

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 20 de julio de 2021

EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR CUIDADO DE MENOR CON ENFERMEDAD GRAVE SE CONDICIONA A QUE AMBOS PROGENITORES TRABAJEN, AUN EN CASO DE SEPARACIÓN O DIVORCIO

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 (Sala de lo Social), en Sentencia 614/2018, de 28-vi-2018 ([ROJ: STS 2471/2018](#)). 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 (Sala de lo Social), en su Sentencia 820/2018, de 24-ix-2018 ([ROJ: STSJ M 1472/2018](#)), 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 [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](#) [BOE n.º182, de 30-VII-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 [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](#) [BOE n.º182, de 30-VII-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 [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](#) [BOE n.º182, de 30-VII-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 el de la custodia del menor, permitiendo que, en caso de mediar acuerdo, la condición de beneficiario la ostente el progenitor no custodio (art. 4.4). 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 [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](#) [BOE n.º182, de 30-VII-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 ambas personas progenitoras 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.

En definitiva, 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. Pero, 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 Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social, Sección 1.ª), 1819/2014, de 11 de diciembre de 2014 ([ROJ: STSJ 10586/2014](#)), 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 último, señalar que la [Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022](#) [BOE n.º 312, de 29-XII-2021], ha añadido la

posibilidad al art. 190.1 [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](#) [BOE n.º 261, de 31-X-2015], de que haya un solo progenitor de la prestación cuando se trate de una familia monoparental (DF 25.ª). La misma norma (DF 22.ª y 28.ª Tres, respectivamente) ha ampliado el derecho a la reducción de jornada hasta que el menor cumpla veintitrés años (art. 36.7 [Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores](#) [BOE n.º 255, de 24-10-2015], al art. 190, apartados 1 y 3 [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](#) y al art. 3.c [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](#) [BOE n.º 182, de 30-7-2011]).

Belén GARCÍA ROMERO
Catedrática de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia
belengar@um.es