



Roj: **STSJ M 3825/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:3825**

Id Cendoj: **28079340042019100241**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **04/04/2019**

Nº de Recurso: **744/2018**

Nº de Resolución: **269/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MANUEL RUIZ PONTONES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34001360

NIG : 28.079.00.4-2016/0040085

Procedimiento Recurso de Suplicación 744/2018

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 24 de Madrid Seguridad social 910/2016

Materia : Prestaciones por hijo a cargo

Sentencia número: 269/2019

Ilmos. Sres

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

Dña. MARIA DEL AMPARO RODRIGUEZ RIQUELME

D. MANUEL RUIZ PONTONES

En Madrid a cuatro de abril de dos mil diecinueve habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 744/2018, formalizado por el LETRADO D. IGNACIO ESCRIBANO PRIETO en nombre y representación de Dña. Florencia , contra la sentencia de fecha 3 de julio de 2018 dictada por el Juzgado de lo Social nº 24 de Madrid en sus autos número Seguridad social 910/2016, seguidos a instancia de Dña. Florencia frente a MUTUAL MIDAT CYCLOPS MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 001, INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), en reclamación por Prestaciones por hijo a cargo, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. MANUEL RUIZ PONTONES, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO: La parte actora de este procedimiento, D. Florencia , es madre del menor Aquilino . (nacido el día NUM000 -2007), quien sufre serias patologías que afectan a su aparato locomotor. (Así, por conformidad de las partes).

SEGUNDO: A instancia de la actora, la demandada MUTUA MIDAT CYCLOPS, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL número 1, dictó el día 18-7-2016 resolución en la que le denegaba la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave que había solicitado el día uno previo. (Así, el expediente administrativo remitido por la Mutua).

TERCERO: Contra dicha resolución, dedujo la actora reclamación previa ante la Mutua, la que ésta desestimó en su resolución de 17-8-16. (Así, los docs. n.º 5 y 6 de los de la demanda).

CUARTO: La citada menor durante el año escolar 2016-2017 se halla escolarizada en un colegio de educación infantil y primaria de los del madrileño municipio de DIRECCION000 , donde realiza 4º curso de educación primaria.

En dicho centro y por personal sanitario se le administra a la menor determinados fármacos a las 11 y 14 horas. (Así, el documento n.º 2 de los de la demanda).

QUINTO: De ser procedente la demanda, la base reguladora de prestación económica a satisfacer por la Mutua codemandada a la actora es de 3633 euros al día. (Así, por conformidad de las partes). "

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda deducida por D. Florencia contra D. Florencia contra MUTUA MIDAT CYCLOPS, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL número 1, debo absolver y absuelvo a esta Mutua de todas las pretensiones deducidas en la súplica del escrito de demanda."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante Dña. Florencia , formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la demandada MUTUAL MIDAT CYCLOPS MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL N° 001.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 03/10/2018, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose día para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestima la pretensión de la demandante que se declare el derecho de la misma a percibir la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y condene a las demandadas a abonarle la prestación económica equivalente al 100 % de la base reguladora de 1331,00 euros, aplicando el porcentaje de reducción del 50 % de jornada, con efectos desde la solicitud, la representación letrada de la misma interpone recurso de suplicación formulando dos motivos destinados a la revisión fáctica y a la censura jurídica. El recurso ha sido impugnado.

En el primer motivo, al amparo del artículo 193 b) de la LRJS , interesa la adición de un hecho con el siguiente contenido:

" La menor ha sufrido ingresos hospitalarios en diciembre de 2009, por rabdomiolisis aguda, con fracaso renal agudo y disfunción del ventrículo izquierdo, tras lo cual presenta machar de equino con espasticidad de MMII. En tratamiento rehabilitador .



Ingreso den Hospital de DIRECCION001 por Gripe A y neumonía parahillar derecha.

Ingreso en diciembre de 2010 y marzo de 2011 por gastroenteritis aguda.

En seguimiento por enfermedades raras, nutrición y traumatología."

La adición debe prosperar al desprenderse directamente del informe del HOSPITAL000 de la Comunidad de Madrid.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , alega infracción del artículo 2 del RD 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. En síntesis expone que estamos ante un ingreso hospitalario de larga duración requiriendo tratamiento médico o el cuido del menor, en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por enfermedad grave concurriendo la situación protegida que da derecho a la prestación económica solicitada.

La jurisprudencia unificadora en STS de 28/06/2016, recurso nº 80/2015 , ha dicho:

" Los preceptos aplicables al supuesto controvertido son los siguientes:

- 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."

- Artículo 135 quáter de la LGSS , actualmente artículo 190 TRLGSS, RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre : "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 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 18 años."

- Artículo 2 del RD 11482011, de 29 de julio: "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 el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave."

3.- La cuestión controvertida se limita a determinar si no se cumple el requisito de la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor (...), afectado por enfermedad grave, que no se encuentra hospitalizado sino dado de alta y sometido a tratamiento continuado de la enfermedad, por la circunstancia de que está



escolarizado en el colegio (...) donde recibe atención de fisioterapeuta, profesora de audición y lenguaje, profesora de pedagogía terapéutica y auxiliar técnico educativa.

Hay que poner de relieve que tanto el artículo 135 quáter de la LGSS -en la actualidad artículo 190 TRLGSS, RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre - como el artículo 2 del RD 1148/2011, de 29 de julio , se refieren a la "necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor", disponiendo el primero de dichos preceptos que "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..." Por su parte el artículo 2 del RD 1148/2011, de 29 de julio dispone: "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 considera 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". La finalidad de la prestación es, tal y como pone de relieve la exposición de motivos del RD 1148/2011, de 29 de julio, compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, ocasionada por la necesidad de cuidar de manera, directa, continua y permanente de los hijos o menores a su cargo durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad, fuera del centro hospitalario, por lo que el subsidio viene predeterminado por la reducción efectiva de la jornada laboral y por las circunstancias en que ésta se lleva a cabo por las personas trabajadoras.

El examen de los preceptos aplicables, anteriormente transcritos, conduce a la Sala a entender que el hecho de que el menor esté escolarizado, recibiendo los tratamientos y educación a la que se ha hecho referencia anteriormente, no impide que se aprecie que concurren las circunstancias exigidas para la concesión de la prestación solicitada.

En primer lugar, en ninguno de los preceptos aplicables, artículo 135 quáter de la LGSS y artículo 2 del RD 1148/2011, de 29 de julio , se exige que esta necesidad de cuidar de manera, directa, continua y permanente al menor suponga la atención al mismo durante las 24 horas del día, los preceptos requieren que el cuidado sea directo, continuo y permanente pero, en modo alguno tal exigencia es equiparable a cuidado durante el día entero.

En segundo lugar, al establecerse por el artículo 135 quater de la LGSS y artículo 2 del RD 1148/2011 , el subsidio a favor del progenitor, adoptante o acogedor, siempre que la jornada se reduzca, al menos en un 50%, supone que el solicitante del subsidio no va a dedicar la totalidad de su tiempo al cuidado del menor, ya que una parte del mismo la dedica a la realización de su trabajo.

En tercer lugar, el que el menor esté escolarizado en el colegio (...), donde recibe atención de fisioterapeuta, profesora de audición y lenguaje, profesora de pedagogía terapéutica y auxiliar técnico educativa, no supone, dada la gravedad de sus dolencias y las severas limitaciones que comportan, que durante el tiempo en el que permanece en su domicilio no tenga que ser objeto de intensos cuidados por parte de su madre, de manera, directa, continua y permanente.

En cuarto lugar no está prevista, como causa de extinción de la prestación, el que el menor esté escolarizado.

En quinto lugar resulta impensable, hoy en día, que ningún menor, por severas que sean las limitaciones que padece, no acuda a algún centro de escolarización, tratamiento, centro especial... para, en la medida de lo posible, mejorar su situación e intentar que adquiera los conocimientos que su situación le permita.

Por último señalar que el enorme requerimiento de cuidados por parte del menor acarreo que su madre tuviera que pedir la excedencia para dedicarse a dicho cuidado, situación en la que permaneció desde febrero de 2011 hasta octubre de 2012 y, a partir de esa fecha, a pesar de lo exiguo de sus ingresos -la base reguladora de la prestación es de 17,78 E diarios- ha tenido que solicitar reducción de jornada -del 56,25%- para dedicarse a dicho menester."

De los hechos probados se desprende que:

1.-La menor Aquilino ., nacido NUM000 /2007, sufre serias patologías que afectan a su aparato locomotor (hecho probado primero).

2.-La menor durante el año escolar 2016/2017 ha estado escolarizada en un colegio de educación infantil y primaria de DIRECCION000 , donde realiza 4º curso de educación primaria. En dicho centro y por personal sanitario se le administra determinados fármacos a las 11 y 14 horas (hecho probado cuarto).

El artículo 3 del RD 148/2011, de 29 de julio, 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 dispone 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 en el Anexo aparecen recogidas, entre otras, las " Enfermedades mitocondriales: por defecto de oxidación de los ácidos grasos y de transporte de carnitina, por alteración del DNA mitocondrial, por mutación del DNA nuclear" y " Cualquier otro error innato del metabolismo grave que, por indicación expresa facultativa, como en los anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio ".

Estamos ante una enfermedad mitocondrial, proliferación mitocondrial en la cadena respiratoria, y como se indica en el informe del facultativo médico del H.U. 12 de Octubre de la CAM, la menor necesita cuidados de manera directa, continuo y permanente por parte de los padres, fuera del centro hospitalario a pesar de estar escolarizada en un centro motórico, debido a la discapacidad que presenta y al tratamiento rehabilitador que requiere fuera del horario escolar, y dada su enfermedad de base cabe la posibilidad que presente descompensaciones metabólica agudas ante cualquier infección, cirugía u otro evento estresante; esto significa que en el desarrollo normal de su vida y actividades de todo orden, incluida la escolar, puede sufrir inconvenientes que obliguen a sus padres a su asistencia donde se encuentre.

Es cierto que la menor esté escolarizada y en el colegio, el personal sanitario (DUE) le administra determinados fármacos, estando adecuadamente atendida, pero fuera del horario escolar la madre debe estar al cuidado directo y permanente de la misma, por la mañana, antes de acudir al centro, por la tarde, de noche y de madrugada. No puede obviarse que cuando termina el curso escolar y en los períodos de vacaciones, el cuidado directo, continuo y permanente se amplía a todo el día, y que en el período lectivo, fuera del horario escolar, precisa continuar con el tratamiento rehabilitador (natación y fisioterapia, en determinados días de la semana), que coadyuva a su mejoría física, necesitando de alguien que le lleve y le devuelva a su hogar, que ha determinado que la madre haya tenido que solicitar reducción de jornada laboral, con las circunstancias que ello comporta para la misma. Por tanto, dadas las circunstancias expuestas procede estimar el motivo y el recurso.

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D^a. Florencia contra la sentencia de fecha 3 de julio de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social nº 24 de Madrid , en autos nº 910/2016, seguidos a instancia de D^a. Florencia contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y MUTUA MIDAT CYCLPS MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 001, en reclamación de DERECHO A PRESTACIÓN POR CUIDADO DE MENORES AFECTADO POR ENFERMEDAD GRAVE, declaramos el derecho de la demandante a percibir la prestación económica por cuidado de menor afectado por una enfermedad grave desde la fecha de solicitud, de acuerdo a una base reguladora de 1331,00 € mensual, condenando a MUTUA MIDAT CYCLOPS MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 001 a su abono desde la fecha indicada, de acuerdo con la reducción de jornada, con las actualizaciones y mejoras que procedan legalmente.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2829-0000-00-0744-18, que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274
2. En el campo *ORDENANTE* , se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.



3. En el campo *BENEFICIARIO* , se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.

4. En el campo " *OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA* ", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000074418) , pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDOS