

Prestación por cuidado de menor con enfermedad grave. A propósito de la exigencia del requisito de que ambos progenitores trabajen en los supuestos de crisis matrimonial.

Belén García Romero

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Resumen: *La prestación por cuidado de menor afectado por enfermedad grave percibida por la madre divorciada que tiene concedida la guarda y custodia de su hija afectada por una enfermedad grave se extingue cuando el otro progenitor cesa en su actividad laboral y no está acreditado que esté imposibilitado para atender a su hija.*

Palabras clave: *Cuidado de menores enfermos graves. Prestación económica. Divorcio. Cese actividad laboral.*

Abstract: *The care allowance for a seriously ill child received by a divorced mother who has been granted custody of her daughter with a serious illness ceases when the other parent stops working and it is not proven that he is unable to care for her daughter.*

Keywords: *Care of seriously ill children. Financial benefit. Divorce. Termination of employment.*

I. Introducción

Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 24 de septiembre de 2018 (rec. 331/2018), que desestima el recurso de suplicación formulado por la Mutua Asepeyo, confirmando la dictada en la instancia y revocando la resolución impugnada, que había acordado la extinción de la prestación que venía percibiendo la madre de una niña afectada por una enfermedad grave como consecuencia de que el padre de la menor, del que estaba divorciada, había cesado en su actividad laboral.

Se discute en qué medida afecta al devengo de dicha prestación el hecho de que el padre de la menor perdiera el empleo, teniendo en cuenta que, tras el divorcio, la guarda y custodia de esta menor la tenía atribuida la madre en exclusiva.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la sentencia objeto de comentario, reiterando la doctrina contenida en la sentencia invocada como de contraste -la dictada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2018, (rcud. 1470/2017)- atribuye el carácter de esencial al requisito de “que ambos progenitores trabajen” incluso en supuestos de crisis matrimonial.

La citada sentencia contiene un voto particular formulado por la Magistrada Excm.a Sra. D^a Rosa Virolés Piñol, por estimar que no existe contradicción entre las

sentencias comparadas. Desde su punto de vista, pese a la innegable coincidencia en gran parte de los elementos fácticos, en la sentencia de contraste, que supuestamente es la que alberga la buena doctrina para el Tribunal Supremo, se desconocen las dolencias de la menor y cuáles sean sus necesidades reales.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: STS-SOC núm. 798/2021, de 20 de julio.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 4710/2018.

ECLI: ES:TS:2021:3148.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

Votos Particulares: Contiene un voto particular, que formula la Magistrada Excm. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión debatida en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si la prestación por cuidado de menor afectado por una enfermedad grave que tiene reconocida la madre divorciada se mantiene o se extingue cuando el otro progenitor cesa en su actividad laboral, teniendo en cuenta que la beneficiaria tiene atribuida en exclusiva la guarda y custodia de dicha menor.

Como hechos probados consta en la sentencia que la actora contrajo matrimonio en 2004. Un año más tarde nació una hija con parálisis cerebral. En 2008, se decretó el divorcio del matrimonio por mutuo acuerdo, siéndole concedida a la madre en la sentencia de divorcio la guarda y custodia de la hija. En 2013 se reconoció a la madre la prestación por cuidado de menores con enfermedades graves, a razón del 99,90% de la base reguladora. En 2017, la Mutua Asepeyo comunica a la demandante la extinción de la prestación al haberse comprobado que el otro progenitor había cesado en su actividad laboral. En esta última fecha la demandante se encontraba prestando servicios como informática en un centro comercial con reducción de jornada del 50 por ciento.

Frente a la decisión de la Mutua formuló la interesada reclamación previa que fue desestimada y, después, presentó demanda ante el juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, que estimó la demanda formulada por la actora mediante sentencia de 16 de enero de 2018, condenado a la Mutua colaboradora con la Seguridad Social a abonar la prestación a la demandante. Contra esta sentencia, Asepeyo formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia en fecha de 24 de septiembre de 2018 desestimatoria del recurso planteado. Contra esta sentencia la Mutua interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2018 (Rcud 1470/2017).

IV. Posición de las partes

La parte recurrente es la Mutua Asepeyo, quien alega que la sentencia recurrida infringe los artículos 190 a 192 de la LGSS, RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, así como los artículos 2.1, 4.2, 4.4 y 7.3 c) del RD 1148/2011, de 20 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. Invoca como sentencia de contraste la STS-SOC de 12 de junio de 2018 (rec. 1470/2017), aduciendo que resuelve una cuestión similar en sentido divergente.

La parte recurrida es además del Instituto Nacional de la Seguridad Social, la madre beneficiaria de la prestación, cuya posición aunque no queda claramente explicitada en la sentencia, se deduce que se opone al recurso de casación por entender que la situación laboral del padre es irrelevante ya que no tiene atribuida la guardia y custodia de la menor, al tenerla ella asignada en exclusiva.

V. Normativa aplicable al caso

- Artículo 190 LGSS y art. 2 Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio. Situación protegida:

“A efectos de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo de al menos un 50 por ciento que, (...) lleven a cabo los progenitores (...), cuando ambos trabajen, (...)”

- Artículo 4 del Real Decreto 1148/2011. Beneficiarios de la prestación, apartados 2 y 4, párrafo primero:

2. “Dentro de cada unidad familiar, ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras deben acreditar que se encuentran afiliadas y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social o sólo una de ellas, si la otra, en razón del ejercicio de su actividad profesional, está incorporada obligatoriamente a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional.

El requisito de estar afiliado y en alta se entenderá cumplido en aquellos supuestos en que la persona progenitora, adoptante o acogedora del menor, que no es beneficiaria de la prestación, tenga suscrito un Convenio Especial en el Sistema de la Seguridad Social por realizar su actividad laboral en un país con el que no exista instrumento internacional de Seguridad Social”.

4. “En los casos de separación judicial, nulidad o divorcio, si ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras tuvieran derecho al subsidio podrá ser reconocido a favor de la determinada de común acuerdo. A falta de acuerdo y de previsión judicial expresa, se atribuirá la condición de persona beneficiaria del subsidio a aquella a quien se conceda la custodia del menor y si ésta fuese compartida a la que lo solicite en primer lugar”.

- Artículo 7, apartado 3, letra c) Real Decreto 1148/2011. El subsidio se extinguirá:

“c) Cuando una de las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras del menor cese en su actividad laboral, sin perjuicio de que cuando ésta se reanude se pueda reconocer un nuevo subsidio si se acredita por la persona beneficiaria el cumplimiento de los requisitos exigidos y siempre que el menor continúe requiriendo el cuidado directo, continuo y permanente”.

VI. Doctrina básica

El Alto Tribunal reitera la doctrina contenida en su anterior sentencia de 12 de junio de 2018 (rec. 1470/2017), concretamente, la propia definición de la situación protegida por la prestación en caso de reducción de jornada para cuidado de menor con cáncer u otra enfermedad grave del artículo 190 LGSS y 2.1 RD 1411/2011, en la que se establece como requisito ineludible para su producción que “ambos progenitores trabajen”, de forma que la acción protectora no entra en funcionamiento cuando quiebra (de manera originaria o sobrevenida) este presupuesto.

Los preceptos reseñados y su finalidad no dejan margen para entender que en caso de separación o divorcio quede abierta la posibilidad de que solo trabaje uno de ellos, interpretación con la que se desbordaría el concepto mismo de la situación protegida y la finalidad a la que responde.

VII. Parte dispositiva

“Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. José Luis Puig Gómez de la Bárcena, en representación de ASEPEYO, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL No 151, frente a la sentencia dictada por, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 24 de septiembre de 2018, recurso número 331/2018, resolviendo el recurso de suplicación formulado por el ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid el 16 de enero de 2018, autos número 1138/2017, seguidos a instancia de DOÑA Loreto contra ASEPEYO, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL No 151, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADO DE MENOR AFECTADO POR ENFERMEDAD GRAVE.

Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por el ahora recurrente, desestimando la demanda formulada, absolviendo a la demandada de las pretensiones contenidas en la demanda en su contra formulada.

Sin costas”.

VIII. Pasajes decisivos

El juego de los diversos cánones que deben informar el proceso interpretativo (recogidos en el art. 3.1. CC) impide compartir la conclusión aceptada por la sentencia recurrida de que en los supuestos de separación o divorcio el derecho a la prestación litigiosa no esté condicionado a que los dos progenitores trabajen. Por el contrario, consideramos que la doctrina acertada está en la sentencia de contraste.

La propia definición de la contingencia protegida por el régimen público de la Seguridad Social (...) muestra que uno de los elementos básicos que la integran, configurándose como requisito ineludible para su producción, es el de que "ambos progenitores trabajen".

La construcción normativa presupone que de no trabajar uno de los progenitores, el mismo dispone del tiempo preciso para cuidar y atender directa y personalmente al menor, siendo innecesario que el progenitor ocupado reduzca su jornada a ese mismo fin. En este último supuesto, si lo hace voluntariamente el sistema de Seguridad Social queda al margen de las consecuencias que comporta su libre decisión.

En conclusión, el tenor de los preceptos reseñados y su finalidad no dejan margen para entender que en el caso de separación o divorcio quede abierta la posibilidad de que sólo trabaje uno de ellos, interpretación con la que se desbordaría el concepto mismo de la situación protegida y la finalidad a la que responde.

La regulación de la prestación no permite excluir de la unidad familiar al progenitor separado (o divorciado). Se comparta o no, la norma presupone que el progenitor que no trabaja puede prestar a su hijo la atención que requiere la enfermedad, tenga o no la custodia del menor.

IX. Comentario

En la sentencia analizada se plantea si puede la madre divorciada que tiene asignada en exclusiva la guarda y custodia de su hija menor afectada por una enfermedad grave seguir disfrutando de la prestación otorgada cuando el otro progenitor cesa en su actividad laboral.

La cuestión no era novedosa ya que había sido resuelta anteriormente por el propio Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de junio de 2018 (Rcud. 1470/2017). Al

igual que en aquella decisión de 2018, en la sentencia aquí impugnada se da coincidencia de hechos. En ambos casos se trata de una madre divorciada que tiene atribuida la guarda y custodia de la hija aquejada de una enfermedad grave y que viene percibiendo la prestación correspondiente, al haber reducido la jornada de trabajo. En ambas sentencias el padre pierde su trabajo y la Mutua cesa en el abono de la prestación al entender que se ha extinguido el derecho al haber perdido el trabajo uno de los progenitores. En ninguna de las sentencias aparece dato alguno que acredite la imposibilidad del progenitor que ha cesado en el trabajo para atender al cuidado de su hija.

Pese a las identidades fácticas concurrentes, las sentencias enfrentadas han alcanzado resultados contradictorios. Mientras que la sentencia recurrida entiende que debe mantenerse el percibo de la prestación, la de contraste resuelve que procede la extinción del derecho.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia de 24 de septiembre de 2018 (rec. 331/2018), recurrida en casación, razona que desde el momento en que se produce el divorcio se rompe la unidad familiar. Al haberse asignado en exclusiva la guarda y custodia a la madre, es ella la que se ocupa cotidianamente de la atención de la menor, con independencia de que el padre desarrolle o no actividad laboral. Por ello, se cumplen las condiciones para percibir el subsidio reclamado, cuyo fin es hacer posible la atención del menoscabo del salario producido por la reducción de jornada de aquella. Dicha solución sería diferente en caso de que se hubiera acordado la custodia compartida y, con ello, la responsabilidad también compartida en el ejercicio de su crianza y educación.

Sin embargo, como hiciera ya en su previo pronunciamiento de 28 de junio de 2018, el Tribunal Supremo considera, que los preceptos aplicables no dejan margen para entender que en caso de separación o divorcio quede abierta la posibilidad de que solo trabaje uno de ellos. El requisito de que “ambos progenitores trabajen” es para el Alto Tribunal pues ineludible.

La Sala considera que no aparece dato alguno que haga cuestionar la idoneidad del progenitor que pierde su empleo para cumplir con su obligación de procurar que la menor reciba la atención médica adecuada. Tampoco se discute que esté en condiciones de asumir sus deberes de manera efectiva y garantizar que la menor sea asistida de forma adecuada en razón de circunstancias tales como su lugar de residencia o similares.

Para el Tribunal Supremo, dado que el planteamiento de la cuestión se ha hecho en términos genéricos, la respuesta al recurso debe situarse también en el mismo plano. Para sustentar su fallo, se basa en la noción de situación protegida del artículo 2 del RD 1411/2011, y, en coherencia con ella, en la interpretación sistemática, el razonamiento lógico, las referencias expresas a las situaciones de crisis matrimonial recogidas en la normativa aplicable y, en fin, en los criterios del interés del menor y de la realidad social.

Comienza argumentando que tanto en la definición de la situación protegida del artículo 2 del RD 1148/2011, como en la determinación de los beneficiarios, ex art. 4.2 de la misma norma reglamentaria se recoge la exigencia de actividad profesional de ambas personas progenitoras. La norma presupone, por tanto, que de no trabajar uno de los progenitores, el mismo dispone del tiempo necesario para cuidar y atender directa y personalmente al menor, siendo innecesario que el progenitor ocupado reduzca su jornada a ese mismo fin. Si lo hace voluntariamente en tales circunstancias, el sistema de Seguridad Social queda al margen de las consecuencias que comporta su libre decisión.

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

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

El sentido lógico le lleva a concluir que la alusión a la “unidad familiar” del artículo 4.2 del RD 1411/2011, situada en un apartado anterior al dedicado al tratamiento de las situaciones de crisis matrimonial, debe interpretarse en el sentido de que el legislador está pensando en el supuesto ordinario de que ambos progenitores formen parte de la unidad familiar, sin que ello implique dispensar trato distinto, más favorable, a efectos del requisito controvertido a los progenitores separados o divorciados que han constituido su propia unidad familiar, lo que consagraría un trato desigual, carente de justificación objetiva, respecto de los que no han roto su convivencia.

Para terminar su fundamentación considera la Sala, de un lado, que el interés superior del menor armoniza mejor con la atribución de su cuidado al progenitor no custodio cuando este, al no trabajar o haber dejado de hacerlo, está en mejores condiciones de prestarle toda la atención que precisa sin tener que compatibilizarla con el desarrollo de su actividad laboral. De otro lado, aplicando el criterio de la realidad social, hace primar la corresponsabilidad en las tareas de cuidados, subrayando la existencia de una tendencia creciente a que ambos progenitores compartan de manera efectiva el cuidado de los hijos comunes, en especial cuando padecen una enfermedad grave, y ello aun cuando hayan roto su convivencia.

X. Apunte final

Para el Tribunal Supremo el requisito de que “ambos progenitores trabajen” a efectos del mantenimiento de la prestación a aquel que reduce su jornada para atender al cuidado del menor gravemente enfermo es esencial e ineludible, incluso en caso de crisis matrimonial. Sobre este punto la Sala es consciente de que puede no compartirse la opción legislativa al resolver el tema de los cuidados, al presuponer que el progenitor que no trabaja puede prestar a su hijo la atención que requiere la enfermedad, tenga o no la custodia del menor, incluso permitiendo que, previo acuerdo, pueda ostentar la condición de beneficiario el progenitor no custodio.

Para la Sala, en la medida en que no consta en este caso que concurra cualquier tipo de impedimento en el padre para cuidar de la menor, el cese en la actividad laboral es causa de extinción de la prestación.

No obstante, el Alto Tribunal admite que pueden existir supuestos diferentes al aquí analizado en el que exista una persona sola en condiciones de atender al menor (por incapacidad, fallecimiento o inexistencia de otra progenitora), en los que resulta necesario acomodar las previsiones normativas. Así, de manera ilustrativa podemos citar la solución contenida en la sentencia del TSJ de Andalucía, Málaga, de 11 de diciembre de 2014 (rec. 1362/2014)^[1], en la que, abogando por una interpretación integradora de las normas, estimó que la extinción del contrato de trabajo de la madre no debía implicar la de la prestación, al estar justificada la necesidad de cuidado de la hija y la imposibilidad de hacerlo de la madre, cuyo cese en su relación laboral se debía al hecho de haber sido declarada en situación de incapacidad permanente absoluta como consecuencia de padecer una grave enfermedad terminal.

Por otra parte, el voto particular formulado por la Magistrada Excm. Sra. D^a Rosa Virolés Piñol, considera que, pese a la similitud de los hechos en ambas sentencias, no cabe apreciar la contradicción exigida por el art. 219 LRJS. Critica que la sentencia de contrate, a diferencia de la recurrida, no tome en consideración las dolencias de la menor y sus específicas necesidades, esto es, padecer una parálisis cerebral a consecuencia del parto con graves secuelas (ceguera cerebral y epilepsia fármaco-resistente) y necesidades de vivienda adaptada. El interés prevalente de la menor

debería, en este caso, llevar a cuestionarse las necesidades de esta y la idoneidad del padre para atenderla como hace la sentencia recurrida. En definitiva, a juicio de la Magistrada que formula el voto discrepante, la falta de contradicción entre las sentencias comparadas, debió llevar a inadmitir el recurso, y que en este momento procesal debería ser desestimado.

Referencias:

1. [^] *ECLI: ES:STSJAND:2014:10586*