas, prestando especial atención a las microempresas”.

La Directiva 2019/1158, como es bien sabido, se traspuso a la legislación española fuera de plazo⁴, pero eso no debiera ser excusa para que el gobierno español haya ignorado totalmente este Considerando 48 y obviado analizar el impacto y

3. González Ortega, S.: “La protección social de las situaciones de dependencia” en: González Ortega, S. y Quintero Lima, M. G. (coords.); *Protección social de las personas dependientes*, La Ley, Madrid. 2004, p.18.

4. De la Flor Fernández, M. L.: “La Directiva sobre conciliación y su trasposición en España”, *Temas Laborales*, núm. 168, 2023, pp. 41-43.

repercusión sobre las Pymes. Y es que, aunque se comparta plenamente la necesidad de implementar medidas que garanticen la igualdad real por razón de género a la hora de asumir cargas familiares, también hay que tener presente que el gasto derivado de que los trabajadores asuman el cuidado no profesional de un amplio elenco de allegados no puede recaer exclusivamente en los empleadores, sobre todo cuando se trata de pequeñas y medianas empresas que pueden ver peligrar su supervivencia cuando al incremento de impuestos y salarios se le añaden nuevos costes laborales.

En España, la trasposición del permiso para cuidadores ha conllevado incrementar en más del doble la duración de los permisos retribuidos por razones familiares del artículo 37.3.b) TRET, además de ampliar también el círculo de posibles sujetos causantes equiparando la pareja de hecho al matrimonio. Tampoco es ya imprescindible que exista vínculo de parentesco o afectividad puesto que el permiso retribuido también ha de ser concedido para prestar cuidados a cualquier persona que viva en el mismo hogar que el trabajador. Ante la laxitud legislativa los empleadores pueden verse obligados a conceder un permiso retribuido por el solo hecho de que una persona necesitada de cuidados opte por instalarse temporalmente con el trabajador/a para ser atendido, incluso teniendo recursos propios para sufragarse esos cuidados no profesionales en su propio hogar.

Llegados a este punto hemos de plantearnos la pregunta de si, concretamente, en el caso del permiso por cuidadores era obligatorio para España reformar el artículo 37.3.b) TRET y ampliar la duración de los permisos retribuidos por motivos familiares de dos a cinco días. A la doctrina científica no le ha suscitado dudas este punto y, sin embargo, a efectos puramente polemizadores cabe defender que no era preceptivo por cuanto la legislación española ya garantizaba dos días de permiso por una pluralidad de sujetos causantes, lo que implicaba que *de facto* con anterioridad al plazo de trasposición de la Directiva 2019/1158⁵ el número de días de permiso por causas familiares pudiera ser superior a cinco días al año. De hecho, la Directiva 2019/1158 no exige que se haya de reconocer cinco días por cada persona necesitada de cuidados en el mismo año, sino que se puedan disfrutar cinco días al año para prestar cuidados no profesionales.

Una de las diferencias más evidentes entre la Directiva 2019/1158 y su trasposición en España es que el legislador nacional no ha establecido ningún tope anual en cuanto al número de días que se pueden disfrutar de permiso retribuido para cuidadores y que dependerá, en última instancia, del número de potenciales sujetos causantes y sus condiciones médicas⁶: si en el mismo año un trabajador es abuelo, su madre se

5. Artículo 16.1 de la Directiva 2019/1158: "Los Estados miembros podrán introducir o mantener disposiciones que sean más favorables para los trabajadores que las establecidas en la presente Directiva".

6. Nieto Rojas, P.: "La trasposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del Real Decreto-ley 5/2023", *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7, 2023, p. 93: la legislación española "mejora en este punto la regulación comunitaria que establece un límite de cinco días anuales, habida cuenta que, en la transposición efectuada por el legislador español se reconoce el derecho de cinco días siempre que se produzca una causa que pueda motivar el permiso".

opera de la rodilla, su hermana del tiroides y un amigo que pasa temporadas con él es intervenido de una hernia tendría derecho a veinte días retribuidos por estas causas.

A mayor abundamiento, la legislación española no ha introducido ninguna cláusula que garantice al empleador que existe realmente una necesidad médica de prestar cuidados no profesionales y por cuánto tiempo. Sin lo cual decae la razón de ser del permiso que, no obstante, se ha de conceder: sería el caso, entre otros ejemplos y tan real como la vida misma, de parto hospitalario por el cual solicitan simultáneamente el permiso de cinco días todos los hermanos/as, cuñados/as y abuelos/as, aunque los cuidados que presten a la parturienta podrían no pasar de una simple visita.

Pero sin duda el punto álgido es la cuestión de si el permiso para cuidadores ha de ser retribuido. El artículo 8 de la Directiva 2019/1158 no obliga a los Estados a retribuirlo. El gobierno español, en cambio, hace recaer todo el peso económico sobre los empleadores, aunque tenía a su alcance otras opciones, por ejemplo:

- Que el cuidador/a cobrara una prestación de Seguridad Social durante los días de ausencia al trabajo.
- Mantener los dos días retribuidos de permiso ya existentes en la legislación española y añadir tres días de permiso no retribuido.
- O podría haber tomado como referente la trasposición de la Directiva 2019/1158 realizada por Luxemburgo:

En este Estado, el permiso para cuidadores se somete a un período de carencia: cinco días laborales por cada doce meses de trabajo.

Al tercer día de ausencia, como máximo, los trabajadores están obligado a entregar a su empleador un certificado médico atestiguando que se cumplen los requisitos de necesidad de cuidados o asistencia por parte del sujeto causante.

Y lo que es lo más importante: se comparten entre el Estado y los empleadores la carga económica del permiso puesto que el Estado luxemburgués reembolsa al empleador el cincuenta por ciento de los costes salariales ocasionados por el disfrute del permiso para cuidadores.

Bibliografía

- De la Flor Fernández, M. L.: "La Directiva sobre conciliación y su trasposición en España", *Temas Laborales*, núm. 168, 2023.
- González Ortega, S.: "La protección social de las situaciones de dependencia" en: González Ortega, S. y Quintero Lima, M. G. (coords.); *Protección social de las personas dependientes*, La Ley, Madrid. 2004.
- Nieto Rojas, P.: "La trasposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del Real Decreto-ley 5/2023", *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7, 2023.
- Sánchez-Rodas Navarro C.: "Los conceptos de trabajador/a en la Directiva 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores: zonas grises", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 38, 2024.