

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN**

Sentencia 449/2012, de 18 de julio de 2012

Sala de lo Social

Rec. n.º 412/2012

**SUMARIO:**

*Acción protectora de la Seguridad Social. Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Cónyuges divorciados correspondiendo a la madre la custodia del hijo. 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, ya que esta situación solo se contempla, si ambos progenitores tuvieran derecho al subsidio, a efectos de que se reconozca a favor del determinado de común 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.*

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 135 quarter.

RD 1148/2011 (Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave), art. 4.2.

**PONENTE:**

*Don José Enrique Mora Mateo.*

**T.S.J.ARAGON SALA SOCIAL**

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00449/2012

T.S.J.ARAGON SALA SOCIALZARAGOZA

-

CALLE COSO Nº 1

Tfno: 976208361

Fax:976208405

NIG: 50297 34 4 2012 0101366

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000412 /2012

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000056 /2012 JDO. DE LO SOCIAL nº 003 de ZARAGOZA

Recurrente/s: Carmen

Abogado/a: BEATRIZ PERULAN BARBOD

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: FREMAP FREMAP, INSS I N S S , TGSS TGSS

Abogado/a: ANTONIO CENDOYA MENDEZ DE VIGO, LETRADO SEGURIDAD SOCIAL ,

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Rollo número: 412/2012

Sentencia número: 449/2012

A

MAGISTRADOS ILMOS. Sres:

D. CARLOS BERMÚDEZ RODRIGUEZ  
D. JOSÉ ENRIQUE MORA MATEO  
D. RAFAEL MARIA MEDINA Y ALAPONT

En Zaragoza, a dieciocho de julio de dos mil doce.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, compuesta por los Sres. indicados al margen y presidida por el primero de ellos, pronuncia en nombre del REY esta

### **SENTENCIA**

En el recurso de suplicación núm. 412 de 2.012 (Autos núm. 56/2.012), interpuesto por la parte demandante D<sup>a</sup>. Carmen , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de Zaragoza, de fecha tres de mayo de dos mil doce ; siendo demandados el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y Mutua FREMAP, sobre prestación cuidado de menor por enfermedad grave. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ ENRIQUE MORA MATEO.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Según consta en autos, se presentó demanda por D<sup>a</sup>. Carmen , contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y la Mutua FREMAP, sobre prestación cuidado de menor por enfermedad grave, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de lo Social nº Tres de Zaragoza, de fecha tres de mayo de dos mil doce , siendo el fallo del tenor literal siguiente:

"Que desestimando la demanda presentada por D<sup>a</sup> Carmen contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y FREMAP, debo absolver y absuelvo a las demandadas de todas las pretensiones deducidas en su contra."

#### **Segundo.**

En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los del tenor literal:

"Primero.

La demandante Doña, Carmen , cuyas circunstancias personales constan en autos, trabajadora por tiempo indefinido de la empresa Mabel Recreativa, S.A., con reducción de jornada al 99,90 euros por cuidado de hijo desde el 16.11.2011, solicitó en 9.11.2011 de la Mutua demandada Fremap, con facultad de su gestión, prestación

económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave por razón de la patología sufrida por su hijo Heraclio nacido el NUM000 .2002.

La solicitud fue acompañada de declaración médica emitida por facultativo del servicio público de salud (unidad endocrinología del hospital Infantil Miguel Servet de Zaragoza) que obra unida a autos al folio 89 y se da por reproducida.

Igualmente se aportó certificación empresarial en los términos que son de ver al folio 90.

**Segundo.**

La demandante está divorciada del que fuera su esposo D. Leandro , progenitor del menor de referencia anterior por sentencia de 13.01.2009 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Zaragoza en proceso de divorcio seguido de mutuo acuerdo, que obra unida a autos y se da por reproducida.

La sentencia aprobó el convenio regulador suscrito por los citados, entre cuyas cláusulas se fijó la atribución a la demandante de la guarda y custodia del hijo común siendo la patria potestad compartida entre ambos progenitores.

**Tercero.**

En relación a tal solicitud de prestación, por Fremap comunicó a la demandante la desestimación de la prestación fijada en el artículo 135 quáter de la LGSS por falta de elementos constitutivos de la situación protegida por "el otro progenitor no solicitante no consta de alta en sistema de seguridad social"; y con detalle de incumplimiento." No se acredita resolución judicial en la que se declare abandono de familia por parte del otro progenitor".

La resolución obra unida a autos y se da por reproducida.

**Cuarto.**

La demandante dedujo escrito de reclamación previa en los términos que son de ver al folio 109 de autos que fue desestimada por resolución que obra unida a autos a los folios 135 y ss. de autos.

**Quinto.**

El padre del menor Heraclio , D. Leandro no consta en situación de alta en TGSS, siendo la última fecha de alta en RGSS., la de 31.10.2011, habiendo causado extinción de prestación por desempleo en 6.11.2011 (f.151 y 155).

**Sexto.**

La base reguladora diaria de la prestación reclamada asciende a 1662,57 euros correspondiendo, caso de estimación de la demanda, al 99,90 euros por total de 1660,90 €/mes.

**Séptimo.**

Se ha agotado la vía administrativa previa."

**Tercero.**

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado dicho escrito por la demandada Mutua FREMAP.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.**

Por el cauce procesal previsto en el ap. b) del art. 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), pretende el recurso la revisión del Hecho Probado Primero, con apoyo probatorio en la documental que señala, fs. 9 y ss. de autos, para que se adicione que la demandante continuó con jornada completa en su trabajo a causa de la denegación de la prestación solicitada.

La jurisprudencia (entre otras, SsTS de 25.1.2005, r. 24/03 y de 20.6.2006, r. 189/04 , y las de esta Sala nº 208/2009, de 25-3 ; 261/2009, de 8-4 ; 701/2009, de 30-9 ; 172/2010, de 10-3 y 193/2011 , de 16-3), respecto a la revisión en casación de los Hechos Probados, con doctrina aplicable al recurso de suplicación, tiene declarado que los Hechos sólo pueden adicionarse, suprimirse o rectificarse si concurren las siguientes circunstancias: a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que haya sido negado u omitido en la resultancia fáctica recurrida; b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias divergentes o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas; c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola; d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, es decir, que la modificación haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso, devendría inútil la variación; y e) que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

La modificación solicitada del Hecho Primero no procede porque el dato que se pretende adicionar no resalta de modo claro y evidente de la prueba documental en que se apoya el Motivo, pues no consta en la documental que se invoca el hecho de que la actora no iniciara la reducción de jornada solicitada debido a la denegación de la prestación, además de que no es relevante este dato para la decisión del litigio, pues no es controvertido que la demandante solicitara reducción de jornada, como lo hizo, y la causa de denegación impugnada no tiene relación con este dato.

### **Segundo.**

Al amparo del art. 193 c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), denuncia el recurso infracción de lo dispuesto en el art. 135 quater de la Ley General de la Seguridad Social , en relación con el art. 4 del R. Decreto 1148/2011, de 29 de julio .

Establecen los preceptos invocados:

- LGSS, art. 135 quater: "Se reconocerá una prestación económica a los progenitores, adoptantes o 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, que requiera ingreso hospitalario de larga duración, 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. Reglamentariamente se determinarán las enfermedades consideradas graves, a efectos del reconocimiento de esta prestación económica. Será requisito indispensable que el beneficiario reduzca su jornada de trabajo, al menos, en un 50 por 100 de su duración, a fin de que se dedique al cuidado directo, continuo y permanente, del menor. Para el acceso al derecho a esta prestación se exigirán los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación de maternidad contributiva. 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, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo. 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 del menor acogido por parte del beneficiario, o cuando el menor cumpla los 18 años. Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla sólo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos. La gestión y el pago de la prestación económica corresponderá a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o, en su caso, a la Entidad Gestora con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales. Las previsiones contenidas en este artículo no serán aplicables a los funcionarios públicos, que se regirán por lo establecido en el art. 49.e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y la normativa que lo desarrolle".

- R. Decreto 1148/2011, art. 4 .2 : "Dentro de cada unidad familiar, ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras deben acreditar que se encuentran afiliadas y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social o sólo una de ellas, si la otra, en razón del ejercicio de su actividad profesional, está incorporada obligatoriamente a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional. El requisito de estar afiliado y en alta se entenderá cumplido en aquellos supuestos en que la persona progenitora, adoptante o acogedora del menor, que no es beneficiaria de la prestación, tenga suscrito un Convenio Especial en el Sistema de la Seguridad Social por realizar su actividad laboral en un país con el que no exista instrumento internacional de Seguridad Social.

...4. En los casos de separación judicial, nulidad o divorcio, si ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras tuvieran derecho al subsidio podrá ser reconocido a favor de la determinada de común acuerdo. A falta de acuerdo y de previsión judicial expresa, se atribuirá la condición de persona beneficiaria del subsidio a aquella a quien se conceda la custodia del menor y si ésta fuese compartida a la que lo solicite en primer lugar. Lo dispuesto en este apartado será igualmente de aplicación en los supuestos de ruptura de una unidad familiar basada en una análoga relación de afectividad a la conyugal".

### **Tercero.**

La Mutua deniega la prestación solicitada porque el progenitor no solicitante de la prestación no consta que esté en alta en Seguridad Social ni se acredita que exista resolución judicial declarativa de abandono de familia por su parte.

El recurso se centra en la expresión que encabeza el n. 2 del art. 4 del R.D. 1148/11, "dentro de cada unidad familiar...", alegando que, por estar los progenitores divorciados desde enero de 2009, y estar atribuida a la madre la custodia del hijo, la unidad familiar a tener en cuenta es la formada únicamente por el hijo y la madre solicitante de la prestación, que cumple con los requisitos de la prestación.

Centrada la cuestión en la exigibilidad del requisito legal de que ambos progenitores trabajen, que reglamentariamente se concreta en la acreditación de que estén afiliados y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social, y estando probado en este caso que no cumple este requisito el progenitor padre del menor, divorciado de la madre, la cual tiene atribuida la custodia del hijo, la Sala coincide con la sentencia recurrida en la interpretación de que la regulación de la prestación no permite excluir de la unidad familiar, en este caso y a estos efectos, al progenitor divorciado, porque la citada prestación tiene por objeto facilitar el cuidado del hijo enfermo a los progenitores que trabajan, concediéndoles una prestación para suplir la merma de salario consiguiente a la reducción de jornada que uno u otro han de solicitar para poder prestar dicho cuidado al hijo.

En consecuencia, si uno de los progenitores no está sujeto a la dedicación que requiere toda actividad laboral, entiende la norma reguladora de esta prestación que el mismo puede prestar a su hijo la atención que requiere la enfermedad, sin 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.

De hecho, el reglamento contempla la posibilidad de que exista la situación de separación o divorcio, pero sólo para disponer que, en tales casos, si ambas personas progenitoras tuvieran derecho al subsidio, podrá ser reconocido a favor de la determinada de común acuerdo o, en su defecto, a la que tenga la custodia del menor o, si ésta fuese compartida, a la que lo solicite en primer lugar.

Lo cual hace concluir que también en estos supuestos de separación o divorcio es requisito de la prestación, como literalmente establece el art. 135 quater, que ambos progenitores trabajen, y también se infiere de esta regulación que la norma contempla la posibilidad de que uno de los progenitores tenga la guarda y custodia del menor y, sin embargo, pueda ser el otro quien desempeñe la función cuidadora del hijo enfermo, a la que se refiere la repetida prestación.

Inexistentes pues las infracciones legales denunciadas en el recurso, procede su desestimación y la confirmación de la sentencia impugnada.

En atención a lo expuesto, dictamos el siguiente

### **FALLO**

Desestimamos el recurso de suplicación nº 412 de 2012, ya identificado antes, y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Notifíquese a las partes con la advertencia de que:

- Contra esta sentencia pueden preparar recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo por conducto de esta Sala de lo Social en el plazo de diez días desde la notificación de esta sentencia.
- El recurso se preparará mediante escrito, firmado por Letrado y dirigido a esta Sala, con tantas copias como partes recurridas y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.
- En el caso de que quien pretendiera recurrir no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá, al momento de preparar el recurso y en el plazo de diez días señalado, consignar la cantidad objeto de condena o formalizar aval bancario por esa cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista; y que al momento de formalizar el recurso de casación, deberá acompañar resguardo acreditativo de haber depositado la cantidad de

600 euros, en la cuenta de este órgano judicial abierta en el Banco Español de Crédito (Banesto), debiendo hacer constar en el campo "observaciones" la indicación de "depósito para la interposición de recurso de casación".

**Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.**

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.