

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 614/2018 de 12
Jun. 2018, Rec. 1470/2017**

Ponente: Sempere Navarro, Antonio Vicente.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1470/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 614/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 12 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Mutua Ibermutuamur, representada y defendida por el Letrado Sr. Martínez Moreno, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 28 de febrero de 2017, en el recurso de suplicación nº 50/2017 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 13 de octubre de 2016 (aclarada por auto de fecha 19 de octubre de 2016) por el Juzgado de lo Social nº 4 de Gijón , en los autos nº 669/2015, seguidos a instancia de D^a Rosana contra la entidad ahora recurrente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) sobre prestaciones.

Ha comparecido en concepto de recurrido D^a Rosana , representada y asistida por el Letrado D. Ignacio Felgueroso Villaverde y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), representado y defendido por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de octubre de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 4 de Gijón, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Desestimo la demanda presentada por Dña. Rosana frente a la INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS) y MUTUA IBERMUTUAMUR, absolviéndoles de todos los pedimentos efectuados en su contra».

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º.- La actora venía percibiendo una prestación para el cuidado de hijos menores enfermos desde el 1 de diciembre de 2013, con cargo a la Mutua demandada, con una base reguladora diaria para la prestación de incapacidad temporal de 31,48 euros diarios.

2º.- Con fecha 6 de julio de 2015 dicta resolución la Mutua demandada por la que se extingue su derecho a la citada prestación como consecuencia de haber causado baja el otro progenitor en el régimen público de Seguridad Social. Frente a dicha reclamación, presentó reclamación previa, expresamente desestimada en fecha 5 de agosto de 2015.

3º.- La actora y D. Jenaro obtuvieron Sentencia de divorcio de mutuo acuerdo en fecha 16 de diciembre de 2010, por la que se aprobaba el convenio regulador en el que se atribuía la guarda y custodia de la hija menor común a la madre quien percibía la prestación discutida. Con fecha 31 de mayo de 2015 el progenitor no custodio causó baja en la seguridad social pasando a situación de desempleo».

Con fecha 19 de octubre de 2016 se dictó Auto de Aclaración en cuya parte dispositiva se acuerda: «Aclarar la Sentencia dictada con fecha 13/10/2016 en los siguientes términos:

Tras redactar en el fundamento de derecho primero el artículo 191, debe añadirse lo siguiente: Por su parte, Real Decreto 1.148/2011, 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, desarrolla tales previsiones en los términos que siguen:

Artículo 4. Beneficiarios.

1. Serán personas beneficiarias del subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave las personas trabajadoras, por cuenta ajena y por cuenta propia y asimiladas cualquiera que sea su sexo, que reduzcan su jornada de trabajo en, al menos, un 50 por 100 de su duración, siempre que reúnan la condición general de estar afiliadas y en alta en algún régimen del sistema de la Seguridad Social y acrediten los periodos mínimos de cotización exigibles en cada caso.

El subsidio se reconocerá en proporción al porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo que disfruten las personas trabajadoras.

Para la percepción del subsidio, el porcentaje de reducción de jornada se entenderá referido a una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable de la misma empresa y centro de trabajo que realice un trabajo idéntico o similar, y se computará sin tener en cuenta otras reducciones de jornada que, en su caso, disfruten las personas trabajadoras por razones de guarda legal de menores o de cuidado de familiares, o por cualquier otra causa.

En el caso de las personas trabajadoras por cuenta propia y asimiladas y de las personas empleadas de hogar de carácter discontinuo los porcentajes indicados se entenderán referidos a una jornada de cuarenta horas semanales.

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.

3. Cuando ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras tuvieran derecho al subsidio solamente podrá reconocerse a una de ellas, con independencia del número de menores que estén afectados por cáncer u otra enfermedad grave y que requieran un cuidado directo, continuo y permanente.

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.

Lo dispuesto en este apartado será igualmente de aplicación en los supuestos de ruptura de una unidad familiar basada en una análoga relación de afectividad a la conyugal: finalmente, el artículo 7 dispone:

3. El subsidio se extinguirá:

a) Por la reincorporación plena al trabajo o reanudación total de la actividad laboral de la persona beneficiaria, cesando la reducción de jornada por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, cualquiera que sea la causa que determine dicho cese.

b) Por no existir la necesidad del cuidado directo, continuo permanente del menor, debido a la mejoría de su estado o a alta médica por curación, según el informe del facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la asistencia sanitaria del menor.

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.

d) Por cumplir el menor 18 años.

e) Por fallecimiento del menor.

f) Por fallecimiento de la persona beneficiaria de la prestación».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictó sentencia con fecha 28 de febrero de 2017, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimando el recurso de suplicación interpuesto por Rosana contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Gijón, dictada el 13 de Octubre de 2016 en proceso por aquella promovido frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la MUTUA IBERMUTUAMUR, seguido en materia de reclamación de prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, debemos revocar y revocamos dicha Resolución declarando el derecho de la accionante a continuar percibiendo, en las condiciones en su día reconocidas, la precitada prestación, condenando a los demandados a estar y pasar por este pronunciamiento y a la referida Mutua a hacer efectivo el abono de la misma devengado en el período comprendido entre el 31 de Mayo de 2015 y el 11 de Enero de 2016».

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Martínez Moreno, en representación de la Mutua Ibermutuamur, mediante escrito de 10 de abril de 2017, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 5 de noviembre de 2013. SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 190 y ss. de LGSS y arts. 2.1, 4.2, 4.4, 7.3.c) RD 1148/2011.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 28 de septiembre de 2017 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 12 de junio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

La cuestión objeto de controversia se contrae 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 causa baja en el Sistema de la Seguridad Social.

1. Supuesto litigioso.

Los hechos sobre los que resuelve la sentencia recurrida son muy sencillos de enunciar:

A) 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.

B) Desde diciembre de 2103 se reconoce a favor de la demandante la prestación económica de Seguridad Social para el cuidado de hijo menor afectado por enfermedad grave.

C) 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.

D) Formulada demanda por la beneficiaria contra la decisión adoptada por la entidad colaboradora, el Juzgado de lo Social núm.4 de Gijón la desestima.

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

2. Sentencia recurrida.

Disconforme con el referido pronunciamiento, la actora formaliza recurso de suplicación resuelto a su favor por la STSJ Asturias 429/2017 de 28 de febrero (rec. 50/2017) ahora impugnada. Esta resolución entiende que el requisito establecido para el reconocimiento de la prestación de que los dos progenitores trabajen está concebido para el supuesto de que ambos formen parte de la misma unidad familiar, siendo inexigible cuando no sea así por estar separados o divorciados o por haber visto anulado su matrimonio, en cuyo caso tal condición es predicable únicamente de aquél que cuida y atiende al menor.

Estima la pretensión deducida por la actora y condena a la Mutua demandada a abonarle el subsidio reclamado por el período comprendido entre el 31 de mayo de 2015 y el 11 de enero de 2016, fecha en la que según se constata en trámite de suplicación, quedó resuelto el contrato de trabajo que le unía con la empresa para la que prestaba servicios.

3. Recurso de casación y escritos concordantes.

A) Con fecha 10 de abril de 2017, la Mutua demandada, a través de su representación letrada, interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

Propone como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de noviembre de 2013 (R. 473/2013).

Denuncia la infracción del art. 135 quater de la LGSS , así como de los arts. 2 y 4 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio , si bien en el desarrollo del motivo alude también el art. 7.3.b) de esa misma norma como vulnerado.

Señala que según establecen esos preceptos el reconocimiento de la prestación debatida exige que ambos progenitores estén afiliados y de alta en la Seguridad Social sin contemplar excepción alguna en razón de su estado civil.

B) Con fecha 20 de noviembre de 2017 el Abogado de la demandante registra su escrito de impugnación del recurso.

Sin cuestionar la existencia de contradicción, reitera en sustancia los argumentos acogidos en la sentencia de suplicación.

C) Por su parte, la Letrada de la Administración de la Seguridad Social con fecha 21 de noviembre de 2017 presenta escrito en el que se limita a señalar que al INSS no le corresponde asumir ninguna responsabilidad en relación con la prestación demandada.

D) Con fecha 19 de diciembre de 2017 el Ministerio Fiscal emite su preceptivo informe.

Después de analizar las sentencias comparadas y apreciar la contradicción alegada, sostiene que la doctrina que debe prevalecer es la contenida en la sentencia de contraste, por lo que el recurso ha de ser declarado procedente.

4. Sentencia referencial.

Como ya se ha anticipado se aporta como término de comparación la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de noviembre de 2013 (R. 473/2013).

En el caso que resuelve consta que en el año 2008 la demandante se separó judicialmente de mutuo acuerdo teniendo atribuida la guarda y custodia de los tres hijos comunes. Con efectos de 1 de septiembre de 2011 le fue concedida la prestación para el cuidado de una de sus hijas menores afectada por una enfermedad grave.

La entidad responsable del pago de la prestación acordó su extinción con efectos de 21 de octubre de 2011, aduciendo como razón justificativa de la medida que desde la fecha señalada el otro progenitor estaba en situación de baja en la Seguridad Social.

Por el Juzgado de lo Social nº 7 de Santa Cruz de Tenerife se desestimó la demanda formulada por la actora, fallo que confirma el Tribunal de segundo grado.

Argumenta la Sala de suplicación que el art. 135 quater LGSS condiciona el acceso a la prestación que regula a que ambos progenitores trabajen y que por lo tanto estén afiliados y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social, sin establecer diferencias entre progenitores casados (separados legalmente o no), divorciados y no casados (convivientes o no).

Añade que la susodicha norma presupone que si uno de los progenitores no trabaja está en condiciones de prestar a su hijo la atención que requiere por su enfermedad, sin distinguir a esos efectos si en caso de separación o divorcio el que cuida al menor enfermo es el que tiene asignada su custodia. Concluye, por ello, que también en esos supuestos es requisito de la prestación que ambos progenitores trabajen.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

1. Exigencia legal.

El artículo 219 LRJS 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 IV 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".

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.

2. Consideraciones específicas.

A) La trabajadora recurrida no cuestiona la contradicción entre las sentencias contrastadas, y el Ministerio Fiscal se pronuncia expresamente en tal sentido. Sin embargo, erigiéndose en presupuesto ineludible para la viabilidad del recurso, debemos comprobar si efectivamente concurre.

B) Del análisis comparativo de las decisiones enfrentadas se desprende que entre ellas se da la sustancial concordancia de hechos, pretensiones y fundamentos exigida por el art. 219 LRJS .

En efecto, en ambos supuestos se contempla una situación de ruptura matrimonial resuelta mediante sentencia de separación o divorcio que aprobó el convenio regulador en el que las partes llegaron al acuerdo de que la custodia del hijo o de los hijos menores comunes la ejercería la madre.

Tiempo después de dictarse la referida resolución judicial la madre reduce su jornada con el objeto de cuidar al hijo menor común bajo su custodia exclusiva, afectado de una enfermedad grave de las reglamentariamente previstas, y la Mutua colaboradora de la Seguridad Social competente le reconoce el correspondiente subsidio económico. Con posterioridad, vigente la prestación, la Mutua le comunica su extinción, amparando su decisión en que el otro progenitor causó baja en la Seguridad Social.

En los dos litigios las beneficiarias accionan para que se reconozca su derecho a seguir percibiendo el subsidio y el debate en suplicación se contrae a dilucidar si en los casos de separación judicial o divorcio en los que la guarda y custodia del hijo menor con enfermedad grave la tiene atribuida uno de los progenitores, la continuidad en el disfrute de la prestación está supeditada a la condición de que ambos progenitores trabajen, llegando sin embargo las respectivas sentencias a pronunciamientos opuestos.

C) Existente la contradicción y cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 224 LRJS , debemos determinar la doctrina correcta.

TERCERO.- Preceptos aplicables.

Dado que la entidad recurrente censura la indebida interpretación que la sentencia impugnada ha realizado de determinados preceptos de la normativa reguladora de la prestación controvertida conviene dar noticia de su contenido. Por razones temporales es aplicable la LGSS de 1994, concretamente en la redacción vigente en mayo de 2015.

1. Normas protectoras del menor.

A) El derecho del menor al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud está recogido en el art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en la que también se proclaman su derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6) así como el derecho de los niños impedidos a recibir cuidados especiales (art. 23).

B) El art. 39.3 CE en tanto prescribe que "los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad (...)".

C) Asimismo, resulta de obligada consideración el principio consagrado en el art. 2.1 LO 1/1996, de 15 de enero , según el cual las medidas relativas a los hijos deben adoptarse siempre bajo su interés y beneficio, que ha de primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

2. Código Civil.

A) El artículo 96 CC dispone que "la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con sus hijos"(apartado 1).

Ello significa que ni la ruptura de la convivencia entre los progenitores ni la disolución del matrimonio, alteran las responsabilidades sobre los hijos, que siguen teniendo carácter conjunto, aunque la guardia y custodia la ejerza uno de ellos.

B) Entre el conjunto de deberes inherentes a la patria potestad a ejercitar conjuntamente por los dos progenitores, se encuentra el de velar por ellos (art. 154.1º CC), que comprende el de procurar que reciban los cuidados sanitarios adecuados de forma que puedan disfrutar del mejor estado de salud posible durante la infancia y el resto de su vida.

3. Estatuto de los Trabajadores.

Conforme al artículo 37.5 ET : " *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 aquella, 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, acreditada por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años* ".

4. Ley General de la Seguridad Social.

El artículo 135 quáter LGSS/1994 (actual artículo 190 LGSS /2015) prescribe lo siguiente

*Se reconocerá una prestación económica a los progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, en aquellos casos en que **ambos trabajen** , para el cuidado del menor/es que estén a su cargo y se encuentren afectados por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que requiera ingreso hospitalario de larga duración, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente. Reglamentariamente se determinarán las enfermedades consideradas graves, a efectos del reconocimiento de esta prestación.*

Será requisito indispensable que el beneficiario reduzca su jornada de trabajo, al menos, en un 50 por 100 de su duración, a fin de que se dedique al cuidado directo, continuo y permanente, del menor.

Para el acceso al derecho a esta prestación se exigirán los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación de maternidad contributiva. La prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada. esta prestación se extinguirá cuando, previo informe del Servicio Publico de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, cese la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente, del hijo o del menor acogido por parte del beneficiario, o cuando el menor cumpla 18 años.

5 . Real Decreto 1148/2011 de 29 julio.

A) El Real Decreto 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 2 º 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 Real Decreto 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 Real Decreto 1148/2011 , 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.

Conforme al artículo 228.2 LRJS " *Si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada* ". Eso nos lleva a resolver el supuesto aplicando el criterio de la sentencia referencial y a confirmar la sentencia que había dictado el Juzgado de lo Social, sin perjuicio de la virtualidad de las previsiones sobre ejecución provisional de sentencias, en particular las contenidas en el artículo 294.2 LRJS (" *Si la sentencia favorable al beneficiario fuere revocada, en todo o en parte, no estará obligado al reintegro de las cantidades percibidas durante el período de ejecución provisional y conservará el derecho a que se le abonen las prestaciones devengadas durante la tramitación del recurso y que no hubiere aún percibido en la fecha de firmeza de la sentencia* ").

FALLO

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

:

1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Mutua Ibermutuamur.

2) Casar y anular la sentencia de fecha 28 de febrero de 2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias .

3) Resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimar íntegramente el recurso de tal clase interpuesto por la actora.

4) Confirmar y declarar firme la sentencia de 13 de octubre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social 4 de Gijón en autos núm. 669/2015, seguidos a instancia de D^a Rosana contra la entidad ahora recurrente, el INSS y la TGSS.

5) No realizar declaración alguna sobre imposición de costas como consecuencia de los diversos recursos mencionados.

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

Así se acuerda y firma.