

CUIDADO DE MENOR AFECTADO POR ENFERMEDAD GRAVE. PRESTACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Centro de Estudios Financieros

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2011 (Ley 39/2010, de 22-12) introdujo, a través de la Disposición Adicional 21, una modificación de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) añadiendo un nuevo capítulo con un único artículo -135 quáter-, que incluye **una nueva prestación de la Seguridad Social**, vinculada al cuidado del menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave. Esta nueva prestación tiene incidencia en el ámbito laboral, puesto que permite reducir la jornada del progenitor (también están incluidos los adoptantes y acogedores) - introducida a través de la citada Ley de Presupuestos- modificando el art. 37.5 del ET.

El objeto de la norma, a tenor de la exposición de motivos, es compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, ocasionada por la necesidad de cuidar al menor, **reconociéndose la prestación al progenitor** que, para el cuidado del mismo, **deba reducir su jornada** un mínimo del 50 %, siendo esta una condición indispensable, por lo que si se reduce en un porcentaje inferior, la solicitud será denegada (**SJS de Madrid de 12-12-2012**).

Los **dos requisitos** para poder ser beneficiario de la prestación son:

Por un lado, que **ambos progenitores trabajen**, -estén afiliados y en alta en algún régimen de la Seguridad Social- ya que de no ser así el progenitor que no esté sujeto a la dedicación que requiere la actividad laboral se supone que puede prestar la atención requerida al hijo –recordemos que la prestación sólo se reconoce a un progenitor-. A este respecto señalar que si la madre se encuentra de baja por maternidad no se le reconocerá la prestación al encontrarse el contrato suspendido a tenor del art 45 d) del Estatuto de los Trabajadores (ET), (**SJS de Madrid de 9-1-2013**).

Y **por otro**, que la enfermedad sea un **cáncer u otra enfermedad grave**, -el listado de las enfermedades que se consideran graves se encuentra en el anexo del **Real Decreto 1148/2011, de 29-7**, que lo desarrolla reglamentariamente- y, además, **debe requerir cuidado**

“(...) directo, continuo y permanente, durante la hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad. Se considerará asimismo como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o cuidado del menor en domicilio (...)”.

Esto implica que la enfermedad, además, **debe suponer un ingreso hospitalario de larga duración** del menor entendiéndose como tal el **cuidado del mismo en el domicilio**. Por ello, si el menor padece una enfermedad que no implique ni ingreso ni continuación del tratamiento o estancia durante largo tiempo en el domicilio, teniendo en cuenta la actividad diaria del menor (escolarización, actividades accesorias), la prestación tampoco será reconocida (a este respecto **STSJ de Cataluña de 22-1-2014** y en el mismo sentido **STSJ de Castilla y León/Valladolid de 6-3-2013** sobre menores afectados por diabetes).

Pero ¿qué ocurre en los casos de separación o divorcio?

El Real Decreto 1148/2011 dice, en su artículo 4.4, que si ambos tuvieran derecho a la prestación (es decir cumplan los requisitos como beneficiarios) será reconocido a **un progenitor de común acuerdo**, y en su defecto se concederá a quien tenga **la custodia del menor**. Y esto nos plantea otro interrogante y es el siguiente: en el caso de que un progenitor tenga reconocida la custodia, ¿sería necesario que el otro progenitor también preste servicios para que el que tenga reconocida la custodia se pueda beneficiar de la prestación?

El artículo 135 quáter de la LGSS indica que

“Se reconocerá la prestación a los progenitores (...) en caso de que ambos trabajen (...)”, y el artículo 4.2 del Real Decreto, que regula los beneficiarios, establece que “dentro de cada unidad familiar, ambas personas progenitoras (...) deben acreditar que se encuentran afiliadas y en situación de alta (...)”.

Por lo tanto, en caso de ruptura, ¿se considera que ambos progenitores forman parte de la **unidad familiar** a efectos de ser beneficiarios de la prestación?. La interpretación es importante puesto que si ambos conforman la misma unidad familiar los dos deberán cumplir el requisito de encontrarse trabajando para que pueda serle reconocida la prestación a uno de ellos, pero si, por el contrario, al haberse producido la ruptura no se entiende compuesta la unidad familiar por ambos progenitores sino cada uno de manera independiente con el causante de la prestación –el menor- entonces no sería necesario que ambos cumplieran los requisitos de ejercer la titularidad del derecho a tenor del artículo 4.1 del Real Decreto.

La ambigüedad de la norma ha dado lugar a sentencias encontradas.

Por un lado, tenemos la **STSJ de Aragón de 18-7-2012** que entiende que, en caso de divorcio en el que la custodia se la conceden a la madre, **no** puede excluirse de la unidad familiar al progenitor padre. Esto implica que el **progenitor que no tiene concedida la custodia también debe estar trabajando (afiliado y en alta) para que pueda serle reconocida la prestación al progenitor solicitante**, ya que si no se encuentra incorporado al mercado laboral significa que puede prestar al menor la dedicación que requiere la enfermedad. Ello se basa en que el Real Decreto contempla el caso de separación o divorcio pero **solo para disponer quién de los dos podrá ser beneficiario**, siendo además este requisito exigido por el artículo 135 quáter de la

LGSS sin distinguir entre progenitores casados, divorciados o convivientes. En este mismo sentido encontramos la **STSJ de Canarias /Tenerife de 5-11-2013**.

En cambio, la **STSJ de Madrid de 26-11-2013**, desvincula el requisito de que ambos progenitores trabajen al hecho de que formen parte de la misma unidad familiar, basándose en el hecho de que **cuando los progenitores se separan o divorcian la unidad familiar varía y pasa a estar constituida solo por el causante (el menor) y uno de los progenitores**. Cuando la norma establece que ambos progenitores trabajen lo hace bajo la óptica de que estén dentro de la unidad familiar pero

“esta previsión no se establece para cuando los progenitores no forman parte de la unidad familiar por separación o divorcio (...)”.

Así reconoce la prestación a una madre separada cuyo excónyuge no se encontraba trabajando, al entender que

“la percepción de la prestación no puede estar condicionada a las cotizaciones del exesposo porque no estamos ante un supuesto de unidad familiar configurada con los dos progenitores y el causante”.