

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación
378/2015

SENTENCIA Nº: 672/2015

N.I.G. P.V. 01.02.4-14/001671

N.I.G. CGPJ 01.059.34.4-2014/0001671

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 14 de abril de 2015.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos/as. Sres/as. D. MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. JUAN CARLOS ITURRI GÁRATE y D^a. ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por D^a.
contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 2 de los de
VITORIA-GASTEIZ de fecha 22 de diciembre de 2014, dictada en proceso sobre OSS, y
entablado por la hoy recurrente frente a

y

Es Ponente la Iltna. Sra. Magistrada Dña. ELENA LUMBRERAS LACARRA,
quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO.- Doña _____ está afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con el número 011002088388, y viene prestando servicios para el _____ en la que se encuentra en reducción de jornada del 50% desde el día 19

de febrero de 2013 siendo madre de Doña _____ nacida
en fecha 3 de julio de 2007.

SEGUNDO.- La menor Doña _____ se encuentra
afecta de diabetes mellitus tipo 1, de la que fue diagnosticada en diciembre de 2011.
Enfermedad crónica que requiere dependencia de un adulto hasta autonomía de la
paciente por necesidad de realizarse:

- Autocontroles múltiples de glucemia capilar al día.
- Control de comidas en forma de raciones.
- Autoadministración de insulino terapia intensiva subcutánea según glucemias.

TERCERO.- Doña _____ se encuentra
matriculada en el Centro Antonio López de Guereñu de Vitoria-Gasteiz en el curso
escolar 2013-2014 para realizar sus estudios en educación primaria 1 curso de 1º Ciclo en
horario de 9 a 12 horas y de 15 a 17 horas de la tarde, no acude al comedor y asistiendo a
clase con regularidad, no haciéndose cargo el colegio de suministrarle el tratamiento de
insulina y el conteo de hidratos. Habiendo estado también matriculada en el curso de
2012-2013 en el mismo Centro para sus estudios en educación infantil 3º curso de 2º ciclo
con horario de 9 a 12 horas y de 15 a 17 horas.

CUARTO.- Solicitada por la actora la prestación económica por cuidado de
menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave en fecha 14 de marzo de 2013 por
la Mutua _____ se reconoce la prestación con fecha de efectos 19 de febrero de 2013 a
18 de mayo de 2013, prorrogándose por periodos de dos meses con una base reguladora
de 49,47 euros a la que se aplica el 50% según porcentaje de reducción.

QUINTO.- Con fecha 29 de enero de 2014 por la Mutua _____ se acuerda
extinguir la prestación reconocida de cuidado de menor afectado por cáncer u otra
enfermedad grave con efectos 9 de febrero de 2014 alegando el artículo 7.3 del Real
Decreto 1148/2011, de 29 de julio a tenor de la documentación aportada indicada no se ha
acreditado que el menor precise de cuidado directo, continuo y permanente, tal como
establece la norma anteriormente indicada. Asimismo, en este caso concreto el menor se
encuentra escolarizado, asistiendo con regularidad a su centro educativo. Interpuesta
Reclamación Previa la misma fue desestimada por la Mutua en fecha 17 de marzo de
2014."

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que debo **DESESTIMAR** y **DESESTIMO** la demanda interpuesta por Doña _____
contra la Mutua _____ Mutua de Accidentes de Trabajo y
Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº _____,
y
; y debo **ABSOLVER** y **ABSUELVO** a la parte demandada de todos los
pedimentos deducidos de contrario."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a [redacted] recurre en suplicación la sentencia de instancia que desestima su demanda interpuesta frente a la Mutua [redacted] en la que solicita se declare su derecho a percibir la prestación económica por cuidado de menores afectados u otra enfermedad grave prevista en el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio.

Basa su recurso en el motivo de denuncia jurídica previsto en el artículo 193 c) de la LRJS.

La Mutua [redacted] ha impugnado el recurso interpuesto solicitando su desestimación.

SEGUNDO.- El artículo 193-c) de la LRJS recoge, como motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, el examen de las normas sustantivas o de la Jurisprudencia, debiendo entenderse el término "norma" en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen de autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).

Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las "normas sustantivas", en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 193 de la ley procesal laboral, lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcarse también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación Jurídica, sino contra la Parte Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo conculcado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, salvo error evidente, ya que su objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

TERCERO.- Con amparo en el precitado artículo 193-c) de la LRJS, impugna la actora la Sentencia de instancia, alegando la infracción de los artículos 135 quater de la LGSS y 7.4 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio. Asimismo denuncia la infracción del artículo 135 quater de la LGSS en su interpretación hecha por la Circular de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de fecha 4 de julio de 2014.

Conforme a dicho precepto "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 (...) 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".

Esta previsión está desarrollada por el 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 el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. De él se ha de destacar a los efectos de este asunto, su art. 2, en el que tras señalar que la situación protegida es la reducción de jornada de trabajo de acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del artículo 37.5 ET, dispone que "el cáncer o enfermedad grave que padezca el menor deberá implicar un ingreso hospitalario de larga duración que requiera su cuidado directo, continuo y permanente, durante la hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad. Se considerará asimismo como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave".

En el presente caso la enfermedad de la hija de la actora, diabetes mellitus tipo 1, está comprendida dentro del listado del anexo de tal Real Decreto. Ahora bien, no es bastante este requisito para causar la prestación demandada sino que la enfermedad ha de precisar un ingreso hospitalario por el que sea necesario el "cuidado directo, continuo y permanente" del progenitor beneficiario, para cuya disponibilidad precisamente ha debido de haber obtenido una reducción de jornada de al menos un 50% conforme al artículo 37.5 ET. Y se equipara a esta situación de hospitalización la continuación del tratamiento o el cuidado del menor en el domicilio tras el diagnóstico y la hospitalización por la enfermedad grave. Es decir que en este segundo supuesto no es precisa la hospitalización, pero sí que la enfermedad grave ya diagnosticada tras un periodo de hospitalización, requiera de una atención directa, continua y permanente equiparable a la que se precisara de estar hospitalizado.

El apartado 2 de ese precepto establece: "La acreditación de que el menor padece un cáncer u otra enfermedad grave de las incluidas en el listado citado en el apartado anterior, así como la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente del menor durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad se efectuará, incluso en aquellos casos en que la atención y diagnóstico del cáncer o enfermedad grave se haya llevado a cabo por servicios médicos privados, mediante declaración cumplimentada por el facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la atención del menor. Cuando el diagnóstico y tratamiento del cáncer o enfermedad grave del menor se haya realizado a través de los servicios médicos privados se exigirá que la declaración sea cumplimentada además por el médico del centro responsable de la atención del menor".

Su apartado 4 dispone: "Cuando exista recaída del menor por el cáncer o la misma enfermedad grave no será necesario que exista un nuevo ingreso hospitalario, si bien en la recaída de la enfermedad deberá acreditarse, mediante una nueva declaración médica, la necesidad, tras el diagnóstico y hospitalización, de la continuación del tratamiento médico así como el cuidado directo, continuado y permanente del menor por el progenitor, adoptante o acogedor".

El art. 7 de ese Real Decreto, por su parte, regula el nacimiento, duración, suspensión y extinción del derecho a la prestación económica. De su contenido destacamos: a) la prestación se reconoce por un período inicial de un mes, prorrogable por períodos de dos meses "cuando subsista la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, que se acreditará mediante declaración del facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la asistencia médica del menor y, como máximo, hasta que cumpla los 18 años. Cuando la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente del menor, según se acredite en la declaración médica emitida al efecto, sea inferior a dos meses, el subsidio se reconocerá por el período concreto que conste en el informe" (párrafos segundo y tercero de su apartado 1); b) el subsidio se extingue "por no existir la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente del menor, debido a la mejoría de su estado o a alta médica por curación, según el informe del facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la asistencia al menor" (letra b del apartado 3); c) "en cualquier momento, la correspondiente entidad gestora o la mutua podrá llevar a cabo las actuaciones necesarias para comprobar que las personas perceptoras del subsidio mantienen el cumplimiento de los requisitos exigidos para su reconocimiento" (apartado 5).

De esa regulación extraemos las siguientes consecuencias, de interés al caso: 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.

En el caso de autos, la demandante ha visto reconocida por la prestación económica en febrero de 2013, prorrogándose por períodos de dos meses, al existir informes del facultativo del Servicio Público de Salud responsable del cuidado de su hija que acreditan la necesidad de cuidados directos, continuados y permanentes de la misma por razón de la concreta enfermedad que padece.

La extinción de la prestación en enero de 2014 se ha basado por en que el tratamiento pautado a la niña no comprende el ingreso hospitalario ni la estancia en

domicilio durante largos períodos de tiempo, llevando una vida normalizada, dentro de su diagnóstico, con control adecuado del tratamiento suministrado, tanto durante la jornada escolar como en el tiempo de descanso en casa. Conclusión que la Mutua extrae sin que se haya dado cambio alguno en las circunstancias de la niña desde que en febrero de 2013 se reconoció la prestación económica a su madre y sin que venga apoyada por un informe del Servicio Público de Salud que ponga de manifiesto que aquella ya no necesita un cuidado directo, continuo y permanente, lo que supone un doble error jurídico por su parte. La resolución de extinción de la prestación se adopta sin el necesario informe de dicho Servicio, expresivo de que ya no se precisa tal tipo de cuidados (los hechos probados no dicen nada al respecto, pero en todo caso, en el expediente administrativo consta informe en los mismos términos favorables que para el reconocimiento inicial y las prórrogas previas). Razón suficiente para considerarla no ajustada a derecho y revocar, con ello, el pronunciamiento recaído.

Yerra la Mutua cuando hace su propia valoración de esa necesidad, ignorando la clara vinculación dispuesta en la regulación legal con un informe de ese tipo. No le faculta a ello la regla del art. 7.5 del R. Decreto, ya que la comprobación a que se refiere es a la del resto de requisitos exigidos para causar derecho a la prestación o, incluso, al hecho de que los cuidados al menor no se estén prestando por el beneficiario de la prestación.

Los precedentes judiciales que se mencionan por tanto de esta Sala como de otros Tribunales Superiores de Justicia, no contemplan situaciones de plena identidad, ya que en ninguna de ellas se da la circunstancia de que se deniega la prórroga sin mejoría y con informe del SPS expresivo de que se mantiene la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente del menor. Concretamente, en todas ellas, salvo en la nuestra de 17 de diciembre de 2013, se impugnan denegaciones iniciales de la prestación; y en ésta, aunque se trata de una denegación de prórroga, constaba la mejoría. No hay, por tanto, contradicción con lo que ahora resolvemos.

El recurso, por cuanto se ha expuesto, se estima.

CUARTO.- Según la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1.993 dictada en recurso de casación para unificación de doctrina y sentencia de 21 de enero de 2.002 “la parte vencida en el recurso a la que alude el artículo 233.1 de la LPL es exclusivamente aquella que hubiera actuado como recurrente y cuya pretensión impugnatoria hubiere sido rechazada, no por tanto la que hubiera asumido en el recurso la posición de recurrida, defendiendo, sin éxito el pronunciamiento impugnado”.

FALLAMOS

Que estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por D^a
frente a la Sentencia de 22 de diciembre de 2014 del Juzgado de lo Social nº 2 de
Vitoria, en autos nº 409/2014 seguidos frente a la Mutua , revocando la misma y
declarando el derecho de la demandante al percibo de la prestación económica por

cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave siendo el abono de cargo de la Mutua demandada, sin imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, 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 esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0378/15.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0378/15.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.