



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

JUZGADO DE LO SOCIAL  
NÚMERO DOS  
MÁLAGA

Procedimiento nº 592/2021  
Sentencia nº 30/2023

## SENTENCIA Nº 30/23

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

En la ciudad de Málaga a veinticinco de enero de dos mil veintitrés.

Vistos por mí, FRANCISCO GARCÍA VALVERDE, Magistrado-Juez sustituto del Juzgado de lo Social número Dos de los de esta capital, los presentes autos tramitado por el procedimiento nº 592/2021 seguidos ante este Juzgado a instancias de [REDACTED] DNI nº [REDACTED] asistido por el Letrado/Graduado Social sra. Podadera Romero; contra la Mutua FREMAP asistida por el Letrado/Graduado Social sr. Ojalvo Ramírez; contra la empresa EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA (CIF nº P2906700F) asistido por el Letrado/Graduado Social sr. Fernández Martínez; contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y contra la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL asistidos por Letrado del Gabinete Jurídico de dicho Organismo; sobre cantidad/prestaciones (infracotización).

### ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el actor se presentó demanda, conforme a las prescripciones legales; alegó los hechos e invocó los fundamentos de derecho que consideró pertinentes que constan en la misma para terminar suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se reconozca el derecho del actor al percibo de la cantidad de 4.472,54 euros en concepto de diferencias de prestación de IT del periodo de 29/11/2017 al 09/07/2018, y se anticipe su pago por el INSS y por la Mutua codemandada, sin perjuicio de la responsabilidad que legalmente corresponda al Excmo. Ayuntamiento de Málaga, en su caso.

Segundo.- Admitido a trámite la demanda, acordando darle el curso señalado en la ley, citando a las partes para la celebración del juicio, que se llevó a efecto el día previsto. Celebrada la vista en el día y hora señalados, el actor se ratificó en su escrito de demanda, que se dan aquí por reproducidas. Formuladas por la parte demandada las alegaciones que obran en las actuaciones, y tras la práctica de la prueba propuesta y admitida con el resultado que consta en los autos, y efectuadas las conclusiones o informes oportunos, quedaron los autos vistos para sentencia.

### HECHOS PROBADOS

Primero.- Que el actor, [REDACTED] ha prestado servicios por cuenta y dependencia de la empresa demandada, EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA, en el periodo 10/07/2017 al 09/07/2018, a jornada completa en virtud de contrato de trabajo para obra o servicio determinado amparado por el Programa de Empleo@ 30+ (Ley 2/2015 y Real Decreto 2/2016), percibiendo una retribución mensual de 921 euros,





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

incluida parte proporcional de pagas extraordinarias (contrato de trabajo folios 92 y 93; informe afiliación folio 156).

El actor estuvo en situación de incapacidad temporal, derivada de accidente de trabajo (in itinere), en el periodo 29/11/2017 al 14/08/2018, contingencia cubierta por la Mutua FREMAP, habiendo percibido prestaciones conforme a una base reguladora de 30,70 euros/día (parte de accidente, baja y alta médica, base reguladora, folios 156 a 160).

Extinguído el contrato de trabajo en fecha 09/07/2018 el trabajador solicitó a la Mutua pago directo de subsidio de IT (folios 143 a 155).

*Segundo.-* Que en virtud de sentencia nº 148/2020 de fecha 17/07/2020 del Juzgado de lo Social nº 2 de Málaga (procedimiento nº 726/2018), aclarada por Auto de fecha 28/07/2020, confirmada por sentencia nº 309/2021 de fecha 24/02/2021 del TSJ Andalucía/Málaga (folios 110 a 126), reconociendo el derecho del actor a percibir su salario conforme al Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Málaga (esto es, 1.683,24 euros/mes en el año 2017, y 1.700,07 euros/mes en el año 2018), condenando a la empresa demandada a abonar al trabajador/actor la cantidad de 5.042,71 euros en concepto de diferencias salariales entre lo percibido (921 euros/mes) y debido percibir (1.683,24 euros/mes en el año 2017, y 1.700,07 euros/mes en el año 2018) en el periodo 10/07/2017 a 09/07/2018, exceptuándose el periodo de incapacidad temporal.

El Fundamento de Derecho Cuarto de la citada sentencia nº 148/2020 razona:

“Aplicando lo anterior al caso de autos, considerando la categoría del Convenio Colectivo Laboral Municipal a la que podría equipararse, que sería la de Grupo E, Peones, que, según Convenio Colectivo establece una retribución de 1.683,24 euros brutos mensuales para 2017 y 1.700,07 euros brutos mensuales para 2018, que debían cobrar, en lugar de los 921 euros brutos (incluida parte proporcional de pagas extraordinarias) al mes que cobraron. Ello hace un total de 9.247,86 euros brutos adeudados por trabajador, a excepción de los trabajadores reseñados por la demandada, cantidades que están sujetas a deducción de I.R.P.F. así como a cotización a la Seguridad Social.”

*Tercero.-* Con anterioridad a las citadas sentencias, la empresa cotiza a la Seguridad Social atendiendo a un salario de 921 euros/mes (folios 156 y 157); tras la firmeza de las citadas sentencias el Excmo. Ayuntamiento de Málaga ha procedido a abonar la trabajador la suma de 5.042,71 euros en concepto de diferencias salariales, ha efectuado las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social subsanando la infracotización del periodo 10/07/2017 a 09/07/2018 (folios 106 a 109, folios 131 a 139).

*Cuarto.-* La diferencia por prestaciones de incapacidad temporal del citado periodo 29/11/2017 al 09/07/2018 entre lo percibido (base reguladora de 30,27 euros) y debido haber percibido (base reguladora de 56,66) asciende a 4.472,54 euros, conforme a detalle y desglose que consta en el hecho tercero de la demanda que se tiene aquí por reproducido.

*Quinto.-* Que agotada la vía administrativa previa, se presenta la demanda objeto del presente procedimiento en fecha 25/05/2021



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Siendo indiscutido que la base reguladora de la prestación de IT derivada de accidente de trabajo viene determinada conforme a los salarios reales percibidos por el trabajador. La empresa cotizó y el trabajador percibió prestaciones de IT conforme a un salario de 921 euros/mes, debiendo haber percibido 1.683,24 euros/mes en el año 2017, y 1.700,07 euros/mes en el año 2018, deviene obligado concluir que ha existido infracotización por parte de la empresa. Es indudable la trascendencia de la infracotización en la relación jurídica de protección de IT por AT, con directa repercusión en el importe de la prestación a percibir por el trabajador lesionado, que impide la exoneración de la consiguiente responsabilidad empresarial, si bien en la parte proporcional correspondiente a la infracotización que tiene incidencia en la cuantía de prestación de IT, cálculos efectuados por el demandante que no han sido desvirtuados por la demandada. La Mutua deberá anticipar el abono íntegro de la prestación al beneficiario, respondiendo el Instituto Nacional de la Seguridad Social subsidiariamente, como servicio común (en su condición de sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo), en caso de insolvencia.

Dispone el art. 141.1 LGSS que "El empresario es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores, en su totalidad".

El art. 167 LGSS regula la responsabilidad en orden al pago de las prestaciones de Seguridad Social, estableciendo su apartado 2 que "El incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva".

El apartado 3 del Art. 167 LGSS dispone: "No obstante lo establecido en el apartado anterior, las entidades gestoras, mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o, en su caso, los servicios comunes procederán, de acuerdo con sus respectivas competencias, al pago de las prestaciones a los beneficiarios en aquellos casos, incluidos en dicho apartado, en los que así se determine reglamentariamente, con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de tales beneficiarios. El indicado pago procederá aun cuando se trate de empresas desaparecidas o de aquellas que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio. Igualmente, las mencionadas entidades, mutuas y servicios asumirán el pago de las prestaciones, en la medida en que se atenúe el alcance de la responsabilidad de los empresarios respecto a dicho pago.

El anticipo de las prestaciones, en ningún caso, podrá exceder de la cantidad equivalente a dos veces y media el importe del indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento del hecho causante o, en su caso, del importe del capital coste necesario para el pago anticipado, con el límite indicado por las entidades gestoras, mutuas o servicios. En todo caso, el cálculo del importe de las prestaciones o del capital coste para el pago de las mismas por las mutuas o empresas declaradas responsables de aquellas incluirá el interés de capitalización y el recargo por falta de aseguramiento establecido pero con exclusión del recargo por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo a que se refiere el artículo 164.

Los derechos y acciones que, por subrogación en los derechos y acciones de los beneficiarios, correspondan a aquellas entidades, mutuas o servicios frente al empresario declarado responsable de prestaciones por resolución administrativa o





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

judicial o frente a las entidades de la Seguridad Social en funciones de garantía, únicamente podrán ejercitarse contra el responsable subsidiario tras la previa declaración administrativa o judicial de insolvencia, provisional o definitiva, de dicho empresario.

Cuando, en virtud de lo dispuesto en este apartado, las entidades gestoras, las mutuas y, en su caso, los servicios comunes se subrogasen en los derechos y acciones de los beneficiarios, aquellos podrán utilizar frente al empresario responsable la misma vía administrativa o judicial que se hubiera seguido para la efectividad del derecho y de la acción objeto de subrogación".

El art. 94.2.b) de la Ley de Seguridad Social de 1966 dispone que el empresario, respecto a los trabajadores a su servicio será responsable de las prestaciones que tengan derechos los trabajadores por falta de ingreso de las cotizaciones a partir de la iniciación del segundo mes siguiente a la fecha en que expire el plazo reglamentario para el pago, y por ello las cotizaciones efectuadas fuera de plazo no exonerarán de responsabilidad al empresario.

Y conforme al art. 94.4 LSS de 1966 si los empresarios u otras personas obligadas a responder con ellos, o las propias mutuas, resultaren insolventes, el trabajador y sus herederos podrán hacer efectivos sus derechos con cargo al Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo (referencia que debe entenderse referida al INSS).

La reclamación de reintegro por la mutua frente al INSS exige que se determine previamente la responsabilidad del empresario incumplidor y que las personas responsables directas sean insolventes (STS 16/02/2016, recurso nº 737/2014).

El descubierto o infracotización conlleva la responsabilidad empresarial por la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada por el trabajador y la que corresponda asumir a la Mutua/Entidad Gestora por las cuotas efectivamente ingresadas. Recuerda la STS 09/04/2007 (rec. 143/2006 ), que la doctrina unificada de la Sala ha venido reiterando en las sentencias de 3-abril-2001 (RCUD núm. 3221/1999), 17-septiembre-2001 (RCUD núm. 1904/2000), 22-julio-2002 (RCUD núm. 4499/2001) y 19-marzo-2004 (RCUD núm. 2287/2003) reproducida en la de 18-noviembre- 2005 (RCUD núm. 5352/2004) que debe tomarse como punto de partida la literalidad misma del 126.2 LGSS (actual art. 167.2 LGSS'2015), que impone la responsabilidad en cuanto al pago de las prestaciones por el incumplimiento de las obligaciones en materia de cotización, entre otras, cuyo incumplimiento no se circunscribe a la ausencia de cotización, sino que abarca también la cotización por cantidad inferior a la procedente en la medida en que influya sobre el importe de una prestación. En el mismo sentido la STS 18/11/2005 señala que se ha de imputar a la empresa incumplidora de la obligación de cotizar la responsabilidad directa en el pago de la diferencia de prestación existente entre la reconocida por la Entidad Gestora y la que resulta de incluir en la base reguladora las cantidades no cotizadas.

**Segundo.-** La STSJ Canarias 13/06/2018 (sentencia nº 640/2018, recurso nº 413/2017) apunta que "el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones viene recogido en el artículo 126 (actualmente artículo 167) del TR de la Ley General de la Seguridad Social, precepto que establece que, en el supuesto normal de que se haya causado derecho a una prestación por concurrir todas las circunstancias exigidas legalmente (afiliación y alta del trabajador, cotización y requisitos particulares que han de darse respecto de cada concreta prestación) el deber de satisfacer la prestación pesa





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

sobre la Entidad Gestora, Mutua, Servicio Común o empresario colaborador, según los casos.

En caso contrario, esto es, cuando se haya omitido la afiliación o el alta, o existan faltas o defectos de cotización, la responsabilidad del pago de la prestación pesa sobre el empresario infractor, adicionándose a su obligación de satisfacer las cuotas adeudadas con el correspondiente recargo legal.

En otro orden de cosas, en virtud del principio de automaticidad, consagrado en el párrafo 3º del artículo 126 (actualmente artículo 167) del TR de la Ley General de la Seguridad Social, las entidades gestoras, colaboradoras o Servicios Comunes anticipan el pago de las prestaciones a los beneficiarios, y ello aún cuando se trate de empresas desaparecidas o de aquellas que, por su especial naturaleza, no puedan ser objeto de apremio, subrogándose en la posición del beneficiario para poder dirigirse después contra el empresario infractor.

En las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional el ordenamiento estipula en todo caso el anticipo de la prestación.

[...]

Como anteriormente apuntamos, el principio de automaticidad es aplicable a las Mutuas en virtud del convenio de asociación, incluso aunque el trabajador no haya sido dado de alta o por infracotización y se extiende al pago de las prestaciones de las que resulte responsable el empresario.”

La empresa ha incurrido en infraseguro al haber cotizado por una base inferior a la que corresponde al trabajador, la responsabilidad empresarial del pago de la prestación subsiste aunque posteriormente subsane la infracotización, tal circunstancia acontece con posterioridad al periodo de IT objeto del procedimiento y no le exime de responsabilidad. Dicho de otra manera, la empresa es responsable de la diferencia de la prestación de IT cuando la regularización de la infracotización a la Seguridad Social se produce con posterioridad al hecho causante, como es el caso de autos, dicha regularización no tiene efectos retroactivos, sin que el posterior abono de las infracotizaciones pueda subsanar esta irregularidad, la regularización de las cuotas surtirá efectos desde la fecha de la regularización, pero no incidirá en situaciones anteriores. En suma, se trata de un defecto de aseguramiento, concretamente, de infracotización, lo que determina que la responsabilidad en el abono de la prestación de incapacidad temporal que va a ser reconocida al trabajador recaiga sobre el empresario incumplidor, sin perjuicio de la obligación de anticipo de la misma por parte de la Entidad Gestora/Mutua.

En el presente procedimiento, nos hallamos ante prestaciones económicas de incapacidad temporal derivadas de accidente de trabajo existiendo infracotización, de su pago ha de ser declarada responsable directa la empresa codemandada, al haber incumplido sus obligaciones de Seguridad Social, debiendo la Mutua anticipar su abono, con el derecho de ésta a repetir frente a la empresa incumplidora; respondiendo, subsidiariamente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, en caso de insolvencia de la empresa. En las contingencias profesionales rige el principio de automaticidad de las prestaciones, en todos los casos y cualquiera que sea el grado (ausencia de alta, descubiertos de cotización o supuestos de infracotización) de incumplimiento patronal. Además, y como garantía última del sistema, el INSS, en su condición de continuador del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, responde subsidiariamente en caso de insolvencia, tanto de la empresa, como de la mutua aseguradora, sin perjuicio de la obligación de anticipo por parte de la





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

Mutua y su derecho al ejercicio de la correspondiente acción frente al INSS como deudor subsidiario.

En el sentido expuesto, la STS 27/10/2022 (sentencia nº 866/2022, recurso nº 3629/2019) señala:

“TERCERO. Responsabilidad empresarial por infracotización. La STS 26 de febrero de 2008 (rcud 2341/2006).

1. La doctrina correcta es la de la sentencia de esta Sala Cuarta de 26 de febrero de 2008 (rcud 2341/2006), que es la sentencia referencial invocada en el presente recurso. La STS de 16 de diciembre de 2009 (rcud 650/2009) reiteró la doctrina de la anterior sentencia.

2. De conformidad con lo establecido por la STS 26 de febrero de 2008 (rcud 2341/2006), que reitera la doctrina de las sentencias anteriores que menciona, la fecha que ha de tenerse en cuenta para determinar la entidad responsable de las secuelas del accidente de trabajo y de las correspondientes prestaciones es la fecha en que se produjo el accidente. Ha de estarse, en consecuencia, a esta fecha y si en esa fecha existía infracotización por parte de la empresa, esta será proporcionalmente responsable, y no solo la correspondiente mutua, de la prestación de la Seguridad Social.

3. En efecto, según señala la STS 26 de febrero de 2008 (rcud 2341/2006), "la situación que hay que tomar en consideración, al objeto de determinar las responsabilidades empresariales en el pago de prestaciones derivadas de accidente laboral, es necesariamente la situación existente en el momento en que el accidente se produjo. Por consiguiente, aplicando este criterio al caso de autos, resulta evidente que, cuando aconteció el accidente laboral de autos el empresario no había abonado las diferencias pendientes de pago en el importe de sus cotizaciones a la Seguridad Social relativas al actor, pues tales diferencias no las hizo efectivas hasta ... después de ese siniestro, ... No cabe duda que, en el momento de dicho accidente la infracotización en que incurrió la compañía demandada, no había sido subsanada y que por ello dicha empresa tiene que asumir las responsabilidades que de tal situación se derivan."

El artículo 167.2 LGSS establece que el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva. Como precisa la STS 26 de febrero de 2008 (rcud 2341/2006), en referencia al artículo 126.2 LGSS de 1994 (actual artículo 167.2 LGSS de 2015), el incumplimiento no se circunscribe a la ausencia de cotización, sino que abarca también la cotización por cantidad inferior a la procedente en la medida en que influya sobre el importe de una prestación.

En todo caso, el artículo 94.2 c) de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 establece que corresponde a la empresa el abono de la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada por el trabajador, de haber cumplido correctamente el empresario su obligación de cotización, y la que le corresponda asumir a la Seguridad Social (o a la correspondiente mutua) por las cuotas efectivamente ingresadas."

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO



Que **estimando** la demanda interpuesta por [REDACTED] contra la Mutua FREMAP, contra la empresa EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y contra la TESORERIA GENERAL DE LA



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

SEGURIDAD SOCIAL; debo declarar y declaro la responsabilidad directa de la empresa demandada del pago a [REDACTED] de la cantidad de 4.472,54 euros en concepto de diferencias de prestación de IT del periodo de 29/11/2017 al 09/07/2018; condenando a la Mutua a anticipar dicha cantidad, con el derecho de ésta a repetir frente a la empresa incumplidora; con responsabilidad subsidiaria del INSS y la TGSS para el caso de insolvencia de la empresa. Debo condenar y condeno a las demandadas a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y contra ella cabe interponer recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía-Málaga, recurso que habrá de anunciarse ante éste Juzgado en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución. Se advierte al recurrente que no fuere trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del Régimen público de Seguridad Social que deberá constituir como depósito 300 euros en la Cuenta de Consignaciones y Depósitos de este Juzgado, aportando el resguardo acreditativo; así como acreditar la consignación en la mencionada Cuenta de la cantidad objeto de la condena o presentar aval bancario por la misma cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, observándose la forma, plazos y requisitos establecidos en los arts. 190 y ss y arts. 229 y ss LRJS. El Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos Autónomos dependientes de todos ellos, y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito y consignaciones referidas (art. 229.4º LRJS).

Librese Testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos de su razón e inclúyase la misma en el Libro de su clase.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en Primera Instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, en el mismo día de su fecha, estando celebrando audiencia pública, doy fe.



