



Roj: **STSJ AR 1215/2013 - ECLI: ES:TSJAR:2013:1215**

Id Cendoj: **50297340012013100457**

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

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **30/10/2013**

Nº de Recurso: **436/2013**

Nº de Resolución: **503/2013**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JOSE ENRIQUE MORA MATEO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ARAGON SALA SOCIAL

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00503/2013

T.S.J.ARAGON SALA SOCIALZARAGOZA

-

CALLE COSO Nº 1

Tfno: 976208361

Fax:976208405

NIG: 50297 34 4 2013 0102168

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000436 /2013

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000028 /2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 004 de ZARAGOZA

Recurrente/s: MUTUA ASEPEYO

Abogado/a:

Procurador/a:

Graduado/a Social:

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

Abogado/a: D^a IDOYA MARIA ECHAURI ABAD, LETRADO SEGURIDAD SOCIAL , LETRADO SEGURIDAD SOCIAL

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Rollo número 436/2013

Sentencia número 503/2013

MAGISTRADOS ILMOS. Sres:

D. CARLOS BERMÚDEZ RODRÍGUEZ

D. JOSÉ ENRIQUE MORA MATEO

D. RAFAEL MARÍA MEDINA Y ALAPONT

En Zaragoza, a treinta de octubre de dos mil trece.



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. 436 de 2013 (Autos núm. 28/2013), interpuesto por la parte demandada Mutua ASEPEYO, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Zaragoza, de fecha 16 de abril de 2013 ; siendo demandante D. Leovigildo y como codemandados el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre reconocimiento **prestación económica** por **cuidado** de menores **afectados** 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. Leovigildo , contra la Mutua ASEPEYO y otros ya nombrados, sobre reconocimiento **prestación económica** por **cuidado** de menores **afectados** por **enfermedad grave**, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de lo Social 4 de Zaragoza, de fecha 16 de abril de 2013 , siendo el fallo del tenor literal siguiente:

"Que debo estimar la demanda interpuesta por D. Leovigildo , contra MUTUA ASEPEYO y el INSS y se reconoce a su favor el derecho a la **prestación económica** por **cuidado** de menores **afectados** por **enfermedad grave**, con base reguladora de 56,92 euros diarios, con derecho al cobro de la **prestación** que corresponda a cargo de Mutua ASEPEYO y por el periodo de 22-10-12 al 16-4-2013, debiendo la parte actora obtener la correspondiente declaración del facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, para su prórroga, debiendo el INSS estar y pasar por el contenido de esta resolución."

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

"PRIMERO: D. Leovigildo y D^a Pilar son los padres del menor Efrain , nacido el NUM000 -1999. Ambos están afiliados y en situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social. El padre presta servicios en la mercantil LECITRAILER S.A. mercantil que tiene cubiertas las contingencias comunes y profesionales con ASEPEYO.

SEGUNDO: El menor Efrain padece secuelas debidas a meningitis por neumococo que padeció cuando tenía dos meses y medio y consisten en **grave** encefalopatía secundaria a meningitis meningocócica presentando parálisis cerebral infantil (tetraparesia espástica-distónica), hidrocefalia y epilepsia.

Necesita **cuidados** constantes y es incapaz de cuidar de sí mismo ni de hacer ninguna actividad de forma autónoma. Su marcha es inestable y precisa supervisión constante. Tiene profundamente afectadas todas sus habilidades psicomotoras: motrices, cognitivas, de comunicación e interacción social. Hay ausencia de lenguaje oral funcional. Presenta gran dificultad para subir y bajar escaleras y dificultades para el equilibrio dinámico. Sus déficits motores le impiden usar el transporte escolar. Siendo su padre quien se encarga de traer y recoger al niño del centro escolar al que acude, CEDES (Fundación Carmen Fdez. Céspedes) en horario de 9,15 a 17 horas.

Necesita apoyo total en los hábitos diarios de **cuidado** personal, pues hay que asistirlo en la alimentación (no logra uso funcional en uso de cubiertos), vestido e higiene personal (lleva pañales, no ha adquirido el control de esfínteres).

TERCERO: Por el Gobierno de Aragón se ha reconocido al menor Efrain un grado de dependencia, Grado III, Nivel 1, y tiene reconocido un grado de discapacidad del 70%, más 5 puntos por factores sociales , más 15 puntos de baremo de movilidad reducida.

El padre de Efrain , D. Leovigildo realiza un horario en LECITRAILER S.A. de 10,30 a 14 horas de lunes a viernes, desde el pasado 22-10- 12, en jornada reducida.

D^a Pilar , madre de Efrain , es funcionaria interina del Instituto Aragonés de Empleo.

El matrimonio tiene otro **hijo**, de 16 años **afectado** por un trastorno generalizado de conducta de tipo autista y retraso mental **grave**, que asiste al mismo centro

CUARTO: El 19-11-2012 el actor interesó de Mutua ASEPEYO la **prestación** por **cuidado** de menor con arreglo al RD 1148/2011 de 29 de Julio, que fue desestimada e interpuesta reclamación previa, fue desestimada en Resolución de 26-11-12.

QUINTO: La base reguladora de la **prestación** que interesa asciende a 56,92 euros."



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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - El recurso de la Mutua impugna la sentencia dictada, mediante la formulación de un Motivo de infracción jurídica, para que se revoque la misma y se declare la desestimación de la demanda y el ajuste a Derecho del acuerdo de 9-11-2012 de denegación de la **prestación**.

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, y del art. 2.1 del R. Decreto 1148/2011, de 29 de julio, sobre **prestación** por **cuidado** de menores **afectados** por **cáncer u otra enfermedad grave**, entendiéndose, como núcleo de su recurso, que no concurre en este caso el requisito de **cuidado** directo, continuo y permanente exigido por las normas citadas, ya que el menor está debidamente escolarizado.

SEGUNDO .- Centrada así la cuestión litigiosa traída a suplicación, y no discutido en consecuencia que concurren en este caso los demás requisitos legales de la **prestación**, se ha de rechazar el Motivo de recurso, porque en el Hecho Segundo de la sentencia recurrida se declara que el menor, de 13 años de edad, "necesita **cuidados** constantes y es incapaz de cuidar de sí mismo ni de hacer ninguna actividad de forma autónoma", teniendo afectadas profundamente todas sus habilidades psicomotoras (motrices, cognitivas, de comunicación y de interacción social), con ausencia de lenguaje oral funcional, gran dificultad para subir y bajar escaleras, dificultades para el equilibrio dinámico, está impedido para el uso del transporte escolar, siendo su padre quien se encarga de traerlo y recogerlo del Centro al que asiste de 9,15 a 17 horas, centro que depende de la "Fundación Carmen Fernández Céspedes"; necesita apoyo total en los hábitos diarios de **cuidado** personal, debiendo ser asistido en la alimentación (no logra uso funcional de cubiertos), vestido e higiene personal, pues lleva pañales por no haber adquirido el control de esfínteres.

La **prestación** exige, según el art. 135 quater LGSS, que existiera ingreso hospitalario de larga duración (lo que hubo de existir en el origen de la **enfermedad**, cuando el niño tenía dos meses y medio, **enfermedad** que se encuentra en el listado reglamentario, extremos ambos no discutidos por la recurrente); se extiende "durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la **enfermedad**"; y se extingue la **prestación** cuando "cese la necesidad del **cuidado** directo, continuo y permanente del **hijo**...o cuando el menor cumpla los 18 años"; añade además el R. Decreto 1148/11 que "se considerará asimismo como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o **cuidado** del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la **enfermedad grave**."

TERCERO .- Es evidente, por otro lado, que la asistencia del menor al centro especial indicado no equivale a una escolarización normal, sino que constituye una ayuda específica o tiempo de descanso de los padres respecto al **cuidado** continuo en domicilio que requiere el menor, de forma que, si no existiera esa posibilidad, no sería suficiente a los progenitores una reducción de jornada, sino que al menos uno de ellos debería abandonar su relación laboral, que es precisamente lo que pretende evitar la **prestación** litigiosa.

CUARTO .- Inexistentes pues las infracciones legales denunciadas en el recurso, procede su desestimación y la confirmación de la sentencia impugnada. Por imperativos legales (arts. 203, 204 y 235 de la LRJS) las costas del recurso, en su dimensión normada, deben ser impuestas, a la parte recurrente; y debe disponerse la pérdida del depósito constituido para recurrir; con mantenimiento del aseguramiento prestado, hasta la ejecución de la sentencia o hasta que, en su caso, proceda su realización.

En atención a lo expuesto, dictamos el siguiente

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación nº 436 de 2013, ya identificado antes, y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida. Con imposición a la Mutua recurrente de las costas de su recurso en cuantía de 500 euros en concepto de honorarios del Letrado impugnante. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, el cual se ingresará en el Tesoro Público. Se mantiene el aseguramiento prestado, hasta que la parte condenada cumpla la sentencia o hasta que en cumplimiento de la misma se resuelva sobre la realización de dicho aseguramiento.

Notifíquese esta resolución a las partes con la advertencia de que:



- Contra la misma 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.

FONDO DOCUMENTAL CEND