



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA, CEUTA Y MELILLA
SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MALAGA
Avenida Manuel Agustín Heredia nº 2ª planta

N.I.G.: 2906744420210007820

Negociado: MA

Recurso: Recursos de Suplicación 643/2023

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 2 DE MALAGA

Procedimiento origen: Procedimiento Ordinario 592/2021

Recurrente: EXCMO AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Representante: S.J.AYUNT. MALAGA

Recurrido: TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA FREMAP,
INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y [REDACTED]

Representante: ANTONIO CESAR OJALVO RAMIREZ y IRENE PODADERA
ROMEROS.J. DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE MALAGA

Sentencia Nº 1572/2023

ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNÁNDEZ CARRILLO, PRESIDENTE
ILTMO. SR. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES,
ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES

En la ciudad de Málaga a 10 de octubre de dos mil veintitrés.

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
ANDALUCIA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el Recursos de Suplicación interpuesto por EXCMO AYUNTAMIENTO DE
MALAGA, contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 2 DE
MALAGA, ha sido ponente el Iltmo./Iltma Sr. /Sra D./ MANUEL MARTIN
HERNANDEZ-CARRILLO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por [REDACTED]
[REDACTED] sobre Seguridad Social en materia prestacional, siendo demandado
TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DE



LA SEGURIDAD SOCIAL, EXCMO AYUNTAMIENTO DE MALAGA, MUTUA FREMAP, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 25/1/2023. La parte dispositiva de dicha resolución expresa: 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 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

SEGUNDO.- En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

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, 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). Extinguido 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 TSJAndalucía/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.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandada, recurso que formalizó siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. El actor prestó temporalmente servicios para el Ayuntamiento de Málaga, mediante contrata para obra o servicio determinado conforme al Programa Emple@30+. Como quiera que la Corporación local satisfizo al trabajador un salario inferior al debido, se le reconoció judicialmente el derecho al percibo de las diferencias salariales correspondientes, condenándose al pago de las misma al Ayuntamiento.

En el presente procedimiento, el trabajador solicita el pago de las diferencias existentes entre lo que percibió en concepto de subsidio por incapacidad temporal derivado del accidente de trabajo sufrido y lo que percibió conforme al salario que le venía siendo satisfecho, la cual ha sido estimada por el Juzgador, reconociendo su derecho al percibo de la correspondiente cantidad, la cual deberá ser satisfecha por el Ayuntamiento de Málaga, aunque anticipados por la mutua Fremap, que cubría el riesgo profesional, y la responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social.

Frente a dicha sentencia se alza el Ayuntamiento empleador mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de diversos motivos de revisión fáctica y censura jurídica a fin de que, revocada en parte la de instancia, resulte declarado responsable del pago de las diferencias en el subsidio la mutua codemandada Fremap.

El recurso ha sido impugnado por las representaciones procesales del trabajador y de la mutua Fremap, que han solicitado su desestimación y la confirmación de la sentencia combatida.

SEGUNDO. Por el cauce del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social solicita la parte recurrente la modificación del relato fáctico declarado probado por el Juzgador de instancia con la finalidad de suprimir del ordinal segundo la frase "... *exceptuándose el período de incapacidad temporal*".

En materia de revisión de hechos probados, la jurisprudencia es concluyente en sentido de considerar requisitos imprescindibles los siguientes: 1) Que se señale con precisión cuál sea el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considere



equivocado, contrario a lo acreditado o que conste con evidencia y no se haya incorporado al relato fáctico; 2) Que se ofrezca un texto alternativo concreto a figurar en la narración fáctica tildada de errónea, bien sustituyendo a algunos de sus puntos, bien complementándolos; 3) Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; 4) Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables; 5) Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría.

Sobre tales presupuestos doctrinales el motivo debe fracasar pues, además de que no cita documentos concretos de los que se evidencia claramente el error del Juzgador, no puede admitirse ahora un cálculo *ex novo*, remitiéndose además a unos “datos” que dice constar en un autos que no fueron aportados al presente procedimiento y en los que no puede basarse la modificación propuesta.

Lo evidente es que el actor es uno de los múltiples trabajadores contratados al amparo de los ya sobradamente conocidos para esta Sala planes del empleo que disfrutó el Ayuntamiento de Málaga, a los que les pagaba sus retribuciones descontando los seguros sociales del importe de la subvención, que reclamaron las diferencias salariales y, en el caso del demandante, las diferencias en el subsidio por incapacidad temporal.

Los hechos probados, por lo expuesto, quedan firmes e inalterados.

TERCERO. Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la parte recurrente la infracción, de un lado, del artículo 167.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y de otro, de los artículos 42.1 c) y 6 del mismo Cuerpo legal pues considera que, en relación al primero, que “... a la fecha en la que se produjo la baja de [REDACTED] por accidente de trabajo (esto es, desde el 29/11/2017 hasta el 09/07/2018) no existían diferencias pendientes de pago. La relación laboral del actor estaba amparada en un contrato de trabajo para obra o servicio determinado acogido al programa emplea@30+, subvencionado por la Junta de Andalucía, cuya retribución venía determinada por dicha subvención. Al venir la retribución del actor determinada por dicha subvención, este Ayuntamiento abonó correctamente, durante el periodo laboral del interesado, la retribución marcada en el programa emplea@30+, efectuando las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social”; y en relación al segundo, que no se puede pretender “... que el Ayuntamiento asuma el 75% de la base reguladora que corresponde al FREMAP, sin considerar que esta Corporación no se ha deducido en los seguros sociales ninguna cantidad por pago delegado (al no poder realizar pago delegado de la prestación por IT a favor del demandante, ya que había finalizado su relación laboral con la Corporación) y que ya abonó al interesado, conforme a la sentencia nº 148/2020 de fecha 17/07/2020 del Juzgado de lo Social nº 2 de Málaga (procedimiento nº 726/2018), el 25% de la base reguladora por aplicación del Art. 47.1 del Convenio Colectivo referente a la “mejora voluntaria del Ayuntamiento en la prestación por IT”, con infracción de la normativa y jurisprudencia que determinan que el pago del subsidio por incapacidad laboral transitoria debe correr a cargo de la correspondiente Mutua colaboradora”.



El Juzgador ha razonado que “... 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 incumplidos 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 Mutua y su derecho al ejercicio de la correspondiente acción frente al INSS como deudor subsidiario”.

CUARTO. Como expresa la sentencia que cita el Juzgador de instancia, del TSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 13 de junio de 2018 (ROJ: STSJ ICAN 1851/2018, Recurso 413/2017), “... 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 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. En las prestaciones derivadas de contingencias comunes podemos distinguir entre aquellas en las que rige una automaticidad absoluta (desempleo y asistencia sanitaria) y aquellas otras en las que la automaticidad es relativa, porque se exige que el empresario haya dado de alta al trabajador para que opere el mecanismo del anticipo (incapacidad temporal, maternidad, jubilación, incapacidad permanente y prestaciones por muerte y supervivencia). Por tanto, en las prestaciones de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes rige el principio de automaticidad relativa, de forma que el trabajador tiene que estar dado de alta a la fecha del hecho causante para que opere el deber de anticipo.

<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”.

Por ello, la Sala comparte los razonamientos del Juzgador cuando afirma que al haber incurrida la empresa en infraseguro por cotizar por una base inferior a la que corresponde al trabajador, la responsabilidad empresarial del pago de la prestación subsiste aunque posteriormente subsane la infracotización, sin que tal circunstancia le exima de responsabilidad. Es decir, 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 que ahora se enjuicia, por lo que dicha regularización no tiene efectos retroactivos, y sin que el posterior abono de las infracotizaciones pueda subsanar esta irregularidad. En definitiva, 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 efecto 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.

Por lo expuesto, al no apreciar la Sala las infracciones que se dicen producidas, el motivo debe fracasar y por su efecto el recurso, con la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida.

FALLAMOS

Que debemos **desestimar** y **desestimamos** el recurso de suplicación interpuesto por el Ayuntamiento de Málaga contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Málaga con fecha 25 de enero de 2.023 en autos sobre responsabilidad en orden al pago de las prestaciones, seguidos a instancias de ██████████ contra de dicho Ayuntamiento recurrente, la mutua Fremap, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social confirmando la sentencia recurrida.

Se condena en costas al Ayuntamiento de Málaga, incluidos los honorarios de los Letrados de las partes recurridas, en cuantía que no podrá superar los 1.200 euros.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.

Líbrense certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente libro.

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."



