

## **Pasos a seguir para la solicitud de prestación económica por cuidado de menores afectados por diabetes tipo 1**

### **Aplicación a trabajadores/as del Régimen General de la Seguridad Social y personal funcionario de las administraciones públicas incluido en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).**

En primer lugar es conveniente hacer un breve repaso a los hechos para ver cómo ha ido evolucionando la aplicación de esta norma, pues no eran pocas las dudas que suscitaba.

#### **Trabajadores/as afiliados/as en algún régimen del Sistema de la Seguridad social**

El 29 de julio de 2011 fue aprobado el *“Real Decreto 1148/2011 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”*<sup>1</sup>.

Con esta norma se buscaba compensar la pérdida de ingresos que sufren aquellas personas trabajadoras que tienen que cuidar de sus hijos o menores a su cargo durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad, aún fuera de la hospitalización.

En lo que a nosotros respecta hemos de decir que la Diabetes tipo 1 se encuentra en el listado de enfermedades consideradas graves y, por lo tanto, con derecho a la obtención de dicha prestación siempre y cuando se cumplan los demás requisitos.

Los requisitos y características de la ayuda son los siguientes:

1. Tienen el derecho los progenitores, adoptantes y acogedores de carácter familiar pre-adoptivo o permanente, cuando trabajen y deban reducir su jornada de trabajo, para el cuidado del menor a su cargo afectado por Diabetes tipo 1.
2. Pueden ser trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia y asimilados, 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 afiliados y en alta en algún régimen del sistema de la Seguridad Social y acrediten los periodos mínimos de cotización exigibles.

---

<sup>1</sup> Publicación en el B.O.E. del Sábado 30 de julio de 2011

3. El subsidio se reconocerá en proporción al porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo.
4. La Diabetes tipo 1 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.
5. La acreditación de la enfermedad 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 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.
6. La **prestación económica** consistirá en un subsidio equivalente al **100% de la base reguladora** establecida para la prestación por incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales aplicando el porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo.
7. Se tendrá derecho al subsidio desde el día que dé comienzo la reducción de la jornada, habiendo un plazo de **tres meses para solicitarlo** a partir de la reducción de la jornada.
8. El subsidio se reconoce por un **plazo inicial de un mes, prorrogable por periodos de dos meses** cuando subsista la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, que se acreditará mediante declaración del facultativo del Servicio Público de Salud, como máximo, hasta que éste cumpla los **18 años**.
9. El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la persona trabajadora dirigida a la Dirección Provincial competente del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), o ante la Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que le corresponda.

Hasta aquí es bastante clara la norma, pero con su publicación surgieron las primeras dudas, si bien en ciertas enfermedades la concesión de la prestación era inmediata (casos de cáncer o similar) existen otras dolencias como la Diabetes tipo 1 que, a pesar de estar en el listado, ofrecía ciertas dudas interpretativas del siguiente estilo:

*¿Exige la diabetes un cuidado directo, continuo y permanente? Y, en el caso de ser así, ¿hasta qué edad? ¿La edad de escolarización o hasta los 18 años que es dónde la norma literalmente pone la frontera?*

Al principio las mutuas no reconocían de manera unánime dicha prestación, acogiéndose a criterios variados, por ejemplo la escolarización del menor o la autosuficiencia de muchos de estos menores en el cuidado de su diabetes, autosuficiencia ficticia ya que suele ser la "madre" la que está pendiente y disponible a cualquier hora para acercarse al colegio a solventar los problemas, pues son muy pocos los colegios que disponen de personal sanitario con capacidad para atender a estos menores, siendo el profesorado en muchas ocasiones quien sule esta carencia.

Los casos que se han judicializado en la vía social han obtenido resultados positivos bien total o parcialmente, sirva como ejemplo la sentencia 492/12 del Juzgado de lo social nº 29 en la que, de manera muy sencilla, se establece:

*“El Anexo I del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, que desarrolló reglamentariamente el precepto anterior incluye en el capítulo XVI de enfermedades de endocrinología, nº 109 la diabetes mellitus tipo 1.*

*Ha sido acreditada la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente de la menor por parte de la progenitora mediante los informes médicos de la facultativa pediatra del servicio público de salud que le asistía al tener la menor 13 años en la fecha del hecho causante. En dicha fecha también la progenitora cumplía el requisito de reducción de jornada superior al 50% siendo la Mutua la responsable del pago conforme al penúltimo apartado del artículo 135 quater de la LGSS”.*

Tenemos noticias de otros lugares en donde ha recaído sentencia favorable igualmente, como es en el caso de Barcelona en donde la sentencia estima parcialmente la demanda en el sentido de reconocer la prestación. La estimación parcial se produce porque a criterio del Juez la prestación en estos casos está plenamente acreditada hasta la edad en que el menor cumple los trece años. No obstante, en ese momento deja la puerta abierta a iniciar un nuevo expediente a criterio del facultativo y los padres del menor.

En este caso la Mutua anunció recurso si bien inicialmente se concretaría en impugnar esta manifestación de la edad, sin cuestionar que el derecho a percibir la prestación ha sido acreditado por el momento.

Alguna sentencia más existe e incluso tenemos conocimiento de varios casos en los que se ha admitido directamente la petición y concedido la prestación, sobre todo en aquellos casos de menores no escolarizados, o incluso que estándolo lo es en edad muy temprana y muy cercanos al debut en la diabetes, donde nadie se atreve a negar la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente.

No tenemos conocimiento de que esta cuestión haya llegado todavía a instancias judiciales superiores (Tribunales Superiores de Justicia de las CC.AA.), y mucho menos de que haya jurisprudencia al respecto en el Tribunal Supremo, no obstante parece claro que procede la prestación si se cumplen los requisitos hasta aquí mencionados.

### **Funcionarios/as de las Administraciones Públicas a los que se les aplica el EBEP (independientemente del régimen de seguridad social en el que estén incluidos)**

Este Real decreto no será de aplicación al personal funcionario incluido en el ámbito de aplicación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que se regirá por lo previsto en el artículo 49.e) de dicha Ley, así como por el resto de normas de Función Pública que se dicten en desarrollo de la misma.

En el caso de los funcionarios este derecho se reconoce como un permiso retribuido, por lo tanto el pago no procede de la Seguridad Social sino del mismo organismo para el que trabaja, no siendo realmente una reducción de jornada sino un permiso retribuido.

*“En el caso del personal funcionario incluido en el ámbito de aplicación del EBEP se les aplica el artículo 49 (Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género).*

***Apartado e)** Permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave: el funcionario tendrá derecho, siempre que ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter pre-adoptivo o permanente trabajen, a una reducción de la jornada de trabajo de al menos la mitad de la duración de aquélla, percibiendo las retribuciones íntegras con cargo a los presupuestos del órgano o entidad donde venga prestando sus servicios, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del hijo menor de edad afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas o 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 o, en su caso, de la entidad sanitaria concertada correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años.*

*Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter pre-adoptivo o permanente, por el mismo sujeto y hecho causante, las circunstancias necesarias para tener derecho a este permiso o, en su caso, puedan tener la condición de beneficiarios de la prestación establecida para este fin en el Régimen de la Seguridad Social que les sea de aplicación, el funcionario tendrá derecho a la percepción de las retribuciones íntegras durante el tiempo que dure la reducción de su jornada de trabajo, siempre que el otro progenitor, adoptante o acogedor de carácter pre-adoptivo o permanente, sin perjuicio del derecho a la reducción de jornada que le corresponda, no cobre sus retribuciones íntegras en*

*virtud de este permiso o como beneficiario de la prestación establecida para este fin en el Régimen de la Seguridad Social que le sea de aplicación. En caso contrario, sólo se tendrá derecho a la reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones.*

*Asimismo, en el supuesto de que ambos presten servicios en el mismo órgano o entidad, ésta podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas en el correcto funcionamiento del servicio.*

*Reglamentariamente se establecerán las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas”.*

En este caso, como podemos ver, no es una prestación de la Seguridad Social sino un permiso retribuido, pero entendemos que con las mismas características y requisitos para su concesión.

En los primeros momentos la Administración concedía el permiso durante el período de hospitalización pero no en el período posterior, todo esto consecuencia del criterio de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas que denegaba el permiso una vez fuera del centro hospitalario el menor.

La **Defensora del Pueblo** emitió una serie de **recomendaciones**<sup>2</sup> que envió a la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas en las que aconsejaba al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas lo siguiente:

*“Que se reexamine y en su caso se modifique el criterio interpretativo expresado por la División de Consultoría, Asesoramiento y Asistencia de Recursos Humanos de la Dirección General de Función Pública en el sentido de admitir la posibilidad de que, en el caso de enfermedad grave que no sea cáncer, quepa considerar como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento o cuidado del menor tras el diagnóstico de la misma, sin que se exija sistemáticamente que el ingreso hospitalario prolongado y la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente sean circunstancias que hayan de darse simultáneamente.*

*Que se proceda al desarrollo reglamentario de la previsión contenida en el artículo 49.e) del EBEP, concretando los supuestos en los que es aplicable, los criterios para la valoración de los documentos que se aporten, los porcentajes de reducción de jornada retribuida que deban concederse por encima del mínimo legal del 50% y los supuestos en los que la continuación del tratamiento o el cuidado del menor en el domicilio pueden considerarse continuación del ingreso hospitalario de larga duración al requerir cuidados directos, continuos y permanentes”.*

Gracias a estas recomendaciones de la Defensora del Pueblo el criterio a aplicar ha cambiado y ahora es el que sigue<sup>3</sup>:

---

<sup>2</sup> Defensor del Pueblo. Nº expediente 11023958

<sup>3</sup> Respuesta de la Dirección General de la Función Pública de 26/3/2013

#### *“5. Duración y extinción del permiso.*

*La duración del permiso previsto en el artículo 49.e) del EBEP es distinta si se trata de cáncer o de enfermedad grave. Así:*

##### *a) En el supuesto de cáncer*

*El permiso, en el caso de cáncer, se otorgará tanto para el periodo de hospitalización como para el tratamiento continuado.*

##### *b) En el supuesto de enfermedad grave*

*El permiso, en el caso de enfermedad grave, se otorgará tanto para el período de hospitalización como el tratamiento continuado.*

*Asimismo, una vez diagnosticada la enfermedad, y sin que sea preciso en todo caso que concurra el ingreso hospitalario prolongado, también se podrá otorgar el permiso siempre que se acredite, en los términos indicados con carácter general, que la enfermedad se encuentra en un momento en el que el menor requiere un cuidado directo, continuo y permanente, bien porque esté recibiendo un tratamiento médico; o bien, porque la fase en la que se encuentre la enfermedad así lo requiera.*

*Sin perjuicio de las especificidades aplicables a la duración de cada supuesto, en todo caso, el permiso se extinguirá porque desaparezca la causa que generó su concesión, o cuando el menor alcance la edad de 18 años”.*

## **CONCLUSIONES**

### **Pasos a seguir y algunas recomendaciones**

Las cosas se van aclarando definitivamente a favor de la concesión de dicha prestación, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos establecidos, por lo que, y a modo de resumen os exponemos una serie de recomendaciones, estando a vuestra disposición en el caso de cualquier duda que pudiera surgir durante el procedimiento:

1. En primer lugar hay que dirigirse a la Empresa y Mutua Profesional para informarle de nuestras intenciones así como para solicitar la ayuda de esta última para la tramitación de esta prestación.
2. Hacer hincapié a través del informe médico en los cuidados directos, continuos y permanentes. Cuanto más detallado sea mejor; número de controles diarios, control de la dieta, alteraciones y correcciones continuas, etc., así como el carácter grave de la enfermedad.
3. En el caso de estar escolarizado el menor, justificar la reducción de jornada solicitada presentando un certificado del colegio en el que conste el horario lectivo en donde se explique

la compatibilidad de ambas medidas (reducción y horario lectivo).

4. Certificado de la empresa del otro progenitor que justifique su jornada laboral y la imposibilidad de llevar a cabo el control, así como una declaración jurada suya de que no percibe las prestaciones contempladas en la seguridad social para este supuesto (solo se puede otorgar a uno de los progenitores aun cuando sean de distintos regímenes).
5. Informe del Hospital con las visitas periódicas (especialmente en los casos de debut).
6. En el caso de los funcionarios los requisitos son los mismos, no obstante la tramitación será la del permiso del artículo 49.e) del EBEP y a la unidad de personal que corresponda.
7. En el caso de haberse solicitado y haber sido denegada la petición en el pasado:
  - a. Si es personal funcionario y se denegó por aplicación de los criterios anteriores a las recomendaciones de la Defensora del Pueblo, nada impide iniciar de nuevo una petición con la nueva interpretación de la Dirección General de Función Pública consecuencia de estas recomendaciones.
  - b. En el caso de haber sido denegada por la Mutua, siempre y cuando no haya recaído sentencia judicial firme, nada impide retomar la petición reclamando dicho derecho.

Esperamos que esta información os haya sido de utilidad y aclarado un poco el camino a seguir, no obstante no dudéis en poneros en contacto con nosotros en caso necesario.

Juan Manuel Gómez Moreno

Abogado

Mayo de 2013