

JUZGADO DE LO SOCIAL NÚMERO 18 DE MADRID

Procedimiento: 462/2022

Materia: seguridad social prestacional

En Madrid, a 16 de noviembre de 2022.

Vistos por la Ilma. DOÑA MARIA FATIMA BEARDO OLIVARES, Magistrada del Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid, los presentes autos de juicio verbal, seguidos entre las partes, de la una y como demandante **DOÑA** con DNI , representada y defendida por don Javier Sanhonorato Vazquez. Y de la otra y como demandados el **FRATERNIDAD MUPRESA MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 275**, representada y defendida por la Letrada doña Cristina Yagüe González, **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, representado y defendido por la Letrada doña Maria Ortega García, y la mercantil , S.A. representada y defendida por el Letrado don Enrique García Arévalo

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 368/2022

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 15.05.2022 se presentó demanda sobre desempleo, en la que sucintamente se exponían los hechos fundadores de su pretensión, y que, turnada a este juzgado, tuvo entrada en 20.05.2022, siendo admitida a trámite, señalando para su celebración la audiencia del día 15.11.2022,

SEGUNDO. Llegada la fecha señalada para la celebración del juicio, se celebró ese día, con asistencia de ambas partes y el siguiente resultado:

- La actora se ratificó su demanda en que interesa la revocación de la resolución de la Mutua que declara extinción de la prestación por cuidado de menor afecto a cáncer u otra enfermedad grave por con efectos de 7.03.2022.
- La Mutua demandada se opone y aduce que se reconoció a la actora la prestación partiendo del ingreso hospitalario de la menor pero que la documental medica al tiempo de la extinción revela un bueno control de pediatría que la menor cuenta con 11 años buena situación basal y esta escolarizada por lo que estima que la trabajadora no puede ser acreedora de la prestación al no concurrir los requisitos legalmente exigibles.
- INSS y TGSS y empresa se oponen, alegando su falta de legitimación pasiva, adhiriéndose a las alegaciones de la mutua.

Recibido el pleito a prueba:

- Por la parte actora se propuso la siguiente: **Documental y pericial de Alfonso roldan More**
- Por las partes demandadas propuso la siguiente: Documental incluido el expediente administrativo.

Admitidas las pruebas propuestas, se practicaron en el acto del juicio, habiendo producido la relación fáctica, que se desarrollará más adelante.

Seguidamente las partes emitieron sus conclusiones, elevando a definitivas sus pretensiones, aduciendo la actora que hasta el acto de la vista no había tenido conocimiento del exacto motivo de la denegación de la prestación.

TERCERO. En la tramitación del presente procedimiento, se han observado todas las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. - La demandante _____
nacida el _____ es madre de la menor



nacida en fecha 5.10.2010. Es padre de la menor,
funcionario del Ayuntamiento de Madrid con categoría de

siendo su jornada completa de 63 guardias continuadas de 24 horas y 15 minutos por su turno (desde las 8:45 horas a los 9:00 horas del día siguiente incluidos fines de semana y festivos), más 4 horas formación en horario de 8 a 14 horas (folio 91)

SEGUNDO.- La actora presta servicios en

S.,A. desde 15.02.2013 con jornada parcial de 30 horas semanales. Tras despido disciplinario con fecha de efectos de 18.04.2022, por sentencia del Juzgado de lo social nº 20 de Madrid en los autos DSP 456/2022 se declaró la nulidad del despido condenando a la empresa a la inmediata readmisión de la actora con abono de salarios de tramitación desde el despido hasta la readmisión, y abono de una indemnización de 6251 euros. La sentencia obra a los folios 148 a 151 y su tenor literal se da aquí por reproducida. Obra al folio 152 comunicación empresarial a la trabajadora sobre la readmisión con la misma reducción del 99,9% que venía disfrutando antes del despido.

TERCERO.- En fecha 14.01.2021, la empresa había reconocido a la demandante una reducción de jornada del 99% por cuidado de menores afectados por cáncer y otra enfermedad grave, reducción proporcional del salario en los términos pasando su jornada a 0.03 horas semanales (en los términos del folio 16 de las actuaciones)

CUARTO.- En fecha 10 .02.2021, y con efectos 14 de enero de 2021, se reconoce a la demandante por la Mutua Fraternidad Muprespa prestación por cuidado de menor con cáncer y otra enfermedad grave en cuantía de 33,40 euros diarios (obra al folio 87 de las actuaciones reconocimiento de la prestación cuyo tenor literal se da aquí pro íntegramente reproducido)

En fecha 24.02.2022, la Mutua referida comunica a la empresa la extinción de la prestación reconocida la demandante, con efectos 7.3.2022. por estimar que no subsistía necesidad de cuidados de la menor en los términos recogidos en el Real Decreto 1148/2011 de 29 de julio. La resolución obra a los folios 103 vuelto a 105 de las actuaciones se indica en ella “ *A fecha de la presente,, la menor presenta un buen control de la enfermedad, encontrándose en situación basal, No figura que hay precisado de ingresos hospitalarios recientemente. Tampoco se objetivas complicaciones actuales en la enfermedad. El tratamiento pautado a la menor no comprende ni el ingreso hospitalario, ni la estancia en el domicilio durante largos periodos de tiempo...*



La menor se encuentra escolarizada (de 9:00 a 14:00 horas de lunes a viernes), no es tanto acompañada por alguno de sus progenitores en el centro. En relación a ello y atendiendo al horario laboral de _____ (de lunes a viernes de 9:45 horas a las 15:45 horas), se objetiva que los cuidados que pudiera necesitar la causante por parte de su madre, no alcanzan a un 50% de incompatibilidad con su jornada laboral”

Disconforme con la resolución la demandante presenta reclamación previa el 22.03.2022 (folios 18 a 26 de las actuaciones), que fue desestimada en fecha 30.03.2022 en los términos que obran a los folios 27 y 28 de las actuaciones)

QUINTO.- La hija de la demandante de 11 años de edad. Padece diabetes mellitus tipo 1 con debut el 25.12.2020, habiendo requerido un ingreso hospitalario entre el 25 de diciembre y el 30 de diciembre de 2020, y con buen control a enero de 2022, requiriendo una inyección subcutánea de insulina al menos 5 veces al día, con pluma de insulina y siempre que sea necesario, según las pautas del tratamiento, con determinación de la glucosa mediante autoanálisis con punción capilar con glucómetro y tiras reactivas, un mínimo de 8 veces al día. Actualmente usa también medición continua de glucosa mediante monitorización. Precisa alimentación basada en raciones de hidratos de carbono. Debe realizar ejercicio físico controlado y acompañada, por el consumo de energía que supone para evitar hipoglucemias, debiendo incrementar el control cuando se presenten problemas intercurrentes, supuesto en el que también hay que hacer control de cetonemia así como cuando tenga hiperglucemia. La menor requiere de un cuidado directo continuo y permanente, que le presta su madre. Se da por reproducido informe médico pericial aportado por la actora y unido a los folios 153 a 163 de las actuaciones

La menor, se encuentra escolarizada en _____ en horario de 9 a 14 horas asistiendo con regularidad al centro escolar. Obra al folio 147 de las actuaciones certificado emitido por el Secretario del centro escolar en que se indica *que los padre no hacen uso del servicio de comedor pues prefieren controlar en casa las raciones de hidratos de carbono que precisa _____ en la comida, controlando así mismo las glucemias postpadriales y que durante el curso la madre ha tenido permitida su entrada al Centro siempre que ha sido necesario a fin de lleva a efectos los cuidados directo, continuos y permanente que el tratamiento de esta enfermedad grave exige.*



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A los efectos del art. 97,2 L.RJS los hechos declarados probados no han sido en esencia controvertidos entre las partes, o derivan de la documental obrante.

SEGUNDO.- La **prestación por cuidado de menores con cáncer o enfermedad grave** tiene por objeto compensar a los trabajadores ante la falta/disminución de ingresos como consecuencia de la reducción de 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, su regulación se encuentra en los arts. 190 a 192 de la LGSS y Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio.

La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave consiste en un subsidio, de devengo diario, equivalente al 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. El subsidio se reconoce en proporción al porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo que disfruten las personas trabajadoras.

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 está constituida por la base de cotización de contingencias comunes.

La base reguladora del subsidio se modifica o actualiza al mismo tiempo que las bases de cotización correspondientes.

La prestación, por cuidado de menor afectado por una enfermedad grave (artículo 37.6 párrafo 3 ET), da lugar a una prestación en los mismos términos y con iguales requisitos que para la prestación por maternidad (artículo 191.1 en relación con el artículo 177 a 180 LGSS), fijando el artículo 192.1 LGSS), la regulación del contenido económico, como " un subsidio equivalente al 100 por ciento de la base reguladora establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo", y cuyo pago le corresponde a la Mutua colaboradora o, en su caso, a la entidad gestora con la que la empresa tenga concertada la cobertura de contingencias profesionales (artículo 192.2 LGSS).



Efectuadas estas consideraciones previas, debe estimarse la excepción de falta de legitimación pasiva del INSS y TGSS y la empresa demandada pues ninguna responsabilidad tiene en el pago de la prestación objeto de las presentes actuaciones

Dispone el art. 37.6,párrafo tercero, ET : "*El progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor 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 aquella, 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 dieciocho años. Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas*".

El artículo 190 de la Ley General de la Seguridad Social dispone que "*a efectos de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo de al menos un 50 por ciento que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del artículo 37.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (EDL 2015/182832), lleven a cabo los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado directo, continuo y permanente del menor a su cargo afectado 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. La acreditación de que el menor padece cáncer u otra enfermedad grave, así como de la necesidad de hospitalización y tratamiento, y de cuidado durante el mismo, en los términos indicados en el apartado anterior, se realizará mediante 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 la prestación económica prevista en este capítulo*".

El artículo 2. 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, establece que *"1. A efectos de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, se considerará situación protegida la reducción de la jornada de trabajo que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del artículo 37.5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo (EDL 1995/13475), lleven a cabo las personas progenitoras, adoptantes y acogedoras de carácter familiar preadoptivo o permanente, cuando ambas trabajen, para el cuidado del menor a su cargo afectado por cáncer u otra enfermedad grave incluida en el listado que figura en el anexo de este real decreto.*

El cáncer o enfermedad grave que padezca el menor deberá implicar un ingreso hospitalario de larga duración que requiera su cuidado directo, continuo y permanente, durante la hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad.

Se considerará asimismo como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave".

2. 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".

El apartado XVI relativo a Endocrinología, en el punto 110 del Anexo al Real Decreto citado contempla como enfermedad grave que justifica la prestación objeto de las presentes actuaciones: Diabetes Mellitus tipo I.

Los términos en que se expresan los preceptos transcritos al describir la situación que es objeto de protección evidencian que para acceder a la prestación de referencia se requiere: 1) una muy cualificada patología por parte del menor, y de ahí que tanto el art. 37.5 ET (EDL 2015/182832) como el 190 LGSS hablen de enfermedades particularmente graves ("afectados por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave"); 2) que esa patología requiera tratamiento médico concreto ("que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su



cuidado directo, continuo y permanente "; 3) y que tales extremos resulten acreditados por una determinada vía: " informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente ", si bien hemos de decir respecto a este último requisito que el propósito que se persigue con su establecimiento es un control por parte de la sanidad pública, lo que no implica la vinculación total con sus conclusiones, pues una cosa es que en un expediente administrativo deba constar, con carácter preceptivo, un informe técnico y otra muy distinta que ese informe sea vinculante para el órgano decisor, ya que sólo lo será cuando así esté expresamente establecido (art. 83 L 30/92 (EDL 1992/17271)), y, en todo caso, sea o no vinculante para la Administración que recaba ese informe, no ofrece duda que no puede vincular a los órganos judiciales, puesto que el criterio de éstos se determina en función de la prueba que marquen las disposiciones procesales aplicables al caso, lo que igualmente puede predicarse con cualquier prestación de la seguridad social.

TERCERO.- El núcleo de la cuestión planteada en la presente litis consiste en determinar cuáles son los criterios que acreditan la concurrencia de la necesidad de cuidado del menor, del art. 190 LGSS , para mantener el percibo de la prestación por cuidado de hijos menores enfermos de cáncer u otras enfermedades graves si es suficiente con que el menor requiera cuidado de forma directa, continua y permanente o, si por el contrario, el menor debe precisar el ingreso hospitalario o el cuidado directo permanente y continuo del progenitor beneficiario de la prestación económica equiparable al de la hospitalización.

Siendo que el requisito que está en juego en este litigio se refiere a la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente de la hija de la actora por parte de ésta, dado que aquella padece diabetes mellitus tipo I.

Especialmente ilustrativo es el oficio del Director General del Ministerio de empleo y de Seguridad social que obra a los folios 39 y 40 de las actuaciones y el informe sobre incidencias en la gestión por las mutuas de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave a los folios 41 a 43, que contradice claramente la postura de Mutua demandada que se ampara en la consideración de que la demandante no puede ser acreedora de la prestación por la ausencia de ingreso hospitalario de la menor .

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2018 (rec. 680/16) deja expresa constancia de que deben ponderarse las circunstancias singulares del caso y excluir el automatismo de la prestación,. Indudablemente la mera



atención puntual no es equiparable al cuidado directo, continuo y permanente. Para la resolución de la cuestión litigiosa ha de estarse a las circunstancias específicas de cada supuesto que habrán de ser valoradas para discernir si se dan todos los presupuestos para el reconocimiento del derecho.

Aduce la Mutua un buen control de la enfermedad encontrándose en situación basal y la situación de normal escolarización de la menor.

La STS 568/2016 de 28 junio (rec. 80/2015) concluye que **la escolarización del menor no impide que se aprecie que concurren las circunstancias exigidas para la concesión de la prestación solicitada**. Tal y como indica la referida sentencia:

a) *La regulación no exige que concurra una necesidad de cuidar de manera, directa, continua y permanente al menor suponga la atención al mismo durante las 24 horas del día. El cuidado debe ser directo, continuo y permanente, pero en modo alguno tal exigencia es equiparable a cuidado durante el día entero.*

b) *Al preverse que quien solicita la prestación reduzca su jornada, al menos en un 50%, se presume que no va a dedicar la totalidad de su tiempo al cuidado del menor, ya que una parte del mismo la dedica a la realización de su trabajo.*

c) *Que el menor esté escolarizado, con atenciones específicas, no supone, dada la gravedad de sus dolencias y las severas limitaciones que comportan, que durante el tiempo en el que permanece en su domicilio no tenga que ser objeto de intensos cuidados por parte de su madre, de manera, directa, continua y permanente.*

d) *No está prevista, como causa de extinción de la prestación, el que el menor esté escolarizado.*

e) *Resulta impensable, hoy en día, que el menor, por severas que sean las limitaciones que padece, no acuda a algún centro de escolarización, tratamiento, centro especial... para, en la medida de lo posible, mejorar su situación e intentar que adquiera los conocimientos que su situación le permita.*

En lo que concierne a la **necesidad de cuidado directo, continuo y permanente de la hija de la actora**, la diabetes Melitus Tipo I es una enfermedad incurable, además esta patología es crónica y grave. El tratamiento médico de la **diabetes** prescrito al menor consiste en administrar insulina vía subcutánea en régimen basal asimismo se ha fijado una dieta alimenticia y la realización diaria de ejercicio físico teniendo en cuenta la flechas de tendencia de MCG para tomar decisiones terapéuticas en relación con el ejercicio físico, de no seguir el tratamiento se pueden producir desajustes en el control



metabólico la menor. Para la vigilancia y seguimiento de la enfermedad se deben realizar durante el día controles de glucemia capilar, respecto de comidas y ejercicio físico y también por la noche, los controles de glucemia deben ser interpretados por la persona que se halle al cuidado del menor. Consta en el informe de 10.01.2022 (folios 167 vuelto y 168 pauta de bomba de infusión de insulina, para la implantación del tratamiento lo padres de la menor deben recibir una educación especial inicial, así como posteriores reciclajes, que complementaba el contenido general de la educación diabetológica inicial, siendo que además las ocupaciones de los progenitores de _____ son ajenas al sector sanitario. Como relató en el plenario el **Perito Alfonso rolan Moré** el tratamiento excede ampliamente de las habilidades y capacidades cognitivas de la menor, señalando el perito en su informe que “para un correcto autocontrol se requiere un nivel de estabilidad persona. desarrollo intelectual y madurez que sin duda la paciente, _____ adquirirá con el tiempo, pero que, a fecha de hoy, evidentemente, no se le puede demandar. Obra igualmente autos certificado del centro escolar que revela que la menor no come en el centro escolar a fin de que sea su madre la que controle la ingesta alimentaria controlando glucemias postpadriales y que durante el curso la madre ha tenido permitida su entrada al Centro siempre que ha sido necesario a fin de lleva a efectos los cuidados directo, continuos y permanente que el tratamiento de esta enfermedad grave exige.

Lo expuesto, revela que concurre la necesidad del "cuidado directo, continuo y permanente" por lo que procede la íntegra estimación de la demanda.

TERCERO.- La presente resolución no es firme y contra la misma cabe recurso de suplicación ante la sala de lo Social del Tribunal superior de Justicia de Madrid.

Vistos los anteriores preceptos y en nombre de S.M. El Rey:

FALLO

Que apreciando la falta de legitimación pasiva de INSS y TGSS y la mercantil _____
_____ A. estimando totalmente la demanda interpuesta por _____
contra FRATERNIDAD MUPRESPA MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL N° 275, debo revocar y revoco la resolución de la Mutua de fecha 24.02.2022 que acordó la extinción de la prestación económica por cuidado de menor afecto por cáncer y otra enfermedad grave con efectos de 7.03.2022, condenado a la mutua al pago de la citada prestación.



Se advierte a la partes que contra esta Sentencia puede interponerse Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, anunciándolo por comparecencia o por escrito en este Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a su notificación y designando Letrado o graduado social colegiado para su tramitación. Se advierte al recurrente que no fuese trabajador o beneficiario del Régimen Público de Seguridad Social, ni gozase del derecho de asistencia jurídica gratuita que deberá acreditar al tiempo de interponerlo haber ingresado el importe de 300 euros en la cuenta IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 con nº 2516-0000-62-0462-22 del BANCO DE SANTANDER aportando el resguardo acreditativo; así como acreditar al tiempo de anunciarlo haber consignado el importe íntegro de la condena en el BANCO DE SANTANDER o presentar aval de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento de Entidad Financiera por el mismo importe, en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista.

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 2516-0000-62-0462-22.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.





Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: **0962996056406914522999**



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia estimatoria. firmado electrónicamente por MARIA FATIMA BEARDO OLIVARES