



Roj: **STSJ CANT 1132/2014 - ECLI: ES:TSJCANT:2014:1132**

Id Cendoj: **39075340012014100696**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **11/11/2014**

Nº de Recurso: **625/2014**

Nº de Resolución: **792/2014**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CANT 1132/2014,**
STS 3617/2016

SENTENCIA nº 000792/2014

En Santander, a 11 de noviembre de 2014.

PRESIDENTE

Ilmo. Sr. D. RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS (Ponente)

MAGISTRADAS

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

Ilma. Sra. D^a. M^a Jesús Fernández García

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por Doña Rocío contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. Cinco de Santander, ha sido nombrada Ponente el Ilmo. Sr .D^o. RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Doña Rocío , siendo demandado Mutual Midat Cyclops, sobre Otros derechos Individuales, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 30 de Abril 2014 , en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- Que como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- D^a. Rocío es madre de Alfonso , nacido el día NUM000 -09 y diagnosticado en el mismo hospital de hiperecogenicidad córticosubcortical en región fronto occipital izquierda -hemorragia cerebral- , fue dado de alta hospitalaria el día 29-9-09 para su remisión a los especialistas. (No controvertido)

2º.- Como consecuencia de ello, de la patología isquémica prenatal con evolución pornecefalia izquierda con parálisis cerebral infantil tipo triparexia espástica con retrasos psicomotor y encefalopatía epiléptica, el niño ha estado y sigue estando con múltiples tratamientos terapéuticos, que obligaron a la actora a pedir una excedencia en la empresa desde febrero de 2011, y tras la reincorporación una reducción de jornada del 56,25 % desde el día 20-10-12. (No controvertido)



3º.- Entre estos tratamientos está su escolarización en el colegio María Blanchard, donde recibe atención de fisioterapeuta, profesora de audición y lenguaje, profesora de pedagogía terapéutica, y auxiliar técnico educativo. (No controvertido)

4º.- Alfonso tiene reconocido un Grado III de dependencia por el Gobierno de Cantabria, con un grado de discapacidad del 78%. (F.21)

5º.- Solicitada por la actora la prestación del art.145 quater T.R.L.G.S.S. a M.C. Mutual en fecha 5-11-12, fue denegada indicando:

" No cumplir los requisitos establecidos en el art. 135 quáter del Texto Refundido de la LGSS y 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.". (F.9)

6º.- Interpuesta reclamación previa, la misma ha sido desestimada por silencio.

7º.- La base reguladora sería de 17,78 €/día y la fecha de efectos económicos el día 20-10-12. (No controvertido)

TERCERO.- Que en dicha sentencia se dicto el siguiente Fallo o parte Dispositiva: "Desestimar la demanda interpuesta por D^a Rocío contra MC MUTUAL, MUTUA PATRONAL DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES, y absolver a ésta última de los pedimentos deducidos en su contra."

CUARTO.- Que contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se solicita, al amparo del apartado "b" del artículo 193, la modificación del ordinal tercero de los hechos probados, con la finalidad de hacer constar el plan de trabajo de usuario confeccionado por ASPACE Cantabria, entre cuyos tratamientos se encuentra la escolarización. Sin embargo, se trata de un dato sin relevancia cuando lo exigido en la norma es el ingreso hospitalario de larga duración, como a continuación expondremos.

SEGUNDO .- La aludida infracción del Real Decreto 1148/2011, en relación con el artículo 135 quater del Real Decreto legislativo 1/1994 , no puede prosperar.

Reclama la actora el reconocimiento de la prestación, por reducción de su jornada de trabajo para el cuidado de su hijo, afectado de enfermedad grave.

Hasta la publicación de la Ley 39/2010, los trabajadores tenían derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos un octavo y un máximo de la mitad de duración de aquélla, en los siguientes supuestos:

- 1.- Quienes, por razón de guarda legal tengan a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe actividad retribuida.
2. Quienes precisen encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

A partir del 1 de enero de 2011, la Ley 39/2010 introdujo una nueva modalidad de reducción de jornada -al añadir un nuevo párrafo tercero al apartado 5 del art. 37 del ET -, en este caso, con la disminución proporcional de salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella. Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en que esta reducción de jornada se podrá acumular a jornadas completas. Tal reducción está destinada a que el progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente cuide del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas) u otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, durante la hospitalización y tratamiento continuado y, como máximo hasta que el menor cumpla los 18 años.

La novedad sustancial de la reducción de jornada por cuidado de menor con enfermedad grave, frente a las clásicas reducciones de jornada, está en que se abonará al trabajador una prestación equivalente a la reducción que experimente su jornada de trabajo. Esta prestación aparece regulada en el nuevo art. 135 quater de la LGSS , dentro del nuevo capítulo IV sexies cuyo título es "cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave".



Conforme a su tenor: "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 económica.

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 Público 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 los 18 años".

Esta previsión está desarrollada por 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 el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Los términos del art. 2, son claros y, tras señalar que la situación protegida es la reducción de jornada de trabajo de acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del artículo 37.5 ET dispone 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".

El Anexo I del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, que desarrolló reglamentariamente el precepto anterior incluye la grave dolencia del actor, descrita en el primero y segundo de los hechos probados. Se justifica una consecuencia de la patología isquémica prenatal con evolución pornecefalia izquierda con parálisis cerebral infantil tipo triparexia espática con retrasos psicomotor y encefalopatía epiléptica. Por ello, no hay duda de que tiene el carácter de grave y está comprendida dentro del listado del anexo de tal Real Decreto. Ahora bien, no es bastante este requisito para causar la prestación demandada sino que la enfermedad ha de precisar un ingreso hospitalario por el que sea necesario el "cuidado directo, continuo y permanente" del progenitor beneficiario, para cuya disponibilidad precisamente ha debido de haber obtenido una reducción de jornada de al menos un 50% conforme al art. 37.5 ET. Y se equipara a esta situación de hospitalización la continuación del tratamiento o el cuidado del menor en el domicilio tras el diagnóstico y la hospitalización por la enfermedad grave. Es decir que en este segundo supuesto no es precisa la hospitalización pero sí que la enfermedad grave ya diagnosticada tras un periodo de hospitalización, requiera de una atención directa, continua y permanente equiparable a la que se precisara de estar hospitalizado.

Tal circunstancia es la que no se ofrece en este supuesto porque, entre los tratamientos se encuentra la escolarización en el Colegio María Blanchard, en donde recibe atención de fisioterapeuta, de profesora de audición y de lenguaje, de profesora de pedagogía terapéutica y de auxiliar técnico educativo.

Por ello, no es el ingreso hospitalario de larga duración que requiera su cuidado directo, continuo y permanente la causa de la reducción de jornada y por cuya pérdida de ingresos viniera motivada la prestación ahora discutida, sin perjuicio de que, motivado por la gravedad del cuadro, la actora haya pedido un excedencia y tras la reincorporación, una reducción de jornada del 56, 25.

Es cierto que, como expresa la resolución del TSJ de Aragón de 30-10-2013, la asistencia del menor al centro especial indicado no equivale a una escolarización normal, sino que constituye una ayuda específica o tiempo de descanso de los padres respecto al cuidado continuo en domicilio que requiere el menor, pero, sin embargo, también el cuidado ha de ser directo, continuo y permanente, en el hospital o en el domicilio.

Así lo expresa la STSJ del País Vasco, de 24-9-2013 (rec. 1476/2013) cuyos argumentos compartimos plenamente: "Ni que decir tiene que existe dentro de los parámetros de cualquier paternidad responsable, un cuidado directo, continuo y permanente por parte de los titulares de la patria potestad, pero no se trata de este tipo de asistencia por la norma, sino de otra atención más específica, concreta y particular, referida a riesgos y contingencias en las que existe un necesario, inmediato y personal cuidado hacia el menor, ligado o vinculado de forma inexcusable a su padecimiento, y que implica no tanto una asistencia benefactora, como



otra inexcusable, propia de la experiencia de las relaciones humanas y filiales. De aquí el que los términos utilizados por la norma sobre todo la palabra "directo", sean clave para la resolución del pleito, y en tal sentido se exige una necesidad de atención especialmente vinculada no a los intereses ordinarios, sino a aquellos que regularizan el mismo tratamiento y la misma asistencia de la enfermedad, y es en este extremo donde observamos que aunque la menor afectada en este proceso siempre va a requerir la atención que se le presta, sin embargo mantiene una esfera de desconexión con su madre, demandante en el proceso, que implica esa posibilidad de atención indirecta, realizada al margen del ámbito doméstico, y que nos conduce a desestimar la pretensión, no sin apreciar que la demandante ha reducido su jornada, y ello implica esa atención que viene realizando, esa dedicación y esa supervisión que realiza, intentando normalizar la enfermedad del menor".

Procede, en definitiva, confirmar la resolución de instancia aunque, dada la existencia de pronunciamientos contradictorios, quizás fuera posible la resolución definitiva en unificación de doctrina.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a. Rocío contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Cinco de Santander, de fecha 30 de abril de 2014, dictado en Proceso 381/2013, iniciado en virtud de demanda formulada por D^a Rocío contra MC Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, confirmando íntegramente dicha resolución.

Notifíquese ésta sentencia a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma, previniéndoles de su derecho a interponer contra la misma, recurso de casación para la unificación de doctrina, regulado en los artículos 218 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dentro de los diez días hábiles contados a partir del siguiente a su notificación. El demandado recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de la Sala de este Tribunal Superior al tiempo de la preparación del recurso, la consignación de un depósito de 600 Euros en la cuenta nº 3874/0000/66/0625/14, abierta en la entidad de crédito BANCO DE SANTANDER, Código identidad 0030, Código oficina 7001. Igualmente, deberá consignar en la misma cuenta citada, otro depósito por la cantidad total importe de la condena.

Devuélvanse, una vez firme la sentencia, los autos al Juzgado de procedencia con certificación de ésta resolución y déjese otra certificación en el rollo a archivar en éste Tribunal

Así, por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia en día de su fecha, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

DILIGENCIA .- La pongo yo, la Secretaria de Sala, para hacer consta en la misma fecha se envía copia de la anterior Sentencia, a efectos de notificación a la Fiscalía del Tribunal Superior, Doy fe.