Derecho a prestación económica por cuidado de menor afectado de enfermedad grave. Interpretación finalista del requisito de ingreso hospitalario.

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático (jubilado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona.

Resumen: *La sentencia objeto de estudio trata sobre el derecho de una persona trabajadora al cuidado de un menor a su cargo y que está afectado de una enfermedad grave. Se debate sobre cómo debe interpretarse el requisito previsto en la normativa aplicable del ingreso hospitalario para tener derecho al permiso. El Tribunal Supremo, en una interpretación finalista, equipara este con el necesario cuidado en el domicilio que requiere la persona enferma.*

Palabras clave: *Permiso. Cuidados. Enfermedad. Ingreso hospitalario. Domicilio.*

Abstract: *The judgment under study deals with the right of a worker to care for a minor in her care who is suffering from a serious illness. There is a debate on how to interpret the requirement provided for in the applicable regulations of hospital admission in order to be entitled to leave. The Supreme Court, in a finalist interpretation, equates this with the necessary home care required by the sick person.*

Keywords: *Leave. Care. Illness. Hospital admission. Home.*

I. Introducción

Es objeto de comentario en este artículo la sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Supremo el 3 de diciembre. La resolución judicial estima, en contra del criterio defendido por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe y en el que abogaba por su improcedencia, el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte demandante en instancia contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 22 de diciembre de 2021 (rec. 5086/2021). EL TS casa y anula la sentencia recurrida, confirma la sentencia de instancia y declara su firmeza^[1].

La Sala autonómica había estimado el recurso de suplicación interpuesto por las partes demandadas en instancia, Mutual Midat Cyclops (MC Mutual), el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), que había estimado la demanda interpuesta en materia de prestación familiar para el cuidado de menores con cáncer u otras enfermedades graves interpuesto contra las citadas demandadas, reconociendo a la parte actora

“el derecho a percibir la prestación familiar por cuidado de menores solicitada calculada sobre una base reguladora de ... euros/ mes, con fecha de efectos desde el 01/02/2020, de la que habrá de responder la mutua MC MUTUAL.... todo ello con

revocación de las resoluciones/ acuerdos dictados por dicha mutua MC MUTUAL de fecha 03/03/2020 y de fecha 09/06/2020”^[2].

Buena parte de las tesis defendidas en la sentencia ahora analizada encuentran su razón de ser en la dictada el 28 de junio de 2016^[3] aquella, si bien, como destaca el TS en el fundamento de derecho tercero, “bien es cierto que en aquel otro asunto no se planteaba frontalmente la cuestión relativa al exacto alcance del requisito de ingreso hospitalario de larga duración”, y añadiendo inmediatamente que “pero no lo es menos, que la sentencia ofrece unos parámetros jurídicos que vienen a permitir una interpretación amplia de dicho requisito, que va más allá de la pura y mera dicción literal que pueda atribuirse al concepto de ingreso hospitalario, al vincularlo con la necesidad de cuidado directo y permanente del menor durante el tratamiento continuado de la enfermedad”.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Social)

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1308/2024, de 3 de diciembre.

Tipo y número recurso o procedimiento. RCUUD núm. 1524/2022.

ECLI:ES:TS:2024:6111

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El litigio encuentra su origen en sede judicial con la presentación de una demanda en materia de prestación familiar para el cuidado de menores con cáncer u otras enfermedades graves.

Se trata de un menor de edad con una discapacidad reconocida del 37 %, que debe acudir a fisioterapia tres días al mes, realizar actividades de psicomotricidad privada dos veces por semana, y recibir tratamiento hospitalario un día por semana.

A todas estas visitas médicas le acompaña su progenitora materna, que formuló solicitud de prestación económica por cuidado de menores con cáncer u otras enfermedades graves, denegada por la Mutua antes citada por "no cumplir con los requisitos establecidos en el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, con respecto a la acreditación del ingreso hospitalario, así como la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente por parte de uno de los progenitores, acogedores, adoptantes o tutores". Igual suerte desestimatoria corrió la reclamación previa interpuesta en vía administrativa contra dicha resolución. Más tarde, la progenitora materna presentó demanda ante los JS de Barcelona, siendo su pretensión la de que se revocaran las anteriores resoluciones y se reconociera su derecho a “prestación económica por cuidado de menores aquejados de cáncer u otras enfermedades graves”.

Conocemos en los hechos probado se la sentencia de instancia que la demandante tenía formalizado un contrato de duración indefinido con la empresa para la que prestaba sus servicios, habiendo sido después solicitada, y concedida, la reducción de jornada por cuidado de hijo en un porcentaje del 50% de su jornada por cuidado de menor”, y que el progenitor paterno prestaba sus servicios en otra empresa mediante contrato indefinido y con jornada de 40 horas semanales.

La demanda fue estimada en instancia por considerar el JS que

“... aunque la patología del menor no ha precisado hospitalización de larga duración, debe equipararse a la hospitalización el tratamiento médico y continuado en un hospital de día, según consulta evacuada por el INSS^[4] el 15.9.2016, o en el domicilio familiar, siendo así que en el presente caso el menor viene recibiendo asistencia en centro de día/fundación/centros privados con propósito rehabilitador, según prescripciones de los facultativos, con sujeción a unos horarios, tratamiento rehabilitador en centro de día que tiene carácter continuado y prolongado en el tiempo y que también se lleva a cabo en el domicilio familiar”.

IV. Posición de las partes. Recurso de suplicación

En el recurso de suplicación interpuesto por la Mutua demandada al amparo del art. 190, apartado c), de la LGSS en relación con el RD 1148/2011, se insiste en las tesis expuestas en las resoluciones desestimatorias de la petición formulada por la madre del menor afectado por la enfermedad y también en el acto de juicio, siendo claro a su parecer que “... es requisito necesario que el menor haya requerido un ingreso hospitalario de larga duración, con cuidados hospitalarios y amplía el derecho a percibir la prestación cuando estos cuidados hospitalarios deban prolongarse en el domicilio, pero el precepto en ningún caso extiende el concepto de cuidados hospitalarios a los tratamientos ambulatorios que nunca han requerido ingreso de larga duración, como ocurre en el presente caso”.

Por la parte recurrida se mantuvo la tesis expuesta en la demanda y reiterada en el acto de juicio, es decir que debía equipararse el cuidado del menor afectado de enfermedad grave en el domicilio con el ingreso en centro hospitalario.

V. Normativa aplicable al caso

A) En primer lugar, hemos de acudir a la Ley 39/2010 de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, cuya disposición final vigésima primera, modificó la LGSS y añadió un nuevo capítulo IV, sexies al título II de la entonces vigente LGSS (RDL 1/1994, de 20 de junio)

El citado precepto fue desarrollado por el 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”.

Por otra parte, la disposición final vigésima segunda, modificó el texto entonces vigente de la LET, incorporando un nuevo párrafo al art. 37, apartado 5, con el siguiente contenido:

“... «El progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquélla, 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 santuario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años. Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.»

B) La LGSS aprobada por RDLeg 8/2015 de 30 de octubre, pasó al art. 190 la regulación del cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. El citado precepto fue modificado por la Ley 22/2021 de 28 de diciembre, de PGE para el año 2022.

C) Una nueva modificación se produce por el RDL 2/2023 de 16 de marzo, “de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones”

El art. 190 LGSS, tras la última modificación, fue desarrollado por el RD 677/2023 de 18 de julio, “por el que se modifica el 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”

VI. Doctrina básica

Una vez efectuado este recordatorio histórico de la normativa aplicable, paso al examen de la sentencia del TS y más concretamente a su doctrina básica.

El RCUD interpuesto por la madre del menor se formuló al amparo del art. 207, apartado e) de la LRJS, con alegación de infracción del art. 190 de la LGSS y del art. 2 del RD 1148/2011, de diversas sentencias del alto tribunal, y del criterio anteriormente referenciado del INSS, sosteniendo, al igual que lo hizo desde el inicio del conflicto, que “el tratamiento permanente y continuado de carácter ambulatorio en el centro de día y en su propio domicilio que requiere el menor es equiparable a la necesidad de ingreso hospitalario de larga duración”.

La sentencia aportada de contraste fue la dictada por el TSJ de Madrid de 25 de abril de 2016 (rec. 653/2015)

Con prontitud centra la Sala la cuestión a la que debe dar respuesta, que no es otra que “... determinar si puede causar derecho a la prestación de cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, la madre de un menor con enfermedad grave que no requiere ingreso hospitalario de larga duración, pero está sometido sin embargo a un tratamiento médico continuado de carácter ambulatorio en un centro de día y en su propio domicilio”.

En el fundamento de derecho primero se repasa sucintamente el contenido de las sentencias de instancia y de suplicación, y también se recoge el parecer del Ministerio Fiscal, que se pronuncia, como ha ya indicado al inicio de mi exposición, a favor de la desestimación del RCUD, **“al entender que no concurre el requisito de ingreso hospitalario de larga duración previo al tratamiento continuado en centro de día que requiere la enfermedad del menor.** La misma tesis es la de la Mutua en su escrito de impugnación del recurso “para negar en primer lugar la existencia de contradicción, y defender seguidamente que **la prestación exige la existencia de un previo ingreso hospitalario de larga duración, al que no debe equipararse el tratamiento médico continuado de carácter rehabilitador que necesita en este caso el menor**” (la negrita es mía”).

Una vez aceptada la existencia de contradicción requerida por el art. 219.1 LRJS, 9^[5], la Sala pasa revista a los preceptos aplicables. En primer lugar, el art. 190 de la LGSS, y a continuación el art. 2.1, párrafo segundo del RD 1148/2011 (normativa vigente en el momento en que se suscitó el conflicto), que disponía que

“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”.

También se considera aplicable el art. 3 de la misma norma y el anexo. En el artículo se regula que

“A efectos del reconocimiento de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, tendrán la consideración de enfermedades graves las incluidas en el listado que figura en el anexo de este real decreto”, y del anexo se efectúa referencia al apartado V, psiquiatría, en el que se incluye (tras la modificación efectuada por la Orden TMS/103/2019 de 6 de febrero) **“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” (la negrita es mía)

Un puntal básico de la fundamentación jurídica de la sentencia para llegar a la estimación del RCUD es la anteriormente dictada el 28 de junio de 2016, por tratarse de “una situación sustancialmente coincidente con la que es objeto del presente procedimiento”, y siendo aún si cabe más digno de mención que “en el caso de autos concurre la relevante circunstancia adicional de que la escasa edad del menor hace que ni tan siquiera se encuentre en ese momento escolarizado, con lo que ello supone de mayor e intensa dedicación por parte de su madre, que debe acompañarle a los distintos centros sanitarios y participar de forma directa en las terapias que se le aplican”.

Tras una amplia síntesis de la sentencia anterior que es efectuada por la ahora analizada, el TS reconoce que en aquella no se planteaba “frontalmente” la cuestión relativa al “exacto alcance del requisito hospitalario”, pero ello no es óbice para seguir insistiendo en su importancia, ya que “la sentencia ofrece unos parámetros jurídicos que vienen a permitir una interpretación amplia de dicho requisito, que va más allá de la pura y mera dicción literal que pueda atribuirse al concepto de ingreso hospitalario, al vincularlo con la necesidad de cuidado directo y permanente del menor durante el tratamiento continuado de la enfermedad”.

Se apoya además en dos sentencias posteriores, de 12 de junio de 2018 (rec. 1470/2017), y de 20 de julio de 2021 (rec. 4710/2018), para insistir en el argumento de que la prestación a percibir se trata de un subsidio que “... 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 síntesis de la nueva doctrina del TS, se plasma a mi parecer en estos contenidos del apartado 3 del fundamento de derecho tercero:

En primer lugar, que la interpretación teleológica (“interpretación que pretende hallar la finalidad o propósito buscados por los contratantes”, según el diccionario jurídico de la RAE) de las normas de aplicación avala la conclusión plasmada en las sentencias anteriormente referenciadas en un supuesto como el presente, en el que el menor “ha de acudir con regularidad a un centro sanitario de día para recibir la terapia rehabilitadora que su enfermedad requiere. **Esa asistencia sanitaria tan intensa, directa y continuada del menor en los centros de día es equiparable a la situación de ingreso hospitalario de larga duración, por cuanto igualmente se trata de cuidados médicos ineludibles para el tratamiento de la enfermedad que se prolongan de manera indefinida en el tiempo**” (la negrita es mía), enfatizando que en supuestos como el ahora analizado en el que se requiere de manera imprescindible la presencia de la madre del menor, es perfectamente aplicable el art. 2.1 del RD 1148/2011, que “equipara de forma expresa la asistencia a domicilio con el ingreso hospitalario en estas circunstancias tan extremas, al atribuir esa misma naturaleza a “la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave”.

En segundo lugar, y de acuerdo a la interpretación finalista del art. 2.1 del RD 1148/2011, que el hecho de que el diagnóstico de la enfermedad grave pudiese haberse efectuado sin requerir un previo periodo de ingreso hospitalario de larga duración, “no puede ser obstáculo para el reconocimiento de una prestación de seguridad social cuya finalidad es la de compensar la pérdida de ingresos generada por la necesidad de reducir la jornada de trabajo para atender de manera directa al cuidado de los hijos menores que necesitan un tratamiento médico prolongado en el tiempo”.

En tercer lugar, que esta conclusión no se quiebra, en contra de la tesis de la Mutua, por el hecho de que la enfermedad pueda calificarse como permanente e incurable, dado que requiere en cualquier caso de asistencia sanitaria, y que aquello que es determinante “es que se trate de cáncer u otra enfermedad grave **que requiera del cuidado directo, continuo y permanente del menor durante el tratamiento de larga duración al que haya de estar sometido**, ya sea mediante el ingreso hospitalario o su administración en centros hospitalarios de día, e incluso en su propio domicilio familiar como la norma admite” (la negrita es mía). Siendo la situación que afecta al menor perfectamente encajable en la cláusula abierta del aparato V del anexo (modificado) del RD 1148/2011, ya que “... para cuyo más eficaz tratamiento no es en modo alguno descartable la hospitalización a domicilio y especialmente necesaria en menores de una edad tan temprana”.

En cuarto lugar, y manteniendo una tesis que puede ser extrapolable a cualquier otra respuesta que emita el INSS a consultas planteadas, el TS se va a manifestar en sentido diferente al del TSJ de Cataluña, que argumentó, con estricto criterio formalista, que no corresponde a dicho organismo la interpretación de un precepto legal, “sino a los tribunales de justicia”. Pues bien, el alto tribunal, tras poner de manifiesto que la tesis que le va a llevar a la estimación del RCUD es la misma que la mantenida por aquel en la respuesta dada el 15 de septiembre de 2016 a la consulta planteada núm.18/2016, reconoce primeramente, también con criterio formalista, que “la naturaleza jurídica de esta clase de respuesta a una consulta impide que se le pueda atribuir una eficacia vinculante en orden a la decisión que haya de adoptar el órgano judicial”, que inmediatamente matiza para subrayar que “no por ello deja de ser un elemento ciertamente relevante que viene a coincidir y a ratificar los criterios que hemos expuesto”.

VII. Parte dispositiva

Por todo lo anteriormente expuesto, el TS 1 estima el RCUD interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ de Cataluña, que resolvió el formulado contra la sentencia del JS de fecha 19 de marzo de 2020. Casa y anula la sentencia recurrida, y resuelve el debate de suplicación “en el sentido de desestimar el recurso de tal clase formulado por la Mutua demandada, para confirmar en sus términos la sentencia de instancia y declarar su firmeza”.

VIII. Apunte final

En definitiva, y con ello concluyo, se trata de una sentencia que abunda en el contenido social e interpretación finalista de las normas, en aras a la protección de situaciones fácticas que requieren de una especial protección legal para las personas que sufren cáncer o enfermedades graves.

Referencias:

1. [^] *La sentencia del alto tribunal mereció una muy amplia nota de prensa del gabinete de comunicación, publicada el día 27 de diciembre, titulada “El Tribunal Supremo reconoce a una madre el derecho a la prestación para cuidar a un hijo con una enfermedad grave”. Reproduzco unos fragmentos: “La Sala de lo Social ha dictado una sentencia en la que reconoce a una madre el derecho a la prestación familiar para cuidar de su hijo menor de edad afectado por una enfermedad grave que no requiere ingreso hospitalario de larga duración, pero recibe tratamiento médico continuado de carácter ambulatorio en un centro de día y en su domicilio. El tribunal considera que en este caso el requisito de ingreso hospitalario de larga*

duración que exige la prestación es equivalente a la atención sanitaria prolongada en centros hospitalarios de día que requiere el tratamiento directo y continuado de la enfermedad del menor...” <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-reconoce-a-una-madre-el-derecho-a-la-prestacion-para-cuidar-a-un-hijo-con-una-enfermedad-grave-> (consulta: 7 de febrero)

2. *^ La sentencia del TS ha merecido ya un muy interesante comentario por el letrado Miguel Arenas. En el artículo publicado el 9 de diciembre con el título “Prestación “CUMEE”: sobre el requisito “flexible” de ingreso hospitalario. a propósito de la STS 03/12/2024”, no solo analiza la sentencia, sino que también recuerda resoluciones judiciales anteriores de especial interés aun cuando no abordaran directamente la cuestión que ha sido tratada en la sentencia del TS de 3 de diciembre. De manera muy didáctica, va dando respuesta a las preguntas siguientes:” ¿qué resuelve el TS?, ¿qué discrepancias jurisprudenciales objeto de unificación de doctrina aborda la decisión del Tribunal Supremo?, ¿cómo define la sentencia la hospitalización de larga duración?, ¿qué impacto tiene esta sentencia en el acceso a la prestación? En fin, destaca Miguel Arenas la importancia de esta sentencia, que “flexibiliza el acceso a la prestación al reconocer que la atención ambulatoria en centros de día o en el domicilio puede ser tan exigente como un ingreso hospitalario, y sustituye sin duda, el ingreso hospitalario previo -para acceder a la prestación-, pero también el posterior -para mantener la prestación” <https://miguelonarenas.blogspot.com/2025/01/prestacion-cume-sobre-el-requisito.html> (consulta: 6 de febrero)*
3. *^ Fue objeto de mi atención en el artículo “Sentencias con contenido social. Derecho a prestación económica por cuidado de menor afectado de enfermedad grave” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/08/sentencias-con-contenido-social-derecho.html> (consulta: 7 de febrero)*
4. *^ La respuesta del INSS a la consulta realizada fue la siguiente:“ASUNTO CONSULTADO:Si, en caso de no existir hospitalización en régimen de internamiento ni hospitalización domiciliaria, el requisito de hospitalización previsto en el 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, se considera cumplido cuando el menor recibe tratamiento periódico y continuado de la enfermedad en hospital de día.RESPUESTA:A los efectos previstos en el precepto transcrito, aun cuando no haya existido hospitalización en régimen de internamiento ni hospitalización domiciliaria, el requisito relativo a la hospitalización se considera cumplido cuando el menor que padece una de las enfermedades tasadas en el Anexo del mencionado Real Decreto ha de acudir de manera periódica y continuada a un hospital de día para recibir el tratamiento -de larga duración- prescrito para curar su enfermedad, debiendo concurrir el resto de los requisitos exigidos por el mencionado artículo, entre los que se encuentra que dicha situación implique la necesidad de atención directa, continua y permanente por parte del trabajador a cuyo cargo está”. <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/3214f83b-0414-40ba-a6c2-7399c8c9c9cf/Consulta+18-2016.pdf?MOD=AJPERES> (consulta: 7 de febrero)*
5. *^ Vid. apartado 4 del fundamento de derecho tercero: “En ambos casos se trata de menores que padecen una enfermedad grave de etiología congénita (... en la recurrida; ... en la de contraste), que reciben tratamiento médico continuo de larga duración para su rehabilitación, pero no*

*requieren ingreso hospitalario. En ninguno de ellos se cuestiona la circunstancia de la necesidad de cuidado directo, continuado y permanente del menor. En los dos asuntos trabajan ambos progenitores y es la madre quien reduce su jornada - que era completa -, al 50%, por cuidado del menor (en la recurrida ya se disfruta, en la de contraste se solicita con la prestación). En la sentencia de contraste la menor está escolarizada con clases de integración y terapia especializada; en la recurrida no consta escolarización, debido sin duda la menor edad del hijo enfermo. Ambas progenitoras solicitan la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, y la mutua que cubre las contingencias profesionales se la deniega. **Las sentencias alcanzan fallos distintos. La recurrida no concede la prestación atendiendo a la interpretación literal del art. 190.2 LGSS, que exige una previa hospitalización de larga duración**".*