Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Estudios de Doctrina Judicial
nº 45 (4º Trimestre 2025)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370
Págs. 163-181

La prestación por cuidado de menores afectados por una enfermedad grave: especial referencia al ingreso hospitalario de larga duración en la STS del 3 de diciembre de 2024

Benefit for the care of minors affected by a serious illness: special reference to long-term hospital admission requirement in the STS of december 3, 2024

Ángeles Ceinos Suárez *Profesora Titular Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Oviedo*
https://orcid.org/0000-0002-9910-3645

Sumario

1. **La prestación económica por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave: finalidad y avatares normativos**
2. **La prestación económica por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave: un supuesto de hecho complejo y difícil de valorar**
   2.1. La noción de enfermedad grave
   2.2. El cuidado: características y condiciones
   2.3. El ingreso hospitalario
3. **La prestación económica por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave: personas beneficiarias**
4. **La sentencia del TS de 3 de diciembre de 2024: cuatro años de decisiones judiciales discrepantes entorno a la noción de ingreso hospitalario**
   4.1. La interpretación amplia del ingreso hospitalario: la sentencia de instancia
   4.2. La STSJ de Cataluña de 22 de diciembre de 2021: el ingreso hospitalario condición previa para la obtención de la prestación
   4.3. La sentencia de contraste: ¿se puede equiparar a ingreso hospitalario la entrada en un establecimiento sanitario para recibir tratamiento?
   4.4. La STS de 3 de diciembre de 2024: retorno al punto de partida
5. **Reflexión final**
6. **Bibliografía**

Fecha Recepción: 9/7/2025
Fecha Revisión: 10/10/2025
Fecha Aceptación: 11/10/2025

Cita Sugerida: CEINOS SUÁREZ, Á.: «La prestación por cuidado de menores afectados por una enfermedad grave: especial referencia al ingreso hospitalario de larga duración en la STS del 3 de diciembre de 2024». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 45 (2025): 163-181.

Resumen

Este trabajo analiza el fallo de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2024 en la que se discute si una madre cuyo hijo sufre una enfermedad grave tiene derecho al reconocimiento de la reducción de jornada y la correspondiente prestación del sistema de seguridad social. La importancia de la sentencia radica en la amplia interpretación realizada por el Tribunal Supremo. Aplicando como canon de interpretación la finalidad perseguida por la norma se estima la petición de la solicitante, aunque su hijo no había sido ingresado en el hospital. Lo importante en este caso es la concurrencia de una clara necesidad de cuidado permanente. Este fallo contribuye, sin duda, a incrementar el nivel de protección de los menores que padecen cáncer u otras enfermedades graves.

Palabras clave

Prestación económica; cuidado de menores con enfermedades graves, ingreso hospitalario

Abstract

This paper analyses the Supreme Court's ruling of December 3, 2024, which discusses whether a mother whose child suffers from a serious illness is entitled to recognition of reduced working hours and the corresponding social security benefits. The importance of the ruling lies in the Supreme Court's broad interpretation. Applying the purpose pursued by the law as a canon of interpretation, the applicant's request is granted, even though her child had not been admitted to the hospital. The important thing in this case is the existence of a clear need for permanent care. Undoubtedly, this ruling contributes to increasing the level of protection for minors suffering from cancer or other serious illnesses.

Keywords

Economic benefit; care of minors affected by cancer or other serious illness; hospital admission requirement

1. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADO DE MENOR AFECTADO POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE: FINALIDAD Y AVATARES NORMATIVOS

Como se sabe, el pasado mes de diciembre el TS emitió una sentencia de especial transcendencia en relación con la prestación a la que hace referencia el título de este trabajo. Se trata de la STS de 3 de diciembre de 2024 (núm. rec. 1524/2022), cuyo análisis y comentario constituye el objeto de este trabajo. No obstante, y sin perjuicio de que nos centremos más adelante en los aspectos clave de dicho pronunciamiento y en su trascendencia a efectos de modificar el estado de la cuestión, al menos por lo que se refiere a uno de los elementos integrantes de la situación que se pretende proteger, resulta pertinente realizar con carácter previo un aproximación siquiera panorámica a la regulación de esta prestación, así como a los problemas que su aplicación ha venido ocasionando.

Hace quince años que el sistema de seguridad social español previó la existencia de una prestación vinculada al cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave[1]. La disposición final vigésima primera de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 fue la encargada de incorporar en nuestro ordenamiento jurídico de protección social una prestación económica, que beneficia a personas trabajadoras, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, cuyo número se ha ido incrementando paulatinamente desde su aprobación[2].

La prestación a la que nos referimos se encuentra regulada en estos momentos en los arts. 190 a 192, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre[3] (LGSS, en adelante) y en los artículos que conforman el RD 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidados de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (RDPECUME, en adelante). Este conjunto normativo ordena la prestación de seguridad social, pero no puede perderse de vista que dicha prestación se prevé para compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas progenitoras, guardadoras con fines de adopción o acogedoras de carácter permanente que reducen su jornada de trabajo en, al menos, un cincuenta por ciento, para ocuparse del cuidado de menores a su cargo, que padecen cáncer o alguna otra enfermedad grave, derecho que reconoce el art. 37.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante). Asimismo, específicamente en el ámbito de la Administración Pública, ese derecho se reconoce en el art. 49.e del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP, en adelante) en forma de permiso.

Desde el punto de vista de la seguridad social nos encontramos ante una prestación de carácter económico, asociada a la correspondiente reducción de jornada, que puede ser solicitada por

[1] Ballester Pastor, I.: "Prestación económica por cese de actividad por cuidado de menores con enfermedad grave: primeras reflexiones", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 25, 2011, pp. 192 y ss.; Kahale Carrillo, D.T.: "La nueva prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave", *Temas Laborales*, núm. 112, 2011; Fernández Orrico, F.J.: "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave", *Estudios financieros. Revista de Trabajo y seguridad social*, núm. 344, 2011, pp. 129 y ss.

[2] Se pueden consultar, entre otros, los datos relativos al número de procesos iniciados en cada periodo anual desde 2012 hasta la actualidad, así como el número de procesos en vigor al final de cada período, la duración media de procesos finalizados y el gasto por proceso en https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST45/2503 (consultado el 5 de mayo de 2025).

[3] La versión inicial de esta prestación la encontramos en el art. 135 quáter del RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

la persona progenitora, guardadora con fines de adopción o acogedora permanente[4]. La reducción de jornada mencionada va acompañada de una disminución proporcional del salario lo que dota de sentido el reconocimiento de una prestación económica que corre a cargo del sistema de seguridad social. El ET en su art. 37.6 fija los límites aplicables a dicha reducción tanto desde el punto de vista de su intensidad como de su duración[5]. En particular, la reducción de jornada ha de afectar, al menos, a la mitad de su duración y por lo que se refiere a su mantenimiento en el tiempo se podrá percibir, con carácter general, hasta que la persona afectada por la enfermedad grave cumpla veintitrés años, sin perjuicio de que en determinados casos pueda llegar a extenderse hasta que dicha persona cumpla los veintiséis[6].

Los arts. 190 a 192 LGSS donde se encuentra la regulación de esta prestación han sido modificados hasta en tres ocasiones desde su entrada en vigor, varias modificaciones en un período relativamente corto de tiempo lo que da buena cuenta de las dificultades que ha generado su interpretación y su correspondiente aplicación[7]. Una prueba clara de ello es el hecho de que la mayoría de las modificaciones que han experimentado estos tres preceptos responden a la necesidad concreta de ajustar el contenido de la ley a ciertos pronunciamientos del TS[8].

2. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADO DE MENOR AFECTADO POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE: UN SUPUESTO DE HECHO COMPLEJO Y DIFÍCIL DE VALORAR

La prestación económica que nos ocupa cuenta, como ya se ha indicado, con una regulación no muy extensa, pero lo suficientemente ambigua como para que su aplicación haya generado bastantes dudas a la hora de ser aplicada, lo que, por otra parte, también pone de manifiesto la presencia de intereses claramente contrapuestos concentrados en torno a las familias, de un lado, y las entidades que, en su caso, han de abonar la prestación, de otro. Algunas de esas dudas han encontrado respuesta en los tribunales superiores de justicia, otras, en cambio, han sido resueltas por el Tribunal Supremo ante la existencia de disparidad de criterios en los tribunales inferiores, lo que constituye una prueba más de las dificultades interpretativas apuntadas. Afortunadamente, no todos los aspectos de la configuración del derecho y de la fisonomía de la prestación han generado problemas interpretativos, de hecho, tales problemas se han concentrado principalmente en torno a tres aspectos: la situación

[4] Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R.: *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 20ª edición, 2024.

[5] Llamosas Trápaga, A.:"El cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: Una nueva modalidad de reducción de jornada", *Academia Vasca de Derecho*, Bilbao, año XII, núm. 24. Junio 2013, pp. 235 y ss.

[6] En concreto, se mantendrá el derecho a esta reducción hasta que la persona cumpla 26 años si antes de alcanzar 23 años acreditara, además, un grado de discapacidad igual o superior al 65%.

[7] En los últimos cinco años esta prestación ha sido modificada en dos ocasiones. Ciertamente, con una diferencia de año y medio, dos normas con rango de ley han introducido cambios en la redacción de los arts. 190, 191 y 192 LGSS, que hacen referencia, a la situación protegida, las personas beneficiarias y la prestación económica. La primera reforma llevada a cabo en este último lustro corrió a cargo de la Ley 22/2021, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2022 y la segunda tuvo lugar en 2023, tras la aprobación del Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones. En 2023 también se modificó la norma reglamentaria con el objetivo, precisamente, de adoptar dicho desarrollo a los cambios introducidos por las normas de rango legal. Un panorámica de la situación en Aragón Gómez, C.: "Modificaciones del desarrollo reglamentario de la prestación por cuidado de menores gravemente enfermos introducidas por el Real Decreto 677/2023, de 18 de julio", *Briefs AEDTSS*, n1 54, 2023.

[8] Se trata de las reformas llevadas a cabo por la Ley 22/2021, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2022 y por el Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, respectivamente.

protegida, los beneficiarios de la prestación y los requisitos susceptibles de ser exigidos para generar el derecho.

Centrándonos en la situación que se pretende proteger con el reconocimiento del derecho a la reducción de jornada y la correspondiente prestación económica hay que decir que presenta una intensa dosis de complejidad. Al menos tres son los elementos clave que la conforman. En primer lugar, la noción de enfermedad grave, en segundo lugar el cuidado requerido y por último, la presencia de un ingreso hospitalario u otras actuaciones que puedan quedar asimiladas a un ingreso hospitalario. En este apartado vamos a detenernos únicamente en algunos de los problemas y dudas que suscitan dichos elementos, así como en algunos aspectos susceptibles de ser destacados.

2.1. La noción de enfermedad grave

El RDPECUME contiene un anexo en el que se recoge una lista de enfermedades consideradas graves a efectos del reconocimiento de esta prestación. Esta lista fue objeto de actualización en 2019 cuando se incorporaron a ella tres enfermedades más[9]. En particular, tres patologías de distinta índole y etiología que comparten una característica principal, su gravedad, y que ya habían sido calificadas como tal por los tribunales a efectos del reconocimiento de la prestación. Cierto es que la manera más ágil y aparentemente sencilla de gestionar la calificación de una enfermedad como grave pasa por elaborar una lista en la que se incluyan aquellas enfermedades que presenten tal consideración, pero como siempre ocurre con esta técnica se corre el riesgo de posibles omisiones. Además, la aparición de nuevas enfermedades y la evolución en los diagnósticos obligan a tener presente que dicha lista debería ser dinámica y debería ir actualizándose a la par que los avances en medicina permiten identificar más patologías con mayor precisión, lo cual, como sabemos no está ocurriendo. No obstante, los Tribunales no son ajenos a esta realidad de ahí que en algunos casos hayan calificado como graves a los efectos que aquí interesan determinados padecimientos que inicialmente no aparecían incluidos en la lista de referencia. Tal es el caso de la enfermedad de Duchene[10] o el transtorno de Phelan-Mcdermid[11], que pese a no estar recogidas en la lista hasta 2019, ya habían sido calificadas como graves y su padecimiento y cuidado habían dado lugar a la correspondiente prestación en 2015 y 2016, respectivamente.

2.2. El cuidado: características y condiciones

El segundo elemento que conforma la situación protegida es el cuidado requerido, al que la ley atribuye una variada serie de adjetivos que lejos de aclarar el supuesto han generado numerosos problemas de interpretación. El art. 190.1 LGSS establece que el cuidado ha de ser directo, continuo y permanente. De todos estos términos el primero es el más claro, de ahí que su interpretación no haya generado demasiadas dudas ante los tribunales, pues la referencia de la norma a un cuidado directo permite inferir que la persona progenitora o guardadora es quien ha de ocuparse del cuidado sin que resulte posible emplear a persona interpuesta. Los dos adjetivos adicionales que se predican del cuidado, esto es, continuo y permanente, son parecidos, pero no iguales y su interpretación ha dado lugar a diferentes pronunciamientos que nos dejan una doble sensación: por una parte, la de no poder ofrecer una respuesta unívoca, que dependerá, en todo caso, del análisis de las circunstancias del caso concreto; y por otra, la de que tal vez estos no hayan sido los adjetivos más apropiados cuando se

[9] La Orden TMS/103/2019, de 6 de febrero, modificó el anexo del RD 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (BOE 8-2-2019).

[10] STSJ de 15 de julio de 2015 (núm. rec. 1894/2014).

[11] STSJ de Madrid de 25 de abril de 2016 (núm. rec. 653/2015).

puede deducir con claridad que lo importante es el nivel de intensidad del cuidado y todo lo que ello supone sin que resulte aceptable realizar una interpretación literal de estos dos términos.

Tanto el adjetivo "continuo" como el adjetivo "permanente" se refieren a la ausencia de interrupciones en el requerimiento del cuidado. Resulta razonable pensar que la aplicación de esos adjetivos ha de realizarse teniendo en cuenta el contexto en el que se emplean, que no es otro que el diseño de una prestación del sistema de seguridad social pensada para hacer compatible trabajo y cuidado[12] por lo que, tal y como ha puesto de manifiesto el TS, el cuidado es directo, permanente y continuo, aunque el menor haya sido escolarizado y sea en el centro educativo donde reciba…parte de su tratamiento (STS de 28 de junio de 2016, núm. rec. 80/2015). (No se puede perder de vista que en el caso que dio lugar a esta sentencia la persona que solicitaba la prestación era la que dispensaba el cuidado cuando el menor no estaba en el centro educativo).

Valorar el tipo de cuidado requerido es especialmente complejo y en este sentido el TS no ha dejado de reiterar la importancia de las circunstancias que concurran en cada caso (STS de 5 de febrero de 2018, núm. rec. 680/2016), pues la misma enfermedad puede requerir un tipo de cuidado distinto al que no se le pueden aplicar los mismos adjetivos. Una prueba clara de ello la encontramos en el asunto que dio lugar a la STSJ de Andalucía de 6 de junio de 2019 (núm. rec. 566/2018) en la que se denegó la prestación previamente reconocida a la madre de un menor que sufría diabetes y estaba escolarizado. El motivo de la denegación no había sido el hecho de que el menor estuviera escolarizado y por ello se considerase que no requería el tipo de cuidado que la norma exige sino el hecho de que de las circunstancias del caso se podía deducir en primer lugar que no había habido hospitalizaciones y en segundo lugar que la enfermedad estaba controlada. El modo en que se dio respuesta a ese asunto permite concluir que la pregunta que hay que plantearse en estos supuestos es si se requieren unos cuidados especiales o intensos que obliguen a los progenitores o guardadores a solicitar la reducción de jornada. En palabras del TSJ de Andalucía "a pesar de que la madre tenía que acudir todos los días a las 11 horas al colegio para realizar el correspondiente análisis de glucosa… ya que en el centro educativo no había personal sanitario ni especializado que le pudiera administrar cuidados específicos, lo cierto es que el menor no había precisado hospitalización alguna…además la diabetes aparecía controlada y con buena respuesta al tratamiento"[13].

En la misma línea de interpretación, las SSTSJ de Madrid de 1 de abril de 2019 (núm. rec. 260/2018) y de 18 de julio de 2019 (núm. rec. 246/2019) deniegan la prestación. En el primer caso porque aunque la menor había sufrido un "debut diabético" que había requerido ingreso, estaba escolarizada, su madre seguía trabajando a tiempo completo y no había habido nuevos ingresos hospitalarios por lo que podía entenderse en el caso que la situación no requería el cuidado directo, continuo y permanente que exige la norma "ni el cuadro de dolencias que concurrían en el caso pudo ser asimilado en su gravedad y necesidad de atención familiar a la de la hospitalización o tratamiento de enfermedades graves". En el segundo caso también se denegó la prestación porque tampoco se había requerido ingreso hospitalario alguno, se trataba al menor en su domicilio mediante gimnasia respiratoria y medicación, no constaba la frecuencia con que se requería dicha gimnasia y en cuanto a la medicación que necesitaba se le administraba a la hora de las comidas y podía hacerlo cualquier persona[14].

[12] Así por ejemplo en las STSJ de Cataluña de 2019 (núm. rec. 3793/2019) y en la de 27 de septiembre del mismo año.

[13] Tampoco se reconoce la prestación en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de febrero de 2020 (núm. rec. 3442/2018) en la que se deniega la prestación por dos razones: la primera porque la patología del menor no estaba incluida en la norma reglamentaria y la segunda y principal porque no había quedado acreditado que las patologías que sufría el menor hicieran necesario un cuidado directo, continuo y permanente.

[14] A los efectos de acreditar el cuidado y su intensidad es preciso recordar que la Orden TMS/103/2019, de 6 de febrero, por la que se modifica el anexo del Real Decreto 1148/2011 de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra

Asimismo, hay que tener presente que nos encontramos ante una prestación que responde a una situación susceptible de experimentar cambios, de ahí que la prestación se extinga si ya no se requiere el cuidado directo, permanente y continuo porque se ha producido una mejoría del menor, que se viene entendiendo constatada por algunos tribunales si, por ejemplo, ya no se requieren ingresos hospitalarios. Ese modo de interpretar la normativa pierde de vista que de la ausencia de ingresos hospitalarios no se puede colegir la ausencia de la necesidad del cuidado. Como algunos tribunales han puesto de manifiesto "la necesidad de atención no tiene por qué ser permanente, las 24 horas del día, sino que basta una necesidad de atención directa para suplir la carencia o imposibilidad del menor de hacerlo en todos los aspectos de la vida, no solo en la medicación o en pautas de prevención y profilaxis, sino en la evitación de riesgos, lo que tiene mucha relación con la edad y la capacidad de raciocinio y entendimiento del menor" (STSJ de Castilla La Mancha de 10 de diciembre de 2020 (núm. rec. 1031/2019). Como se puede observar en el párrafo anteriormente transcrito las condiciones de edad o entendimiento, y podríamos añadir autonomía del menor, también han de ser valoradas cuando se pretende calificar el cuidado requerido lo que incorpora a la labor de interpretación la necesidad de valorar una serie de factores que la interpretación literal de la norma, que se lleva a cabo en algunos casos, elude por completo. En este sentido la STSJ del País Vasco de 12 de diciembre de 2017 (núm. rec. 2312/2017) denegó la extinción de la prestación que solicitaba la Mutua competente porque aunque el menor que recibía los cuidados había experimentado cierta mejoría y había dejado de acudir al hospital con frecuencia "el complejo sistema de atenciones que imponían sus especiales dolencias" seguía presente y por tanto se requería el mantenimiento de la reducción de jornada y de la correspondiente prestación.

Este mismo Tribunal en su sentencia de 27 de noviembre de 2018 (núm. rec. 2149/2018) reconoció el derecho a la prestación, mientras la mutua consideraba que debía extinguirse porque el menor ya estaba escolarizado. En efecto, el TSJ del País Vasco, en cambio, sostuvo lo contrario porque el menor requería seguimiento y administración del tratamiento para la diabetes. En esta misma línea el TSJ del País Vasco, siguiendo el criterio del TS según el cual la asistencia a un centro educativo no impide *per se* recibir la prestación (STS de 28 de junio de 2016, núm. rec. 80/2015) reconoció su mantenimiento porque había quedado acreditado que el menor seguía necesitando un tratamiento médico, que no le dispensaban los responsables del centro educativo y por tanto resultaba obvio que seguía requiriendo de cuidado[15]. Así pues, lo importante es acreditar que el menor requiere una serie de cuidados directos derivados de una enfermedad grave. Así, en el caso que dio lugar a la sentencia mencionada el padecimiento de la diabetes tipo I y el hecho de que el tratamiento continuado y permanente debía ser dispensado por un adulto debido a la corta edad del menor, eran los elementos clave a la hora de decidir y el Tribunal no dio importancia al hecho de que se requiriese hospitalización para ello o no. De hecho, en esta sentencia se recuerda, que el art. 2.1 *in fine* del RDPECUME equipara el ingreso hospitalario de larga duración a la continuación del tratamiento médico o al cuidado del menor en el domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave.

enfermedad grave también incluye la aprobación del modelo de declaración médica sobre la necesidad de cuidado continuo del menor (anexo II). Esta declaración recoge un apartado para llevar a cabo la evaluación de necesidades de cuidado diferenciando terapias intravenosas y subcutáneas, terapias nutricionales/digestivas, terapias respiratorias, cuidados quirúrgicos, terapias urológicas/nefrológicas o monitorización. Asimismo, se incluye un apartado en el que cabe la posibilidad de indicar que pese a no requerir ninguno de los tratamientos anteriormente mencionados sí se requieren otros cuidados específicos debido a distintas razones, entre otras, imunosupresión importante o epilepsia de difícil control.

[15] En el mismo sentido la STSJ de Madrid de 16 de junio de 2020 (núm. rec. 1038/2019) que tiene su origen en un caso en el que el causante padecía diabetes y tras un ingreso hospitalario en el que se le había diagnosticado la enfermedad comenzó a requerir un tratamiento continuado que el Tribunal equipara al cuidado directo, permanente y continuo que exige la norma.

En definitiva, estamos ante una materia respecto de la cual la importancia de las circunstancias concretas del caso es clara. De hecho, un análisis de los asuntos planteados ante los tribunales pone de manifiesto que nos podemos encontrar ante la misma enfermedad, pero no ante la misma respuesta a efectos del reconocimiento del derecho a la reducción de jornada y a la prestación, lo que permite concluir que lo importante es el cuidado requerido y no tanto la enfermedad, pues podemos estar ante la misma enfermedad, como ocurre en el caso de la diabetes, pero la intensidad del cuidado requerido difiere considerablemente. Así, la diabetes es una enfermedad que se caracteriza por su cronicidad y respecto de la cual confluyen una variedad de factores que no solo están conectados a sus síntomas por tanto a los efectos que aquí interesan a la hora de recibir el tratamiento es especialmente importante el grado de entendimiento del menor o su autonomía respecto de un adulto, tal y como se afirma en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de junio de 2019, núm. rec. 1722/2018, en la que se insiste mucho en la edad de la menor, que contaba con 6 años[16].

También en relación con el caso particular de la diabetes los tribunales diferencian entre las situaciones en las que se requiere un cuidado intenso y continuo y aquellas otras en las que resulta suficiente una atención puntual, que no se puede equiparar a un cuidado directo, continuo y permanente. Así, en el caso que dio lugar a la STSJ de Castilla y León (sección 1ª) de 26 de febrero de 2018, núm. rec. 2047/2017, la madre de la menor acudía al centro escolar solo una vez al día motivo por el cual se denegó la prestación al considerarse que no se requería cuidado continuo y permanente. En cambio, el propio TSJ de Castilla y León (sección 1ª) en su sentencia del 11 de octubre de 2021 (núm. rec. 131/2021) reconoció el derecho a la prestación al padre de un menor escolarizado, que padecía diabetes, pese a que la Mutua había presentado informes que ponían de manifiesto que ni el menor precisaba cuidado continuo ni el progenitor se lo dispensaba. Sorprendentemente, el Tribunal asumió el criterio de la instancia según el cual el carácter impredecible de la enfermedad y la posible concurrencia de una crisis hacía necesario que el padre estuviera disponible en cualquier momento por si resultase necesaria su intervención, lo que no significa que tuviera que dedicar varias horas "a estar exactamente junto al niño, pero sí que ha de estar disponible, atento y perspicaz ante un nuevo episodio".

2.3. El ingreso hospitalario

El tercer elemento que compone la situación protegida con el reconocimiento del derecho que nos ocupa es el ingreso hospitalario. El art. 190 LGSS hace referencia al ingreso hospitalario en unos términos que parecen condicionar el reconocimiento de dicho derecho a la existencia de un ingreso hospitalario de la persona que sufre la enfermedad grave. De acuerdo con este precepto la prestación que nos ocupa va unida a una reducción de jornada que tiene como finalidad "el cuidado directo, continuo y permanente del menor a su cargo afectado por cáncer…o por cualquier otra enfermedad grave que requiera ingreso hospitalario de larga duración, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad". El precepto transcrito anuda la gravedad de la enfermedad y el ingreso hospitalario de larga duración y parece hacerlo en términos condicionales, pues la referencia posterior al tratamiento continuado de la enfermedad se refiere a otro plano de análisis que es la duración de la necesidad: "…durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la actividad".

Asimismo, con independencia de que se comparta o no el modo en que se ha configurado, no se puede obviar que el art. 2 RDPECUME establece que "el cáncer o enfermedad grave que padezca el menor deberá implicar un ingreso hospitalario de larga duración que requiera su cuidado directo, continuo y permanente durante la hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad".

[16] En la misma línea de interpretación cabe mencionar la STSJ de Madrid de 28 de febrero de 2022 (núm. rec. 773/2021).

Tal parece que las normas que regulan la materia vinculan el reconocimiento de la prestación a la existencia de un ingreso hospitalario de larga duración, lo que nos plantea toda una batería de preguntas adicionales, que van desde la relativa a qué entendemos por ingreso hospitalario hasta la más evidente que obliga a plantearse cuándo tiempo ha de durar un ingreso hospitalario para ser considerado de larga duración.

Como no podía ser de otra manera dada la falta de concreción a la que acabamos de referirnos, la condición relativa al ingreso hospitalario de larga duración ha sido objeto de cierto cuestionamiento, pues resulta razonable pensar que una persona puede estar aquejada de una enfermedad grave que requiere un cuidado intenso con independencia de que haya habido ingreso hospitalario y con independencia de que dicho ingreso haya sido prolongado o no[17]. Y es que en muchas ocasiones a través de vías diferentes al ingreso hospitalario se pueden diagnosticar enfermedades graves, que, sin ninguna duda, van a generar situaciones en las que el cuidado requerido puede ser directo, permanente y continuo. Por esta razón, hubiera sido preferible y suficiente que a la hora de configurar la prestación que nos ocupa se hubiera tenido en cuenta la permanencia en el requerimiento de cuidado y no tanto la exigencia de una condición como el ingreso hospitalario prolongado, que puede denotar gravedad por sí solo, pero no siempre. Y todo ello sin perder de vista que la gravedad de la enfermedad y la necesidad de cuidado también pueden concurrir sin necesidad de ingreso hospitalario prolongado o incluso sin necesidad de ingreso hospitalario alguno.

Precisamente en esta línea de interpretación se sitúan dos importantes sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del TS, que en 2020 y 2022 desvincularon el ingreso hospitalario y el derecho a la reducción de jornada y la correspondiente prestación, considerando suficiente para tener derecho a ellos el padecimiento de una enfermedad grave y la necesidad de recibir un cuidado directo, continuado y permanente (SSTS de la sala de lo contencioso-administrativa de 3 de junio de 2020 y de 20 de octubre de 2022 (núm. rec. 3974/2020 y 78/2018, respectivamente)[18]. En concreto, la sentencia de 2020, que fue la primera que fijó el criterio establecía con claridad que "el art. 49 e) EBEP resulta de aplicación en aquellos supuestos en que no resulta necesaria la hospitalización del menor, pero si es necesario un cuidado directo, continuo y permanente" y todo ello, aunque el menor se encuentre escolarizado, cuestión que constituía el elemento nuclear de discusión en el asunto que dio lugar a la sentencia. El mismo criterio se aplicó en 2022 en un supuesto similar al anterior y en el que el TS volvió a reiterar la importancia de la necesidad de cuidado cuando se padece una enfermedad grave, por más que no haya existido hospitalización y la menor estuviera escolarizada[19], así como en la STS de 25 de abril de 2023, también de la sala de lo contencioso-administrativo (núm. rec. 3939/2021),

[17] En la STSJ de Aragón, de 30 de octubre de 2013 (núm. rec. 436/2013) el ingreso hospitalario que permitió obtener un diagnóstico fue solo de veinte días, pero lo que se tuvo en cuenta para reconocer la prestación fue el hecho de que se trataba de un menor de 13 años que necesitaba cuidados constantes, era incapaz de cuidar de sí mismo y tampoco podía realizar ninguna actividad de forma autónoma. Además, el menor tenía afectadas profundamente todas sus habilidades psicomotoras (motrices, cognitivas, de comunicación y de interacción social), ausencia de lenguaje oral funcional, gran dificultad para subir y bajar escaleras, dificultades para el equilibrio dinámico y estaba impedido para el uso del transporte escolar por lo que era su padre quien se encarga de llevarlo y recogerlo del Centro al que asistía de 9,15 a 17 horas. Asimismo, necesitaba apoyo total en los hábitos diarios de cuidado personal, debiendo ser asistido en la alimentación, vestido e higiene personal.

[18] Romero Ródenas, Mª. J.: *Derecho de una funcionaria a reducir su jornada al 50% con retribución íntegra por cuidado de hija menor afectada de enfermedad grave que no requiere hospitalización*, Revista de Jurisprudencia Laboral, nº 6/2020.

[19] Galvez Callejón, J.: "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: interconexión ante la acreditación de la necesidad de cuidado directo continuo y permanente y la escolarización del menor como motivo de extinción del subsidio", *Revista Española de Derecho del trabajo*, núm. 246, 2021.

sin bien en esta se introduce alguna matización acerca de la escolarización y la necesidad de cuidado que no viene al caso[20] .

Merece la pena destacar que en ese mismo sentido también se habían pronunciado algunos tribunales superiores de justicia, tal y como se puede comprobar en las SSTSJ de Madrid de 25 de abril de 2016 (núm. rec. 653/2015) y de 22 de junio de 2020 (núm. rec. 1225/2019) en las que se reconoce el derecho a la prestación cuando se sufren alteraciones graves, que requieren cuidado. A juicio del TSJ de Madrid "el ingreso hospitalario debe ser entendido en sentido amplio como, entrar en un establecimiento sanitario para recibir un tratamiento, que, aunque [en el caso] no había sido hospitalario, lo había sido ambulatorio". En el caso que había dado lugar a la sentencia la menor había tenido que acudir a diversos centros públicos sometiéndose a diferentes pruebas para ser diagnosticada de la enfermedad que la aquejaba. Finalmente, una vez efectuado el diagnóstico, comenzó a acudir a un programa integral para pacientes con trastorno de espectro autista (STSJ de Madrid de 25 de abril de 2016, núm. rec. 653/2015). También hay que decir que para algunos tribunales tampoco es preciso que exista una determinada proximidad temporal entre el momento del ingreso hospitalario y el momento en el que se demanda el cuidado. Así en la STSJ de Castilla y León, de 29 de mayo de 2014 (núm. rec. 698/2014) se reconoce el derecho a la prestación cuando el ingreso hospitalario se había producido trece años antes al momento en el que se había diagnosticado la enfermedad grave que finalmente generó el requerimiento de cuidados.

3. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADO DE MENOR AFECTADO POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE: PERSONAS BENEFICIARIAS

Otro de los elementos clave en la fisonomía de esta prestación son las personas que pueden beneficiarse de ella, esto es, las personas progenitoras, tutoras o guardadoras, a quiénes la norma exige estar dadas de alta en la seguridad social. Hasta no hace mucho esta exigencia se imponía a las dos personas que conformaran la unidad familiar, con independencia de que solo una de ellas se ocupase del cuidado, e incluso con independencia de que hubiera habido divorcio, separación, nulidad del matrimonio o extinción de la situación de pareja de hecho. Podría pensarse que la lógica que está detrás de dicha exigencia es que quien deja de estar de alta porque no trabaja podrá hacerse cargo del cuidado permanente, directo y continuo del menor. Esta regla planteaba no pocos problemas en los casos de separación, divorcio, nulidad y extinción de pareja de hecho. A golpe de sentencia se fue dando respuesta a los casos planteados, si bien los criterios empleados para ello no siempre han sido los mismos por parte de los tribunales superiores de justicia. En todo caso, el TS tuvo la posibilidad de fijar la doctrina a seguir, aunque una modificación normativa llevada a cabo en 2023 ha apuntalado la interpretación que sostenía alguno de los tribunales superiores de justicia cuya doctrina casó el TS[21].

Precisamente, a este respecto merece la pena recordar que en 2017 el TSJ de Asturias resolvió un asunto en el que una trabajadora que venía percibiendo la prestación por cuidado de hijo desde

[20] En dicha sentencia se afirma que "la escolarización del menor no es en sí obstáculo para la concesión del permiso, ahora bien, el juicio sobre su pertinencia exige ponderar en qué centro está escolarizado, si cuenta con medios personales o materiales especializados o idóneos para atender sus necesidades; además, el calendario y horario escolar deberá ponderarse y contrastarse con el laboral, más la disponibilidad de ambos progenitores". En concreto, se indica que hay que "ponderar también cuál es el grado de atención que precisa el menor y si por sus circunstancias puede o no cumplir con el horario escolar o si, aun escolarizado, precisa en algún momento de la jornada escolar contar con la disponibilidad del progenitor solicitante". En definitiva para el TS el permiso "podrá concederse o denegarse o bien concederse pero modulando el porcentaje del horario que se reduce según las circunstancias del solicitante en relación con las del menor".

[21] Sobre esta cuestión Durán Bernardino, M.: *La prestación económica por cuidado de menores afectados por una enfermedad grave en los supuestos de separación o divorcio de los progenitores*, Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum, 31 (2022), pp. 109 y ss.

2013, vio como la Mutua que venía abonando la prestación dejaba de hacerlo al considerar que la trabajadora había incurrido en una causa de extinción. En concreto, la trabajadora se había divorciado en 2010 de mutuo acuerdo, tenía atribuida la guarda y custodia de su hija enferma y percibía la prestación, pero en mayo de 2015 el progenitor no custodio causó baja en la seguridad social pasando a la situación de desempleo, fue entonces cuando la Mutua dictó una resolución por medio de la cual la prestación se extinguió. Ante esta situación la trabajadora impugnó la resolución y en la instancia se consideró que la trabajadora ya no tenía derecho a la prestación porque no se cumplía el requisito relativo al alta en la seguridad social de los dos progenitores. La trabajadora recurrió en suplicación y el TSJ de Asturias en su sentencia de 28 de febrero de 2017 (núm. rec. 50/2017) afirmó que cuando los progenitores, tutores o guardadores están divorciados y el convenio regulador ha establecido la guarda y custodia de los hijos comunes a uno solo de ellos no cabe considerar que dichos menores "estén a cargo" de ambos. En consecuencia, considera el TSJ de Asturias que la trabajadora debería seguir recibiendo la prestación.

Se observa con claridad que la previsión normativa en la redacción primigenia resultaba insuficiente, de hecho, a tenor de lo expuesto en la sentencia mencionada cabía plantearse más preguntas, como por ejemplo, cuál sería la solución en el caso de divorcio de los progenitores, tutores o guardadores si la custodia estuviera compartida, pues resulta obvio que la modalidad de custodia fijada tiene trascendencia a estos efectos. Sobre esta cuestión es preciso mencionar la STSJ de Madrid en su sentencia de 22 de noviembre de 2018 (núm. rec. 164/2018) para quien sí cabía exigir el alta a los dos progenitores porque la regulación de la prestación no permite excluir de la unidad familiar al progenitor separado (o divorciado). Entiende el Tribunal que la norma presupone que el progenitor que no trabaja puede prestar a su hijo la atención que requiere la enfermedad, tenga o no la custodia del menor. Para el TSJ de Madrid es claro que el sentido lógico de la norma induce a pensar que la referencia reglamentaria a la unidad familiar no puede interpretarse en el sentido de que el requisito que establece resulte inexigible a ambos progenitores en supuestos de separación o divorcio, pues ello entraría en contradicción con la definición legal de la situación protegida, lo que constituiría una vulneración del principio de jerarquía normativa. Además, el TSJ de Madrid saca a colación otro tipo de argumentos relacionados con el interés del menor y con la realidad social. En particular, entiende el Tribunal que la solución que ofrecía la sentencia impugnada no era compatible con una interpretación basada en el interés prevalente del menor porque "no fomenta su integración con el progenitor no custodio que es además quien al no trabajar o haber dejado de hacerlo está en mejores condiciones de prestarle toda la atención que precisa, sin tener que compatibilizarla con el desarrollo de la actividad laboral". Se añade por otra parte la realidad social como argumento y se afirma que "atendiendo al criterio de la realidad social, la tendencia creciente es que ambos progenitores, pese a haber roto su convivencia, compartan de manera efectiva el cuidado de los hijos comunes, en especial cuando padecen una enfermedad grave". En consecuencia, se afirma expresamente que en el caso de las parejas divorciadas con convenio regulador que establece la custodia compartida ha de exigirse el cumplimiento de estar trabajando y en alta a los dos progenitores.

Como se puede comprobar los tribunales superiores de justicia que se han pronunciado sobre estos problemas en particular, sustentan sus argumentos en torno a la modalidad de custodia fijada tras el divorcio. El TS también ha expuesto su criterio, y lo que es más importante ha fijado la doctrina a seguir. En particular, el TS tanto en su sentencia de 12 de junio de 2018 (núm. rec. 1470/2017), como en las posteriores de 7 de mayo de 2020 (núm. rec. 2896/2017) y de 20 de julio de 2021 (núm. rec. 4710/2018) mantiene la exigencia del alta para los dos progenitores, con independencia de que haya habido divorcio y con independencia del tipo de custodia que se haya establecido.

Nótese que esta doctrina no se corresponde con la normativa vigente, pues, como se sabe, en 2023 se aprobó el Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación

de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, norma que modificó parcialmente el art. 191.2 LGSS y estableció que en los supuestos de nulidad, separación, divorcio o extinción de pareja la prestación que nos ocupa se reconocerá a favor del progenitor, guardador o acogedor que conviva con la persona enferma, aunque el otro no trabaje, de tal manera que en los casos mencionados el hecho de que uno de los dos progenitores deje de trabajar no supone, la existencia de causa para extinguir el derecho.

4. LA SENTENCIA DEL TS DE 3 DE DICIEMBRE DE 2024: CUATRO AÑOS DE DECISIONES JUDICIALES DISCREPANTES ENTORNO A LA NOCIÓN DE INGRESO HOSPITALARIO

4.1. La interpretación amplia del ingreso hospitalario: la sentencia de instancia

La sentencia del TS objeto de comentario en este trabajo da respuesta a un asunto en el que se discute el derecho de una madre a la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. En el caso que dio lugar a la sentencia cuando el menor tenía dos años se le diagnosticó un retardo madurativo y hemiparesia derecha, lo que dio lugar al reconocimiento de un grado de discapacidad del 37%. Debido a esta situación el menor acudía al fisioterapeuta tres días al mes, realizaba actividades de psicomotricidad privada dos veces a la semana y terapia ocupacional en el hospital un día a la semana. Todas las actividades que necesitaba realizar habían sido pautadas por el servicio de medicina física y rehabilitación y por la pediatra del Instituto Catalán de la Salud que asiste el menor. La madre del menor acudía a las sesiones de terapia ocupacional y rehabilitación a las que se sometía el menor y participaba de ellas.

En estas circunstancias, la madre del menor solicitó a la mutua MC Mutual la prestación por cuidado de menores con cáncer o enfermedad grave tras solicitar en su trabajo como oficial administrativa una reducción de un 50% de su jornada. La solicitud de la prestación fue denegada por la Mutua al considerar que no cumplía los requisitos exigidos por el RD 1148/2011, de 29 de julio (vigente en aquel momento). En concreto, entiende la Mutua que no se había acreditado ni el ingreso hospitalario ni la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente por parte de uno de los progenitores, acogedores, adoptantes o tutores.

Ante esta negativa de la mutua, la madre del menor presentó reclamación previa en vía administrativa que fue desestimada. Esta respuesta llevó a la recurrente a interponer una reclamación judicial ante los juzgados de lo social de Barcelona solicitando la revocación de dicha resolución y el reconocimiento de la prestación económica por cuidado de menores aquejados por enfermedad grave. El Juzgado de lo Social nº 13 de Barcelona dictó sentencia en la que se estimó la pretensión de la actora, que prestaba servicios a tiempo completo y en virtud de un contrato indefinido en la entidad Reckitt Benkiser (España S.L.).

Para el Juzgado de lo social nº 13 de Barcelona aunque la patología del menor no hubiera precisado hospitalización de larga duración sí requería tratamiento médico continuado en un hospital de día. Para mantener este criterio el Juzgado se apoyó en una contestación del INSS a una consulta acerca de lo que constituye ingreso hospitalario a efectos de la prestación que nos ocupa. En concreto el 15 de septiembre de 2016 la Subdirección General de Ordenación y Asistencia jurídica del INSS daba respuesta a la consulta 18/2016 y afirmaba que "aun cuando no haya existido hospitalización en régimen de internamiento ni hospitalización domiciliaria, el requisito relativo a la hospitalización se considera cumplido cuando el menor que padece una de las enfermedades tasadas en la normativa

correspondiente ha de acudir de manera periódica y continuada a un hospital de día para recibir el tratamiento de larga duración prescrito para curar su enfermedad".

A la luz de esta interpretación del INSS y de la que realiza el propio juzgador en la sentencia de instancia se sostiene que, como en el caso el menor venía recibiendo asistencia de un centro para realizar la correspondiente rehabilitación que le habían prescrito los facultativos, dicho tratamiento estaba sometido a unos horarios y además dicho tratamiento continuaba en el domicilio familiar la situación debía considerarse equiparada a la hospitalización que exige la norma.

4.2. La STSJ de Cataluña de 22 de diciembre de 2021: el ingreso hospitalario condición previa para la obtención de la prestación

La sentencia del juzgado de lo social nº 13 de Barcelona fue recurrida en suplicación por la mutua ante la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, cuya sentencia del 22 de diciembre de 2021 (núm. rec. 5068/2021) estimó los argumentos de la mutua y, en consecuencia, entendió que si el menor no había requerido ingreso hospitalario de larga duración no era posible reconocer a su madre la prestación solicitada.

El TSJ de Cataluña fundamentó su negativa al reconocimiento de la prestación en el criterio que había venido manteniendo desde hacía tiempo. En particular, este Tribunal ya había emitido sentencias en 2013, 2014 y 2017 en la que se imponía la exigencia del ingreso hospitalario como condición previa al reconocimiento del derecho a la prestación. En la sentencia que nos ocupa el TSJ de Cataluña se apoya principalmente y de manera más intensa en su sentencia del 7 de junio de 2017 en la que se afirma con rotundidad que los requisitos que se exigen en el Estatuto de los Trabajadores y en la normativa de seguridad social, tanto la de rango legal como la de rango reglamentario se reitera el requisito de la hospitalización previa. Entiende este Tribunal que cuando el Reglamento afirma que se "considerará asimismo como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave" lo que está haciendo es ampliar el período de percepción de la prestación, extendiéndolo más allá del período de hospitalización inicial y abarcando el período de tratamiento domiciliario, pero no está obviando la exigencia del ingreso hospitalario previo. Además, el TSJ de Cataluña considera que hay otro elemento que apuntala su interpretación, cual es, que la norma reglamentaria exime de la exigencia de nueva hospitalización en los casos de recaída, pero por el contrario exige expresamente dicho requisito en los demás supuestos. Atendiendo a dichos razonamientos el Tribunal sostiene que "la hospitalización siempre se exige para causar derecho a la prestación, sin que sea necesaria una nueva hospitalización en caso de recaída".

Por otra parte, para el TSJ de Cataluña no es posible aplicar al caso que nos ocupa el art. 2 RD 1148/2011 en el punto que establece que "se considerará asimismo como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave" porque en el caso había tratamiento y cuidado, pero no hospitalización. El TSJ Cataluña observa que en el caso hay una enfermedad grave, que el menor requiere cuidados y atenciones permanentes de sus progenitores cuando no está en la escuela o con otros supervisores adultos, pero no consta que haya habido ingreso hospitalario por ese motivo confirma la interpretación que sostiene la mutua.

En cuanto al argumento central de la sentencia de instancia, esto es, la interpretación que había mantenido el INSS en la consulta evacuada el 15 de septiembre de 2016 respecto a lo que se pueda equiparar con ingreso hospitalario, el TSJ de Cataluña afirma de manera tajante que el INSS no tiene la competencia para interpretar un precepto legal, pues a su juicio son los tribunales de justicia quienes

han de llevar a cabo esa tarea y además el Tribunal discrepa de cómo ha sido aplicado el resultado de dicha consulta al caso que nos ocupa, pues el TSJ de Cataluña entiende que lo que está diciendo el INSS en dicha consulta es que aunque no haya existido hospitalización en régimen de internamiento ni hospitalización domiciliaria, el requisito relativo a la hospitalización se considera cumplido cuando el menor padece una enfermedad grave y ha de acudir de manera periódica y continuada a un hospital de día para recibir tratamiento prescrito para curar su enfermedad. El TSJ de Cataluña también hace especial hincapié en la referencia a la curación de la enfermedad que ciertamente menciona el INSS y concluye que cuando el menor no recibe tratamiento médico para curar su enfermedad sino para mejorar en la medida de lo posible sus limitaciones, pues la enfermedad que se padece es congénita y no admite curación, sino solo tratamiento rehabilitador consistente en fisioterapia, actividades de psicomotricidad y terapia ocupacional no se puede establecer equiparación alguna[22].

La existencia de ingreso hospitalario de larga duración se convierte a juicio del TSJ de Cataluña en una condición sin la cual no corresponde el reconocimiento de la prestación. Y aunque es consciente de que hay otros Tribunales Superiores de Justicia que mantienen un criterio diferente, según el cual aunque la patología del menor no haya precisado hospitalización de larga duración, debe equipararse a ella el tratamiento médico y continuado recibido en un hospital de día, el TSJ de Cataluña sostiene que cuando hay tratamiento y cuidado, pero no hospitalización no es posible reconocer la prestación prevista en el art. 190 LGSS. Para el TSJ de Cataluña es claro que puede existir una enfermedad grave, puede quedar acreditada la necesidad de cuidados y atenciones permanentes de los progenitores o acogedores respecto de un menor cuando no está en la escuela o con otros supervisores adultos, pero si no se cumple con el requisito de hospitalización no cabe reconocer la prestación.

4.3. La sentencia de contraste: ¿se puede equiparar a ingreso hospitalario la entrada en un establecimiento sanitario para recibir tratamiento?

Es el momento ahora de adentrarnos en el contenido de la sentencia referencial, esto es, la sentencia de contraste que fue alegada en el marco del recurso de casación en unificación de doctrina y que se contrapone a la del TSJ de Cataluña dictada en suplicación. Dicha sentencia fue emitida por el TSJ de Madrid y trae causa de un asunto en el que se cuestiona el reconocimiento del derecho a la reducción de jornada y a la prestación a la madre de una menor que sufre un trastorno generalizado del desarrollo no especificado, rasgos autistas y retraso cognitivo de gravedad no especificada. En concreto, en 2015 a la menor se le diagnosticó un Síndrome de Phelan Mcdermid, trastorno del espectro autista no especificado y retraso cognitivo de gravedad no especificada. De acuerdo con la información que se recoge en la sentencia, la menor está escolarizada en colegio "normal" con clases de integración y con una terapeuta privada que va al colegio. Asimismo, la menor recibe terapia del programa Deletrea y de otros centros especializados. La madre de la menor que trabaja en El Corte Inglés en el departamento de marketing y ventas solicita la discutida reducción de jornada y la correspondiente prestación, pero la mutua denegó la prestación y también lo hizo la sentencia de instancia ante lo que la trabajadora interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid por diferentes motivos, hasta nueve, pero de todos ellos en este momento solo interesa el que hace referencia al ingreso hospitalario. En la sentencia se indica que, de acuerdo con el art. 135 quater LGSS (vigente en aquel momento y cuyo contenido en lo que aquí interesa es el mismo que se establece en el vigente art. 190 LGSS), el reconocimiento de la prestación exige ingreso hospitalario de larga duración que se extiende "durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de

[22] Esta interpretación que el TSJ de Cataluña lleva a cabo de la consulta del INSS de 15 de septiembre de 2016 pierde de vista la importancia de la pregunta que se formula en la consulta y a la que se está respondiendo. El INSS al dar respuesta a la pregunta no maneja entre las variables a valorar si el tratamiento que se sigue está dirigido a la curación o a la reducción de limitaciones. A lo que tenía que responder el INSS era a si el requisito de hospitalización, cuando no ha existido, se considera cumplido cuando el menor recibe tratamiento periódico y continuado de la enfermedad en un hospital de día y la respuesta fue afirmativa.

la enfermedad" y se extingue la prestación cuando "cese la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del hijo o…". Para el TSJ de Madrid "el ingreso hospitalario debe ser entendido en sentido amplio como entrar en un establecimiento sanitario para recibir tratamiento, que aunque no ha sido hospitalario, sí ha sido ambulatorio, pues la menor ha tenido que acudir a diversos centros públicos sometiéndose a diversas pruebas a fin de ser diagnosticada precozmente de la enfermedad que la aqueja…". Como se puede comprobar, el TSJ de Madrid realizó una interpretación amplia de lo que ha de entenderse por ingreso hospitalario, por un lado; y por otro, apoya su reconocimiento en la necesidad de cuidados constantes, cuidados que no puede dispensarse ella misma, pues no es capaz de cuidar de sí misma ni de realizar ninguna actividad de forma autónoma.

4.4. La STS de 3 de diciembre de 2024: retorno al punto de partida

La STS de 3 de diciembre de 2024 (núm. rec. 1524/2022) presenta un especial interés por varias razones, pero la principal es que contiene el primer pronunciamiento de la sala de lo Social del TS en el que se aborda de manera frontal si el ingreso hospitalario integra la situación protegida a los efectos de generar el derecho a la prestación por cuidado de menores con cáncer u otra enfermedad grave y en qué medida lo hace. Se trata de una sentencia que no ha pasado desapercibida para los operadores jurídicos, pues es clara la incidencia que tendrá en futuros pronunciamientos al otorgar un mayor peso a la necesidad de cuidado que a la existencia de un ingreso hospitalario previo, tal y como tendremos ocasión comprobar[23].

Como ya se ha visto en el análisis de las sentencias previas al planteamiento del recurso de casación en unificación de doctrina, en el caso que dio lugar a la sentencia se discutía si el tratamiento pautado por indicación de una pediatra de Instituto Catalán de Salud y por el servicio de medicina física y rehabilitación de un determinado hospital a un menor, que sufría retraso madurativo y hemiparesia derecha y sin que hubiera habido ingreso hospitalario de larga duración previo al tratamiento continuado, permite causar derecho a la reducción de jornada que prevé el art. 37 ET y a la prestación regulada en los arts. 190LGSS y siguientes. En otras palabras, el contenido de esta sentencia nos obliga a preguntarnos si cuando el cuidado está vinculado al seguimiento de un determinado tratamiento médico, dicho tratamiento ha de haber sido pautado en el marco de un ingreso hospitalario de larga duración; lo que nos lleva, si la respuesta anterior es afirmativa, a preguntarnos también cuántos días debe durar un ingreso hospitalario para ser considerado de larga duración. Precisamente, la trascendencia de esta sentencia reside en el hecho de que el criterio que se ha aplicado en el caso nos permite obviar la segunda pregunta, pues se ha reconocido el derecho a la prestación pese a que no ha habido ingreso hospitalario ni de larga ni de corta duración que pueda vincularse al tratamiento y cuidado que en su caso se requiere.

La Mutua entendía que sin ingreso hospitalario de larga duración no se generaba el derecho a la prestación, interpretación que en este caso comparte el Ministerio Fiscal para quien al margen de la necesidad de tratamiento continuado, para generar el derecho a esta prestación resultaba preceptivo que hubiera habido un ingreso hospitalario de larga duración al que quedase anudado el tratamiento y el consiguiente cuidado. Ciertamente, resulta complicado dirimir esta cuestión porque tanto el art. 37.6 ET como el art. 190 LGSS, así como el correspondiente desarrollo reglamentario al describir la situación protegida vincula la gravedad de la enfermedad con el ingreso hospitalario, eso sí, extendiéndola al período durante el cual se requiera el cuidado, que, como ya hemos visto, ha de ser directo, continuo y permanente.

[23] Sánchez Trigueros, C.: "Prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Interpretación del requisito de ingreso hospitalario de larga duración. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1308/2024, de 3 de diciembre*", Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 485, pp. 149 y ss.

La argumentación que sostiene el TS en esta sentencia para reconocer el derecho a la prestación, coincidiendo así con lo que estableció inicialmente el Juzgado de lo social nº 13 de Barcelona, se apoya en una interpretación teleológica de la norma, tal y como se afirma expresamente en el fundamento de derecho tercero, así como en un pronunciamiento anterior que es calificado por el TS como relevante para la resolución del asunto. Se trata de la STS de 28 de junio de 2016 (núm. rec. 80/2015), respecto de la cual el TS, aunque es consciente de que en ella "no se planteaba frontalmente la cuestión relativa al exacto alcance del requisito de ingreso hospitalario de larga duración", considera pertinente utilizar los parámetros jurídicos que ofrece y que amparan "una interpretación amplia de dicho requisito que va más allá de la pura y mera dicción literal que pueda atribuirse al concepto de ingreso hospitalario, al vincularlo con la necesidad de cuidado directo o permanente del menor durante el tratamiento continuado de la enfermedad".

Para el TS la razón decisoria viene dada por la finalidad de la prestación. Podría decirse que el Tribunal deja un poco de lado el cómo está diseñada la situación protegida y cómo la configura la norma para centrase en el objetivo que se persigue con el reconocimiento del derecho a la reducción de jornada y con el reconocimiento de la prestación, pues a su juicio es la más "acorde con la finalidad de la prestación que ya se ha enunciado anteriormente". Ciertamente, para el TS, tal y como ya estableciera en sus SSTS de 12 de junio de 2018 y 20 de julio de 2020 (núm. rec. 1470/2017 y 4710/2018, respectivamente) "el subsidio viene a compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salario, por la necesidad de cuidar de manera, directa, continua y permanente a los hijos menores a su cargo durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad fuera del centro hospitalario". A este respecto merece la pena dejar constancia de que el propio TS cuando enuncia la finalidad del subsidio vincula en cierta medida hospitalización y tratamiento continuado, tal y como se observa con claridad de la transcripción expuesta, aunque finalmente no exija dicha conexión.

En todo caso, tras hacer dichas afirmaciones el TS sostiene que es necesario llevar a cabo una "teleológica integración de las normas" en virtud de la cual concluye que en un caso en el que el menor ha de acudir con regularidad a un centro sanitario de día para recibir la terapia rehabilitadora que su enfermedad requiere se genera el derecho a la prestación y ello con independencia de que no haya habido un ingreso hospitalario previo ni de larga ni de corta duración. Y es que el TS equipara la situación de ingreso hospitalario previo a los supuestos en los que se requiere una asistencia sanitaria intensa, directa y continuada como la que se dispensaba al menor en el caso objeto de análisis (sesiones de terapia ocupacional y rehabilitación tres días al mes, actividades de psicomotricidad dos veces por semana y tratamiento en el hospital un día por semana) porque se trata de cuidados médicos ineludibles para el tratamiento de la enfermedad, que además se prologan de manera indefinida en el tiempo.

Con el fin de apuntalar un poco más su argumentario el TS saca a colación una razón adicional, que, tal vez resulte demasiado endeble y en consecuencia tal vez cabría preguntase si verdaderamente aporta un apoyo adicional a la integración teleológica de las normas ya realizada. En particular se contraponen, no con demasiado acierto a mi juicio, la situación en la que hay ingreso hospitalario y aquella otra en la que la asistencia hospitalaria se ofrece de manera ambulatoria en centros de día. El TS considera que mientras en el primer caso el menor dispone de la ayuda y asistencia del personal sanitario del centro durante las veinticuatro horas del día, lo que supone cierto alivio y menores requerimientos para la persona que solicite la prestación y se vea auxiliada por esos profesionales en los cuidados que el menor requiere, en el segundo los progenitores han de organizar y participar en el traslado del menor a los diferentes centros y su presencia resulta imprescindible.

Tal parece que el Tribunal pretende sugerir que es más necesaria la reducción de jornada y la correspondiente prestación cuando no hay ingreso hospitalario que cuando sí lo hay, reafirmando así su posición interpretativa. Sin embargo, esa afirmación parece no tener en cuenta que cuando hay un ingreso hospitalario de una persona menor es obligatorio que un adulto permanezca en todo momento con dicha persona, obligación cuyo cumplimiento se puede relajar en ciertos casos, pero no cuando nos referimos a menores con la edad del que da lugar a la sentencia que nos ocupa. No cabe duda que el ingreso en el hospital puede aligerar la carga mental de los progenitores en tanto que pueden sentirse más seguros y apoyados por profesionales sanitarios durante las veinticuatro horas del día, pero la disponibilidad de tiempo, que es la que justifica la reducción de jornada sigue existiendo porque la presencia en el hospital es obligatoria, de modo que la reducción de jornada sigue siendo necesaria porque la disponibilidad de tiempo de los progenitores es igual de exigente que si no hubiera habido ingreso hospitalario.

El TS también se apoya en el art. 2.1 RD 1148/2011, para sustentar su pronunciamiento. Este precepto, que no se ha visto afectado por la última reforma que ha experimentado este reglamento en 2023, establece que "el cáncer o enfermedad grave que padezca el menor deberá implicar un ingreso hospitalario de larga duración que requiera su cuidado directo, continuo y permanente durante la hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad. Se considerará asimismo, como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por enfermedad grave". Estamos ante un artículo cuya redacción es bastante clara y que no suprime el requisito del ingreso hospitalario previo de larga duración, más bien, al contrario, parece resaltarlo al extender la calificación de ingreso hospitalario de larga duración a la "continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio", pero, eso sí, tras "el diagnóstico y hospitalización por enfermedad grave". El precepto parece exigir una hospitalización previa en el marco de la cual se ofrezca un diagnóstico, que justifique el seguimiento de un determinado tratamiento médico o la necesidad de cuidado, pero sí permite concluir, en cambio, que la reducción de jornada y el derecho a la prestación no están dirigidos únicamente a satisfacer los requerimientos de cuidado durante la hospitalización sino también con posterioridad a dicha hospitalización.

No obstante, el TS hace una interpretación del precepto que casi no nos permite reconocerlo, pues después de afirmar que "el art. 2.1 RD 1148/2011, equipara de forma expresa la asistencia a domicilio con el ingreso hospitalario en estas circunstancias tan extremas, al atribuir esa misma naturaleza a la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave" sostiene que el hecho de que "el diagnóstico de la enfermedad grave pudiera haberse efectuado sin requerir un previo periodo de ingreso hospitalario de larga duración no puede ser obstáculo para el reconocimiento de una prestación de seguridad social cuya finalidad es la de compensar la pérdida de ingresos generada por la necesidad de reducir la jornada de trabajo para atender de manera directa al cuidado de los hijos menores que necesiten un tratamiento médico prolongado en el tiempo". Al respecto de esta afirmación del Tribunal es preciso realizar dos precisiones importantes, la primera es que la regulación no solo se refiere a tratamiento médico, de hecho el art. 37.6 ET no emplea esta expresión, sino que utiliza la de "cuidado" y el art. 190 LGSS se decanta por los términos "cuidado" y "tratamiento continuado de la enfermedad", es la norma reglamentaria la que utiliza la expresión "tratamiento médico", así como "cuidado", por lo que en esa especie de "novedosa" configuración de la situación protegida no debería perderse de vista la trascendencia del cuidado requerido que es lo que añade un elemento adicional al propio tratamiento médico, pues en muchas ocasiones la administración de un tratamiento médico no requiere dispensar un cuidado directo, permanente y continuado. Y la segunda, es que por más que se considere que la redacción de la norma no responde adecuadamente a la finalidad de la prestación no parece aconsejable que la interpretación que se haga de ella suponga añadir elementos donde no los hay, o suprimir los

que sí existen. De hecho, en la sentencia se sostiene que lo determinante es que se trate de cáncer u otra enfermedad grave que requiera del cuidado directo, continuo y permanente del menor, y así es, pero se pierde de vista que la norma vincula, seguramente, de manera desacertada la gravedad de la enfermedad al ingreso hospitalario de larga duración y este es el presupuesto de hecho sobre el que se construye la situación protegida. En otro plano se sitúa la extensión del derecho, esto es, la duración de la reducción de jornada y de la correspondiente prestación, que en buena lógica lo hará mientras haya hospitalización y mientras se requiera el tratamiento continuado de la enfermedad.

Por último, el TS también hace referencia a la consulta 18/2016, de 15 de septiembre de 2016 a la que ya hemos hecho referencia, pues era uno de los pilares sobre los que se apoyó el Juzgado de lo social nº 13 de Barcelona para reconocer el derecho y también uno de los instrumentos más criticados por el TSJ de Cataluña, como ya hemos visto. El TS en cambio, en esta ocasión, si bien consciente de que la naturaleza jurídica de este tipo de instrumento no tiene una eficacia vinculante para la decisión que tenga que adoptar un órgano judicial "no por ello deja de ser un elemento ciertamente relevante", que además coincidía y ratificaba los criterios mantenidos por el TS en la sentencia.

5. REFLEXIÓN FINAL

La normativa sobre cuya interpretación se pronuncia el TS en la sentencia que nos ocupa constituyó una clara novedad para nuestro ordenamiento jurídico cuando se aprobó en 2010. Con esta regulación se pretendía reducir la carga de las personas que tienen hijos menores con cáncer u otra enfermedad grave con todo lo que ello supone cuando dicha situación ha de compaginarse con el desarrollo de una actividad, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia. Nos encontramos ante una materia especialmente delicada que trata de proteger una situación que no siempre, o más bien nunca, es de sencilla configuración. Tal vez por eso hemos ido viendo como una regulación que no alcanza la mayoría de edad ya ha sido modificada hasta en tres ocasiones, tanto en su regulación legal como reglamentaria.

Es probable que también, debido a esa dificultad para configurar la situación que se pretende proteger, que no deja de ser dinámica y cambiante, la regulación cuente con excesivas lagunas y sobre todo con excesivas ambigüedades. El pronunciamiento del TS que acabamos de analizar presenta una clara voluntad cual es la de proteger a los menores que sufren enfermedades graves y a sus progenitores y lo hace realizando una interpretación amplia de la normativa y sobre todo una interpretación que podemos calificar de humanista en virtud de la cual, con independencia de la literalidad de la norma, la persona que padece la enfermedad y su necesidad de cuidado se convierte en el centro de la argumentación.

Tres son las sentencias en las que el TS reconoce el derecho a la reducción de jornada y a la prestación correspondiente a menores que padecen enfermedades graves, requieren cuidado continuado y no han sufrido un ingreso hospitalario prolongado. Estamos por tanto ante lo que podríamos calificar como una doctrina de creación doctrinal que, aunque es fruto de la interpretación llevada a cabo por dos salas diferentes (la sala de lo contencioso-administrativo y la sala de lo social) responde al reconocimiento del mismo derecho y que debería servir de acicate para llevar a cabo una adecuada reforma normativa, que evite o reduzca en la medida de lo posible situaciones de inseguridad jurídica. Y es que tres son también las modificaciones normativas que ha experimentado la regulación de esta materia y tres han sido las oportunidades perdidas para aclarar qué es lo que se quiere proteger. Cierto es que nos encontramos, como ya se ha dicho, ante una materia delicada, pero seguramente ha llegado ya el momento de sentarse a reflexionar sobre qué es lo que se quiere

proteger[24]. La realidad social y los datos con los que contamos acerca de la solicitud de la reducción de jornada y de la prestación correspondiente permiten concluir que el padecimiento de una enfermedad grave y el requerimiento de intensos cuidados deberían ser elementos suficientes para configurar la situación protegida, haya ingreso hospitalario o tratamiento ambulatorio o tratamiento domiciliario de larga duración o cualquier otra modalidad de actuación. En este sentido, sería preciso configurar la situación a proteger teniendo en cuenta que la gravedad de una enfermedad no siempre conlleva ingreso hospitalario y no por ello la necesidad de cuidado desaparece por lo que tampoco debería hacerlo la protección que el sistema de seguridad social puede ofrecer.

6. BIBLIOGRAFÍA

Ballester Pastor, I.: "Prestación económica por cese de actividad por cuidado de menores con enfermedad grave: primeras reflexiones", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 25, 2011.

Fernández Orrico, F.J.: "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave", *Estudios financieros. Revista de Trabajo y seguridad social*, núm. 344, 2011.

Kahale Carrillo, D.T.: "La nueva prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave", *Temas Laborales*, núm. 112, 2011.

Llamosas Trápaga, A.: "El cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: Una nueva modalidad de reducción de jornada", *Academia Vasca de Derecho*, Bilbao, año XII, núm. 24. Junio 2013.

Romero Ródenas, Mª. J.: *Derecho de una funcionaria a reducir su jornada al 50% con retribución íntegra por cuidado de hija menor afectada de enfermedad grave que no requiere hospitalización*, Revista de Jurisprudencia Laboral, nº 6/2020.

Galvez Callejón, J.: "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: interconexión ante la acreditación de la necesidad de cuidado directo continuo y permanente y la escolarización del menor como motivo de extinción del subsidio", *Revista Española de Derecho del trabajo*, núm. 246, 2021.

Durán Bernardino, M.: *La prestación económica por cuidado de menores afectados por una enfermedad grave en los supuestos de separación o divorcio de los progenitores*, Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum, 31 (2022).

Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R.: Manual de Seguridad Social, Tecnos, Madrid, 20ª edición, 2024.

Sánchez Trigueros, C.: "Prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Interpretación del requisito de ingreso hospitalario de larga duración. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1308/2024, de 3 de diciembre*", Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 485.

[24] En el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) XV Legislatura, serie B proposiciones de Ley se puede consultar la 122/000029 Proposición de Ley para la mejora de la prestación para el cuidado de hijos enfermos (presentada por el Grupo Parlamentario VOX), en la que al describir la situación protegida se amplía el panorama de situaciones posibles y desvincula el derecho a la reducción de jornada y a la prestación del ingreso hospitalario de larga duración.