

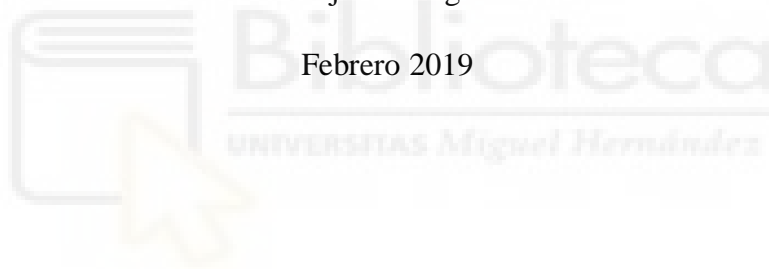


UNIVERSITAS
Miguel Hernández

La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave

Trabajo fin de grado

Febrero 2019



Alumno: Jesús Cascales Gómiz

Tutor: Francisco Javier Fernández Orrico

Grado en Relaciones Laborales Y Recursos Humanos

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

INDICE

Capítulo 1: Resumen / Prólogo

Capítulo 2: Introducción, El Sistema de Seguridad Social

2.1 Enfermedades graves tipificadas

Capítulo 3: Desarrollo

3.1 Aspectos positivos

3.1.1 Base reguladora y retroactividad

3.1.2 Reducción de jornada y cotización

3.1.3 Pluriempleo, pluriactividad y tiempo parcial

3.2 Aspectos mejorables

3.2.1 Entidades gestoras

3.2.2 Términos poco concretos: Unidad familiar y los cuidados

3.2.3 Enfermedades incompletas

3.2.4 Suspensión del contrato

3.3 Datos estadísticos

3.4 Procedimiento para reconocer el derecho al subsidio

3.5 Concepto de unidad familiar

3.5.1 Concepto legal de la “unidad familiar”

3.5.2 Casos distintos de “unidad familiar”

3.6 Concepto “cuidados continuos, directos y permanentes”

3.6.1 Ejemplos prácticos de cuidados del menor

3.7 Deducciones de la jurisprudencia

3.8 Análisis de pluriempleo. Pluriactividad y tiempo parcial

3.8.1 Pluriactividad

3.8.2 Tiempo parcial

3.8.3 Pluriempleo

3.9 Régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos

Capítulo 4: Conclusiones y reflexión final

5 Bibliografía

INDICE DE ABREVIATURAS

Aquí se encuentran varias abreviaturas que serán usadas a lo largo del proyecto:

RD: Real decreto.

Art.: Artículo.

IT: Incapacidad Temporal.

BR: Base Reguladora.

SS: Seguridad Social

Capítulo 1: RESUMEN / PRÓLOGO

La “**prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave**” es la última prestación que se ha incorporado al sistema de Seguridad Social y que resulta de aplicación desde el **1 de enero de 2011**¹.

Son sus beneficiarios, los padres o personas que tengan en adopción o acogimiento a un menor a su cargo, en las circunstancias que describe la propia denominación de la prestación.

La normativa que regula dicha prestación es 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 cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

Además, también está regulado desde el ámbito laboral en el **artículo 37.6 párrafo tercero** del estatuto de los trabajadores.

Se considera situación protegida en la prestación económica por cuidado de menores afectados por una enfermedad grave, **la reducción de jornada de trabajo de al menos un 50%² y un 99'9% como máximo** (artículo 37.6 ET), que 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 o cualquier otra enfermedad grave³ que requiera **ingreso hospitalario de larga duración**⁴, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad⁵ (art. 190 LGSS).

¹ Según disposición final sexta RD 295/2009

² De acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del artículo 37.6 del ET. “Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas”.

³ La concreción de cuáles son las enfermedades graves a que se refiere, se determinan en el anexo del RD 1148/2011, que se analizará posteriormente.

⁴ La acreditación de que el menor padece cáncer u otra enfermedad grave, así como del a necesidad de hospitalización y tratamiento, y de cuidado directo, continuo y permanente, se realizará mediante informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente (artículo 190 párrafo segundo LGSS)

⁵ Artículo 190 LGSS

La norma considera 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 enfermedad grave (art. 2.1 RD 1148/2011).⁶

Los requisitos para acceder al derecho de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave serán los mismos que los establecidos para la prestación de maternidad.

Se requerirá estar de alta en la seguridad social o en una mutua de previsión social. Ambos progenitores deberán trabajar.

El período mínimo de cotización exigido será como el de los supuestos de maternidad, en función de la edad del beneficiario.

Si tiene **menos de 21 años**, no se exigirá período mínimo de cotización, **si tiene entre 21 y 26**, se exigirán 90 días cotizados en los 7 años anteriores o 180 días a lo largo de su vida laboral. **Si es mayor de 26 años**, se necesitará 180 días cotizados dentro de los 7 años anteriores o 360 días en toda su vida laboral.

El derecho a percibir dicha prestación corresponderá solamente a uno de los dos tutores legales.

La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave consistirá en un subsidio equivalente **al 100% de la base reguladora** establecida para la prestación de **IT derivada de contingencias profesionales**⁷ y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo⁸ (art. 192.1 LGSS).

El derecho a recibir el subsidio se iniciará el mismo día en que dé comienzo la reducción de jornada correspondiente hasta que ya no haya necesidad de cuidado directo, continuo y permanente del menor o hasta que cumpla 18 años (art. 7.1 RD 1148/2011).⁹

La percepción de la prestación quedará suspendida¹⁰ (art. 7 RD 1148/2011) cuando la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de menores afectados por cáncer u otra

⁶ Artículo 2.1 párrafo segundo RD 1148/2011

⁷ En caso de no tener cubierta la IT por contingencias profesionales, se aplicará la BR de las comunes.

⁸ Artículo 192.1 LGSS

⁹ Artículo 7.1 RD 1148/2011

¹⁰ Apartado 2 del artículo 7 RD 1148/2011

enfermedad grave concorra con cualquier causa de suspensión de la relación laboral o por IT, riesgos del embarazo, paternidad y maternidad.

La prestación económica se extinguirá¹¹(art. 7.3 RD 1148/2011) por la reincorporación plena al trabajo de la persona beneficiaria, por no existir necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor. También cuando las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras cese en su actividad laboral. Cuando el menor cumpla 18 años, por fallecimiento del menor y por fallecimiento del beneficiario¹².

Fernández Orrico, Fco. Javier (2018). *Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y cuidado de menores*, páginas 37-42.

Una vez puesto en contexto el contenido legal de la prestación es necesario explicar la motivación y objetivo de este proyecto.

Esta prestación es la más reciente de toda la seguridad social. Por lo tanto, considero que es relevante, pues para el ciudadano medio que no tiene conocimientos de derecho (concretamente de la Seguridad Social), es muy probable que desconozca la existencia de dicha prestación (como así lo corroboran los datos que aportaré).

El objetivo de este proyecto será la explicación en profundidad y su análisis para alcanzar conclusiones que permitan el claro entendimiento de esta prestación, así como sus aspectos positivos y negativos y sus necesarias mejoras.

Capítulo 2: INTRODUCCIÓN

El Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su

¹¹ Artículo 7.3 RD 1148/2011

¹² Fco. Javier Fernández Orrico – Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y cuidado de menores

cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en la ley¹³.

Con el tiempo, el estado ha ido desarrollando y aumentando los recursos que poseía la Seguridad Social española. Empezó en el año 1900 con la creación del primer seguro social y siguió con la creación del *retiro obrero* en 1919, el *seguro de paro forzoso* en 1931, el *seguro de enfermedad* en 1942 y el *seguro obligatorio de vejez e invalidez* en 1949.

El primer gran avance desde el año 1900 sería con la creación de la *ley de bases de la seguridad social* creada en 1963.

Finalmente, el derecho a que los ciudadanos disfruten de las ventajas que dicha seguridad social proveía, estará asegurada por la mayor fuente del derecho español, la *constitución española* en 1978.

*“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”*¹⁴

Y así, con la consiguiente actualización que hubo en el Pacto de Toledo¹⁵, fue renovada la Seguridad Social que hoy en día conocemos.

Existen varias prestaciones de carácter *contributiva y no contributiva*.¹⁶

La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave es una prestación de carácter *contributiva* reconocida por el legislador recientemente, pues ha sido la última en entrar en la legislación vigente, en el 1 de enero de 2011.

Como consecuencia, tiene una relevancia que la diferencia de otras prestaciones, pues al ser tan reciente el ciudadano medio podrá desconocer la existencia de esta, debido a que

¹³ Artículo 2.2 LGSS

¹⁴ Artículo 41 de la constitución española.

¹⁵ <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Conocenos/DocumentacionGeneral/877/110957#110957>

¹⁶ Las prestaciones de carácter contributiva son las que necesitan un periodo de carencia o cotización previa por parte del trabajador para poder disfrutarlas. Lo contrario ocurre con las no contributivas.

la sociedad no la habrá interiorizado como otras prestaciones más reconocidas como la maternidad, paternidad o la prestación por desempleo.

Un dato esclarecedor es el aumento anual de personas que se acogen a esta prestación, pasando de **1138** procesos iniciados en el ejercicio de 2012 a **5113** en 2018¹⁷, siendo este un aumento del 349.3 %.

Evidentemente esto no se debe al gran aumento de situaciones que generen esta contingencia, sino que se debe a que cada vez más ciudadanos se enteran de la existencia de esta prestación. Lo cual es lógico pensar que este número aumentará con el paso de los años.

Gráfico 1, Estadísticas de la seguridad social.



Fuente: elaboración propia.

Además, como dijo el autor Francisco Javier Fernández Orrico, Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la universidad Miguel Hernández, esta prestación, *“es la primera prestación en la que el sujeto causante (el menor) deriva la exigencia del cumplimiento de los requisitos exigidos al beneficiario para causar derecho*

¹⁷ Estadísticas de la seguridad social - <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST45/2503>

a la prestación (...) supone una novedad, pues hasta ahora la prestación se causaba por derecho propio, cuando quien sufría la contingencia actualizada era el propio beneficiario”¹⁸.

Este es probablemente uno de los puntos más relevantes que caracterizan esta prestación, pero una vez explicado el contexto histórico de esta prestación, hay otros puntos que también son importantes, como el planteamiento de unos objetivos claros realistas que se plantearán a lo largo de este proyecto para la mejora de la prestación.

2.1 ENFERMEDADES GRAVES TIPIFICADAS

Al ser un listado de 109 enfermedades¹⁹, es necesario realizar un apartado en el que poder nombrarlas, para aportar así un mayor contexto a la normativa. Estas son:

(en **Oncología**) Leucemia, Enfermedad de Hodgkin, tumores del sistema nervioso central, retinoblastomas, tumores renales, tumores hepáticos, tumores óseos, sarcomas de tejidos blandos, tumores de células germinales.

(En **hematología**) Aplasia medular grave, neutropenias constitucionales graves, hemoglobinopatías constitucionales graves.

(En **errores innatos del metabolismo**) Desórdenes de aminoácidos, desórdenes del ciclo de la urea, desórdenes de los ácidos orgánicos, desórdenes de carbohidratos, alteraciones glicosilación proteica, enfermedades lisosomales, enfermedades de los peroxisomas, enfermedades mitocondriales.

(En **alergia e inmunología**) Alergias alimentarias graves sometidas a inducción de tolerancia oral, asma bronquial grave, inmunodeficiencias primarias por defecto de producción de anticuerpos, inmunodeficiencias primarias por defecto de linfocitos T, inmunodeficiencias por defecto de fagocitos y síndromes de disregulación inmune y linfoproliferación.

¹⁸ “La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave” - Fco. Javier Fernández Orrico.

¹⁹ **ANEXO-Listado de enfermedades graves RD 1148/2011:**
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-13119

(En **psiquiatría**) Trastornos de la conducta alimentaria, de conducta grave, trastorno depresivo mayor, trastorno psicótico y trastorno esquizoafectivo.

(En **neurología**) Malformaciones congénitas del sistema nervioso central, traumatismo craneoencefálico severo, lesión muscular severa.

(En **epilepsias**) Síndrome de West, síndrome de Dravet, síndrome de Lennox-Gastaut, epilepsia secundaria a malformación o lesión cerebral, síndrome de Rasmussen, encefalopatías epilépticas, epilepsia secundaria a enfermedades metabólicas.

(En **enfermedades autoinmunes**) Esclerosis múltiple, encefalomielitis aguda diseminada, Guillain-Barré, polineuropatía crónica desmielinizante, encefalitis límbica.

(En **enfermedades neuromusculares**) Atrofia muscular espinal infantil, enfermedad de Duchenne.

Infecciones y parasitosis del sistema nervioso central, accidente cerebrovascular, parálisis cerebral infantil y narcolepsia. Además, varias cardiopatías congénitas graves, miocardiopatías o trasplante cardíaco en lo referente a cardiología.

En cuanto al aparato respiratorio, está la fibrosis quística, neumopatías intersticiales, displasia broncopulmonar, hipertensión pulmonar, bronquiectasias, enfermedades respiratorias de origen inmunológico y trasplante de pulmón.

En las **enfermedades del aparato digestivo** encontramos: Resección intestinal amplia, síndrome de dismotilidad intestinal grave, diarreas congénitas graves, trasplante intestinal, hepatopatía grave y trasplante hepático.

En lo referente a la **nefrología**, está la enfermedad renal crónica terminal en tratamiento sustitutivo, trasplante renal, enfermedad renal crónica en el primer año de vida, síndrome nefrótico del primer año de vida y tubulopatías de evolución grave.

Además de "**otras enfermedades**".

Esta es una lista amplia y utiliza la expresión abierta "otras enfermedades" para dar cabida a más dolencias, pero como hace referencia siempre a categorías de "enfermedades reconocidas", los órganos encargados de aplicar el Real Decreto entienden que se trata de una lista cerrada.

Sin embargo, tanto el Real Decreto como el Anexo están sujetos a posibles modificaciones por parte del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Es decir, en el fondo, el propio texto reconoce la necesidad de actualizar el listado ante la imposibilidad de abarcar de entrada todas las patologías que tendrían cobertura.

Esta es una situación que analizaré más adelante, pues necesitamos estar ante una situación grave que necesita una revisión por parte del legislador urgentemente.

Capítulo 3: DESARROLLO

Una vez explicado brevemente la normativa y el contexto histórico de esta prestación, con su evolución y acogimiento a lo largo del tiempo, procederé a realizar una evaluación con su impacto, valor, consecuencias y propondré **puntos a mejorar**.

El sistema de Seguridad Social español tiene un impacto con una gran importancia en la sociedad de este país, concretamente en la clase trabajadora.

La importancia y valor en las prestaciones de la seguridad social radica en la eficacia que tienen estas en actuar como un **paliativo** a una situación de riesgo que afecta al trabajador.

Generalmente, dichas situaciones de riesgo provocan que el trabajador no acuda al trabajo o reduzca su jornada laboral, y dependiendo de la prestación, ésta servirá como un **sustituto** en mayor o menor cantidad del dinero que se deja de percibir, afectando así a la conciliación familiar de los trabajadores y su seguridad económica.

Concretamente, la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave tiene varios aspectos positivos y adecuados, pero otros imperfectos y a mejorar.

Esta prestación nació en 2011 como respuesta a la demanda de las asociaciones de padres y madres de niños con enfermedades y graves ante la falta de una prestación concreta que les protegiese de forma efectiva.

Esta prestación se encarga de cubrir una situación de riesgo (estar a cargo de un menor con cáncer o enfermedad grave).

A continuación, analizaré los aspectos positivos y a mejorar de dicha ayuda como pueden ser la base reguladora, su retroactividad, la reducción de jornada y cotización, entre otros.

3.1 ASPECTOS POSITIVOS

3.1.1 Base Reguladora y retroactividad

El aspecto **positivo** de esta prestación es que, a pesar de ser una contingencia común, el porcentaje de la Base Reguladora, como en otras prestaciones causadas por contingencias profesionales, **equivale al 100%** (art. 4.6 RD 1148/2011)²⁰. Esto significa que el trabajador recibirá una cantidad prácticamente similar a la que dejó de percibir al reducirse la jornada para cuidar de su hijo.

Como dijo el autor Francisco Javier Fernández Orrico, Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la universidad Miguel Hernández, *“se trata de una contingencia común, pues el origen es ajeno a la relación laboral acercándose más a prestaciones como la de maternidad o paternidad, teniendo en común una con ellas la estrecha relación familiar que une al trabajador con el hijo menor afectado (...) que recuerdan más a las contingencias profesionales al considerar la base de cotización por contingencias de esta naturaleza”*²¹.

Teniendo en cuenta que las prestaciones tienen como mayor objeto el sustituir la cantidad económica perdida, como ya he mencionado anteriormente, no cabe duda de que este aspecto de la prestación es el más importante.

Es decir, si el trabajador venía cobrando 1500€ durante los meses anteriores, este seguirá cobrando una cantidad similar, lo cual significa paliar la situación desfavorable a la que se está enfrentando.

²⁰ Artículo 4.6 RD 1148/2011

²¹ “La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave” - Fco. Javier Fernández Orrico.

Además, **la norma goza de cierta retroactividad**, pues los padres cuyos hijos sufran una enfermedad grave o cáncer desde antes del 2011, cuando se creó esta normativa, podrán acceder a esta prestación si los menores en cuestión **siguen sufriendo** su respectiva enfermedad.

En este caso aclararé una situación en la cual varios tutores legales se han visto afectados: Iniciaron una reducción de jornada con **anterioridad** al 1 de enero de 2011, es decir, la creación de esta prestación.

Hasta este momento, los padres que reducían su jornada para cuidar de sus hijos **no recibían ninguna prestación** y por lo tanto perdían dinero con la reducción de jornada, con todas las consecuencias que ello implica. Pues bien, aquí tenemos un ejemplo en el cual se nos explica que es lo que ocurre en estas situaciones:

Según el Tribunal Superior de Justicia de País Vasco²², una madre se enfrentó judicialmente a la entidad gestora, pues dicha entidad se negaba a tramitar el pago de la prestación recientemente creada.

La madre en cuestión **tuvo un hijo en 2006** con problemas de salud, lo cual hizo a esta ausentarse del trabajo reduciendo su jornada de trabajo. En esta situación el magistrado del órgano judicial tuvo una resolución simple y sencilla:

El menor tiene una enfermedad que entra dentro de las **enfermedades reconocidas por ley**, así que en cuanto la madre se reduzca la jornada laboral al menos en un 50%, ésta recibirá el 100% de la base reguladora.

Dicha base reguladora será la correspondiente a la jornada completa y no la de la jornada reducida con base en la misma causa que la prestación reclamada.

Por lo tanto, podemos concluir que cualquier tutor legal de un menor, en tanto en cuanto sus condiciones estén acorde a la ley, los órganos judiciales fallarán a su favor a pesar de las discrepancias que las entidades gestoras puedan tener.

3.1.2 Reducción de jornada y cotización

²² Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 2013/2017 de 17 octubre / JUR\2018\29265 / Recurso de Suplicación 1847/2017 / ECLI: ECLI:ES:TSJPV:2017:3383

Sin embargo, esta prestación tiene otras características positivas, como la libertad que posee el trabajador de reducir su jornada **desde un 50% a un 99%**²³ (art. 4 RD 1148/2011) que permite a éste adaptarse a su nueva realidad teniendo que hacerse cargo del menor afectado.

Teniendo en cuenta que la base reguladora es del 100%, el trabajador no tendrá problema en el porcentaje de reducción, pues la ausencia del trabajo no significará una reducción del dinero recibido considerable.

Los requisitos de cotización **tampoco son demasiado exigentes**²⁴(art. 5 RD 1148/2011), especialmente en los trabajadores jóvenes. Son similares a la situación de maternidad y con haber trabajado durante un período de tiempo relativamente reducido, el trabajador cumplirá los requisitos de cotización.

Y la extinción, suspensión o iniciación de la prestación parece bastante razonable (art. 7 RD 1148/2011)²⁵.

Se suelen aplicar cuando alguno de los implicados fallezca (el menor o el trabajador), cuando alguno de los tutores legales no trabaje, pues permitirá proceder al cuidado directo, permanente y continuado del menor o cuando la enfermedad del menor se reduzca o desaparezca.

En definitiva, requisitos y razonamientos que están dentro de la lógica de la sociedad actual.

3.1.3 Pluriempleo, pluriactividad y tiempo parcial²⁶

²³ Primer párrafo del artículo 4 del RD 1148/2011: “Serán personas beneficiarias del subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave las personas trabajadoras, por cuenta ajena y por cuenta propia y asimiladas cualquiera que sea su sexo, que reduzcan su jornada de trabajo en, al menos, un 50 por 100 de su duración, siempre que reúnan la condición general de estar afiliadas y en alta en algún régimen del sistema de la Seguridad Social y acrediten los periodos mínimos de cotización exigibles en cada caso”

²⁴ Art. 5 RD 1148/2011

²⁵ Art. 7 RD 1148/2011

²⁶ Art. 4.6 RD 1148/2011

Además, es necesario añadir que en la situación de pluriempleo, pluriactividad y tiempo parcial el trabajador tendrá ciertas ventajas (**especialmente a la hora de cotizar**) que será necesario explicar en profundidad más adelante.

Pero al mismo tiempo, esta prestación con sus características positivas también deja algunas dudas una vez ésta es aplicada en la vida real.

3.2 ASPECTOS MEJORABLES

3.2.1 Entidades gestoras

Por ejemplo, las entidades gestoras, que al final son las que **se encargan de pagar esta prestación**, siempre van a poner obstáculos y dudas a la hora de aprobar estas prestaciones.

Ya sea por la cantidad a percibir, el porcentaje de la jornada laboral a reducir o la determinación de la enfermedad del menor y sus consecuencias.

Lo harán para defender sus intereses, pero el proceso judicial puede suponer un problema para los trabajadores, pues puede pasar un tiempo sin saber si finalmente recibirá la prestación o no (aunque después recupere lo que se le debe si se acepta el pago, el proceso puede crear una experiencia desagradable para los interesados en recibir la prestación).

3.2.2 Términos poco concretos: Unidad familiar y los cuidados

También hay que añadir los términos legales que definen la normativa y que a la hora de ponerse en práctica puedan ser ambiguos, como por ejemplo la definición de “**unidad familiar**”, concepto muy importante a la hora de definir qué progenitor puede o debe recibir la prestación y si la situación personal, la cual es distinta en cada familia se puede aplicar en todos los casos basándose en dicha normativa.

En este caso las resoluciones judiciales suelen resolverse de forma individual. Explicaré el término más adelante.

En definitiva, son argumentos que en casos reales se suelen ver como argumento de disputa entre trabajador y entidad gestora, que varias veces acaban por solucionarse mediante dicha resolución judicial, pues la ineficacia de la normativa para definir el término en cada caso deja la responsabilidad a los órganos judiciales.

Otros términos a tener en cuenta son “**el cuidado de manera directo, continuo y permanente**”²⁷ (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.) por parte de uno de los progenitores.

Al igual que el término “**unidad familiar**”, existen varias dudas a la hora de aplicarlo a la práctica pues cada situación también es diferente y la ley no puede explicarlas todas. Por lo tanto, también es un término que generalmente se determina mediante resolución judicial.

Es necesario reconocer que la ley no puede describir cada caso en concreto, como ya he mencionado antes, así que la posibilidad de solucionar el problema mediante los magistrados es la opción más factible que tiene el legislador.

3.2.3 Enfermedades incompletas

Además, como he mencionado anteriormente, existen varios problemas con esta prestación.

Por ejemplo, la contradicción y consecuente problema con las enfermedades²⁸ tipificadas como necesarias que el menor deba sufrir para recibir la prestación.

²⁷ Artículo 2.1 RD 1148/2011

²⁸ **ANEXO-Listado de enfermedades graves RD 1148/2011**: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2011/BOE-A-2011-13119-consolidado.pdf>

El listado de **109 enfermedades** es tan extenso que a priori no debería haber un problema con dichas enfermedades, pero en varias excepciones, podemos encontrar a familias con un problema muy grave: **La enfermedad del menor no está tipificada en el anexo de la ley**²⁹.

Es una contradicción ya que la lista de 109 enfermedades está abierta a actualizaciones, pero realmente no se ha llegado a actualizar en los 7 años que lleva activa.

Esto es una contrariedad pues cada cierto tiempo van apareciendo nuevas enfermedades raras (actualmente hay entre 7000 y 9000³⁰), pero el listado de las enfermedades no se está actualizando, así que virtualmente es una lista cerrada.

Podemos encontrar una excepción después de varios años, pues el secretario de Estado al mando a principios de 2018 notificó que próximamente se van a sumar tres nuevas patologías al listado de 109 (con la actualización) enfermedades beneficiarias de dicha prestación: la epidermólisis bullosa o “piel de mariposa”, el síndrome de Smith-Magenis y el síndrome de Behçet.³¹

Esta actualización es un dato esperanzador para las familias con menores afectados por enfermedades que no están en la lista, pero como podemos ver, apenas son 3 enfermedades nuevas y ni siquiera hay una fecha clara de inclusión.

No es un problema que afecte a demasiada gente, pues en comparación con otras prestaciones, esta es de las menos utilizadas y el listado de enfermedades cubre casi todas las situaciones. Pero sigue siendo un problema para varios trabajadores, puesto que tendrán los problemas que otros tutores legales tienen y sin embargo no pueden acceder a la prestación.

Además, como bien apunta **José Mario Paredes Rodríguez**³², Letrado de la Administración de la Seguridad Social, “cabe señalar la omisión de los accidentes, tanto

²⁹ **Diario Público – Anna Flotats – Prestaciones públicas:**

<https://www.publico.es/sociedad/prestaciones-publicas-doble-discriminacion-enfermedad-no-nombre-quedas-ayudas.html>

³⁰ **Federación Española de Enfermedades Raras:** <https://enfermedades-raras.org/index.php/enfermedades-raras/enfermedades-raras-en-cifras>

³¹ Revista de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social 15/02/2018, publicado en cifras: <https://revista.seg-social.es/2018/02/15/2-642-prestaciones-para-cuidado-de-hijos-con-enfermedad-grave-en-2017/>

³² **Publicación:Revista Aranzadi Doctrinal num. 1/2011 parte Estudio.**

Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2011.

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Ifa3747e051cc11e08276010000000000>

infantiles como de tráfico, que puede sufrir el menor a lo largo de su infancia y adolescencia”.

Es decir, que las enfermedades graves **no cubren todos los problemas de salud que el menor pueda sufrir**, pues los accidentes no están incluidos en el anexo e igualmente puede causar un período de cuidado directo, continuo y permanente.

3.2.4 Suspensión del contrato

Un último paso que mejorar en mi opinión sería el añadir la posibilidad de poder suspender el contrato de trabajo por parte del trabajador.

Este proceso contractual es de larga duración debido a las características de la enfermedad del menor (que o suelen durar por mucho tiempo o legalmente hasta que cumpla 18 años) y ya que el legislador pone un límite mínimo de una reducción de jornada del **50% y un máximo del 99%**, sería más sencillo para empresario y trabajador, así como una mejora para la productividad de la empresa.

Siendo así esta situación, el trabajador debería tener derecho a suspender su contrato de trabajo con todas las ventajas que esto conlleva, pues actualmente estaríamos ante situaciones donde el trabajador puede ausentarse durante largos períodos de tiempo y sin embargo no tienen derecho a suspender el contrato de trabajo.

Ciertamente, la suspensión del contrato de trabajo significaría perder el derecho a recibir una prestación, pero esta prestación en concreto es, como ya he mencionado anteriormente, distinta a todas las demás.

Es una prestación de carácter derivado. Es decir, en los casos de IT o IP, por ejemplo, el trabajador no puede acudir a su trabajo y sin embargo recibirá prestación. Pues bien, en el caso de la prestación que estamos tratando ahora mismo, el trabajador no tiene problema en ir al trabajo pues no es su salud la que está en estado grave, sino la del menor.

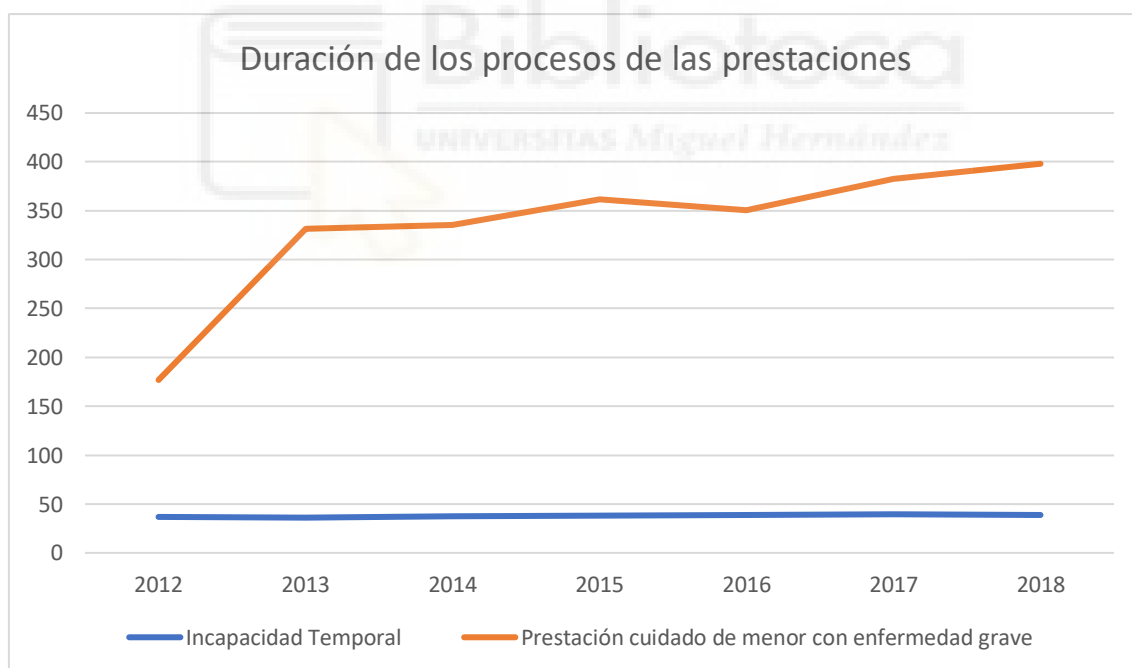
Por lo tanto, mi propuesta es convertir la reducción de jornada al 100% y además mantener el derecho a prestación. Es decir, obtener las ventajas que ofrece tanto la

suspensión de un contrato como la prestación por cuidado de menores con cáncer o enfermedad grave.

Además, productivamente, como ya he mencionado, sería más sencillo, pues la reducción de jornada del 99% hace que en la práctica el trabajador no tenga que acudir al trabajo, pero aun así este tendrá que acudir en algún momento, causando unos problemas organizativos, ya que este trabajador probablemente necesitará un sustituto y aun así tendrán que coincidir algunas veces, causando confusión respecto al solapamiento de tareas o incluso problemas relativos al lugar de trabajo.

Para poner en contexto la larga duración de esta prestación, aquí podemos observar una comparativa entre la duración de los procesos de la prestación por cuidado de menores con enfermedad grave y la prestación por incapacidad temporal, una prestación más conocida y de mayor uso:

Gráfico 2, Duración de los procesos de las prestaciones por IT y cuidado de menor con enfermedad grave.



Fuente: Elaboración propia. Datos: Estadísticas de la seguridad social³³

Por lo tanto, no estamos ante una situación normal en la que el trabajador volverá relativamente pronto, como es en la situación de incapacidad temporal.

³³ Estadísticas de la seguridad social - <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST45>

Nos encontramos ante una prestación que de media es un proceso que en los últimos años ha superado los 365 días de ausencia en el trabajo o jornada reducida. Por ello opino que, en los casos de reducción casi absoluta, la suspensión del contrato con derecho a prestación o la reducción del 100% de la jornada debería de ser necesaria.

Se podría añadir la reserva del puesto de trabajo durante el primer año de ausencia, los períodos de hasta tres años de excedencia por cuidado de hijo o menor, tendrían la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad...

Y, en definitiva, **todas las características de la excedencia por cuidado de hijo o de familiares** que el trabajador podría recibir y que, como he mencionado anteriormente, también podría ser beneficiario para la empresa.

3.3 DATOS ESTADÍSTICOS

La propia naturaleza de la prestación, es decir, que los tutores legales deban ausentarse del trabajo por cuidar de los menores y sus enfermedades (que generalmente son duraderas), hace que la duración sea elevada, hecho que explica que la duración media de las mismas que han finalizado en 2017 es de 381 días, frente a los 350 días de 2016.

Para hacer frente a su pago, la Seguridad Social ha destinado 66,5 millones de euros en 2017, lo que ha supuesto un 36% más de presupuesto que el año anterior.

El 97% del gasto ha sido gestionado por las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social (65,1 millones de euros) que han reconocido 2.561 nuevas prestaciones y el resto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y el Instituto Social de la Marina (ISM).³⁴ (Lo cual nos explica la importancia que tienen las entidades gestoras en el sistema de relaciones laborales).

³⁴Revista de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social 15/02/2018, publicado en cifras: <https://revista.seg-social.es/2018/02/15/2-642-prestaciones-para-cuidado-de-hijos-con-enfermedad-grave-en-2017/>

Desde 2011, año en el que se creó esta prestación y en el que las Mutuas se hicieron cargo de ella, estas organizaciones empresariales sin ánimo de lucro han destinado casi 148 millones al pago de esta, incrementándose año a año debido a que cada vez son más los padres que conocen su derecho a percibirla.

Se trata de una prestación “joven”, por lo cual es evidente que un trabajador normal no esté al tanto de esta normativa, lo cual explica que el número de beneficiarios fuese bajo en comparación con los beneficiarios potenciales que podrían haber accedido a esta.

Con el tiempo lógicamente el número de beneficiarios se ha multiplicado, así como el dinero invertido por la seguridad social y las mutuas o entidades gestoras.

Así, en 2011 las mutuas abonaron 2,85 millones de euros por este concepto a 681 familias, una cifra que aumentó hasta 14,68 millones en 2012; 21,20 en 2013; 26,96 millones en 2014; 34,13 en 2015 y 47,92 millones en el año 2016³⁵.

Por lo que podemos comprobar que los trabajadores han accedido a la prestación con el paso del tiempo porque se han enterado tarde de su existencia y no por que el problema haya aparecido de repente.

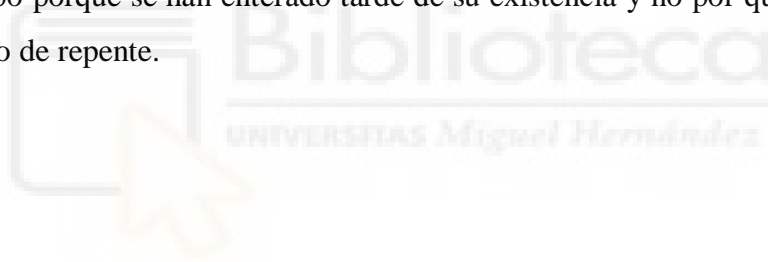
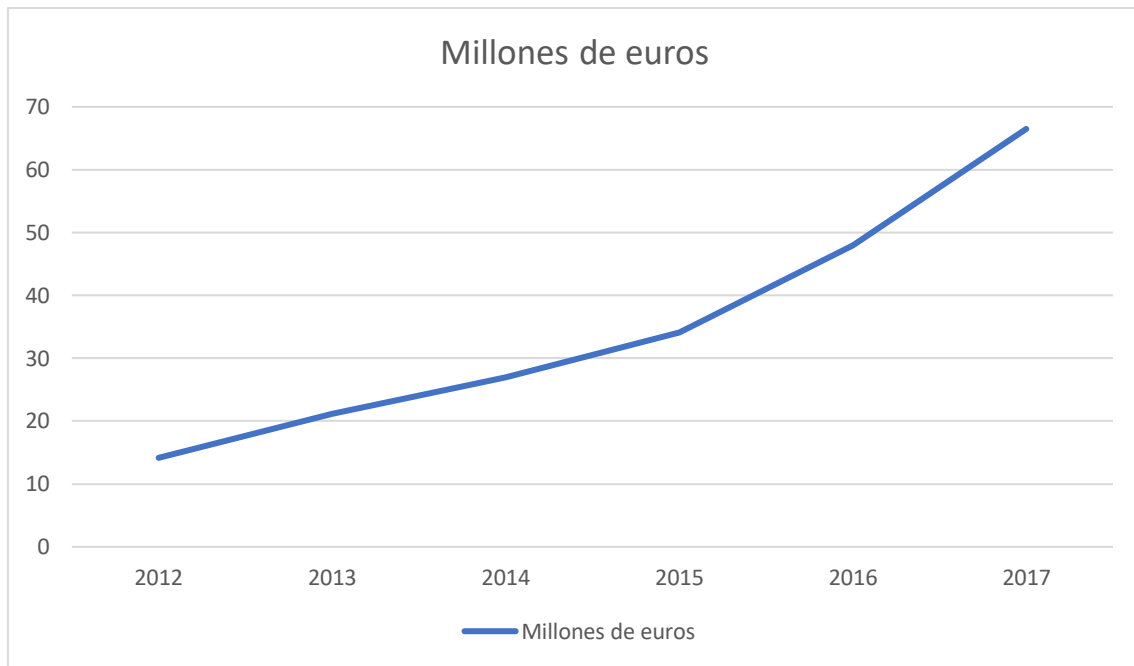


Gráfico 3, Evolución de la aportación de las mutuas por la prestación por cuidado a menores con enfermedad grave.

³⁵ **Revista de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social 29/03/2017, publicado en mutuas:** <https://revista.seg-social.es/2017/03/29/mas-de-2-100-padres-de-hijos-con-cancer-reciben-prestaciones-por-cuidado-familiar-en-2016-2/>



Fuente: Elaboración propia. Datos: <https://revista.seg-social.es/2017/03/29/mas-de-2-100-padres-de-hijos-con-cancer-reciben-prestaciones-por-cuidado-familiar-en-2016-2/>



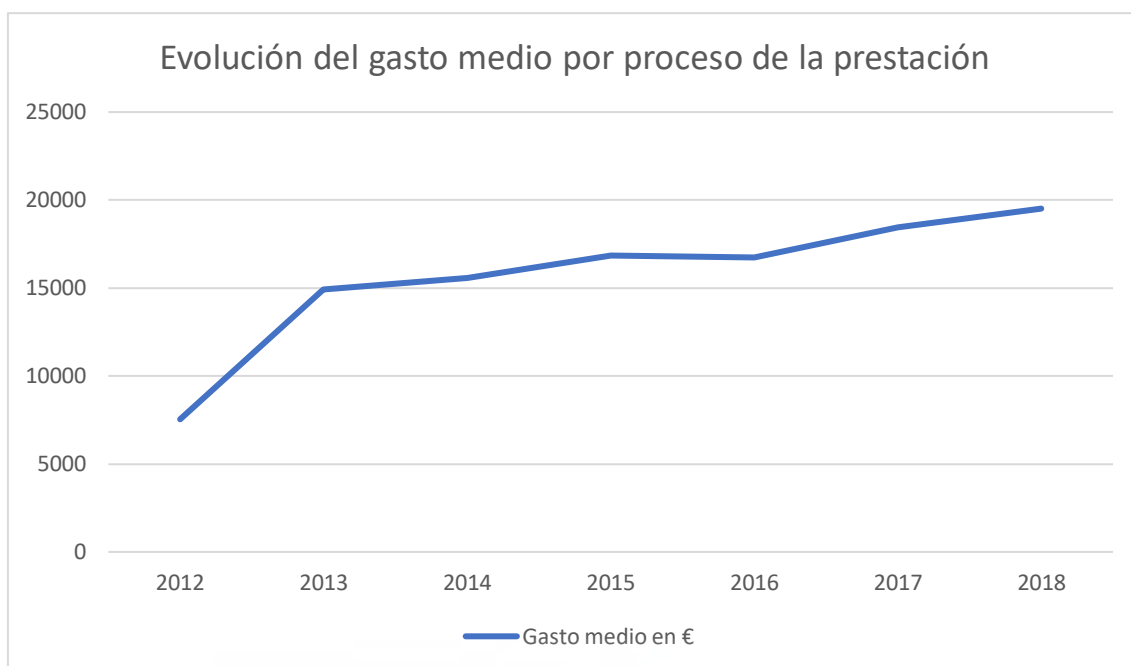
Es la única forma de explicar que la inversión de las mutuas en esta prestación se haya multiplicado de forma exponencial en los últimos años.

Esto quiere decir que la administración hizo un trabajo pobre publicitando la nueva prestación, pues no todos los trabajadores tienen acceso a los canales públicos de información que el estado suele utilizar.

Aún así, esta prestación se encuentra en constante crecimiento y todos los datos indican que la situación se va a mantener de esta forma con el paso del tiempo, pues aun asumiendo que el número de menores con enfermedad grave no va a aumentar, es lógico predecir que la cantidad de padres o tutores legales que se van a enterar de la existencia de esta prestación va a aumentar.

Aquí podemos observar la evolución del gasto medio **por proceso**:

Gráfico 4, Evolución del gasto medio por proceso de la prestación



Fuente: Elaboración propia. Datos: Estadísticas de la seguridad social³⁶

3.4 PROCEDIMIENTO PARA RECONOCER EL DERECHO AL SUBSIDIO

El procedimiento para el reconocimiento del derecho al subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave se iniciará mediante **solicitud de la persona trabajadora dirigida a la dirección provincial competente** de la correspondiente entidad gestora de la provincia en que aquélla tenga su domicilio, o ante la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que le corresponda.

La solicitud se podrá realizar desde la creación de esta prestación, es decir, el 1 de Enero de 2011.

Incluso si el menor ha sufrido la enfermedad con anterioridad a esta fecha, en tanto en cuanto **no haya dejado de sufrirla una vez la prestación haya sido creada**, los tutores legales no tendrán problemas en recibirla.

³⁶ <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST45>

Eso sí, solo cobrarán a partir de la fecha de creación y posteriormente (con una retroactividad de 3 meses si se retrasa en la solicitud).

Es decir, si un menor fue hospitalizado antes de 2011, la prestación se podrá solicitar desde el 1 de enero de 2011 (y cobrarla desde entonces).

Es necesario añadir que, aunque no exista ingreso hospitalario durante un largo período de tiempo, los padres o tutores **también podrán solicitar prestación cuando el menor necesite hacer ingresos en hospitales de forma constante**, sin tener que residir allí de forma continuada o en largos períodos de tiempo.

Esta situación será explicada a continuación en los ejemplos de jurisprudencia.

A continuación, explicaré y analizaré los conceptos de **“unidad familiar”** y **“cuidado directo, continuado y permanente”**.



3.5 CONCEPTO DE UNIDAD FAMILIAR

Es necesario explicar el concepto de unidad familiar de forma detallada porque es un término que genera dudas debido a que cada familia vive en una situación distinta. Teniendo en cuenta que la normativa no puede explicar cada caso en concreto, generalmente se acude a la jurisprudencia para resolver los conflictos generados.

Como puede observarse, de ninguna manera, el subsidio será para dos personas, independientemente del supuesto que se presente.

Sin embargo, el legislador, aplicando el principio de igualdad, señala que mediante acuerdo entre ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras y la empresa o empresas respectivas, podrán alternarse entre ellas el percibo del subsidio por periodos

no inferiores a un mes, en cuyo caso el percibo del subsidio será suspendido cuando se reconozca un nuevo subsidio a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora.

Este proceso durará hasta que el menor en cuestión no necesite ayuda de los padres.

3.5.1 Concepto legal de la “unidad familiar”

Todo se centra en determinar el significado del **RD 1148/2011** de la “unidad familiar”. El **artículo 4.2³⁷** de dicha norma señala que **“dentro de cada unidad familiar, ambas personas progenitoras deben acreditar que se encuentran afiliadas y en situación de alta”**.

Del precepto se entiende que ambas personas progenitoras deben acreditar que encuentran afiliadas y en situación de alta.

Bajo este contexto, la jurisprudencia establece que no puede excluirse de la unidad familiar al progenitor padre, por lo que este también deberá estar trabajando (afiliado y en alta en algún régimen de la Seguridad Social), ya que, si no es así, podrá prestar a su hijo la atención que requiere la enfermedad.

No cabe distinguir a estos efectos que el progenitor cuidador en la enfermedad sea o no el progenitor que tiene la custodia del menor en caso de separación o divorcio, dado que esta situación solo se contempla si ambos progenitores tuvieran derecho al subsidio, a efectos de que se reconozca a favor del determinado (si ambos padres consiguen llegar a un acuerdo) o, en su defecto, al que tenga la custodia del menor o, si esta fuese compartida, a la que lo solicite en primer lugar.

Además, para contextualizar el término, según la Agencia Tributaria, constituyen Unidad familiar la formada por los cónyuges no separados legalmente, y si los hubiera:

Los hijos menores, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientes de éstos o los hijos mayores de edad incapacitados judicialmente sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada.

³⁷ Art. 4.2 RD 1148/2011

3.5.2 Casos distintos de “unidad familiar”

En los casos de separación legal o cuando no existiera vínculo matrimonial (solteros, parejas de hecho...), la formada por el padre o la madre y todos los hijos que convivan con uno u otro y cumplan los requisitos del apartado anterior. **Nadie podrá formar parte de dos unidades familiares al mismo tiempo.**

Para la determinación de los miembros de la unidad familiar se tiene en cuenta la situación existente a fecha 31 de diciembre de cada año.

Es decir, que si uno de los dos progenitores no reúne los requisitos para recibir dicha prestación (que no trabaja), éste será el encargado de realizar los cuidados necesarios, **tenga o no la custodia del menor.**

Evidentemente no recibirá prestación alguna, sin distinguir entre progenitores casados (separados legalmente o no), divorciados y no casados (convivientes o no).

Por lo tanto, independientemente de la situación familiar, no importa que los padres estén casados, divorciados, separados o tengan la custodia del menor o no.

Si uno de los dos no trabaja, éste se encargará de cuidar al menor, y si ambos trabajasen, o bien lo pactan entre ambos o si hay una disputa, el órgano judicial pertinente lo solucionará.

En el caso de que ambos trabajen y estén separados o divorciados, podrá recibir el derecho a la prestación el que tenga la custodia del menor. En el caso de ser custodia compartida, la recibirá el primero que lo solicite.³⁸

3.6 CONCEPTO “CUIDADOS DIRECTOS, CONTINUADOS Y PERMANENTES”

³⁸ **Artículo 4 párrafo 4 de la RD 1148/2011** <https://www.boe.es/boe/dias/2011/07/30/pdfs/BOE-A-2011-13119.pdf>

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 cuanto a la interpretación del “cuidado directo, continuo y permanente” que señala la norma, existen sentencias judiciales que plantean la idea de que no hay que tomarse de forma literal las palabras “directo, continuo y permanente” ya que, como podemos observar en la ley, la reducción mínima de la jornada laboral será del 50% , lo que significa que el tutor tendrá que dedicar tiempo de su día al trabajo, y no a su hijo, lo cual significa que el cuidado no será permanente y sin embargo la prestación se seguirá percibiendo.

Por ejemplo, en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Sevilla³⁹, se llevó a cabo un procedimiento judicial donde la entidad gestora negó el pago de la prestación porque el menor estaba escolarizado en un centro especial debido a las dolencias que padece y las severas limitaciones que conllevan.

Los progenitores contraargumentaron este razonamiento explicando que, debido a la severidad de la enfermedad que sufre el menor, éste además debe recibir cuidados de manera directa, continua y permanente por parte de la madre⁴⁰.

Finalmente, el tribunal falló a favor de los progenitores al probar que efectivamente los cuidados, debido a la singularidad de la enfermedad, debían ser de manera directa, continua y permanente incluso fuera de la escuela especializada.

Por lo tanto, de esta conclusión se deriva que el progenitor podrá reducirse la jornada laboral siempre y cuando el menor necesite de dichos cuidados directos, continuos y permanentes, independientemente de la situación escolar del menor.

Desde mi punto de vista, el magistrado considera dichos cuidados como un trabajo (o con una carga o esfuerzo como tal) que, aunque dichos cuidados se realicen en casa u hospital

³⁹ Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 2792/2017 de 5 octubre / JUR\2017\303678 / ECLI: ECLI:ES:TSJAND:2017:9185 / Recurso de Suplicación 2813/2016

⁴⁰Artículo 2.1 RD 1148/2011

una vez la jornada laboral ha acabado (si consiguen coincidir la jornada con el período escolar), el magistrado considera que el período de descanso ha de ser respetado y por lo tanto permite que el trabajador pueda ausentarse del trabajo para realizar dichos cuidados y por lo tanto respetar el descanso laboral.

En una situación parecida a la anterior, se debatió en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁴¹ un caso donde la escolarización del menor, desde el punto de vista de la entidad gestora, suponía la extinción del derecho a recibir prestación.

El razonamiento por parte de la entidad gestora era obvio: Al estar el menor en una situación donde los padres no están cuidando de él, éstos no necesitarán reducir su jornada para proceder a sus cuidados, especialmente cuando uno de los progenitores estuvo en situación de desempleo durante un período de tiempo.

Pues bien, el órgano judicial falló a favor de los padres puesto que, para los magistrados, **“la escolarización del menor no constituye causa legal de extinción de la prestación”**. Además, “no se ha acreditado que ha mejorado su situación ni aportado informe del servicio público de salud que justifique la revocación de la prestación”.

El único período de tiempo en el cual, el órgano judicial acepta la suspensión (que no extinción) fue en el período de tiempo en el que el progenitor no prestó servicios laborales (y por lo tanto percibió la prestación por desempleo).

La conclusión definitiva que se puede sacar de esta resolución y la anterior, es que la escolarización nunca podrá ser motivo de extinción de la prestación, especialmente cuando el menor no ha mostrado ningún tipo de mejoría, lo que causa la necesidad de recibir cuidados directos, continuos y permanentes.

En este caso, voy a mostrar un caso distinto al resto: El magistrado falla a favor de la entidad gestora a la hora de analizar si se necesitan cuidados continuos, directos y permanentes.

⁴¹ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 239/2018 de 17 enero / AS\2018\942 / ECLI: ECLI:ES:TSJCAT:2018:12 / Recurso de Suplicación 4001/2017

Por ejemplo, en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía⁴². La demandante, con hijo menor a cargo que presenta retraso madurativo de carácter moderado secundario a la agenesia del cuerpo caloso, solicitó y le fue concedida una reducción del 50% de su jornada para poder atender a su hija menor de edad. A consecuencia de la malformación congénita del sistema nervioso central que padece, la menor precisa de rehabilitación integral con fisioterapia y estimulación multisensorial y visitas con la psicóloga y logopedia desde los 3 años.

Según la parte denunciante, la menor presentaba una discapacidad intelectual de grado medio-severo, no siendo autónoma en sus desplazamientos (aunque no precise ayudas técnicas), como tampoco es autónoma para la alimentación, aseo o higiene personal, precisando de supervisión continua de otra persona, así como carece de la conciencia del peligro y del dolor, entre otras limitaciones.

Todo ello determina que precise una atención directa continua y permanente de otras personas, siendo fundamental el papel de los padres, además de la atención médico-psiquiátrica

Solicitada la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave a la Mutua, la demandada denegó la solicitud, argumentando "No cumplir los requisitos establecidos en el Art. 135 quáter del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y el Real Decreto 1148/2011.

Presentó un recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado de lo Social en Almería, que denegó el pago de la prestación a la progenitora. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, denegó el recurso alegando:

En el presente caso, como se refiere en la sentencia impugnada con referencia a sus hechos probados, la menor "es autónoma en los desplazamientos, en la alimentación, en la atención de sus necesidades básicas de aseo, higiene y vestido aunque sea conveniente su supervisión, y en definitiva, no precisa de un cuidado directo, continuo y permanente en los términos que se prevén legalmente", por lo que si bien siempre va a requerir la atención especializada que se le presta y la supervisión en determinadas tareas, sin embargo mantiene un grado de autonomía en relación con las actividades básicas de la

⁴² Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1ª)
Sentencia núm. 1612/2017 de 28 junio. JUR 2017\238890 / ECLI: ECLI:ES:TSJAND:2017:7661 / Recurso de Suplicación núm. 77/2017

vida diaria que impide estimar la concurrencia del citado requisito, por lo que en suma, el motivo de impugnación que nos ocupa debe ser igualmente desestimado, y con ello el recurso de la parte actora.

3.6.1 Ejemplos prácticos de cuidados del menor

En relación con la **Diabetes Mellitus tipo I**, la ley señala que dicha enfermedad no se puede considerar como una enfermedad grave, ya que no lleva consigo el ingreso hospitalario ni la estancia durante largo tiempo en el domicilio teniendo en cuenta los horarios del menor de 16.

Por tanto, un menor que tiene 10 años es una persona apta para controlar su medicación y nivel de glucemia, dado a la simplicidad de los mecanismos de suministros existentes.

Es claramente conocido que el estado de la ciencia ha permitido a los enfermos insulino-dependientes llevar unos ritmos de vida ordinarios.

Esto significa que el tutor legal no podrá optar a prestación ya que no se necesitará un cuidado directo del menor, pues éste puede valerse por sí mismo.

Como he mencionado anteriormente, este concepto no es un concepto que haya que tomarse de forma literal, pues las situaciones, al igual que en el concepto de unidad familiar varían en cada familia.

Es imposible cubrir de forma legal el concepto de cuidado directo, continuo y permanente porque no todas las enfermedades graves precisan de una necesidad tan grande, y dentro de esas variaciones, se crean conflictos entre la entidad gestora y el trabajador, y es responsabilidad del órgano judicial en la mayoría de los casos el llegar a una solución.

Por ejemplo, en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco⁴³.

⁴³ Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 2013/2017 de 17 octubre/ ECLI: ECLI:ES:TSJPV:2017:3383 / Recurso de Suplicación núm. 1847/2017

En esta sentencia, la entidad gestora denegó el acceso a la prestación a la madre del menor “porque había gozado de una mejoría en su estado de salud que permitió al menor no ingresar en un hospital”.

La madre recurrió y el órgano judicial dio la razón a esta alegando que “pese a ser cierto esa mejoría, **el menor seguía necesitando cuidados** “directos, continuados y permanentes” que, pese a no requerir hospitalización, se seguía necesitando la atención en casa bajo esas condiciones.

Podemos asumir que el legislador se fijó a la hora de crear la normativa en el tipo de cuidado que necesitaba el menor y no el lugar donde se llevaba a cabo, puesto que también existen casos prácticos donde el menor, pese a no estar hospitalizado a tiempo completo ni necesariamente de forma prolongada, sus tutores legales podrán acceder a la prestación con que el ingreso hospitalario sea repetido y el cuidado se realice desde casa.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia⁴⁴, creó jurisprudencia al respecto.

Unos tutores del menor en cuestión solicitaron una reducción de jornada ya que su hija tenía que perder días de clase durante el curso (y por lo tanto jornadas de trabajo los progenitores) porque necesitaba seguir un tratamiento farmacológico exhaustivo para poder controlar la enfermedad que sufre desde el nacimiento.

El Juzgado de lo Social de Santiago de Compostela, falló en primera instancia en contra de los padres puesto que el menor iba a un colegio no especializado y los ingresos hospitalarios **no eran lo suficientemente continuados** para ser considerados un ingreso ininterrumpido.

Sin embargo, una vez presentado el recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, éste falló a favor de los padres, considerando que **los ingresos eran tan continuados, que significaban un gran esfuerzo para los padres perder tantas horas de trabajo para poder atender a las necesidades del menor.**

Por lo tanto, estamos de nuevo ante una situación en la que la prestación se demuestra abierta a interpretaciones en varios de sus términos, en este caso al “continuado y permanente”, pues como en el término “unidad familiar”, no se atiene a la literalidad y

⁴⁴ Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social, Sección1ª)
Sentencia núm. 4969/2016 de 29 julio. AS 2017\229 / ECLI: ECLI:ES:TSJGAL:2016:6442 / Recurso de Suplicación núm. 299/2016

basta con que sea una situación en la cual, los trabajadores tengan un gran problema pudiendo lidiar con la vida familiar y laboral.

En esta sentencia en concreto, los ingresos hospitalarios eran tan molestos que el magistrado decidió otorgarle el derecho a prestación.

3.7 DEDUCCIONES DE LA JURISPRUDENCIA

Como podemos observar, las entidades gestoras causarán **problemas y dificultades** a la hora de decidir si se otorga la prestación o no y siempre serán cautelosas a la hora de concederlas.

Estando estas en su derecho, el trabajador que piense que esté en una situación donde podrá recibir esta prestación, también tendrá el derecho a reclamarlo mediante proceso judicial.

Como he analizado, los magistrados que actúen en salas de lo social y concretamente en casos donde tengan que decidir si el trabajador debe recibir prestación o no y en qué condiciones, se basarán en la ley y por lo general crearán una jurisprudencia justa para las partes involucradas.

En todos los casos analizados, las partes involucradas que acaban “ganando” el proceso judicial lo hacen en mi opinión, de manera justa. Se han analizado incidentes de todo tipo:

Menores escolarizados en centros especiales y sus consecuencias o menores que notan una mejoría en su situación. También qué ocurre en situaciones en la que los padres estaban en esta situación antes de la creación de esta prestación y qué es lo que pasa cuando esta es creada o cuando la enfermedad del menor no es lo suficientemente grave para generar derecho a la prestación.

En definitiva, según mis seguimientos personales, estas son las situaciones más comunes en la sociedad española. No hay grandes variaciones en el tipo de enfrentamiento judicial puesto que el número de personas afectadas no es tan grande en comparación con otros casos. Y no todas las personas afectadas acaban en conflicto judicial.

Lo que si podemos deducir es que tanto los trabajadores como las mutuas podrán vivir con cierta tranquilidad respecto a las decisiones judiciales, pues en cuanto éstos cumplan los requisitos necesarios que exprese la ley, el acceso a la prestación o su denegación estará asegurado, pues los magistrados se basan en la normativa y explican sus decisiones en las sentencias judiciales de forma clara.

3.8 ANALISIS DE PLURIACTIVIDAD, PLURIEMPLEO Y TIEMPO PARCIAL⁴⁵

En la explicación inicial de la normativa he realizado un resumen breve sobre las características que la compone, pero es necesario añadir ciertas explicaciones que necesitan una explicación de mayor tamaño por la dificultad de su contenido. Me refiero a los casos de pluriactividad, pluriempleo y tiempo parcial.

3.8.1 Pluriactividad⁴⁶

Situación del trabajador que ejerce simultáneamente distintas actividades o la misma, pero en condiciones o formas diversas, lo que obliga a su inclusión en diferentes regímenes del sistema de Seguridad Social o en el mismo de manera plural. La pluriactividad implica un encuadramiento múltiple y la obligación de dar de alta al trabajador por cuenta propia y/o ajena en dos o más regímenes distintos del sistema de Seguridad, según las actividades realizadas (art. 7.4.1 ° RD 84/1996, de 26 de enero)

En este supuesto, podrá percibirse el subsidio **en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social en el que se reúnan los requisitos exigidos**. En dichas situaciones, si la persona trabajadora acredita las condiciones para acceder a la prestación solamente en uno de los regímenes, se reconocerá un único subsidio computando, de manera exclusiva, las cotizaciones satisfechas a dicho régimen.

Es decir, que si tiene un trabajo al que le dedica un 60% de su jornada laboral y otro donde le dedica un 40% y ambos en 2 regímenes distintos, si se da la situación en que sólo puede

⁴⁵ **Artículos 4.6 y 4.7 del RD 1148/2011:** <https://www.boe.es/boe/dias/2011/07/30/pdfs/BOE-A-2011-13119.pdf>

⁴⁶ (art. 7.4.1.º RD 84/1996, de 26 de enero)

percibir la prestación en uno de ellos, la prestación será de o bien el 60% o bien el 40% de su base reguladora.

Si en ninguno de los regímenes se reúnen los requisitos para acceder al derecho, se totalizarán las cotizaciones efectuadas en todos ellos siempre que no se superpongan, y se reconocerá el subsidio por el régimen en el que se acrediten más días de cotización.

Este último punto mencionado es muy importante, pues refleja uno de los puntos positivos los cuales mencioné al principio del proyecto.

El trabajador que se encuentre en la situación de pluriactividad **tendrá una ventaja a la hora de poder acceder a la prestación**, pues al estar capacitado para computarse las cotizaciones de ambos regímenes, tendrá más posibilidades de cumplir el requisito de cotización, mostrando así una de las muchas facilidades que esta prestación contiene.

3.8.2 Tiempo parcial

En lo referente al tiempo parcial, las personas trabajadoras contratadas a tiempo parcial tendrán derecho al subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, siempre que reduzcan su jornada en, al menos, **un cien por cien**, reconociéndose el subsidio en proporción al porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo que disfruten las personas trabajadoras.

El porcentaje de reducción de jornada se entenderá referido a una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable de la misma empresa y centro de trabajo que realice un trabajo idéntico o similar, y se computará sin tener en cuenta otras reducciones de jornada que, en su caso, disfrute la persona trabajadora contratada a tiempo parcial por razones de guarda legal de menores o de cuidado de familiares, o por cualquier otra causa.

Es obvia la obligación que tiene el trabajador en reducirse la jornada laboral por completo, pues si ya tiene que ausentarse del trabajo a pesar de tener una jornada parcial, el legislador entiende que lo más sensato sea reducir la jornada al completo (lo cual puede ser positivo desde un punto de vista productivo).

De nuevo, el mayor problema que puede existir en esta situación es que el trabajador se ausentará de su trabajo y sin embargo no será una suspensión del contrato de trabajo, con los derechos que esto le aportaría.

Es decir, a efectos prácticos su relación en con la empresa será similar a la de una suspensión, por lo tanto es lógico pensar que en ambas situaciones los trabajadores deberían tener los mismos derechos.

3.8.3 Pluriempleo⁴⁷

El pluriempleo, por su parte, supone también un encuadramiento múltiple, ahora dentro del mismo régimen, y por cuenta de más de una persona, que implica dar de alta al trabajador en tantas empresas como actividades realice (art. 7.4.2.º RD 84/1996).

En la situación de pluriempleo, a efectos de la base reguladora, se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, con aplicación del tope máximo establecido a efectos de cotización.

Esta característica es lógica, pues al estar dentro del mismo régimen de la seguridad social, parece coherente que se utilice las cotizaciones de los trabajos que tenga el tutor legal del menor.

3.9 REGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA O AUTÓNOMOS⁴⁸

Los trabajadores tendrán derecho a la prestación con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que en el Régimen General, con las particularidades que se indican:

Situación protegida:

⁴⁷ art. 7.4.2.º RD 84/1996

⁴⁸ **Artículo 9.2 RD 1148/2011** <https://www.boe.es/boe/dias/2011/07/30/pdfs/BOE-A-2011-13119.pdf>

Los períodos de cese parcial en la actividad de, al menos, un 50 por ciento de su duración. En estos casos, el porcentaje de reducción de la jornada de trabajo vendrá referido a una jornada de 40 horas semanales.

Se tiene que utilizar las 40 horas semanales porque normalmente el horario de un trabajador por cuenta propia suele variar tanto de la persona en sí como de otros trabajadores y se necesita un número común que sea similar al de los trabajadores por cuenta ajena.

Gestión y Pago:

La gestión y el pago de la prestación se llevará a cabo por la correspondiente entidad gestora o mutua colaboradora con la Seguridad Social, con la que el trabajador tenga cubiertas las contingencias profesionales. En este caso, al ser un trabajador por cuenta propia, será éste el que pague directamente a la entidad gestora de su elección.

No obstante, cuando la persona trabajadora no tenga la cobertura de los riesgos profesionales, será competente para la gestión de la prestación la entidad gestora o la mutua que asuma la cobertura de la incapacidad temporal por contingencias comunes.

Será evidentemente una cantidad monetaria menor, pero aun así será un sustitutivo que ayude al trabajador en esta situación, sin tener que quedarse sin prestación alguna.

Capítulo 4: CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL

La prestación por tener un hijo a cargo con enfermedad grave o cáncer ha tenido una gran importancia desde su creación en el año 2011, con la publicación del RD 1148/2011. Esta prestación se encarga de cubrir situaciones de necesidad con consecuencias laborales y familiares extremas, que intenta paliar los efectos de tener un menor a cargo con las enfermedades nombradas anteriormente.

Por lo tanto, esta norma es el resultado de la necesidad y la demanda social de los progenitores, adoptantes u acogedores de atender de manera directa a los cuidados que

necesitan estos menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y no ver afectada su relación laboral o, en casos extremos, ponerla en cuestión al no ser posible la presencia en el trabajo mientras duraba la enfermedad.

Con esta nueva prestación en materia de Seguridad Social se intenta cumplir el artículo 41 de la Constitución Española que proclama expresamente "*los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones ante situaciones de necesidad*".

La situación de necesidad de las personas trabajadoras ante la enfermedad de un menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, necesitaba respuesta de los poderes públicos y del sistema de seguridad social, que, a pesar de llegar tarde, cumplieron su obligación (con sus puntos buenos y no tan buenos) mediante la creación de esta nueva ley. Lo hace de una manera efectiva, puesto que al ser un 100% de la base reguladora, los trabajadores no perderán prácticamente ingresos en una situación como esta.

Aún hay trabajo por hacer por parte del legislador, ya que el mayor problema que presenta esta prestación es que no incluye todas las enfermedades que el menor pueda sufrir y que resulte en la reducción de la jornada de trabajo por parte del tutor, padre o progenitor. La lista oficial es una lista cerrada con unas enfermedades ya definidas, por lo tanto, no cubrirá enfermedades recién descubiertas o enfermedades raras. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social puede añadir nuevas enfermedades, pero como he mencionado anteriormente, no se añade ninguna nueva desde la publicación del Real Decreto que regula esta materia (2011).

También recordar la crítica anteriormente mencionada por el jurista José Mario Paredes Rodríguez, donde señalaba que los accidentes del menor no entran dentro del anexo de enfermedades de la normativa, aunque sus consecuencias puedan ser similares a la de sufrir una enfermedad (necesitar de cuidados permanentes, continuos y directos).

Como hemos podido observar en las sentencias, las entidades gestoras suelen poner ciertos problemas a la hora de aceptar dicha prestación a trámite, pero por lo general, el fallo judicial suele resultar en favor del trabajador siempre que se cumplan los requisitos.

También hay que añadir, que pese a tener sus problemas, esta prestación es de las más modernas en comparación a otras prestaciones, y deja una libertad interpretativa (que puede ser visto como algo negativo o positivo) en sus términos que pueden ayudar

bastante a los trabajadores metidos en esta situación. Como he mencionado anteriormente, al utilizar el 100% de la base reguladora, esta prestación será de las mejores pagadas en comparación con las demás (junto a la de maternidad, por ejemplo).

Generalmente las resoluciones judiciales suelen acabar con aspecto positivo para los trabajadores en todos los casos que lo merezcan, pues en los ejemplos que he dispuesto, los magistrados suelen seguir la normativa de forma precisa incluso en los aspectos donde dicha norma pueda tener un carácter más interpretativo, como es en los aspectos de “unidad familiar” y “cuidado directo, continuo y permanente”, que ya me he encargado de explicar.

Como ya mencioné en el proyecto, no estaría mal una modificación en la normativa para poder añadir la suspensión del contrato de trabajo con sus consecuencias en la modalidad “Excedencia por cuidado de hijo o de familiares”, donde creo mejoraría los derechos de los trabajadores un poco.

En conclusión, es una prestación moderna y se nota, pero podría ser mejorable. Por lo general ayuda bastante a los trabajadores, y los problemas que he visto en la prestación son más bien puntos que incluir, que en mi opinión faltan, más que errores en la normativa actual, los cuales son pocos.

Bibliografía de interés

A continuación, mostraré las revistas y libros utilizados para apoyarme en este proyecto:

- Fco. Javier Fernández Orrico, *Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y cuidado de menores*, 2018.
- Revista de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, *Prestaciones para cuidado de hijos con enfermedad grave*, Cifras, 2017.

- Revista de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, *Más de 2.100 padres de hijos con cáncer reciben prestaciones por cuidado familiar en 2016*, Mutuas, 2017
- Belén Alonso-Olea García, *Tratados y Manuales. Derecho de los servicios públicos sociales*, Civitas, 2014.

Enlaces web de interés

<https://revista.seg-social.es/2018/02/15/2-642-prestaciones-para-cuidado-de-hijos-con-enfermedad-grave-en-2017/>

<https://revista.seg-social.es/2017/03/29/mas-de-2-100-padres-de-hijos-con-cancer-reciben-prestaciones-por-cuidado-familiar-en-2016-2/>

- Revistas de la seguridad social.

<http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1900/211/A00411-00413.pdf>

- Ley DATO.

<http://www.ine.es>

- Instituto Nacional de Estadística.

<https://www.boe.es>

- Boletín Oficial del Estado.

<https://sede.seg-social.gob>.

- Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

<https://enfermedades-raras.org>

- Federación Española de Enfermedades Raras.



<http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST45/2503>

- Estadísticas de la Seguridad Social relativas al aumento de trabajadores que se acogen a esta prestación.