



Roj: **STS 4362/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4362**

Id Cendoj: **28079140012016100688**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/09/2016**

Nº de Recurso: **3770/2015**

Nº de Resolución: **725/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 13 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. Gema , representada por la procuradora D^a. M^a. Isabel Torres Ruiz, bajo la dirección letrada de D^a. Raquel Lafuente de la Torre, contra la sentencia dictada el 16 de junio de 2015 (y posterior auto de aclaración de fecha 23 de septiembre de 2015) por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 2449/2015 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, de fecha 12 de mayo de 2014 , recaída en autos núm. 270/2012 (acumulado 283/2012 del Juzgado de lo Social nº 12 de Barcelona), seguidos a instancia de URALITA, SA y D^a. Gema , contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), sobre Accidente de Trabajo. Ha sido parte recurrida el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), representado y asistido por el letrado de los Servicios Jurídicos de la Seguridad Social; y la empresa URALITA, SA, representado y asistido por el letrado D. Miguel Ángel Cruz Pérez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de mayo de 2014 el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- El trabajador, D. Jesús María , nacido el NUM000 de 1928, con DNI nº NUM001 , afiliado a la Seguridad Social con el nº NUM002 , trabajó por cuenta de la empresa Uralita S.A., con CIF nº A28037091, en la fábrica sita en la localidad de Cerdanyola del Vallès (Barcelona), entre el 15 de febrero de 1962 y el 21 de abril de 1964, con la categoría profesional de peón.

SEGUNDO.- La empresa Uralita se dedicaba a la fabricación de elementos para la construcción, utilizando como materia prima, entre otras, el amianto, en sus distintas variantes.

TERCERO.- El Sr. Jesús María trabajó en la empresa Fusal S.A., dedicada a la fabricación de elementos de hierro, entre el 19 de marzo de 1973 y el 24 de mayo de 1988.

CUARTO.- En informe de fecha 10 de marzo de 1977 del Instituto Territorial de Seguridad e Higiene en el Trabajo de Barcelona sobre la valoración del riesgo higiénico en la manipulación del amianto seco en el centro de trabajo de Uralita en Cerdanyola del Vallès, que se da aquí por íntegramente reproducido (folios nº 632 y siguientes), se detectaron las siguientes circunstancias:

En la línea de tubos:

Molienda: se manipulaban directamente los sacos de amianto, se vertían en el molino sin bocas de carga adecuadas que impidieran el vertido al suelo de parte de su contenido. Existían sistema de aspiración



adecuados en los molinos y los trabajadores utilizaban mascarillas de protección. Pero el suelo se limpiaba con escobas.

Ensecado y dosificación de amianto seco: se manipulaban sacos de tejido poroso que contenían o habían contenido amianto, posibilitando la presencia de fibras de amianto en el ambiente. En la cabina de ensacado existía un sistema de aspiración adecuado que, no obstante, no impedía la existencia de fibras de amianto en el exterior de la cabina. Los trabajadores utilizaban mascarillas y el suelo se limpiaba mediante barrido con escoba.

Carga del mezclador: se manipulaban sacos de tejido poroso que contenían o habían contenido amianto, posibilitando la presencia de fibras de amianto en el ambiente. En la cabina de ensacado existía un sistema de aspiración adecuado que, no obstante, no impedía la existencia de fibras de amianto en el exterior de la cabina. Los trabajadores utilizaban mascarillas y el suelo se limpiaba mediante barrido con escoba.

En la línea de placas:

Almacén: manipulación manual de sacos de amianto. No se utilizaban medios de protección respiratoria.

Carga de molinos: manipulación directa de sacos con amianto, apertura y vaciado manual de sacos sin extracción localizada. Los trabajadores utilizaban mascarillas. Se limpiaba el suelo por barrido.

En la línea de moldeados: manipulación manual de sacos, con posibilidad de rotura, apertura del saco y desmenuzamiento manual del amianto en la carga de cintas transportadoras; barrido con escobas. Los trabajadores utilizaban mascarillas de protección con filtro para polvo.

Asimismo, el mencionado informe efectuó una serie de recomendaciones:

Generales:

Limpieza: Limpieza mediante aspiración y no por barrido.

Ropa de trabajo: Utilización de ropa de trabajo adecuada, que debía incluir una prenda para cubrir el cuero cabelludo; adaptación de vestuarios con doble taquilla para la ropa de calle y de trabajo, y con sistemas de aspiración de las fibras depositadas sobre la ropa de trabajo; limpieza regular de la ropa de trabajo en la propia empresa.

Eliminación de residuos: Tratamiento adecuado de residuos en recipientes cerrados e impermeables.

Control ambiental: medición sistemática de la concentración de amianto en los puestos de trabajo.

Reconocimientos médicos: realización de reconocimientos médicos con frecuencia mínima anual.

Mantenimiento adecuado de extracciones localizadas.

Otras recomendaciones: informar a los trabajadores del riesgo inherente al trabajo con amianto.

Particulares: automatización de los procesos de apertura y vaciado de sacos de amianto, así como el ensacado, y la sustitución del material de los sacos por otros de plástico.

Como criterio para la confección del informe se consideró como concentración máxima de amianto la de 2 fibras por centímetro cúbico, a pesar de que el límite vigente estaba fijado en 175 partículas por centímetro cúbico, por estimar que este límite era inadecuado a la vista de la legislación comparada y los estudios más recientes sobre la relación entre el contacto con el amianto y las enfermedades pulmonares.

QUINTO. - En consideración al informe al que hace referencia el anterior hecho probado, el 15 de marzo de 1977 la Inspección de Trabajo ordenó la suspensión inmediata de los siguientes trabajos (folio nº 628):

Línea de tubos: alimentación de molinos, ensacado y dosificación de amianto seco, carga del mezclador.

Línea de placas: manipulación manual de sacos en el almacén.

Asimismo, se requirió a la empresa para que corrigiera las siguientes deficiencias advertidas en aquel informe, en los plazos indicados:

Limpieza de locales e instalaciones: de forma inmediata.

Ropa de trabajo: en 8 días.

Eliminación de residuos. En 15 días.

Reconocimientos médicos: se continuarán efectuando.

Mantenimiento de extracciones localizadas: de forma inmediata.



Contaminación ambiental: de forma inmediata.

SEXTO.- La empresa demandante realizó mediciones sistemáticas de la concentración de amianto en el ambiente en todos sus centros de trabajo, incluido el de Cerdanyola del Vallès, no constando que se superaran nunca los límites máximos en cada momento vigentes con arreglo a la normativa de aplicación (175 partículas por centímetro cúbico desde 1961; 2 fibras por centímetro cúbico desde 1982; y una fibra por centímetro cúbico desde 1984).

SÉPTIMO.- A partir de 1977 la empresa adoptó como criterio una concentración máxima de 2 fibras de amianto por cada centímetro cúbico.

En 1977 la empresa editó una primera publicación para sus trabajadores advirtiendo sobre el riesgo del trabajo con amianto.

En 1978 la empresa creó la Comisión Nacional del Amianto, que tenía por objeto proponer soluciones para tratar de conseguir la erradicación de las enfermedades profesionales derivadas de la utilización del amianto, promover la rigurosa observancia de las disposiciones que en cada caso rijan para la prevención de las enfermedades profesionales, promover los reconocimientos médicos específicos a los trabajadores tanto activos como jubilados, y promover la enseñanza y divulgación al personal de los riesgos dimanantes de la utilización del amianto.

OCTAVO.- A D. Jesús María se le diagnosticó neoplasia mesotelioma pleural en mayo de 2008; y neoplasia de páncreas en diciembre de 2008 (folio nº 591).

NOVENO. - Por resolución del INSS de fecha 25 de marzo de 2010 se declaró a D. Jesús María en situación de incapacidad permanente absoluta, derivada de enfermedad profesional, declarando la responsabilidad en el pago de la prestación de la Mutua Balear.

Por resolución del INSS de fecha 3 de mayo de 2011 se rectificó la anterior, declarando la responsabilidad del INSS en el pago de la prestación (folios nº 597 y 598).

DÉCIMO. - D. Jesús María falleció el día 13 de abril de 2010, por insuficiencia respiratoria (folio nº 592).

DÉCIMO PRIMERO.- Por resolución del INSS de fecha 17 de mayo de 2010 se reconoció el derecho de la demandante, D^a. Gema, a la prestación de viudedad, derivada del fallecimiento del Sr. Jesús María, por enfermedad profesional (folio nº 595).

DÉCIMO SEGUNDO. - La Sentencia nº 253/2012, de fecha 9 de julio de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Sabadell, en los autos nº 792/2010, que se da aquí por íntegramente reproducida, condenó a la empresa Uralita S.A. a pagar a los familiares del Sr. Jesús María las siguientes cantidades, en concepto de daños derivados de su fallecimiento: a su viuda, la hoy demandante, Sra. Gema : 55.729,41 euros; a cada uno de sus cuatro hijos: 5.108,53 euros (folios nº 604 y siguientes).

No consta la firmeza de esta sentencia.

DÉCIMO TERCERO. - En fecha 3 de agosto de 2010 la Sra. Gema interesó del INSS la imposición del recargo de prestaciones derivadas de la enfermedad profesional determinante del fallecimiento del Sr. Jesús María (folios nº 40 y siguientes).

Durante la tramitación del expediente administrativo la Inspección de Trabajo confeccionó el correspondiente informe, que se da aquí por íntegramente reproducido (folios nº 37 vuelto y siguientes).

Por resolución del INSS de fecha 14 de noviembre de 2011, que se remitía al informe de la Inspección de Trabajo, se declaró la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, acordando que las prestaciones de Seguridad Social derivadas de la enfermedad profesional de D. Jesús María fueran incrementadas en el 30% con cargo a la empresa Uralita S.A., con efectos desde la fecha en que aquellas prestaciones hayan sido declaradas causadas (folio nº 30).

Contra la anterior resolución ambas partes presentaron reclamación previa, siendo desestimadas por resolución de fecha 16 de febrero de 2012 (folio nº 102 vuelto)».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

« **Estimando en parte las pretensiones** de la demanda presentada por **Uralita S.A.** y desestimando las de la demanda presentada por **D^a. Gema**, ambas dirigidas contra la contraria y contra el **Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)** y la **Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)**, debo revocar y revoco la resolución del INSS de fecha 14 de noviembre de 2011, por la que se declaró la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, acordando que las prestaciones de



Seguridad Social derivadas de la enfermedad profesional de D. Jesús María fueran incrementadas en el 30% con cargo a la empresa Uralita S.A., únicamente en el sentido de fijar como fecha de efectos la de 3 de mayo de 2010».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS y D^a Gema ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 16 de junio de 2015, en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

«Que, respecto a la sentencia dictada por el juzgado de lo social número 26 de los de Barcelona en fecha de 12 de mayo de 2014, recaída en los autos 270/2012 acumulados en las 283/2012 del juzgado de lo social número 12 del mismo partido judicial, debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación formulado por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y debemos estimar y estimamos en parte el recurso formulado por Gema, por lo que debemos revocar y revocamos en parte el dicho pronunciamiento, únicamente a los efectos de mantener el porcentaje de recargo impuesto en vía administrativa, desestimando por tanto la demanda en este punto, pero manteniendo la fecha de efectos que allí consta».

Con fecha 23 de septiembre de 2015 se dictó auto de aclaración en cuya parte dispositiva consta lo siguiente:

«Enmendar el contenido de la parte dispositiva de la previa Sentencia 3964/2015 de fecha 16 de junio, sustituyendo la redacción de la frase *"debemos revocar y revocamos en parte el dicho pronunciamiento, únicamente a los efectos de mantener el porcentaje de recargo impuesto en vía administrativa, desestimando por tanto la demanda en este punto, pero manteniendo la fecha de efectos que allí consta"* por este otro: *"Debemos revocar y revocamos en parte el dicho pronunciamiento, únicamente a los efectos de la estimación de la demanda instada por señora Gema fijando como porcentaje aplicable el del 50%, pero manteniendo la fecha de efectos que allí consta"*.

TERCERO.- Por la representación de D^a Gema se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 2 de noviembre de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 28 de febrero de 2014.

CUARTO.- Con fecha 31 de marzo de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debía ser desestimado.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 13 de septiembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión a resolver en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en determinar la fecha de efectos de un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. En concreto se trata de decidir si con respecto a un recargo de prestaciones los efectos económicos se deben retrotraer tres meses desde la fecha en que se produjo su reconocimiento por el INSS, o solicitud del interesado en su caso, aplicando la retroactividad establecida en el artículo 43.1 LGSS (hoy artículo 53.1) respecto de las prestaciones de Seguridad Social, o, si por el contrario, no es de aplicación al recargo de prestaciones el mencionado precepto y los efectos económicos del mismo quedan vinculados a los de las prestaciones causadas por la enfermedad profesional.

Se recurre la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 16 de junio de 2015, recaída en el recurso nº 2449/2015 que estimando en parte el recurso de la Sra. Gema, confirmó la decisión del Juzgado de Instancia relativa a la fecha de efectos del recargo de prestaciones que quedó fijada en los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Esta decisión es recurrida en casación para la unificación de la doctrina para lo que la recurrente ofrece de contraste la Sentencia de la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de febrero de 2014, recaída en el recurso 4901/2013.

A los presentes efectos casacionales, importa dejar constancia de la siguiente secuencia de hechos relevantes para poder efectuar el pertinente juicio de contradicción: 1) La recurrente, Sra. Gema es viuda del trabajador Sr. Jesús María quien prestó servicios para Uralita S.A y para otra empresa siendo diagnosticado en 2008 de neoplasia mesotelioma pleural y declarado en situación de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional el 25 de marzo de 2003, falleciendo el 13 de abril de 2010. 2) Por solución del INSS de fecha 17 de mayo de 2010 se reconoció el derecho de la demandante, D^a Gema, a la prestación de viudedad,



derivada del fallecimiento del Sr. Jesús María , por enfermedad profesional. 3) En fecha 3 de agosto de 2010 la Sra. Gema interesó del INSS la imposición del recargo de prestaciones derivadas de la enfermedad profesional determinante del fallecimiento del Sr. Jesús María . 4) Por resolución del INSS de fecha 14 de noviembre de 2011 se declaró la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, acordando que las prestaciones de Seguridad Social derivadas de la enfermedad profesional de D. Jesús María fueran incrementadas en el 30% con cargo a la empresa Uralita S.A., con efectos desde la fecha en que aquellas prestaciones hayan sido declaradas causadas.

Con tales hechos, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, aquí recurrida, tras pronunciarse expresamente sobre su propia competencia entendiendo que corresponde al orden social fijar la fecha de efectos del recargo, limitó los efectos del mismo, en aplicación del entonces vigente artículo 43.1 LGSS , a los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud de la imposición del recargo.

La sentencia de contraste, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de febrero de 2014, recaída en el recurso 4901/2013 contempló un caso, cuyos hechos relevantes, a los presentes efectos, fueron los siguientes: 1) Al trabajador Sr. Armando se le declaró en situación de Incapacidad permanente en grado de absoluta derivada de enfermedad profesional por resolución del INSS de 4 de agosto de 2010, debido a la presencia de mesotelioma pleural maligno. 2) El trabajador falleció el 12 de enero de 2011. 3) A su viuda le fue reconocida pensión de viudedad declarando la responsabilidad de la Mutua por derivar el hecho causante de enfermedad profesional. 4) Por resolución de fecha 6 de abril de 2011 se reconoció a la hija de ambos la correspondiente pensión de orfandad. 5) el 21 de octubre de 2010 se inició por el INSS expediente de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad en virtud de solicitud formulada en esa misma fecha por el trabajador fallecido. 6) El INSS dictó resolución de fecha 7 de noviembre de 2011 declarando la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e imponiendo el recargo de prestaciones con cargo a la empresa.

Sobre tales hechos la sentencia referencial, por lo que al objeto del presente recurso de casación para la unificación de la doctrina se refiere, confirmó la sentencia de instancia que había entendido que el orden social no es competente para determinar la fecha de efectos de un recargo porque ello le corresponde a la jurisdicción contenciosa pues se trata de un elemento de determinación del importe del capital coste y, por tanto, materia de gestión recaudatoria de la Seguridad Social. En efecto, en el caso de autos, el concepto de gestión recaudatoria del artículo 3 f) LRJS , se precisa en el artículo 1.d) RD 1415/04 , que define como parte del objeto de la gestión recaudatoria: los capitales coste de pensiones o de renta cierta temporal y otras prestaciones que deban ingresar las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y las empresas declaradas responsables de su pago por resolución administrativa. Dado que la sentencia recurrida se limita a confirmar el recargo establecido en vía administrativa, será la jurisdicción contenciosa la vía que habrá de utilizarse para determinar el capital coste del recargo en relación al quantum del mismo, por ser ésta materia de gestión recaudatoria; manteniendo, por tanto, el criterio de la resolución del INSS en el sentido de que la fecha de efectos será la de las prestaciones causadas. En todo caso, añade la sentencia referencial que la fecha del recargo lo será en relación a la prestación o prestaciones sobre las que éste recae, por lo que no es el proceso de impugnación del recargo el adecuado para resolver la cuestión de los efectos, siéndolo el de impugnación de tales prestaciones, en su caso, puesto que la fecha de efecto será la de las prestaciones causadas.

SEGUNDO.- La comparación entre ambas sentencias revela que en las dos sentencias los hechos son similares en la medida en que contemplan prestaciones de Seguridad Social derivadas de enfermedad profesional en las que se impuso el recargo como consecuencia de incumplimientos empresariales. Se trata de la misma empresa y de la misma enfermedad profesional. La pretensión a tener en cuenta en este recurso es en ambos casos la misma: que los efectos del recargo se retrotraigan a los tres meses anteriores a la solicitud o resolución del INSS que impuso el recargo.

En cambio, los fallos son contradictorios en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. En efecto, respecto de si el orden social de la jurisdicción es competente para conocer sobre la pretensión de fijación de la fecha de efectos de un recargo de prestaciones, la contradicción es evidente por cuanto que mientras que en la sentencia recurrida se determina que la jurisdicción social es competente y se resuelve sobre los efectos temporales del recargo, en la de contraste se establece que la jurisdicción social no es la competente, siéndolo la contenciosa, añadiendo que en cualquier caso los efectos del recargo se corresponden con las prestaciones causadas. Y respecto de la pretensión, que es en ambos casos la misma, esto es, que los efectos del recargo se retrotraigan a los tres meses anteriores a la solicitud o resolución del INSS que impuso el recargo, los fallos son contradictorios puesto que en la sentencia recurrida se limita la extensión temporal del recargo a los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud o de su imposición -si no existe solicitud-, mientras que en la de contraste la fecha de efectos será la de las prestaciones causadas.



Ocurre, sin embargo, que respecto a la cuestión de la competencia, el recurso nada dice, ni por la vía del apartado a) del artículo 207 LRJS, ni siquiera por la vía del apartado e) del mencionado precepto. El escrito de interposición del recurso, tras señalar y acreditar la contradicción y denunciar infracción del ordenamiento jurídico por inaplicación del artículo 43.1 LGSS, no contiene un motivo específico, dedicado a combatir la sentencia recurrida, que fundamente que la misma ha incurrido en exceso de jurisdicción, probablemente porque asume que la posición correcta es la expresada por la sentencia recurrida en punto al orden jurisdiccional competente, discrepando única y exclusivamente respecto de la solución dada a los efectos temporales del recargo prestacional.

No obstante, en la medida en que la posición de la sentencia de contraste parte de la negación de su propia competencia para abordar el problema de fondo controvertido resulta necesario abordar tal cuestión. Al respecto, la doctrina de la Sala ha señalado que, a diferencia de la competencia funcional, la competencia objetiva o material no puede ser apreciada de oficio en este extraordinario recurso de casación para la unificación de la doctrina. Así la Sentencia de 14 de febrero de 2007, rcud. 5229/2005, señaló que:

«Se trata, sin embargo, de un problema jurídico que esta Sala no puede resolver en unificación sin que la parte haya cumplido con dicha exigencia y ello porque, aun tratándose igualmente de una cuestión relacionada con el orden público procesal la misma no puede ser resuelta sin conocer los antecedentes derivados de otra sentencia contradictoria, por tratarse de una cuestión cuya solución no depende de la sola aplicación de unos preceptos procesales como en el supuesto anterior sino de consideraciones fácticas que necesitan de sentencias contradictorias para su posible solución; habiéndolo entendido así las distintas sentencias antes citadas en primer lugar en las que limitaron el conocimiento de oficio y sin contradicción de las cuestiones competenciales «vinculadas a la competencia funcional de la Sala» - supuesto antes contemplado - «o a la falta manifiesta de jurisdicción». En el presente caso la «falta manifiesta de jurisdicción» no puede apreciarse, sino que, por el contrario, la solución competencial para el caso concreto aparece como controvertida y opinable, y por lo tanto, irresoluble en vía de unificación sin la previa contradicción requerida por el art. 217 de la LPL, tal como, además, ha establecido reiteradamente esta Sala cual puede apreciarse, además de en las sentencias precitadas en diversas otras resoluciones sobre el particular como los Autos de 25 de mayo de 1998 (Rec.- 4019/97) o de 26 de abril de 2006 (Rec.- 720/05), por citar algunos tan solo».

Sin embargo, no cabe duda de que, a la vista de las sentencias comparadas, la contradicción es evidente y la Sala puede apreciar las consideraciones fácticas necesarias para decidir sobre la competencia objetiva, debiendo, por tanto, examinar de oficio si materialmente el asunto debatido debe ser resuelto por el orden social de la jurisdicción (artículo 5 LRJS), lo que implica una respuesta positiva habida cuenta de que la determinación de los efectos temporales del recargo de prestaciones establecido en la resolución del INSS que lo establece no es un acto administrativo en materia de Seguridad Social relativo a inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, ni tiene nada que ver con la materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y tampoco es un acto de gestión recaudatoria, ni siquiera un acto que pueda considerarse conexo a los anteriores.

Al contrario, nos encontramos ante una materia esencial para la fijación y delimitación del recargo prestacional cuya impugnación es asunto comprendido en el artículo 2 de la LRJS ya que, por un lado, se trata de una acción relacionada con los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios que tienen su causa en enfermedades profesionales (apartado b); y, por otro, en el ámbito de la Seguridad Social, es una acción relativa a la imputación de responsabilidades al empresario respecto de las prestaciones de Seguridad Social [apartado o) del indicado artículo 2 LRJS]. Y es que la determinación de la procedencia o no del recargo comprende también la de la determinación de su cuantía y alcance que no puede confundirse con la recaudación de su importe a realizar por la TGSS una vez el recargo esté totalmente determinado.

TERCERO.- Procede, por tanto, como informa el Ministerio Fiscal, dar solución al recurso planteado, habida cuenta de que, en contra de lo que se sostiene en la impugnación del recurso, éste se preparó adecuadamente exponiendo cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción y se interpuso correctamente estableciendo una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, así como la fundamentación de la infracción legal supuestamente cometida por la sentencia impugnada y el quebranto producido en la unificación de la doctrina; denunciándose infracción del ordenamiento jurídico por aplicación indebida del artículo 43.1 LGSS en relación al artículo 123 de la misma norma (en la redacción vigente al tiempo de los hechos).

La doctrina correcta se encuentra en la sentencia recurrida pues el artículo 43.1 LGSS, vigente cuando se producen los hechos a que se refiere el presente recurso dispone (al igual que el actual artículo 53.1 de la indicada norma) que: «El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin



perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud». Tal precepto resulta de indudable aplicación al recargo de prestaciones con fundamento en las consideraciones que se exponen a continuación.

Nuestra más reciente jurisprudencia ha venido destacando el carácter prestacional del recargo. Se trata, evidentemente, de una institución compleja que contiene elementos sancionatorios indemnizatorios y prestacionales; pero sobre los aspectos punitivos en sus amplias vertientes destaca el tratamiento legal de indudable carácter prestacional. Cuando se esté en presencia de los efectos contemplados en las normas de Seguridad Social y estén en juego los derechos de los beneficiarios del recargo. Así lo puso de relieve el pleno de la Sala en su STS de 23 de marzo de 2015 (rcud. 2057/2014) en la que señalamos lo siguiente: «tanto la legislación como la jurisprudencia atribuyen al recargo tratamiento de «prestación» en los más variados aspectos: a).- Su regulación por la LGSS se hace en Sección -2ª- titulada «Régimen General de las Prestaciones», ubicada en Capítulo -III- denominado «Acción Protectora» y dentro del Título -II- «Régimen General de la Seguridad Social»; b).- La competencia para imponer el incremento de la prestación reconocida le corresponde al INSS, al que precisamente el art. 57.1ª) LGSS atribuye «la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social»; c).- El procedimiento para imponerlo es el - como para cualquier prestación- el previsto en el RD 1300/1995 y en la OM 18/01/1996 (STS Pleno 17/07/13-rcud 1023/12 -); d).- Conforme al art. 121.3 LGSS [como su precedente art. 90.3 LGSS /74] los caracteres de las prestaciones atribuidos por el art. 40 [art. 22 en el TR/1974] son de aplicación al recargo de prestaciones. e).- Ha de ser objeto de la oportuna capitalización en la TGSS y es susceptible de recaudación en vía ejecutiva, como si de garantizar una prestación cualquiera se tratase [en tal sentido, SSTS 27/03/07 -639/06 -; 14/04/07 -rcud 756/06 -; y 26/09/07 -rcud 2573/06 -]; f).- El plazo de prescripción que les resulta aplicables es el mismo que el legalmente establecido para las prestaciones, el de cinco años previsto en el art. 43.1 LGSS (así, SSTS 09/02/06 -rcud 4100/04 -; ... SG 17/07/13 -rcud 1023/12- ; 19/07/13 -rcud 2730/12-; y 12/11/13 -rcud 3117/12-).». La lógica consecuencia de la atribución de tal naturaleza prestacional no puede ser otra que la aplicación de las normas que disciplinan las prestaciones en sus aspectos de eficacia temporal.

En este preciso sentido, la jurisprudencia de la Sala ha sido constante en aplicar los diversos mandatos establecidos en el citado artículo 43 LGSS al recargo de prestaciones sin excepción alguna; así, por todas, la STS de 19 de julio de 2013, rcud 2730/2012 , estableció que: «de acuerdo con la doctrina de esta Sala, el recargo de prestaciones tiene un plazo de prescripción de cinco años. Este comienza a correr desde el momento en que la acción puede ser ejercitada, que es en el momento en que concurren los tres elementos que integran el derecho: 1) el accidente de trabajo; 2) la infracción de las medidas de seguridad y 3) el hecho causante de la prestación de Seguridad Social objeto de recargo. Por otra parte, de conformidad con el art. 43.2 de la Ley General de la Seguridad Social , la prescripción del recargo se interrumpe por las causas ordinarias del art. 1973 del Código Civil y por reclamación ante la Administración de la Seguridad Social o ante la Administración laboral o en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo "en relación con el caso de que se trate". El número 3 del precepto citado añade que "en el supuesto de que se entable acción judicial contra un presunto culpable, criminal o civilmente, la prescripción quedará en suspenso mientras aquélla se tramite, volviendo a contarse el plazo desde la fecha en que se notifique el auto de sobreseimiento o desde que la sentencia adquiera firmeza». Una correcta interpretación del precepto en cuestión debería rechazar, por irracional, que todo él resultase aplicable al recargo de prestaciones menos el inciso relativo a los efectos temporales pues la norma en sí misma constituye un todo que no se puede parcelar a efectos de su aplicación a una institución concreta a la que hemos dicho reiteradamente que se le aplican todas las demás previsiones del reiterado artículo 43.1 LGSS .

En consecuencia, el INSS puede imponer el recargo, así como el interesado solicitarlo, hasta que transcurra el plazo de prescripción pero sus efectos no pueden retrotraerse a la fecha inicial que permite imponer o solicitar el recargo con independencia de la fecha en que se impone o solicita y si, como ocurre en el supuesto examinado, el interesado no lo solicitó en el momento inicial, debe estarse a la previsión normativa reseñada conforme a la cual la fecha de efectos del recargo debe ser la de tres meses antes de que la actora interesara del INSS la imposición del recargo.

Esta es la doctrina que se sienta en diferentes sentencias de ésta Sala deliberadas este mismo día (Rcud. números: 3346/2015 , 1411/2015 , 3272/2015 y 1671/2015).

En consecuencia, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, se impone la desestimación del recurso.

FALLO



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto por D^a. Gema , representada por la procuradora D^a. M^a. Isabel Torres Ruiz, bajo la dirección letrada de D^a. Raquel Lafuente de la Torre. 2) Confirmar la sentencia dictada el 16 de junio de 2015 (y posterior auto de aclaración de fecha 23 de septiembre de 2015) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 2449/2015 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, de fecha 12 de mayo de 2014 , recaída en autos núm. 270/2012 (acumulado 283/2012 del Juzgado de lo Social nº 12 de Barcelona), seguidos a instancia de URALITA, SA y D^a. Gema , contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), sobre Accidente de Trabajo. 3) No ha lugar a la imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Angel Blasco Pellicer hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJDOJ