nº 31 (2º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 - ISSNe: 2387-0370

La prestación económica por cuidado de menores afectados por una enfermedad grave en los supuestos de separación o divorcio de los progenitores

Financial assistance for the care of children affected by a serious illness in cases of separation or divorce of the parents

MANUELA DURÁN BERNARDINO *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0003-2711-5644

Cita sugerida: 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):* 109-124.

Resumen

El presente artículo analiza el fallo de la STS 3148/2021, de 20 de julio. El debate se centra en determinar si la prestación por cuidado de menor afectado por una enfermedad grave, percibida por la madre divorciada, que tiene concedida la guarda y custodia de su hija afectada por una enfermedad grave se extingue cuando el otro progenitor cesa en su actividad laboral. Es destacable que la exigencia de que los dos progenitores se encuentren afiliados y en situación de alta en algún régimen público de la Seguridad Social, incluso en caso separación o divorcio cuando solo uno de ellos tiene la custodia del menor, es una situación que ha sido utilizada con frecuencia, en especial por las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, tanto para denegar el acceso al subsidio como para extinguir la prestación ya causada. Resulta por ello de interés revisar la jurisprudencia existente al respecto, siendo el objetivo de este artículo analizar esta cuestión prestando especial atención al último pronunciamiento del Tribunal Supremo al respecto.

Palabras clave

prestación económica; cuidado de menores enfermos graves; divorcio; cese de actividad laboral

Abstract

This article analyses the ruling of STS 3148/2021, of 20 July. The debate focuses on whether the care allowance for a seriously ill child received by a divorced mother who has custody of her daughter with a serious illness ceases when the other parent is no longer in employment. It is noteworthy that the requirement for both parents to be affiliated and registered with a public social security scheme, even in the case of separation or divorce when only one of them has custody of the child, is a situation that has been used frequently, especially by the Mutual Companies Collaborating with Social Security, both to deny access to the allowance and to terminate the allowance already paid. It is therefore of interest to review the existing case law on the matter, the aim of this article being to analyse this issue, paying special attention to the latest pronouncement of the Supreme Court on the matter.

Keywords

financial assistance; care of seriously ill children; divorce; termination of employment

1. APROXIMACIÓN GENERAL A LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADO MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE. CONFIGURACIÓN JURÍDICA

En España, la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave no se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico hasta el año 2011, de la mano de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, que, a través de sus disposiciones finales 21, 22 y 23 acomodó su regulación al texto de la Ley general de

Fecha Recepción: 13/12/2021 - Fecha Revisión: 3/1/2022 - Fecha Aceptación: 4/1/2022
Pags. 109-124

la Seguridad Social[1], el Estatuto de los Trabajadores y el Estatuto Básico del Empleado Público, respectivamente. Concretamente, modificó el artículo 38.1 c) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, incluyéndose como nueva acción protectora del sistema de la Seguridad Social, el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave[2]. Por lo que aquí interesa, en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, añadió el párrafo tercero al apartado 5 del artículo 37, reconociéndose un nuevo supuesto de reducción de jornada a favor del progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, para el cuidado del menor durante el tiempo que dure el tratamiento continuado de la enfermedad.

En su momento, representó una novedad en la legislación española, dándose respuesta a la necesidad de dar cobertura a una realidad social que hasta el momento se encontraba desatendida[3]. Ante el elevado número de casos de niños y adolescentes (0-18 años) con cáncer y el grado de afectación a la vida del niño y de su entorno familiar, se hacía preciso el reconocimiento a los progenitores del derecho a disponer de una reducción de jornada que contara con la protección de una prestación económica de la Seguridad Social, ya que esta situación provocaba a las familias afectadas importantes problemas a la hora de compaginar las responsabilidades familiares con las laborales, especialmente en situaciones de cáncer o enfermedad grave de un hijo[4]. Con este cambio normativo se contribuía a la plasmación real de la igualdad de trato y oportunidades en el ámbito laboral al promover la conciliación de la vida personal, familiar y laboral[5], favoreciéndose un enfoque de igualdad de género[6]. Téngase en cuenta que, aunque se ha producido un importante avance social, las mujeres siguen asumiendo la mayor parte de las responsabilidades familiares, lo cual se ve reflejado igualmente en esta prestación, siendo las mujeres quienes, con carácter general, suelen solicitar la reducción de jornada para el cuidado de un hijo con una enfermedad grave.

En la actualidad, la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave encuentra su marco regulador en la normativa laboral (artículo 37.6 del Estatuto de los trabajadores) y en la normativa de Seguridad Social (artículos 190, 191 y 192 de la Ley General de la Seguridad Social), quedando su desarrollo reglamentario en manos del RD 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 enfermedad grave. En lo que respecta a la interpretación de la regulación de la prestación para cuidado de menor afectado por una enfermedad grave, debe igualmente prestarse atención a la doctrina jurisprudencial, que ha venido resolviendo los aspectos controvertidos de la misma[7].

[1] Véase, PANIZO ROBLES, J.: "La Seguridad Social al inicio de 2011 (Comentarios a la Ley 39/2010, de presupuestos generales del Estado para 2011 y otras disposiciones legales de reciente promulgación)", *Revista de Trabajo y de la Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, núm. 335, 2011, págs. 5-128.

[2] En este sentido, se entiende por acción protectora la forma en que se organizan los mecanismos específicos de cobertura y se definen las necesidades sociales protegidas en el sistema de Seguridad Social. Véase DE LA VILLA GIL, L. y DESDENTADO BONETE, A.: *Manual de seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1971, págs. 308-347.

[3] FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "La prestación económica por cuidado de menores afectado por cáncer u otra enfermedad grave", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social,* núm. 344, 2011, págs. 128-130.

[4] GALVEZ CALLEJÓN, J.: "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: interconexión ente 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.

[5] KAHALE CARRILLO, D. T.: "La nueva prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave*", Temas Laborales*, núm. 112, 2011, pág. 366.

[6] MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURIDA, R.: Manual de Seguridad Social, Tecnos, Madrid, 2021, pág. 309.

[7] En este sentido, véase, NOGUEIRA FERREIRO, L.: "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: una valoración de las primeras decisiones judiciales", en VV.AA. MELLA *(...)*

El artículo 37.6 del Estatuto de los trabajadores en su párrafo tercero reconoce el derecho del progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente, a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años. Se trata de un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, el precepto establece que, si dos o más trabajadores de la misma empresa generan el derecho por el mismo sujeto causante, será el empresario quien podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

En lo que respecta a la normativa sobre Seguridad Social, el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, dedica el capítulo X del título II (arts. 190-192) al cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. La situación protegida a efectos de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave es la reducción de jornada de trabajo de al menos un cincuenta por ciento, por parte de los progenitores cuando ambos trabajen para 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 (art. 190 TRLGSS). En lo que respecta a los sujetos beneficiarios, se exige para tener acceso a la prestación los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación de maternidad, precisando que si ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cumplen los requisitos para ser beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla solo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos (art. 191 TRLGSS).

En base a lo establecido en los artículos que preceden, la importancia de esta medida de conciliación del trabajo desarrollado y del cuidado del menor enfermo, es doble, al reconocerse como un derecho laboral por el Estatuto de los Trabajadores y por la protección económica que el sistema de Seguridad Social le confiere. Así, mientras que la finalidad de la reducción de jornada es la de permitir que los progenitores puedan asumir el cuidado de sus hijos enfermos compaginándolo con el trabajo (motivo por lo que la reducción debe ser significativa en atención a la grave situación del menor, concretamente la mitad de la duración de la jornada de trabajo), la finalidad de la prestación económica es compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al reducir su jornada de trabajo, con la consiguiente disminución de salarios, por la necesidad de cuidar de manera directa, continua y permanente del menor a cargo.

En consecuencia, esta prestación permite que los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente a cuyo cargo hay menores que sufren enfermedades graves, puedan, solo cuando ambos trabajen, compatibilizar la atención al menor con la continuidad de su actividad laboral, sin que ello suponga una minoración de sus ingresos ni un perjuicio en su carrera profesional, siempre que cumplan los requisitos genéricos establecidos en el artículo 165 de la Ley general de la Seguridad Social y los específicos contenidos en el reglamento de desarrollo[8].

MÉNDEZ, L. (Coord.), Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado, Delta Publicaciones Universitarias, 2015, págs. 303-318.

[8] POQUET CATALÁ, R.: "Ultimas interpretaciones en torno a la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018, pág. 86.

2. REQUISITOS PARA SER BENEFICIARIO DE LA PRESTACIÓN

Para ser sujeto beneficiario de la prestación económica para cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave se debe cumplir los requisitos genéricos establecidos en el artículo 165 de la Ley general de la Seguridad Social y los específicos contenidos en el artículo 4 del reglamento de desarrollo. Concretamente:

a. Ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras deben acreditar que se encuentran afiliadas y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social o sólo una de ellas, si la otra, debido al ejercicio de su actividad profesional, está incorporada obligatoriamente a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional. Igualmente, se entiende que este requisito se cumple en aquellos supuestos en que la persona progenitora, adoptante o acogedora del menor, que no es beneficiaria de la prestación, tenga suscrito un convenio especial en el sistema de la Seguridad Social por realizar su actividad laboral en un país con el que no exista instrumento internacional de Seguridad Social (art. 4.2 del RD 1148/2011). Cuando los dos progenitores, adoptantes o acogedores tuvieran derecho al subsidio solo podrá reconocerse a una de ellas, con independencia del número de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave que requieran cuidados directos, continuos y permanentes (art. 4.3 del RD 1148/2011). En los casos de separación judicial, nulidad o divorcio, si ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras tuvieran derecho al subsidio podrá ser reconocido a favor de la determinada de común acuerdo. A falta de acuerdo y de previsión judicial expresa, se atribuirá la condición de persona beneficiaria del subsidio a aquella a quien se conceda la custodia del menor y si ésta fuese compartida a la que lo solicite en primer lugar, siendo igualmente de aplicación en los supuestos de ruptura de una unidad familiar basada en una análoga relación de afectividad a la conyugal (art. 4.4 del RD 1148/2011)[9]. Como puede observarse, no cabe la posibilidad de que el subsidio sea para las dos personas, con independencia del supuesto que se presente. El legislador solo señala, en base al principio de igualdad, que mediante acuerdo entre ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras y la empresa o empresas respectivas, podrá alternarse entre ellas el percibo del subsidio por periodos no inferiores a un mes, en cuyo caso el percibo del subsidio quedará en suspenso cuando se reconozca un nuevo subsidio a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora[10].

En relación con este requisito, el reglamento de desarrollo de la prestación no contempla el supuesto de un progenitor del menor que no cumple el requisito de afiliación y alta en la Seguridad Social y que, además, está divorciado del otro progenitor (si afiliado y en alta en la Seguridad Social), que tiene atribuida la custodia del menor, planteándose la duda de si en dicho supuesto se puede excluir de la unidad familiar al progenitor divorciado. Es un tema abordado por la jurisprudencia de forma reiterada (STSJ de Aragón de 18 de julio de 2012 o STSJ de las Islas Canarias, de 5 de noviembre de 2013)[11], tratándose del debate central de la STS 3148/2021, de 20 de julio, que es analizada en los siguientes epígrafes.

b. Uno de los progenitores debe reducir su jornada laboral como mínimo el cincuenta por ciento de su jornada de trabajo (37.5 ET). El subsidio se reconocerá en proporción al porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo que disfruten las personas trabajadoras. Para su percepción, el porcentaje de reducción de jornada se entenderá referido a una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable de la misma empresa y centro de trabajo que realice un trabajo idéntico o similar, y se computará sin tener en cuenta otras reducciones de jornada

[9] Véase, FERNÁNDEZ CORDÓN, J. y TOBIO SOLER, C.: "Las familias monoparentales en España", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 83, 1998, pág. 55.

[10] KAHALE CARRILLO, D. T.: "La nueva prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave*", Temas Laborales*, núm. 112, 2011, pág. 379.

[11] BLASCO LAHOZ, J.F.: "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y su interpretación judicial", *Trabajo y Derecho*, núm. 9, 2015, págs. 3 y 4.

que, en su caso, disfruten las personas trabajadoras por razones de guarda legal de menores o de cuidado de familiares, o por cualquier otra causa (art. 4.1 del RD 1148/2011).

c. El menor de 18 años padezca cáncer o enfermedad grave, que queda debidamente acreditada cuando coincide con una de las relacionadas en el anexo del RD 1148/2011, o cuando el facultativo responsable de la atención al menor considera que este precisa de unos cuidados permanentes derivados de una concreta patología[12]. En lo que respecta a las enfermedades relacionadas en el anexo, el listado incluye una gran cantidad de enfermedades graves, concretamente 109, agrupadas en las ramas de oncología, hematología, errores innatos del metabolismo, alergia, inmunología, psiquiatría, neurología, cardiología, aparato respiratorio, aparato digestivo, reumatología, cirugía, nefrología, neonatología, cuidados paliativos, enfermedades infecciosas y endocrinología. Esta lista deja de ser cerrada cuando se permite que un facultativo pueda determinar que el menor precisa de cuidados permanentes. Se rompe así con la seguridad jurídica que suponía el contar con una lista cerrada de enfermedades, pero, al mismo tiempo, se garantiza que no quede fuera de protección enfermedades que, no encontrándose en la lista, requiera el cuidado directo, continuo y permanente del menor, por lo que en la práctica habrá que atender a las circunstancias concurrentes en cada caso y del menor en cuestión[13].

d. A consecuencia de la enfermedad el menor precise un cuidado directo, continuo y permanente durante la hospitalización y/o tratamiento continuado de la enfermedad en el domicilio tras esa hospitalización (art. 2.1 del RD 1148/2011). Este requisito ha venido planteando algunas dudas interpretativas ante la indefinición que gira en torno a estos cuidados, siendo uno de los aspectos más controvertidos de esta prestación establecer la relación entre la enfermedad padecida y la necesidad de recibir unos cuidados especiales.

El legislador ha tratado de darle solución atribuyendo su valoración al facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente responsable de la atención del menor (art. 2.2 RD 1148/2011), sin embargo, la inconcreción del legislador ha provocado que se hayan ido construyendo lógicas bien por parte de las entidades responsables del pago o por organismos jurisdiccionales con la intención de subsanar la laguna normativa existente. De este modo, se consideran cuidados continuados "porque se hacen precisos en todo momento atendida la naturaleza de su dolencia y salud"; permanentes "porque no se encuentran condicionados por una concreta o determinada situación coyuntural, sino que derivan del carácter permanente de su problema de salud" y directos "porque son precisamente los padres (...) quienes deben atender a la evolución de la dolencia y a las complicaciones que puedan surgir"[14].

El Tribunal Supremo también ha tratado de poner los mimbres para matizar la normativa atendiendo esta ausencia de concreción, de cuya doctrina pueda extraerse las siguientes conclusiones[15]: la normativa reguladora de la prestación (arts. 190LGSS y 2 RD 1148/2011) no exige que la necesidad de cuidar de manera, directa, continua y permanente al menor suponga la atención al mismo durante las 24 horas del día (STS de 28 de junio de 2016 (RJ 2016, 3599); la escolarización del menor no implica que durante el tiempo en el que permanece en su domicilio no

[12] Se trata de una modificación introducida por 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 la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y se aprueba el modelo de declaración médica sobre la necesidad de cuidado continuo del menor. Así, lo determinante es que la enfermedad del menor de lugar a "cuidados permanentes" a juicio del facultativo.

[13] Véase, POQUET CATALÁ, R.: "Ultimas interpretaciones en torno a la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018, págs. 90 y 91.

[14] STSJ de Navarra de 13-03-2015 (JUR 2015, 129021) y STSJ de Navarra de 05-03-2015 (JUR 2015, 128256).

[15] Véase, GALVEZ CALLEJÓN, J.: "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: interconexión ente 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.

tenga que ser objeto de intenso cuidados de manera, directa, continua y permanente", por lo que ésta no puede ser motivo para denegar el derecho a la prestación económica (STS de 28 de junio de 2016 (RJ 2016, 3599)[16]; el hecho de padecer una de las dolencia recogidas en el anexo del Reglamento de desarrollo no da lugar por sí misma al nacimiento del derecho a la prestación, sino que deberán ser valoradas las circunstancias específicas de cada supuesto para discernir si se dan todos los presupuestos para el reconocimiento del derecho, entre ellos, el requisito de que el menor necesite un cuidado directo, continuado y permanente (STS de 5 de febrero de 2018 (RJ 2018, 737). No obstante, debiéndose reconocer la importancia de estas precisiones, hubiera sido deseable que el Alto Tribunal abordara con mayor precisión el foco principal de conflictividad, definiendo qué se entiende por cuidado directo, continuo y permanente.

e. El beneficiario debe acreditar un periodo mínimo de cotización, establecido en el artículo 5 del RD 1148/2011, de 29 de julio, el cual, dependerá de la edad de la persona trabajadora en la fecha en que inicie la reducción de jornada y de si se trata de una jornada de trabajo a tiempo completo o a tiempo parcial.

De estos requisitos, la sentencia objeto de análisis aborda el referido a que ambos trabajadores se encuentren trabajando para poder generar o mantener el derecho, en el supuesto concreto de separación o divorcio cuando uno de los progenitores tiene la custodia del menor afectado por una enfermedad grave.

3. CONTENIDO

La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo (arts. 192 TRLGSS y 6.1 del RD 1148/2011). En lo que respecta a la base reguladora, debe tomarse en cuenta la correspondiente a una jornada de trabajo completa aunque el sujeto beneficiario se encuentre en situación de reducción de jornada por guarda legal de un menor discapacitado, porque, en caso contrario, supondría un perjuicio intolerable que, tras instaurarse un nuevo supuesto de reducción de jornada específico para progenitores, adoptantes y acogedores preadoptivos o permanentes de menores enfermos de cáncer u otras dolencias graves, no se pudiera acoger a ella en su plenitud de derechos, y se tomase como base reguladora la correspondiente a la cotización por la jornada reducida que venía realizando por aquella causa, y no la que le habría correspondido a tiempo completo (STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2014, Rec. 1968/2013)[17].

Si se trata de personas trabajadoras contratadas a tiempo parcial, la base reguladora diaria del subsidio será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la reducción de jornada, entre el número de días naturales de dicho periodo, aplicándose a dicha base reguladora el porcentaje de reducción de jornada que corresponda. De ser menor la antigüedad de la persona trabajadora en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales comprendidos en dicho periodo (art. 6.2 RD 1148/2011).

4. NACIMIENTO, DURACIÓN, SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN

El derecho al subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave nace a partir del mismo día en que dé comienzo la reducción de jornada correspondiente, siempre que la solicitud se formule en el plazo de tres meses desde la fecha en que se produjo dicha

[16] En el mismo sentido, STSJ de Madrid núm. 96/2021, de 11 de febrero (JUR 2021, 150981).

[17] En este sentido, BLASCO LAHOZ, J.F.: "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y su interpretación judicial", *Trabajo y Derecho*, núm. 9, 2015, pág. 5.

reducción. Transcurrido dicho plazo, los efectos económicos del subsidio tendrán una retroactividad máxima de tres meses.

En lo que respecta a su duración, el subsidio se reconocerá por un periodo inicial de un mes, prorrogable por periodos de dos meses cuando subsista la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, que se acreditará mediante declaración del facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la asistencia médica del menor, y, como máximo, hasta que éste cumpla los 18 años. En aquellos supuestos en los que la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente del menor, según se acredite en la declaración médica emitida al efecto, sea inferior a dos meses, el subsidio se reconocerá por el periodo concreto que conste en el informe (Art. 7.1 RD 1148/2011).

La percepción del subsidio quedará en suspenso en diferentes situaciones (art. 6.2 RD 1148/2011):

- En las situaciones de incapacidad temporal, durante los periodos de descanso por maternidad y paternidad y en los supuestos de riesgo durante el embarazo y de riesgo durante la lactancia natural y, en general, cuando la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave concurra con cualquier causa de suspensión de la relación laboral. Se establece así de forma expresa la incompatibilidad entre prestaciones periódicas de la Seguridad Social.
- En el supuesto de alternancia en el percibo del subsidio entre las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras, a que se refiere el artículo 4.5 ET. En este caso el percibo del subsidio quedará en suspenso para la persona progenitora, adoptante o acogedora que lo tuviera reconocido cuando se efectúe el reconocimiento de un nuevo subsidio a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora.

El derecho al subsidio se extinguirá cuando concurran algunas de las siguientes causas (art. 7.3 RD 1148/2011):

- Por la reincorporación plena al trabajo o reanudación total de la actividad laboral de la persona beneficiaria, cesando la reducción de jornada por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, cualquiera que sea la causa que determine dicho cese. Igualmente se extinguirá cuando la reducción de la jornada laboral pase a ser inferior al 50% de la misma, aunque sigan siendo precisos los cuidados al menor enfermo, al ser contrario a la exigencia recogida en el artículo 4.1 del RD 1148/2011(STSJ núm. 29 de Madrid de 12 de diciembre de 2012, procedimiento 111/2012).
- Por no existir la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, debido a la mejoría de su estado o a alta médica por curación, según el informe del facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la asistencia sanitaria del menor (STSJ del País Vasco de 9 de diciembre de 2014, Rec. 2215/2014).
- Cuando una de las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras del menor cese en su actividad laboral, sin perjuicio de que cuando ésta se reanude se pueda reconocer un nuevo subsidio si se acredita por la persona beneficiaria el cumplimiento de los requisitos exigidos y siempre que el menor continúe requiriendo el cuidado directo, continuo y permanente. Es este el requisito que entra en juego en la Sentencia objeto de análisis, cuando se produce el divorcio de los progenitores y el beneficiario del subsidio tiene reconocida la custodia del menor y continúa trabajando, al poderse entender que cuando existe divorcio se

rompe la unidad familiar, como ámbito natural en el que se desenvuelven los deberes y obligaciones respectivos, no debiendo extinguirse el derecho a la prestación por motivo de cese de la actividad laboral del progenitor que no venía ejerciendo el cuidado y atención de la menor.

- Por cumplir el menor 18 años.
- Por fallecimiento del menor.
- Por fallecimiento de la persona beneficiaria de la prestación.

5. ESPECIAL REFERENCIA A LA STS 3148/2021, DE 20 DE JULIO

5.1. Breve síntesis del supuesto de hecho

Como hechos probados consta en la Sentencia que los padres de la menor afectada por una enfermedad grave contrajeron matrimonio en 2004, naciendo un año más tarde su hija afectada de parálisis cerebral a consecuencia del parto con graves secuelas (ceguera cerebral y epilepsia fármaco-resistente). En 2008, se decretó el divorcio del matrimonio por mutuo acuerdo, siéndole concedida a la madre en la sentencia de divorcio la guarda y custodia de la hija. En 2013 se le reconoció a la madre la prestación económica por cuidado de menores con enfermedades graves a razón del 99,90% de una base reguladora de 114,19 euros diarios, pero en 2017 la Mutua Asepeyo le comunicó la extinción de dicha prestación al haber comprobado que el otro progenitor había cesado en su actividad laboral. En esta última fecha la madre se encontraba prestando servicios como informática en un centro comercial con reducción del 50 por ciento de la jornada de trabajo.

Ante la decisión de la Mutua la interesada formuló una reclamación previa que fue desestimada por la mutua, motivo por el cual, presentó a posteriori una demanda ante el juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, que estimó la demanda formulada por la actora mediante Sentencia de 16 de enero de 2018, dejando sin efecto la resolución de la Mutua Asepeyo y condenándola a que abonase a la actora la prestación del subsidio por cuidado de menores afectados por una enfermedad grave.

Contra esta sentencia, la Mutua formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia en fecha de 24 de septiembre de 2018 desestimando el recurso planteado, confirmando la resolución anterior en su integridad.

El Tribunal razona que en el supuesto examinado concurre la circunstancia de que la guarda y custodia de la menor está atribuida a la madre y que desde el momento en que se produce el divorcio se rompe la unidad familiar, como ámbito natural en el que se desenvuelven los deberes y obligaciones respectivos. El padre no tiene estos deberes y responsabilidades, a excepción de la que pueda corresponder a prestaciones económicas o al régimen de visitas que haya podido imponerse en la sentencia de divorcio, de tal modo que es la madre quien -desempeñe o no el padre actividad laboral- se ocupa cotidianamente de la atención de la menor. Por ello, se llega a la conclusión de que se cumplen las condiciones para percibir el subsidio reclamado, cuyo fin es hacer posible la atención del menoscabo del salario producido por la reducción de jornada de aquella.

El Tribunal igualmente precisa que sería posible llegar a una solución distinta en relación a la procedencia del mantenimiento del subsidio si, una vez producida la ruptura de la convivencia de los padres, se hubiera acordado la custodia compartida, es decir, el mantenimiento de relaciones continuadas de estos y su hija, con la consiguiente responsabilidad (compartida) en el ejercicio de su crianza y educación. Sin embargo, en el caso que aquí se analiza, no media acuerdo alguno, ni resolución judicial sobre la guarda y custodia de la hija en régimen compartido, habiéndole sido asignada de forma exclusiva a la madre, motivo por el cual en la sentencia se entiende que deben entenderse por cumplidas las condiciones que deben de reunirse para percibir el subsidio reclamado- cuyo fin es hacer posible la atención que el hijo menor requiere para compensar el menoscabo del salario producido por la reducción de jornada de la demandante-. Es el motivo que justifica la

desestimación del recurso formulado por la Mutua Asepeyo, junto a la ausencia de predisposición del padre para atener a la menor.

Contra esta sentencia la Mutua interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, formalizado mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2018, aduciendo que resuelve una cuestión similar en sentido divergente.

Con la finalidad de determinar si concurre el requisito de la contradicción (art. 219 de la LRJS), que supone que, ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a distintos pronunciamientos, se procede al examen de la Sentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 12 de junio de 2018, recurso número 1470/2017. En este caso, el divorcio entre los padres del menor afectado por una enfermedad grave se produjo de común acuerdo en 2010, atribuyéndose su custodia a la demandante, reconociéndose a su favor desde diciembre de 2013 la prestación económica de Seguridad Social para el cuidado de hijo menor afectado por enfermedad grave. El derecho a percibir el subsidio se extingue por resolución de 2015 emitida por la Mutua Ibermutuamur, responsable de la prestación, a consecuencia de que el progenitor divorciado causa baja en el Régimen público de la Seguridad Social.

Como se puede apreciar, tanto en la Sentencia de contraste como en la sentencia que se recurre en el supuesto analizado, existe una coincidencia de hechos. En ambos casos se trata de una madre divorciada que tiene atribuida la guarda y custodia de la hija aquejada de una enfermedad grave y que viene percibiendo la prestación correspondiente, al haber reducido la jornada de trabajo. En ambas sentencias el padre pierde su trabajo y la Mutua cesa en el abono de la prestación al entender que se ha extinguido el derecho al haber perdido el trabajo uno de los progenitores. En ninguna de las sentencias se deja constancia de ningún dato en el que se refleje la imposibilidad del progenitor que ha cesado en el trabajo para atender al cuidado de su hija. Sin embargo, a pesar de las aparentes identidades fácticas concurrentes, las sentencias contractadas han alcanzado resultados contradictorios.

Mientras que la sentencia recurrida entiende que debe mantenerse el percibo de la prestación, la de contraste resuelve que procede la extinción del derecho al considerar que la propia definición de la contingencia protegida por el régimen público de la Seguridad Social (artículos 135 *quater* LGSS y 2.1 del RD 1148/2011), muestra que uno de los elementos básicos que la integran, configurándose como requisito ineludible para su producción, es el de que ambos progenitores trabajen, de forma que la acción protectora de la Seguridad Social no entra en funcionamiento cuando quiebra dicho presupuesto. Como se establece en el Preámbulo del reglamento de desarrollo así como en otros pronunciamientos judiciales (STS de 28 de junio de 2016), se trata de una exigencia que responde a la función del subsidio, que viene a compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, 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. Además, esta previsión se ve reforzada por lo establecido en el artículo 7.3. b) del Real Decreto 1148/2011, en el que se recoge como causa de extinción de la prestación, el cese en la actividad laboral de una de las personas progenitoras. En consecuencia, en la Sentencia de contraste se entiende que la norma presupone que de no trabajar uno de los progenitores, el mismo dispone del tiempo preciso para cuidar y atender directa y personalmente al menor, siendo innecesario que el progenitor ocupado reduzca su jornada a ese mismo fin. Por lo tanto, se llega a la conclusión de que a tenor de los preceptos reseñados y su finalidad no existe margen para entender que en el caso de separación o divorcio quede abierta la posibilidad de que sólo trabaje uno de ellos, considerando que, si dicha interpretación se realizara, se estaría desbordando el concepto mismo de la situación protegida y la finalidad a la que responde.

En base a estos datos, resulta forzoso concluir, a priori, la concurrencia de las identidades exigidas por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

5.2. Argumentación jurídica. Claves de la posición judicial y conclusiones

La cuestión que se plantea en este recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en la determinación de si la madre divorciada que tiene concedida la guarda y custodia de una hija afectada por una enfermedad grave puede seguir disfrutando la prestación otorgada para su cuidado cuando el otro progenitor cesa en su actividad laboral.

Para sustentar su fallo, el Alto Tribunal se basa en la noción de situación protegida del artículo 2 del RD 1411/2011, y, en coherencia con ella, en la interpretación sistemática, el razonamiento lógico, las referencias expresas a las situaciones de crisis matrimonial recogidas en la normativa aplicable y, en los criterios del interés del menor y de la realidad social.

La normativa aplicable al caso parte del artículo 2 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo en el sistema de la Seguridad Social de la prestación referida, en el que se delimita la situación protegida, estableciendo que «a efectos de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, se considerará situación protegida la reducción de la jornada de trabajo que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del artículo 37.5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lleven a cabo las personas progenitoras, adoptantes y acogedoras de carácter familiar preadoptivo o permanente, cuando ambas trabajen, para el cuidado del menor a su cargo afectado por cáncer u otra enfermedad grave incluida en el listado que figura en el anexo de este real decreto. 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 la enfermedad grave».

En su artículo 4 se especifica quienes son los sujetos beneficiarios de la prestación, prescribiendo en su apartado 2 que «dentro de cada unidad familiar, ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras deben acreditar que se encuentran afiliadas y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social o sólo una de ellas, si la otra, en razón del ejercicio de su actividad profesional, está incorporada obligatoriamente a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional. El requisito de estar afiliado y en alta se entenderá cumplido en aquellos supuestos en que la persona progenitora, adoptante o acogedora del menor, que no es beneficiaria de la prestación, tenga suscrito un Convenio Especial en el Sistema de la Seguridad Social por realizar su actividad laboral en un país con el que no exista instrumento internacional de Seguridad Social».

En el apartado 4 del mismo precepto legal, se hace referencia a los casos de separación judicial, nulidad o divorcio de las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras del menor, pero para resolver que si ambos tuvieran derecho al subsidio podrá ser reconocido a favor de la determinada de común acuerdo y, a falta de acuerdo y de previsión judicial expresa, se atribuirá la condición de persona beneficiaria del subsidio a aquella a quien se conceda la custodia del menor, de forma que si ésta fuese compartida será beneficiario quien lo solicite en primer lugar.

El Alto Tribunal tiene en cuenta igualmente que la norma reglamentaria contiene referencias específicas a la incidencia de las situaciones de crisis matrimonial en la prestación, e incluso el de la custodia del menor, permitiendo que, en caso de mediar acuerdo, la condición de beneficiario la ostente el progenitor no custodio (art. 4.4), por lo que la propia normativa contempla la posibilidad de que uno de los progenitores tenga la guarda y custodia del menor y, sin embargo, pueda ser el otro quien desempeñe la función cuidadora del hijo enfermo.

Además, señala la Sala que, desde la perspectiva de la interpretación sistemática, el art. 7.3 b) del RD 1148/2011 establece como causa de extinción el cese de la actividad laboral de una de las personas progenitoras, sin contemplar ninguna excepción o salvedad.

Es este último requisito el que es realmente debatido en la Sentencia analizada, siendo la pérdida del trabajo por parte del progenitor que no ejerce la patria potestad, lo determinante para decidir si en el supuesto de separación o divorcio la beneficiaria del subsidio, que ejerce la patria potestad de la menor, tiene derecho a seguir percibiendo la prestación económica.

No se aporta ningún dato que ponga de manifiesto la imposibilidad de que el progenitor que pierde su empleo pueda cumplir con su obligación de procurar que la menor reciba la atención médica necesaria, salvo la insistencia de la demandante en su escrito de impugnación al recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que hace constar que el padre de la menor no está en predisposición de atenderla. Tampoco se discute que esté en condiciones de asumir sus deberes de manera efectiva y garantizar que la menor sea asistida de forma adecuada en razón de circunstancias tales como su lugar de residencia u otras diferente.

En base a esta normativa, el Tribunal Supremo se decanta por la sentencia de contraste al considerar acertada su doctrina. Por lo tanto, no comparte la conclusión aceptada por la sentencia recurrida, en base a la cual se considera que en los supuestos de separación o divorcio el derecho a la prestación litigiosa no esté condicionado a que los dos progenitores trabajen.

En la Sentencia examinada se estima así, que, teniendo en cuenta la propia definición de la contingencia protegida (artículos 190 LGSS y 2.1 del RD 1148/2011), uno de los elementos básicos para que la acción protectora de la Seguridad Social entre en funcionamiento, es que ambos progenitores trabajen, configurándose como requisito ineludible para su producción. Además, dicha exigencia responde a la función del subsidio, que viene a compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, 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.

Así, la normativa viene a presuponer que, si uno de los progenitores no trabaja, dispondrá del tiempo preciso para cuidar y atender directa y personalmente al menor, siendo innecesario que el progenitor ocupado reduzca su jornada a ese mismo fin. Estas precisiones genéricas podrían llegar a acomodarse en aquellos supuestos en los que solo exista una persona en condiciones de atender al menor bien por incapacidad, por fallecimiento, por inexistencia de otro progenitor o porque tuviera alguna dificultad o impedimento para el cuidado de la menor, sin embargo, el Tribunal considera que estos supuestos no se dan en este caso concreto. Es esta la base argumental que utiliza la Mutua en su recurso, dejando constancia de que el padre de la menor no está impedido para el cuidado de ésta.

Teniendo en cuenta el tenor de los preceptos reseñados y su finalidad, el Tribunal Supremo llega a la misma conclusión a la que se llegó en la sentencia de contraste, al entender que los mismos no dejan margen para entender que en el caso de separación o divorcio quede abierta la posibilidad de que sólo trabaje uno de ellos, considerando que con dicha interpretación se produciría un desbordamiento del concepto mismo de la situación protegida y la finalidad a la que responde.

Como ya se ha indicado, esta conclusión se ve reforzada con la alusión al artículo 7.3 b) del RD 1148/2011 en el que se establece como causa de extinción de la prestación el cese de la actividad laboral de una de las personas progenitoras, sin incluir excepción alguna, lo que viene a abundar en la idea de que la exigencia de que ambos trabajen constituye un requisito determinante para que se reconozca y mantenga el derecho al subsidio. Igualmente, se ampara la decisión en el artículo 4.4 del reglamento, en el que se regula el orden de prelación en el disfrute de la prestación cuando ambos progenitores tienen derecho a la protección y están divorciados o separados.

Teniendo en cuenta el dato relativo a la custodia del menor, llega a permitir que, si hay acuerdo entre las partes, pueda ser el progenitor no custodio quien ostente la condición de beneficiario.

Por lo tanto, queda contemplada en la normativa la posibilidad de que no sea el progenitor que tenga concedida la guarda y custodia del menor quien desempeñe la función de cuidador del hijo enfermo, de lo que se extrae que en los supuestos de separación o divorcio es requisito ineludible de la prestación, que ambos progenitores trabajen. De esta forma, se llega a la conclusión de que la regulación de la prestación no permite excluir de la unidad familiar al progenitor separado (o divorciado), presuponiendo que el progenitor que no trabaja puede prestar a su hijo la atención que requiere la enfermedad, tenga o no la custodia del menor.

En lo que respecta a la referencia a la "unidad familiar" (art. 4.2 del RD 1148/2011), si bien la Sentencia recurrida entendía que desde el momento en que se produce el divorcio se rompe la unidad familiar, como ámbito natural en el que se desenvuelven los deberes y obligaciones respectivos, el Tribunal Supremo concluye que dicho precepto no puede interpretarse en el sentido de que el requisito que establece resulte inexigible a ambos progenitores en supuestos de separación o divorcio, pues entraría en contradicción con la definición legal de la situación protegida (arts. 190 LGSS y 2.1 del RD 1148/2011, vulnerándose el principio de jerarquía normativa. En toda lógica, se entiende que cuando el reglamento alude a la unidad familiar, está pensando en el supuesto ordinario en que los progenitores forman parte de la misma unidad familiar, sin que ello implique dispensar trato distinto, más favorable, a efectos del requisito controvertido a los progenitores separados o divorciados que han constituido su propia unidad familiar, lo que, por otra parte, consagraría un trato desigual, carente de justificación objetiva, respecto a los que no han roto su convivencia.

Podría pensarse que la solución dada por la sentencia recurrida se basa en el interés prevalente del menor que precisa los cuidados, sin embargo, para terminar su fundamentación se decanta la Sala por estimar que, al considerarse ineludible para percibir el subsidio que ambos progenitores trabajen, se está fomentando la integración del menor con el progenitor no custodio que además dispone de mejores condiciones para prestarle la atención que precisa al no tener que compatibilizar los cuidados con el desarrollo de la actividad laboral, máxime teniendo en cuenta la realidad social actual, en la que cada vez es más frecuente 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.

Sobre la base de esta argumentación, el Tribunal Supremo considera que aunque la madre tiene otorgada la guarda y custodia de la menor y, habiendo reducido su jornada para el cuidado de su hija enferma, viene percibiendo la prestación por cuidado de menor afectada por enfermedad grave, procede la extinción de la prestación al cesar en su actividad laboral el progenitor de la menor, del que la madre se había divorciado, sin que en la sentencia conste dato alguno que refiera que el padre tiene alguna dificultad o impedimento para el cuidado de la menor. En consecuencia, la Sala decide cesar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, manteniéndose por razones de seguridad jurídica la anterior doctrina al supuesto debatido al no haber aparecido datos nuevos que aconsejen un cambio de jurisprudencia.

Como se puede comprobar, la sentencia en su voto mayoritario estima el recurso formulado por la Mutua reproduciendo los razonamientos de la STS, de 12 de junio de 2018, invocada como sentencia de contraste por entender que contine la buena doctrina.

5.3. Trascendencia de la doctrina asentada

La sentencia comentada presenta un interés e importancia de alto calado al pronunciarse sobre un aspecto muy controvertido de la prestación económicas por cuidado de menores afectados por una enfermedad grave, al plantearse si puede la madre divorciada que tiene asignada en

exclusiva la guarda y custodia de su hija menor afectada por una enfermedad grave, seguir disfrutando de la prestación otorgada cuando el otro progenitor cesa en su actividad laboral. Es destacable que la exigencia de que los dos progenitores se encuentren afiliados y en situación de alta en algún régimen público de la Seguridad Social, incluso en caso separación o divorcio cuando solo uno de ellos tiene la custodia del menor, es una situación que ha sido utilizada con frecuencia, en especial por las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, tanto para denegar el acceso al subsidio como para extinguir la prestación ya causada.

La STS 3148/2021, de 20 de julio, se inscribe en una línea judicial marcada previamente, continuando con la directriz ya fijada de forma clara y precisa por la STS de 12 de junio de 2018 (Rcud. 1470/2017), dándose una coincidencia de hechos con la Sentencia impugnada. En su argumentación, el Tribunal toma como idea de referencia que los artículos 2, 4, apartados 2 y 4 y artículo 7, apartado 3 del RD 1148/2011, de 29 de julio, no dejan margen para entender que en caso de separación o divorcio quede abierta la posibilidad de que solo trabaje uno de ellos, de forma que el requisito de que "ambos progenitores trabajen" es para el Alto Tribunal ineludible.

A favor de su continuidad tenemos, por un lado, el mantenimiento de la doctrina aplicada en un supuesto anterior, no solo por razones de seguridad jurídica sino también porque, a juicio del Tribunal, no constan datos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencia y, por otro, que estamos ante un posicionamiento compartido por el voto mayoritario. En contra de la continuidad de la doctrina aplicada, debe destacarse la existencia de un Voto Particular que discrepa de la solución adoptada por el resto de los magistrados presentes respecto a los litigios aquí comentados.

En consecuencia, la consolidación de la doctrina planteada en este pronunciamiento presenta innegables visos de continuidad en futuras decisiones, no sólo por la razonabilidad de los argumentos expuestos, sino por el apoyo que despierta entre la mayoría de los magistrados del Tribunal. Igualmente, es un aspecto a destacar la contundencia y claridad con la que el Tribunal se pronuncia sobre un tema de especial trascendencia como es si en caso de separación o divorcio es un requisito ineludible para acceder a percibir el subsidio o mantenerlo, que ambos progenitores trabajen.

No obstante, debe tenerse presente el Voto Particular formulado por la Magistrada Excma. Sra. Dª Rosa Virolés Piñol, siendo de gran interés al atender a la prevalencia del interés del menor. Considera que pese a la similitud de los hechos en ambas sentencias, no cabe apreciar la contradicción exigida por el artículo 219 LRJS, presupuesto procesal básico e ineludible para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, al no darse la identidad en los hechos, pretensiones y fundamentos. En este sentido, se muestra critica al entender que la sentencia de contrate, a diferencia de la recurrida, no toma en consideración las dolencias de la menor ni sus específicas necesidades, ni la idoneidad del padre, llegándose a desconocer incluso cuál sea la enfermedad que afecta al menor.

En toda lógica, considera que el interés prevalente de la menor debería, en este caso, llevar a cuestionarse las necesidades de esta y la idoneidad del padre para atenderla como hace la sentencia recurrida, máxime cuando la demandante ha insistido en su escrito de impugnación al recurso de casación para la unificación de doctrina que «el padre de la menor no está en predisposición de atenderla», haciendo referencia a las necesidades concretas de la menor, afectada de una parálisis celebrar a consecuencia del parto con consecuencias muy graves que le impide hablar y caminar, grado V (ceguera cerebral y epilepsia fármaco-resistente), tratándose de docencias que producen unas necesidades concretas y específicas en la menor, que es el bien o interés prevalente a proteger. Además, se señala en el voto particular, por su interés, el argumento de la sentencia de instancia que consiste en que, si la actora tiene la guarda y custodia de la menor, resulta irrelevante a tales efectos, que el padre deje de trabajar porque carece de responsabilidades familiares específicas o concretas respecto del cuidado de la menor.

Por lo tanto, si bien se admite la existencia de una coincidencia en gran parte de los elementos fácticos que delimitan el objeto de la pretensión en la Sentencia recurrida y en la de contraste, también destaca la Magistrada que igualmente existen importantes soluciones contradictorias. En definitiva, a juicio de la Magistrada que formula el Voto discrepante, la falta de contradicción entre las sentencias comparadas, debió llevar a inadmitir el recurso, y que en este momento procesal debería ser desestimado.

6. REFLEXIÓN FINAL

La prestación económica para cuidado de un menor afectado por una enfermedad grave tiene por beneficiarios a aquellos progenitores, adoptantes o personas que tengan en acogimiento a un menor afectado por una enfermedad grave, que se vean obligados a reducir su jornada de trabajo para poder cuidar de él. El amparo legal de esta prestación se encuentra en tanto en el Estatuto de los Trabajadores (art. 37.6) en virtud del cual se reconoce el derecho a reducir la jornada laboral, con la disminución proporcional de salario, cuando se tenga que cuidar a un menor a su cargo afectado por una enfermedad grave, como en la Ley General de la Seguridad Social (arts. 190-192) que compensa la pérdida de ingresos que se produce a consecuencia de la reducción de la jornada de trabajo para el cuidado del menor enfermo.

La claridad aparente de la Ley se empaña en la práctica al existir diversos matices y peculiaridades en lo que respecta a las situaciones que pueden provocar la denegación de la prestación. Entre las diversas peculiaridades que presenta, está la exigencia de que ambos progenitores, adoptantes o acogedores del menor afectado se encuentren trabajando, siendo dicha exigencia coherente con su finalidad, que es la de compensar al beneficiario con una renta sustitutiva del salario que deja de percibir por la reducción de la jornada laboral para cuidar al menor.

La cuestión que se ha venido planteando es si la exigencia de dicho requisito para el acceso o mantenimiento de la prestación se mantiene en caso de separación o divorcio de los progenitores, siendo éste el debate central de la STS 3148/2021, de 20 de julio.

Para el Tribunal Supremo el requisito de que "ambos progenitores trabajen" a efectos del mantenimiento de la prestación a aquel que reduce su jornada para atender al cuidado del menor gravemente enfermo es esencial e ineludible, incluso en caso de separación o divorcio de los progenitores, de forma que el cese en la actividad laboral es la causa de extinción de la prestación. Sobre este aspecto la Sala 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, al disponer del tiempo que precisa los cuidados de la menor, considerando a estos efectos innecesario que el otro progenitor reduzca su jornada laboral para asumir dichos cuidados.

Es igualmente determinante para la Sala el hecho de que no concurra ningún tipo de impedimento en el padre para cuidar de la menor, aunque admite que pueden existir supuestos diferentes al que en la Sentencia se analiza en el que si exista una persona sola en condiciones de atender al menor (por incapacidad, fallecimiento o inexistencia de otra progenitora), en cuyo caso sería necesario acomodar las previsiones normativas a dicha imposibilidad, como ya se ha producido en otras soluciones judiciales (STSJ de Andalucía, de 11 de diciembre de 2014 (Rec. 1362/2014). Sobre la base de esta argumentación, el Tribunal Supremo considera que aunque la madre tiene otorgada la guarda y custodia de la menor procede la extinción de la prestación al cesar en su actividad laboral el otro progenitor de la menor, del que la madre se había divorciado. En consecuencia, la Sala cesa y anula la sentencia recurrida y estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, manteniéndose la doctrina de la sentencia de contraste, al considerar que no han aparecido datos nuevos que aconsejen un cambio de jurisprudencia.

Por el contrario, el voto particular formulado por la Magistrada Excma. Sra. Dª Rosa Virolés Piñol, se posiciona acertadamente en contra de la extinción de la prestación económico al considerar

que no cabe apreciar la contradicción exigida por el artículo 219 LRJS entre la sentencia de contraste y la sentencia recurrida, utilizando un razonamiento que atiende especialmente a la prevalencia del interés del menor. Concretamente, critica que la sentencia de contraste a diferencia de la recurrida, no tome en consideración las dolencias de la menor y sus específicas necesidades, resaltando que el interés prevalente de la menor debería, en este caso, llevar a cuestionarse las necesidades de esta y la idoneidad del padre para atenderla como hace la sentencia recurrida, especialmente cuando la demandante dejó constancia en su escrito de impugnación al recurso de casación para la unificación de doctrina, la falta de predisposición del padre de la menor para atenderla.

En base a este pronunciamiento y a los que anteceden sobre hechos similares parece oportuna la revisión del requisito de trabajo de los dos progenitores con carácter general. Desde el punto de vista de quienes no tienen trabajo, podría resultar una medida discriminatoria pues, aunque este hecho le permita disponer de más tiempo para el cuidado del menor enfermo, no obtiene ayuda a cambio y además no dispondrá del tiempo necesario para buscar activamente un nuevo empleo. En este sentido, puede llegarse a pensar que es una prestación diseñada jurídicamente para aquellos que tienen una situación más favorable al disponer de empleo frente a quienes no lo tienen, siendo una cuestión especialmente delicada en tiempos de crisis de empleo como el actual[18].

Asimismo, la Ley debería facilitar la continuidad de los cuidados por la persona que los venía ejerciendo, de forma que, si es la madre quien tiene la guarda y custodia completa de la menor enferma, habiendo reducido su jornada laboral para su cuidado, no se vean interrumpidos con el cambio del cuidador que se produce de forma forzada cuando, como sucede en este caso, el padre cesa en su empleo. Aunque se trate del otro progenitor, la delicada situación de la menor derivada de una enfermedad grave y el interés de la misma en aras a los cuidados que precise pueden resultar alterados a consecuencia de la alteración en sus cuidados, lo que en su conjunto puede justificar la conveniencia de revisar el destino de la prestación en este sentido.

7. BIBLIOGRAFÍA

BLASCO LAHOZ, J.F.: "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y su interpretación judicial", *Trabajo y Derecho*, núm. 9, 2015.

DE LA VILLA GIL, L. y DESDENTADO BONETE, A.: *Manual de seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1971.

FERNÁNDEZ CORDÓN, J. y TOBIO SOLER, C.: "Las familias monoparentales en España", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 83, 1998.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "La prestación económica por cuidado de menores afectado por cáncer u otra enfermedad grave", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social,* núm. 344, 2011.

GALVEZ CALLEJÓN, J.: "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: interconexión ente 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.

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

MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURIDA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2021.

[18] En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "La prestación económica por cuidado de menores afectado por cáncer u otra enfermedad grave", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social,* núm. 344, 2011, págs. 139 y 140.

NOGUEIRA FERREIRO, L.: "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: una valoración de las primeras decisiones judiciales, en VV.AA. MELLA MÉNDEZ, L. (Coord.), *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado*, Delta Publicaciones Universitarias, 2015.

PANIZO ROBLES, J.: "La Seguridad Social al inicio de 2011 (Comentarios a la Ley 39/2010, de presupuestos generales del Estado para 2011 y otras disposiciones legales de reciente promulgación)", *Revista de Trabajo y de la Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, núm. 335, 2011.

POQUET CATALÁ, R.: "Ultimas interpretaciones en torno a la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018.