

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA**

*Sentencia 466/2014, de 22 de enero de 2014*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 4826/2013*

**SUMARIO:**

**Prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.** La diabetes no se puede considerar como una enfermedad grave, ya que no lleva consigo el ingreso hospitalario ni la estancia durante largo tiempo en el domicilio teniendo en cuenta los horarios del menor.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 135 quarter.

RD 1148/2011 (Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave), art. 2.1.

**PONENTE:**

*Doña María del Mar Gan Busto.*

Magistrados:

Don IGNACIO MARIA PALOS PEÑARROYA

Don LUIS REVILLA PEREZ

Don MARIA DEL MAR GAN BUSTO

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA**

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08121 - 44 - 4 - 2012 - 8041475

CR

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMA. SRA. M. MAR GAN BUSTO

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

En Barcelona a 22 de enero de 2014

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A** núm. 466/2014

En el recurso de suplicación interpuesto por MUTUA ASEPEYO frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Mataró de fecha 22 de mayo de 2013 dictada en el procedimiento Demandas nº 716/2012 y siendo recurrido/a INSTITUT NACIONAL DE LA SEGURETAT SOCIAL (INSS) y Camilo . Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. M. MAR GAN BUSTO.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.**

Con fecha 5 de Septiembre de 2012 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Seguridad Social en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 22 de mayo de 2013 que contenía el siguiente Fallo:

"ESTIMAR la demanda interposada pel demandant Don. Camilo , i dirigida contra l'INSS i contra la Mútua ASEPEYO, amb RECONEXIMENT DEL DRET del demandant a rebre prestació econòmica per a la cura de menor afectat per càncer o una altra malaltia greu, concretament el 100% de la base reguladora de 28'34 euros diaris, amb efectes des del dia 7 de febrer de 2012 i amb durada com a mínim fins el dia del judici, 24 d'abril de 2013, sense perjudici de possibles posteriors pròrroques, amb CONDEMNA de la Mútua ASEPEYO al pagament de la referida prestació i sense perjudici de les responsabilitats legals que en el seu cas li poguessin correspondre a l'INSS."

**Segundo.**

En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMER.- En data 7 de maig de 2012 el Sr. Camilo , donat d'alta com a autònom amb activitat econòmica dedicada a la confecció de roba interior, que desenvolupa a la localitat de Calella, presenta la reclamació de prestació econòmica per a cuidar menors afectats per càncer o una altra malaltia greu, identificant a en Fructuoso com el seu fill menor, nascut en data NUM000 de 2002 i afectat de diabetis mellitus I, segons declaració mèdica del seu pediatra del CAP de Calella, Dr. Íñigo , identificant a la Sra. Micaela com l'altre progenitor del menor i sent el dia 1 de gener de 2012 la data d'inici de la seva reducció de jornada en un 50%

SEGON.- La Mútua ASEPEYO dicta resolució en data 23 de maig de 2012 en la que denega la prestació a l'empara del que preveuen els articles 135 quàter de la Llei General de la Seguretat Social i 2 del RD 1148/2011, més concretament pel fet de no acreditar-se que la malaltia del menor necessités un ingrés hospitalari de llarga durada i tractament continuat de la malaltia, sense poder-se tampoc assimilar a ingrés hospitalari de llarga durada la continuació del tractament mèdic o de la cura del menor en el domicili, per no concórrer les circumstàncies d'atenció directa, continuada i permanent per part d'un dels progenitors.

TERCER.- En la seva declaració mèdica, el Dr. Íñigo , pediatra del menor, manifesta, pel que fa al període estimat de durada de la necessitat de cuidar el menor directament, continuament i permanentment per part del progenitor/acollidor, que aquest període és indefinit.

QUART.- Es presenta reclamació administrativa prèvia en data 4 de juliol de 2012 que resulta desestimada per resolució de data 18 de juliol de 2012, en la qual bàsicament es diu que no consta acreditada de forma fefaent la necessitat de cura continuada pels progenitors; que el menor acudeix sense problemes al centre escolar, sense que sigui necessària la presència dels progenitors a l'escola; que la norma que es pretén aplicar per la part demandant té com a finalitat compensar la pèrdua d'ingressos que poden patir els progenitors que es veuen obligats a reduir la seva jornada de treball per la necessitat d'atenció del menor de forma directa, contínua i permanent durant el temps d'hospitalització i tractament mèdic; i admetent-se que el menor necessita estar sota la supervisió dels seus progenitors, però no de forma directa, contínua i permanent.

CINQUÈ.- El menor Fructuoso té diagnosticada la malaltia des de febrer de 2004. La diabetis mellitus I és una malaltia autoimmunitària per la qual el cos humà és del tot incapaç de sintetitzar insulina, hormona necessària per a metabolitzar el sucre de la sang, exigint-se, per tal de mantenir els nivells de sucre regulats, i sense perjudici de què el menor afectat pugui i hagi de dur una vida normal, monitoritzar la glucèmia entre 4 i 8 cops al dia, injeccions d'insulina unes 3 o 4 vegades al dia, comptabilització de sucres en tots els menjars diaris, atenció a les possibles pujades o baixades del nivell de sucre i atenció a la quantitat d'exercici físic realitzat, a banda de 4 controls anuals especialitzats. El menor Fructuoso va ser objecte d'un ingrés hospitalari l'any 2004 en el debut de la malaltia. Pateix també malaltia celíaca. El menor està seguint actualment tractament amb insulina d'acció ràpida amb una dosi total de 12 unitats distribuïdes en 4 preses, esmorzar, dinar, berenar i sopar, així com amb insulina d'acció prolongada administrada amb una dosi total de 13 unitats en el sopar, per a un càlcul de 215 grams al dia d'hidrats de carboni, distribuïts en 5 racions al dia.

SISÈ.- El menor Fructuoso està matriculat en el cinquè curs d'Educació Primària en el Centre Escolar Escola Pia de Calella, fent horari des de les 09:00 fins a les 13:00 i des de les 15:00 fins a les 17:00 hores; des del departament psicopedagògic de l'escola se l'ha derivat al centre Pangea per a valorar les seves dificultats d'aprenentatge; ha estat absent 7 dies per vacances i malaltia durant el segon trimestre, en el qual també ha estat 10 dies parcialment absent per motius com assistència al Centre Pangea, anada al metge, trobar-se malament un cop començada la classe o arribar més tard perquè no pot fer educació física per recomanació mèdica.

SETÈ.- El menor fa cursos de natació en el Club Natació de Calella des del mes de gener de 2011, els dimarts i els dijous des de les 19:00 fins a les 19:45 hores.

VUITÈ.- Les parts admeten, per al cas d'estimació de la demanda, una base reguladora de 28'34 euros i una data d'efectes 7 de febrer de 2012, admetent també la Mútua demandada, per al cas de no admetre's una durada inicial de la prestació d'un mes, una durada fins al dia del judici, sense perjudici de possibles pròrrogues posteriors. "

### **Tercero.**

Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada Mutua Asepeyo, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, la parte actora, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

Contra la sentencia de instancia en la que estima la pretensión, se alza en suplicación la parte demandada (la Mutua Asepeyo), articulando el recurso por la vía del apartado c del art 193 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, que impugna la parte actora.

Centrando los términos del recurso en la revocación de la sentencia de instancia, y se declare ajustado a derecho el acuerdo de denegación de la prestación de 23 de mayo de 2012 por el que se le deniega la solicitud de prestación de cuidado de menor.

Como motivo de censura jurídica alega la infracción del art 135 quater de la Ley general de la seguridad social, y el art. 2.1 del RD 1148/2011 de 29 de julio.

La justificación del mismo lo basa en que no se da la situación de cuidado directo continuo y permanente, dado que el menor está escolarizado, lleva un ritmo de vida ordinario y no precisa ni estancia en domicilio durante largo período de tiempo ni cuidado directo continuo y permanente por parte del progenitor.

Partiendo del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia que se da por reproducido a todos los efectos en este fundamento.

### **Segundo.**

El artículo 135 quater de la Ley general de la seguridad social establece lo siguiente: Situación protegida y prestación económica

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

Reglamentariamente se determinarán las enfermedades consideradas graves, a efectos del reconocimiento de esta prestación económica.

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

Para el acceso al derecho a esta prestación se exigirán los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación de maternidad contributiva.

La prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo.

Esta prestación se extinguirá cuando, previo informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, cese la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente, del hijo o del menor acogido por parte del beneficiario, o cuando el menor cumpla los 18 años.

Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla sólo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos.

La gestión y el pago de la prestación económica corresponderá a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o, en su caso, a la Entidad Gestora con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales.

Las previsiones contenidas en este artículo no serán aplicables a los funcionarios públicos, que se registrarán por lo establecido en el artículo 49.e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y la normativa que lo desarrolle.

Hay que precisar por otra parte que en el anexo del citado RD en el apartado 109 se recoge la Diabetes Mellitus tipo I.

### **Tercero.**

En relación con el artículo 2 del RD 1148/2011, establece lo siguiente: Situación protegida.1. A efectos de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, se considerará situación protegida la reducción de la jornada de trabajo que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del artículo 37.5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, lleven a cabo las personas progenitoras, adoptantes y acogedoras de carácter familiar preadoptivo o permanente, cuando ambas trabajen, para el cuidado del menor a su cargo afectado por cáncer u otra enfermedad grave incluida en el listado que figura en el anexo de este real decreto.

El cáncer o enfermedad grave que padezca el menor deberá implicar un ingreso hospitalario de larga duración que requiera su cuidado directo, continuo y permanente, durante la hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad. Se considerará asimismo como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave.

### **Cuarto.**

En el presente caso queda acreditado que el menor según se deduce del hecho probado quinto tiene diagnosticada la enfermedad desde el mes de febrero de 2004, la diabetes mellitus I que es una enfermedad autoinmune, debe de realizar inyecciones 3 o cuatro veces al día como se indica en el mismo, tuvo un ingreso hospitalario en el año 2004, y padece también una enfermedad celíaca, en la actualidad sigue el tratamiento de insulina rápida con las dosis que se refieren en el citado hecho probado.

### **Quinto.**

Pero hay que precisar que como se deduce del hecho probado sexto, el menor está matriculado en el quinto curso de educación primaria en el Centro Escolar Escola Pia de Calella, con el horario de 9 a 13 horas y de 15 horas a 17 horas, hace cursos de natación en el club de natación de Calella desde el mes de enero de 2011, los martes y jueves desde las 19 horas a las 19,45 horas.

### **Sexto.**

Por lo que cabe concluir como indica la parte recurrente, que se trata de un menor de 10 años, pues nació el NUM000 de 2002, 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 analicemos la presencia continuada al lado del menor por parte del progenitor.

Ya que no se puede considerar como una enfermedad grave a la que se refiere el art 135 quater de la LGSS ni tampoco el art 2.1 del RD anteriormente citado.

No quedando ello desvirtuado por que se le haya derivado al centro Pangea para valorar las dificultades de aprendizaje.

En la medida que la propia parte actora en la impugnación del recurso de suplicación hace mención a que se intenta que lleve la vida lo más normal posible, y no justifica por si mismo el que en el anexo del RD citado se haga la mención en el apartado 109 a la diabetes mellitus I.

### **Séptimo.**

Hay que señalar que en un supuesto similar de diabetes mellitus ha establecido la sentencia del ,Roj: STSJ Castilla León, 1216/2013. Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social. Nº de Recurso: 150/2013. Fecha de Resolución: 06/03/2013., y si bien es cierto que la menor Belen, de 10 años de edad, padece una Diabetes Mellitus Tipo I, recogida en el Anexo citado (apartado XVI punto 109); no menos cierto lo es que el tratamiento pautado a la menor por los servicios de endocrinología pediátrica del Hospital Clínico Universitario 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 artículo 2.1 del Decreto de 2011.....sino que es notoriamente conocido que el

estado de la ciencia ha permitido a los enfermos insulino-dependientes llevar unos ritmos de vida ordinarios, gracias a mecanismos tales como las bombas de insulina, los bolígrafos auto inyectables, o las variedades de insulina de acción rápida y lenta, cuya combinación permite a los facultativos pautar dosis adecuadas al tipo de vida de cada paciente, obteniendo resultados altamente satisfactorios; todo ello y sin perjuicio de episodio puntuales de descompensación que son reconducidos normalmente de manera rápida y eficaz por los especialistas. En conclusión, la edad de la paciente (apta para controlar su medicación y nivel de glucemia dada la simplicidad de los mecanismos de suministro) y la falta de concurrencia de los presupuestos exigidos por la norma para la consumación del hecho causante generador del derecho que se reclama, impone la desestimación del recurso examinado.

#### **Octavo.**

En consecuencia es ajustado a derecho la resolución 18 de julio de 2012, en la que desestima la reclamación previa contra la resolución de 23 de mayo de 2012.

De conformidad con las precedentes consideraciones estimamos el recurso de suplicación al producirse la infracción de los arts citados en los términos que lo formula la parte recurrente, y por ello revocamos la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos, absolviendo a la parte recurrente de los pedimentos deducidos en la demanda.

Con las consecuencias previstas en el art 203.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social .

#### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de suplicación que formula la MUTUA ASEPEYO , contra la sentencia del juzgado social 2 de MATARÓ, autos 716/2012 de fecha 22 de mayo de 2013, seguidos a instancia de Camilo , contra la MUTUA ASEPEYO, y el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre prestaciones no contributivas y graus de discapacidad, debemos de revocar y revocamos la citada resolución en todos sus pronunciamientos, absolviendo a MUTUA ASEPEYO, y el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, de los pedimentos deducidos en la demanda.

Procédase a la devolución a la parte recurrente del depósito constituido y del aseguramiento prestado una vez conste la firmeza de esta resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Asímismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER , Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

Publicación. La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.