

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

Sentencia 400/2014, de 9 de mayo de 2014

Sala de lo Social

Rec. n.º 1968/2013

SUMARIO:

Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Calculo de la base reguladora cuando la trabajadora ya tenía reconocida una reducción de jornada por cuidado de hijo. Debe efectuarse en relación a la base de cotización equivalente a la realizada tomando en consideración la jornada de trabajo a tiempo completo desarrollada antes de solicitar la reducción de jornada para el cuidado de hijo menor con discapacidad física. Calcular la prestación en virtud de la jornada reducida perjudicaría de forma desproporcionada a la trabajadora, ya que constituiría un trato discriminatorio indirecto no otorgar en toda su extensión a tan repetida prestación el alcance real que, una vez instaurada, le es propio, por cuanto ello vendría a entrañar, a la postre, deparar un tratamiento peyorativo al colectivo de mujeres, desde el mismo momento que en la sociedad española actual -se quiera o no- son ellas las que por regla general se ocupan del cuidado permanente, directo y continuo de los hijos con enfermedades graves, lo que equivaldría a violentar los principios rectores de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 37.5.

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

PONENTE:

Don Juan Miguel Torres Andrés.

Magistrados:

Don IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER

Don JUAN MIGUEL TORRES ANDRES

Doña MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección n.º 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34002650

NIG : 28.079.44.4-2012/0009622

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 1968/13

Sentencia número: 400/14

S.

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

Ilma. Sra. D^a. MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

En la Villa de Madrid, a nueve de mayo de dos mil catorce, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación número 1968/13 interpuesto por FREMAP, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada en 28 de diciembre de 2.012 por el Juzgado de lo Social núm. 11 de los de MADRID, en los autos núm. 224/12, seguidos a instancia de DOÑA Rita, contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y FREMAP, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre prestación económica por menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

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

Segundo.

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

PRIMERO. D^a Rita, nacida el NUM000 -1.974, se encuentra afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con el n^o NUM001, prestando servicios para la empresa Deloitte S.L., con antigüedad de 3-4-2000, categoría profesional de "Experienced Senior", correspondiendo percibir a la misma en el año 2011 en jornada completa, un salario mensual ascendente a 3.583,33 euros, con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias. La citada empresa tiene concertado el riesgo profesional con FREMAP, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social n^o 61 (doc. n^o 5 de los aportados con la demanda).

SEGUNDO. La demandante está casada con D. Ezequias y tiene dos hijos, Delfina y Lucio, nacidos respectivamente, el NUM002 -2003 y el NUM003 -2005.

El niño Lucio, está afectado de "Encefalopatía mixta secundaria a CMV (malformación congénita del sistema nervioso central de origen viral, prenatal). Epilepsia secundaria".

TERCERO. Con efectos de 1-9-2008, la demandante solicitó a la empresa en la que presta servicios, la reducción de la jornada de trabajo en un 37,5%, con reducción proporcional de la retribución, al amparo de lo establecido en el art. 37.5) del Estatuto de los Trabajadores, desarrollando a partir de dicha fecha un horario de 9 h. a 14 h., de lunes a viernes, habiendo percibido un salario mensual ascendente a 2.239,58 euros, con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias (doc. n^o 2 y n^o 4 de los aportados con la demanda).

Con efectos de 1-10-20 11 la demandante solicitó la reducción de la jornada de trabajo en un 52%, al amparo de lo establecido en el art. 37.5) del Estatuto de los Trabajadores y Ley 39/2010, con reducción proporcional de la retribución, tanto fija como variable, percibiendo a partir de dicha fecha, la cantidad de 1.720

euros mensuales, con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias (doc. nº 3 y nº 5 de los aportados con la demanda).

CUARTO. Tramitado expediente sobre prestaciones económicas por cuidado de menores afectados de enfermedades graves, por la Mutua demandada, con fecha 20-10-2011, se dictó resolución reconociendo el derecho de la demandante a la prestación correspondiente con efectos de 1-10-2011, en cuantía de 47,03 euros/día.

QUINTO. La base reguladora mensual de la prestación solicitada asciende a 3.230,10 euros.

Tercero.

En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Estimando la demanda interpuesta por D^a. Rita contra INSS, TGSS y FREMAP MATEP DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación sobre prestaciones económicas, debo declarar y declaro el derecho de la demandante a percibir la prestación económica por cuidado de menores afectados de enfermedades graves ya reconocida, calculada tomando en consideración la base reguladora correspondiente a una jornada de trabajo completa, ascendente a la cantidad de 3.230,10 euros, condenando a las demandadas a estar y pasar por la citada declaración, y, a FREMAP, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 61, al abono de la citada prestación, en la cuantía que corresponda, con efectos de 1-10- 2011".

Cuarto.

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por FREMAP,, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la demandante.

Quinto.

Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 3 de diciembre de 2013, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

Sexto.

Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 23 de abril de 2014, señalándose el día 7 de mayo de 2014 para los actos de votación y fallo.

Séptimo.

En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia. A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia de instancia, dictada en la modalidad procesal de prestaciones de la Seguridad Social en materia de subsidio por el cuidado de menores afectados por cáncer u otras enfermedades graves, tras acoger la demanda que rige las presentes actuaciones, dirigida contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y Fremap, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, declaró el derecho de la actora a lucrar "la prestación económica por cuidado de menores afectados de enfermedades graves ya reconocida, calculada tomando en consideración la base reguladora correspondiente a una jornada de trabajo completa, ascendente a la cantidad de 3.230,10 euros ", condenando a las Entidades codemandada a "estar y pasar por la citada declaración ", así como a Fremap, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, "al abono de la citada prestación, en la cuantía que corresponda, con efectos de 1-10-2011".

Segundo.

Recorre en suplicación la Mutua traída al proceso instrumentando un único motivo con inadecuado encaje procesal, pues se ampara en el artículo 191 c) del previgente Texto Refundido de la Ley de Procedimiento

Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1.995, de 7 de abril, cuando, por la fecha de inicio del proceso, debió hacerlo en la Ley 36/2.011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, tal como establece el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de esta última norma adjetiva, lo que no es óbice para su examen dada la tutela efectiva que cabe exigir de este Tribunal. El mismo se ordena al examen del derecho aplicado en la resolución combatida, denunciando como vulnerado el artículo 135 quater del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1.994, de 20 de junio, relativo al subsidio por el cuidado de menores afectados por cáncer u otras enfermedades graves, prestación económica a cargo del Sistema de la Seguridad Social que introdujo la Ley 39/2.010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2.011, trayendo, asimismo, a colación el artículo 6 del Real Decreto 1.148/2.011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo en el Sistema de la Seguridad Social de la citada prestación. Impugna el recurso la demandante, mas no el Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Tercero.

Una precisión más: con base en el artículo 195.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, solicita la beneficiaria en su escrito de impugnación que se inadmita el recurso con base en que, en sus propias palabras, "siendo una entidad gestora la recurrente, debió acompañar la preceptiva certificación acreditativa de que comenzaba el abono de la prestación en la forma establecida en el fallo y que proseguiría con su pago, en tanto en cuanto durara la tramitación del presente recurso ". Se queja, en suma, de lo que entiende un incumplimiento del requisito de procedibilidad contenido en el artículo 230.2 c) de aquella norma procesal. Lo que sucede es que la Mutua que recurre no es una Entidad Gestora de la Seguridad Social, ni la prestación económica cuyas diferencias se reconocen es una pensión de carácter periódico, sino un subsidio de duración limitada en el tiempo, motivo por el cual cuando dicha Entidad Colaboradora anunció la suplicación procedió a efectuar el preceptivo depósito y consignó el importe de la condena (folios 138 y 139 de las actuaciones), lo que se tuvo por correcto en diligencia de ordenación datada el 28 de febrero de 2.013 (folios 140 y 141), la cual, tras notificarse a la parte actora (folio 142), ganó firmeza, de modo que no es posible acceder a la inadmisión que en esta sede se interesa.

Cuarto.

Dicho esto, el precepto legal cuya infracción censura el motivo dispone: "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 regirán 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 ", precepto cuyo párrafo último fue introducido por Ley 27/2.011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social.

Quinto.

Por su parte, el artículo 6 de la norma reglamentaria a que se refiere el precepto que acabamos de transcribir, esto es, el Real Decreto 1.148/2011, antes calendado, establece: "1. La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave consistirá en un subsidio, de devengo diario,

equivalente al 100 por 100 de la base reguladora establecida para la prestación por incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales o, en su caso, la derivada de contingencias comunes, cuando no se haya optado por la cobertura de las contingencias profesionales, aplicando el porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo. En aquellos supuestos en que la persona trabajadora no tenga cubierta la contingencia de incapacidad temporal en el régimen de Seguridad Social que deba reconocer la prestación, la base reguladora de la misma estará constituida por la base de cotización de contingencias comunes. La base reguladora del subsidio se modificará o actualizará al mismo tiempo que las bases de cotización correspondientes. 2. En el caso de personas trabajadoras contratadas a tiempo parcial, la base reguladora diaria 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 período. A dicha base reguladora se aplicará el porcentaje de reducción de jornada que corresponda. De ser menor la antigüedad de la persona trabajadora en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales comprendidos en dicho período" .

Sexto.

Se trata, en suma, de una nueva prestación económica a cargo de la Seguridad Social creada a partir de 1 de enero de 2.011 con ocasión de la reforma del artículo 37.5 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1.995, de 24 de marzo, que también llevó a cabo la Ley 39/2.010, ya citada, y que a la sazón del hecho causante decía: " Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla. Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida. El progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquélla, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años . Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas. Las reducciones de jornada contempladas en el presente apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa" (el énfasis es nuestro) .

Séptimo.

Nótese que el mandato legal recogido en el precepto examinado antes de que fuese modificado por la Ley 39/2.010 era éste: "Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla. Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida. La reducción de jornada contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa". En otras palabras, antes de la reforma operada, nada se preveía de modo específico, sin perjuicio de contemplar la situación atinente a menores entonces de 8 años, o a personas discapacitadas en general, en relación con la necesidad de cuidado continuado, directo y permanente de los menores que estuvieran afectados por cáncer o cualquier otra enfermedad grave, lo que es bien distinto.

Octavo.

O sea, anteriormente los guardadores legales de menores de ocho años, ahora doce, o personas con discapacidad física, psíquica o sensorial tenían derecho a reducir su jornada laboral en los porcentajes mínimo y

máximo a que nos referimos con la consiguiente disminución proporcional de su retribución, pero nada más. Sin embargo, a partir de 1 de enero de 2.011, si el menor aquejaba cáncer u otra enfermedad grave de las que se recogen en el anexo al Reglamento a que antes nos referimos el Legislador dispuso la posibilidad de reducir, como mínimo, la mitad de la jornada de trabajo para su cuidado continuado, directo y permanente hasta cumplir los dieciocho años con la consecuente disminución salarial, mas con derecho, asimismo, a percibir una prestación económica en forma de subsidio a cargo de la Seguridad Social, cuya cuantía es, precisamente, la debatida en autos.

Noveno.

Vayamos ahora a los presupuestos fácticos en que descansa la controversia material que separa a las partes. Los mismos lucen con precisión en la versión judicial de lo sucedido, que permanece inatacada, y son éstos: 1- La actora, afiliada al Régimen General de la Seguridad Social, viene prestando servicios "para la empresa Deloitte S.L., con antigüedad de 3-4-2000, categoría profesional de 'Experienced Senior', correspondiendo percibir a la misma en el año 2011 en jornada completa, un salario mensual ascendente a 3.583,33 euros, con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias. La citada empresa tiene concertado el riesgo profesional con FREMAP, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social n.º 61 (doc. n.º 5 de los aportados con la demanda)", tal como sienta el hecho probado primero. 2- Conforme al que sigue, de sus dos hijos, el menor, Lucio, nacido el NUM003 de 2.005, está afectado, desgraciadamente, de una "encefalopatía mixta secundaria a CMV (malformación congénita del sistema nervioso central de origen viral, prenatal). Epilepsia secundaria" .

Décimo.

Siguiendo con estos antecedentes: 3- El ordinal tercero relata que: "Con efectos de 1-9-2008, la demandante solicitó a la empresa en la que presta servicios, la reducción de la jornada de trabajo en un 37,5%, con reducción proporcional de la retribución, al amparo de lo establecido en el art. 37.5) del Estatuto de los Trabajadores, desarrollando a partir de dicha fecha un horario de 9 h. a 14 h., de lunes a viernes, habiendo percibido un salario mensual ascendente a 2.239,58 euros, con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias (doc. n.º 2 y n.º 4 de los aportados con la demanda)" . 4- A su vez, según este mismo hecho probado: "(...) Con efectos de 1-10-2011 la demandante solicitó la reducción de la jornada de trabajo en un 52% al amparo de lo establecido en el art. 37.5) del Estatuto de los Trabajadores y Ley 39/2010, con reducción proporcional de la retribución, tanto fija como variable, percibiendo a partir de dicha fecha, la cantidad de 1.720 euros mensuales, con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias (doc. n.º 3 y n.º 5 de los aportados con la demanda)". Y finalmente, 5- Sienta el cuarto que: "Tramitado expediente sobre prestaciones económicas por cuidado de menores afectados de enfermedades graves, por la Mutua demandada, con fecha 20-10-2011, se dictó resolución reconociendo el derecho de la demandante a la prestación correspondiente con efectos de 1-10-2011, en cuantía de 47,03 euros/día" .

Undécimo.

El discurso argumentativo de este único motivo es sencillo, y puede resumirse en propugnar una interpretación estrictamente literal del artículo 135 quater de la Ley General del Sistema, en el sentido de que la base reguladora del subsidio litigioso no puede ser la correspondiente a la prestación de incapacidad temporal como si al producirse el hecho causante la jornada de trabajo de la demandante fuera a tiempo completo, que es lo pretendido y acogido por la Juez a quo, sino que ha de tenerse en cuenta la base de cotización dimanante de la reducción de jornada del 37,5 por 100 que la misma inició en 1 de septiembre de 2.008 por guarda legal de un menor y, además, discapacitado, o sea, antes de que tuviese lugar la reforma del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores y, a su vez, la mejora de la acción protectora básica de la Seguridad Social mediante la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave que introdujo el 135 quater en la Ley General de la Seguridad Social, ambos merced a la Ley 39/2.010, antes reseñada.

Duodécimo.

Como expresa la iudex a quo en el fundamento segundo de su sentencia: "(...) la demandante reclama el derecho a percibir la prestación económica por cuidado de menores afectados de enfermedades graves regulada en el art. 135 quater de la Ley General de la Seguridad Social, calculada en relación a la base de cotización equivalente a la realizada tomando en consideración la jornada de trabajo a tiempo completo que es la que desarrollaba antes de solicitar la reducción de jornada para el cuidado de hijos menores con discapacidad física, psíquica o sensorial prevista en el art. 37.5) del Estatuto de los Trabajadores . La Mutua demandada se opuso por

entender que la prestación reconocida a la demandante ha de calcularse, de conformidad con los preceptos de aplicación, con referencia a la base reguladora correspondiente a la prestación de Incapacidad Temporal del mes anterior a la solicitud, manteniéndose en el acto del juicio, que en su caso, la demandante debió renunciar con anterioridad a la solicitud de la prestación económica controvertida a la reducción de jornada que tenía reconocida en la empresa, a fin de volver a la situación inicial de trabajo a jornada completa, y no habiéndose efectuado así, es por lo que se ha denegado su solicitud, al no existir previsión legal expresa al respecto" .

Decimotercero.

La Sala no puede sino compartir la solución alcanzada por la Magistrada de instancia. Nos explicaremos. Como la misma pone de relieve al final del mismo fundamento: "(...) Los anteriores criterios interpretativos son los que han de considerarse también en el presente caso, para la aplicación de lo dispuesto en el art. 6 del Real Decreto 1148/2011, en relación a lo establecido en la Orden de 13 de octubre de 1967, por la que se dictan Normas para la Aplicación y Desarrollo de la Prestación por Incapacidad Laboral Transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social, cuando como en el supuesto examinado, la trabajadora se encuentra con anterioridad a la solicitud de la prestación económica por cuidado de menores con enfermedades graves regulada en el art. 135 quater de la LGSS, afectada de reducción de jornada para el cuidado de hijos menores con discapacidad física, psíquica y sensorial, solicitada al amparo de lo establecido en el art. 37.5) del Estatuto de los Trabajadores (ET), debiendo entenderse que el criterio seguido por la Mutua demandada consistente en calcular la prestación económica, en función de las cotizaciones efectuadas por la demandante, con la jornada reducida para el cuidado de su hijo menor discapacitado, perjudicaría de forma desproporcionada a la misma por haber utilizado esta vía legal de compaginación de su trabajo, con el cuidado de su hijo menor afectado de enfermedades graves, con antelación a la solicitud de la prestación de Seguridad Social y resultaría contraria a la finalidad de las normas citadas, en la interpretación dada a las mismas por nuestros Tribunales (...)" .

Decimocuarto.

En efecto, varias son las razones que avalan el criterio expuesto. Ante todo, porque se trata de una nueva prestación económica en forma de subsidio a cargo del Sistema de la Seguridad Social vigente desde el 1 de enero de 2.011 a la que, por consiguiente, no pudo acogerse la actora cuando con efectos de 1 de septiembre de 2.008 solicitó, y le fue concedida por su empresa, la reducción de jornada de trabajo por guarda legal de un hijo menor y, además, con discapacidad, que era la única posibilidad legal entonces existente, a lo que se añade que, como acertadamente indica la recurrente, el supuesto que nos ocupa, dada su especificidad y lo novedoso del subsidio de constante cita, no aparece regulado de forma expresa en el artículo 135 quater de la Ley General de la Seguridad Social, ni en el 6 del Reglamento de 29 de julio de 2.011, lo que obliga a una exégesis de sus requisitos y términos, entre ellos la cuantía de la prestación, más apegada a la finalidad que le sirve de justificación, así como a los valores constitucionales que condujeron a su establecimiento.

Decimoquinto.

Al hilo de lo anterior, la razón de ser de esta prestación económica no es otra que facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral y, en buena medida, hacer realidad así el mandato contenido en el artículo 39.2 de nuestra Carta Magna acerca de la protección integral de los hijos, en este caso los menores de dieciocho años afectados por cáncer u otra enfermedad grave, quienes, bien mirado, son los verdaderos causantes del subsidio litigioso, por mucho que los beneficiarios del mismo sean los progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, y también de la familia. Y desde este canon reforzado de enjuiciamiento constituiría un trato discriminatorio indirecto no otorgar en toda su extensión a tan repetida prestación el alcance real que, una vez instaurada, le es propio, por cuanto ello vendría a entrañar, a la postre, deparar un tratamiento peyorativo al colectivo de mujeres, desde el mismo momento que en la sociedad española actual -se quiera o no- son ellas las que por regla general se ocupan del cuidado permanente, directo y continuo de los hijos con enfermedades graves, de lo que es buena muestra el caso actual, lo que equivaldría a violentar los principios rectores de la Ley Orgánica 3/2.007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Decimosexto.

Por ello, si la demandante se encontraba desde el 1 de septiembre de 2.008 en situación de reducción de jornada por guarda legal de un menor y, además, discapacitado, única posibilidad, repetimos, prevista entonces en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores en lo que atañe a la relación laboral que vincula a la Sra. Rita y su empresa, supondría un perjuicio intolerable que, tras reformarse aquel precepto e instaurarse un nuevo supuesto de reducción de jornada específico para progenitores, adoptantes y acogedores preadoptivos o permanentes de

menores enfermos de cáncer u otras dolencias graves, con el establecimiento simultáneo, ya en clave de relación de Seguridad Social, de una prestación económica para tales casos, la misma no pudiera acogerse a ella en su plenitud de derechos, y se tomase cual pretende la recurrente como base reguladora la correspondiente a la cotización por la jornada reducida que venía realizando por aquella causa, y no la que le habría correspondido a tiempo completo como entendió la Juzgadora a quo .

Decimoséptimo.

Carecería de sentido que la referida ficción se aplicase en caso de prestaciones familiares en su modalidad contributiva (artículo 180.4 de la Ley General de la Seguridad Social) o de prestaciones por desempleo, también contributivas (artículo 211.5 de la misma norma legal), y no en supuestos como el presente. Nótese que conforme al primer párrafo del segundo de estos preceptos: "En los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 4 bis, 5 y 7 del artículo 37 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial" .

Decimoctavo.

Cuanto antecede conlleva el rechazo de este motivo y, con él, del recurso en su integridad, debiendo imponerse las costas causadas a la Mutua recurrente, al igual que decretarse la pérdida del depósito y de la consignación del importe de la condena que la misma hubo de efectuar como presupuestos de procedibilidad de la suplicación.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por FREMAP, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada en 28 de diciembre de 2.012 por el Juzgado de lo Social núm. 11 de los de MADRID, en los autos núm. 224/12, seguidos a instancia de DOÑA Rita, contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y FREMAP, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre prestación económica por menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y, en su consecuencia, debemos confirmar, como confirmamos, la resolución judicial recurrida. Se decreta la pérdida del depósito que la recurrente realizó como requisito de procedibilidad de la suplicación, al que se dará el destino legal, y de la consignación del importe de la condena. Se imponen las costas causadas a dicha Mutua, que incluirán la minuta de honorarios de la única Letrada impugnante, que la Sala fija en 350 euros (TRESCIENTOS CINCUENTA EUROS).

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

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

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

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con los establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS .

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 n.º recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en la calle Miguel Ángel 17, 28010 de Madrid,

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

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

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

PUBLICACION- Leída y publicada fue la anterior sentencia el, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, 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.