



Roj: **STSJ M 3525/2023 - ECLI:ES:TSJM:2023:3525**

Id Cendoj: **28079340012023100326**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/03/2023**

Nº de Recurso: **988/2022**

Nº de Resolución: **278/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34001360

NIG: 28.079.00.4-2022/0005342

Procedimiento Recurso de Suplicación 988/2022

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 28 de Madrid Seguridad social 71/2022

Materia: Otros Derechos Seguridad Social

Sentencia número: 278/2023

D

Ilmos/as. Sres/as.

D. IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER

D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA

D. EMILIO PALOMO BALDA

Dña. MARIA LUISA SEGURA RODRIGUEZ

En la Villa de Madrid, a 17 de marzo de 2023, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 988/2022, interpuesto por la representación letrada de Dña. Debora , contra la sentencia de 27 de junio de 2022, dictada por el Juzgado de lo Social número 28 de los de Madrid, en sus autos número 71/2022, seguidos a instancia de la citada parte recurrente frente a ASEPEYO MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 151, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD



SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

*"PRIMERO.- D^a. Debora , parte actora en este procedimiento, es beneficiaria de la prestación de **cuidado de menores** afectados por cáncer u otra enfermedad grave desde 26-7-18 con una reducción de jornada del 99%.*

*SEGUNDO.- La actora fue despedida de la empresa en que presta servicios con efectos de 10-5-21 y después de la nulidad del mismo se concilió la readmisión con efectos 10-11-21. En la demanda se reclama la prestación correspondiente al periodo comprendido entre el **despido** y la readmisión.*

TERCERO.- Denegada la prestación por la mutua se abrió la vía jurisdiccional ejercitada mediante la demanda origen de autos".

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que desestimo la demanda de Debora contra Asepeyo Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 151 y contra el INSS y la TGSS, confirmo la resolución impugnada y absuelvo a la parte demandada de las pretensiones deducidas en su contra".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDANTE, formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera el 7 de septiembre de 2022, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el siguiente 15 de marzo de 2023 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza en suplicación la actora contra sentencia que desestimó la demanda rectora de autos, dirigida frente a ASEPEYO MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO y ENFERMEDADES PROFESIONALES, tendente a que se le abone la prestación por **cuidado de menor enfermo** en las mismas condiciones que regían con anterioridad al **despido**, desplegando dos censuras jurídicas con adecuada cobertura en el apartado c) del art. 193 LRJS, íntimamente relacionadas y que por ello serán objeto de un estudio conjunto, en las que se denuncia infracción de los artículos 55 y 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, sosteniendo, en esencia de su discurso argumentativo, y luego de reproducir el tenor literal de dichos preceptos, que si el **despido** ha sido declarado nulo y, por ende, la actora ha tenido que devolver por indebida la prestación por desempleo, ya que el **despido** nulo por interpretación literal es como si no hubiera existido, ha de existir derecho al percibo de la prestación solicitada por tener una **menor** con enfermedad grave a su cargo y haber sufrido un **despido** nulo, con reintegro de la prestación referida por cuanto al existir dicha nulidad se tienen que retrotraer todos los efectos anteriores al **despido**, y en consecuencia no se puede dejar a la actora en indefensión al dejarle sin el percibo de la prestación de desempleo y la prestación correspondiente al **cuidado** de su hija enferma pues no concurre ningún requisito (mejora, fallecimiento de la **menor** etc) que hagan inviable el percibo de la prestación, sino que todo continúa como se acredita de los informes médicos aportados, igual o incluso en peores condiciones médicas que anteriormente y, por ende, al ser inexistente por nulo el **despido**, procede el reintegro de la prestación solicitada.

SEGUNDO.- A tenor del firme relato de hechos probados la actora es beneficiaria de la prestación de **cuidado de menores** afectados por cáncer u otra enfermedad grave desde el 26-7-18 con una reducción de jornada del 99%. Fue despedida por su empresa con efectos del 10-5-21 y, en conciliación homologada judicialmente, llevada a cabo el 10-11-21, su empleador reconoció la nulidad del **despido**.

A criterio del Juez de instancia:

*"La cuestión no tiene regulación concreta, pues nada dice la ley sobre la relación entre el periodo de tramitación por **despido** nulo y la prestación, por lo que debe acudirse a su regulación y, en concreto a la descripción de la situación protegida, para determinar así si nuestro supuesto está o no incluido en la misma.*

*Al respecto el art. 190 LGSS que se titula precisamente "situación protegida", establece en lo que aquí respecta que "se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo...". Es decir que el hecho causante de la prestación requiere, además de la realidad del resto de requisitos que no se han puesto en duda, que se produzca una reducción de jornada; y ello con la finalidad de disponer más tiempo para el **cuidado** y compañía, en nuestro caso de la hija enferma.*

*Ahora bien durante el periodo de tramitación del **despido** nulo, ni se puede reducir una jornada que no existe, ni se puede cumplir la finalidad de la prestación pues durante ese periodo dispone de todo el tiempo que corresponde a la jornada laboral al no tener el deber de acudir al trabajo. Por lo que, con independencia de las consideraciones que puedan hacerse sobre la nulidad del **despido** que solo incumben a la relación laboral y no a la relación de SS, no cabe considerar que en dicho periodo estemos en presencia de la situación protegida descrita en la ley".*

TERCERO.- Pero que la cuestión aquí controvertida, si la actora tiene derecho a la prestación por **cuidado** de un **menor** con enfermedad grave coincidiendo con un **despido** declarado nulo, no tenga una expresa respuesta en los artículos 190 a 192 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, no quiere decir que en una interpretación integradora del ordenamiento jurídico la demandante no tenga derecho a ella. De hecho el artículo 192 de dicho Real Decreto Legislativo al enunciar las causas de extinción de la prestación no se refiere al **despido** nulo como una ellas, expresando que:

*" Esta prestación 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 la persona sujeta a acogimiento o a guarda con fines de adopción del beneficiario, o cuando este cumpla los 23 años".*

Si el **despido** nulo tiene como consecuencia restaurar la relación extinguida con obligación de readmisión y abono de los salarios dejados de percibir no vemos óbice alguno para que no se le abone la prestación de la Seguridad Social, por cuanto en el presente caso ha habido Acuerdo de transacción homologado judicialmente en virtud del cual la empresa reconoce que el **despido** era nulo y la readmite con abono de los salarios de tramitación. Consecuentemente, la situación de necesidad protegida desde la perspectiva de la Seguridad Social sigue existiendo sin que pueda aceptarse el argumento de que durante el periodo de tramitación del **despido** nulo no ha existido una jornada que cumplir y un trabajo efectivo, porque por el mismo argumento entonces no se devengarían salarios de tramitación al no haberse trabajado. La respuesta a la relación laboral y a la de Seguridad Social ha de ser homogénea y concordante.

El hecho de que no se haya trabajado no es determinante para negar la prestación y así, y salvando las distancias, el RDL 11/2020 aclara que los ERTES de suspensión de contrato o reducción de jornada que tengan su causa en fuerza mayor o causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19 no van a afectar a los subsidios por **cuidado de menores** afectados por cáncer u otra enfermedad grave que los trabajadores por cuenta ajena vinieran percibiendo a 14-3-2020. En estos casos, el ERTE que se tramite afecta al beneficiario de este subsidio en la parte de la jornada no afectada por la reducción de jornada para el **cuidado** del **menor**.

Por lo razonado se impone estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia.

Sin costas (artículo 235 LRJS).

Vistos los preceptos citados,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación nº 988/2022 interpuesto por Doña Debora contra sentencia del Juzgado de lo Social nº 28 de los de Madrid de 27 de junio de 2022, en el procedimiento nº 71/2022, seguido por la recurrente contra ASEPEYO MUTUA COLABORADORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 151, INSS Y TGSS, y



con revocación de la sentencia recurrida declaramos el derecho de la actora al reintegro de la prestación por **cuidado de menor** con efectos del 10/05/2021, condenando a ASEPEYO a su abono en las mismas condiciones que regían con anterioridad al **despido**.

Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826-0000-00-0988-22 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos nº 35, 28010 de Madrid.

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF / CIF de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento: 2826- 0000-00-0988-22.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Cuando en la sentencia se reconozca al beneficiario el derecho a percibir prestaciones, el condenado al pago de la misma deberá ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital-coste de la pensión o el importe de la prestación a la que haya sido condenado en el fallo, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala (art. 230/2 de la LRJS).

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

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