

Grado Universitario en Relaciones Laborales y
Recursos Humanos
Facultad de Ciencias del Trabajo
Universidad de León
Curso 2014/2015

ANÁLISIS TÉCNICO DE LA PRESTACIÓN DE
CUIDADO DE MENOR ENFERMO DE CÁNCER
U OTRA ENFERMEDAD GRAVE

THE PROVISION OF CHILD CARE TECHNICAL
ANALYSIS SICK OF CANCER OR OTHER
SERIOUS ILLNESS

Realizado por el alumno D. Francisco Ordín Tomás

Tutorizado por la Profesora Dña. Henar Álvarez Cuesta

Índice

1. Resumen/Abstract.....	4
2. Objetivos y metodología.....	5
3. Análisis de la prestación de cuidado de menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave.....	7
3.1 Situación protegida.....	7
3.1.1 Cuidado directo, continuo y permanente.....	8
3.1.2 Efecto de la escolarización del menor para determinar la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente.....	10
3.1.3 Análisis de la Diabete Mellitus tipo I, como ejemplo de enfermedades crónicas y estables.....	12
3.1.4 Prestación de cuidado de menor y Dependencia.....	14
3.2 Beneficiarios de la prestación de cuidado de menor.....	15
3.2.1 Condiciones generales.....	15
3.2.2 Número de personas trabajadoras beneficiarias que pueden solicitar la prestación en una unidad familiar.....	16
3.2.3 Reducción de la jornada de trabajo.....	17
3.2.4 Cumplir con los periodos mínimos de cotización establecido en el propio Real Decreto.....	18
3.2.5 Situaciones de pluriactividad y pluriempleo.....	20
3.2.6 Personas beneficiarias con contrato de tiempo parcial.....	21
3.2.7 Situación de separación judicial, nulidad o divorcio de los progenitores.....	23
3.2.8 Beneficiarios pertenecientes a la Función Pública.....	27
3.3 Relación de enfermedades consideradas graves, a efectos de la prestación de cuidado de menor.....	28
3.4 Prestación económica de cuidado de menor enfermo de cáncer u otra enfermedad grave.....	34
3.4.1 Procedimiento para el reconocimiento de la prestación de cuidado de menor.....	35
3.4.2 Cálculo de prestación económica.....	37
3.4.3 Nacimiento, duración, suspensión y extinción de la prestación.....	38
4. Análisis de la evolución de la prestación de cuidado de menor con cáncer u otra enfermedad grave.....	41

4.1 Número de procesos iniciados por periodo.....	42
4.2 Número de procesos en vigor al final del periodo.....	43
4.3 Duración media de los procesos finalizados en el periodo (en días).....	44
4.4 Gastos por los procesos terminados en el periodo.....	44
4.5 Distribución de procesos por regímenes de Seguridad Social en 2014.....	45
4.6 Distribución de procesos por Comunidad Autónoma.....	46
5. Conclusiones.....	47
6. Recursos empleados.....	49

1. Resumen

La prestación de cuidado de menor enfermo de cáncer u otra enfermedad grave entró en vigor en 2011, para dar solución a una demanda social que busca que los padres de niños con estas patologías pudieran estar junto a ellos durante el tratamiento de la enfermedad, sin sufrir una merma en sus ingresos. Esta nueva prestación, es gestionada por las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y las entidades gestoras (Instituto Nacional de la Seguridad Social e Instituto Social de la Marina).

Este trabajo pretende hacer un análisis técnico de la misma en base a la normativa que la regula (art. 135 quáter de la LGSS y el R.D. 1148/2011), las sentencias que han tratado de interpretar, a veces de forma contradictoria, su alcance y contenido, especialmente en aspectos relevantes que pueden poner en peligro la seguridad y eficacia jurídica de la prestación y los datos fácticos proporcionados por las estadísticas adjuntadas. Entre estos aspectos destacan las características de las personas solicitantes de la prestación, como su contrato de trabajo o la situación de la unidad familiar; también términos que pueden presentar dudas como “hospitalización de larga duración”, “cuidado directo, continuo y permanente”; o, en fin, el propio concepto de enfermedad grave, dado que la relación de enfermedades recogidas en el anexo del R.D. no es exhaustiva.

Palabras clave: cuidado directo, continuo y permanente, progenitor beneficiario, escolarización, contrato a tiempo parcial, reducción de jornada, unidad familiar.

1. Abstract

The provision of care of the minor patient of cancer or other serious illness came into force in 2011, to provide a solution to a social demand looking for parents of children with these diseases may be with them during the treatment of the disease, without suffering a decline in their income. This new provision, is managed by mutual societies collaborating with Social Security and managing bodies (National Institute of Social Security and the Social Marine Institute).

This work aims to do a technical analysis of the same based on the rules and regulations governing it (art. 135 quater of the LGSS and R.D. 11482011), those sentences that they

have tried to interpret, sometimes in a contradictory way, their scope and content, especially in aspects that may endanger the safety and efficacy of the provision and the factual data provided by the attached statistics. These aspects include the characteristics of the seekers of the provision, as its contract of work or the situation of the family unit; also terms that can present doubts as "long term hospitalization", "care direct, continuous and permanent"; or, in short, the very concept of serious illness, since the relationship of diseases listed in the annex of the R.D. is not exhaustive.

Key words: direct, continuous and permanent care, parent beneficiary, schooling, part-time contract, reduction in working hours, family unity.

2. Objetivos y metodología

La Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, recoge en su Disposición Final Vigésima primera distintas modificaciones al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, entre ellas añadía a su Título II, un nuevo capítulo IV sexies (de un único artículo, el 135 quáter), con la siguiente denominación: *Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave*. Este es, precisamente, el objeto de estudio de este trabajo

Esta nueva prestación del Sistema protector de la Seguridad Social, encuadrada junto a las de Maternidad, Paternidad, Riesgo durante el embarazo y Riesgo durante la lactancia, consiste en *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.*

Esta prestación, con naturaleza de subsidio, da respuesta a una necesidad de hondo calado social¹, ya que busca solucionar una circunstancia en la que se une, a la desgracia de tener un hijo con una enfermedad grave, las dificultades para compaginar el cuidado de éste con las obligaciones laborales de los progenitores, sin pérdida de poder adquisitivo; aspecto este que puede verse complicado por las necesidades que pueden surgir de la propia enfermedad del menor.

Previamente, la forma de afrontar esta situación en que los progenitores necesitaban prestar un cuidado continuado al menor pasaba, en muchos casos, por soluciones que implicaban una merma económica para la unidad familiar, bien por una prestación por Incapacidad Temporal de uno de ellos, derivada de estrés, depresión o ansiedad, o bien una excedencia sin derecho a remuneración.

El art. 135 quáter de la LGSS, que recoge los aspectos fundamentales de la prestación de cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, remite a un desarrollo reglamentario para determinar las enfermedades consideradas graves a efectos del reconocimiento de esta prestación económica. El RD 1148/2011, de 29 de julio (BOE de 30 de julio), es donde se establece este listado, además de, como dice en su exposición de motivos, desarrollar las cuestiones referidas al régimen jurídico de la prestación que afectan, entre otras, a la situación específica protegida, a las personas beneficiarias, a la concreción de la reducción de jornada, a las condiciones de acceso al derecho, a la cuantía y duración del subsidio, a la dinámica del derecho y, finalmente, a la gestión y el procedimiento, de modo que la prestación pueda ser gestionada por la entidad gestora o por una mutua colaboradora con la Seguridad Social, con las máximas garantías de eficacia y seguridad jurídicas.

El objeto de este trabajo de fin de grado es el análisis de esta todavía nueva prestación de la Seguridad Social, y tal análisis se lleva a cabo por medio de la normativa que la regula, contemplando aspectos que en su aplicación pueden generar falta de la “*eficacia y seguridad jurídicas*” necesarias y a las que se hace referencia en la citada exposición de motivos. Además se acude a los aspectos conflictivos a las distintas sentencias de

¹ <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2011/07/29/noticias/1311956461.html>
<http://www.elmundo.es/elmundo/2010/11/15/espana/1289844927.html>
http://sociedad.elpais.com/sociedad/2010/11/15/actualidad/1289775605_850215.html

Juzgados de lo Social y Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia de distintas Comunidades Autónomas.

La “juventud” de esta prestación, hace que en el momento de elaborar este trabajo de fin de grado, no haya jurisprudencia del Tribunal Supremo. Resulta escasa, la bibliografía técnica publicada sobre el tema y en este trabajo se ha optado por abordar el análisis de la prestación desde una perspectiva eminentemente práctica y con una visión técnica de la misma, para lo cual se ha acudido a la información disponible en las páginas web de las entidades encargadas del reconocimiento, gestión y pago de la prestación: las Mutuas colaboradoras con la Seguridad y las entidades gestoras como el Instituto Nacional de la Seguridad Social y el Instituto Social de la Marina.

En fin, para propiciar esa conexión con la realidad práctica de la prestación y su utilización, también se observa la evolución de esta prestación durante el breve plazo discurrido desde su nacimiento hasta la actualidad, mediante el análisis estadístico de los números de casos, duración e importe medio por caso, que facilita el Ministerio de Empleo y Seguridad Social; igualmente, su distribución por Comunidades Autónomas y por los distintos regímenes de Seguridad Social.

3. Análisis de la prestación de cuidado de menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave

3.1 Situación protegida

Según el art. 2 del RD 1148/2011 de 29 de julio, para la prestación de cuidado de menor afectado de cáncer o 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”*.

Es, por lo tanto, un subsidio económico que compensa la merma de ingresos derivados de la reducción de jornada por parte del progenitor beneficiario, el objeto de esta prestación, diferenciándolo de las situaciones de guarda legal, que contemplan la disminución proporcional del salario.

También indica este art. 2, 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”*. No es suficiente el padecimiento de una enfermedad de las incluidas en el anexo del R.D. por parte del menor para que uno de los progenitores pueda acogerse a la prestación, *“la enfermedad del hijo del actor, (...), 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”*².

3.1.1 Cuidado directo, continuo y permanente

Ya hemos visto que la existencia de la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente del menor es uno de los requisitos exigidos de la prestación, y su cese, determinaría la extinción, lo que se produce, obviamente, con la curación del menor (certificada por informe del facultativo del Servicio Público de Salud), situación que no origina duda alguna en enfermedades como el cáncer, alguna patologías cardiacas y,

² STSJ Cataluña Sentencia 6593/2013, de 15 de octubre

especialmente procesos quirúrgicos. Más complicado resulta en otras patologías de carácter crónico y definitivo como puedan ser las parálisis cerebrales o las de tipo degenerativo, en las que no hay una curación de la enfermedad (no la habrá nunca y por tanto nunca ningún facultativo podrá así informarlo) a pesar de lo cual puede dejar de existir la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente que la norma exige y por tanto justificarse la extinción de la prestación; son aquellos supuestos en los que la enfermedad está estabilizada, con buen control evolutivo y con una vida ordinaria del menor normalizada dentro de sus propias limitaciones.

La delimitación del alcance del concepto de cuidado directo, continuo y permanente es uno de los pilares en la interpretación de esta prestación y también nos presenta distintos criterios en las sentencias dictadas por el momento, a la espera de que, en casación de doctrina, el Tribunal Supremo establezca jurisprudencia (en estos momentos hay dos recursos presentados, esperando sentencia).

La principal línea argumental la marcó el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en una sentencia cuyos argumentos han sido repetidos en otras sentencias. En concreto, este Tribunal establece como requisito necesario *“la necesidad de un cuidado directo, continuo y permanente, bien sea durante la hospitalización o en el domicilio tras el diagnóstico y hospitalización de la enfermedad grave, o en el caso de una recaída en la que conste la continuación del tratamiento médico con esos cuidados directos, continuados, y permanentes. Partimos de la base de que la enfermedad de la niña afectada se encuentra recogida en el reglamento, y por tanto corresponde examinar si concurren los requisitos de un cuidado directo, continuo y permanente. 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 ese tipo de asistencia por la norma, sino de otra más específica, concreta y particular, referida a riesgos y contingencias en las que existe un necesario, inmediato y personal cuidado hacia el menor 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”³. Aunque la situación física de la menor requiere de más atención que la de otros niños de su edad, ésta no es suficientemente continua y directa para alcanzar lo requerido por la normativa reguladora de la prestación.

En sentido radicalmente contrario se expresa el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, declarando como situación con necesidad de cuidado directo, continuo y permanente, la del menor escolarizado en centro especial de empleo, aunque el progenitor beneficiario de la prestación no está presente en el centro durante la jornada escolar, *“es evidente, por otro lado, que la asistencia del menor al centro especial indicado no equivale a una escolarización normal, sino que constituye una ayuda específica o tiempo e descanso de los padres respecto al cuidados continuo en domicilio que requiere el menor, de forma que, si no existiera esa posibilidad, no sería suficiente a los progenitores una reducción de jornada, sino que al menos uno de ellos debería abandonar su relación laboral, que es precisamente lo que pretende evitar la prestación litigiosa”⁴. No parece que el cuidado directo pueda ejercerse en la distancia, y evidentemente, con escolarización regular no hay posibilidad de tratamiento domiciliario.*

Otra sentencia recoge las distintas interpretaciones de este concepto, refiriéndose a las dos anteriormente mencionadas, para alineándose con la primera, al manifestar que *“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”⁵.*

3.1.2 Efecto de la escolarización del menor para determinar la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente

³ STSJ País Vasco, Sentencia núm. 1599/2013, de 24 de septiembre

⁴ STSJ Aragón, Sentencia núm. 503/2013, de 30 de octubre

⁵ STSJ Cantabria, Sentencia núm. 792/2014, de 11 de noviembre

Juega un papel importante en la determinación de la necesidad de cuidado directo continuo y permanente, como hemos podido ver, la escolarización regular del menor enfermo. Múltiples sentencias determinan la escolarización como síntoma de ausencia del cuidado equiparable al de estar hospitalizado: *“La niña está escolarizada desde el curso escolar 2009-2010, permanece en el centro escolar desde las 9:00 horas hasta las 16:30 horas, donde come; recibe ayuda profesional de fisioterapia, pedagogía terapéutica, logopedia y apoyo educativo, recibe apoyo en sus desplazamientos, asistencia personal y tareas académicas por parte de una especialista de apoyo educativo durante todo el tiempo que permanece en la Ikastola; en el horario de comedor los especialistas de apoyo educativo le dan de comer siguiendo las pautas marcadas desde casa, y si surge algún problema llaman a casa para junto su padre o madre ayudar a la alumna”*⁶. Este argumento se repite, incluso en situaciones de escolarización en modalidad de integración, manteniendo el criterio de ausencia de necesidad de cuidado directo, continuo y permanente, *“queda acreditado que la menor se encuentra escolarizada en 2º de ESO en la modalidad de integración y que asiste regularmente a sus clases, siendo atendida en la jornada escolar habitual por el personal del centro, situación que también se produce igualmente cuando asiste por decisión propia a un Centro de rehabilitación privado para atención psicológica y ocupacional, sin perjuicio de que presente los problemas propios de su nivel cognitivo con un retraso intelectual moderado”*⁷, o en Centro de Educación Especial en situación en la que *“no se desprende la irregularidad de su asistencia al centro escolar, siendo que según certificado del Centro Especial de San Martín la menor se escolarizó con fecha 1 de septiembre de 2012 asistiendo regularmente a clase en el horario lectivo oficial, recibiendo apoyo de logopedia y fisioterapia, con servicio de transporte escolar a su disposición”*⁸. Se deduce de estas sentencias que, siendo cubiertas las necesidades tanto formativas, como apoyos personalizados, terapias y transporte, por los distintos centros de formación, no es necesario el cuidado directo continuo y permanente por parte de ningún progenitor.

⁶ SJS núm. 3 Vitoria, Sentencia núm. 155/2013, de 9 de mayo

⁷ SJS núm. 1 Jerez de la Frontera, Sentencia núm. 167/2014, de 2 de abril

⁸ STSJ País Vasco, Sentencia 2218/2013, de 17 de diciembre

Pero en sentido contrario también encontramos pronunciamientos judiciales, considerando la escolarización como similar al tratamiento: *“El hecho de acudir el menor a un centro especial es equivalente, dada la patología, grave que padece, a la asistencia que puede recibir un enfermo por una patología grave en un hospital. El cuidado que precisa el hijo menor del actor se encuadra en la necesidad de cuidado permanente, directo y continuo, y el padre ha reducido su horario de trabajo para poder llevar a su hijo al centro donde le prestan 8 horas al día ese cuidado, siendo el restos del tiempo diario de cuenta de los progenitores”*⁹. En este caso el cuidado que prestan en el centro de formación, justificaría la concesión de la prestación al progenitor que ha reducido su jornada para llevar al menor enfermo al colegio.

Tampoco la ausencia de escolarización (guardería en este caso), sería sinónimo de necesidad de cuidado directo, continuo y permanente, como podemos encontrar en la sentencia que recogiendo el punto en que se basa la demanda *“al haberse recomendado por la neumóloga que el menor no acuda a la guardería durante los dos primeros años de vida, ello es equivalente a la necesidad de atención directa, continua y permanente equiparable a la que se precisara de estar hospitalizado. Sin embargo no puede esta Juzgadora compartir dicho criterio. No existe una prohibición de acudir a la guardería por el especialista que viene tratando la enfermedad, no pudiendo estar al informe de la pediatra del CAP que no es especialista en enfermedades respiratorias. El neumólogo hace esa recomendación para evitar contraer enfermedades contagiosas, pero no hay una necesidad de que el menor esté en su domicilio y atendido de forma continua y permanente por su progenitor para controlar el tratamiento prescrito”*¹⁰.

3.1.3. Análisis de la Diabete Mellitus tipo I, como ejemplo de enfermedades crónicas y estables

Las enfermedades crónicas estabilizadas pueden ser un caso atípico dentro de las incluidas en el anexo del R.D. El ejemplo más claro sería el de la Diaberes Mellitus tipo I (insulinodependientes), enfermedad número 109 en la relación del anexo. El tratamiento de esta enfermedad consiste en distintas controles de glucemia, entre 6 y 8 diarios, y la aplicación de unas 6 dosis de insulina cada día, siempre con la supervisión

⁹ SJS núm.4 Zaragoza, Sentencia núm. 158/2013, de 16 de abril

¹⁰ SJS núm. 2 Barcelona, Sentencia núm. 307/2014, de 9 de julio

de un adulto. En situación similar de diagnóstico, tratamiento y escolarización, también nos encontramos sentencias que consideran que el seguimiento de estas pautas requiere del cuidado directo, continuo y permanente por parte de un progenitor, y otras en sentido contrario. Como ejemplo y argumentación de la primera interpretación, nos encontramos una sentencia según la que ha sido acreditada *“la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente de la menor por parte de la progenitora mediante los informes médicos de la facultativa pediatra del servicio público de Salud, que le asistía al tener la menor 13 años en la fecha del hecho causante”*¹¹. Cabría plantearse la idoneidad de la autoría del informe desde pediatría generalista y no desde la unidad especializada de endocrinología, pero, en todo caso, es mayoritaria la interpretación según la cual para esta enfermedad, que no requiere ingreso hospitalario una vez producido el diagnóstico y que el seguimiento es ambulatorio, el tratamiento no implicaría la concurrencia de la necesidad de cuidado requerido por la norma. En este sentido se desestima el recurso interpuesto por la madre de una menor *“que padece una Diabetes Mellitus tipo I, recogida en el anexo citado; no menos cierto lo es que el tratamiento pautado a la menor por los servicios de endocrinología pediátrica del HCU de Valladolid no comprenden ni el ingreso hospitalario, ni la estancia en el domicilio durante largos periodos de tiempo, tal y como exige de manera imperativa el art. 2.1 del Decreto 2011. Es más, no solo la niña desarrolla una vida normal gracias al tratamiento suministrado tanto durante la jornada escolar como en el tiempo de descanso en casa, sino que es notoriamente conocido que el estado de la ciencia ha permitido a los enfermos insulino-dependientes llevar unos ritmos de vida ordinarios”*¹².

En la misma línea se resuelve favorablemente el recurso interpuesto por la mutua, tras sentencia en contra en primera instancia, sobre un menor insulino-dependiente, que se encuentra normalmente escolarizado y que *“no lleva consigo el ingreso hospitalario, ni estancia tampoco durante largo tiempo en el domicilio teniendo en cuenta los horarios de colegio y las clases de natación anteriormente citadas, es decir, es inherente a la condición de niños pequeños la supervisión, pero no es necesario en este caso que analizamos, la presencia continuada al lado del menor por parte del progenitor.(...) En la medida que la propia parte actora en la impugnación del recurso de suplicación*

¹¹ SJS núm. 29 Madrid, Sentencia núm. 492/2012, de 12 de diciembre

¹² STSJ Castilla y León/Valladolid, Sentencia núm. 476/2013, de 6 de marzo

*hace mención a que se intenta que lleve la vida lo más normal posible*¹³. Es evidente la necesidad de supervisión de un adulto a la que hace referencia esta sentencia, pero además de valorar si la atención debe ser continuada, también nos indica si es obligatorio que sea uno de los progenitores; en concreto la madre de un menor enfermo de Diabetes Mellitus tipo I, argumenta en recurso de suplicación la necesidad de su presencia en el colegio, ya que *“dada la edad del paciente es necesario que los controles estén a cargo de un adulto dado su grado de dependencia y madurez, teniendo que asistir al colegio dicho adulto a supervisar las cifras de glucosa y adoptar medidas terapéuticas”*, a lo que la Sala contesta que *“lo que es preciso es que un adulto realice las comprobaciones y lea el aporte, pero no que haya de acudir al colegio, pues bien puede ser alguien del mismo colegio”*¹⁴.

3.1.4 Prestación de cuidado de menor y Dependencia

A pesar de que en múltiples sentencias se hace referencia al nivel de discapacidad reconocido por las distintas Comunidades Autónomas a los menores y el nivel de Dependencia, se trata de dos sistemas distintos de protección pública, aunque puedan coincidir en las mismas personas. Deben diferenciarse esas situaciones puntuales y específicas objeto de cobertura de la prestación de cuidado de menor, de aquellas otras de carácter definitivo, como puedan ser las minusvalías y efectos de las mismas derivadas de la enfermedad grave, que cuentan con sus propias vías de protección en el ámbito de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

El problema es cuando en un tema tan delicado y sensible como la enfermedad infantil, se puede buscar en la prestación de cuidado de menor solución a necesidades que deberían estar cubiertas por la conocida como Ley de Dependencia, que lamentablemente no está funcionando como debería por falta de recursos económicos y, quizás, por rivalidades políticas, siendo más activas unas Comunidades Autónomas u otras en su desarrollo.

¹³ STSJ Cataluña, Sentencia núm. 466/2014, de 22 de enero

¹⁴ STSJ Castilla y León/Valladolid, Sentencia núm. , de 8 de octubre de 2012

Para los efectos de la prestación de cuidado de menor, son y deben ser irrelevantes los grados de minusvalía o porcentajes de discapacidad reconocidos por los Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas¹⁵, en tanto si el legislador así lo hubiera querido le habría bastado con incluir como requisito del cuidado de menor que éste tuviera reconocido tal o cual grado de dependencia.

3.2 Beneficiarios de la prestación de cuidado de menor

Según el art. 135 quáter del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social y su desarrollo por medio del R.D. 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el ámbito de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, podrán ser beneficiarios de esta prestación las personas progenitoras, adoptantes y acogedoras de carácter familiar preadoptivo o permanentes, que reduzcan su jornada para el cuidado del menor enfermo de cáncer u otra enfermedad grave. Se consideran jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento familiar preadoptivo y permanente, las instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuyas finalidades sean equivalentes.

3.2.1 Condiciones generales

Para poder acceder a la prestación, los beneficiarios deben cumplir los siguientes requisitos generales:

I. Ambas personas progenitoras de la unidad familiar deben estar afiliadas y en situación de alta en algún régimen público de la Seguridad Social. Si uno de los progenitores no cumple esta condición, el otro podrá ser beneficiario si en el primero se da alguna de estas dos circunstancias:

- a) en razón de su actividad profesional, está incorporado obligatoriamente a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional

¹⁵ Sin prestación por ir al colegio

http://ccaa.elpais.com/ccaa/2014/07/06/catalunya/1404670707_233018.html

- b) haya 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

Sobre este requisito, se entenderá que deja de cumplirse cuando, tal y como establece el art. 7.2 del R.D. 1148/2011, al hablar de la suspensión del subsidio, cuando alguno de los progenitores estén en situación de incapacidad temporal, durante los periodos de descanso por maternidad y paternidad y en los supuestos de riesgo para el embarazo y de riesgo durante la lactancia natural y, en general, cuando la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de menores concorra con cualquier causa de suspensión de la relación laboral, sea ésta la situación del progenitor solicitante o del otro. En este sentido, encontramos alguna sentencia que recoge que, *“si uno de los progenitores no está sujeto a la dedicación que requiere toda actividad laboral, se ha de interpretar que la norma reguladora de esta prestación no ampara la situación, ya que el citado progenitor, en este caso la madre, que está en situación de maternidad, puede prestar a su hijo la atención que requiere la enfermedad”*. Continúa diciendo que la prestación *“tiene por objeto compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al 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. El subsidio, por tanto, 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”*¹⁶. Por lo tanto el fallo determina que la solicitud realizada por el padre del menor no está dentro de los supuestos protegidos, por la situación de maternidad de la madre, aunque, como es en este caso, el número de menores afectados sea de dos (gemelos).

3.2.2. Número de personas trabajadoras beneficiarias que pueden solicitar la prestación en una unidad familiar

Según el art. 4.3 del RD 1148/2011, cuando ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras tuvieran derecho al subsidio solamente podrá reconocerse a una de ellas,

¹⁶ SJS núm. 19 Madrid, Sentencia núm. 7/2013, de 9 de enero

con independencia del número de menores que estén afectados por cáncer u otra enfermedad grave y que requieran un cuidado directo continuo y permanente. Recoge una sentencia la situación de doble solicitud por los progenitores, en un supuesto en el que la madre reclama judicialmente que la Mutua con la que su empresa tiene protegidas las contingencias profesionales, le vuelva a reconocer la prestación que le ha extinguido tras casi dos años, por entender que no hay necesidad de cuidado directo, continuo y permanente. Paralelamente a la demanda por parte de la madre, el padre de la menor enferma solicita la prestación de cuidado de menor a la Mutua de su empresa, siendo reconocida por ésta. En la sentencia se establece que *“si bien la Mutua X acordó (...) la extinción de la prestación que tenía reconocida la actora, por su parte la Mutua Y le ha reconocido al padre de la menor el derecho a la prestación solicitada por cuidado de menores (...). Siendo así y en aplicación de lo dispuesto en el citado art. 4.3 del R.D., no puede reconocerse ahora dicha prestación también a la madre por lo que la pretensión formulada en la demanda no puede prosperar”*¹⁷.

El citado art. 4. del R.D. en su punto 5, establece que, mediante acuerdo entre ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras y la empresa o empresas respectivas, podrán alternarse entre ellas el percibo del subsidio por periodos no inferiores a un mes, en cuyo caso el percibo del subsidio quedará en suspenso cuando se reconozca un nuevo subsidio a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora.

3.2.3 Reducción de la jornada de trabajo

Reducir su jornada de trabajo en, al menos un 50% de su duración y un máximo del 99,99%. El porcentaje de reducción 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 pudiera disfrutar la persona beneficiaria por razones de guardia legal de menores, cuidado de familiares o cualquier otra causa. Es decir, se calculará sobre la ficción de cotización al 100% que recoge el art. 180 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS), como si tal reducción de jornada previa no existiera.

¹⁷ SJS núm. 1 Salamanca, Sentencia núm. 185/2014, de 21 de mayo

Para personas trabajadoras por cuenta propia y asimiladas y de las personas empleadas de hogar de carácter discontinuo, los porcentajes de reducción se entenderán referidos a una jornada de cuarenta horas semanales. El subsidio se reconocerá en proporción al porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo que disfruten las personas trabajadoras.

Sobre la reducción de la jornada y proporcional de ingresos, cuya compensación es el objeto de esta prestación como ya se ha visto, nos encontramos con una sentencia que deniega la prestación al padre del menor, ya que cuando la solicitó estaba de vacaciones y posteriormente de excedencia. Argumenta la Sentencia que *“durante el tiempo en que el hijo menor del demandante estuvo ingresado en el hospital y posteriormente pasó a la Unidad de Hospitalización Domiciliaria del Hospital de Torrevieja, habiéndose diagnosticado de (...), el demandante no redujo su jornada laboral ya que primero estuvo de vacaciones y seguidamente y sin solución de continuidad estuvo en excedencia por cuidado de hijo, por lo que no reúne los requisitos necesarios para lucrar la prestación interesada cuya finalidad es, precisamente, tal y como indica la sentencia recurrida, paliar la disminución de ingresos derivada de la reducción de jornada por cuidado de hijo afectado por enfermedad grave”*. La Sala entiende que *“cuando el demandante estuvo en periodo vacacional mantuvo todos sus derechos retributivos por lo que ninguna merma retributiva sufrió durante el mismo, aun cuando fuera solicitado dicho periodo vacacional para el cuidado y atención de su hijo enfermo. Por otra parte no cabe la reducción de jornada en el porcentaje del 100%, tal y como solicita la parte actora por cuanto que entonces no existe la reducción de jornada laboral sino ausencia de la misma”*¹⁸. Al hablar la normativa de reducción de jornada, no se entiende como tal una suspensión del contrato que conlleve dejar de prestar servicios para la empresa.

3.2.4 Cumplir con los periodos mínimos de cotización establecido en el propio Real Decreto

¹⁸ STSJ Comunidad Valenciana, Sentencia núm. 1391/2013, de 11 de junio

El art. 135 quáter de la LGSS establece que para el acceso al derecho de esta prestación se exigirán los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación de maternidad contributiva, en este sentido, no se exigirán periodos mínimos de carencia para el reconocimiento del derecho al subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave a las personas trabajadoras que tengan menos de 21 años de edad en la fecha en que inicien la reducción de jornada, tal y como recoge el art. 133 ter. 1.a) de la propia LGSS.

Los progenitores beneficiarios de la prestación que superen esa edad, deberán acreditar los siguientes periodos mínimos de cotización:

- ✓ Si tiene entre 21 y 25 años de edad en el momento en que se inicia la reducción de jornada, el periodo de carencia será de 90 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores a esa fecha, o 180 días en toda su vida laboral.
- ✓ Si es mayor de 25 años de edad en el momento en que se inicia la reducción de jornada, el periodo de carencia será de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores a esa fecha, o 360 días en toda su vida laboral.

El cumplimiento del periodo de carencia se exigirá al beneficiario de la prestación y conforme a las condiciones del mismo, no al otro progenitor, en caso de que exista en la unidad familiar.

La evolución de la prestación nos permite ver que es solicitada mayoritariamente por mujeres, grupo en el que presenta mayor incidencia la contratación a tiempo parcial. Los criterios que se aplicarán a estos contratos para conocer si reúnen la carencia exigida son los siguientes (según la modificación de la LGSS establecida por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social):

- ✓ Se toman los 7 años anteriores a la fecha del hecho causante (reducción de la jornada)
- ✓ Partiendo de los periodos mínimos de cotización general para la prestación (90 ó 180 días, dependiendo de la edad del beneficiario), para las personas trabajadoras con contratos a tiempo parcial, la carencia será igual al número de días que resulte de aplicar a 90 ó 180 días el coeficiente global de parcialidad.

- ✓ Se consideran como días efectivamente cotizados en los periodos con contratos a tiempo parcial, el número de días que la persona trabajadora permanece en alta en la Seguridad Social, aplicando el coeficiente de parcialidad que viene establecido en la vida laboral.
- ✓ Días cotizados: los días cotizados son la suma de los días trabajados a tiempo completo más los días considerados como efectivamente cotizados de los periodos trabajados a tiempo parcial.
- ✓ A los efectos de conocer el coeficiente global de parcialidad, se divide el número de días cotizados entre los días de alta en la Seguridad Social.

3.2.5 Situaciones de pluriactividad y pluriempleo

En situaciones de pluriactividad, podrá percibirse el subsidio en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social en los que cumpla los requisitos. Si no los reúne en ninguno de ellos, se totalizarán las cotizaciones efectuadas en todos ellos que no se superpongan y se podrá reconocer en el régimen en el que el beneficiario acredite más días cotizados.

Para los casos en que las personas beneficiarias de la prestación se encuentren en situación de pluriempleo, el subsidio será proporcional al porcentaje de reducción que experimente el total de la jornada de trabajo de los distintos empleos. A efectos de la base reguladora sobre la que se calculará el subsidio, se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas.

Tanto para pluriactividad como pluriempleo, serán de aplicación el tope máximo establecido a efectos de cotización. Además, cuando exista una reducción de jornada por cuidado legal del menor o de familiar a su cargo previa a la solicitud, se entenderá a efectos de determinar el porcentaje de reducción que la jornada es completa, como ya se ha señalado.

3.2.6 Personas beneficiarias con contrato de tiempo parcial

Al margen de lo indicado en otros puntos del trabajo sobre el cálculo de los periodos mínimos de cotización y sobre la base reguladora para el cálculo de la prestación

económica, en este apartado se pretende reflejar las distintas interpretaciones que se están haciendo acerca de la exclusión recogida para los contrato e tiempo parcial de duración igual o menor al 25% de la jornada, en el tercer párrafo del art. 4 del R.D. 1148/2011, donde establece literalmente: “En todo caso, cuando la duración efectiva de la jornada a tiempo parcial sea igual o inferior al 25 por 100 de una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable, no se tendrá derecho al subsidio. No obstante, si la persona trabajadora tuviera dos o más contratos a tiempo parcial, se sumarán las jornadas efectivas de trabajo a efectos de determinar el citado límite”. Ninguna duda plantea el texto legal sobre los contratos que no alcanzan el 26% de la duración de la jornada completa comparada, pero a partir de este párrafo del R.D. se han generado interpretaciones diversas en las Mutuas sobre si, en los casos de personas beneficiarias con contratos a tiempo parcial, debe quedar una jornada mínima de trabajo del 25%, es decir, si debe existir o no un límite superior a la reducción para este tipo de contratos.

Sobre el tema, hay sentencias que avalan las dos interpretaciones; en la primera, siendo la madre del menor enfermo la solicitante, la sentencia se centra en determinar si para el percibo de la prestación solicitada se puede, teniendo un contrato a tiempo parcial del 84,37%, reducir su jornada en un 99,99%, siendo, lógicamente, la jornada resultante inferior al 25% de la jornada a tiempo completo. El Magistrado hace referencia a *“lo dispuesto en el art. 3 del Código Civil que dispone que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”*, para determinar que del tenor literal del precepto *“no puede sino deducirse que se establece la limitación únicamente para los contratos a tiempo parcial, cuando la duración efectiva de la jornada sea de igual o inferior al 25%, pudiendo sumarse en caso de dos o más contratos a tiempo parcial las jornadas efectivas a efectos de determinar el citado límite, pero no que se establezca un límite máximo para la reducción de la jornada en el 25%, pues la reducción aplicable, atendiendo a lo dispuesto en el propio art. 4.7 de RD y en el art. 135 quáter del TRLGSS, sólo tiene el límite mínimo del 50% de su jornada, no existiendo límite máximo, por lo que los contratos a tiempo parcial de duración de la jornada superior al 25%, dan derecho a la reducción y al percibo de la*

*prestación en el supuesto de cumplirse el resto de los requisitos exigidos por la norma*¹⁹, procediendo a reconocer a la demandante la prestación solicitada.

En sentido contrario encontramos dos sentencias, en la primera se da la razón a la Mutua recurrente, en una situación en que la madre solicitante tiene una jornada parcial del 75% de la habitual, el Tribunal establece que: *“De la literalidad del precepto y de los hechos probados se desprende que:*

a).-La trabajadora solicitante lo es a tiempo parcial realizando el 75% de la jornada completa (30 horas /semana).

b).- Puede reducir su jornada más de un 50% de la correspondiente a una persona a tiempo completo comparable de la misma empresa (40 horas/semana).

c).-La reducción de jornada tiene por finalidad dedicar mas tiempo a los menores afectados de enfermedad grave, cáncer y otras. De ahí que no pueda acogerse a ese beneficio quien trabaja solo el 25% o menos de la jornada completa comparable.

d) No tendría sentido que a una trabajadora que reduce el 99% de su jornada se le aplique el beneficio y se le deniegue a quien tiene una ocupación del 25% o menor.

De lo anterior se desprende que la actora puede reducir su jornada de trabajo en más de un 50% sin que la reducción suponga menos del 25% de la jornada a tiempo completo comparable.

*Su jornada es del 75% y puede pedir una reducción desde el 37% de la completa hasta el 25% para no quedar excluida del beneficio ”*²⁰.

En la misma línea, y apoyándose en la sentencia anterior, encontramos otro caso con madre solicitante con contrato a tiempo parcial del 62,5% de la jornada habitual. En esta sentencia la Magistrada aclara más el concepto, estableciendo que se debe entender *“que el citado precepto (art. 4.7 R.D. 1148/2011), en realidad fija dos límites en cuanto al porcentaje de reducción de jornada, uno, que sea en más del 50%, que en este caso se cumple y otro, que la reducción no suponga menos del 25% de la jornada a tiempo completo comparable, pues no puede entenderse que se deniegue ese derecho a un trabajador cuando su jornada es igual o superior (sic) (entiendo que es un error y quiere decir inferior), al 25% y se permita a quien tiene una jornada a tiempo parcial,*

¹⁹ SJS núm. 2 Zaragoza, Sentencia núm. 389/2012, de 26 de noviembre

²⁰ STSJ Cataluña, Sentencia núm. 4860/2013, de 9 de julio

*pero superior a ese 25% reducirla por debajo de este límite*²¹, para considerar correcto el porcentaje máximo de reducción en este caso del 62,34% de la jornada de la trabajadora.

A la vista del predominio de mujeres como solicitantes de la prestación de cuidado de menor, y la especial incidencia de la modalidad de tiempo parcial en el empleo femenino, los principios de la Sentencia 61/3013 del Tribunal Constitucional, de 14 de marzo, que generó la modificación de la LGSS por medio de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, puede llegar a tener alguna capacidad en futuras interpretaciones de este art. 4.7, respecto a la fijación de un límite máximo a la reducción de la jornada.

3.2.7 Situación de separación judicial, nulidad o divorcio de los progenitores

El art. 4.4 del R.D. 1148/2011, recoge la circunstancia en la que los progenitores, adoptantes o acogedoras estén en situación de separación, nulidad o divorcio. Si ambas personas trabajadoras cumplieran con las condiciones necesarias para poder ser beneficiarias, teniendo derecho al subsidio, éste podrá ser reconocido a favor de la que entre ellas decidieran de común acuerdo. En ausencia de este 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 fuera compartida a la que lo solicite en primer lugar. El conflicto nos lo podemos encontrar cuando la persona que ostenta la custodia del menor en exclusividad cumple con los requisitos pero el otro progenitor no está en situación de alta. En estos momentos hay sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia que entienden de diferente manera el concepto, a los efectos de esta prestación, del término “unidad familiar”.

En el primero de los casos, frente al recurso interpuesto por la madre de un menor afectado de enfermedad grave, contra una sentencia en la que se acepta la resolución denegatoria de la Mutua, ya que el progenitor no solicitante (y que no tiene atribuida la guardia y custodia del menor), no consta que no esté en alta en Seguridad Social ni se

²¹ SJS núm. 2 Burgos, Sentencia núm. 525/2014, de 11 de septiembre

acredita que exista resolución judicial declarativa de abandono por su parte. El recurso se basa en la expresión “unidad familiar”, que interpreta de forma restrictiva, incluyendo únicamente al menor enfermo y a la madre que tiene atribuida la custodia del hijo. Con esta interpretación, sacando al progenitor que no tiene la custodia de concepto “unidad familiar” sería suficiente con que trabajara exclusivamente la madre solicitante para dar cumplimiento al requisito recogido en el art. 4.2, cuando establece que dentro de la unidad familiar, ambas personas progenitoras, deben acreditar que se encuentran en situación de alta. Pero esta sentencia establece que *“Centrada la cuestión en la exigibilidad del requisito legal de que ambos progenitores trabajen, que reglamentariamente se concreta en la acreditación de que estén afiliados y en situación de alta en algún régimen público de la Seguridad Social, y estando probado en este caso que no cumple este requisito el progenitor padre del menor, divorciado de la madre, la cual tiene atribuida la custodia del hijo, la Sala coincide con la sentencia recurrida en la interpretación de que la regulación de la prestación no permite excluir de la unidad familiar, en este caso y a estos efectos, al progenitor divorciado, porque la citada prestación tiene por objeto facilitar el cuidado del hijo enfermo a los progenitores que trabajen, concediéndoles una prestación para suplir la merma de salario consiguiente a la reducción de jornada que uno u otro han de solicitar para poder prestar dicho cuidado al hijo. En consecuencia, si uno de los progenitores no está sujeto a la dedicación que requiere toda actividad laboral, entiende la norma reguladora de esta prestación que el mismo puede prestar a su hijo la atención que requiere la enfermedad, sin distinguir a estos efectos que el progenitor <cuidador en la enfermedad>, sea o no el progenitor que tiene la custodia del menor en caso de separación o divorcio. De hecho, el reglamento contempla la posibilidad de que exista la situación de separación o divorcio, pero sólo para disponer que, en tales casos, si ambas personas progenitoras tuvieran derecho al subsidio, podrá ser reconocido a favor de la determinada de común acuerdo o, en su defecto, a la que tenga la custodia del menor o si ésta fuese compartida, a la que lo solicite en primer lugar”*. Concluye la sentencia que *“también en estos supuestos de separación o divorcio es requisito de la prestación, como literalmente establece el art 135 quáter, que ambos progenitores trabajen, y también se infiere de esta regulación que la norma 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”²².

Similar es el criterio de otra sentencia que ante el argumento de la recurrente, que al estar separada del progenitor de la menor enferma, teniendo ella atribuida la custodia de sus hijos y manteniéndolos de forma exclusiva con los ingresos derivados de su trabajo, por lo que entra dentro de la definición que de familia monoparental se recoge en la legislación de Seguridad Social, en concreto en el art. 185 de la LGSS, modificación realizada por la Ley 40/2007, de 5 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (Se entenderá por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado y que constituye el sustentador único de la familia). Pero la sentencia mantiene que la normativa “*exige que ambos progenitores trabajen y que, por ello, estén afiliados y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social, sin distinguir entre progenitores casados (separados legalmente o no), divorciados y no casados (convivientes o no). Es por ello que la regulación de la prestación no permite excluir de la unidad familiar a efectos prestacionales al progenitor separado (o divorciado), porque el subsidio tiene por objeto facilitar el cuidado del hijo enfermo a los progenitores que trabajan*”. A continuación repite argumentos de la sentencia anteriormente citada, para concluir “*que también en los supuestos de separación o divorcio es requisito de la prestación que ambos progenitores trabajen*”²³.

Contraria es la interpretación de otra sentencia en la que la recurrente se encuentra en situación similar, separada y con la guarda y custodia de su hija, que padece una de las enfermedades recogidas en el Anexo del R.D. 1148/2011. En este caso, la sentencia, hablando de la condición de beneficiario de la prestación de cuidado del menor, recoge “*en lo que aquí interesa, el legislador ha otorgado tal condición a distintas personas, atendiendo a la situación protegida que, como se ha indicado anteriormente, se configura partiendo de la necesidad de cuidar al menor por la persona que lo tenga a su cargo. Y así, se ha contemplado la unidad familiar, entendiendo por tal la constituida por ambos progenitores –sin olvidar que solo uno de ellos tendrá la condición de beneficiario–, la situación de separación judicial, divorcio o nulidad que*

²² STSJ Aragón, Sentencia núm. 449/2012, de 18 de julio

²³ STSJ Canarias/Sta. Cruz de Tenerife, Sentencia núm. 707/2013, de 5 de noviembre

implica una unidad familiar constituida por el causante y uno de los progenitores. Por tanto, cuando establece que ambos progenitores están trabajando, lo hace, entendemos, bajo la óptica de que ambos formen o estén, en palabras del R.D. <dentro de cada unidad familiar>, entonces se exige que ambos progenitores estén afiliados y en situación de alta en algún régimen público de seguridad Social... Ahora bien, esta previsión no se establece para cuando los dos progenitores no formen parte de la unidad familiar por haberse separado o divorciado o en caso de nulidad matrimonial, en cuyo caso, y partiendo nuevamente de la situación protegida que es el cuidado del menor por el progenitor que lo tiene a su cargo, se ha previsto que el beneficiario sea quien tenga otorgada la custodia, señalando el reglamento que en caso de ser compartida, el beneficiario será el que de mutuo acuerdo designen los que la tengan atribuida. Esto es, la finalidad del precepto, que no es otra que la atención y cuidado del menor enfermo grave, sólo precisa de que el progenitor que le cuida y atienda cumpla los requisitos legalmente exigidos en cada caso”. En el caso de esta sentencia, “la discrepancia con el criterio establecido por la Mutua para la fijación de la cantidad de dicho subsidio ha de prosperar, porque contrariamente a lo mantenido en la Resolución que se impugna, y en la sentencia de instancia, no se puede estar condicionada a las cotizaciones de su ex-esposo porque no estamos ante un supuesto de unidad familiar configurada con los dos progenitores y el causante”. Así pues, determina que la remisión que realiza el art. 135 quáter de la LGSS al desarrollo del R.D. 1148/2011 “implica que no caben interpretaciones extensivas que alcancen a supuestos no contemplados específicamente, no lo es menos que tampoco es procedente hacer interpretaciones restrictivas del derecho reconocido, sino que –antes al contrario- interpretación armónica del ordenamiento jurídico remite a interpretar una prestación tutelada de un interés del menor con criterios propios del Sistema de Seguridad Social. Ya que el primer canon de interpretación de una norma ha de atenerse a los términos literales, al tenor de sus palabras, en relación con el contexto, sus antecedentes y la finalidad que persigue, de forma que si estos términos son claros y no dejan duda sobre la intención del legislador y el espíritu de sus palabras, el derecho que la actora solicita en su integridad ha de serle reconocido”²⁴.

²⁴ STSJ Madrid en Sentencia núm.682/2013, de 26 de noviembre

Con esta interpretación más amplia de “unidad familiar”, para que con unos progenitores separados o divorciados, fuera suficiente con que trabajara la persona solicitante, es decir, equiparar a la situación de las familias monoparentales, habría que aportar el Certificado de defunción del otro progenitor, o bien Resolución Judicial que declare el abandono de la familia de uno de ellos.

3.2.8 Beneficiarios pertenecientes a la Función Pública

Aunque el art. 135 quáter de la LGSS excluye expresamente a los funcionarios, he optado por recoger en este trabajo cuál es la situación en la que, a estos efectos, queda este colectivo cuando sean progenitores, adoptantes o acogedoras de un menor enfermo de cáncer u otra enfermedad grave. En su redacción, el mencionado art. 135 quáter, establece que para los funcionarios públicos será de aplicación el art. 49.e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y la normativa que lo desarrolle, que recoge, no una prestación del sistema protector de Seguridad Social, sino un permiso retribuido de, al menos la mitad de la jornada, prácticamente idéntico a la prestación del art. 135 quáter, a cargo de los presupuestos del órgano o entidad donde el funcionario preste sus servicios²⁵.

En realidad, el origen de este permiso para personas progenitoras pertenecientes a la función pública, es el mismo que para los trabajadores de los distintos regímenes de Seguridad Social, ya que viene recogido la misma Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, en el caso de los funcionarios, en la disposición final vigésimo tercera, que añadía el apartado e) del citado art. 49 del Estatuto Básico del Empleado Público. Posteriormente se modificaría este apartado e) por medio de la disposición final segunda de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

No existe una relación de enfermedades que padeciéndolas un menor, pueda generar para las personas progenitoras el permiso establecido en el EBEP, por lo que la lógica establece recurrir al del anexo del R.D. 1148/2011. Eso es lo que podemos ver en una sentencia en la que, por una parte se toca este punto, y por otra, imponiéndose la lógica, desestima el recurso de la demandante, que solicitaba la prestación del Instituto

²⁵ Funcionarios con hijos enfermos graves en tratamiento tendrán permiso laboral
http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/10/18/actualidad/1382104576_769208.html

Nacional de Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, indicando que *“los funcionarios no pueden ser beneficiarios de esa prestación, sino que tiene derecho a percibir sus retribuciones íntegras aunque hayan reducido su jornada con motivo del cuidado del hijo menor, pero no de las entidades gestoras o colaboradoras de la Seguridad Social, sino "con cargo a los presupuestos del órgano o entidad donde venga prestando sus servicios”*²⁶.

En caso de desacuerdo por parte del personal funcionario, deberá presentar recurso de alzada ante el propio organismo en vía administrativa previa, y en su caso recurrible la resolución ante los tribunales de lo contencioso-administrativo como cualquier otra cuestión que afecte al personal funcionario. Por analogía podrían alegarse los argumentos o criterios que hayan dictado los Juzgados del Orden Social, por ejemplo en lo que sea la interpretación de cuidado directo continuo y permanente, etc.

3.3 Relación de enfermedades consideradas graves, a efectos de la prestación de cuidado de menor

El art. 135 quáter del Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, establece que se determinarán reglamentariamente las enfermedades consideradas graves, a efectos del reconocimiento de la prestación económica de cuidado de menor. Este desarrollo lo encontramos en el anexo del R.D. 1148/2011, de 29 de julio, y recoge las siguientes enfermedades agrupadas por especialidades.

I. Oncología:

1. Leucemia linfoblástica aguda.
2. Leucemia aguda no linfoblástica.
3. Linfoma no Hodgkin.
4. Enfermedad de Hodgkin.
5. Tumores del Sistema Nervioso Central.
6. Retinoblastomas.
7. Tumores renales.
8. Tumores hepáticos.
9. Tumores óseos.

²⁶ STSJ Extremadura Sentencia núm. 50/2013, de 7 de febrero

10. Sarcomas de tejidos blandos.
11. Tumores de células germinales.
12. Otras neoplasias graves.

II. Hematología:

13. Aplasia medular grave (constitucional o adquirida).
14. Neutropenias constitucionales graves.
15. Hemoglobinopatías constitucionales grave.

III. Errores innatos del metabolismo:

16. Desórdenes de aminoácidos (fenilcetonuria, tirosinemia, enfermedad de la orina con olor a jarabe de arce, homocistinuria y otros desórdenes graves).
17. Desórdenes del ciclo de la urea (OTC).
18. Desórdenes de los ácidos orgánicos.
19. Desórdenes de carbohidratos (glucogenosis, galactosemia, intolerancia hereditaria a la fructosa y otros desórdenes graves).
20. Alteraciones glicosilación proteica.
21. Enfermedades lisosomiales (mucopolisacaridosis, oligosacaridosis, esfingolipidosis y otras enfermedades graves).
22. Enfermedades de los peroxisomas (Síndrome de Zellweger, condrodisplasia punctata, adenoleucodistrofia ligada a X, enfermedad de Refsum y otros desórdenes graves).
23. 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.

IV. Alergia e inmunología:

24. Alergias alimentarias graves sometidas a inducción de tolerancia oral.
25. Asma bronquial grave.
26. Inmunodeficiencias primarias por defecto de producción de anticuerpos.
27. Inmunodeficiencias primarias por defecto de linfocitos T.
28. Inmunodeficiencias por defecto de fagocitos.
29. Otras inmunodeficiencias:
 - a. Síndrome de Wiscott-Aldrich.
 - b. Defectos de reparación del ADN (Ataxia-telangiectasia).
 - c. Síndrome de Di George.
 - d. Síndrome de HiperIgE.

- e. Síndrome de IPEX.
- f. Otras inmunodeficiencias bien definidas.

V. Psiquiatría:

- 31. Trastornos de la conducta alimentaria.
- 32. Trastorno de conducta grave.
- 33. Trastorno depresivo mayor.
- 34. Trastorno psicótico.
- 35. Trastorno esquizoafectivo.

VI. Neurología:

- 36. Malformaciones congénitas del Sistema Nervioso Central.
- 37. Traumatismo craneoencefálico severo.
- 38. Lesión medular severa.
- 39. Epilepsias:
 - a. Síndrome de West.
 - b. Síndrome de Dravet.
 - c. Síndrome de Lennox-Gastaut.
 - d. Epilepsia secundaria a malformación o lesión cerebral.
 - e. Síndrome de Rasmussen.
 - f. Encefalopatías epilépticas.
 - g. Epilepsia secundaria a enfermedades metabólicas.
 - h. Otras epilepsias bien definidas.
- 40. Enfermedades autoinmunes:
 - a. Esclerosis múltiple.
 - b. Encefalomiелitis aguda diseminada.
 - c. Guillain-Barré.
 - d. Polineuropatía crónica desmielinizante.
 - e. Encefalitis límbica.
 - f. Otras enfermedades autoinmunes bien definidas.
- 41. Enfermedades neuromusculares:
 - a. Atrofia muscular espinal infantil.
 - b. Enfermedad de Duchenne.
 - c. Otras enfermedades neuromusculares bien definidas.
- 42. Infecciones y parasitosis del Sistema Nervioso Central (meningitis, encefalitis, parásitos y otras infecciones).

43. Accidente cerebrovascular.
44. Parálisis cerebral infantil.
45. Narcolepsia-cataplejia.

VII. Cardiología:

46. Cardiopatías congénitas con disfunción ventricular.
47. Cardiopatías congénitas con hipertensión pulmonar.
48. Otras cardiopatías congénitas graves.
49. Miocardiopatías con disfunción ventricular o arritmias graves.
50. Cardiopatías con disfunción cardíaca y clase funcional III-IV.
51. Trasplante cardíaco.

VIII. Aparato respiratorio:

52. Fibrosis quística.
53. Neumopatías intersticiales.
54. Displasia broncopulmonar.
55. Hipertensión pulmonar.
56. Bronquiectasias.
57. Enfermedades respiratorias de origen inmunológico:
 - a. Proteinosis alveolar.
 - b. Hemosiderosis pulmonar.
 - c. Sarcoidosis.
 - d. Colagenopatías.
58. Trasplante de pulmón.
59. Otras enfermedades respiratorias graves.

IX. Aparato digestivo:

60. Resección intestinal amplia.
61. Síndrome de dismotilidad intestinal grave (Pseudo-obstrucción intestinal).
62. Diarreas congénitas graves.
63. Trasplante intestinal.
64. Hepatopatía grave.
65. Trasplante hepático.
66. Otras enfermedades graves del aparato digestivo.

X. Nefrología:

67. Enfermedad renal crónica terminal en tratamiento sustitutivo.
68. Trasplante renal.

69. Enfermedad renal crónica en el primer año de vida.
70. Síndrome nefrótico del primer año de vida.
71. Síndrome nefrótico corticorresistente y corticodependiente.
72. Tubulopatías de evolución grave.
73. Síndrome de Bartter.
74. Cistinosis.
75. Acidosis tubular renal.
76. Enfermedad de Dent.
77. Síndrome de Lowe.
78. Hipomagnesemia con hipercalciuria y nefrocalcinosis.
79. Malformaciones nefrourológicas complejas.
80. Síndromes polimalformativos con afectación renal.
81. Vejiga neurógena.
82. Defectos congénitos del tubo neural.
83. Otras enfermedades nefrourológicas graves.

XI. Reumatología:

84. Artritis idiopática juvenil (AIJ).
85. Lupus eritematoso sistémico.
86. Dermatomiositis juvenil.
87. Enfermedad mixta del tejido conectivo.
88. Esclerodermia sistémica.
89. Enfermedades autoinflamatorias (Fiebre Mediterránea Familiar, Amiloidosis y otras enfermedades autoinflamatorias graves).
90. Otras enfermedades reumatológicas graves.

XII. Cirugía:

91. Cirugía de cabeza y cuello: hidrocefalia/válvulas de derivación, mielomeningocele, craneostenosis, labio y paladar hendido, reconstrucción de deformidades craneofaciales complejas, etc.
92. Cirugía del tórax: deformidades torácicas, hernia diafragmática congénita, malformaciones pulmonares, etc.
93. Cirugía del aparato digestivo: atresia esofágica, cirugía antirreflujo, defectos de pared abdominal, malformaciones intestinales (atresia, vólvulo, duplicaciones), obstrucción intestinal, enterocolitis necrotizante, cirugía de la enfermedad inflamatoria

intestinal, fallo intestinal, Hirschprung, malformaciones anorrectales, atresia vías biliares, hipertensión portal, etc.

94. Cirugía nefro-urológica: malformaciones renales y de vías urinarias.

95. Cirugía del politraumatizado.

96. Cirugía de las quemaduras graves.

97. Cirugía de los gemelos siameses.

98. Cirugía ortopédica: cirugía de las displasias esqueléticas, escoliosis, displasia del desarrollo de la cadera, cirugía de la parálisis cerebral, enfermedades neuromusculares y espina bífida, infecciones esqueléticas y otras cirugías ortopédicas complejas.

99. Cirugía de otros trasplantes: válvulas cardíacas, trasplantes óseos, trasplantes múltiples de diferentes aparatos, etc.

XIII. Cuidados paliativos:

100. Cuidados paliativos en cualquier paciente en fase final de su enfermedad.

XIV. Neonatología:

101. Grandes prematuros, nacidos antes de las 32 semanas de gestación o con un peso inferior a 1.500 gramos y prematuros que requieran ingresos prolongados por complicaciones secundarias a la prematuridad.

XV. Enfermedades infecciosas:

102. Infección por VIH.

103. Tuberculosis.

104. Neumonías complicadas.

105. Osteomielitis y artritis sépticas.

106. Endocarditis.

107. Pielonefritis complicadas.

108. Sepsis.

XVI. Endocrinología:

109. Diabetes Mellitus tipo I.

Si observamos los términos que menciona la exposición de motivos del propio R.D. 1148/2011, cuando habla de eficacia y seguridad jurídica, nos encontramos con la dificultad que puede plantear el hecho de que, en diez de los dieciséis grupos de enfermedades, se utilizan términos como: “otras neoplasias graves”, “otras patologías congénitas graves”, etc. Incluso en varios grupos de patologías (Errores inmunes del metabolismo, Neurología y Cirugía), hay hasta tres referencias ya que el listado no es

exhaustivo, dejando vía libre a cierta conflictividad. Tan sólo seis grupos de patologías (Hematología, Psiquiatría, Enfermedades infecciosas, Cuidados paliativos, Neonatología, y Endocrinología), concretan las enfermedades. De estos grupos, los tres últimos contienen una sola enfermedad.

Una reciente sentencia se ve obligada a interpretar si la enfermedad de la hija de la demandante (Síndrome de Phelan-McDermid), puede encontrarse en la relación del anexo del R.D. 1148/2011, y señala sobre la dolencia *“que se configura como una enfermedad rara, no figura en el anexo al referido R.D. como tal enfermedad, señalando la parte actora que se puede encuadrar en un trastorno de conducta grave, y si bien dada la extensión de tal enfermedad encuadrada en el punto V. 32 que puede englobar muchos trastornos siempre que afecten a la conducta de manera grave, la dolencia de la menor podría encuadrarse en tal apartado como así lo indica su perito, aun cuando precisamente los informes médicos en cuanto al trastorno cognitivo indican que es de gravedad no especificada”*²⁷. No parece, en este caso, válido el argumento de la demandante pretendiendo que esta enfermedad, una delección del extremo distal del cromosoma 22, pueda encuadrarse en el grupo V del anexo, que recoge las patologías psiquiátricas.

3.4 Prestación económica de cuidado de menor enfermo de cáncer u otra enfermedad grave

En su redacción, aprobada por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, el art. 135 quáter de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, establece que la prestación económica de cuidado de menor consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo.

En el desarrollo reglamentario, por medio del R.D. 1148/2011, de 29 de julio, se trata más en profundidad las características de esta prestación. En este capítulo se analizará el procedimiento para el reconocimiento de la prestación, cómo se procede al cálculo del

²⁷ SJS núm. 4 Madrid, Sentencia núm. 162/2015, de 28 de abril.

subsidio y el ciclo de vida de la prestación: nacimiento, duración, suspensión y extinción de la misma.

3.4.1 Procedimiento para el reconocimiento de la prestación de cuidado de menor

El procedimiento para el reconocimiento del derecho a la prestación por cuidado de menor se realizará presentando solicitud de la persona trabajadora dirigida a la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social con la que su empresa tenga la cobertura de contingencias profesionales, o a la dirección provincial competente de la correspondiente entidad gestora (Instituto Nacional de Seguridad Social o Instituto Social de la Marina), de la provincia en que aquélla tenga su domicilio.

En el caso de que la persona solicitante no tenga la cobertura de los riesgos profesionales (como sucede con la mayoría de las personas encuadradas en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos, RETA), será competente para la gestión de la prestación la entidad gestora o la Mutua que asuma la cobertura de la incapacidad temporal por contingencias comunes.

Si se produjera por parte de la empresa o persona incluida en el RETA, un cambio de la entidad que cubre las contingencias profesionales, o comunes en su caso, será la nueva entidad la que tenga que asumir el pago del subsidio desde la fecha del cambio. La moratoria que ha habido hasta la entrada en vigor, el pasado 1 de enero, de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, hace que no exista, o al menos no se ha encontrado ningún caso al respecto, pero se podrían plantear alguna duda como si sería necesario una nueva solicitud y reconocimiento, o la nueva entidad debería asumir los criterios de la anterior (dado que una de las características de esta prestación --que puede mermar su eficacia y garantía jurídica--, es la discrepancia que se puede encontrar entre las distintas entidades en interpretar conceptos como “cuidado director, continuo y permanente”²⁸, o el límite superior a la reducción de jornada en casos de solicitante con contrato a tiempo parcial).

²⁸ STSJ Castilla y León/Valladolid, Sentencia núm. /2014, de 8 octubre

La persona solicitante deberá aportar la siguiente documentación:

- ✓ Certificado de la empresa con la fecha de inicio de la reducción de jornada, indicando el porcentaje en que se ha fijado dicha reducción.

Las personas incluidas en el RETA o asimilados, deberán presentar declaración indicando los mismos datos, con referencia a una jornada semanal de cuarenta horas.

Para personas empleadas de hogar, y también con la referencia a la jornada de cuarenta horas, acreditarán la reducción y fecha de su inicio, con declaración de la persona responsable del hogar.

- ✓ Declaración del facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente responsable de la asistencia médica del menor y, en su caso además, del facultativo de los servicios médicos privados donde el menor hubiera sido atendido, que exprese la necesidad del cuidado directo continuo y permanente del mismo por encontrarse afectado por cáncer u otra enfermedad grave, que requiera ingreso hospitalario de larga duración y tratamiento médico continuado de la enfermedad.
- ✓ Libro de familia o certificación de la inscripción del hijo o hijos en el Registro Civil o, en su caso, resolución judicial por la que se haya constituido la adopción, o la resolución judicial o administrativa por la que se haya concedido el acogimiento familiar preadoptivo o permanente o, en su caso, la tutela del menor.

En caso de familias monoparentales, Libro de familia en conste un solo progenitor, o de constar dos, Certificado de Defunción del no solicitante, o Resolución Judicial que declare el abandono de la familia del no solicitante.

- ✓ Certificado de la empresa con la cuantía de la base de cotización de contingencias comunes del mes previo a la fecha de la reducción de jornada y, en su caso, las cantidades de percepción no periódica abonadas durante el año anterior a dicha fecha.

En los casos de personas trabajadoras a tiempo parcial, deberá reflejarse la cuantía de la base de cotización correspondiente a los tres meses anteriores a la reducción de jornada. Asimismo, deberá constar expresamente en la declaración

la cotización por realización de horas extraordinarias en el año anterior al inicio de la reducción de jornada.

- ✓ Acreditación de la cotización con los recibos del abono de cuotas, si la persona solicitante del subsidio es la obligada a su ingreso, cuando sean necesarias para acreditar el periodo mínimo de cotización, a efectos de determinar la cuantía de la prestación o el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas. En caso de no estarlo, la mutua o entidad gestora realizarán la invitación al pago.
- ✓ También para personas pertenecientes al RETA existe la obligación de presentar la declaración de la situación de actividad, en la que conste en qué situación queda el negocio o actividad durante la reducción de jornada.

La Mutua o entidad gestora tendrá 30 días para comprobar el cumplimiento de los requisitos formales, hechos y condiciones exigidos, y dictar resolución expresa para notificar el reconocimiento o denegación del derecho a la prestación económica. Tras ese plazo sin resolución, la solicitud se entenderá desestimada. En todo caso, es preceptiva reclamación previa ante la mutua o entidad gestora por las resoluciones expresas o presuntas, antes de iniciar la vía judicial.

La Tesorería General de la Seguridad Social facilitará a las entidades gestoras y Mutuas a través de sistema informáticos, electrónico y/o telemáticos, los datos necesarios relativos a las personas solicitantes y beneficiarias de la prestación, para garantizar un procedimiento de comunicación ágil en el reconocimiento y control de las prestaciones. Entre otras, la situación laboral del progenitor no solicitante, etc.

El pago del subsidio se realizará por la entidad gestora o por la Mutua, por periodos mensuales vencidos. En el caso de las personas trabajadoras contratadas a tiempo parcial, el devengo del subsidio será por días naturales, aunque el pago se realice mensualmente.

3.4.2 Cálculo de prestación económica

La prestación consistirá en un subsidio por importe del 100% de la base reguladora de la Incapacidad Temporal por contingencias profesionales o la de contingencias comunes (en el caso de autónomos que no hayan optado por la cobertura de las profesionales en

proporción al porcentaje de reducción de la jornada. Esta base se modificará o actualizará al mismo tiempo que las bases de cotización correspondientes.

Para las personas trabajadoras a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la reducción de jornada, entre el número de días naturales de dicho periodo. Si la antigüedad de la persona solicitante en la empresa es menor de tres meses, se dividirá la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de los días de dicho periodo.

- Reducción del X% = Prestación del X% del 100% de la base
- Tiempo completo = Base cotización mes anterior
- Tiempo parcial = Bases de cotización de los tres últimos meses entre el número de días naturales

En los supuestos de reducción de jornada previa por cuidado de menores (o por lactancia), se aplicará la ficción de cotización al 100% que recoge el art. 180 LGSS, por lo que es necesario calcular la prestación no conforme a lo efectivamente cotizado sino como si tal reducción de jornada no hubiera existido.

3.4.3 Nacimiento, duración, suspensión y extinción de la prestación

El objeto de la prestación de cuidado de menor enfermo de cáncer u otra enfermedad grave, es la compensación, vía subsidio, de la reducción de jornada realizada por la persona progenitora para el cuidado del menor enfermo, por lo que el derecho nace a partir del mismo día en que dé comienzo la reducción de jornada, siempre que la solicitud ante la entidad gestora o mutua correspondiente se realice dentro de los tres meses siguientes a dicha suspensión. Si la solicitud se presentara pasado este plazo, los efectos económicos de la prestación se retraerán un máximo de 3 meses, no aplicándose el resto del tiempo.

El subsidio se reconoce por el periodo de un mes prorrogable por periodos de dos meses mientras subsista la necesidad de cuidado directo continuo y permanente, y debe acreditarse mediante declaración de certificado médico del Servicio Público de Salud.

Será necesario, entonces, que tras el primer mes de prestación se acredite por medio de informe del Servicio Público de Salud, que la situación perdura y posteriormente la misma acreditación deberá hacerse cada dos meses.

La percepción del subsidio quedará en suspenso en las situaciones de incapacidad temporal, durante los periodos de descanso por maternidad y paternidad y en los supuestos de riesgo durante el embarazo y de riesgo durante la lactancia natural y, en general, cuando la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave concorra con cualquier causa de suspensión de la relación laboral.

Estas causas de suspensión permiten que se reconozca la prestación al otro progenitor siempre que reúna los requisitos para el acceso al subsidio. Es decir, si el beneficiario de la prestación sufre una enfermedad que le incapacita para el trabajo también estará incapacitado para el cuidado del menor, en este caso podrá optar el otro cónyuge por ser beneficiario de la prestación de cuidado de menor.

También permanecerá en suspenso cuando, en virtud del acuerdo entre progenitores, éstos hayan acordado alternarse en la tarea de cuidado de menor en periodos no inferiores a un mes. Mientras una de las dos personas es beneficiario de la prestación, el subsidio de la otra permanece en suspenso.

Son causas de extinción de la prestación de cuidado de menor:

- ✓ Cumplir 18 años el menor.
- ✓ Dejar de existir la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente.
- ✓ Cuando cualquiera de los progenitores (beneficiario o no), cese en su actividad laboral. Sin perjuicio de que cuando se reincorpore, pueda reconocerse un nuevo subsidio, en caso de cumplir los requisitos.
- ✓ Reincorporación al trabajo de la persona beneficiaria.
- ✓ Fallecimiento del menor.
- ✓ Fallecimiento de la persona beneficiaria.

Las personas beneficiarias tienen la obligación de comunicar a la correspondiente entidad gestora o a la Mutua cualquier circunstancia que implique la suspensión o

extinción del derecho al subsidio. Así mismo, la Mutua o entidad gestora podrá, en cualquier momento llevar a cabo las comprobaciones para verificar que las personas perceptoras del subsidio mantienen el cumplimiento de los requisitos exigidos para su reconocimiento.

El art. 135 quáter LGSS establece que para la extinción de la prestación por cese la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente, previamente deberá existir informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, pero la práctica refleja que las entidades encargadas de su gestión, no lo están necesitando para declarar la extinción, ni las sentencias estudiadas lo están teniendo en cuenta a la hora de determinar si existe esa necesidad de cuidado directo, continuo y permanente. Incluso en una de ellas se recoge que *“no concurre el requisito de la necesidad de un “cuidado directo, continuo y permanente”, como causa de la reducción de jornada y por cuya pérdida de ingresos vendría motivada la prestación ahora discutida. Y a ello no obsta que no conste el informe del Servicio Público de salud u órgano administrativo de la Comunidad Autónoma correspondiente pues en este caso la prestación no puede ser reconocida por falta de los requisitos necesarios para su concesión”*²⁹. Es el criterio de la Sala el que determina la existencia o no de cuidado directo, continuo y permanente, no necesitando apoyarse en informe médico alguno.

Recoge otra sentencia, en los fundamentos de derecho, los argumentos del recurso para que se revoque la de primera instancia señalando en uno de ellos que *“la única documentación preceptiva para dicha extinción es un informe del facultativo que certifique la mejoría del estado del menor y por tanto la inexistencia de necesidad de cuidado directo, continuo y permanente del menor, constando en autos el informe de un médico pediatra que certifica el carácter crónico de la enfermedad que aqueja al menor y la necesidad de dicho cuidado, lo que es corroborado por el informe de otro facultativo estableciendo el R.D. que esta acreditación también puede efectuarse por medio de servicios médicos privados”*³⁰; la Sala no se molesta en rebatir este argumento.

²⁹ STSJ País Vasco, Sentencia núm. 2218/2013, de 17 de diciembre

³⁰ STSJ Asturias/Oviedo, Sentencia 2001/2014, de 30 de septiembre

4. Análisis de la evolución de la prestación de cuidado de menor con cáncer u otra enfermedad grave

Desde la aprobación de esta nueva prestación, con la entrada en vigor de la modificación del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, por medio de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, se ha podido ver una evolución en la que el número de casos reconocidos ha ido aumentando cada año durante el corto periodo de tiempo de vigencia de la prestación.

Con los datos facilitados por la página web de la Seguridad Social, del Ministerio de Empleo y Seguridad Social³¹, vamos a poder observar esta evolución por medio del análisis de distintos conceptos como son:

- ✓ Número de procesos iniciados en el periodo.
- ✓ Número de procesos en vigor al final del periodo.
- ✓ Duración media de los procesos finalizados en el periodo.
- ✓ Gastos por los procesos terminados en el periodo.

También se revisará la distribución de los procesos iniciados en el último año terminado, el 2014, distribuido por los distintos regímenes de Seguridad Social, y su reparto entre las comunidades autónomas.

Siendo las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, las entidades que gestionan las contingencias profesionales de la mayoría de las empresas en España y, por lo tanto, la prestación de cuidado de menor, parece oportuno, cuando ha sido posible, diferenciar los datos de los procesos gestionados por éstas y los de la totalidad del Sistema de Seguridad Social. El resultado es, como no podía ser de otra forma, que la participación de las Mutuas alcanza, según los años, entre el 95,88% y el 96,58% del total de los casos tramitados, correspondiendo el resto al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en menor medida, como veremos, al Instituto Social de la Marina. Lamentablemente, la información que facilita la Seguridad Social no es completa y del año 2011 no hay

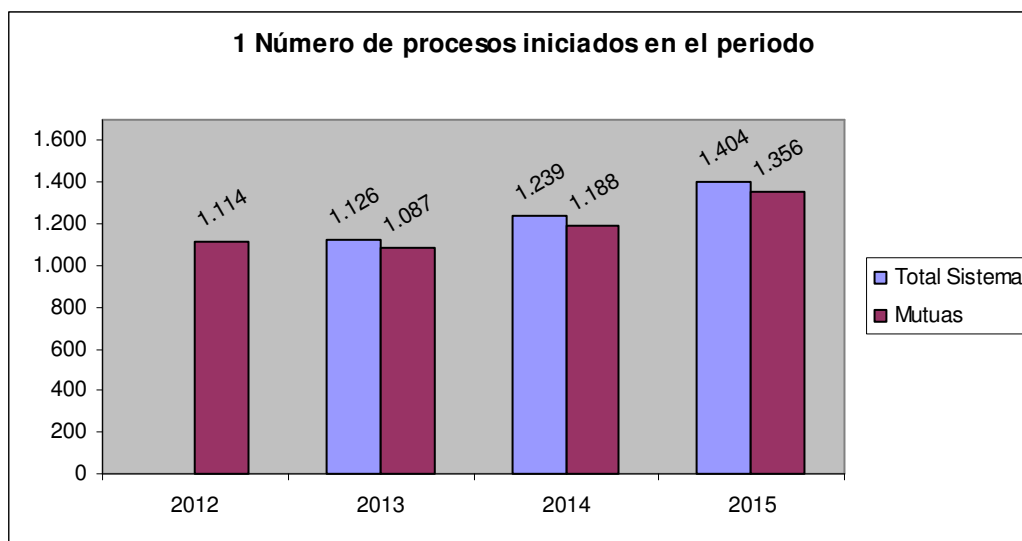
³¹ http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/EstadisticasCUME/index.htm

ningún dato, y del 2012 sólo los facilitados por el sector de Mutuas. Las cifras de gastos por los procesos terminados en cada periodo, también corresponde sólo a los casos tramitados por las Mutuas.

Hubiera sido aconsejable poder presentar los datos de la distribución por sexo de las personas beneficiarias, pero la Seguridad Social no los aporta. Observando las sentencias con las que he trabajado, puedo elevar hasta un mínimo del 90% los casos en los que es mujer la solicitante, aunque la muestra no es lo suficientemente representativa del total de los procesos.

4.1 Número de procesos iniciados por periodo

Año	2012	2013	2014	2015 ³²
Total Sistema		1.126	1.239	1.404
Mutuas	1.114	1.087	1.188	1.356

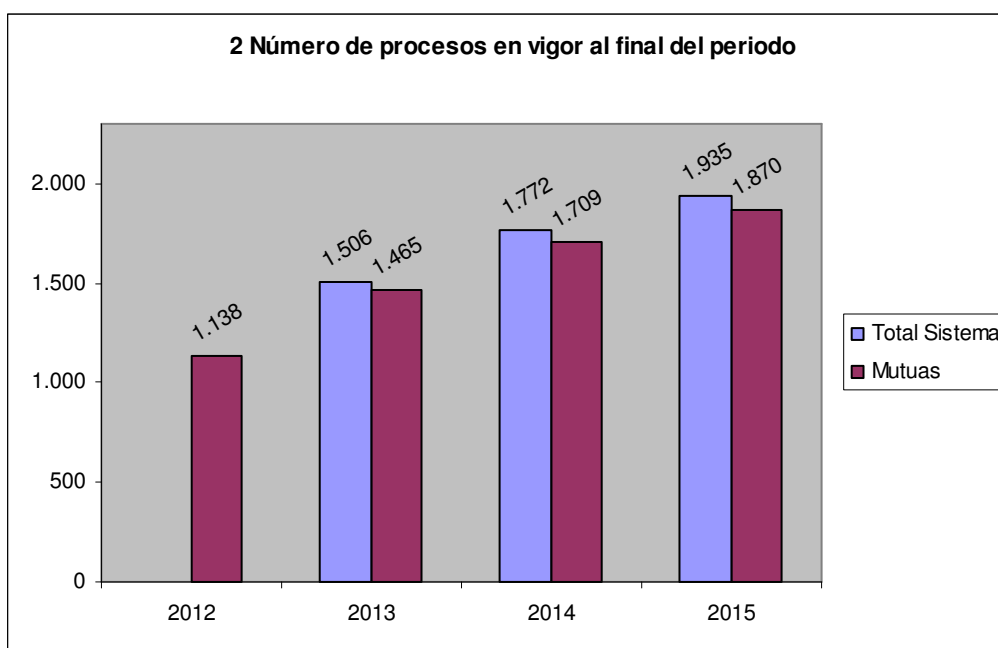


Los datos reflejan un incremento moderado de un año a otro, que procede considerar fruto del mayor conocimiento de la prestación, conforme avanza el tiempo. El porcentaje de procesos tramitados por las Mutuas respecto del global en el periodo 2013-2015, alcanza el 96,34%.

³² Los datos de 2015 son una extrapolación de los reales facilitados por la Seguridad Social que incluyen el periodo comprendido entre enero y marzo.

4.2 Número de procesos en vigor al final del periodo

Año	2012	2013	2014	2015 ³³
Total Sistema		1.506	1.772	1.935
Mutuas	1.138	1.465	1.709	1.870



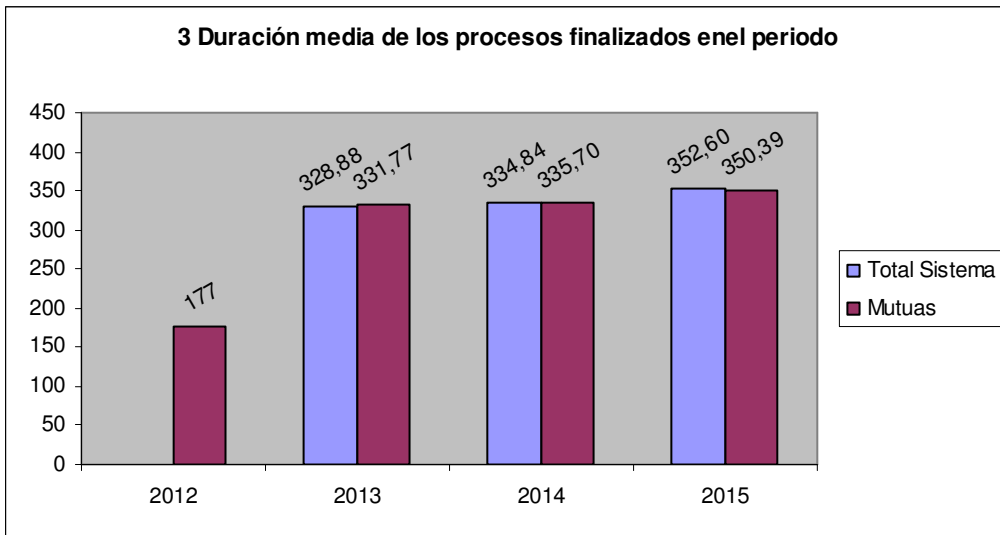
En este caso se observa un incremento más pronunciado de un año a otro, debido a que las prestaciones por cuidado de menor pueden ser de larga duración, pudiendo llegar, como hemos visto, hasta la mayoría de edad del menor.

4.3 Duración media de los procesos finalizados en el periodo (en días)

Año	2012	2013	2014	2015 ³⁴
Total Sistema		326,88	334,84	352,60
Mutuas	177	331,77	335,70	350,39

³³ Datos de enero a marzo de 2015.

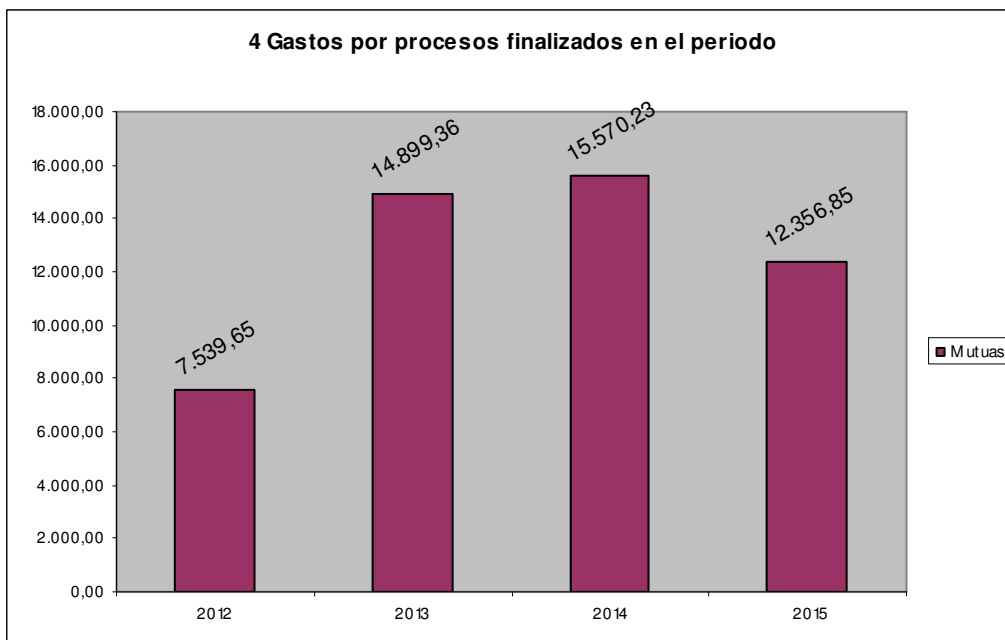
³⁴ Datos de enero a marzo de 2015.



Es significativo la similitud en la duración media de los procesos, independientemente de si estos son gestionados por las Mutuas o por las entidades gestoras.

4.4 Gastos por los procesos terminados en el periodo³⁵

Año	2012	2013	2014	2015 ³⁶
Mutuas	7.539,65	14.899,36	15.570,23	12.356,85

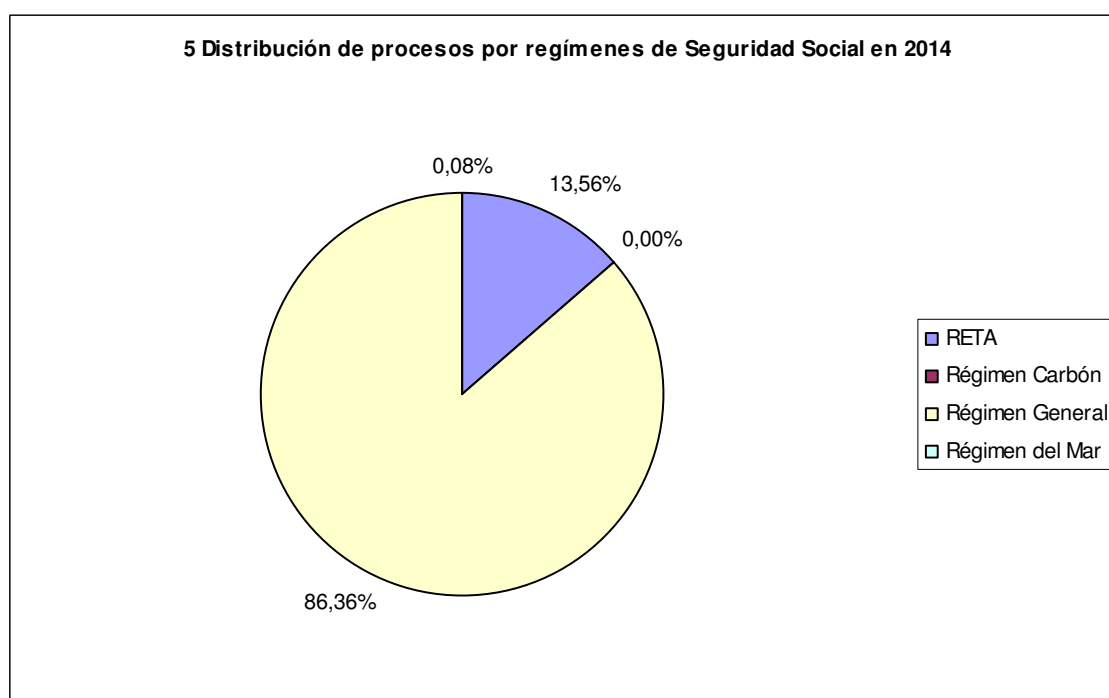


³⁵ La Seguridad Social sólo aporta datos del colectivo de Mutuas

³⁶ Datos de enero a marzo de 2015.

4.5 Distribución de procesos por regímenes de Seguridad Social en 2014

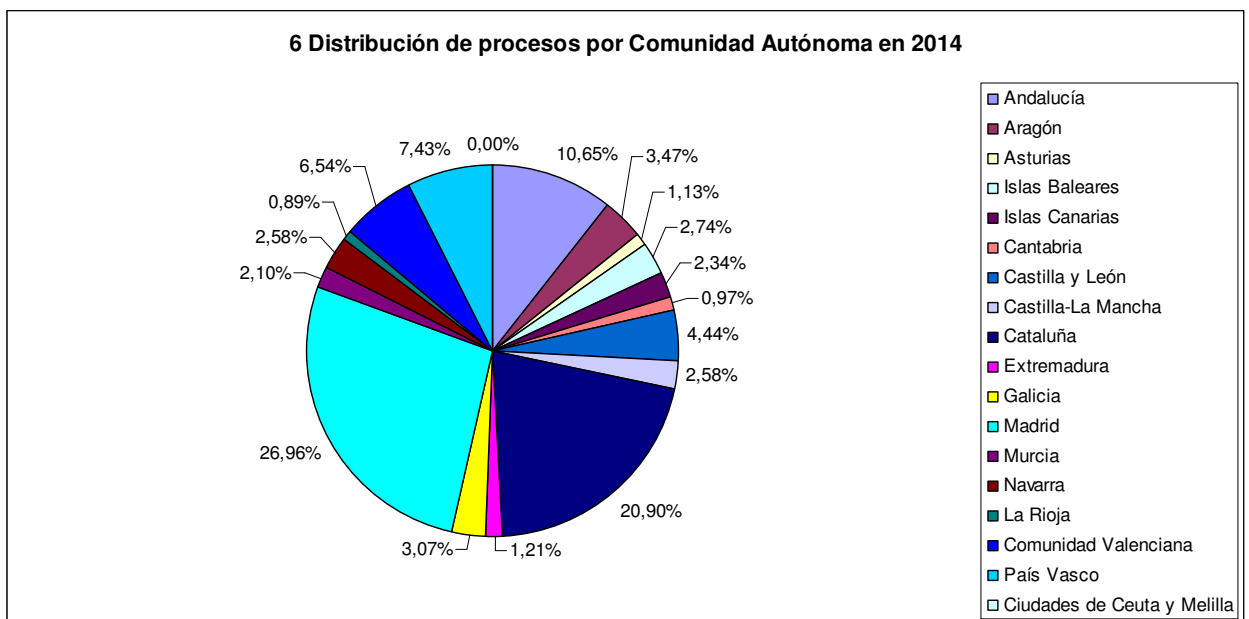
Régimen SS	Procesos	Porcentaje
RETA	168	13,56%
Régimen del Carbón	0	0,00%
Régimen General	1.070	86,36%
Régimen del Mar	1	0,08%



Parece lógica la distribución que vemos en esta estadística, partiendo, como hemos indicado, que la prestación de cuidado de menor es solicitada mayoritariamente por mujeres, que tienen escasa presencia en los regímenes del mar y el carbón, ya de por sí minoritarios.

4.6 Distribución de procesos por Comunidad Autónoma

Com. Autónoma	Procesos	Porcentaje
Andalucía	132	10,65%
Aragón	43	3,47%
Asturias	14	1,13%
Islas Baleares	34	2,74%
Isla Canarias	29	2,34%
Cantabria	12	0,97%
Castilla y León	55	4,44%
Castilla-La Mancha	32	2,58%
Cataluña	259	20,90%
Extremadura	15	1,21%
Galicia	38	3,07%
Madrid	334	26,96%
Murcia	26	2,10%
Navarra	32	2,58%
La Rioja	11	0,89%
Com. Valenciana	81	6,54%
País Vasco	92	7,43%
Ceuta y Melillas	0	0,00%



5. Conclusiones

Tras el análisis técnico efectuado de la prestación de cuidado de menor enfermo de cáncer u otra enfermedad grave, en base a la normativa que la regula, sentencias del orden social dictadas hasta el momento y la evolución estadística de la propia prestación, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. Se trata de un claro avance social, necesario, que viene a permitir a los progenitores de menores con las enfermedades recogidas en el anexo del R.D. 1148/2011, por medio de un subsidio, poder dedicarse al cuidado y acompañamiento de su hijo mientras dura la situación protegida sin perder ingresos.

2. Como en otros ámbitos de la normativa social, en la prestación de cuidado de menor hay distintas interpretaciones. Cuáles sean los distintos criterios asumidos por los responsables de la gestión, reconocimiento, extinción y tutela judicial, es decir, Mutuas, entidades gestoras y Jueces, que son a veces radicalmente distintos como ha quedado expuesto, pueden indicar cierta falta de la seguridad y eficacia jurídica que menciona la exposición de motivos del R.D. 1148/2011. Destacaría entre los distintos criterios, los que afectan a:

✓ Unidad familiar. En el trabajo se han analizado tres sentencias con tres criterios. Parece lógico que, aun estando en una situación de divorcio, nulidad o separación, si la persona que tiene la custodia del menor no cuenta con el apoyo económico y logístico recogido en el convenio de separación o divorcio, no cuente el incumplidor como miembro de la unidad familiar. El concepto que recoge el art. 185 de la LGSS parece adecuado para aplicar a la gestión de esta prestación, tan directamente ligada al concepto de familia.

✓ Cuidado directo, continuo y permanente. Uno de los puntos con más disparidad en la interpretación realizada en sentencias, aunque la mayoría de ellas van lógicamente en la línea de ser necesario, no sólo que el menor esté en el domicilio, sino que además requiera una serie de atenciones y que éstas sean dispensadas por la persona progenitora beneficiaria de la prestación. La escolarización, en sus distintos niveles o modalidades del menor enfermo (de integración, especial), es un criterio que parece válido, salvo

cuando, por las características del menor, se requiera de la presencia del beneficiario de forma constante o regular. No parece que se pueda prestar un cuidado continuo, permanente y, sobre todo, directo, a distancia, de forma no presencial. La enfermedad infantil es socialmente un tema muy delicado y que puede dar pie a generalizar, llegando a confundir finalidades de las prestaciones, buscando, en ciertos casos, en esta prestación lo que correspondería a ser protegido mediante el Sistema Nacional de Dependencia, de contar éste con los recursos necesarios.

✓ Beneficiario con contrato a tiempo parcial. Más allá de las interpretaciones que algunas entidades encargadas del reconocimiento y algunas sentencias corroboran, quizás habría que plantear, siguiendo los criterios repetidas veces asumidos por el Tribunal Constitucional, si es adecuado que una persona, fundamentalmente mujer, por tener un contrato de tiempo parcial, que muchas veces no es su elección, pueda ver perjudicado su derecho a acceder a una prestación de la Seguridad Social. Pero en este caso no hablo de la interpretación que se hace del R.D., sino de su modificación.

La “juventud” de la prestación hace que su desarrollo jurídico todavía no haya llegado al Tribunal Supremo en casación, por lo que no hay Jurisprudencia que unifique doctrina.

6. Recursos empleados

Información de la prestación de cuidado de menor en las web de las entidades que la gestionan: Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social e Instituto Nacional de la Seguridad Social (página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social).

1. Activa Mutua, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, número 003
<http://www.activamutua.es/108-en-que-consiste-esta-prestacion>
2. Mutua Cesma, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, número 115
<http://www.mutuacesma.com/Cuidado-de-menores-afectados-por.html>
3. Mutua Asepeyo, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, número 151
<https://www.asepeyo.es/novedades/nueva-prestacion-por-cuidado-de-hijos-con-cancer-o-enfermedad-grave>
4. Mutua Egarsat, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, número 276
<http://www.egarsat.es/Servicios-y-prestaciones/Prestaciones-economicas/Cuidado-de-menores-afectados-por-cancer-u-otra-enfermedad-grave>
5. Mutua Fraternidad-Muprespa, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, número 275
https://www.fraternidad.com/es-ES/contenidos/QUE-ES-EL-CUIDADO-DE-MENORES-AFECTADOS-POR-CANCER-U-OTRA-ENFERMEDAD-GRAVE_6_6_0.html
6. Mutua Fremap, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, número 061
<http://www.fremap.es/Conocenos/coberturas/Paginas/CuidadoMenores.aspx>
7. Mutua Ibermutuamur, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, número 274
<http://www.ibermutuamur.es/trabajadores-protegidos/coberturas-prestaciones-y-servicios/accidente-de-trabajo-y-enfermedad-profesional/prestaciones-economicas/cuidado-de-menores-afectados-por-cancer-u-otra-enfermedad-grave/>
8. Mutua MAC, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, número 272
<http://www.mac-mutua.org/index.php/noticias/190-nueva-prestacion-a-los-progenitores-trabajadores-para-el-cuidado-de-menores-con-cancer>
9. Mutua MAZ, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, número 011
<http://www.maz.es/PrestacionesYServicios/Paginas/R%C3%A9gimen%20General/Cuidado%20de%20menores/cuidado-de-menores-Inicio.aspx>
10. MC Mutual, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, número 001
http://www.mc-mutual.com/contenidos/opencms/es/webpublica/quienes_somos/servicios_y_prestaciones/cuidado_menores/
11. Mutua Balear, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, número 183
<http://www.mutuabalear.es/paginams.asp?pagina=242>

12. Mutua Gallega, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, número 201
<http://www.mutuagallega.es/1/31/21/47/su2/cuidado-de-menores-enfermos-cume/>
13. Mutua Intercomarcal, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, número 039
<http://www.mutua-intercomarcal.com/portal/empresa/11/Prestaciones-Familiares/>
14. Mutua Navarra, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, número 021
<http://www.mutuanavarra.es/servicios/perfil-empresa/cobertura-por-contingencia-profesional/cuidado-de-menores-afectados-por-cancer-u-otras-enfermedades-graves>
15. Mutua Montañesa, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, número 007
<http://www.mutuamontanesa.es/web/servicios/empresas/tus-prestaciones-economicas/>
16. Mutua Universal, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, número 010
http://www.mutuauniversal.net/wps/portal/menu_superior/superior.derecha.cuidar/qe/!ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hnd0cPE3MfAwN_Mz9HA09fU0NncyNjQwN3I6B8pFm8uae3iaGliYGlV1-ooYFRmJOJk5mFo7GBgQExunHJG5gR002IH5Wek58EdKWfR35uqn5BbmhEpaOiI_gBH_vk-/d13/d3/L3dDb0EvUU5RTGtBISEvWUZSdndBISEvNI9DR0FINDdMMDBPNk5BMEINNTFDNzIzMTAwNQ!!/
17. Mutua Mutualia, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, número 002
<http://www.mutualia.es/opencms/opencms/TRABAJADORES/Prestacion-economica-por-cuidado-de-menores-afectados-por-enfermedad-grave/>
18. Mutua Solimat, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, número 072
<http://www.solimat.com/prestacion-hijos.html>
19. Mutua UMIVALE, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, número 015
http://www.umivale.es/portal/cms/empresa/prestaciones/cuidado_hijo_menor/que_es/
20. Mutua Unión de Mutuas, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, número 267
http://www.uniondemutuas.es/index.php?option=com_content&task=view&id=181&Itemid=199
21. Ministerio de Empleo y Seguridad Social
http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Cuidamenoresgraves/index.htm

Estadísticas oficiales de la prestación de cuidado de menor.

1. Ministerio de Empleo y Seguridad Social
http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/EstadisticasCUME/index.htm