

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA
Sentencia 4969/2016, de 29 de julio de 2016
Sala de lo Social
Rec. n.º 299/2016

SUMARIO:

Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Solicitud de prestación por trabajadora cuya hija menor está diagnosticada de enfermedad grave incluida en el listado legalmente establecido. Nada impide a la consideración de situación de necesidad de la menor, el hecho de que esta lleve una vida escolar que pueda estar básicamente normalizada, y que incluso, durante la misma el cuidado necesario lo preste su profesor/a, puesto que la norma no exige que sea el beneficiario de la prestación quien lo realice en exclusiva, pero sí que requiera de un «cuidado directo, continuo y permanente». Todo esto concurre en el caso, a la vista del diagnóstico de la enfermedad incluida en la norma aplicable, el tratamiento agresivo (tóxico) necesario al que está sometido la menor, los continuos ingresos hospitalarios, las faltas de asistencia al colegio certificadas, etc., por lo que se reconoce la prestación a favor de la actora.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 135 quáter.
RD 1148/2011 (Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave), art. 2.1 párr. segundo.

PONENTE:

Don Luis Fernando de Castro Mejuto.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA SALA DE LO SOCIAL

SECRETARIA BARRIO CALLE-Apoyo-RJ

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15078 44 4 2014 0000513

402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000299 /2016

Procedimiento origen: SEGURIDAD SOCIAL 0000181 /2014

Sobre: OTROS DCHOS. SEG.SOCIAL

RECURRENTE: Celestina

ABOGADO: EMILIO CARRAJO LORENZO

RECURRIDOS: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ASEPEYO, MUTUA DE A.T. Y E.P. DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO 151

ABOGADO: JAVIER BALO COUTO

ILMO. SR. D. JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

PRESIDENTE

ILMA. SRA. D^a. BEATRIZ RAMA INSUA

ILMO. SR. D. LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO

A Coruña, a veintinueve de julio de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NO MBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación número 299/2016 interpuesto por DOÑA Celestina contra la sentencia del JDO. DE LO SOCIAL nº TRES de SANTIAGO DE COMPOSTELA siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Que según consta en autos se presentó demanda por DOÑA Celestina en reclamación de PRESTACION siendo demandados el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y ASEPEYO, MUTUA DE A.T Y E.P. DE LA SEGURIDAD SOCIAL. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 181/2014 sentencia con fecha 22/09/2015 por el Juzgado de referencia que desestimó las pretensiones de la parte actora.

Segundo.

Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

"PRIMERO.- El 15 de enero de 2014 la actora presentó solicitud a la Mutua demandada de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave en relación con su hija Mariola , nacida el NUM000 de 2007./SEGUNDO.- La demandante redujo su jornada de trabajo en un 66,20% desde el 31 de enero de 2014./TERCERO.- Mariola está diagnostica de artritis idiopática juvenil, variante oligoarticular ana positivos desde el 13 de diciembre de 2012, patología que requirió ingreso hospitalario desde el 13 de diciembre de 2012 al 21 de diciembre de 2012./Se trata de una enfermedad crónica que precisa seguimiento regular por el servicio de reumatología, así como exploraciones oftalmológicas frecuentes por el riesgo de afectación ocular. Tiene prescrito tratamiento con metotrexato, precisando controles analíticos periódicos para evaluación de eficacia y control de toxicidad. Ocasionalmente puede precisar infiltraciones intraarticulares con el consiguiente reposo sin carga durante unas 48 horas./CUARTO.- Mariola está escolarizada en el CEIP Lamas de Abade. Faltó a clase en

las fechas que figuran en los certificados presentados por la actora que se dan por reproducidas. S.e.u.o., en el curso 2012/2013 Mariola faltó al colegio a la totalidad de las clases: 7 días en septiembre, 3 en octubre, 3 en noviembre, 9 en diciembre, 5 en enero, 9 en febrero, 5 en abril, 2 en mayo y uno en junio (total 44 días). En el curso 2013/2014 faltó al colegio a la totalidad de las clases: tres días en octubre, tres en noviembre, tres en diciembre, tres en enero, uno en febrero, seis en marzo, dos en abril, seis en mayo (total 27 días). Y de forma parcial a alguna de las clases 5 días en septiembre, dos en octubre, tres en noviembre, tres en diciembre, dos en enero, siete en febrero, dos en marzo, dos en abril, dos en mayo de 2014 (total 28 días). Total de inasistencias: 55. En el curso 2014/2015 de forma total faltó en septiembre tres días, cinco días en octubre, dos en noviembre, dos en diciembre, dos en enero, un en febrero, seis en marzo (total 21 días). Y de forma parcial, a alguna clase: dos en septiembre, cuatro en noviembre, uno en diciembre, dos en marzo y dos en abril (11 días). Total 32 días./QUINTO.- La demandante presta servicios para El Corte Inglés desde el 1 de septiembre de 2009 en virtud de un contrato indefinido a tiempo parcial./SEXTO.- La base de cotización por contingencias profesionales en los tres meses anteriores al inicio de la reducción de jornada asciende a 1.405,50 euros./SÉPTIMO: Por resolución de 28 de enero de 2014 la Mutua Asepeyo acuerda denegar la solicitud de la actora por no concurrir las circunstancias de cuidado directo, continuo y permanente por parte de uno de los progenitores. Se da por reproducido dicho acuerdo al constar en el ramo de prueba de la demandada./OCTAVO: La actora presentó reclamación administrativa previa que fue desestimada por acuerdo de la Mutua de 19 de febrero de 2014 que obra en la prueba y se da por reproducido".

Tercero.

Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: "Que debo desestimar y DESESTIMO la demanda presentada y en consecuencia absuelvo al INSS y a la Mutua Asepeyo de los pedimentos contenidos en demanda".

Cuarto.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte actora, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Recorre la actora la desestimación de su demanda, instando -por el cauce del artículo 193.b) LJS- la modificación del relato histórico, y denunciando -vía artículo 193.c) LJS- la infracción por inaplicación de los artículos 135 quáter LGSS y 2.1, párrafo segundo, RD 1148/11.

Segundo.

Se acogen todas las revisiones fácticas, pues se fundamentan en el mismo documento tomado parcialmente por la Magistrada de Instancia y pueden resultar trascendentes, de tal forma que habría que sustituir en el ordinal tercero la expresión «por el servicio de reumatología» por «en consulta/hospitalización a veces de por vida» y la palabra «toxicidad» por «o posibles efectos secundarios hepáticos y en médula ósea»; y «48 horas» por «unos días»

Tercero.

1.- La prestación reclamada por la actora se crea por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, en cuyo apartado 2 de su DF Vigésimoprimer introduce un nuevo capítulo en el título II de la LGSS (IV sexies), bajo el rótulo «cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave», con un único artículo 135 quáter, en el que bajo la denominación «situación protegida y prestación económica», contiene la regulación básica de ésta, aunque remitiendo luego a su desarrollo reglamentario, efectuado por el RD 1148/2011, de 29 de julio. El párrafo a) del

precepto 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» (párrafo primero); b) «reglamentariamente se determinarán las enfermedades consideradas graves, a efectos del reconocimiento de esta prestación económica» (párrafo segundo); c) «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» (párrafo tercero); y d) «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» (párrafo sexto).

Además, la artritis idiopática juvenil está incluida en el anexo de enfermedades graves que contiene el RD 1148/2011, de 29 de julio (la número 84, primera del listado de reumatología). Su artículo 2.1 contiene dos párrafos del siguiente tenor: a) «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» (párrafo primero); b) «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» (párrafo segundo).

Tal y como ha expresado la STSJ País Vasco de 09/12/14, «1) la finalidad del precepto es facilitar el cuidado del menor que padece una grave enfermedad, por uno de sus progenitores (o asimilado), cuando ambos trabajan, mediante una prestación económica destinada a compensarle la merma de salario derivada de una reducción de jornada efectuada para dar ese cuidado; 2) el cuidado que necesita el menor ha de ser directo, continuado y permanente, pero no requiere que sea en centro hospitalario, pudiendo darse en el domicilio, sin que sea el beneficiario quien haya de prestarlo en todo momento (así lo revela, en cuanto a esto último, que la prestación se reconozca con reducción de jornada, sin exigir dejar de trabajar); 3) la necesidad de ese tipo de cuidados debe acreditarse necesariamente mediante informe del facultativo del Servicio Público de Salud responsable de la asistencia al menor, tanto en su inicio, como para sus prórrogas o extinción; 4) reconocida la prestación, la denegación de la prórroga exige un cambio en la necesidad de ese tipo de cuidados, acreditada por ese facultativo».

2.- Atendido lo anterior, podemos compartir la censura sobre la base del marco fáctico que se ha diseñado y los puntos esenciales de la prestación, que se extraen de lo anterior: (1) el diagnóstico de alguna de las enfermedades del RD 1148/11 -la de la hija de la recurrente lo está- no es suficiente para devengar la prestación, sino que será preciso un plus, el indicado «cuidado directo, continuo y permanente» - artículos 2.1 RD y 135 quáter LGSS /94-; y (2) la escolarización regular en un centro educativo no especializado es una presunción de que no concurre ese cuidado directo, continuo y permanente (SSTSJ Andalucía/Sevilla 29/10/15 R. 375/15, Cataluña 11/03/15 R. 5691/15 y Andalucía/Granada 25/03/15 R. 16/15); sin embargo, ello es una simple presunción, que admite prueba en contrario, pues nada obsta a esa necesidad el hecho de que lleve una vida escolar que pueda estar básicamente normalizada, y que, incluso, durante la misma ese cuidado directo lo preste su Profesor/a, puesto que la norma no exige que sea el beneficiario de la prestación quien lo realice en exclusiva, pero sí que requiera un «cuidado directo, continuo y permanente», situación que -a lo que creemos- se produce en este caso, por el tratamiento farmacológico que se le está pautando y administrando semanalmente -los viernes, a lo que parece- y que determinan cefaleas y vómitos, y un exhaustivo control, que precisará un cuidado más allá de lo comporta la condición de buen padre (o buena madre) de familia, un seguimiento estricto de los efectos y manifestaciones que se pueden producir en la evolución de esa patología crónica, que cubren -a lo que creemos- las exigencias del artículo 135 quáter.

Además, las faltas de asistencia -habría que valorarlas a fecha del hecho causante (enero/2014)- han sido en el curso 2013/2014 de 55 días de inasistencia total o parcial, por complicaciones derivadas de su enfermedad; días a los que habría que sumar los correspondientes a muchos festivos, sábados o domingos, durante los cuales su madre (es trabajadora de ECI) probablemente debería acudir a su puesto de trabajo, pero en los que se ha dedicado al cuidado directo de su hija.

Por lo tanto, a la vista de las circunstancias: enfermedad, tratamiento agresivo (tóxico) con análisis constantes, ingresos hospitalarios, faltas de asistencia a clase, etc.; nos llevan a entender concurrente el supuesto de hecho del artículo 135 quáter y a reconocer la prestación a su favor, condenando a la Mutua Asepeyo a su abono, con fecha de efectos del 31/01/14. En consecuencia,

FALLAMOS

Que con estimación del recurso que ha sido interpuesto por Doña Celestina , revocamos la sentencia que con fecha 22/09/15 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Tres de los de Santiago de Compostela , y acogiendo la demanda declaramos su derecho a la prestación por cuidado de menor afectada por cáncer u otra enfermedad grave, condenando a la MUTUA ASEPEYO a pasar por la presente declaración y al abono de la indicada prestación, que hará efectiva en los términos reglamentarios y con los incrementos y revalorizaciones que en Derecho procedan.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº 1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos 0049 3569 92 0005001274 y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (1552 0000 80 ó 37 **** ++).

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia 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.