

Por:

Carmen Sánchez Trigueros*

CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE

Resumen

La disposición final 21ª.dos de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 (BOE de 23 de diciembre), introduce en el Título II de la Ley General de la Seguridad Social un nuevo capítulo IV que regula una novedosa prestación de nuestro sistema de Seguridad Social denominada “prestación para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”. Esta nueva prestación conlleva un cambio legislativo, en concreto de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), del Estatuto de los Trabajadores (ET) y del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

Palabras Clave: Menores, reducción de jornada, prestación económica, conciliación, familia.

Abstract

The 21st disposal. two of the Law 39/2010 of 22 December, the General State Budget for 2011 (BOE of 23 December), introduced in Part II of the General Law of Social Security a new Chapter IV regulates a novel e provide our Social Security system called “provision for the care of children affected by cancer or other serious disease. “ This new provision would involve a legislative change, specifically the General Law of Social Security (LGSS), the Statute of Workers and the Civil Service Basic Statute.

Key Words: Children, Shorter working hours, economic benefit, the conciliation between family and work.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO PARA EL CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE. 1. Finalidad y sujetos causantes. 2. Titularidad. 3. Contenido. 4. Ejercicio del derecho. III. PROTECCIÓN SOCIAL. 1. Régimen Jurídico. 2. Situación protegida. 3. Beneficiarios. 4. Prestación económica. 5. Nacimiento, duración y extinción del derecho. 6. Gestión y pago de la prestación económica. 7. Beneficios complementarios. 8. Protección frente al despido improcedente. 9. Indemnización por despido improcedente. IV. CONCLUSIÓN.

* Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Murcia. E-mail: carmenst@um.es.

I. INTRODUCCIÓN

La unanimidad en la votación de los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados de una enmienda a los Presupuestos Generales del Estado para 2011 (LPGE) ha hecho posible que desde el 1 de enero de 2011 los padres trabajadores que deban dedicarse al cuidado de hijos o menores acogidos que padezcan cáncer o cualquier otra enfermedad grave reciban de la Seguridad Social una prestación económica, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad.

Se pretende dar respuesta a los dramáticos casos de padres que, trabajando ambos, necesitan atender a un hijo afectado por cáncer u otra enfermedad grave que requiere de cuidados intensos y prolongados de manera que los permisos laborales existentes hasta la fecha no alcanzaban para cubrir esta situación¹. Por esa razón la DF 22.^a LPGE añade un párrafo 3.^º al apartado 5.^º del art. 37 ET que señala que “el progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o 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 aquélla, 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 18 años”. Es decir, se permite una reducción de la jornada de trabajo subsidiada por la Seguridad Social, como veremos a continuación, con el objeto de que uno o ambos progenitores puedan permanecer junto al hijo afectado de una enfermedad grave durante la hospitalización y el tratamiento².

¹ En España, según el *Estudio sobre el cuidado de menores con enfermedad grave: una propuesta normativa*, Fundación Mujer, Familia y Trabajo, 2010, de CARRILLO MÁRQUEZ, Dolores y otros, se diagnostican de cáncer aproximadamente 1.300 niños y adolescentes (0-18 años) al año. El objetivo de la Oncología Pediátrica moderna en los países desarrollados, según ese mismo estudio, no es sólo curar el cáncer en el niño sino lograr que sea un adulto sano desde el punto de vista físico, psíquico y social. Para ello es importante integrar la enfermedad en la vida normal del niño (el colegio) y en la de sus padres (el trabajo).

² Los profesionales de la medicina que diagnostican y tratan estos procesos se enfrentan diariamente a la repercusión que en el cuidado del menor tiene el trabajo de sus padres. Los padres, normalmente uno de ellos, se ven obligados a abandonar su trabajo para atender al menor gravemente enfermo tanto en los períodos en los que está en el hospital como en aquellos en los que, estando en su hogar, su situación clínica no le permite incorporarse a su ritmo de vida normal. Este cuidado de al menos uno de los progenitores es imprescindible, y no es compatible con una vida laboral normal durante los períodos en los que el menor está hospitalizado recibiendo tratamiento en su casa. No sólo se trata de administrarle las medicinas pautadas en casa o de acompañarle en el hospital, “se trata de entender que un niño enfermo necesita la presencia de al menos uno de sus padres junto a él”. CARRILLO MÁRQUEZ, Dolores y otros, 2010, p. 22.

II. REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO PARA EL CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE

1. Finalidad y sujetos causantes

La finalidad de esta reducción es atender al cuidado directo de menores afectados por cáncer o cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario³.

Es una situación que debe diferenciarse de los supuestos en los que se detecta una minusvalía desde el nacimiento. Es, por tanto, una situación temporal, extraordinaria e inesperada.

2. Titularidad

De entrada hay que concordar el supuesto con los preexistentes y más estrechamente conectados: 1º) el art. 37.5 ET viene reconociendo el derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla a quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida. 2º) El mismo derecho tiene quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

Tal derecho se reconoce al “progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente” a cuyo cargo se encuentre el menor en cuestión; si se encuentra a cargo de dos personas por razón de alguno de esos títulos, ambas son en principio titulares del derecho a la reducción de jornada. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa (art. 37.5, párr. 4º, ET)⁴. En cualquier caso el derecho a percibir la prestación de seguridad social “sólo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos” (art. 135 quáter LGSS).

Deben efectuarse las siguientes precisiones:

A. Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y el acogimiento preadoptivo y permanente, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones

³ La Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (Diario Oficial n° L 145 de 19/06/1996 pp. 4-9), ya hacía referencia a la necesidad de reconocer permisos “por enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia del trabajador”. La misma referencia se mantiene en la Directiva 2010/18/UE del Consejo de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE (Diario Oficial n° L 068 de 18/03/2010 pp. 3-20).

⁴ El actual párrafo tercero del apartado 5 del art. 37 ET pasa a ser el cuarto.

judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo y permanente, cualquiera que sea su denominación.

B. No se considerarán equiparables al acogimiento preadoptivo y permanente, otras posibles modalidades de acogimiento familiar distintas a las mencionadas anteriormente.

C. Asimismo, se considerará situación protegida, en los mismos términos establecidos para los supuestos de adopción y acogimiento, la constitución de tutela sobre el menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor.

3. *Contenido*

A. El ejercicio del derecho a la reducción de jornada requiere el cumplimiento de dos condiciones: que el menor sea objeto de un “ingreso hospitalario de larga duración” por alguna de aquellas enfermedades, y que dicho menor necesite “cuidado directo, continuo y permanente”. Esta última exigencia deberá ser acreditada por el informe del Servicio Público de Salud u “órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente”.

B. La hipótesis de cáncer comprende, por disposición legal directa, tanto “tumores malignos” como “melanomas” y “carcinomas”; la enfermedad grave se utiliza en cambio como concepto general y abierto, aunque el reconocimiento de la prestación económica de seguridad social se limita a las enfermedades que se tipifiquen a tales efectos por vía reglamentaria, que en todo caso habrán de requerir ingreso hospitalario de larga duración y la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente. Dicha necesidad debe ser sobrevenida al trabajo de los progenitores, adoptantes, acogedores o tutores.

C. Adicionalmente se requerirá que ambos progenitores trabajen bien por cuenta propia o ajena, y ya sea a tiempo completo o parcial.

D. La reducción ha de alcanzar como mínimo a la mitad de la jornada de trabajo de referencia; aunque no se establece tope alguno⁵. En cuanto a la jornada que ha de tomarse como referencia para efectuar la reducción, no especifica nada la ley, aunque parece lógico entender que opera sobre la jornada individual del trabajador, en los mismos términos que se prevén para la reducción por lactancia. Como puede apreciarse, se fija la reducción mínima de la jornada, pero no la máxima, si bien debe entenderse que una jornada mínima debería ser mantenida, ya que en caso contrario nos hallaríamos ante una excedencia o un permiso.

⁵ Un límite mínimo de reducción del 50% creemos que tiene sentido y es lo adecuado para el efectivo cuidado del menor enfermo. No obstante, un límite máximo podría causar perjuicios en los supuestos en que se precise el desplazamiento permanente durante el tratamiento del menor.

Los convenios colectivos (todo tipo de convenio colectivo, ya que no se establece ninguna limitación territorial o funcional) pueden prever la posibilidad de que la reducción (la que se disponga en cada caso) se acumule “en jornadas completas”, en las condiciones y en los supuestos que a tal efecto se prevean en dicha norma pactada. Es decir, que un trabajador con una reducción de la jornada de, digamos, un 50% podría acumular la reducción para trabajar 15 días al mes y tener completamente libres los otros 15, o para trabajar 180 días al año y tener libre el resto del año. Téngase en cuenta que el estado de necesidad que se protege puede tener el condicionante de que los tratamientos que el menor necesite, o el hospital en el que esté ingresado, se encuentre en municipios distintos del lugar de residencia de la familia. La posibilidad de acumular en determinados días facilitaría la atención del menor que está siendo tratado lejos de su domicilio familiar, pudiendo alternarse los padres en su cuidado, principalmente en los casos que hay más hijos o abuelos u otros familiares dependientes en la unidad familiar.

F. La reducción conlleva la “disminución proporcional del salario”.

4. *Ejercicio del Derecho*

El derecho puede ejercitarse y mantenerse, como máximo, hasta que el menor cumpla 18 años. Al trabajador también corresponde en principio elegir la parte de jornada afectada por la reducción, sin perjuicio de que para tal concreción horaria puedan darse pautas en convenio colectivo o las partes puedan ajustarse de común acuerdo a los intereses de la empresa.

Es un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, según reza el reenumerado párrafo cuarto del art. 37.5 ET, para cuyo ejercicio no se requiere acuerdo del empresario⁶, “pues se trata de una cuestión en la que debe primar la urgencia de atención al menor que debe valorar el facultativo y los padres”. No obstante lo anterior, la posibilidad de disfrute de esa reducción, cuando tengan derecho dos o más trabajadores de la misma empresa, podrá ser limitada por el empleador en su ejercicio simultáneo, siempre y cuando se trate de “razones justificadas de funcionamiento de la empresa” (art. 37.5, 4º, ET).

También debe permitirse la posibilidad de modificar los porcentajes de reducción según las necesidades, sin que se precise acuerdo previo con el empresario, pues las circunstancias de la enfermedad pueden variar a lo largo del tratamiento.

Para los empleados públicos se reconoce un derecho similar (art. 49.e) EBEP), aunque con tres datos distintivos: se mantiene la retribución íntegra durante la reducción de jornada, se remite a la potestad reglamentaria (y no a la negociación colectiva) la posibilidad de acumulación en jornadas completas, y se descarta de

⁶ Antiguo párrafo tercero del apartado 5 del art. 37 ET que en la redacción actual pasa a ser el cuarto.

modo expreso el disfrute del derecho por parte de más de una persona respecto de un mismo menor⁷.

III. PROTECCIÓN SOCIAL

1. Régimen Jurídico

Con efectos de 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida se incorpora al sistema público de protección social una nueva prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, y a tal efecto se modifican los arts. 38.1. c) y 135 quáter LGSS (DF 21^a).

Tales reglas son propias del Régimen General, pero se declaran aplicables asimismo a los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales, así como (en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente) a los trabajadores por cuenta propia del régimen especial de trabajadores autónomos (RETA) y del Régimen Especial del Mar (DA 8^a.4 LGSS).

La prestación encuentra su origen en un estudio de la Fundación Mujer, Familia y Trabajo, sobre el cuidado de los menores, en el que se incorpora una propuesta normativa que ha sido acogida en gran medida en la modificación de la LGSS, así como también en la reforma del artículo 37.5 ET. Así se evitará la situación a la que actualmente se enfrentan muchos padres que se ven obligados a abandonar su puesto de trabajo, mermando con ello la capacidad económica del núcleo familiar, para dedicarse al cuidado de sus hijos pues en los casos más graves es imprescindible una dedicación total de los padres durante un tiempo, y en los supuestos en los que podría aplicarse la reducción de jornada, se produce un menoscabo económico en un momento complicado y completamente imprevisto. No debería añadirse un problema económico adicional al que ya sobreviene por la enfermedad (gastos en traslados, medicinas, cuidadores, etc.). Se trata de un momento en que se debilita la economía familiar por lo que cualquier reducción de salario puede resultar catastrófica⁸.

La regulación de seguridad social se asienta sobre el derecho de reducción de jornada que para tales fines se reconoce a los trabajadores asalariados (párrafo tercero art. 37.5 ET, incorporado por LPGE). A los empleados públicos se les reconoce un derecho similar, aunque con el mantenimiento de las “retribuciones íntegras” (letra e) art. 49 EBEP, añadida por LPGE), lo cual ahorra la necesidad de que intervenga el sistema de seguridad social (pues no se requiere prestación sustitutiva del salario).

⁷ En casi los mismos términos, la nueva letra e) del artículo 49 de la Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, dedicado a “permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género”, acoge la modificación ya explicada de cuidado remunerado del menor afectado por un cáncer u otra enfermedad grave, si bien a diferencia de lo previsto en la normativa laboral se dispone que durante la reducción de jornada, que será como mínimo del 50%, “se percibirán las retribuciones íntegras” (disposición final vigésimo tercera).

⁸ En esos términos se pronuncia CARRILLO MÁRQUEZ, Dolores y otros. 2010, p. 25.

El sistema de seguridad social prevé para tales casos una prestación económica sustitutiva del salario que se completa con un cómputo ficticio de cotizaciones durante el periodo de referencia (párrafo segundo art. 180.3 LGSS, añadido por LPGE).

2. *Situación Jurídica*

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 art. 37.5, párrafo 3º, ET, lleven a cabo los progenitores, adoptantes y acogedores de carácter preadoptivo o permanente, en aquellos casos en que ambos trabajen, para “el cuidado del menor/es que estén a su cargo y se encuentren afectados por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave [incluida en el listado aprobado a tal efecto], que requiera ingreso hospitalario de larga duración” (art. 135 quáter LGSS) y requiera su cuidado directo, continuo y permanente, durante la hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad.

Se trataría, por tanto, de cubrir la imposibilidad para seguir prestando servicios por la necesidad de atender a un menor que sufre una grave enfermedad, acreditada médicamente y reconocida por el facultativo correspondiente de la Seguridad Social: el especialista que diagnostica la enfermedad del menor, sea de los servicios públicos de salud, sea de servicios privados, debiendo constar este último con la confirmación de los servicios médicos de la Entidad Gestora.

La exigencia de gravedad se establece, por su carácter excepcional, a diferencia de la reforma operada por la Ley 39/1999, y los permisos por cuidado de menores o familiares enfermos en los que cualquier hospitalización constituye en la práctica base suficiente para acceder a un permiso, de manera que la causa que determina la hospitalización carece de relevancia y tampoco se requiere la exigencia de gravedad. En estos supuestos podríamos entender que el objetivo perseguido por el legislador es, pues, facilitar el derecho, y dar respuesta inmediata a la hospitalización, aunque la situación de salud del familiar no sea crítica, pues lo que se toma como referencia es el hecho del ingreso hospitalario por enfermedad o accidente.

Los trabajadores que se encuentren en esta situación tendrán derecho a la percepción de un subsidio económico, prestación periódica y necesariamente temporal, que trata de cubrir la pérdida de rentas del trabajo que se produce durante la reducción de jornada. El objeto de protección no reside, en cambio, en la cobertura de la enfermedad del menor enfermo, ya cubierta por otras prestaciones del sistema.

Aquí se plantea la primera duda, pues aparentemente la prestación deja fuera de su cobertura a aquellos menores que padezcan una enfermedad grave que requiera de un cuidado permanente pero que no requiera hospitalización porque el tratamiento pueda desarrollarse de forma ambulatoria, lo cual sería totalmente injusto desde el espíritu

de la reforma⁹. Podría aducirse que estas precisiones se concretarán en el desarrollo reglamentario, pero aparentemente la nueva prestación es de aplicación directa, pues solo se remite al desarrollo reglamentario para la determinación de “las enfermedades consideradas graves”. Es decir, ¿podría quedar fuera de la protección de la nueva prestación un menor afectado por cáncer que no ha requerido un “ingreso hospitalario de larga duración” y que recibe su tratamiento de forma ambulatoria? Además la Ley no especifica qué debe entenderse por “ingreso hospitalario de larga duración”: ¿tres meses, un año? Tampoco aquí la Ley se remite al desarrollo reglamentario para concretar estos extremos.

La acreditación de que el menor padece un cáncer u otra enfermedad grave de las incluidas en el correspondiente listado, así como la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad se llevará a cabo mediante informe expedido por el facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la asistencia médica del menor, incluso en aquellos casos en que la atención y diagnóstico de la enfermedad grave se ha llevado a cabo por servicios médicos privados.

3. *Beneficiarios*

El reconocimiento de la prestación económica de seguridad social se asienta sobre el ejercicio efectivo del derecho a la reducción de la jornada de trabajo por las causas anteriormente citadas. El requisito de ser trabajador durante todo el disfrute del derecho resulta ineludible para cada progenitor, pues la situación a proteger es la necesidad de reducir las obligaciones laborales. Esto implica que la ausencia de prestación de servicios por parte de uno de los progenitores impide el nacimiento del derecho, y, en consecuencia, la pérdida del empleo de cualquiera de los posibles beneficiarios determinaría la extinción del derecho.

Es requisito indispensable para acceder a tal prestación que la reducción de jornada alcance al menos “un 50 por 100 de su duración”, y son requisitos adicionales los establecidos para acceder a la prestación contributiva de maternidad, entre los que se comprenden los generales de afiliación y alta y, dependiendo de la edad del beneficiario, el de cotización previa (art. 135 quáter LGSS en relación con el art. 133 ter LGSS).

a) Si el trabajador tiene menos de 21 años de edad no se exigirá período mínimo de cotización.

b) Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad el período mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de la solicitud. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral.

⁹ Fuente: <http://eduardorjoblog.blogspot.com/search?q=c%C3%A1ncer>, visitada en 2011.

c) Si el trabajador es mayor de 26 años de edad el período mínimo de cotización exigido será de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio de la solicitud. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral.

Para la percepción del subsidio, los porcentajes de reducción de jornada se entenderán referidos a una jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable de la misma empresa y centro de trabajo que realice un trabajo idéntico o similar y se computarán otras reducciones de jornada que, en su caso, disfruten los trabajadores por razones de guarda legal de menores o de cuidado de familiares, o por cualquier otra causa.

4. *Prestación económica*

La prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales (base del mes anterior a la solicitud más el promedio de horas extras de los 12 meses anteriores dividida entre el número de días a que corresponda dicha cotización), y se pagará en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo.

En el caso de los empleados públicos con derecho al subsidio, cuando la cuantía del mismo sea inferior al importe de las retribuciones que deja de percibir el beneficiario por la reducción de la jornada de trabajo, el correspondiente departamento de recursos humanos complementará las retribuciones del beneficiario hasta su importe íntegro, de acuerdo con lo previsto en el art. 49 e) EBEP.

5. *Nacimiento, duración y extinción del derecho*

El hecho causante viene determinado por la actualización de la contingencia, que en nuestro caso, viene marcado por el diagnóstico de la enfermedad grave o de las secuelas graves del accidente del menor.

El momento del hecho causante será el de la fecha de reconocimiento y certificación por parte del facultativo que corresponda, mediante informe médico, de la necesidad del cuidado y asistencia directa al menor por parte de sus progenitores, adoptantes, acogedores o tutores.

La duración de la prestación se extenderá “durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente” y “se extinguirá cuando, previo informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, cese la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del hijo o del menor acogido

por parte del beneficiario, o cuando el menor cumpla los 18 años”. Está claro que la prestación se extingue con el alta médica del menor o cuando éste cumple los 18 años.

Lo que no está tan claro es qué ocurre con las situaciones intermedias, es decir, cuando el menor no haya recibido el alta médica pero haya cesado “la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente”. Si se espera al alta médica del menor (entendiendo por tal su recuperación total) la prestación puede prolongarse durante años, de manera que si se quiere acomodar la prestación al tiempo justo durante el que el menor requiera “cuidado directo, continuo y permanente” se está arrojando una importante carga de responsabilidad sobre el Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente¹⁰. Y esto constituye en mi opinión un error que se agrava por el hecho de que se repite el error que a lo largo de muchos años se ha venido cometiendo en la gestión de la incapacidad temporal, esto es, dispersar las competencias y, sobre todo, separar la competencia entre quien paga y quien controla. Si la gestión de la prestación para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave va a recaer sobre la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o, en su caso, la Entidad Gestora con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales (INSS o ISM), estas entidades disponen de servicios médicos sobradamente cualificados para, sobre la base de la documentación médica aportada por los progenitores, decidir cuándo cesa “la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente”.

6. *Gestión y pago de la prestación económica*

La gestión y el pago de la prestación corresponde a la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales o a la entidad gestora de seguridad social, según la opción utilizada por la empresa para la cobertura de los riesgos profesionales.

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

El pago del subsidio corresponderá a la entidad gestora o colaboradora que resulte competente en la fecha de inicio de los efectos económicos de la prestación, coincidente con la de la reducción de la jornada de trabajo.

7. *Beneficios complementarios*

Durante el período de reducción de jornada subsiste la obligación de cotizar por el tiempo efectivo de trabajo. Al objeto de que el acogimiento a esta nueva posibilidad de cuidado de menores no repercuta desfavorablemente sobre otras prestaciones a las que pueda tener derecho, en su caso y en su momento, la persona beneficiaria, la LPGE incorpora una importante modificación al artículo 180, apartado 3 de la LGSS, para que

¹⁰ Fuente: <http://eduardorobjoblog.blogspot.com/search?q=c%C3%A1ncer>, visitada en 2011.

tales reducciones de jornada, cuando se produzcan de acuerdo a lo previsto en el artículo 37.5 ET (ahora modificado) se computen incrementadas al 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal”.

Finalmente, se modifica el apartado cuarto de la disposición adicional 8ª LGSS para que esta prestación sea aplicable a los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales de la Seguridad Social. Se prevé también su aplicación a los trabajadores por cuenta propia incluidos en los Regímenes Especiales de Trabajadores del Mar y de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos pero en este caso la entrada en vigor no es inmediata toda vez que se hace depender de los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente, lo cual es muy importante porque resultará difícil de determinar cómo y cuánto reduce un trabajador autónomo su jornada si no existe un empresario de quien dependa.

8. *Protección frente al despido improcedente*

Los arts. 53.4.b) y 55.5.b) ET implican la imposibilidad de despedir de forma improcedente al trabajador mientras tenga su jornada reducida.

“Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

[...] la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos (art. 53.4.b ET).

“También será nulo el despido (art. 55.5 ET):

“De los trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando de uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4.bis y 5 del art. 37 del ET o estén disfrutando de ellos” (art. 55.5. b ET).

Es decir, el permiso por lactancia de un hijo menor de nueve meses, por hospitalización de neonato o subsiguiente al parto, y por reducción de jornada con reducción proporcional de salario en los supuestos de guarda legal que tengan a su cuidado menores de ocho años o persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, así como para atender el cuidado directo de un familiar, por razones de edad, accidente o enfermedad. A estos hay que añadir la reducción de jornada por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, incorporada por la DF 22 Ley 39/2010 (art. 37.5 ET).

No obstante lo anterior, considerando que las situaciones de protección pueden tener una duración muy distinta, dependiendo de la necesidad de asistencia del menor, debe analizarse la conveniencia de que el período de protección legal frente al despido

improcedente no se limite al período de duración de la prestación, si no que, al igual que sucede con el descanso por paternidad, este período se amplíe durante un determinado período más allá del fin de la reducción de jornada.

Asimismo, teniendo en cuenta que se trata de una situación médica compleja, en la que el fin de la prestación se producirá cuando el menor pueda valerse por sí mismo (sin dejar de tener en cuenta que continúa siendo menor) o fallezca, una posibilidad razonable sería que la protección jurídica frente al despido improcedente se extendiera durante un período proporcional al de la duración de la prestación, con un límite máximo en todo caso de 12 meses. Con ello se pretende dar un cierto margen de protección a la vuelta de la jornada normal de estos trabajadores, tras períodos profesional y personalmente extraordinarios como los que se pretenden proteger.

9. *Indemnización por despido improcedente*

Se trata de determinar qué salario debe tomarse en cuenta para calcular la indemnización por despido improcedente en el caso de quien, habiendo sido contratado con jornada completa (o mayor de la actual), realiza en el momento de producirse aquél una jornada reducida por cuidado de hijos con la correspondiente disminución salarial.

“1. En los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37, apartados 4 bis, 5 y 7 el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta Ley, será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción” (Disp. Adic. 18ª ET).

A través de esta disposición adicional se incorpora a la ley la doctrina asentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre el cálculo de las indemnizaciones por despido o extinción del contrato de trabajo en estas situaciones, conforme al salario que hubiera correspondido al trabajador de no haber solicitado estas reducciones de jornada, si bien con una perspectiva más amplia en cuanto hace referencia a todo tipo de indemnizaciones.

Condicionante lógico es que la protección dura en tanto no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción en cada caso.

IV. *CONCLUSIÓN*

En definitiva, y para concluir, se trata de una prestación con muy buenas intenciones pero con muchos y muy importantes flecos que, o bien deben concretarse reglamentariamente, o tendremos que acudir una vez más a los criterios interpretativos

de las entidades gestoras y colaboradoras, “con las consiguientes controversias judiciales y la sempiterna inseguridad jurídica que aqueja a nuestro sistema de Seguridad Social, la cual podría evitarse si nuestros legisladores pusieran un poco más de atención en mejorar la técnica legislativa”¹¹.

¹¹ Fuente: <http://eduardorojoblog.blogspot.com/search?q=c%C3%A1ncer>, visitada en 2011.