

4. Administración de Justicia

JUZGADOS DE LO SOCIAL

SENTENCIA de 26 de noviembre de 2013, del Xdo. do Social n. 3 de A Coruña, dimanante de autos núm. 870/2011.

Núm. Autos: Seguridad Social 0000870/2011.

Demandante: Mutua Gallega Accidentes de Trabajo.

Abogada: María José Martínez-Fariza Conde.

Demandados: Construcciones y Promociones Onumar, S.L., Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social.

En A Coruña, a veintiséis de noviembre de dos mil trece.

Don Carlos Villarino Moure Magistrado Juez del Xdo. do Social n. 3 tras haber visto el presente Seguridad Social 0870/2011, a instancia de la Mutua Gallega Accidentes de Trabajo, representada por la Ltda. doña Eva Vidal Rodríguez contra Construcciones y Promociones Onumar, S.L., que no comparece, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social representados por la Ltda. doña Natalia Suárez Herva.

En nombre del Rey ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por parte de la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo se presentó el día 30 de septiembre de 2011 ante el Decanato de esta ciudad, una demanda frente a la empresa Construcciones y Promociones Onumar, S.L., el INSS y la TGSS, que fue turnada a este Juzgado dando lugar al juicio de referencia. Tras hacer las alegaciones de hecho y de derecho que tuvo por oportunas, solicitaba se declarara a la mencionada empresa responsable directa y principal en el abono de las prestaciones anticipadas por la mutua a raíz de un proceso de incapacidad temporal por accidente de trabajo detallado en la demanda, con responsabilidad subsidiaria de las entidades demandadas para el caso de insolvencia empresarial.

Segundo. Admitida a trámite la demanda se señaló como fecha para la celebración del juicio la del 21 de noviembre de 2013, compareciendo las partes con excepción de la empresa demandada. Abierto el acto, y dada cuenta, la actora se afirmó y ratificó en su demanda. Por el INSS y TGSS se contestó a la demanda por los motivos que constan en el acta y se dan por reproducidos. Atendiendo a las solicitudes de las partes se acordó recibir el pleito a prueba, y en dicho trámite se practicó la documental propuesta cuyo resultado obra en autos, pasándose a continuación al trámite de conclusiones donde las partes ratificaron sus alegaciones y pretensiones.

HECHOS PROBADOS

1.º La empresa demandada tenía cubiertos los riesgos de accidente de trabajo y enfermedades profesionales con la mutua demandante.

Se da por reproducido el certificado de descubiertos aportado por la TGSS en su ramo de documental. Con arreglo al mismo, a fecha de 30 de octubre de 2013, la empresa demandada estaba en descubierta en los siguientes periodos: De enero a junio y de octubre a diciembre de 2008; y de enero a mayo de 2009, además de otros periodos posteriores al accidente de trabajo que en el que se funda la demanda. El importe total adeudado hasta tal fecha ascendía a 114.981,29 euros.

2.º El trabajador de la empresa demandada don Jesús Donoso Díaz, con antigüedad de 12 de marzo de 2007, sufrió un accidente de trabajo el 27 de mayo de 2009, mientras prestaba servicios en la empresa demandada, y estuvo incurso en un proceso de IT a consecuencia de tal accidente; habiendo percibido las siguientes prestaciones:

- Prestación económica de IT: 1.011,37 euros deducidos por la empresa en TC2 para pago delegado.

- Asistencia sanitaria: 429,50 euros abonados por la mutua. De los que 65,60 se corresponden con gastos de desplazamiento en automóvil para recibir tratamiento médico o rehabilitación en localidad distinta a la de residencia del demandante (de Punta Umbría a Huelva).

3.º La parte actora interpuso reclamación administrativa previa que, acompañada con la demanda, aquí se da por reproducida. Asimismo, se celebró acto de conciliación frente a la empresa demandada sin efecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Los hechos probados resultan acreditados por la documental en autos valorada en su conjunto, en especial con arreglo a lo siguiente:

El hecho probado primero no ha sido controvertido, y además resulta de la certificación de descubiertos aportada por la TGSS, y de los documentos núms. 1 a 5 del ramo de prueba de la demandante.

El segundo por los documentos núms. 4 a 15 de la parte demandante.

El tercero del documento núm. 19 de la demandante, y de la reclamación administrativa previa con la demanda.

Segundo. En cuanto a las cantidades reclamadas en concepto de prestaciones derivadas de incapacidad temporal y asistencia sanitaria fruto del accidente de trabajo que se señala en el hecho probado segundo, pretende la mutua, al amparo del art. 126.2 LGSS, que se declare la responsabilidad directa de la empresa demandada por descubierto en el abono de las cuotas a la Seguridad Social, y subsidiariamente la responsabilidad del INSS y TGSS para el caso de insolvencia de la empresa –art. 126.3 LGSS–.

Para determinar si ha de existir la responsabilidad de la empresa según interesa la actora, ha de estarse a los criterios establecidos por la jurisprudencia para valorar el incumplimiento en cuanto a la cotización a la Seguridad Social del trabajador en los supuestos de accidente de trabajo. En este sentido la STS de 20 de enero de 2003, en recurso 4490/2001 señala:

«El único motivo de casación que articula el referido Instituto lo concreta en la denuncia de infracción por parte de la sentencia recurrida de las previsiones que en relación con la responsabilidad por descubiertos empresariales en el abono de cotizaciones se contiene en los arts. 126.2 y 3 del Texto Refundido vigente de la LGSS, en relación con los artículos 94, 95 y 96 de la Ley General de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966, y la doctrina elaborada por esta Sala sobre este particular... En esta cuestión, tan deficientemente regulada en la LGSS y, por ello, tan expuesta a interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, esta Sala ha mantenido en sus últimos tiempos criterios generales bastante claros, que se concretan en los dos siguientes; a saber: a) Que la responsabilidad en estos casos está en función de la duración de los descubiertos en atención al período de seguro correspondiente al trabajador afectado, de forma que sólo cuando el período en descubierto es “expresivo de la voluntad empresarial de no cumplir con sus obligaciones de cotizar” debe imputarse esa responsabilidad prestacional a la empresa, lo que no se producirá cuando se trate de “incumplimientos transitorios, ocasionales o involuntarios” en cuanto que por serlo no obedecen a una voluntad de incumplir aquella obligación legal de cotizar, sino a otras circunstancias accidentales no constitutivas de incumplimiento determinante de responsabilidad. La Sala ha distinguido, en definitiva, entre incumplimiento doloso o incumplimiento negligente o fortuito, siendo en tal sentido como en diversas sentencias ha considerado que la empresa era responsable –así en STS 1.2.2000 (Rec. 694/99) en que el descubierto era sólo de siete meses pero eran los únicos siete meses de relación laboral del trabajador con la empresa–; STS 21.2.2000 (Rec. 71/99) en que la falta de cotización alcanzaba a un año y diez meses; STS 18.9.2000 (Rec. 3745/99) en un supuesto en el que el período de descubierto fue superior a dos años; STS 15.12.2000 (Rec. 4348/99) contemplando casi cuatro años de descubierto; STS 5.2.2001 (Rec. 2122/00) con cerca de tres años de descubiertos; STS 12.2.2001 (Rec. 131/2000) con un descubierto de dos años y tres meses; STS 5.3.2991 (Rec. 4606/99) en el que la empresa sólo había abonado un mes dentro del período de los doce meses anteriores que eran los únicos trabajados desde que había sido dado de alta en la empresa; STS 20.3.2001 (Rec. 594/00) con más de doce años en descubierto; STS 21.3.2001 (Rec. 2187/2000) con más de dos años de descubiertos; STS 5.4.2001 (Rec. 1838/2000) con más de cinco años de descubierto; STS 28.6.2001 (Rec. 3412/00) contemplando treinta y cuatro meses de falta de cotización; o STS 17.9.2001 (Rec. 1824/2000) con descubiertos de más de dos años inmediatamente anteriores al accidente. Siendo importante, como puede apreciarse, no solo la duración del incumplimiento sino su duración proporcional al período de aseguramiento y su relación de inmediatez temporal con el accidente; y b) Que los únicos descubiertos a tener en cuenta son los anteriores al accidente dado que la responsabilidad empresarial sólo puede estimarse derivada de la actuación empresarial previa a la producción del accidente y no de cualquier actuación posterior, cual puede apreciarse recogida en las sentencias de esta Sala de 22.2.2001 (Rec. 3033/2000) y 24.3.2001 (Rec. 794/2000).

También podemos citar la STSJ de 2 de diciembre de 2008 (Recurso: 203/2006), cuando dispone que:

... en la actualidad, la doctrina unificada por la Sala Cuarta del T.S., así en las Sentencias de 26 de enero de 2004 (Rec. 4535/02), 1 de junio de 2004 (recurso 4465/2003), 16 de febrero de 2005 (Rec. 136/04), 27 de abril de 2005 (Rec. 2130/04), 12 de mayo de 2005 (Rec. 2434/04) y 8 de junio de 2006 (Rec. 871/05),

22 de enero de 2007 (Rec. 4450/05), 22 de febrero de 2007 (Rec. 1618/05) y 2 de julio de 2007 (Rec. 686/2006), entre otras, se ha establecido una doctrina que puede resumirse de la siguiente manera: 1. Cuando se trata de contingencias profesionales la responsabilidad en el pago del subsidio por incapacidad temporal, cuando existan incumplimientos empresariales que generen la responsabilidad empresarial, es de la empresa y la Mutua debe anticipar el pago de la prestación y luego repetir contra el empresario responsable o, caso de insolvencia del mismo, contra el INSS, que responde subsidiariamente, como sucesor del desaparecido Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo (Disposición Final Primera del Real Decreto Ley 36/78, de 16 de noviembre), responsabilidad subsidiaria que, también, se da en los casos de responsabilidad empresarial por falta de alta o afiliación, pues, como en nuestro derecho las contingencias profesionales siempre están protegidas, incluso cuando falta el alta del trabajador en el sistema y no se ha cotizado (artículos 124.4 y 125.3 de la LGSS) el INSS responde, igualmente, en esos casos con idéntico fundamento, esto es como sucesor de un Fondo creado para solidarizar el riesgo y garantizar con las aportaciones al mismo, el cobro de las prestaciones por el trabajador, siempre que la empresa responsable resulte insolvente.

En aplicación de la citada normativa y jurisprudencia, en el caso de autos, existe un descubierto prolongado, como ya se dijo, desde enero a junio de 2008, y de octubre de 2008 a mayo de 2009, es decir, con la interrupción citada, un total de catorce meses hasta el accidente de trabajo. Se trata de catorce meses de descubierto en una relación laboral de unos 27 meses de duración hasta el accidente. Por lo tanto se trata de un incumplimiento significativo y revelador de la voluntad empresarial de incumplir con las obligaciones de cotizar.

Por ello, la empresa demandada, ha de ser responsable de la totalidad de prestaciones derivadas del accidente al amparo del art. 126. LGSS, debiendo responder de los gastos originados frente a la mutua, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del INSS en los términos más arriba indicados.

Si bien esta afirmación debe ser matizada, según las alegaciones del INSS en el acto de Juicio, toda vez que la jurisprudencia excluye tal responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora en el caso de prestaciones indebidamente descontadas en pago delegado por la empresa en casos de responsabilidad directa empresarial. En tales supuestos, y justamente por existir una responsabilidad empresarial directa de la empresa, el citado descuento de las cantidades abonadas no nace en realidad de un abono en nombre de la mutua. Por lo que, indebidamente descontado por la empresa el pago realizado, se excluye la responsabilidad subsidiaria del INSS como Fondo de Garantía, pues éste no cubre el funcionamiento irregular de la repercusión de un pago delegado que no era tal.

En este sentido, se pronuncia con claridad la reciente STS de 22 de febrero de 2012 (Rec. 1895/11), con cita de la anterior sentencia de 29 de noviembre de 2011 (Rec. 372/2011).

En consecuencia, tal y como interesa el INSS, su responsabilidad subsidiaria para el caso de insolvencia empresarial, ha de quedar circunscrita a aquellos importes, recogidos en el hecho probado segundo, que no fueron objeto de deducción por la empresa en los TC2 por haber sido abonados por la misma. Supuestos en los que dicha deducción se fundó en un supuesto pago delegado que no era tal, por existir responsabilidad directa empresarial, y por lo tanto, en relación a ellos —a la vista de la jurisprudencia que recogen las dos sentencias mencionadas—, no existe responsabilidad subsidiaria del INSS.

Por otro lado, el INSS entiende que no pueden serle repercutidos los gastos de transporte como responsable subsidiario. A este respecto resulta de aplicación la Resolución de 21 de octubre de 2009 de la Secretaria de Estado de SS que completa la Orden Tin/971/2009. Estableciendo dicha resolución en su art. Tercero. Dos:

«Personas residentes en distinta localidad de la que se preste la asistencia sanitaria derivada de riesgos profesionales o de la que sean citadas a reconocimiento médico.

Estas personas tendrán derecho al abono de los gastos de desplazamiento en autobús, ferrocarril y taxi, así como, en casos de desplazamiento desde o hacia territorio extrapeninsular o entre las islas, en avión o en barco, tanto de ida como de regreso. También tendrán derecho a la compensación por desplazamiento en vehículo particular en caso de que opten por este medio de transporte.

En el caso de beneficiarios de asistencia sanitaria derivada de riesgos profesionales, tendrán derecho a la compensación de los gastos de desplazamiento en taxi cuando la utilización de este medio de transporte sea prescrita por el facultativo que atienda o preste la asistencia sanitaria por ser exigido por razones médicas. Fuera de este supuesto, la utilización del taxi sólo se autorizará por la entidad gestora o entidad colaboradora, con carácter previo al desplazamiento, salvo excepciones por causas debidamente justificadas, en aquellos casos en que no exista otro medio de transporte colectivo o cuando el servicio no se ajuste a la fecha y hora de la citación.

En el supuesto de personas citadas a reconocimiento médico se tendrá derecho a la compensación por desplazamiento en taxi, previa autorización por la entidad gestora o colaboradora, cuando su utilización venga motivada por no existir ninguno de los referidos medios de transporte colectivo, o cuando el servicio no se ajuste

a la fecha y hora de la citación médica. En estos casos se abonará el importe del taxi hasta la estación de ferrocarril o autobús, puerto o aeropuerto de línea regular más próximos y, si fuera necesario, hasta el lugar de citación. Cuando el estado del enfermo impida el desplazamiento en los referidos medios de transporte colectivo, le serán abonados los gastos de desplazamiento en taxi, siendo necesario el informe favorable del facultativo del Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, de la correspondiente mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.»

Siendo esto así, la parte actora, según el documento núm. 9 y siguientes, abonó 65,60 euros por desplazamientos en automóvil para recibir asistencia sanitaria, todo ello entre el domicilio del trabajador en Punta Umbría y Huelva. La cuantía fija que se abonó por trayecto de ida y vuelta fue de 4,10 euros, según consta en tal documento, por lo que aunque no figura en todos los casos en el mismo que el trayecto se realizara siempre en automóvil –letra K, según el código del propio documento–, dado el abono del mismo importe en todos los casos, y dado que nada se alegó al respecto ni fue un hecho controvertido, puede entenderse que todos los desplazamientos los fueron en automóvil particular y no en taxi u otro de los medios que se recogen en los códigos de tal documento. Resultando además un importe extremadamente bajo por trayecto, y regular en todos los casos, para entender que el traslado se hizo en taxi en algún supuesto. Siendo esto así, nos encontraríamos en el caso de la Resolución de 21 de octubre de 2009 y en el supuesto en el precepto transcrito más arriba, dado que el mismo viene a exigir determinados requisitos para el abono de los desplazamientos en taxi, pero no en automóvil, más allá de que se trate de «personas residentes en distinta localidad de la que se preste la asistencia sanitaria derivada de riesgos profesionales o de la que sean citadas a reconocimiento médico», lo que acontece en el supuesto de autos y no ha sido controvertido. Por lo demás, el cálculo de los gastos de desplazamiento en automóvil con arreglo al art. 4 de la resolución citada no ha sido controvertido, resultando probado, como exige tal precepto, a la vista de la factura como documento núm. 8 de la demandante, que el trabajador compareció para asistencia sanitaria y tratamiento rehabilitador en Huelva en las fechas que figuran en el documento núm. 9; y asimismo por el parte de accidente de trabajo que su domicilio estaba en Punta Umbría. Por ello, puede concluirse que consta cumplida la exigencia de acreditación de la asistencia sanitaria recogida en tal precepto. Por tanto, en relación a tales gastos de desplazamiento, la demanda ha de estimarse.

Vistos los preceptos legales y demás de concordante aplicación,

F A L L O

Estimo parcialmente la acción ejercitada por la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo frente a la empresa Construcciones y Promociones Onumar, S.L., el INSS y la TGSS, declarando que la empresa Construcciones y Promociones Onumar, S.L., es responsable directa por falta de cotizaciones a la Seguridad Social condenando a la misma a abonar a la demandante la cantidad de 1.440,87 euros. Asimismo, declaró la responsabilidad subsidiaria para el supuesto de insolvencia empresarial del INSS y hasta el importe de 429,50 euros por gastos de transporte y asistencia sanitaria.

Notifíquese esta sentencia a las partes advirtiendo que contra ella podrán interponer recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia que deberá ser anunciado por comparecencia, o mediante escrito en este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se le practique la notificación. Adviértase igualmente al recurrente que no fuera trabajador o beneficiario del Régimen público de Seguridad Social, o causahabiente suyos, o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 300 euros en la cuenta abierta en (Banesto 0030.1846) a nombre de este Juzgado con el núm. 1533.0000.36.0870.11 acreditando mediante la presentación del justificante de ingreso en el periodo comprendido hasta la formalización del recurso así como, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, consignar en la cuenta de Depósitos y Consignaciones a nombre de este Juzgado, con el núm. 1533.0000.60.0870.11 la cantidad objeto de condena, o formalizar aval bancario por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándolos a este Juzgado con el anuncio de recurso. En todo caso, el recurrente deberá designar Letrado para la tramitación del recurso, al momento de anunciarlo.

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

Publicación. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó, hallándose celebrando Audiencia Pública en el día de la fecha de lo que doy fe.