

PRESTACIÓN POR CUIDADO DE MENOR AFECTADO POR ENFERMEDAD GRAVE: procede la extinción de la percibida por la madre divorciada, que tiene concedida la guarda y custodia de su hija, cuando el otro progenitor cesa en su actividad laboral, al no estar acreditado que esté imposibilitado para atender a su hija. VOTO PARTICULAR.

Recurso de casación 4710/2018

Ponente: Excm. Sra. M^a Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por «ASEPEYO, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social N^o 151» contra la Sentencia de fecha 24-09-2018, del TSJ de Madrid, dictada en autos promovidos por la trabajadora contra la recurrente, INSS y TGSS, sobre prestación económica por cuidado de menor afectado por enfermedad grave, que casa y anula y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estima el recurso de tal clase interpuesto por la ahora recurrente, desestimando la demanda formulada y absolviendo a las codemandadas de las pretensiones formuladas en su contra.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social – Sección Primera

Sentencia núm. 798/2021

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Ricardo Bodas Martí

En Madrid, a 20 de julio de 2021

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Asepeyo Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo n^o 151 representado y asistido por el letrado D. José Luis Puig Gómez de la Bárcena, contra la sentencia dictada el 24 de septiembre de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación n^o 331/2018, interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de enero de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social n^o 33 de Madrid, en autos n^o 1138/2017, seguidos a instancias de D^a Loreto contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, Asepeyo, Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo n^o 151, Tesorería General de la Seguridad Social sobre prestación económica por cuidado de menor afectado por enfermedad grave.

Han comparecido en concepto de recurridos el Instituto Nacional de la Seguridad Social representado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social y D^a. Loreto representada y asistida por la letrada D^a. Ana María Pérez-Serrano Lara.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Con fecha 16 de enero de 2018, el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimo la demanda formulada por D^a Loreto, dejó sin efecto la resolución de ASEPEYO comunicada el 11-9-2017 y la condeno a que abone a la actora la prestación del subsidio por cuidado de menores a razón del 99,90% de su base reguladora de 114,19 euros desde el 1-8-2017 y a razón del 50% de dicha base reguladora a partir del 7-10-2017. Absuelvo al INSS de las pretensiones deducidas en su contra."

SEGUNDO. - Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

Primero. - D^a Loreto contrato matrimonio con D. Abilio el 17-7-2004.

Segundo. - El NUM000-2005 nació su hija Penélope afectada de parálisis cerebral por DIRECCION000 durante el parto.

Tercero. **■** Por resolución de 1-8-2013, luego modificada el 19-8-2013 se reconoció a la demandante la prestación económica por cuidado de menores son enfermedades graves a razón del 99,90% de una base reguladora de 114,19 euros diarios.

Cuarto. - Por sentencia de 29-10-2008 del Jdo. de 1^a Instancia 85 de Madrid, se decretó el divorcio del matrimonio por mutuo acuerdo. En su parte dispositiva expresamente se indicaba que la guarda y custodia de la hija se atribuye a la madre Sra. Loreto.

Quinto. - El 11-9-2017 Asepeyo comunica a la demandante la extinción de la prestación al haberse comprobado que el Sr. Abilio cesó en su actividad laboral el 9-6-2017. La demandante formuló reclamación previa que se ha desestimado por la mutua el 26-9-2017.

Sexto. - Desde el 7-10-2017 la demandante está prestando servicios en informática del Corte Inglés con reducción del 50% de la jornada."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, Asepeyo Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo nº 151 formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 24 de septiembre de 2018 en la que consta el siguiente fallo:

"Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por ASEPEYO, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social núm. 151 contra sentencia dictada el 16-1-2018 por el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid, en autos núm. 1138/2017, instados por Dña. Loreto, resolución que se confirma en su integridad. Al depósito y la consignación se les dará su destino legal. La Entidad recurrente abonará 600 euros en concepto de honorarios profesionales al letrado que impugnó el recurso."

CUARTO. -Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Asepeyo Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo nº 151 interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 12 de junio de 2018.

QUINTO. - Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por las partes recurridas INSS y D^a. Loreto, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue itido en el sentido de interesar que se declare la procedencia del recurso.

SEXTO. - Se señaló para la votación y fallo el día 29 junio de 2021, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada. En dicho acto la Excm. Sra. Magistrada Ponente D^a Rosa María Virolés Piñol señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia a la Excm. Sra. Magistrada D^a M^a Luisa Segoviano Astaburuaga.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Cuestión planteada y sentencia recurrida*

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

2.- El Juzgado de lo Social número 33 de Madrid dictó sentencia el 16 de enero de 2018, autos número 1138/2017, estimando la demanda formulada por 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, dejando sin efecto la resolución de ASEPEYO de 11 de septiembre de 2017, condenando a la citada demandada a que abone a la actora la prestación del subsidio por cuidado de menores a razón de 99,90% de su base reguladora de 114,19 € desde el 1 de agosto de 2017 y a razón del 50% de dicha base reguladora a partir del 7 de octubre de 2017, absolviendo al INSS de las pretensiones deducidas en su contra.

Tal y como resulta de dicha sentencia, la actora contrato matrimonio con D. Abilio el 17-7-2004. El NUM000 de 2005 nació su hija Penélope afectada de parálisis cerebral por DIRECCION000 durante el parto.

Por resolución de 1-8-2013, luego modificada el 19-8-2013 se reconoció a la demandante la prestación económica por cuidado de menores con enfermedades graves, a razón del 99,90% de una base reguladora de 114,19 euros diarios.

Por sentencia de 29-10-2008 del Juzgado. de 1^a Instancia 85 de Madrid, se decretó el divorcio del matrimonio por mutuo acuerdo. En su parte dispositiva expresamente se indicaba que la guarda y custodia de la hija se atribuye a la madre.

El 11-9-2017 Asepeyo comunica a la demandante la extinción de la prestación al haberse comprobado que D. Abilio cesó en su actividad laboral el 9-6-2017.

Desde el 7-10-2017 la demandante está prestando servicios en informática del Corte Inglés con reducción del 50% de la jornada.

3.- Recurrida en suplicación por el Letrado D. José Luis Puig Gómez de la Bárcena, en representación de ASEPEYO, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 151, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 24 de septiembre de 2018, recurso número 331/2018, desestimando el recurso formulado.

La sentencia razona que en el supuesto examinado concurre la circunstancia de que la guarda y custodia de la menor está atribuida a la madre, desde el momento en que se produce el divorcio se rompe la unidad familiar, como ámbito natural en el que se desenvuelven los deberes y obligaciones respectivos. Ninguna de estas tiene el padre, salvo la que pueda corresponder a prestaciones económicas o al régimen de visitas que haya podido imponerse en la sentencia de divorcio, de tal modo que es la madre quien -desempeñe o no el padre actividad laboral- se ocupa cotidianamente de la atención de la menor. Por otro lado, la decisión sobre la procedencia del mantenimiento de subsidio sería distinta si, una vez producida la ruptura de la convivencia de los padres, se hubiera acordado la custodia compartida, es decir, el mantenimiento de relaciones continuadas de estos y su hija, con la consiguiente responsabilidad (compartida) en el ejercicio de su crianza y educación. En el caso actual, no media acuerdo alguno, ni resolución judicial sobre la guarda y custodia de la hija en régimen compartido, asignada de forma exclusiva a la madre, por lo que han de entenderse por cumplidas las condiciones que deben reunirse para percibir el subsidio reclamado-cuyo fin es hacer posible la atención que el hijo menor requiere para compensar el menoscabo del salario producido por la reducción de jornada de la demandante-desestimándose el recurso.

4. - Contra dicha sentencia se interpuso por el Letrado D. José Luis Puig Gómez de la Bárcena, en representación de ASEPEYO, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 151, recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 12 de junio de 2018, recurso número 1470/2017.

La Letrada Doña Ana María Pérez-Serrano Lara, en representación de DOÑA Loreto, ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado procedente.

SEGUNDO.-

1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 12 de junio de 2018, recurso número 1470/2017, estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Mutua Ibermutuamur frente a la sentencia de fecha 28 de febrero de 2017, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, recurso 50/2017, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la actora y confirmando la sentencia de 13 de octubre de 2016, autos 669/2015, del Juzgado de lo Social número 4 de Gijón.

Consta en dicha sentencia que en 2010 se produce el divorcio (de común acuerdo) entre los padres del menor sobre cuyo cuidado se litiga, atribuyéndose su custodia a la demandante.

Desde diciembre de 2013 se reconoce a favor de la demandante la prestación económica de Seguridad Social para el cuidado de hijo menor afectado por enfermedad grave.

Como consecuencia de que el progenitor divorciado causa baja en el Régimen Público de la Seguridad Social, la Mutua responsable de la prestación (Ibermutuamur) dicta resolución (31 mayo 2015) extinguiendo el derecho a percibir el subsidio.

Con fecha 11 de enero de 2016 la reclamante pierde el empleo a cuyo amparo venía percibiendo el subsidio litigioso.

La sentencia entendió que la propia definición de la contingencia protegida por el régimen público de la Seguridad Social, que asumen los artículos 135 quater LGSS y 2.1 del RD 1148/2011, muestra que uno de los elementos básicos que la integran, configurándose como requisito ineludible para su producción, es el de que "ambos progenitores trabajen". El tenor de los preceptos es claro: la acción protectora de la Seguridad Social no entra en funcionamiento cuando quiebra (de manera originaria o sobrevenida) ese presupuesto.

Se trata de una exigencia que responde a la función del subsidio, tal y como pone de relieve el Preámbulo de la citada norma reglamentaria y subraya la STS de 28 de junio de 2016_(rec. 80/2015), el subsidio viene a compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, por la necesidad de cuidar de manera, directa, continua y permanente a los hijos menores a su cargo durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad fuera del centro hospitalario. La norma presupone que de no trabajar uno de los progenitores, el mismo dispone del tiempo preciso para cuidar y atender directa y personalmente al menor, siendo innecesario que el progenitor ocupado reduzca su jornada a ese mismo fin. 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.

Subraya que el artículo 7.3.b) del RD 1148/2011 establece como causa de extinción de la prestación el cese en su actividad laboral de una de las personas progenitoras. El precepto prescinde de toda excepción o salvedad, lo que abunda en la idea de que la exigencia de que ambos progenitores trabajen constituye un requisito esencial para el reconocimiento y mantenimiento del derecho al subsidio.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadoras que tienen una hija afectada por una enfermedad grave y que vienen percibiendo la prestación correspondiente, al haber reducido la jornada para atender al cuidado de su hija enferma grave. En ambos supuestos sobreviene el divorcio, atribuyéndose a la madre la guarda y custodia de la hija. En las dos sentencias comparadas sucede que 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.

Las sentencias enfrentadas han llegado a resultados contradictorios, en tanto la recurrida entiende que no procede la extinción de la prestación, la de contraste resuelve que la prestación ha de extinguirse.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO. -

1.- El recurrente alega que la sentencia recurrida infringe los artículos 190 a 192 de la LGSS, RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, los artículos 2.1, 4.2, 4.4 y 7.3 c) del RD 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.

2 Cuestión similar a la ahora planteada ha sido resuelta por la sentencia de esta Sala de 12 de junio de 2018, recurso número 1470/2017, invocada como sentencia de contradicción.

En dicha sentencia se contiene el siguiente razonamiento:

" 5 . RD 1148/2011, de 29 de julio

A) El RD 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo en el sistema de la Seguridad Social de la referida prestación dedica su artículo 2º a delimitar la situación protegida, haciéndolo en los siguientes términos:

"A efectos de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, se considerará situación protegida la reducción de la jornada de trabajo que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del artículo 37.5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, lleven a cabo las personas progenitoras, adoptantes y acogedoras de carácter familiar preadoptivo o permanente, cuando ambas trabajen, para el cuidado del menor a su cargo afectado por cáncer u otra enfermedad grave incluida en el listado que figura en el anexo de este real decreto.

El cáncer o enfermedad grave que padezca el menor deberá implicar un ingreso hospitalario de larga duración que requiera su cuidado directo, continuo y permanente, durante la hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad. Se considerará asimismo como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave".

B) El artículo 4º disciplina quiénes son "Beneficiarios de la prestación" y en su número 2 prescribe lo siguiente:

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.

C) Por su parte, el párrafo primero del apartado 4 del mismo artículo 4º previene que "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".

D) Por otro lado, el apartado 3 del art. 7, dentro de las reglas referidas a la dinámica de la prestación, señala en su letra c) que el subsidio se extinguirá " 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".

CUARTO. - Pérdida de su trabajo por parte del progenitor que no ejerce la patria potestad.

1. Lo realmente debatido.

Como hemos anticipado, aquí solo se debate si la beneficiaria del subsidio tiene derecho a seguir percibiéndolo. Se trata de la madre del menor enfermo; está divorciada; tiene concedida la guarda y custodia de una hija. El otro progenitor causa baja en el Sistema de la Seguridad Social, pero no se cuestiona su idoneidad para el adecuado ejercicio de sus responsabilidades parentales.

Es decir, no aparece dato alguno que apunte hacia la imposibilidad de que el progenitor que pierde su empleo pueda cumplir con su obligación de procurar que la menor reciba la atención médica necesaria. Tampoco se discute que esté en condiciones de asumir sus deberes de manera efectiva y garantizar que la menor sea asistida de forma adecuada en razón de circunstancias tales como su lugar de residencia u otras diferentes.

El planteamiento de la cuestión es absolutamente genérico por lo que la respuesta debe situarse también en ese plano.

2. Interpretación de las normas en presencia.

Aclarado lo anterior, la censura jurídica que formula la Mutua demandada merece ser acogida, como propone el Ministerio Fiscal en su informe. 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. Veamos las razones de ello.

A) La situación protegida.

La propia definición de la contingencia protegida por el régimen público de la Seguridad Social que asumen los artículos 135 quater LGSS y 2.1 del RD 1148/2011 muestra que uno de los elementos básicos que la integran, configurándose como requisito ineludible para su producción, es el de que "ambos progenitores trabajen". El tenor de los preceptos es claro: la acción protectora de la Seguridad Social no entra en funcionamiento cuando quiebra (de manera originaria o sobrevenida) ese presupuesto.

Se trata de una exigencia que responde a la función del subsidio, Como pone de relieve el

Preámbulo de la citada norma reglamentaria y subraya la STS de 28 de junio de 2016_(rec. 80/2015) el subsidio viene a compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, por la necesidad de cuidar de manera, directa, continua y permanente a los hijos menores a su cargo durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad fuera del centro hospitalario.

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.

B) Interpretación sistemática.

En coherencia con esa noción, y desde la perspectiva de la interpretación sistemática, el art. 7.3.b) del RD 1148/2011 establece como causa de extinción de la prestación el cese en su actividad laboral de una de las personas progenitoras. El precepto prescinde de toda excepción o salvedad, lo que abunda en la idea de que la exigencia de que ambos progenitores trabajen constituye un requisito esencial para el reconocimiento y mantenimiento del derecho al subsidio.

Puede pensarse que cuando exista una sola persona en condiciones de atender al menor (por incapacidad, fallecimiento o inexistencia de otra progenitora) resulta necesario acomodar las genéricas previsiones. Pero estos casos de familia monoparental o análogos nada tienen que ver con el que ahora afrontamos.

C) Situaciones de crisis conyugal (Argumento sensu contrario).

Añadamos a cuanto antecede que cuando la norma reglamentaria ha querido abordar de manera específica la incidencia de las situaciones de crisis matrimonial en la prestación, así lo ha hecho. Su artículo 4.4 regula el orden de prelación en su disfrute cuando ambos progenitores tienen derecho a la protección, esto es, cuando los dos han reducido su jornada laboral para atender a su hijo menor. Es más, al establecer los correspondientes criterios al fin indicado el precepto tiene en cuenta el dato relativo a la custodia del menor permitiendo incluso que de mediar acuerdo la condición de beneficiario la ostente el progenitor no custodio.

Por tanto se 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. Sin duda, eso es porque en los supuestos de separación o divorcio es requisito de la prestación que ambos progenitores trabajen.

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.

D) Interpretación lógica.

La tesis que acoge la sentencia recurrida conduciría al absurdo de que el progenitor separado o divorciado que no tiene atribuida la guardia y custodia del menor y trabaja podría causar la prestación si el otro no trabaja.

El sentido lógico, y la concordancia con el resto de las disposiciones reseñadas en el fundamento precedente, induce a pensar que la referencia a la "unidad familiar" del art. 4.2 de la norma reglamentaria, no puede interpretarse en el sentido de que el requisito que establece resulte inexigible a ambos progenitores en supuestos de separación o divorcio, lo que entraría en contradicción con la definición legal de la situación protegida, reiterada en el art. 2.1 del RD 1148/011, vulnerando el principio de jerarquía normativa. El art. 4.2 del susodicho texto reglamentario alude ciertamente a la "unidad familiar" pero de la propia ubicación de ese apartado, antes del dedicado a las situaciones de crisis matrimonial, se desprende la norma está pensando en el supuesto ordinario en que los progenitores forman parte de la misma unidad familiar, sin que ello implique dispensar trato distinto, más favorable, a efectos del requisito controvertido a los progenitores separados o divorciados que han constituido o podido constituir su propia unidad familiar, lo que por otra parte consagraría un trato desigual, carente de justificación objetiva, respecto de los que no han roto su convivencia.

E) Interés del menor y realidad social.

La solución dada por la sentencia impugnada no parece compatible con una interpretación basada en el interés prevalente del menor, pues no fomenta su integración con el progenitor no custodio que es además quien 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 la actividad laboral.

Por otra parte, y en conexión con lo anterior, si acudimos al criterio de la realidad social, la tendencia creciente es que ambos progenitores, pese a haber roto su convivencia, compartan de manera efectiva el cuidado de los hijos comunes, en especial cuando padecen una enfermedad grave.

3. Resolución.

A partir de cuanto se deja razonado ya puede accederse a la resolución del recurso, que procede estimar en coherencia con el informe del Ministerio Fiscal y con las premisas normativas y criterios hermenéuticos precedentes, lo que nos lleva a casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación con los pronunciamientos adecuados que serán la desestimación de tal recurso y la confirmación de la sentencia de instancia".

3.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto debatido, que ha de mantenerse por razones de seguridad jurídica y porque no han aparecido datos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencial, se ha de estimar el recurso formulado por el Letrado D. José Luis Puig Gómez de la Bárcena, en representación de ASEPEYO, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 1n efecto, si bien la madre tiene otorgada la guarda y custodia de la menor y, habiendo reducido su jornada para el cuidado de su hija enferma, viene percibiendo la prestación por cuidado de menor afectada por enfermedad grave, ha visto extinguida la prestación al cesar en su actividad laboral el progenitor de la menor, del que la

madre se había divorciado, sin que en la sentencia conste dato alguno que refiera que el padre tiene alguna dificultad o impedimento para el cuidado de la menor, lo que supone, en aplicación de los artículos 2, 4, apartados 2 y 4 y artículo 7, apartado 3 del RD 1148/2011, de 29 de julio, la extinción de la prestación.

CUARTO.- Procede, por todo lo razonado, estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado 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, y resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el citado recurso, desestimando la demanda formulada.

No procede la condena en costas en virtud de lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS.

FALLO

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.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada Excma. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol, a

la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 4710/2018.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulamos Voto Particular discrepante a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 4710/2018 para exponer la tesis que sostuve en la deliberación, acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, por cuanto oportunamente se dirá, que en síntesis es **la inexistencia de contradicción entre las sentencias comparadas** que ha de determinar la desestimación del recurso formulado. Baso el presente voto particular en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERA.- A modo de antecedente y por su interés, cabe señalar que:

1.- Es objeto del presente recurso 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 codemandada, confirmando la dictada en la instancia, y revocando la resolución impugnada, que había acordado la extinción de la prestación que venía percibiendo la actora como consecuencia de que el padre de la menor había causado baja en la relación laboral que mantenía.

Se discute en qué medida incide en el devengo de la citada prestación el hecho de que el padre de la menor perdiera el empleo, teniendo en cuenta que los padres se habían divorciado, y que además, la guarda y custodia de ésta la tenía la madre que era, por lo demás, la beneficiaria de la prestación correspondiente, teniendo en cuenta además, "que el padre de la menor no está en predisposición de atenderla", circunstancia en la que insiste la demandante en su escrito de impugnación del presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

2.- El argumento de la sentencia de instancia, que se asume por la recurrida, es que, si la actora tiene la guarda y custodia de la menor, resulta irrelevante a tales efectos, que el padre deje de trabajar porque carece de responsabilidades familiares específicas o concretas respecto del cuidado de la menor.

SEGUNDA.-

1.- Contra la referida sentencia, interpone recurso de casación para la unificación de doctrina la Mutua demandada, que tiene por objeto que se extinga la prestación que venía percibiendo la actora sobre la base argumental de que el padre de la menor -más allá de la previa situación de divorcio y de que la guarda y custodia de ésta corresponde a la madre-, no está impedido para el cuidado de aquélla.

Se designa como sentencia de contraste, la dictada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2018 (rcud.1470/2017), que estima el recurso de formulado por otra Mutua frente a la sentencia de suplicación, que previa revocación de la de instancia, había estimado la pretensión de la demandante. Se trataba en esta referencial, de un supuesto en el que también se analizaba la incidencia sobre la misma prestación de la pérdida del empleo por parte del otro progenitor en un supuesto en el que, también había una previa

situación de divorcio de los cónyuges y la guarda y custodia de la menor la tenía asignada la madre.

En el caso de esta referencial, se señala que aún en los supuestos de separación o divorcio y al margen de quien tenga asignada la guarda y custodia del menor, el devengo de la prestación está condicionada por la prestación de servicios laborales por parte de ambos progenitores.

2.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" [sentencias, entre otras muchas, de 31 de enero de 2017 (rcud 2147/2015), 30 de marzo de 2017 (rcud 3212/2015), 31 de mayo de 2017 (rcud 1280/2015) y 5 de julio de 2017 (rcud 2734/2015)].

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales [sentencias de 8 de febrero de 2017 (rcud 614/2015), 6 de abril de 2017 (rcud 1869/2016) y 4 de mayo de 2017 (rcud. 1201/2015)].

3.- Partiendo de dicha doctrina, y contrariamente a lo señalado por el voto mayoritario, entre las sentencias comparadas, estimo que no puede apreciarse la contradicción exigida por el art. 219 LRJS, presupuesto procesal básico e ineludible para la viabilidad del presente recurso, al no darse la identidad en los hechos, pretensiones y fundamentos.

Si bien existe una coincidencia en gran parte de los elementos fácticos que delimitan el objeto de la pretensión, no cabe obviar que entre las sentencias comparadas se dan también importantes soluciones contradictorias.

Así, en tanto que la sentencia recurrida considera irrelevante la situación laboral del padre en la medida que no tiene asignada la guarda y custodia de la menor, habiéndose cuestionado "que el padre de la menor no está en predisposición de atenderla", circunstancia en la que insiste la demandante en su escrito de impugnación del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, con referencia a las necesidades concretas de la menor, afectada de una "parálisis cerebral por DIRECCION000 durante el parto", grado V (no habla ni camina), ceguera cerebral y epilepsia fármaco-resistente, y necesidades de vivienda adaptada; dolencias obviamente producen unas necesidades concretas y específicas en la menor, que es el bien o interés prevalente a proteger.

Por el contrario, la sentencia de contraste considera que, en la medida que no consta que concurra cualquier tipo de impedimento en el padre para cuidar a la menor, sí que es causa de extinción del subsidio, sin cuestionarse las necesidades de la menor ni la idoneidad del padre de la menor, desconociéndose incluso cuál sea la enfermedad que afecta al menor. En definitiva en la sentencia de contraste se desconocen las dolencias de la menor, así como

cuales sean sus necesidades.

TERCERA.- 1.- Estimo en definitiva, que, existiendo causa de inadmisión (por falta de contradicción de las sentencias comparadas), el recurso que en su momento debió ser inadmitido, en este momento procesal ha de ser desestimado.

2.- No obstante cuanto queda dicho, respecto al fondo, la sentencia en su voto mayoritario, estima el recurso formulado por la Mutua ASEPEYO, reproduciendo los razonamientos de la STS/IV de 12 de junio de 2018, núm. 1470/2017, invocada como sentencia de contraste por entender que contiene la buena doctrina.

Entiende la que suscribe, dicho sea con los debidos respetos que nos encontramos ante dos supuestos que difieren entre ellos como se ha indicado anteriormente, concurriendo causa de inadmisibilidad, y asimismo, que debió darse respuesta a las alegaciones contenidas en el escrito de impugnación de la demandante -ahora recurrida-.

Es en este sentido que formulo el presente voto particular.

En Madrid, a 20 de julio de 2021.