

BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (Sede Málaga)**

Sentencia 1819/2014, de 11 de diciembre de 2014

Sala de lo Social

Rec. n.º 1362/2014

SUMARIO:

Prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Requisito de que ambos progenitores trabajen. Enfermedad grave de uno de ellos por la que se le declara en situación de incapacidad permanente, circunstancia que determina su falta de alta por cese en la actividad laboral. Sin uno de los progenitores no está sujeto a la dedicación que requiere toda actividad laboral, entendiéndose la norma reguladora de esta prestación que el mismo puede prestar a su hijo la atención que requiere la enfermedad. Pero este no es el caso de quien, padeciendo una gravísima enfermedad que le repercute directamente en la funcionalidad de sus extremidades superiores, necesarias para el cuidado de su hijo, no está en condiciones de asumir tal dedicación. No concurre causa de extinción del subsidio, puesto que la situación personal del cónyuge que sí trabaja sigue siendo la misma en cuanto a la necesidad del cuidado de su hijo enfermo y persistencia de la reducción de jornada por tal motivo.

PRECEPTOS:

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

RD 1148/2011 (Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave), arts. 2 y 7.3 c).

PONENTE:

Don Ernesto Utrera Martín.

Magistrados:

Don ERNESTO UTRERA MARTIN
Don FRANCISCO JAVIER VELA TORRES
Don RAUL PAEZ ESCAMEZ

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA**

Avda. Manuel Agustín Heredia n.º 16

N.I.G.: 2906744S20120008961

Negociado: UT

Recurso: Recursos de Suplicación 1362/2014

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL N.º1 DE MALAGA

Procedimiento origen: Seguridad Social en materia prestacional 708/2012

Recurrente: MUTUA IBERMUTUAMUR

Representante: MIGUEL ANGEL ALMANSA BERNAL

Recurrido: Remigio

Representante: MANUEL JOSE GUERRERO GALAN

Recurso de suplicación número 1362/2014

Sentencia número 1819 /2014

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. ERNESTO UTRERA MARTÍN

ILTMO. SR. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ

SENTENCIA

En la ciudad de Málaga, a once de diciembre de dos mil catorce.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, compuesta por los magistrados arriba relacionados, en nombre del Rey, y en virtud de las atribuciones jurisdiccionales conferidas, emanadas del Pueblo Español, dicta la presente sentencia en el recurso de suplicación referenciado, interpuesto contra la del Juzgado de lo Social número uno de Málaga, de 10 de abril de 2014, en el que ha intervenido como parte recurrente IBERMUTUAMUR, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO 274, representada y dirigida técnicamente por el letrado don Miguel Ángel Almansa Bernal. Y como parte recurrida, DON Remigio, representado y dirigido técnicamente por el letrado don Manuel José Guerrero Galán.

Ha sido ponente ERNESTO UTRERA MARTÍN.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el proceso de Seguridad Social en materia prestacional seguido en el Juzgado de lo Social número uno de Málaga con el número 708/2012, a instancia de don Remigio contra Ibermutuamur, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social número 274, en súplica de que se revocase la decisión de dicha entidad colaboradora por la que se le había extinguido la prestación por cuidado de su hija menor gravemente enfermo, se dictó sentencia el 10 de abril de 2014, aclarada por auto de 10 de junio de ese año, cuyo fallo era del tenor siguiente:

Que se estima la demanda formulada por D^a. Remigio contra INSS y revocar la resolución impugnada, declarando el derecho del actor a continuar percibiendo las prestaciones económicas correspondientes a la reducción de su jornada por motivo del cuidado de su hija, condenando a la Mutua IBERMUTUAMUR a estar y pasar por esta declaración.

Segundo.

En dicha sentencia se declararon probados los hechos siguientes:

1.º- Mediante resolución de 30.1.12. la Mutua concedió al actor la prestación para cuidado de hijos menores enfermos, con una base reguladora diaria de 63,48 euros, 50% reducción de jornada, base reguladora ajustada 31,74 euros y fecha de inicio de pago de 1.1.12. Por resolución de 8.2.12. se modificó la anterior resolución y se estableció como fecha de inicio la de 1.2.12.

2.º- La hija fue diagnosticada de cetoacidosis diabética moderada-grave

3.º- La esposa del actor y madre de la hija fue declarada en situación de IPA por carcinoma ductal infiltrante de mama bilateral estadio IV por resolución de 23.5.12., con efectos de 12.5.12. y falleció el 1.9.09. La madre como consecuencia de su enfermedad sufría limitación funcional de los dos brazos que le impedía muchas de las tareas diarias. Recibió quimioterapia desde Marzo de 2012 hasta Septiembre de 2.012; y radioterapia desde el 26.2.13. hasta el mes de de Abril de 2013.

4.º- Por resolución de 1.6.12. la Mutua procedió a la extinción de la prestación reconocida porque uno de los progenitores no se encontraba de alta.

5.º- Interpuesta reclamación previa fue desestimada.

Tercero.

El 9 de mayo de 2014, la demandada anunció recurso de suplicación y, tras presentar el escrito de interposición, en el que solicitaba la revocación de la sentencia y la ratificación de su decisión de extinguir el subsidio, y formularse impugnación por el demandante, se elevaron las actuaciones a esta Sala.

Cuarto.

El 30 de septiembre de 2014 se recibieron, se designó ponente y se señaló la votación y fallo del asunto para el 11 de diciembre siguiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

Tal como se ha expresado en los antecedentes de esta resolución, la sentencia de instancia estimó la demanda y revocó la decisión de la entidad colaboradora que había extinguido la prestación concedida al demandante para el cuidado de su hijo menor afectado por enfermedad grave, por no hallarse el otro progenitor en situación de alta, ello por entender que se mantenía la necesidad de cuidado, aun la declaración de incapacidad permanente del otro progenitor, determinante de su falta de alta. Contra dicha sentencia, la mutua interpuso el presente recurso de suplicación con la finalidad de que se revocase dicha resolución y confirmase la extinción decidida, articulando para ello un único motivo de infracción de las normas sustantivas y de la jurisprudencia, recurso que ha sido impugnado por el demandante, y cuyo examen se abordará en el fundamento siguiente.

Segundo.

Así, la parte recurrente, al amparo del artículo 193 c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social [en adelante, LRJS], formaliza un solo motivo de suplicación, de infracción de las normas sustantivas y de la jurisprudencia, en concreto, de los artículos 135 quáter de la Ley General de la Seguridad Social, en su texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio [en adelante, LGSS], y 2 y 7.3 c) del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Sostiene la entidad colaboradora que dichas disposiciones exigen que ambos progenitores trabajen y que el cese de la actividad laboral es causa de extinción del subsidio en cuestión.

La parte recurrida impugna dicho motivo, abogando por una interpretación integradora de las normas, que conduzca, como lo ha hecho la sentencia de instancia, a admitir que la grave enfermedad que aquejó al otro progenitor, impidiéndole el cuidado de su hijo enfermo, autorizase a continuar con la percepción del subsidio aun el cese de su relación laboral por razón de la incapacidad permanente declarada.

En relación con el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, artículo 135 quáter de la LGSS establece que 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 (párrafo primero), siendo 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 (párrafo tercero). Así mismo, 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 (párrafo séptimo).

El desarrollo reglamentario de esta disposición se encuentra en el citado Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, en cuyo artículo 2, bajo el epígrafe Situación protegida, se establece en su apartado 1 que, 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 art. 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. Así mismo, el artículo 7.3. c) de dicha norma establece que el subsidio se extinguirá cuando una de las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras del menor cese en su actividad laboral, sin perjuicio de que cuando ésta se reanude se pueda reconocer un nuevo subsidio si se acredita por la persona beneficiaria el cumplimiento de los requisitos exigidos y siempre que el menor continúe requiriendo el cuidado directo, continuo y permanente.

Como justifica el preámbulo de esa disposición reglamentaria, y recuerda esta Sala (sentencia de 22 de mayo de 2014 [ROJ: STSJ AND 4311/2014]), la Disposición final vigésima primera de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, añadió el nuevo artículo 135 quáter de la

LGSS, con la finalidad de ampliar la acción protectora de la Seguridad Social, incorporando en el ordenamiento jurídico de la protección social una prestación económica destinada a los progenitores, adoptantes o acogedores que reducen su jornada de trabajo para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (párrafo primero). Dicha prestación -continuaba expresando dicho preámbulo-, con naturaleza de subsidio, tiene por objeto compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, ocasionada por la necesidad de cuidar de manera directa, continua y permanente de los hijos o menores a su cargo, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad. 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 (párrafo segundo).

Sentando lo anterior, en el supuesto sometido a consideración, del relato de hechos probados de la sentencia -versión aceptada por las partes, que no han interesado su revisión-, se desprende que la entidad colaboradora concedió al demandante, que había visto reducida su jornada de trabajo para cuidar de su hijo gravemente, junto con su esposa, el subsidio previsto para tales situaciones, con efectos desde el 1 de febrero de 2012. Ésta, a su vez, fue diagnosticada de carcinoma ductal infiltrante de mama bilateral estadio IV, recibiendo quimioterapia desde marzo de 2012, y radioterapia, desde septiembre de ese año, dolencia que, entre otras limitaciones, afectaba a la funcionalidad de los brazos. Con efectos desde el 12 de mayo de 2012, y como consecuencia de dicha enfermedad, le fue reconocida la situación pensionada de incapacidad permanente, en el grado de incapacidad permanente absoluta. La mutua, con efectos desde el 1 de junio de ese año, extinguió el subsidio porque uno de los progenitores no se encontraba de alta.

La sentencia de instancia, tal como se ha adelantado, revoca dicha decisión de la mutua, y reestablece al demandante en la percepción del subsidio extinguido, por considerar que la asistencia económica por la necesidad de que el padre cuide de la hija, con una reducción de su jornada y de su salario, se mantiene, porque la madre perdió el trabajo pero fue por la declaración en situación de IPA y estaba imposibilitada para cuidar a la hija y por tanto el marido y padre de la hija enferma tenía que seguir cuidando a ésta. Esta conclusión la refuerza con las previsiones del artículo 7.2.a) del citado Real Decreto 1148/2011, según el cual cuando, por motivos de salud, la persona que se hacía cargo del menor no pueda atenderle y se encuentre en situación de incapacidad temporal o en periodo de descanso obligatorio de maternidad por nacimiento de un nuevo hijo, podrá reconocerse un nuevo subsidio por cuidado de menores a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora, siempre que la misma reúna los requisitos para tener derecho al subsidio. Es decir -cierra la argumentación-, de haber sido la esposa quien percibiera el subsidio, al ser declarada en IT podría haberse reconocido el subsidio al marido. Carece de sentido que si se la declara en IPA por una grave enfermedad que la autolimita, el marido y la menor se encuentren en peor situación (fundamento de derecho primero, párrafo tercero).

La Sala ha de mostrarse conforme con la solución dada por el magistrado de instancia, si para ello se atiende, como ha destacado la doctrina de suplicación, a 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 sentencia (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 9 de mayo de 2014[ROJ: STSJ M 5320/2014]).

Cuando la norma prevé como causa extintiva aquel cese de la actividad laboral de una de las personas progenitoras, lo hace en tanto que éste, por esa desvinculación laboral, ya está en condiciones de atender al cuidado del menor. En otras palabras, 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 (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 18 de julio de 2012 (ROJ: STSJ AR 1042/2012). Pero este no es el caso de otro progenitor, de la esposa de don Remigio, que por razón de su gravísima enfermedad, que repercutía directamente en funcionalidad de sus extremidades superiores, necesarias para el cuidado de su hijo, tal como se destaca en el relato judicial, no estaba en condiciones de asumir tal dedicación. Y es que aquel carcinoma, que exigió tratamientos químicos y radiológicos, determinó finalmente su fallecimiento en octubre de 2013 -las partes admiten, a los folios 75 y 78, que ocurrió ese día aun cuando este dato no se haya incorporado finalmente a la sentencia-.

Y es que, en definitiva, la situación personal del demandante, tras ser declarada su esposa en situación de incapacidad permanente, y ver extinguido, por tanto, su contrato de trabajo -tal como se reconoce en el hecho cuarto de la demanda- conforme al artículo 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores, en su texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, seguía siendo la misma en cuanto a la necesidad del cuidado de su hijo enfermo, y persistencia de la reducción de jornada por tal motivo.

Por todo ello, ha de concluirse que la causa de extinción del subsidio no concurrió, por lo que el magistrado de instancia, al revocar la decisión de la entidad colaboradora, no infringió los preceptos invocados como tal en el recurso.

Tercero.

En consecuencia con todo lo razonado en los fundamentos anteriores, el recurso debe desestimarse, con las consecuencias previstas en los artículos 201 y siguientes de la LRJS, que se precisarán en el fallo de esta sentencia.

FALLO

I- Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por Ibermutuamur, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social número 274, y se confirma la sentencia del Juzgado de lo Social número uno de Málaga, de 10 de abril de 2014 .

II- Esta resolución no es firme, y contra la misma cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que se preparará dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta sentencia, mediante escrito firmado por letrado y dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

Si la parte recurrente hubiera sido condenada en la sentencia, deberá consignar la cantidad objeto de la condena, bien mediante ingreso en la cuenta abierta por esta Sala en el Banco Santander con el número 2928 0000 66 07136214; bien, mediante transferencia a la cuenta número ES5500493569920005001274 (en el caso de ingresos por transferencia en formato electrónico); o a la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274 (para ingresos por transferencia en formato papel). En tales casos, habrá de hacer constar, en el campo reservado al beneficiario, el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga; y en el campo reservado al concepto, el número de cuenta 2928 0000 66 07136214. También podrá constituir aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento, con entidad de crédito respecto de aquella condena.

Así mismo, habrá de consignar como depósito seiscientos (600,00) euros.

El cumplimiento de los anteriores requisitos de consignación, aseguramiento y constitución de depósito habrá de justificarse en el momento de la preparación del recurso.

Si la condena consistiere en constituir el capital coste de una pensión de Seguridad Social o del importe de la prestación, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por este Tribunal.

En el caso de que la parte recurrente fuese entidad gestora y hubiese sido condenada al abono de prestaciones que no sean de pago único o respecto a periodos ya agotados, deberá presentar certificación acreditativa de que comienza el abono de tal prestación y de que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del recurso, hasta el límite de su responsabilidad.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen por razón de su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social.

Así por esta sentencia, que pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.