nº 38 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Neurodiversidad, trastorno del espectro autista y prestación para el cuidado de menores con enfermedad grave

Neurodiversity, autism spectrum disorder, and caregiving for severely ill children

Isabel Marín Moral *Doctora en Derecho. Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo. Universidad Francisco de Vitoria*
https://orcid.org/0000-0002-1515-5326

Cita Sugerida: MARÍN MORAL, I.: «Neurodiversidad, trastorno del espectro autista y prestación para el cuidado de menores con enfermedad grave». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 38 (2024): 89-112.

Resumen

La solicitud de la prestación para el cuidado del menor con enfermedad grave en caso de menores autistas ha suscitado debate debido a diversas consideraciones. En primer lugar, la normativa no aborda específicamente el autismo como una enfermedad, reflejando así la terminología médica que lo conceptualiza como una expresión de la neurodiversidad.

Por otro lado, los menores autistas no necesariamente requieren ser ingresados en un centro médico y la necesidad de atención y el cuidado varía considerablemente según las necesidades individuales de cada uno.

La existencia de estos requisitos y su interpretación por las entidades gestoras genera una significativa disparidad en los criterios de reconocimiento, incluso en casos en los que el menor cuenta con un grado de discapacidad oficialmente reconocido. Por ello, en aras de la igualdad y la equidad, la defensa del menor y la conciliación familiar, es preciso abordar la necesidad de cambios normativos.

Palabras clave

neurodiversidad; autismo; enfermedad grave; CUME; subsidio; conciliación; hospitalización

Abstract

Applying for childcare allowance for severely ill children with autism has sparked debate due to various considerations. First, the regulations do not specifically address autism as an illness, thus reflecting the medical terminology that conceptualises it as an expression of neurodiversity.

Meanwhile, autistic children do not necessarily require admission to a medical centre and the need for care and attention varies considerably according to the individual needs of each child.

The existence of these requirements and their interpretation by the responsible bodies trigger a significant disparity in recognition criteria, even in cases in which the minor has an officially recognised degree of disability. For this reason, in the interest of equality and equity, the defence of minors, and work-life balance, it is necessary to address the need for regulatory changes.

Keywords

Neurodiversity; autism; severe illness; care of ill children; subsidy; work-life balance; hospitalisation

1. INTRODUCCIÓN[1]

El reconocimiento del subsidio para el cuidado de menores con cáncer o enfermedad grave (CUME), que están ingresados en el hospital o precisan atención continuada en el domicilio, ha representado un alivio para los progenitores, adoptantes o acogedores trabajadores que tienen la posibilidad de acceder a la reducción de jornada, con el mínimo del 50% por esta razón, sin que sus ingresos salariales se vean afectados, ya que, a pesar de que la reducción conlleva una disminución proporcional del salario, el subsidio sirve como compensación para mitigar dicha pérdida económica.

[1] Este estudio se incluye en el proyecto interno de investigación UFV2023-10, con título "Respuestas jurídicas al fenómeno de la vulnerabilidad: el acceso a la justicia de las personas vulnerables".

Fecha Recepción: 13/02/2024 - Fecha Revisión: 11/3/2024 - Fecha Aceptación: 12/03/2024
Pags. 89-112

El acceso a la prestación por los progenitores, adoptantes o acogedores trabajadores de menor con autismo es incierto en la mayor parte de los casos. Por un lado, el trastorno del espectro autista (TEA) se considera por la doctrina médica actual como una "condición que forma parte de la neurodiversidad[2]" y no como una enfermedad grave que, además, no está expresamente incluida en el listado 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. Por otro lado, en caso de considerarla equivalente a una enfermedad no existen criterios uniformes para determinar cuándo es grave y generar con ello seguridad jurídica ni a los solicitantes ni a las entidades gestoras.

La norma exige también la hospitalización de larga duración o cuidado domiciliario posterior, lo que en el caso del autismo se torna casi imposible dado que ni su diagnóstico ni seguimiento obliga a una hospitalización previa, lo que permite que las entidades gestoras se acojan a este requisito para denegar la prestación, dejando a los posibles beneficiarios obligados a iniciar un procedimiento judicial.

Por otro lado, para ser beneficiario de la prestación el menor ha de precisar de cuidado directo, continuo y permanente, por lo que el informe médico adopta una especial relevancia. Este informe deja también mucho margen a los médicos y, por tanto, puede afectar al reconocimiento de la prestación.

La norma que regula el CUME no hace referencia a la discapacidad, sin embargo, en muchos casos el menor autista tiene el reconocimiento de una discapacidad con base en un procedimiento donde existe un baremo claro que los médicos deben aplicar, razón por la que se debería reflexionar sobre si considerar el grado de discapacidad reconocido como suficiente para el reconocimiento de la prestación, cuestión hasta ahora no abordada.

Al margen de la calificación del autismo como enfermedad grave o como manifestación de la neurodiversidad, lo cierto es que los progenitores, adoptantes o acogedores de hijos autistas deben cuidarles de forma continuada, asistir al médico de forma constante y hacer un seguimiento psicosocial, con el fin de que puedan, con dedicación y trabajo, poder desarrollar herramientas que les permitan interaccionar en sociedad. En muchos casos los menores tienen reconocida la discapacidad con más de un 33% y por ello es preciso revisar el estado actual normativo para asegurar que los trabajadores con niños diversos puedan también, de forma transparente y segura, ser beneficiarios de la prestación CUME y así poder conciliar la vida laboral y familiar, proteger al menor y facilitar la igualdad de género a fin de que no sea la mujer la que deje el trabajo para cuidarlo.

En este artículo se busca realizar un análisis de la situación actual del subsidio, la evolución habida y las posibles soluciones para que sea aplicable de forma transparente en casos de neurodiversidad.

2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL SUBSIDIO PARA EL CUIDADO DE MENORES CON ENFERMEDAD GRAVE (CUME)

El subsidio para el cuidado de menores con enfermedad grave se contempló por primera vez en el artículo 135 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (derogado), con modificación incorporada en la Disposición final vigésima de la Ley 39/2010, de Presupuestos Generales del Estado. Se trataba de una ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social consistente en

[2] A lo largo de este estudio se incluyen referencias médicas sobre este concepto. Además, está ampliamente aceptado por la sociedad: Espacio autismo: https://www.espacioautismo.com/el-autismo-no-es-una-enfermedad-es-una-condicion-que-significa/

el reconocimiento de una nueva prestación económica destinada a los progenitores, adoptantes o acogedores que reducen su jornada de trabajo para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave[3]. Es una prestación periódica temporal de naturaleza contributiva que, como dice Fernández Orrico[4] "no busca tanto resarcir al beneficiario por la falta de recursos económicos suficientes, sino compensarle con una renta sustitutiva del salario que deja de percibir el beneficiario por la reducción de la jornada laboral con un mínimo del 50 por 100, que dedica a cuidar al menor". La justificación de esta prestación es, como sostuvo la STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2014 (Rec. 1698/13): "facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral y, en buena medida, hacer realidad así el mandato contenido en el artículo 39.2 de nuestra Carta Magna acerca de la protección integral de los hijos, en este caso los menores de dieciocho años afectados por cáncer u otra enfermedad grave, quienes, bien mirado, son los verdaderos causantes del subsidio litigioso, por mucho que los beneficiarios del mismo sean los progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, y también de la familia. (Fundamento Jurídico 15)"

Actualmente su regulación se incluye en el capítulo X, arts. 190 y ss., del 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 (en adelante TRLGSS), siendo esta medida un reconocimiento expreso del legislador de la importancia que supone el cuidado del menor directamente por su progenitor o tutor y el incuestionable posicionamiento del Estado en apoyo de ese cuidado[5]. Es, por tanto, una medida de Seguridad Social dirigida a facilitar la conciliación laboral y familiar, que enlaza directamente con las responsabilidades de todo progenitor[6] a cuidar de sus hijos, de modo que el disfrute no cause un perjuicio al beneficiario[7] y así poner las bases de una mayor igualdad entre hombres y mujeres[8], ya que conforme sostiene la Directiva 2019/1158 de 20 de junio 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, "se ha demostrado que tener

[3] Esta prestación es diferente a la reconocida en el art. 351.a) 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. Se trata de una prestación no contributiva y cuyo importe anual, que es fijo, se establece en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. En la actualidad (enero 2024) la prestación por hijos o menores 18 años a cargo, con una discapacidad igual o superior al 33% tiene una cuantía de 1000,00 euros anuales por hijo (83,33 euros mensuales). No se exige en estos casos límite de recursos económicos al tratarse de una persona con discapacidad. Sobre esta prestación véase: https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10967/27924/27936#27949

[4] Fernández Orrico, F. J., "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 344, pág. 127.

[5] Una de las grandes cuestiones en torno a la necesidad de cuidado de personas enfermas, en especial menores, es el impacto que crea en materia de desigualdad social, cuestión que ha sido tratado por Durán Heras, M. A.: *Desigualdad social y enfermedad*, Tecnos, 1983.

[6] Dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sede en Granada, de 28/06/2017 Rec. 77/2017 que: "Ni que decir tiene que existe dentro de los parámetros de cualquier paternidad responsable, un cuidado directo, continúo y permanente por parte de los titulares de la patria potestad, pero no se trata de este tipo de asistencia por la norma, sino de otra atención más específica, concreta y particular, referida a riesgos y contingencias en las que existe un necesario, inmediato y personal cuidado hacia el menor, ligado o vinculado de forma inexcusable a su padecimiento, y que implica no tanto una asistencia benefactora, como otra inexcusable, propia de la experiencia de las relaciones humanas y filiales".

[7] Aguilera Izquierdo, R.: "Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ámbito de la Seguridad Social", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Nº. 133, 2017, págs. 313 y ss.
Las dificultades de la conciliación y corresponsabilidad y, por tanto, la necesidad de prestaciones como el CUME, se analiza por Ballester Pastor, M. A.: "La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria*". Lan Harremanak - Revista De Relaciones Laborales*, n.º 25, mayo de 2012, doi:10.1387/lan-harremanak.6172.

[8] Cristóbal Roncero, R.: "Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Nº. 133, 2017, pág. 115 y 116.

un familiar enfermo o dependiente también repercute negativamente en el empleo femenino, con el resultado de que algunas mujeres abandonan por completo el mercado de trabajo" (Considerando 10).

Esta prestación resuelve el problema económico que supone reducir la jornada por cuidado de menor por concurrencia de determinadas razones de salud en el menor al contemplarse en el art. 37.6 ET que la reducción conlleva inexcusablemente la reducción de la parte proporcional del salario. Con esta prestación se pretende que la reducción por cuidado de hijo con cáncer o gravemente enfermo no suponga un castigo económico por la reducción de salario apoyándose al cuidador para que no se ve en la tesitura de tener que abandonar su trabajo para dedicarse a su hijo. Se cumple así con lo que ha establecido el Tribunal Supremo en relación con las reducciones de jornada para cuidado de menor al afirmar que "el art. 37.6 ET forma parte del desarrollo del mandato constitucional (art. 39 CE) que establece la protección a la familia y a la infancia", siendo "esta finalidad la que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa"[9].

El desarrollo y el establecimiento de criterios de aplicación de la prestación se realiza a través 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 (en adelante Real Decreto 1148/2011). Esta normativa que ha acometido diferentes reformas, que no logran resolver los problemas reales de aplicación existentes. La última reforma se realizó el 19 de julio de 2023 y en ella:

— Se amplía la prestación económica hasta los 23 años cuando, alcanzada la mayoría de edad, persistiera el padecimiento del cáncer o la enfermedad grave, diagnosticada anteriormente, y subsistiera la necesidad de hospitalización, tratamiento y cuidado durante el mismo, en los términos y con la acreditación que se exigen en los apartados anteriores.

— Se permite solicitar la prestación siempre que se haya diagnosticado la enfermedad antes de alcanzar la mayoría de edad y reconocer la prestación hasta que el causante cumpla 23 años.

— Se amplía el mantenimiento de la prestación económica hasta que el causante cumpla 26 años si antes de alcanzar los 23 años acreditara, además, un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento.

— Se aclara que sólo uno de los progenitores, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, aunque el otro no trabaje, podrá tener derecho a percibir la prestación, estableciéndose un reconocimiento preferente a favor de la persona que conviva con el enfermo en los supuestos de nulidad, separación, divorcio o extinción de la pareja de hecho, así como cuando se acredite ser víctima de violencia de género.

— Se impone la obligación de informe previo del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, para extinguir la prestación por cese del cuidado directo, continuo y permanente del hijo o de la persona sujeta a acogimiento de carácter permanente o guarda con fines de adopción, además, de cuando el enfermo cumpla los 23 años o 26 en el caso de haber acreditado el grado de discapacidad requerido.

[9] SSTS 20 julio 2000 y 11 diciembre 2001.

Se trata de una prestación necesaria y con aceptación por parte de las personas trabajadoras afectadas[10], si bien, se hace necesaria una reflexión sobre una posible y necesaria de revisión normativa en relación con los requisitos, dado que puede generar dudas y desigualdades en el acceso cuando existe neurodiversidad en el menor, como en la persona autista.

3. LA REDUCCIÓN DE JORNADA PARA CUIDADO DE MENOR CON CÁNCER O ENFERMEDAD GRAVE COMO REQUISITO PARA LA PRESTACIÓN CUME

El primer requisito que ha de cumplir el solicitante del CUME es tener reconocida la reducción de jornada para cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave tal y como contempla el art. 37.6 ET, que se contempla a la persona trabajadora, ya esté en el régimen general de la Seguridad Social, de Autónomos, del Carbón o del Mar[11].

En estos casos, la regla general de reducción de jornada para cuidado de menor[12] cambia cuando el menor tiene cáncer o una enfermedad grave que precise el ingreso hospitalario y la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, en cuyo caso se reconoce el derecho a la reducción, con pérdida de la parte proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de la jornada, lo que supone una reducción entre un 50% y un 99,9% de la jornada. Esta reducción tiene su impacto económico en el salario de la persona trabajadora, razón por la cual se crea el llamado subsidio para el cuidado de menores con enfermedad grave (CUME), que busca suplir esa pérdida.

[10] De acuerdo con las estadísticas publicadas por la Seguridad Social relativas al año 2023, se iniciaron en el período 4.199 peticiones de inicio de reconocimiento del CUME a los diferentes organismos gestores (INSS, ISM y mutuas) y en los regímenes de seguridad social: general, autónomos, del carbón y del mar. Se han finalizado poco más de la mitad de los expedientes, 2.262, y había 791 procesos en vigor al finalizar el año. Es interesante comprobar el total de días indemnizados, que asciende a 3.226.606 días, permite atestiguar que se trata de una prestación, o bien desconocida o bien con difíciles barreras de reconocimiento, a pesar de su necesidad para poder, por un lado, compaginar la vida laboral y familiar, apoyar a la mujer en cuanto que tradicionalmente ha sido la cuidadora de los hijos y, por otro, para atender de la necesidad de apoyo de los menores para mejorar en su desarrollo infantil. A pesar de ello, el costo medio diario es de 55.04€ lo que supone un gasto anual de casi 168 millones de euros. https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST45/2503/bd527c4e-2e3e-493d-80dd-7c5d0a90f099

[11] Los empleados públicos tienen derecho a la reducción de jornada por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave en virtud del art. 49 e) del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Si bien, a diferencia de lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, se reconoce expresamente que el derecho a la reducción conlleva la percepción de las retribuciones íntegras con cargo a los presupuestos del órgano o entidad donde venga prestando sus servicios, Por tanto, aun no existiendo una regulación como el CUME sí existe la prestación. Por ello, cuestiones como la escolarización se plantean en el momento del reconocimiento de la reducción de jornada por cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave. En estos casos el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª, en Sentencia 88/2020 de 3 Feb. 2020, Rec. 1272/2019, considera que no cabría la posibilidad de que el menor autista que va al colegio pueda generar a los padres la reducción. En este caso el menor tenía una discapacidad del 68% y movilidad reducida, pero el tribunal consideró que el horario de los padres, ambos profesores, coincidía con el del menor, considerando que esa reducción no es "para el cuidado" de la niña, sin perjuicio de que lo necesite, ya que en ese tiempo su cuidado está delegado en el centro escolar. Con igual criterio que el contenido en la sentencia de Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2017, y la TSJ la Comunidad de Valencia de 7 de febrero de 2018, insiste en que "ese tiempo de reducción no está diseñado como tiempo de descanso, sino como tiempo en el que el funcionario no puede prestar su servicio a la administración porque se está encargando del cuidado de su hijo". En sentido contrario, la STS Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia 1335/2022 de 20 octubre 2022, Rec. 3974/2020, dictada en casación,
Como argumento la administración mantiene que la escolarización del menor, hecho incuestionado, no dispensa a los padres de la atención permanente que exige el precepto ni justifica el permiso en que los padres tienen que acudir a sesiones de formación y que deben llevar y recoger a la menor en el centro.

[12] Cuando se reduce la jornada laboral, el salario también se reduce en proporción, aunque puede haber mejoras establecidas por el convenio colectivo aplicable. Existen límites tanto en la edad del menor que necesita cuidado (hasta los 12 años) como en el porcentaje de reducción de la jornada laboral, que ha de ser entre un octavo y un máximo de la mitad de la duración de jornada.

El texto legal dice expresamente que la reducción de jornada se plantea "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". En la misma línea se pronuncia el Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 568/2016 de 28 junio 2016, Rec. 80/2015[13].

Por tanto, los requisitos para pedir la reducción son[14]:

— Finalidad: la reducción es para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado del menor a cargo con la enfermedad.

— Condición de salud: El menor debe estar afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y ha de requerir necesidad de su cuidado directo[15], continuo y permanente. No existe un listado de enfermedades que deba aplicarse, ni especifica cómo se ha de entender que la enfermedad es grave, más allá de su valoración por un médico del sistema público.

— Procedimiento: la necesidad de cuidado debe estar acreditada en un informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente.

Para poder acceder a la prestación CUME es preciso, conforme al art. 2 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, que:

— Se haya solicitado la reducción de jornada por cuidado de menor enfermo conforme a lo establecido en el art. 37.6, párrafo tercero ET.

[13] El Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, en sentencia 568/2016 de 28 junio 2016, Rec. 80/2015, reitera la finalidad de la prestación tal y como consta en la exposición de motivos del RD 1148/2011, de 29 de julio y atendiendo a la literalidad de la normativa aplicable (art. 190 y ss. TRLGSS y art. 2 RD 1148/2011, de 29 de julio) señalando que la finalidad del CUME no es otra que "compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, ocasionada por la necesidad de cuidar de manera, directa, continua y permanente de los hijos o menores a su cargo durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad, fuera del centro hospitalario, por lo que el subsidio viene predeterminado por la reducción efectiva de la jornada laboral y por las circunstancias en que ésta se lleva a cabo por las personas trabajadoras".

[14] Sobre la reducción de jornada por cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave, entre otros, véase Mella Méndez, L. "La reducción de jornada para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave", *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo, Bormazo*, 2012, págs. 201-2022; Lousada Arochena, F. "Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave", *Actualidad laboral*, N.º 8, 2011, pág. 2 y ss., y Poquet Catalá, R. "Últimas 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: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, N.º. 134, 2018 (Ejemplar dedicado a: Seguridad Social), págs. 85-106.

[15] STSJ Cantabria de 14 de febrero 2023 "La hipótesis de cáncer comprende, por disposición legal directa, tanto "tumores malignos" como "melanomas" y "carcinomas"; la enfermedad grave se utiliza en cambio como concepto general y abierto, aunque el reconocimiento de la prestación económica de seguridad social se limita a las enfermedades reglamentariamente descritas (art. 3 RD 1148/2011, que remite al Anexo de esa misma norma, actualizable mediante orden ministerial según DF 3ª RD 1148/2011".

— Que lo soliciten las personas progenitoras, guardadoras con fines de adopción, acogedoras de carácter permanente y tutores (que no puedan adoptar al menor). Se limita por tanto quienes pueden solicitarlo ya que el ET solo habla de personas a cargo. Expresamente quedan excluidas otras modalidades de acogimiento familiar.

— Ambos progenitores, guardadores o acogedores deben trabajar o, en el caso de familia monoparental basta con la persona que desempeña dicho cometido.

— El menor debe tener cáncer o enfermedad grave incluida en el anexo del Real Decreto. 1148/2011, por tanto, se limitan los casos.

— Es preciso que el menor tenga cáncer o enfermedad grave que implique ingreso hospitalario de larga duración y requiera su cuidado directo, continuo y permanente durante la hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad.

— Exista ingreso hospitalario de larga duración, considerando éste la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave. Por tanto, no cabría la posibilidad de pedir el CUME si no existe una hospitalización previa.

— La acreditación del padecimiento del cáncer o enfermedad grave y la necesidad del cuidado directo le corresponde únicamente al servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente, responsable de la atención del menor. Los servicios médicos privados, en caso de haber sido ellos los que hicieran el diagnóstico y tratamiento del menor, firmarán junto con el servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Debe destacarse que, conforme al art. 7 RD 1148/2011, el derecho al subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave va estrechamente ligado a la reducción de jornada solicitada conforme al art. 37.6, párrafo tercero ET, de modo que el inicio de esta determina el plazo para la solicitud del CUME, que es de tres meses desde la fecha en que se produjo la reducción. Cualquier petición posterior tiene el límite de tres meses de retroactividad máxima. En congruencia con ello la petición de la prestación sin estar en reducción de jornada por cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave determina la denegación de la aquella, tal y como se sostiene en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León sede en Valladolid, de 17/04/2017, Rec. 359/2017.

A la vista de los requisitos expuestos, resulta patente que para poder ser beneficiario de la prestación CUME se ha de tener necesariamente la reducción de jornada laboral por cuidado de un menor afectado por cáncer o enfermedad grave. No obstante, es importante destacar que el mero cumplimiento de este requisito no garantiza automáticamente el acceso a dicha prestación, ya que se establecen condiciones adicionales más rigurosas para su percepción. Entre estas condiciones se incluye la exigencia de que ambos progenitores estén empleados, la inclusión de la enfermedad en el anexo del Real Decreto 1148/2011, la necesidad de que el período de hospitalización sea prolongado o que haya habido ingresos hospitalarios previos, así como y la obligación de firma del médico privado, junto con el público, si el diagnóstico y tratamiento ha sido realizado por aquel. En consecuencia, los requisitos para acceder a la prestación CUME son considerablemente más exigentes.

4. LA ENFERMEDAD GRAVE Y EL AUTISMO

Para generar derecho a la prestación CUME es necesario que el autismo[16] del menor que precisa el cuidado tenga la consideración de enfermedad grave. El Real Decreto 1148/2011[17] delimita cuáles son las enfermedades graves que dan derecho a la prestación, entre las que no se encuentra expresamente el autismo.

Desde que se aprobó el RD 1148/2011 se ha incidido en que el cuadro de enfermedades que contempla es insuficiente, ya que no deja margen de ampliación de enfermedades distintas a las que en él se recogen. Especialmente se ha puesto el foco en las enfermedades raras, que no dejan de ser también graves, pero también otras discapacidades que exigen un cuidado y atención permanente de los progenitores, adoptantes o acogedores del menor.

La modificación del anexo del RD 1148/2011[18] por Orden TMS/103/2019, de 6 de febrero modificó el listado inicial de enfermedades y se añadieron otras, denominadas raras, eminentemente infantiles que son tres nuevas patologías pediátricas: la epidermólisis bullosa -comúnmente conocida como piel de mariposa-, el síndrome de Behçet y el síndrome de Smith Magenis. Sin embargo, no se hizo referencia al autismo que tiene una afectación infantil cada vez mayor[19].

Esto obliga a utilizar los enunciados amplios de enfermedades incorporados en la modificación de 2019 para poder encajar enfermedades diversas y, también, el autismo que, de forma muy forzada, cuando se reconoce el derecho, se hace en el marco del art. 35 bis que incluye "Cualquier otra enfermedad psiquiátrica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio" y ello a pesar de que el autismo, como se verá no es propiamente una enfermedad.

Sobre si procede o no aplicar el CUME en caso de menor autista el Gobierno de España en 2020 respondió en el Congreso de los Diputados una pregunta del Partido Popular[20] afirmando que "En este caso concreto, se indica que las patologías que integran el grupo de trastornos del espectro autista cabrían ser incluidas en el apartado 35 bis". Y añade que "se precisa indicación expresa facultativa de que el menor precisa de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio, en cuyo caso tanto las entidades gestoras como colaboradoras reconocerán el derecho a la prestación", y concluye que "no cabría entender que se produce la "posible discriminación" en el caso de niños afectados por TEA".

---

[16] Sobre la evolución de la clasificación del autismo: Garrabé De Lara, J.: "El autismo. Historia y clasificaciones", *Salud Mental*, Vol. 35, No. 3, mayo-junio 2012, págs. 257-261.

[17] En este sentido: Rivero Morón, S. "Comentarios al 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", *Noticias Jurídicas*, 01/12/2011, https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4723-comentarios-al-real-decreto-1148-2011-de-29-de-julio-para-la-aplicacion-y-desarrollo-en-el-sistema-de-la-seguridad-social-de-la-prestacion-economica-por-cuidado-de-menores-afectados-por-cancer-u-otra-enfermedad-grave/ .

[18] En este sentido: Rivero Morón, S. "Comentarios al 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", Ob. Cit.

[19] Confederación de Autismo de España, "Se confirma el aumento de personas con autismo" incluye estadísticas: https://autismo.org.es/se-confirma-el-aumento-de-personas-con-autismo-identificadas-en-espana/, Recuperada el 3 de enero 2024.

[20] Congreso, (184) Pregunta escrita Congreso 84/12248, de fecha 07 de mayo de 2020, https://www.congreso.es/entradap/l14p/e3/e_0038176_n_000.pdf Recuperada el 10 de diciembre de 2023

A la vista de lo expuesto, una aplicación literal de la norma vigente (en línea con lo que sostiene el Gobierno) conduce a que en el expediente incoado por el progenitor, adoptante o acogedor del menor autista cuando solicite el CUME acreditase que el autismo es una enfermedad grave, que haya una indicación expresa facultativa y que el menor precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.

Todo ello en el autismo es complejo y ello determina diferentes formas de afrontar la ayuda con las consiguientes discriminaciones, sin perjuicio de la necesidad de valorar cada caso de forma individualizada por sus extremadas particularidades.

El primer problema que se afronta es verificar si el autismo es una enfermedad.

4.1. La neurodiversidad: cuando la enfermedad pasa a ser condición

4.1.1. El concepto de enfermedad

El concepto de enfermedad no es pacífico y ha evolucionado a lo largo de la historia[21]. Si bien es un término que incorporamos a nuestro día a día como algo que difícilmente es cuestionable (se está sano o enfermo), la realidad es otra ya que existe, por un lado, un concepto médico diferente del coloquial y, además, una evolución en cómo se entiende la enfermedad derivada de cuestiones culturales.

La OMS define enfermedad como "Alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos, y cuya evolución es más o menos previsible"[22]. Hay autores que definen la enfermedad como "una alteración manifiesta de la homeostasis en cualquier sector o unidad funcional[23]", otros entienden relevante la diferencia entre enfermedad y disfunción entendiéndose que existe esta cuando "hay un desarreglo o alteración en el funcionamiento de un sistema u organismo determinado en alguna de las operaciones que le correspondan[24]" y otros inciden en que se está ante una enfermedad cuando hay un diagnóstico realizado por un profesional médico y hay un tratamiento, si bien se reconoce que existe una gran ambigüedad en el significado de enfermedad[25].

A pesar de ello, se ha tendido a lo largo de la historia a categorizar las enfermedades y para ello se tienen en cuenta según sus características y mecanismos subyacentes, de ahí que se hable de enfermedades infecciosas, crónicas, degenerativas, genéticas, entre otras.

---

[21] El concepto de enfermedad ha experimentado una evolución significativa a lo largo de la historia, pasando de explicaciones basadas en mitos y supersticiones a un entendimiento más científico y holístico, a partir del SXIX, de la mano de la microbiología y la identificación de agentes patógenos. A lo largo del SXX, se adoptó un enfoque más integral de la salud, que incorporaba aspectos biológicos, psicológicos y sociales. Este enfoque reconoce la interconexión de diferentes factores en la salud y la enfermedad. En los últimos años la evolución gira en torno de la genética y de la salud mental, que se considera indispensable para abordar la salud general.

[22] Organización Mundial de la Salud, "Official Records of the World Health Organization N°2", 1948, https://apps.who.int/gb/or/ . Recuperado el 8 de diciembre de 2023.

[23] Schumacher H R.: "The end of "disease" as a simple concept", *Curr Rheumatol Rep*. 2000;2(4):271-2. http://doi.org/fg64q7 .

[24] Moreno-Leiva, G.M., Álvarez-Zúñiga, M.A. y Arias-Poblete, L.E.: "Una visión compleja sobre la etiología de las enfermedades", *Revista de la Facultad de Medicina*, 2019 Vol. 67 No. 1, 97-101, https://doi.org/10.15446/revfacmed.v67n1.64840

[25] Campbell, E. J. M J., Scadding G. y Roberts R. S., "The Concept of disease", *The British Medical Journal* Vol. 2, No. 6193, 1979, pág. 757.

Además, el concepto de enfermedad no solo abarca el aspecto físico, sino también el mental, emocional y social, reconociendo la complejidad y la interconexión de diversos factores que influyen en el bienestar de un individuo. Por ello, desde finales del S.XIX se incorporó al listado de categorías las enfermedades mentales, que no siempre han sido consideradas como tal, habiendo existido un cambio gradual en su comprensión científica de la mano de la evolución de la psiquiatría moderna que lleva, en el momento actual a quitar la etiqueta de enfermedad a determinadas patologías, como el autismo, pero que sigue manteniendo en los manuales de psiquiatría.

En virtud de lo expuesto, puede inferirse que, en consideración a la evolución del concepto de enfermedad, el término asignado a la patología médica tiene implicaciones de diferentes tipos, como se evidencia en el caso del autismo. Además, se constata un progreso constante en la conceptualización de lo que debe entenderse por enfermedad, en consonancia con la noción de la persona, destacándose la relevancia de los aspectos culturales y sociales en este proceso.

4.1.2. El autismo ¿es enfermedad? Una apuesta por la justicia social y la diversidad

La evolución del concepto de enfermedad refleja tanto los avances en la comprensión científica como los cambios en la forma en que la sociedad percibe la salud y la enfermedad, pero también influye el concepto de persona, tal y como ocurre en el caso del autismo o el trastorno autista (TEA). Si bien queda incluido en el "Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales de la American Pychiatric Association"[26], el autismo ya no tiene la consideración de enfermedad, considerando a las personas con autismo como una variante natural de la diversidad humana. La razón para este cambio conceptual es que en lugar de buscar una "cura" (que es el fin al que se tiende cuando hay una enfermedad), se persigue comprender, aceptar y apoyar a las personas autistas en función de sus necesidades individuales, respetando a la persona con sus diferencias. Por tanto, se considera el autismo como una condición que forma parte de la neurodiversidad.

Por otro lado, la Clasificación Internacional de Enfermedades (10ª ed.) de 2018 (CIE-10) utilizada para determinar el grado de discapacidad en España, enuncia enfermedades, pero cuando hace referencia al autismo y otras antes llamadas enfermedades mentales, se refiere a trastornos. Ahí, pueden consultarse trastornos de la alimentación, de ansiedad, emocional… y también el trastorno del espectro autista (F84)[27].

Por tanto, a nivel médico, se evidencia una imperativa necesidad de incorporar el trastorno autista en los manuales y clasificaciones de enfermedades, considerando la necesidad de diagnóstico y tratamiento. Sin embargo, se observa una tendencia generalizada a evitar la terminología de "enfermedad", adoptando de manera prevalente la expresión "trastorno".

La palabra trastorno "en medicina se utiliza para describir una alteración o anomalía de la función física o mental[28]" y, una vez se detecta, el paciente no siempre precisa medicación, dependiendo del trastorno específico, de la gravedad de la condición y de las especialidades del paciente. Es

[26] American Psyquiatric Association, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*. https://www.federaciocatalanatdah.org/wp-content/uploads/2018/12/dsm5-manualdiagnsticoyestadisticodelostrastornosmentales-161006005112.pdf . Se ha modificado en esta edición la categoría de trastornos del neurodesarrollo al trastorno del espectro autista, que a su vez incluye el trastorno autista, síndrome de Asperger, trastorno desintegrativo infantil y trastornos generalizados del desarrollo no especificado.

[27] Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Secretaría General Técnica *CIE·10·ES Clasificación Internacional de Enfermedades 10ª ed*., Tomo 1: Diagnósticos, 2018 pág. 753. https://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/estadisticas/normalizacion/CIE10/CIE10ES_2018_diag_pdf_20180202.pdf

[28] Clínica Universitaria de Navarra, "Qué es un trastorno en Medicina", *Diccionario Médico*, https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/trastorno

posible que el paciente requiera un tratamiento que consista exclusivamente en la implementación de modificaciones en su estilo de vida, prescindiendo así de la necesidad de recurrir a la administración de medicamentos.

Ya pocos hablan de enfermedad y sí de trastornos, condiciones o afecciones diversas que suponen "algún grado de dificultad en la interacción social y la comunicación[29]". Si bien, la persona autista también presenta otras características como patrones atípicos de actividad y comportamiento como pueden ser la dificultad para pasar de una actividad a otra, gran atención a los detalles y reacciones poco habituales a las sensaciones.

Miller[30] explica que el movimiento de la neurodiversidad fue iniciado por Judy Singer, una socióloga australiana que también tenía la condición de autista. Esta socióloga consideraba que la neurodiversidad debía contemplarse como un movimiento de justicia social, para promover la igualdad de lo que ella llamaba "minorías neurológicas", es decir, personas cuyo cerebro funciona de manera atípica, entre los que están los autistas, que tienen fortalezas y limitaciones diferentes. No cabe duda de que los autistas, como las personas diagnosticadas de síndrome de Asperger, pueden desarrollar otras competencias y diferenciarse así de los demás.

Sin embargo, al margen de que la persona autista se pueda considerar neurodivergente es un hecho que su diagnóstico es médico, así como su evaluación y, en ocasiones, precisa tratamiento farmacológico, especialmente destinado para abordar síntomas específicos o condiciones médicas asociadas, como trastornos del sueño, ansiedad, o dificultades en el manejo de la impulsividad, que van dirigidas en gran medida a la mejora de su calidad de vida. Por ello, muchas veces la medicación va unida a un tratamiento más amplio que incluye apoyo terapéutico y educativo.

4.2. La semántica de la norma laboral y su necesaria adaptación

La normativa laboral hace alusión repetidamente a la enfermedad, enfocándose comúnmente en las repercusiones de la dolencia que conduce a la incapacidad laboral[31] o a la exigencia de adecuación del puesto de trabajo. Un ejemplo es cómo se define enfermedad común, en contraposición a la enfermedad laboral o la causada en accidente de trabajo[32]

La noción de enfermedad de nuestras normas está vinculada a un concepto tradicional que actualmente está siendo superado. Este cambio de enfoque cultural y social (pero también científico)

[29] Autismo (actualizado a 15 noviembre 2023). Organización Mundial de la Salud. https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/autism-spectrum-disorders

[30] Miller, A. y Chrétien K.: *Devoloping the capacities of children on the autism spectrum*, Jessica Kingsleay Publishers, London and Philadelfia, 2007 https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=QQwQBQAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=miller+autism&ots=psg88Ke_Iv&sig=RJh9vBtKKH9xIF4AaZmhPvCtYXs#v=onepage&q=miller%20autism&f=false También Jim Sinclair, un activista autista, expresó la idea de que la neurodiversidad debería ser aceptada y celebrada en su ensayo y que no debía patologizarse el autismo, sino que debía respetarse la diversidad neurológica, en "Don't Mourn for Us", 1993 https://philosophy.ucsc.edu/SinclairDontMournForUs.pdf (No llores por nosotros).

[31] Un ejemplo, el art. 169 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 al referirse a la incapacidad temporal hace referencia a "enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo".

[32] "Las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni de enfermedades profesionales, conforme a lo dispuesto, respectivamente, en los apartados 2.e), f) y g) del artículo 156 y en el artículo 157 determinada por la profesional prevista en el RD 1299/2006, de modo que es común la que no es profesional.": art.158 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.

se orienta hacia la defensa de la autonomía individual de la persona, implicando el reconocimiento y respeto de las formas particulares en que cada individuo puede tomar decisiones y participar en la sociedad. En paralelo, se aboga por la provisión de herramientas, adaptaciones y apoyo personalizado, con el propósito de capacitar a las personas para ejercer su autonomía de manera congruente con sus necesidades y habilidades únicas.

De esta forma lo que antes eran algunas enfermedades, sobre todo mentales o de comportamiento, actualmente han pasado o están pasando a ser condicionantes o trastornos. Es el caso de la persona autista, que no es enferma sino diversa o divergente,

La distinción en la terminología utilizada para describir el autismo, ya sea como una "enfermedad", "condición" o "trastorno" reviste una importancia sustancial, particularmente desde una perspectiva laboral. En tanto que la normativa laboral hace exclusiva mención a la enfermedad y no a la neurodiversidad, es plausible que en ciertos casos los derechos del menor o de sus progenitores, adoptantes o acogedores se vean comprometidos, como en el supuesto de la prestación CUME[33].

En el caso de la reducción de jornada para al cuidado de un menor enfermo grave, su reconocimiento está condicionado a la presencia de cáncer o una enfermedad grave, y para ser beneficiario de la prestación, además, la enfermedad figurar en el listado establecido por el Real Decreto 1148/2011, donde expresamente no se considera el autismo. No se hace referencia a la neurodiversidad como situación protegida para poder ser beneficiario de la prestación. Por ello, la consideración del autismo desde la perspectiva de la neurodiversidad o neurodivergencia por el profesional sanitario que firme el informe médico podría entrañar complicaciones para el reconocimiento de la prestación correspondiente.

Por otro lado, ya se considere el autismo como enfermedad o condición, es imprescindible ser conscientes de la diversidad inherente al espectro autista, donde las necesidades individuales y la manifestación de características varían considerablemente. No todas las personas autistas son iguales. En virtud de ello, el informe médico solicitado para la justificar la necesidad de cuidado del menor y el consiguiente reconocimiento de la prestación adquiere una relevancia sustancial, dada la variabilidad en las necesidades de las personas autistas. A diferencia de condiciones más definidas, como el cáncer, donde se puede establecer su presencia o ausencia, en el caso del Trastorno del Espectro Autista (TEA), el impacto del cuidado puede variar considerablemente de una persona a otra, tal y como se puede constatar en los casos diagnosticados, que crecen anualmente[34].

En conclusión, no se puede pasar por alto los cambios culturales, sociales y científicos inherentes a la noción de enfermedad, los cuales conllevan a evitar la categorización de "enfermo" para referirse a individuos diagnosticados de TEA o de otros trastornos neurológicos o de comportamiento. Un ejemplo de este cambio conceptual se refleja en la "Guía práctica para el autismo de ESPCP: resumen de las recomendaciones basadas en la evidencia para su diagnóstico y tratamiento"[35], de la

[33] Hasta enero 2023 esta autora no conoce ninguna resolución judicial en la que se deniegue la prestación basándose en que el autismo no es en sí enfermedad, pero ello no impide el análisis realizado dado lo integrado que está el nuevo concepto de neurodivergencia en la sociedad frente al de enfermedad, sobre todo en trastornos neurológicos y de comportamiento.

[34] Recientemente en un estudio del Centro para el Control y la Prevención de Enfermedades de EEUU se han identificado trastornos del espectro autista (TEA) en 1 de cada 36 niños de 8 años de edad (2.8 %) y en España se considera que la prevalencia de este trastorno afecta a 1 de cada 100 nacimientos, sin embargo no existe una estadística oficial, lo que impide valorar su alcance real y también, en su vista, las necesidades que la persona o su entorno necesita o las líneas de trabajo que deben pergeñarse para avanzar en la protección y el desarrollo de los afectados.

[35] Ob. cit.: *Guía práctica para el autismo de ESCAP: resumen de las recomendaciones basadas en la evidencia para su diagnóstico y tratamiento* https://autismo.org.es/wp-content/uploads/2020/09/guia_practica_de_escap_para_el_autismo.pdf

Sociedad Europea de Psiquiatría Infantil y del Adolescente, que omite calificar al autismo como una enfermedad.

Por ello, este escenario incita a reflexionar sobre la necesidad de reconsiderar la terminología asociada a prestaciones y derechos vinculados con la enfermedad, con el fin de alinearse con las concepciones adoptadas por el colectivo médico, o a incorporar junto con la enfermedad la neurodiversidad, lo que implicaría una modificación del Real Decreto 1148/2011 y, en su caso, del art. 37 del ET.

4.3. El autismo y la discapacidad

A pesar de que el autismo no sea catalogado estrictamente como una enfermedad, sino más bien como un trastorno, es importante destacar que, en España, las personas diagnosticadas con autismo pueden ser susceptibles de recibir un reconocimiento formal de grado de discapacidad. Este reconocimiento se basa en la evaluación de las limitaciones funcionales asociadas a la condición, estableciéndose en cada caso un grado específico de discapacidad. Este procedimiento busca reconocer y abordar las necesidades particulares de las personas con trastorno del espectro autista, facilitando su acceso a servicios, apoyos y beneficios específicos, y promoviendo así la inclusión y la igualdad de oportunidades en el ámbito social y laboral.

La discapacidad, igual que la enfermedad, es un concepto que "evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás[36]". Sin embargo, no todo enfermo tiene discapacidad, ni necesariamente la discapacidad es una enfermedad.

La discapacidad se define en el art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, de la siguiente manera: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Por lo tanto, no se refiere a enfermedad sino a deficiencias previsiblemente permanentes.

La modificación normativa implementada en el año 2022 mediante el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, que establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, marcó un hito al incluir de manera específica, por primera vez, las características fundamentales del trastorno del espectro autista (TEA) en el nuevo baremo. Este cambio representa un avance significativo con respecto al baremo previo, que no cumplía con las obligaciones estipuladas en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas. La incorporación de criterios específicos para el TEA refleja un compromiso normativo con la adecuada consideración de las necesidades y particularidades de las personas con este trastorno, alineándose con los principios de inclusión y respeto a los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, pero lo que interesa para el análisis que se acomete es que incluir el TEA en el baremo implica su reconocimiento como una condición previsiblemente permanente, como lo son las enfermedades graves.

La modificación en el baremo se hace en concordancia con la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10) de la Organización Mundial de la Salud, que incorpora explícitamente en el

[36] Preámbulo, letra e), de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

capítulo "Trastornos generalizados y específicos del desarrollo" en el punto F84.0 el trastorno autista[37], pero también resulta de la Guía DMS 5 donde lo incluye en los trastornos de desarrollo neurológico[38]. En el baremo de discapacidad actual el trastorno autista se incluye en la categoría 1.6.1., titulada "Trastorno generalizado del desarrollo. Trastornos del espectro del autismo (TGD/TGD/TEA)". Este apartado se caracteriza por presentar una tabla exhaustiva en la que se detallan los criterios para la asignación de puntos en relación con la deficiencia permanente derivada del trastorno generalizado del desarrollo. Cabe destacar que dicha tabla establece distinciones específicas para individuos menores de 6 años, aquellos comprendidos entre 7 y 15 años, así como para aquellos mayores de 16 años. Esta meticulosa clasificación y diferenciación reflejan una aproximación detallada y ajustada a los diversos estadios de desarrollo, contribuyendo a una evaluación más precisa y completa de las implicaciones del trastorno del espectro autista en distintas etapas de la vida.

La evaluación del menor autista por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas permite que la persona pueda tener un grado de discapacidad mayor o menor, lo que permite amparar a las personas con discapacidad y sus familias, tal y como consta en la exposición de motivos del Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, que hace además referencia a la Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030, en la que "se realiza un reconocimiento de las necesidades y situaciones de aquellas personas con discapacidad con mayores limitaciones, así como de las situaciones de sus familias, ya que es mucho más probable que sin acciones proactivas y preventivas vuelvan a quedar fuera de los planteamientos más innovadores de ejercicio de derechos, prestación de apoyos e incluso de la política social".

Sin embargo, en la actualidad, las prestaciones derivadas de este reconocimiento de discapacidad al menor autista o su familia no enlazan, afectan ni permiten el reconocimiento del CUME, que queda limitado estrictamente al ámbito laboral, donde las entidades gestoras, esencialmente las mutuas, son las que resuelven. Por eso, el CUME solo se da en el caso de que los progenitores o adoptantes trabajen los dos y uno de ellos solicite la reducción de jornada para el cuidado del menor, pudiéndose dar situaciones como que el menor autista tenga un grado de un 33% de discapacidad y que no se haya reconocido el CUME al progenitor solicitante.

Consideramos que el informe es determinante para definir la situación real del menor. Ahora bien, el informe para solicitar el CUME es muy diferente al que se establece para el reconocimiento de la discapacidad ya que aquel en la actualidad, permite diferentes niveles de implicación por parte del médico y que no contempla los requisitos que se establecen claramente en el baremo de discapacidad lo que puede dificultar la valoración del autismo en lo referente a la necesidad de dependencia y cuidado necesario y permanente, sin perjuicio de la dificultad en la concurrencia del requisito de estancia hospitalaria.

Además, la adopción de este enfoque más estructurado y detallado en la evaluación del grado de discapacidad contribuiría a establecer un proceso más transparente y uniforme, beneficiando tanto a los solicitantes como al personal médico involucrado en este proceso de evaluación.

Por ello, debe considerarse una posible solución a la situación actual la modificación legislativa que ligue el CUME con el grado de discapacidad, puesto que un menor con discapacidad en un determinado grado precisa del cuidado directo de los progenitores, adoptantes o acogedores.

[37] Ob. cit., Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Secretaría General Técnica *CIE·10·ES Clasificación Internacional de Enfermedades 10ª ed*., Tomo 1: Diagnósticos, 2018 pág. 753. https://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/estadisticas/normalizacion/CIE10/CIE10ES_2018_diag_pdf_20180202.pdf

[38] Asociación Americana de Psiquiatría, *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM 5*, Arlington, VA, 2013. https://www.eafit.edu.co/ninos/reddelaspreguntas/Documents/dsm-v-guia-consulta-manual-diagnostico-estadistico-trastornos-mentales.pdf

Esto supondría un grado mayor de transparencia para conceder el CUME ya que quien reconoce la discapacidad ha realizado una anamnesis del menor de acuerdo con un baremo que es detallado, claro y basado en la evidencia científica.

Asimismo, facilitaría a los progenitores la posibilidad de anticipar con certeza la viabilidad del reconocimiento de CUME, reduciendo así la carga administrativa que deben afrontar. Este esfuerzo administrativo, que conlleva inversión de tiempo, bienestar emocional y recursos financieros por parte de los progenitores, adoptantes o acogedores durante el proceso, se vería aliviado al existir una perspectiva clara y previa sobre la probabilidad de reconocimiento del CUME, eliminando, por tanto y en gran medida, la incertidumbre inherente a dicho proceso.

Otra consecuencia adicional de relevancia de considerar el grado de discapacidad sería la reducción significativa de la litigiosidad judicial, dado que en numerosos casos las entidades gestoras, especialmente las mutuas, responden de manera inmediata con una denegación del CUME. En caso de que se considerara un porcentaje mínimo de discapacidad, estas entidades se verían compelidas a proceder con el reconocimiento si concurriera aquel, mitigando la necesidad de los progenitores de recurrir a instancias judiciales para obtener resoluciones favorables.

Por otro lado, facilitaría la labor a los médicos que deben elaborar los informes y también a los tribunales, que pueden basar sus sentencias en algo objetivo. De hecho, existen ya sentencias que ponen en valor el porcentaje de discapacidad[39].

En virtud de las consideraciones expuestas, se puede concluir que la consideración del grado de discapacidad reconocido por la Administración, según lo establecido en el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, posibilitaría que, en particular, las entidades gestoras adoptaran una postura homogénea y guiada por criterios uniformes. Este enfoque redundaría en un respeto del principio de igualdad, asegurando que dichas entidades actúen de manera equitativa y coherente en el reconocimiento del grado de discapacidad.

En base a lo expuesto se plantean dos posibilidades para el cumplimiento del fin de la norma. La primera, dado que el CUME se prevé para casos de menores afectados por cáncer y otras enfermedades graves, sería aconsejable la inclusión en la regulación actual de la prestación otro sistema concebido específicamente para situaciones de menores con un grado mínimo de discapacidad, como pudiera ocurrir con los menores autistas. De esta forma, habría una ampliación del sistema actual, que ha resultado necesario y respaldado especialmente eficaz en situaciones de cáncer, donde la noción de grado de discapacidad no resulta aplicable (como en el caso de una leucemia), así como en ciertas enfermedades graves. Esta dualidad de sistemas para la misma prestación permitiría abordar con precisión y equidad la diversidad de condiciones médicas, garantizando una evaluación adecuada tanto para casos de enfermedades graves sin implicaciones de discapacidad cuantificable, como para aquellos donde la discapacidad juega un papel preponderante, como en el caso de los menores con trastorno del espectro autista. En ambos casos el cuidado del menor por sus progenitores, adoptantes o acogedores es necesario y, por ello, se requieren procedimientos más seguros y transparentes.

La segunda posibilidad sería definir una nueva prestación específica para cuidado de menor discapacitado[40], que fuera ligada con una reducción de jornada por este motivo, equivalente en

[39] Es el caso del reconocimiento del CUME al progenitor de un niño con autismo en el País Vasco en 2017 cuando concurría una dependencia severa con puntación del 66%. Sentencia 2013/2017 de 17 oct. 2017, Rec. 1847/2017.

[40] Debe recordarse que en antiguo Estatuto de los trabajadores al hacer referencia a la reducción de jornada por cuidado de menor enfermo (de 8 años) incluía también la posibilidad de que tuviera discapacidad, si bien el porcentaje de reducción ha variado considerablemente. Art. 37.5. 5. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. "Quien por razones de guarda legal tenga

derechos al CUME. Se trataría así de dar cumplimiento al art. 67 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en el que se insta a los poderes públicos a adoptar medidas de acción positiva respecto de las familias cuando alguno de sus miembros sea una persona con discapacidad.

5. ¿CUÁNDO EL AUTISMO TIENE LA CONSIDERACIÓN DE (ENFERMEDAD) "GRAVE"?

En la actualidad no está expresamente incluido el autismo como enfermedad grave, lo que genera inseguridad a los progenitores, adoptantes o acogedores de los menores que solicitan el CUME. La forma utilizada para justificar el derecho a la prestación es el artículo 35 bis del Real Decreto 1148/2011 que establece: "Cualquier otra enfermedad psiquiátrica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio".

Sin embargo, tal y como se ha sostenido a lo largo de este estudio el autismo no es una enfermedad, sino una manifestación de la neurodiversidad. Por esta razón, incluir el autismo en el art. 35 bis del Real Decreto 1148/2011 como enfermedad psiquiátrica grave debe ser muy cuestionado, incluso a pesar de que desde el Gobierno así se entienda[41]. Sólo con esta valoración los progenitores, adoptantes o acogedores del menor autista no podrían aspirar al CUME, lo que es manifiestamente injusto a la vista de cómo el menor precisa de atención y asistencia constante.

Prescindiendo de la calificación del autismo como enfermedad y sin considerar el baremo de discapacidad analizado, la American Psychiatric Association, en su "Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales", establece criterios para determinar su gravedad basándose en el deterioro de la comunicación social y en patrones de comportamiento restringidos y repetitivos[42]. En este contexto, la aplicación de estos criterios permitiría a la Administración y médicos la elaboración de un informe más ajustado a las condiciones del menor autista, puesto que facilitaría ponderar el alcance de la necesidad de cuidado.

El manual señalado[43] establece tres grados de gravedad: Necesita ayuda", "necesita ayuda notable", "necesita ayuda muy notable" y añade que deberá especificarse si el autismo va acompañado con o sin déficit intelectual, con o sin deterioro del lenguaje, asociado a una afección médica o genética, o a un factor ambiental conocido, asociado a otro trastorno del desarrollo neurológico, mental o del comportamiento, o con catatonía (síndrome neuropsiquiátrico caracterizado por anormalidades motoras, que se presentan en asociación con alteraciones en la conciencia, el afecto y el pensamiento). Además, facilita cómo valorar esas ayudas que se va a necesitar la persona autista y que determina la gravedad del trastorno.

En consecuencia, se podría sostener que la gravedad del autismo implica la existencia de una dependencia, de ayuda, lo que es coherente con el requisito que se demanda para el reconocimiento de la prestación: la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente.

---

a su cuidado directo algún menor de seis años o a un disminuido físico o psíquico que no desempeñe otra actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla".

[41] Congreso de los Diputados de España, (184) Pregunta escrita 84/12248, Ob. Cit.

[42] American Psychiatric Association, *Guía de consulta de los Criterios Diagnósticos del DSM-5*, Arlington, VA, 2013. págs.. 28 y ss. https://www.eafit.edu.co/ninos/reddelaspreguntas/Documents/dsm-v-guia-consulta-manual-diagnostico-estadistico-trastornos-mentales.pdf

[43] American Psychiatric Association, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Ob.cit, pág. 51.

Por ello, parece que es más congruente con la forma de entender actualmente la neurodiversidad, que en lugar de centrar el reconocimiento del subsidio en la calificación del autismo como enfermedad y, por tanto, su inclusión en el listado de enfermedades del RD Real Decreto 1148/2011, se realice un análisis pormenorizado de condiciones específicas de la persona y sus necesidades, teniendo en cuenta la evidencia científica. En este contexto, reviste crucial importancia la valoración realizada por médico que debería ser siempre especialista y, por tanto, estará capacitado para analizar los distintos niveles de gravedad asociados e incorporarlos en el informe preceptivo, además de estar actualizado en una materia de constante cambio como son los trastornos mentales.

6. LA FLEXIBILIZACIÓN EN EL INGRESO HOSPITALARIO EN LA PRESTACIÓN CUME Y EL AUTISMO

El segundo gran requisito del art. 37.6 ET, además de la necesidad de enfermedad grave, es que la reducción de la jornada solo aplicará mientras dure "la hospitalización y tratamiento continuado" y, como se ha indicado previamente, el art. 35 bis del Real Decreto 1148/2011 exige que la gravedad vaya acompañada de la necesidad del menor de "cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio".

La persona autista no precisa la hospitalización por su trastorno, ni en su diagnóstico ni en el evolutivo, y ello sin perjuicio de la concurrencia con otras posibles patologías o de síntomas asociados. Por ello, la aplicación literal de la normativa anterior implicaría que en el caso del autismo no se pudiera solicitar la reducción y la consiguiente prestación CUME, a pesar de que el menor autista sea una persona que precise de la atención directa y continua de sus progenitores o cuidadores. Sin embargo, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en fecha 10 de febrero de 2022, ha considerado que el requisito de hospitalización existe en un caso de menor autista porque "aunque no ha habido ingreso hospitalario de larga duración sí lo 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, hasta que finalmente y una vez efectuado el diagnóstico debe acudir a un programa integral para pacientes con trastorno de espectro autista (AMI-TEA), prescrito por la sanidad pública y seguimiento médico privado por distintos especialistas así como estimulación precoz, que requiere un cuidado directo, continuado y permanente del menor, por el progenitor solicitante, concurriendo, por tanto, a juicio de la sala, el requisito de ingreso hospitalario de larga duración al que alude el meritado Real Decreto".

Un análisis de las sentencias[44] indica que las mutuas utilizan el argumento de la necesidad de hospitalización para justificar la denegación del CUME. Esto obliga a los progenitores, adoptantes o acogedores a presentar recursos en vía judicial impidiéndose, en ocasiones, que aquellos puedan cuidar a sus hijos por la necesidad de mantener el nivel de ingresos económicos, sin importar que es el menor quien queda desprotegido, cuestión esta que contradice la voluntad legislativa de la protección del menor y de la conciliación laboral.

[44] Un ejemplo es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25/04/2016, Rec. 653/2015. En este caso la niña estaba diagnosticada de 1.-Síndrome de Phelan-McDermid, enfermedad rara, que afecta a unos 55 casos en España y 700 en el mundo; 2.-Trastorno del espectro del autismo no especificado; 3.-Retraso Cognitivo de gravedad no especificada. La mutua denegó el subsidio alegando "no ha existido ingreso hospitalario de larga duración y que la enfermedad grave que padece el menor, no se encuentra incardinada dentro del listado en el anexo al Real Decreto 1148/2011". En la misma línea la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 15/02/2023, Rec. 4820/2022.

Por su parte la Seguridad Social en su web indica que[45]: "Se considera como ingreso hospitalario de larga duración, cuando tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave, fuera necesaria la continuación del tratamiento médico o el cuidado del causante en su domicilio".

La aplicación estricta de la norma, que exige la hospitalización, también se ha venido aplicando por los tribunales[46], lo que impulsó que muchas familias se quejaran a través de diversas vías, entre ellas el Defensor del Pueblo, cuestionando los diferentes criterios seguidos por las mutuas colaboradoras que son las que mayoritariamente gestionan la prestación CUME[47]. Esto supuso la necesaria intervención de la TGSS que emitió un informe el 4 de julio de 2022 en el que aclaró lo que debe considerarse ingreso hospitalario a fin de que la aplicación de la norma fuera homogénea en todo el país. Sobre el ingreso hospitalario de larga duración, la TGSS recuerda el oficio de la DGOSS de fecha 4 de julio de 2014, donde ya se aclaró que es requisito necesario la hospitalización aunque sin margen temporal, lo que significa que no es preciso que sea de larga duración, ni tampoco requiere que la hospitalización sea precedente inmediato del cuidado domiciliario, considerándose que el cuidado del menor en el domicilio o la continuidad del tratamiento médico en el domicilio es una situación asimilada al ingreso hospitalario de larga duración. Esta interpretación abierta no obsta a que se exija una hospitalización previa relacionada con la enfermedad, lo que limita de forma importante que los progenitores, adoptantes o acogedores de menores autistas puedan acceder al CUME ya que el autismo no precisa hospitalización para su diagnóstico.

La postura de la administración de no atender exclusivamente a la hospitalización de larga duración es acorde a una tendencia cada vez mayor de ingresos ambulatorios y a que la asistencia se realice siempre que sea posible en el seno del hogar.

Aplicando esta interpretación, pero sin hacer referencia a las instrucciones de la TGSS, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de fecha 14/02/2023 resuelve un caso específico del reconocimiento de esta prestación cuando el menor es autista, aunque no esté hospitalizado. Justifica las necesidades del niño de la siguiente manera: "Es un niño que presenta conductas auto y heteroagresivas y no puede valerse para sus actividades básicas de la vida diaria. Precisa acudir a múltiples terapias tanto por la mañana como por la tarde para su manejo conductual y también para mejorar sus problemas de comunicación e interacción social. Realiza seguimiento preferiblemente ambulatorio puesto que los ingresos hospitalarios por sí mismos pueden agravar en algunos casos sus conductas autolesivas" (…) "El hecho de que no se le haya llegado a hospitalizar, tampoco de forma permanente (aunque el cuidado si lo exige) porque no es recomendable, dadas tales conductas, no excluye el tratamiento ambulatorio sustitutivo y sobre todo que existe la continuación del tratamiento médico y el cuidado del menor en el domicilio tras el diagnóstico".

Esta flexibilización del ingreso se ha mantenido también en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público, regulado en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de

[45] https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/1941/1942 Recuperada el 15 de enero de 2024.

[46] Un supuesto, a modo de ejemplo, es el que resuelve la Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, sentencia 6/2019 de 7 enero 2019, Rec. 5815/2018. En este caso el menor autista, también tiene una cardiopatía congénita y un grado de discapacidad del 78%, pero falta el requisito de la hospitalización, que es en lo que se basa la Mutua para denegar la prestación, haciendo referencia a la STSJ Cataluña de 7 de junio de 2017, recurso nº 2496/2017, que dice que "La naturaleza de la prestación, o su diseño, no es asimilable a la situación de disminución física o psíquica permanentes, que pueden causar derecho a una prestación de la ley de dependencia o que incluso pueden dar lugar a una invalidez no contributiva en su caso, de acreditarse una disminución permanente que conlleve una graduación en los términos legales".

[47] De acuerdo con las estadísticas publicadas por la Seguridad Social, en 2023 las mutuas gestionaron 3.842 expedientes, frente a los 357 del INSS, de un total de 4.199 expedientes. https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST45/2503/bd527c4e-2e3e-493d-80dd-7c5d0a90f099

octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), cuando se solicita el reconocimiento o mantenimiento de la reducción de jornada por cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave, con la que automáticamente se tiene el 100% de la prestación sin necesidad de hacer ni tramitar solicitud de CUME. Aplicando el art. 49.3) EBEP la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia 641/2020 de 3 Junio 2020, Rec. 78/2018 establece doctrina esencial considerando que no resulta necesaria la hospitalización del menor, recordando el Acuerdo de la Comisión del empleo público sobre la aplicación del permiso previsto en el art. 49, letra e) del EBEP relativo al permiso por cuidado de hijo menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave de fecha 8 de mayo de 2013, y adoptado a instancias de la recomendación realizada por el Defensor del Pueblo 14 de enero de 2013[48], donde consta expresamente que: "Que en la aplicación del artículo 49 letra e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público[49] , se admita la posibilidad de que, en el caso de enfermedad grave que no sea cáncer, quepa considerar "como ingreso hospitalario de larga duración" la continuación del tratamiento o cuidado del menor tras el diagnóstico de la misma, sin que se exija sistemáticamente que el ingreso hospitalario prolongado y la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente sean circunstancias que hayan de darse simultáneamente", y añade que "los supuestos en los que la continuación del tratamiento o el cuidado del menor en el domicilio pueden considerarse continuación del ingreso hospitalario de larga duración al requerir cuidados directos, continuos y permanentes".

Por lo tanto, en la actualidad, ya no se requiere un ingreso de larga duración; no obstante, es necesario que exista un ingreso inicial asociado a la enfermedad. En el caso específico del trastorno del espectro autista, este requisito y cómo se interprete por las entidades gestoras podría impedir que los progenitores, adoptantes o acogedores accedan al CUME, a menos que el menor presente otras enfermedades graves que justifiquen su ingreso o que, a través de un proceso judicial, se evalúen las particularidades del menor que justifiquen, por una interpretación teleológica de la normativa, el reconocimiento de la prestación.

7. LA NECESIDAD DE CUIDADO DIRECTO, CONTINUO Y PERMANENTE Y LA ASISTENCIA DEL MENOR AL COLEGIO

La necesidad de cuidado directo, continuo y permanente del menor a su cargo afectado por cáncer o enfermedad grave es uno los requisitos exigidos para el reconocimiento y mantenimiento del CUME que contempla tanto el artículo190 TRLGSS, RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, como el artículo 2 del RD 1148/2011, de 29 de julio. Si bien en ambas normativas enlazan estrechamente con el ingreso hospitalario, también es de aplicación a la continuidad del tratamiento en el domicilio particular, tal y como se ha expuesto previamente.

La justificación para el reconocimiento del CUME radica precisamente en facilitar a la persona trabajadora tiempo y respaldo económico para el cuidado y atención de las necesidades del menor con enfermedad grave o cáncer, lo cual fundamenta la concesión tanto de la reducción de jornada como de la prestación mencionada.

[48] Acuerdo de la Comisión de coordinación del empleo público sobre la aplicación del permiso previsto en el artículo 49, letra e) del EBEP relativo al permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave http://femp.femp.es/files/566-1457-archivo/ACUERDO%20DE%20LA%20CCEP%20SOBRE%20APLICACION%20PERMISO%20ART%2049%20e)%20EBEP.pdf

[49] Sobre la reducción de jornada por cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave, consúltese García Romero, B.: "Tiempo de trabajo y permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el empleo público", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 458. p. 43.

No obstante, una de las grandes dudas que se plantean es si el menor, sea o no autista, puede acudir al centro educativo sin que por ello decaiga del derecho los progenitores, adoptantes o acogedores al reconocimiento de la prestación o su mantenimiento.

Los menores crecen y a partir de los 6 años la educación es obligatoria, de acuerdo con el art. 4.2. Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, esto implica que el menor debe salir del cuidado directo y continuo por parte de sus progenitores, adoptantes o acogedores al menos durante unas horas, aquellas mínimas legales. Por otro lado, el mismo precepto en su apartado 3 reconoce que la educación debe atender a la diversidad de las necesidades de todo el alumnado, tanto del que tiene especiales dificultades de aprendizaje como del que tiene mayor capacidad y motivación para aprender, por lo que el hecho de que el menor salga de una zona de confort controlada, como es el hospital o su domicilio, no limita sus derechos ya que existe la obligación de legal por el colegio de adoptar cuantas medidas organizativas, metodológicas y curriculares sean pertinentes, facilitando el acceso a los apoyos que requiera. Por tanto, en el colegio sí se atiende a la diversidad. La cuestión es si precisamente por recibir esa atención debe decaer el CUME.

Un estudio sistemático de la normativa permite concluir que lo importante es el cuidado continuado y directo, de modo que la mera escolarización no determina *per se* que la prestación se pueda generar o mantener[50]. De ahí la importancia de que en cada caso se evalúen las condiciones del menor, debiendo ser el informe médico el que determine el alcance de la necesidad de asistencia y cuidado que precisa, aunque en ocasiones simplemente se centre la resolución al hecho de la asistencia al colegio, ya que la asistencia que precisa el menor no es como la que necesitaría si estuviera hospitalizado[51].

Por ello, en el caso del menor autista deberán valorarse cuestiones como la necesidad del progenitor, adoptante o acogedor de tener disponibilidad para acudir de forma al colegio en casos de crisis, o la posibilidad de poder llevarle a terapias específicas que no ofrezca el colegio o recogerle en casos de problemas de convivencia. Además, debe tenerse en cuenta que, en los niños autistas, dependiendo de la gravedad de su condición, puede existir un deterioro persistente de la comunicación social recíproca y dificultades en la interacción social o existir los patrones de conducta, intereses o actividades restrictivos y repetitivos. Tal y como dice el Manual de la asociación de Psiquiatría "estos síntomas están presentes desde la primera infancia y limitan o impiden el funcionamiento cotidiano" y pueden tener la condición de grave.

Esto permite que existan sentencias judiciales con resultados diferentes sin que por ello se incurra en una contracción entre las mismas ya que es complicado que los casos resueltos sean exactamente iguales, ya que dependen de esas circunstancias médicas comentadas, que pueden incluir

[50] Entre otras, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 21de febrero 2017, Rec. 776/2016.

[51] La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sede en Sevilla, de 08 de junio 2016 Rec. 1677/2015 resuelve sobre el caso de un menor autista denegando la prestación porque "ha de tenerse en cuenta que no consta, sin embargo, que el niño haya precisado ingresos hospitalarios y no consta tampoco que, ni su horario de entrada y salida al centro donde se encuentra escolarizado (…). Por ello y aun reconociendo que el niño precise atención constante de los progenitores, no la precisa en la forma requerida por el Real Decreto 1148/2011 de 29 de Julio ya citado, que vincula el " cuidado directo, continuo y permanente" a la hospitalización, o a que la enfermedad grave ya diagnosticada tras un periodo de hospitalización, requiera de una atención directa, continua y permanente equiparable a la que se precisara de estar hospitalizado, como ha puesto de manifiesto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla -León (Sala de Burgos) Sentencia núm. 165/2014 de 20 de marzo de 2014 , y en la misma línea ha resuelto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha Sentencia núm. 420/2015 de 14 mayo, pues un niño que acude al colegio ordinariamente, aunque allí precise de apoyo especial, es evidente que no precisa atención constante y continua de sus padres."

el reconocimiento de un grado de dependencia, pero también de asistencia se ofrece en el colegio[52]. No se trata de valorar si la escolarización determina el fin de la prestación como que se mantienen las circunstancias en el menor que exigen de los progenitores, adoptantes o acogedores su atención y cuidado.

Tampoco se puede afirmar que la simple escolarización determina el fin de la prestación ya que la reducción de jornada de la que pende aquella no puede tener la consideración de tiempo libre para los progenitores, adoptantes o acogedores[53]. Que el menor esté escolarizado no empece para que deba mantenerse la atención y cuidado, sin que este tenga que ser permanente, directo y sin solución de continuidad. La mera asistencia al colegio no puede considerarse por sí sola como razón que habilite para romper ese cuidado exigido por la norma, ya que si el legislador así hubiera querido que sea hubiera considerado este hecho como determinante del fin de la prestación.

Otro aspecto a considerar es que la escolarización no garantiza automáticamente el cuidado adecuado para un niño, especialmente en el caso de un niño con autismo. No basta con administrarle medicación, como en el caso de una niña con diabetes a quien la escuela proveía de insulina y controlaba sus niveles de glucosa[54]. El niño autista requiere apoyo tanto asistencial como educativo, personalizado y académico, que el entorno escolar a menudo no puede proporcionar adecuadamente, especialmente en casos de autismo severo.

Afirmar que todos los colegios están equipados para proporcionar una atención adecuada a niños con condiciones especiales, como aquellos diagnosticados con trastorno del espectro autista, es una suposición errónea. Esto se debe a que no todos los colegios cuentan con el personal especializado ni con programas adaptados para abordar las amplias variaciones que pueden existir entre los niños divergentes o diversos. Además, es importante destacar que las necesidades de estos niños pueden variar significativamente, lo que implica que no todos requieren la misma atención ni el mismo enfoque para abordar sus diferencias individuales.

Por ello, es esencial reconocer que la capacidad de un colegio para proporcionar un entorno educativo inclusivo y adecuado para cada niño con diversidad funcional depende en gran medida de la evaluación del alcance de dicha diversidad y de la participación activa de los progenitores, adoptantes o acogedores para garantizar el bienestar y el desarrollo integral del menor, por lo que debe presumirse que, ante un autismo grave, es imprescindible que los progenitores, adoptantes o acogedores mantengan el CUME.

Esa valoración de las circunstancias particulares del menor y la necesidad de la atención y cuidados del hijo a pesar de su asistencia al colegio deberían ser abordadas desde el especialista médico.

Una primera cuestión que permite la valoración de cada caso en concreto y no asumir la escolarización como determinante para la finalización del CUME es que la normativa aplicable (art. 190 y ss. TRLGSS 2015 y art. 2 RD 1148/2011, de 29 de julio 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. Por tanto, es perfectamente compatible el CUME con la asistencia al colegio. Si no fuera así

[52] La STS Tribunal Supremo. Sala Cuarta, de 20 de abril 2021 Rec. 3135/2020.

[53] STS, Sala IV, de 28 de junio 2016, Rec. 80/2015 establece: "El examen de los preceptos aplicables, anteriormente transcritos, conduce a la Sala a entender que el hecho de que el menor esté escolarizado, recibiendo los tratamientos y educación a la que se ha hecho referencia anteriormente, no impide que se aprecie que concurren las circunstancias exigidas para la concesión de la prestación solicitada."

[54] STS, Sala de lo Social 93/2018 de 5 Feb. 2018, Rec. 680/2016. A pesar de ello, esta sentencia tiene voto particular en el que se acoge la doctrina de la STS, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 568/2016 de 28 junio 2016, Rec. 80/2015.

el menor no iría al colegio, lo que, en palabras del TS "es "impensable" que hoy en día, que ningún menor, por severas que sean las limitaciones que padece, no acuda a algún centro de escolarización, tratamiento, centro especial... para, en la medida de lo posible, mejorar su situación e intentar que adquiera los conocimientos que su situación le permita. Además, ha de tenerse en cuenta que el subsidio a favor del progenitor, adoptante o acogedor se reconoce siempre que la jornada se reduzca al menos en un 50%, por lo que se supone que el solicitante del subsidio no va a dedicar la totalidad de su tiempo al cuidado del menor, ya que una parte de este la dedica a la realización de su trabajo

En definitiva, el reconocimiento de la prestación CUME no tiene por qué cesar por el simple hecho de que el menor comience a ir al colegio, sino que deberá analizarse la situación concreta, ver las prestaciones del colegio y, sobre todo, las necesidades más allá de lo académico que precisa el menor.

8. CONCLUSIONES

La regulación actual del CUME genera dificultades para su reconocimiento a los progenitores, adoptantes o acogedores de menores autistas. Por un lado, se encuentra la dificultad inherente al hecho de que el trastorno del espectro autista no es clasificado como una enfermedad por la comunidad médica. Esta falta de consideración conlleva a que una aplicación literal del art. 190 y ss. TRLGSS impediría el reconocimiento del mencionado trastorno, así como la posibilidad de acceder a la reducción de jornada laboral por cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave.

Adicionalmente, la enumeración de enfermedades contemplada en el Real Decreto 1148/2011, a pesar de las reformas implementadas, resulta también insuficiente en este contexto, ya que el trastorno del espectro autista no puede ser clasificado como una enfermedad en sí misma, sino más bien como una condición derivada de la neurodiversidad. Esta particularidad plantea un desafío adicional para el reconocimiento y la protección de los derechos laborales y sociales de las personas afectadas por este trastorno.

Resulta imperativo evolucionar el lenguaje contenido en las normativas vigentes para adecuarlo a los criterios médicos, específicamente a la comprensión de la neurodiversidad. En este sentido, se propone la inclusión de condiciones como el trastorno del espectro autista en las disposiciones reguladoras del CUME. Este planteamiento se encuentra en consonancia con el enfoque centrado en la persona que promueve la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009. La inclusión de la neurodiversidad, alineada con los principios de derechos humanos y equidad, contribuiría significativamente a la garantía de los derechos y la igualdad de oportunidades para las personas afectadas por el trastorno del espectro autista.

A pesar de las dificultades habidas en la aplicación del CUME, la jurisprudencia ha adoptado una interpretación teleológica de la normativa. Sin embargo, esta práctica conlleva innegablemente a una inseguridad jurídica, ya que otorga a las entidades gestoras y a los tribunales un margen de discrecionalidad en la aplicación de la norma, generando disparidades y desigualdades en su implementación y reconocimiento de la prestación. Por ello, es esencial modificar la normativa vigente con el propósito de establecer criterios más precisos y uniformes, a fin de mitigar la incertidumbre jurídica asociada al proceso de solicitud y reconocimiento del CUME. La clarificación normativa contribuiría a fortalecer la coherencia en la aplicación de la norma, promoviendo así la igualdad y la justicia en el ámbito de la protección de derechos asociados a los menores autistas.

La exigencia normativa de hospitalización de larga duración para el reconocimiento del CUME, aunque haya experimentado cierta flexibilidad en términos jurisprudenciales, constituye en muchos casos un obstáculo para la solicitud del CUME, ya que el autismo no precisa hospitalización. En este contexto, la aplicación rigurosa de la normativa por parte de las entidades gestoras puede llevar a los progenitores, guardadores o acogedores a decaer en su derecho a solicitar el reconocimiento de la prestación o a emprender acciones judiciales si se desestima el reconocimiento de la prestación. En aras de una mayor equidad y consideración de la diversidad de condiciones de salud, sería recomendable que el Ministerio, a nivel nacional, estableciera criterios claros y uniformes que vinculen a las entidades gestoras, sin perjuicio de que lo más recomendable sería una modificación normativa que no se limite exclusivamente a contemplar la hospitalización de larga estancia como criterio determinante para la generación del derecho.

Una de las modificaciones que proporcionaría seguridad jurídica a los progenitores, adoptantes o acogedores sería vincular el reconocimiento CUME al grado de discapacidad que haya sido oficialmente reconocido al menor. En situaciones de este tipo, se debería considerar reglas específicas ante la posibilidad de que exista duplicidad de subsidios o ayudas asociadas al disfrute de la reducción de jornada para el cuidado del menor. La asociación del reconocimiento del CUME con el grado de discapacidad reconocido no solo proporcionaría claridad y seguridad jurídica, sino que también aseguraría que los médicos pudieran hacer informes más acordes a síntomas y necesidades específicas del menor afectado de acuerdo con el baremo oficial, lo que sería más justo.

Se debería otorgar un reconocimiento más relevante al informe del médico especialista, sin que este pueda ser objeto de cuestionamiento por parte de la entidad gestora. En caso de que esta opinara de forma diferente y se denegara la prestación, la presentación de demanda judicial debería determinar el reconocimiento a que el solicitante reciba el importe de la prestación de manera inmediata, sin perjuicio de la posibilidad de que la Mutua realice los ajustes necesarios en las liquidaciones futuras en caso de que la acción judicial no prospere y confirme su postura. Se considera que esta medida contribuiría a agilizar el proceso de reconocimiento y a aliviar la carga los solicitantes.

Por otro lado, sería necesario un posicionamiento normativo sobre el impacto que puede tener en el cuidado directo, continuo y permanente la asistencia de menor al colegio, se trate o no de educación especial o diferencial. Ha de considerarse que la asistencia al colegio no debería obstaculizar el acceso a la prestación CUME en atención a las necesidades particulares del menor, ya que cada menor autista tiene unos condicionantes diferentes.

La interpretación del derecho al reconocimiento de la prestación ha de realizarse, en caso de duda, de conformidad a la finalidad de la norma, que no es otra, que facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar y que los progenitores, guardadores o acogedores puedan atender al menor autista en todos los ámbitos de su vida.

9. BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Izquierdo, R.: "Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ámbito de la Seguridad Social", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Nº. 133, 2017, págs. 313 y ss.

Ballester Pastor, M. A.: "La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria*". Lan Harremanak - Revista De Relaciones Laborales*, n.º 25, mayo de 2012, doi:10.1387/lan-harremanak.6172.

Campbell, E. J. , Scadding G. y Roberts R. S.: "The Concept of disease", *The British Medical Journal* Vol. 2, No. 6193, 1979, pág. 757.

Cristóbal Roncero, R.: "Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Nº. 133, 2017, pág. 115 y 116.

Durán Heras, M. A.: *Desigualdad social y enfermedad*, Tecnos, 1983.

Espacio autismo: https://www.espacioautismo.com/el-autismo-no-es-una-enfermedad-es-una-condicion-que-significa/

Fernández Orrico, F. J., "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 344, pág. 127.

García Romero, B.: "Tiempo de trabajo y permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el empleo público", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 458. p. 43.

Garrabé de Lara, J.: "El autismo. Historia y clasificaciones", *Salud Mental*, Vol. 35, No. 3, mayo-junio 2012, págs. 257-261.

Lousada Arochena, F. "Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave", *Actualidad laboral*, N.º 8, 2011, pág. 2 y ss.,

Mella Méndez, L. "La reducción de jornada para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave", *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo, Bormazo*, 2012, págs. 201-2022;

Miller, A. y Chrétien K.: *Devoloping the capacities of children on the autism spectrum*, Jessica Kingsleay Publishers, London and Philadelfia, 2007

Moreno-Leiva, G.M., Álvarez-Zúñiga, M.A. y Arias-Poblete, L.E.: "Una visión compleja sobre la etiología de las enfermedades", *Revista de la Facultad de Medicina*, 2019 Vol. 67 No. 1, 97-101,

Poquet Catalá, R. "Últimas 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: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, N.º. 134, 2018 (Ejemplar dedicado a: Seguridad Social), págs. 85-106.

Rivero Morón, S. "Comentarios al 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", *Noticias Jurídicas*, 01/12/2011, https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4723-comentarios-al-real-decreto-1148-2011-de-29-de-julio-para-la-aplicacion-y-desarrollo-en-el-sistema-de-la-seguridad-social-de-la-prestacion-economica-por-cuidado-de-menores-afectados-por-cancer-u-otra-enfermedad-grave/

Schumacher H R.: "The end of "disease" as a simple concept", *Curr Rheumatol Rep*. 2000;2(4):271-2. http://doi.org/fg64q7 .

Sinclair, J.: "Don't Mourn for Us", 1993 https://philosophy.ucsc.edu/SinclairDontMournForUs.pdf (No llores por nosotros).