

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

Sentencia 682/2013, de 26 de noviembre de 2013

Sala de lo Social

Rec. n.º 794/2013

**SUMARIO:**

**Acción protectora de la Seguridad Social. Prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.** Progenitores que se encuentran separados legalmente. La previsión de que ambos estén trabajando no se establece cuando no forman parte de la misma unidad familiar por haberse separado o divorciado o en el supuesto de nulidad matrimonial, en cuyo caso será beneficiario, y deberá cumplir los requisitos legalmente exigidos en cada momento, quien tenga otorgada la custodia del menor, debiendo designarse de mutuo acuerdo en caso de ser compartida.

**PRECEPTOS:**

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

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

**PONENTE:**

*Doña María del Carmen Prieto Fernández.*

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección n.º 04 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34001360

NIG : 28.079.34.4-2013/0059258

Procedimiento Recurso de Suplicación 794/2013

ORIGEN:

Juzgado de lo Social n.º 35 de Madrid 249/2012

Materia : Subsidio por cuidado de hijo

J.S.

Sentencia número: 682/2013

Ilmos. Sres

Dña. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

D. MANUEL POVES ROJAS

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

En Madrid, a veintiséis de noviembre de dos mil trece, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY  
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE  
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación 794/2013, formalizado por el Sr. Letrado D. Miguel Ángel Serrano Martínez en nombre y representación de D<sup>a</sup> Rocío, contra la sentencia de fecha uno de octubre de dos mil doce, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 35 de Madrid, en sus autos número 249/2012, seguidos a instancia de la parte recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la MUTUA FREMAP, sobre Subsidio por cuidado de hijo, ha sido Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ.

**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.- La actora Dña. Rocío, es progenitora que tiene al cuidado a su hija Eva María, nacida el NUM000 -1999 que padece una enfermedad grave incluida en el anexo del RD 1148/2001 de 29 de julio, relativo a la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

SEGUNDO.- La actora está legalmente separada mediante sentencia d 9 de diciembre de 2004 y la hija del matrimonio queda bajo la guardia y custodia de la madre en cuya compañía vivirá, sin perjuicio de derecho a comunicarse y permanecer con el padre conforme a lo estipulado en la clausula tercera del convenio regulador.

TERCERO.- La actora presta sus servicios por cuenta ajena para la empresa Europa Ingeniería y Servicios, desde 9-12-1996 con la categoría de licenciado y salario y base de cotización por contingencias generales de 2.657 euros mensuales.

CUARTO.- Con efectos de 1 de septiembre de 2011 solicita y se le concede la reducción de guarda legal y cuidado de su hija, con una reducción del 55% de su jornada.

QUINTO.- La actora presenta escrito ante el INSS y la mutua el 17-11-2011, no estando de acuerdo con las cantidades percibidas, discrepando la actora de que "el pago de la prestación dependa de los días que ambos progenitores cumplan el requisito de estar de alta en la Seguridad Social"

SEXTO.- Se ha agotado la vía previa administrativa."

**Tercero.**

En dicha sentencia recurrida en suplicación se desestimó la demanda formulada por la parte actora.

**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 (Mutua Fremap).

**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, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 19/02/2013, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

**Sexto.**

Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose día para los actos de votación y fallo.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Único.**

La Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 35 de Madrid, de fecha 1 de octubre de dos mil doce, desestima la demanda de la actora donde se cuestiona, que, la cuantía del subsidio concedido para el cuidado de una hija con enfermedad grave, tenga en cuenta los días de cotización a la seguridad social de ambos progenitores de la menor.

Tal cuestión se resuelve negativamente en la instancia por aplicación literal de lo preceptuado en el art. 4 n.º 1 y 2 del Real Decreto 1148/2011 en relación con el tenor literal, también, del art. 135, quater del TRLGSS.

Contra el fallo desestimatorio de la pretensión de la actora, se interpone recurso de Suplicación al amparo procesal del art. 193 c) de la LRJS, en base a los mismos argumentos que sustenta en la demanda. El recurso es impugnado por la Mutua FREMAP.

No debe olvidar la recurrente, que la tutela judicial efectiva la tiene satisfecha con la sentencia del Juzgado de lo Social, porque ésta es una jurisdicción de única instancia, no obstante formaliza el recurso como si de una apelación se tratara, partiendo de los hechos probados de la sentencia de instancia y con una denuncia genérica de los preceptos de aplicación antes reseñados.

Esta naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación ha sido reconocida reiteradamente por el Tribunal Constitucional, al declarar que aquél no es un recurso de apelación ni una segunda instancia, sino un recurso de objeto limitado, en el que el Tribunal «ad quem» no puede valorar «ex novo» toda la prueba practicada ni revisar el derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes, en especial el recurrente, que por ello mismo debe respetar una serie de requisitos formales impuestos por la ley. El carácter cuasi casacional del recurso de suplicación justifica la exigencia de estos requisitos procesales, aunque ciertamente, desde la perspectiva constitucional, en último extremo lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido [ sentencias del TC 29 de junio de 1998, 93/97, de 8 de mayo de 1997 y 18/93 de 18 enero de 1993 ].

Es en base al razonamiento que se contiene en el escueto motivo de recurso, donde literalmente se dice" con fundamento en el apartado cuatro del art. 4 del R.D. 1148/2011 cuando dice....constando acreditado en el hecho primero que Rocío tiene al cuidado a su hija Eva María debe a ella reconocerse el subsidio tomando en consideración su condición de trabajadora afiliada y cotizante al sistema de la Seguridad Social.." con cita del apartado 4 del art. 4 del Real Decreto 1141/2011, lo que permite entrar a conocer del motivo, ya que ello no provoca indefensión alguna a la parte recurrida que, ni tan siquiera, no ha invocado defecto alguno en la interposición del recurso. En definitiva, es posible entrar a valorar la interpretación realizada en la instancia del art. 4.1 y 2 del Real Decreto 1148/2011 tal y como se denuncia en el único motivo, en relación con el apartado 4.

El art. 135. quater de la LGSS dice " se reconocerá una prestación económica ... cuando ambos progenitores trabajen..... para el acceso al derecho a esta prestación se exigirán los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que para la prestación de maternidad contributiva.... Este derecho solo puede ser reconocido a uno de los progenitores....."

El desarrollo reglamentario de la previsión que establece el art. 135. Quarter de la LSSS se contiene en el Real Decreto 1141/2011, en cuyo artículo 2, en relación con la situación protegida, dice lo siguiente en sus dos primeros números:

1. 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 párrafo tercero del artículo 37.5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, lleven a cabo las personas progenitoras, adoptantes y acogedoras de carácter familiar preadoptivo o permanente, cuando ambas trabajen, para el cuidado del menor a su cargo afectado por cáncer u otra enfermedad grave incluida en el listado que figura en el anexo de este real decreto.

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.

2. La acreditación de que el menor padece un cáncer u otra enfermedad grave de las incluidas en el listado citado en el apartado anterior, 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, incluso en aquellos casos en que la atención y diagnóstico del cáncer o enfermedad grave se haya llevado a cabo por servicios médicos privados, 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. Cuando el diagnóstico y tratamiento del cáncer o enfermedad grave del menor se haya realizado a través de los servicios médicos privados se exigirá que la declaración sea cumplimentada además por el médico del centro responsable de la atención del menor.

Por su parte, el artículo 4 del citado Real Decreto dispone que "1. 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....."

El artículo 4.2 dice que "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".

Por su parte el artículo 4.4. del Real Decreto señala que "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.....".

La normativa anterior claramente está identificando como situación protegida la reducción de jornada que lleven a cabo las personas progenitoras, cuando ambas trabajen, para el cuidado del menor a su cargo.

Por otro lado, como beneficiarios de la prestación y en lo que aquí interesa, el legislador ha otorgado tal condición a distintas personas, atendiendo a la situación protegida que, como se ha indicado anteriormente, se configura partiendo de la necesidad de cuidar al menor por la persona que lo tenga a su cargo. Y así, se ha contemplado la unidad familiar, entendiendo por tal la constituida por ambos progenitores -sin olvidar que solo uno de ellos tendrá la condición de beneficiario-, la situación de separación judicial, divorcio o nulidad que implica una unidad familiar constituida por el causante y uno de los progenitores.

Por tanto, cuando establece que ambos progenitores estén trabajando, lo hace, entendemos, bajo la óptica de que ambos formen o estén, en palabras del R.D. " dentro de cada unidad familiar", entonces se exige que ambos progenitores estén afiliados y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social.....".

Ahora bien, esta previsión no se establece para cuando los dos progenitores no formen parte de la unidad familiar por haberse separado o divorciado o en caso de nulidad matrimonial, en cuyo caso, y partiendo nuevamente de la situación protegida que es el cuidado del menor por el progenitor que lo tiene a su cargo, se ha previsto que el beneficiario sea quien tenga otorgada la custodia, señalado el reglamento que en caso de ser compartida, el beneficiario será el que de mutuo acuerdo designen los que la tengan atribuida. Esto es, la finalidad del precepto, que no es otra que la atención y cuidado del menor enfermo grave, sólo precisa de que el progenitor que le cuida y atiende cumpla los requisitos legalmente exigidos en cada caso.

En el caso enjuiciado, donde la actora está legalmente separada desde diciembre de 2004 y presta servicios por cuenta ajena tal y como establecen los hechos segundo y tercero, le fue reconocida, y así se constata sin contradicción en el hecho cuarto, una reducción de guarda legal y cuidado de su hija, el 1 de septiembre de dos mil once. Su discrepancia con el criterio establecido por la Mutua para la fijación de la cantidad de dicho subsidio ha de prosperar, porque contrariamente a lo mantenido en la Resolución que se impugna, y en la sentencia de instancia, no puede estar condicionada a las cotizaciones de su ex-esposo porque no estamos ante un supuesto de unidad familiar configurada con los dos progenitores y el causante

No es esto lo que entendemos dice la norma reglamentaria estudiada.

Aunque la remisión que realiza el art. 135 quáter LSSS al desarrollo del Real Decreto 1148/2011 implica que no caben interpretaciones extensivas que alcancen a supuestos no contemplados específicamente, no lo es menos que tampoco es procedente hacer interpretaciones restrictivas del derecho reconocido, sino que -antes al contrario interpretación armónica del ordenamiento jurídico remite a interpretar una prestación tuteladora de un interés del menor con criterios propios del Sistema de Seguridad Social. Ya que el primer canon de interpretación de una norma ha de atenerse a los términos literales, al tenor de sus palabras, en relación con el contexto, sus antecedentes y la

finalidad que persigue, de forma que si estos términos son claros y no dejan duda sobre la intención del legislador y el espíritu de sus palabras, el derecho que la actora solicita en su integridad ha de serle reconocido.

Llegados a este punto, es necesario determinar la responsabilidad en el pago de la peritación económica que se reclama, por lo que en virtud de lo dispuesto en el art. 135 quáter penúltimo párrafo de la LGSS, el pago de la misma corresponderá a la Mutua codemandada con la que la empresa tiene concertada la cobertura de los riesgos profesionales.

Por cuanto antecede;

### **FALLAMOS**

Estimando el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> Rocío, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 35 de Madrid, de fecha uno de octubre de dos mil doce, en virtud de demanda formulada por la parte recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y MUTUA FREMAP, sobre Subsidio por cuidado de hijo, revocamos la misma y estimando la demanda, declaramos el derecho de la parte recurrente a percibir el subsidio de cuidado de hija enferma grave que le ha sido reconocido en su cuantía íntegra mientras se mantenga la necesidad de atención continua y directa de la menor Eva María, condenando a la MUTUA FREMAP a estar y pasar por esta declaración y a su abono en la cantidad correspondiente.

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 de este Tribunal Superior de Justicia.

**MODO DE IMPUGNACIÓN :** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente n.º 2829-0000-00-0794-13 que esta sección tiene abierta en BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO sita en C/ Miguel Ángel, 17; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art.230.1 L.R.J.S ).

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación para la unificación de doctrina contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificado por el RDL 3/13, de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma; tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales 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.

### **PUBLICACIÓN**

Publicada y leída fue la anterior sentencia en por la Ilma. Sra. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

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.