



Roj: **STS 4373/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4373**

Id Cendoj: **28079140012016100698**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/09/2016**

Nº de Recurso: **3272/2015**

Nº de Resolución: **743/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 15 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa URALITA, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Cruz Pérez, contra la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 30 de junio de 2015, en el recurso de suplicación nº 2011/2015, interpuesto frente a la sentencia dictada el 16 de julio de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 13 de Barcelona, en los autos nº 309/2011, seguidos a instancia de D^a Olga contra dicha recurrente, el Instituto Nacional de Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre recargo. Ha comparecido en concepto de recurrida D^a Olga, representado y defendido por el Letrado Sr. Arenas Gómez, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, representados y defendidos por la Letrada Sra. Bellón Blasco.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de julio de 2014, el Juzgado de lo Social núm. 13 de Barcelona, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que desestimando la excepción de caducidad de la Instancia presentada por las empresas codemandadas y estimando la demanda presentada por D^a Olga frente a URALITA, S.A, FIBROCEMENTO NT, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación de recargo por falta de medidas de seguridad, debo declarar y declaro el derecho de la actora a percibir el recargo del 50% sobre todas las prestaciones de la Seguridad Social derivadas de la Enfermedad Profesional que se declaro al causante D. Fulgencio y condenarse a la empresa URALITA, S.A. al abono de dicho recargo y a las otras codemandadas a estar y pasar por dicha declaración.»

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º.- Conforme a los Informes de la Inspección de Trabajo, expedientes administrativos y fichas aportadas por la empresa se acredita que Olga, titular de DNI nº NUM000, es la esposa y viuda de D. Mateo que trabajo en ROCALLA, S.A. desde 23 de septiembre de 1957 a 20 de febrero de 1965 y de 4 de mayo de 1966 a 10 de octubre de 1970 primero como pinche, en el 61 como peón y como oficial de 3ª a 1ª desde el mayo de 1952 hasta el final de su prestación, en los dos primeros años en cadena de producción, en-moldando y desmoldando piezas y los restantes como mecánico de mantenimiento que causo baja no voluntaria, no fue pensionista de invalidez y no presento ninguna reclamación de invalidez. Según se indica en el informe del Centro de Seguretat i Condicions de Salut en el trabajo el Sr. Vidal estaba afectado de un proceso neoplástico pleuro-pulmonar que por su evolución, período de latencia muy prolongado y comportamiento clínico es totalmente compatible con un mesotelioma maligno pleural, aun cuando la histología no ha permitido hasta el momento del informe hacer un diagnóstico diferencial claro con un adenocarcinoma de Pulmón, estando expuesto a polvo de amianto.



Que de la documentación aportada por la empresa se encuentran los libros de registro de control ambiental y vigilancia médica desde 1987, sin que exista constancia escrita de mediciones anteriores. Únicamente consta informe médico del trabajador fallecido de 24 de abril de 1970 en el que se indica que padece una desviación de la columna vertebral lumbo sacra considerándolo apto para el trabajo donde no tenga que efectuar flexiones acentuadas de su columna. El informe elaborado por el Ingeniero Industrial para la empresa donde se enumeran las medidas de prevención y de información adoptadas por la empresa en cuanto a la prevención e información extraída de las actas del Comité de Seguridad e Higiene desde julio de 1971, posteriores a la baja del trabajador en la empresa; el informe en su punto quinto indica la normativa aplicable durante la vigencia de la relación laboral sobre las concentraciones máximas permitidas en el ambiente interior de las explotaciones industriales, incluyendo el polvo industrial en suspensión fijando la dosis máxima permitida, y otras normativa sobre los servicios médicos de empresa, con obligación de periodicidad según el grado de riesgo del puesto de trabajo, se indica que era de aplicación durante el período en que se mantuvo la relación laboral del trabajador fallecido el Decreto 792/61 de 13 de abril (BOE de 30 de mayo) donde se incluía el cuadro de enfermedades profesionales y lista de trabajos con riesgo de producirlos. Se menciona la asbestosis causada entre otros trabajos de fabricación de guarniciones para frenos, material aislante de amianto y productos de fibrocemento (ROCALLA, S.A. donde trabajo el trabajador fallecido se dedicaba a la fabricación de elementos para la construcción (placas onduladas o planas, tuberías, depósitos, etc.) a base de una mezcla conocida como fibrocemento y fibra de amianto cuya composición oscila alrededor de 80% de cemento, 10% de amianto y 10% de agua de fraguado) el amianto o asbesto es la denominación que reciben ciertos minerales silicatados de estructura fibrosa que después de ser extraídos de la tierra son desbrozados y utilizados, tienden a ser friables (facilitar para emitir fibras con el riesgo consiguiente de que las mismas sean aspiradas por el ser humano, pudiendo acceder a los pulmones y permanecer allí y causar enfermedades, peligrosidad tales como la concentración de polvo, tiempo de exposición y tamaño de la fibra y factores externos como las personas y la presencia de otros agentes contaminantes; ya en el año 1970 se aprueban la imposición de sanciones muy graves para los empresarios que no paralicen o suspendan (ciertamente a requerimiento de la Inspección) los trabajos o tareas que se realicen sin observar las normas sobre seguridad e higiene que impliquen grave riesgo para los trabajadores; el Decreto 2414-61 por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubre, Nocivas y Peligrosas en su anexo 2 se lista las concentraciones máximas permitidas el ambiente interior de las explotaciones industriales, incluyendo el polvo industrial en suspensión, fijando la dosis máxima permitida para el caso de amianto en 175 millones de partículas por metro cúbico, aunque no se estipula la obligatoriedad de realizar mediciones ambientales ni reconocimientos médicos; el Decreto 1036/59, de 10 de junio sobre servicios médicos de empresas desarrollado por Orden de 21 de noviembre de 1959 si estipula la obligación de constituir servicios médicos de empresa, propios en caso de empresas a partir de 1000 trabajador o mancomunados a partir de 100 o bien en el caso en que se determine por el Ministerio de Trabajo en riesgo especialmente graves para la salud de sus trabajadores entre ellos la exposición a la acción de sólidos o líquidos tóxicos, se establece diversos grados de periodicidad para los reconocimientos médicos (semestrales o mensuales según el grado de riesgo haciendo referencia a los mensuales al hecho de que la exposición estuviera cercana a los límites considerados de seguridad; era de aplicación durante el periodo en que se mantuvo la relación laboral Don. Vidal con la empresa el Decreto 792/61 de 13 de abril donde se incluía el cuadro de enfermedades profesionales y lista de los trabajos con riesgo de producirlos. Se menciona la asbestosis causada, entre otros, en trabajos de fabricación de guarniciones para renos, material aislante de amianto y productos de fibrocemento.

Menciona que no es hasta el Real Decreto 1995/78 por el que se deroga la anterior lista que se reconoce como enfermedad profesional, además, el carcinoma primitivo de bronquio o pulmón por asbesto; mesotelioma pleural y mesotelioma debidos a la misma causa, para trabajos expuestos a la inhalación de polvos de amianto. En su punto SEXTO indica la evolución societaria de ROCALLA, S.A. que dependía accionarialmente de URALITA, S.A. hasta 1994 que cierra la fabricación de la planta en que trabajaba el trabajador fallecido; en fecha 24 de junio de 2004 después de cambiar de nombre en dos ocasiones se fusionan varias denominaciones y es absorbida por URALITA PRODUCTOS Y SERVICIOS S.A., cambiando de nombre por la de FIBROCEMENTOS NT S.A. En conclusiones la Inspectora indica que teniendo en cuenta los hechos mencionados en los apartados anteriores cabe concluir que la enfermedad que padece el Sr. Mateo es compatible con la exposición laboral al amianto a la que estuvo sometido durante su relación laboral con la empresa ROCALLA, S.A. teniendo en cuenta la relación directa entre la exposición y la enfermedad que se concreta en la lista de enfermedades profesionales de 1961, completada con la de 1978 y de largo tiempo de evolución; pero concluye que a pesar de los indicios de que las condiciones de trabajo del trabajador no eran adecuadas, no existen datos suficientes para poder determinar la falta de medidas de seguridad y salud en las condiciones en que se desarrolló el trabajo del operario dado que no existen mediciones ambientales de la época ni tampoco existe constancia de las circunstancias que hubieran dado lugar a la obligatoriedad de disponer de un servicio médico de empresa.



2º.- Por Resolución de fecha 23-04-2002 el INSS declaro que la pensión de viudedad derivada del fallecimiento del trabajador D. Mateo , esposo de la actora, es derivada de la enfermedad profesional que padecía (expediente administrativo del Inss), fijándosele una pensión; con el diagnóstico de MESOTELIOMA PLEURAL IZQUIERDO TIPO EPITELOIDE).

3º.- Consta que los primeros datos sobre las condiciones de trabajo de que se dispone en el Centro de Seguridad y Salud Laboral de Barcelona (CSSLB) datan de 1974 y se recogen en el informe ICB 728/2003 (informe que recoge toda la información relativa a ROCALLA, S.A. de 1974 a 1993). En aquel año, las concentraciones en fibras/ml de amianto superaban los valores TLV de la época (5 fibras/ml) en los puestos de trabajo de mezcla de amianto y descarga de molinos (7'79 fibras/ml y 9 fibras/ml), ambos en molienda de amianto. Debe destacarse que los TLV eran los valores límite utilizados en la práctica habitual de la Higiene Industrial en España de aquellos años. El actual Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición a amianto, fija ese valor límite en 0'1 fibras/ml.

El informe del CSSLB relata las mediciones de fibras de amianto en los puestos de trabajo de carga y descarga de amianto en los molinos y en la sección de pulidos de fibrocemento. Las concentraciones superan los valores TLV de la época (5 fibras/ml) en descarga de molinos M1 y M2 (6'48 fibras/ml). No se superan en los otros puestos carga de molino M1, M2 y M3 (3'35 fibras/ml) descarga de molinos M3 y M4 (2,39 fibras/ml) pulido manual (1'9 fibras/ml).

En 1979 se dispone de protecciones personales no homologadas y sólo se utilizan en la sección de molinos y en la sección 27 durante el vaciado de la mezcla del molino GRUBET.

Las condiciones de trabajo mejoran progresivamente respecto del uso de extracción localizada, equipos de protección individual respiratoria, condiciones de limpieza, ropa de trabajo y vestuario.

No obstante lo anterior en 1993, en las últimas actuaciones realizadas por el CSSLB cuando todavía funcionaba la fábrica de ROCALLA, S.A. se recoge la existencia de un puesto de trabajo de cilindrero de la máquina ISPRA, que supera el valor límite de 1 fibra/ml, entonces establecido en la Orden Ministerial de 31.10.1984. Se observa que la acumulación de polvo y fibra de amianto en la sección de la máquina BEL y, sobre todo, en la zona del molino donde consta durante la visita realizada que la limpieza se llevaba a cabo con escobas, pese a existir en la zona un sistema de aspiración. En aquella misma actuación se observa también gran acumulación de polvo en la sección de la maquina MAZZA, en aquellos momentos estaba en vías de desmantelamiento. Respecto de la Vigilancia de la salud, la empresa comienza realizando los reconocimientos médicos específicos de amianto en 1983 exclusivamente para los trabajadores de los puestos de trabajo de molienda y cilindreros, por considerarlos los únicos puestos de trabajo en los que los trabajadores estaban potencialmente expuestos al amianto. En 1986, la Inspección de Trabajo requirió la realización de reconocimientos médicos específicos a todos los trabajadores que manipularan amianto. Según la información de que dispone el CSSLB, a partir de aquella fecha y hasta el año 1990, se realizaron reconocimientos médicos específicos, pero no siempre completos, principalmente por falta de estudio radiológico en algunos trabajadores. Además, no siempre se cumplimentaba adecuadamente el Libro de Registro de la vigilancia médica de los trabajadores expuesto al amianto.

Mateo no consta en la copia del Libro Registro de la vigilancia médica de los trabajadores de la empresa ROCALLA, S.A. existente en el Centro de Seguretat i Salut Laboral de Barcelona, donde se recoge la información correspondiente a los años 1987 a 1992. Ello es así porque el trabajador causó baja en la empresa en 1970, años antes de que dicho Libro Registro fuese una obligación legal.

5º.- Que conforme a la prueba de peritos, se practica a Instancias de la empresa por D. Ernesto quien se afirma y ratifica en el informe aportado al documento 1 del ramo de prueba de la empresa codemandada, sin que se pidan aclaraciones.

6º.- A instancia de la parte actora se practica la Pericial Técnica por D. Iván , se afirma y ratifica en su informe al documento número 11 de la parte actora y folios 28 a 62.

7º.- En el año 1977 se realizó por el Instituto Territorial de Seguridad e Higiene en el Trabajo de Barcelona, Informe sobre Valoración del riesgo higiénico en la manipulación de amianto seco en la empresa Uralita, S.A., el cual en sus conclusiones establecía, al respecto del riesgo de asbestosis, que se sobrepasaba la dosis máxima permitida en ciertos puestos de trabajo, según los parámetros de valoración de dicho informe, si bien estaba por debajo del máximo legal establecido por las disposiciones normativas vigentes.

Mesotelioma pleural (constando exposición laboral al amianto) y fibrilación auricular crónica limitaciones orgánicas y funcionales: deficiencia asociada a enfermedad tumoral activa, declarando al actor en situación de incapacidad absoluta para todo tipo de trabajo.



8º.- La empresa en relación con la exposición a material conteniendo amianto de los trabajadores sitos en el entro de trabajo de Castelldefels, como los causante de la enfermedad del trabajador al que se refieren los presentes autos, acredita la existencia de actas del Comité de Seguridad e Higiene desde el año 1971 en las que se recogen las distintas medidas adoptadas por la empresa tendentes a mejorar las medidas de prevención y de información a los trabajadores expuestos.

En mayo de 1979, la empresa designó a una persona encargada de realizar mediciones de amianto en los puestos de trabajo en los que se manipulaba, realizándose registros ambientales desde el año 1987.

Desde el año 1974 se realizaban revisiones médicas a todos los trabajadores, iniciándose las pruebas en relación con la exposición al amianto en 1978, momento a partir del cual se cumplimenta un libro registro de vigilancia médica.

En cuanto a los resultados de las mediciones ambientales realizadas en su momento, se ajustaban a lo establecido en la legislación en vigor 175 partículas cm³. No existe constancia de la existencia de actas de infracción por falta de medidas de seguridad contra la empresa demandada, respecto a los hechos imputados en las demandas. Las, enfermedades pulmonares por exposición al amianto son de larga latencia, puede ser de 20 a 50 años, no se puede hacer prevención primaria porque el elemento de riesgo ya está contraído pues antes de que se manifieste la enfermedad es imposible detectar la dependiendo tanto del número de fibras que se inhalen cuanto de la genética de cada individuo (pericial médica).

Las mediciones efectuadas por el Instituto Territorial alcanzaron una concentración de fibras de amianto inferiores a las señalados por el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres y Peligrosas en algunos de los puestos de trabajo que se señalan en el informe, no en todos los puestos de trabajo en los que se estaba expuesto a fibras de amianto, mediciones aprobadas por Decreto de 20 de noviembre de 1961, (vigente hasta 1982) que fijaba a efectos de la instalación de industrias la concentración máxima permitida de polvo de amianto en el ambiente interior de las explotaciones industriales en 175 partículas por centímetro cúbico de aire, sin señalar tiempo de exposición a dichos contaminante no obstante la normativa de otros países industrializados fijaban dicho nivel entre los años 1969 a 1977 entre 1 y 5 fibras por centímetros cúbicos. En el citado informe se recomienda y propone la adopción de los criterios seguidos en Gran Bretaña y EEUU que fijan una concentración, máxima de 2 fibras por centímetro cúbico. En el año 1982 se promulgó en España la primera norma legal específica sobre medidas preventivas en el tratamiento y manipulación del amianto que es la Orden de 21 de julio de 1982 quedando fijada la dosis máxima permitida en 2 fibras por centímetros cúbico más tarde reducida a 1 fibra por centímetro cúbico en Orden de 31 de octubre de 1984 de aprobación del Reglamento sobre trabajos con amianto en adaptación a la Directiva comunitaria 477/83 y por último 0,60 fibras por centímetro cúbico en orden de 26 de julio de 1993 en adaptación a la normativa comunitaria; consta que en este último año no se acredita medición y se barría el polvo o no se recogía.

A partir del año 1977 la empresa demandada establece un conjunto de medidas preventivas para reducir y eliminar los riesgos derivados de la exposición al amianto, adoptando como concentración máxima permitida la de 2 fibras por centímetro cúbico cuando aún no existía una norma que limitara la exposición a dicha concentración, y ha desarrollado una política activa de información a los trabajadores sobre el riesgo en la manipulación de amianto, introducción de medidas correctoras para reducir el riesgo de asbestosis en lo distintos centros de trabajo, participando a través de la Comisión nacional del amianto en estudio de dicha enfermedad profesional proponiendo soluciones para conseguir la erradicación de la misma y promoviendo los reconocimientos médicos específicos a trabajadores de la empresa así como la adaptación y observancia de las disposiciones normativas para prevención de las enfermedades profesionales; las mediciones y exposiciones se hace solo en alguno de los puestos de trabajo no en todos los que tenían riesgo de inhalación de fibras de amianto conforme consta en los Informe Territorial de ese año.

9º.- Consta acreditado en los documentos aportados por las partes y normativa vigente a la fecha del trabajo del actor que se menciona, que es indiscutible que la enfermedad era conocida desde los primeros años del año 1900, la comunidad científica internacional conocía ya entonces los efectos y las consecuencias de la exposición continuada al amianto para los trabajadores. En el año 1940 tuvo lugar el primer hito en la regulación española del amianto, con el establecimiento de las condiciones de trabajo en ambientes pulvígenos por Orden de 31.01.1940 por la que se aprueba el Reglamento de Seguridad e Higiene en el Trabajo, el artículo 19 se determina que "no se permitirá el barrido ni las operaciones de limpieza de suelo, paredes y techo susceptibles de producir polvo, a cuyo objetivo se sustituirá por la limpieza húmeda...". El artículo 46 "Cuando por la índoles de la industria o trabajo no sea posible evitar los desprendimientos citados en las cantidades que resulten peligrosas, se procederá a su captación y neutralización por los procedimientos más adecuados y eficaces en cada caso. Si fuese preciso los trabajos se realizarán junto a campanas aspiradoras o bajo cámaras o dispositivos envolventes, lo más cerrados posible en comunicación con un sistema de aspiración o ventilación conveniente. La captación y evacuación de los gases vapores y polvos...serán de forma tal que



ofrezca absolutas garantías de seguridad. En todo caso se dispondrá de una ventilación eficaz en la totalidad del ambiente del local..."; el Real decreto 792/1961 regulaba ya las enfermedades profesionales y accidentes de trabajo (orden que estaba vigente o sus modificaciones de mas seguridad en la prestación de servicios del causante de la actora) y la normativa que se menciona en el informe de la Inspectora a la fecha del periodo de trabajo del trabajador fallecido; posteriormente, dado que el actor ceso voluntariamente en fecha 10-10-1970, el informe de fecha 27 de junio de 1974 suscrito por el Director del Instituto Territorial de Higiene y Seguridad del Trabajo en fecha 27 de junio de 1974 en el que se concluye que existe riesgo de abestosis en los puestos de trabajo de moldeador de amianto en la Sección de Molturación de amiantos y en la Descarga de molinos en la Sección de Molturación de amiantos, riesgo de sobrecarga pulmonar en los puesto de trabajo de mezclador de perlita, encargados de la pulidora durante el tratamiento de superficies "Rocalite", encargados de la cortadora de plancha de amianto y torneado de tubos en la sección de cortado y acabado de piezas de amianto-cemento; riesgo de traumas severos en Mezclador de perlititas durante la inyección de aire, encargados de máquinas cartoneras durante la fabricación de planchas, encargados de los compresores de las máquinas de fabricación y moldes de planchas. Encargados de transportar vagonetas, Encargados de las máquinas de desmoldeo de la sección de desmoldeo y acabado de plancha, cilindrerros mandos del pupitre, maquinista y desmoldeo de la maquina de fabricar, encargados de pulidora, encargados del cortado de planchas de amianto-cemento encargados del torno de la sección de Cortado y acabado de piezas de amianto cemento. encargados de la sierra de sección de cortado y acabado de piezas encargados de la rebobinadora de papel celofán en la sección de poliester, encargados de la sierra de planchas de esta misma sección; recomendándose la adaptación correcta de los medios de extracción localizada que se dispongan y utilizar sistemas de limpieza en la pulidora de superficie que no exijan la inversión del sistema de extracción, aumento la zona acampanada, y la dimensión de las carcasas de aspiración del torno de tubos y en caso necesario aumentar, mascarar buconasales de protección contra el polvo fino y fibras según normas DIN; recomiendan que hasta que no se realicen estas adaptaciones los obreros utilicen máscaras buco nasales, guantes de protección, gafas o viseras contra las salpicaduras el encargado de las limpieza de la inyectora, practica de reconocimientos médicos preventivos específicos y semestrales a todos los operarios expuesto a los diferentes problemas higiénicos en especial operarios de exposición.

En el Informe de fecha 14 de enero de 1977 y 6 de abril de 1979 firmado por el Director territorial del Instituto de Higiene indica en el primero que la ventilación lo es con dos ventiladores helicoidales situadas en una de las paredes del local en el local de Molturación y Mezcla de amiantos, Ventilación localizada con campanas de aspiración sobre la boca de carga de los molinos, que la ventilación de pulido de fibrocemento carecía de la localizada, se toma medidas de muestra personal del polvo total con bomba de aspiración provista de filtro, en conclusiones se indica que las concentraciones medidas superan la concentración máxima permisible (CMP) para la inhalación de polvo silicógeno en el puesto de trabajo de pulido de material seco de fibrocemento. En todos los puestos de trabajo valorados en el presente informe superan los fijados como límite por la DGSET; pero las concentraciones medidas no superan la concentración máxima permisible para inhalación de fibras de asbestos (CMP) en carga y descarga de molinos, (no consta la medición en otros puestos de trabajo); en el año 1979 se recomienda que el polvo se limpie por aspiración o métodos húmedos si no es posible, con ropa con tejido que no facilite la acumulación de fibras, con mangas de aspiración en los vestuarios y la ropa sucia introducirse en sacos impermeables cerrados, la limpieza ha de realizarse en la propia empresa o por empresa de lavandería, reconocimientos médicos con periodicidad anual. En de fecha 29 de marzo de 1993 por el técnico de Higiene se visita la empresa se indica que la situación es Potencialment no Exposats, con ciertas recomendaciones sobre el amianto; consta que en esa fecha se han trasladado unos 25 trabajadores de los 65 que tiene la plantilla a la empresa URALITA, S.A., dejándose de trabajar en diversos puestos de trabajo y solo se trabaja a un turno; inscrita la empresa en el Registro de empresas de Riesgo de Amianto, se hacen evaluaciones trimestrales y reconocimientos médicos anuales; en el mismo se indica que son los trabajadores, salvo la de los que analizan, los que se lavan la ropa en su casa. No tiene persona que se dedique a la limpieza de las naves al tener menos personal, tiene limpieza por aspiración, habiéndose descubierto en la visita acumulación de polvo y que se realizaba la limpieza con escobas, firmado por el técnico de higiene, en Marzo de 1994 se procedió por ROCALLA al derribo de sus instalaciones. Consta informe emitido en fecha 13 de marzo del 2003 por el jefe de la sección de Higiene y el medico evaluador en el mismo se indica la insuficiencia de medidas aún cuando son las que se establecían por norma.

10º.- Que consta en expediente administrativo que con fecha 07-07-2006 la actora inicio actuaciones tendentes a que se declarara la existencia de faltas de medidas de seguridad e higiene en el accidente laboral sufrido por Fulgencio cuando realizaba su trabajo habitual pro cuenta de la empresa ROCALLA, S.A. - FIBROCEMENTOS NT, S.A., que consta que el INSS requirió varias veces a la Inspección emitiera el informe preceptivo. Que requerido por el actor en fecha 22-02-2007 se dictara la Resolución pertinente sobre su solicitud, por resolución de fecha 19-06-2007 el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, una vez recibió el preceptivo informe de la Inspección denegatorio, se le denegó a la actora la petición de responsabilidad por falta de medidas de



seguridad e higiene en el trabajo, no procediendo recargo alguno sobre las prestaciones económicas derivadas del accidente laboral sufrido por Fulgencio . Que notificada esta Resolución el actor en fecha 29-08-2007, no consta presentara frente a la misma Reclamación Previa.

Iniciado nueva solicitud por la actora en fecha 20-01-2011 se iniciaron las actuaciones sobre solicitud de responsabilidad empresarial por falta de medidas de Seguridad e Higiene en el Trabajo y se solicitó Informe a la Inspección de Trabajo respecto de la muerte del causante de la actora; por Resolución del INSS de fecha 10-03-2011 se indicó que el informe remitido por la Inspección de Trabajo es el mismo que dio lugar a la resolución de fecha 19/06/2007 emitida por esta Entidad en la que se denegaba la petición de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente laboral sufrido por Fulgencio , por lo que resuelven en virtud del artículo 42 de la Ley de Régimen Jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común , finalizar el procedimiento por los hechos y fundamentos expuestos; contra la Resolución, que denegó la imposición de recargo por falta de medidas de seguridad, se interpuso por la actora Reclamación Previa el 22 de marzo del 2011 indica que actualmente la Inspección informa favorablemente sobre los recargos por lo que solicita se imponga un recargo del 50%, previamente a solicitar nuevo informe a la Inspección de trabajo y no presenta reclamación previa frente a la denegación en virtud del artículo 42 de la LRJAP y PA; que por el INSS mediante Resolución desestimatoria de fecha 28-03-2011 se indica que esa dirección en fecha 19-06-2007 declaró que no hubo falta de medidas de seguridad en el accidente de trabajo, contra dicha resolución, interponen una reclamación previa por considerar que debe aplicar un recargo por falta de medidas de seguridad, la reclamación se interpone fuera de plazo al haber transcurrido más de 30 días desde la fecha de la notificación de la resolución impugnada, desestimando las reclamaciones previas interpuestas.

11º.- Conforme a la sentencia dictada en autos 142/09 sobre Daños y Perjuicios por abestosis respecto de diversos trabajadores de ROCALLA, S.A., que la empresa Rocalla S.A, en la que presto sus servicios el actor, consta que se constituyó en el año 1928 por tres accionistas, en el año 1982 la empresa presentó suspensión de pagos, ofreciendo los accionistas las acciones que poseían a URALITA, S.A. que las adquirió teniendo el control de esta sociedad y subrogándose en la titularidad de la empresa, no obstante la dependencia accionarial de ROCALLA, S.A. siguió fabricando sus productos de forma independiente de URALITA, S.A.; la sociedad ROCALLA, S.A. no está activa y se encuentra en situación de baja por tener trabajadores, en 1994 se cesó la fabricación en la planta que ROCALLA, S.A. tenía en Castelldefels y solo mantuvo la actividad de comercialización.

El 21/07/1993 se constituye URALITA PRODUCTOS Y SERVICIOS, S.A. con el objeto social de fabricación, diseño, comercialización, importación, exportación, montaje e instalación de productos transformados o derivados del cemento, sistemas de construcción para toda clase de edificación de tuberías, elementos y aparatos aplicables a todo tipo de conducciones...la empresa tiene tres accionistas el capital dividido en 1000 acciones, repartidas de la siguiente manera: 998 acciones de URALITA, S.A., una acción de URA-RIEGO, S.A. y una acción URALITA INTERNACIONAL, S.A.

El 19-09-1994 se constituye MATERIALES Y PRODUCTOS ROCALLA, S.A. por transformación de INDUSTRIA ESPAÑOLA DE PRODUCTOS ORGÁNICOS, S.A.; el 05-01-1995 la empresa ROCALLA, S.A. cambia de denominación y pasa a denominarse ENERGÍA E INDUSTRIAS ARAGONESAS, S.A.; el 04-02-1995 esta empresa vende los activos de su división de construcción a MATERIALES Y PRODUCTOS ROCALLA, S.A.; en 19-12-2003 la empresa codemandada URALITA, S.A. absorbe, en proceso de fusión a ENERGÍA E INDUSTRIAS ARAGONESAS, S.A. que había vendido sus activos de construcción a MATERIALES Y PRODUCTOS ROCALLA, S.A. el 04-02-1995 cuando ninguno de los trabajadores ya prestaba sus servicios en ROCALLA, S.A., cuyas acciones fueron compradas por URALITA, S.A. y cuya nueva denominación ENERGÍA E INDUSTRIAS ARAGONESAS, S.A. (ROCALLA, S.A.) se fusionó por absorción de URALITA, S.A.

El 11-08-2004 la empresa URALITA PRODUCTOS Y SERVICIOS, S.A. cambia de denominación social y pasa a denominarse FIBROCEMENTO NT, S.A., se produce también la fusión por absorción de las sociedades: MATERIALES Y PRODUCTOS ROCALLA, S.A., FIBROCEMENTO NT, S.L. y FIBROCEMENTOS DE LEVANTE, S.A., que se disuelven absorbidas por FIBROCEMENTO NT, S.A.; los accionistas de FIBROCEMENTO NT, S.A. son URALITA, S.A. con el 99% de las acciones y URALITA SISTEMAS DE TUBERÍAS, S.A. con el 1% de las mismas. La empresa FIBROCEMENTO NT, S.A. está activa pero no tiene CCC y se encuentra en situación de baja por carecer de trabajadores; esta activa URALITA, S.A. en base a los datos de la TGSS en situación de alta como ACTIVIDADES DE LAS SOCIEDAD HOLDING; datos que lo fueron conforme a la documental aportada por las empresas en los autos citados y que contradicen lo alegado por el Informe de la Inspección.

Conforme a los Informes de la Inspección y los documentos presentados por las partes: La actividad de ROCALLA, S.A. correspondiente a las actividades de construcción y en particular la actividad en el centro de trabajo de Castelldefels (Barcelona) finalizó en el año 1994, sus acciones fueron compradas por URALITA,



S.A.. Posteriormente la sociedad cambia de denominación y pasa a denominarse ENERGÍA E INDUSTRIAS ARAGONESAS S.A., que como antes se ha indicado fue absorbida por URALITA, S.A.; en cuanto a los actores del presente procedimiento el cese mas reciente fue en abril de 1985, antes de la finalización y cierre de los trabajos de materiales y productos de la construcción de la empresa ROCALLA, S.A. que lo fue en 1994 y antes de que el 04-02-1995 se vendiera a MATERIALES Y PRODUCTOS ROCALLA, S.A. los activos de la construcción que ya no existían por cuanto la empresa había cesado su actividad y solo se realizaba la actividad de comercialización de productos; en los diversos expedientes administrativos iniciados por el INSS consta que es parte interesada la empresa URALITA, S.A. y que era en la empresa en que habían prestado sus servicios y, así mismo es la única empresa demandada en reclamaciones de incapacidad o prestaciones por viudedad por los actores del presente procedimiento sin que la misma alegará la falta de responsabilidad y falta de legitimación pasiva, siendo esta la condenada por recargo por faltas de medidas de seguridad en un 50% respecto de alguno de los trabajadores, resoluciones que no constan recurridas por la empresa URALITA, S.A.; tanto las prestaciones de jubilación de los actores, como las de viudedad lo son por haber prestado sus servicios en ROCALLA, S.A., siendo la empresa que interviene en todo momento en los expedientes administrativos y en el procedimiento judicial frente a la petición de los actores la empresa URALITA, S.A.

12º.- Que el actor solicita en su demanda que se dicte sentencia por la que se declare la falta de medidas de seguridad de la empresa ROCALLA, S.A. por infracción de las medidas en materia de exposición al Amianto y en consecuencia se imponga a la empresa URALITA S.A. al pago de un recargo del 50% sobre todas las prestaciones de la Seguridad Social derivadas de la ENFERMEDAD PROFESIONAL que padeció Fulgencio ."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia con fecha , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por Uralita, S. A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 13 de Barcelona en fecha 16 de julio de 2014 , en virtud de demanda 309/2011, presentada a instancia de Dª Olga contra la parte recurrente, Fibrocemento NT, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y la Tesorería General de la Seguridad Social, confirmando íntegramente la resolución recurrida. Se imponen las costas causadas en el presente recurso a la parte recurrente, en las que se incluirán los honorarios del Letrado de la parte impugnante, en la cuantía de trescientos cincuenta euros (350 euros). Se decreta la pérdida del depósito constituido por la empresa para recurrir, al que, una vez firme la presente resolución y por el Juzgado de procedencia, se le dará el destino legal.»

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Sr. Cruz Pérez, en representación de la empresa URALITA, S.A., mediante escrito de 28 de septiembre de 2015, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Valladolid) de 2 de diciembre de 2.013 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 43 de la LGSS en relación con el art. 123 y 127 de la LGSS .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 15 de enero de 2016 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO .- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 13 de septiembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

El núcleo del presente debate se limita a determinar si la fecha de efectos del recargo de las prestaciones está afectado por el tope de tres meses retroactivos.

Tres asuntos análogos al presente han sido deliberados y resueltos en esta misma fecha; se trata de los recursos 1671/2015, 3346/2015 y 3370/2015.

1. Hechos relevantes.

Sin perjuicio de la íntegra reproducción de hechos probados que se ha realizado en los "Antecedentes", interesa resaltar lo siguiente:

a) Tras diversos periodos de actividad en Uralita S.A. (1957 a 1965; 1966 a 1970) el causante fallece el 24 de abril de 1970.



- b) Con fecha 23 de abril de 2002 el INSS dicta resolución declarando que la muerte se debe a enfermedad profesional.
- c) El 7 de julio de 2006 la viuda inicia actuaciones para que se declare la existencia de falta de medidas de seguridad.
- d) Con fecha 19 de junio de 2007 el INSS deniega la imposición del recargo a la vista del informe de la Inspección de Trabajo.
- e) El 20 de enero de 2011 la viuda reitera su solicitud de recargo de prestaciones, nuevamente denegada por el INSS con fecha 10 de marzo de 2011.
- f) Tras diversas vicisitudes procesales, la sentencia de 16 julio 2014, del Juzgado de lo Social nº 13 de Barcelona reconoce el derecho al "recargo del 50% sobre todas las prestaciones de Seguridad Social derivadas de la enfermedad profesional que se declaró al causante".

2.Sentencia recurrida.

Disconforme con la solución de instancia, Uralita interpone recurso de suplicación que es desestimado por la sentencia 4279/2015, de 30 junio, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (rec. 2011/2015), ahora recurrida. Se trata de una extensa resolución que responde a las múltiples cuestiones suscitadas del siguiente modo:

- 1) Que no procede admitir la aportación de los documentos propuestos por cuanto refieren a distinto trabajador del causante;
- 2) Que no procede la adición de un nuevo hecho probado;
- 3) Que procede imponer la responsabilidad a Uralita SA, en cuanto que sucesora de Rocalla SA;
- 4) Que no cabe apreciar cosa juzgada y caducidad de la acción, puesto que la sentencia de instancia fue revocada al declararse su nulidad por sentencia de suplicación de 26-05-2014 (Rec. 1571/2014), para que se dictara otra con libertad de criterio;
- 4) Que existe nexo causal entre el incumplimiento de las medidas de seguridad y la enfermedad contraída por el trabajador, ya que no se adoptaron medidas preventivas hasta el año 1971, sin que conste que se efectuase una ventilación adecuada, ni se evitara la manipulación manual de sacos y lavado de la ropa de trabajo en el domicilio de los trabajadores, ni existían equipos de protección individuales, y sin que tampoco se realizaran reconocimientos médicos al trabajador,
- 5) Que la prueba aportada no fue valorada desproporcionadamente ya que se argumentan las razones por las que se realiza la valoración realizada;
- 6) Que la jurisdicción social es competente para conocer de la cuestión;
- 7) Que procede la imposición del recargo en porcentaje del 50%.

En relación con la particular cuestión de si debe retrotraerse el recargo de prestaciones sólo a los tres meses anteriores a su reconocimiento, según el art. 123 LGSS , los efectos del recargo "*se retrotraen a la fecha de efectos de la resolución a la que se deben aplicar*", por lo que no procede limitar la retroacción de los efectos del recargo de prestaciones a los tres meses anteriores a la solicitud.

3.Recurso de casación y escritos concordantes.

A) Contra la anterior sentencia recurre en casación para la unificación de doctrina URALITA SA, siendo registrado su escrito con fecha 28 de septiembre de 2015.

De las múltiples cuestiones examinadas por la sentencia de suplicación solo aborda una: la referida a los efectos temporales del recargo, considerando que deben limitarse a los tres meses anteriores a la solicitud o a la resolución que lo impone. Protesta frente a la retroacción de los efectos económicos del recargo hasta 2002, siendo así que se solicita en 2011 y se acuerda en 2014.

Considera erróneo, y carente de justificación, el fundamento de la sentencia recurrida pues ignora la previsión del art. 43 LGSS/1994 , en conexión con los artículos 123 y 127 LGSS .

B) Con fecha 9 de marzo de 2016 la Letrada de la Administración de la Seguridad Social impugna el recurso interpuesto. Considera que el mismo está indisolublemente unido a la prestación de Seguridad Social incrementada, careciendo de autonomía, por lo que sus efectos temporales la acompañan. En su apoyo menciona un fragmento de la STS de 9 febrero de 2006 (rec. 4100/2004).



C) Con fecha 11 de marzo de 2016 el Abogado de la demandante presenta su impugnación al recurso. Cuestiona la identidad entre las sentencias enfrentadas.

Repasa los criterios jurisprudenciales sobre naturaleza del recargo para subrayar los aspectos indemnizatorios, punitivos y preventivos; por lo tanto no cabe aplicar las previsiones normativas propias de las prestaciones de Seguridad Social.

D) En su Informe de 12 mayo 2016, el Ministerio Fiscal se inclina por la desestimación del recurso. Entiende que existe la obligación de colaborar documentalmente en la gestión mediante la correspondiente solicitud a que se refiere el art. 43 LGSS debiendo producirse los efectos del reconocimiento a partir de los tres meses anteriores a la fecha de presentación.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

Además de constituir una exigencia legal expresa, controlable incluso de oficio a fin de evitar que se desnaturalice este excepcional recurso, la contradicción entre las resoluciones contrastadas ha sido cuestionada por la impugnación al recurso de la demandante. Por tanto, habremos de examinarla antes de abordar, en su caso, las infracciones normativas denunciadas.

1. La exigencia del art. 219.1 LRJS .

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

2. Sentencia referencial.

El recurso interpuesto invoca como sentencia referencial la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) el 2 de diciembre de 2013 (Rec. 1528/2013). Dicha sentencia se dicta en un procedimiento de recargo de prestaciones impuesto a la empresa Euronit Fachadas y Cubiertas SL, por falta de medidas de seguridad que condujeron al fallecimiento del trabajador por enfermedad profesional.

En relación con la cuestión ahora planteada, la Sala revoca la sentencia de instancia para estimar el motivo de la empresa en que denunciaba la infracción del art. 43 LGSS . Considera que los efectos del recargo no pueden imponerse con una retroactividad más allá de los tres meses desde que la viuda del trabajador formula la correspondiente solicitud: eso es así porque la naturaleza esencialmente prestacional del recargo determina la aplicación del art. 43.1 LGSS .

3. Consideraciones del Tribunal.

A) La impugnación al recurso presentada por la trabajadora denuncia que existen varias diferencias entre los supuestos contrastados:

- Aquí la Inspección de Trabajo había informado desfavorablemente la imposición del recargo, a diferencia de lo acaecido en el caso referencial.
- Aquí el recargo de prestaciones se interesa por dos veces (en 2006 y 2011) y en la de contraste solo una.
- Aquí las resoluciones administrativas del INSS deniegan la imposición del recargo y en el caso referencial sucede lo contrario.
- Los plazos transcurridos entre el fallecimiento y la solicitud de recargo son muy diversos.



B) Siendo evidentes esas heterogeneidades, también lo es que no resultan relevantes porque si la sentencia de contraste limita a tres meses la retroacción de los efectos del recargo pese a que hay resolución administrativa favorable, se realiza una única solicitud y la Inspección informa favorablemente, su doctrina se mantendría (con mayor motivo) si se le hubiera planteado un caso con las circunstancias del presente.

Esta Sala admite la contradicción a fortiori en supuestos en los que no tiene lugar la contradicción en sentido estricto, por diversidad de los hechos, pero la sentencia de comparación ha ido "más allá" que la recurrida, por afirmaciones fácticas de inferior apoyo a la pretensión. En otras palabras, esta situación se produce en aquellos casos en los que, aun no existiendo igualdad propiamente dicha en los hechos, sin embargo el resultado de las dos sentencias es tan patente que se hubiera producido aún en el caso de que los hechos fueran los mismos (sentencias, entre otras, de 19/11/2013, R. 1418/2012 , 02/12/2013, R. 34/2013 , 21/01/2014, R. 941/2013 , 19/02/2014, R. 3205/2012 , 25/03/2014, R. 1268/2013 , 17/06/2014, R. 1441/2013 y 10/02/2015- R. 1764/2014).

C) De este modo, como informa el Ministerio Fiscal, consideramos que el examen de los datos relevantes para la resolución del problema inclina a entender existente la contradicción en los términos legalmente exigidos.

· Hechos: se trata de trabajadores que contrajeron enfermedades profesionales; tras fallecer, sus viudas solicitan se imponga un recargo de prestaciones sobre las que tienen reconocidas

· Pretensiones: las viudas interesan que se imponga un recargo de prestaciones y las empresas que se limite a los tres meses anteriores a la resolución o a la solicitud del recargo

· Fundamentos: se trata de ver si opera el plazo de retroacción de tres meses en aplicación del art. 43 LGSS .

Pese a tales similitudes, los fallos son contradictorios. La sentencia recurrida impone el recargo sin limitación temporal retroactiva. La de contraste limita sus efectos a tres meses desde que la viuda del trabajador formuló la correspondiente solicitud.

4. Decisión.

Entre ambas sentencias existe la contradicción del artículo 219 de la LRJS , puesto que debatiéndose en ambas la aplicación del plazo de tres meses del artículo 43.1 de la LGSS en el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, llegan a soluciones diferentes.

TERCERO.- Efectos temporales de las prestaciones.

La solución al debate solo puede venir tras precisar las normas aplicables y ello, a su vez, requiere decidir si son trasladables al recargo las previsiones sobre prestaciones de Seguridad Social. Comencemos por recordar el tenor de las normas en juego y su alcance.

1. Normas aplicables.

La cuestión suscitada acaba desembocando en la interpretación de los preceptos de la LGSS/1994 referidos a "Prescripción, caducidad y reintegro de prestaciones indebidas".

· Conforme al artículo 43.1 LGSS , en su primer párrafo, *El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquél 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.*

· Por su lado, el artículo 43.2 LGSS dispone que *La prescripción se interrumpirá por las causas ordinarias del artículo 1.973 del Código Civil y, además, por la reclamación ante la Administración de la Seguridad Social o el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, así como en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso de que se trate .*

· Finalmente, el artículo 44.2 LGSS establece que *Cuando se trate de prestaciones periódicas, el derecho al percibo de cada mensualidad caducará al año de su respectivo vencimiento .*

Asimismo, interesa recordar que el artículo 123.1 LGSS dispone que *Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador .*



2. Doctrina de la Sala sobre efectos retroactivos de las prestaciones.

A) Como recuerda la STS 19 de junio de 2007 (rec. 4894/2005 , Pleno) la entidad gestora o colaboradora encargada de gestionar las prestaciones no puede aplicar la retroactividad prevista en el art. 43 LGSS al subsidio de incapacidad temporal (IT) puesto que debe abonarla desde que tuviera conocimiento de su existencia. La clave de ello está en que en la IT (anterior ILT) la presentación de los partes de baja o confirmación basta para que se active el derecho a percibir el subsidio, operando un principio de "oficialidad"; por eso en los casos de trabajadores autónomos la solución es diversa.

B) Asimismo parece pertinente recordar lo expuesto en SSTs como las de 24 octubre 2005 (rec. 1918/2014) o 4 febrero 2014 (rec.. 1173/2013):

En la LGSS se regulan dos instituciones en orden a la extinción de los derechos de Seguridad Social: la prescripción, a la que se refiere el art. 43 LGSS , y la caducidad, regulada en el art. 44. En nuestro ordenamiento la distinción entre prescripción y caducidad suele vincularse a algunas de sus características en orden a su curso (exclusión de la interrupción en la caducidad) y a su apreciación (a instancia de parte la prescripción y también de oficio la caducidad). Pero la diferencia fundamental se relaciona con el interés jurídicamente protegido en cada una de estas instituciones y así se afirma que mientras en la prescripción predomina el interés individual del sujeto pasivo en oponerse a un ejercicio tardío del derecho, en la caducidad está presente el interés general en la rápida certidumbre de determinadas situaciones jurídicas. Desde esta perspectiva, la distinción de los arts. 43 y 44 LGSS resulta problemática, hasta el punto que se ha cuestionado que realmente estemos en el caso del art. 44 ante una auténtica caducidad, porque en el supuesto que regula este artículo no está afectada la certidumbre de una situación jurídica. En efecto, estamos realmente ante un derecho de Seguridad Social reconocido y que va a seguir estándolo, aunque transcurra el plazo establecido por la norma para su caducidad, con lo que el empleo de este término por la ley más que un sentido técnico jurídico tiene una finalidad indicativa más próxima al lenguaje ordinario que identifica la caducidad con la pérdida. De lo que se trata no es, por tanto, de un derecho potestativo que caduca por su no ejercicio, sino de un pago vencido que se pierde por no haberse cobrado oportunamente, lo que es algo muy distinto. Así el art. 44 se refiere al derecho al percibo de una cantidad a tanto alzado (número 1) o de una mensualidad (número 2), es decir, que, pese a la inseguridad de la terminología ("derecho al percibo"), se pierden cantidades y no derechos, aunque por la naturaleza de la cantidad perdida en el número 1, el derecho quede vacío de contenido. Pero lo verdaderamente interesante es diferenciar el supuesto del art. 44 - pérdida del derecho al percibo- del supuesto del art. 43 -pérdida del derecho a la prestación-. La diferencia está clara y hay que interrogarse sobre la finalidad perseguida en cada una de las normas, que, a su vez, han de relacionarse con la finalidad de protección social, que es propia de nuestro sistema de Seguridad Social. Es obvio que para la Seguridad Social no tiene la misma importancia la pérdida de un pago que la pérdida de un derecho, y no la tiene, porque mientras que la pérdida de un derecho compromete de forma irreparable la finalidad última del sistema, que es la protección de una situación de necesidad, en la pérdida de un pago esta finalidad no está comprometida, pues subsiste el derecho a las mensualidades no caducadas, y además se parte de que esa situación de necesidad no sería tan apremiante si, teniendo el derecho reconocido, el beneficiario no ha reclamado su abono >> y que << Esta distinción es básica para afrontar el tema debatido, pues para que juegue el supuesto del art. 44 es esencial constatar la pasividad del beneficiario, al no exigir el pago de un derecho reconocido. Ahora bien, cuando lo que se discute es una diferencia en el importe de la pensión que no ha sido incluida en el acto inicial de reconocimiento, es evidente que se reclama contra una falta de reconocimiento de una parte del derecho y no contra la falta de pago de un derecho ya reconocido. Estamos, por tanto, en el supuesto del art. 43 LGSS - prescripción de cinco años- y no en el supuesto del art. 44 -plazo de un año" .

C) La doctrina reiterada de la Sala afirma que cuando se produce una modificación y se eleva del importe de la pensión originariamente reconocida al pensionista, los efectos de esa modificación han de retrotraerse a la fecha del reconocimiento del derecho, no operando la limitación de tres meses prevista en el art. 43 LGSS . No obstante, ello ha de entenderse sin perjuicio de que opere el mecanismo de la prescripción del número 1 del citado artículo 43, que fija en cinco años la prescripción del derecho al reconocimiento de prestaciones, no el de cuatro años contenido en el artículo 45.3 LGSS , previsto para el reintegro de prestaciones indebidas. Por todas, véase la STS 17 diciembre 2007 (rec. 4715/2006).

D) En la STS 11 octubre 2011 (rec. 1115/2001) y otras muchas se explica cómo los efectos económicos del reconocimiento de la pensión se retrotraen, en su caso, a un período máximo de tres meses a partir de la solicitud. El problema es si tal reconocimiento debe referirse siempre a la solicitud inicial de la que deriva el reconocimiento de la pensión o también debe extenderse al reconocimiento de aquellas otras solicitudes que se formulen con posterioridad con objeto de modificar la cuantía de la prestación ya reconocida, cualquiera que sea el tiempo en que las mismas se formulen. La sentencia opta por tomar como punto temporal de partida el de la solicitud operativa.



E) En suma, sea prescriptible o imprescriptible el derecho, los efectos de su reconocimiento solo se producen a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud (arts. 43.1 , 164 y 178 LGSS). Si se trata de prestaciones periódicas, decaen las correspondientes a períodos anteriores al de tres meses.

CUARTO.- Naturaleza y prescripción del recargo de prestaciones .

A los estrictos fines de este recurso, como se ha adelantado, es imprescindible clarificar si el recargo puede asimilarse o no a una prestación de seguridad Social.

1. Doctrina de la Sala sobre naturaleza del recargo.

A) Los escritos presentados en este trámite casacional invocan el tenor de diversas sentencias dictadas por esta Sala Cuarta respecto del recargo de prestaciones y que vendrían a dar la razón a las respectivas tesis sostenidas en aquéllos.

La complejidad del diseño normativo (art. 123 LGSS/1994) ha conducido a que esta Sala venga sosteniendo posiciones diversas respecto de la naturaleza de esta institución (prestacional, resarcitoria, indemnizatoria, ejemplarizante, punitiva, mixta, plural, dual, etc.). Por razones de seguridad jurídica y de coherencia doctrinal hemos de estar al sentir actual de la jurisprudencia.

B) La STS de 23 marzo 2015 (rcud. 2057/2014 ; Pleno), seguida por las SSTS de 14 abril , 5 mayo , 13 octubre , 2 noviembre , 10 y 15 diciembre de 2015 (rcuds. 962/2014 , 1075/2014 , 2166/2014 , 3426/2014 , 1012/2014 y 1258/2014 , respectivamente), 25 febrero 2016 (rcud. 846/2014) o 18 mayo 2016 (rec. 1042/2014) afrontó la ontología del recargo como presupuesto para decidir si el nuevo empresario se subroga en las obligaciones derivadas de incumplimientos realizados por el anterior.

Allí se mantiene la naturaleza plural del recargo -resarcitoria y preventivo/punitiva- sin inclusión en ninguna categoría jurídica novedosa, por considerar que ello no solamente podría dar lugar a disfunciones imprevisibles, sino que es innecesario, Eso sí, a los efectos de la sucesión en la responsabilidad derivada del recargo ha de primar la faceta indemnizatoria sobre la sancionadora o preventiva. Ello ha supuesto reconsiderar nuestros precedentes para entender que la consecuencia deducible de las previsiones del art. 123.2 LGSS ha de ceder frente a las que se derivan del art. 127.2 LGSS ("En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones *causadas* antes de dicha sucesión"). Recordemos ciertos pasajes de tal doctrina:

*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 aplicable 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 -)".*

A ello añadíamos que "a la misma conclusión lleva la terminología empleada por el propio art. 123 LGSS , al referirse a que en los supuestos de infracción de medidas de seguridad «las prestaciones económicas ... se aumentarán» en un determinado porcentaje; y aunque con tal expresión no se atribuye al recargo cualidad de genuina prestación [siempre a cargo de la Entidad gestora o Mutua colaboradora], no es menos cierto que cuando menos parece asimilarlo a ella en términos que apoyan que a afectos de transmisión se le diese el mismo tratamiento -de prestación- que expresamente se le atribuye para los restantes aspectos de su gestión".

C) En consecuencia, siempre que estemos ante efectos contemplados en las normas de Seguridad Social y estén en juego los derechos de los beneficiarios del recargo, el mismo debiera aproximar su régimen jurídico, en la medida de lo posible, al de las prestaciones.

2. Doctrina de la Sala sobre prescripción del recargo.



A) En las SSTs 19 julio 2013 (rec. 2730/12) y 12 noviembre 2013 (rec. 3117/12) se explica que 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 cuando 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..

B) La citada STS 18 diciembre 2015 (rec. 2720/2014 ; Pleno) sienta la doctrina siguiente: el "dies a quo" para la prescripción del recargo coincide con aquél en el que por primera vez recae resolución judicial o administrativa firme reconociendo la existencia de una contingencia profesional como causante de una prestación permanente. Reconocido el derecho al recargo, las prestaciones que se reconozcan en el futuro por la misma contingencia llevarán anudado el derecho al mismo.

QUINTO.- Resolución.

1.Consideraciones recapitulatorias.

A) Con arreglo a nuestra más reciente doctrina, siempre que estemos ante efectos contemplados en las normas de Seguridad Social y estén en juego los derechos de los beneficiarios del recargo, el mismo debiera aproximar su régimen jurídico, en la medida de lo posible, al de las prestaciones.

B) Siendo claro que el recargo de prestaciones puede solicitarse con sujeción a un plazo de prescripción y que no es otro que el de las prestaciones de Seguridad Social carecería de toda lógica obviar la aplicación del régimen jurídico previsto para tales casos (inclusive la retroacción de los tres meses).

C) Puesto que a efectos de prescripción hemos mantenido la naturaleza fundamentalmente prestacional del recargo, en congruencia con tal argumento debe aplicarse a dicho recargo el régimen propio de las prestaciones de la Seguridad Social de modo que le resulta también de aplicación la previsión contenida en el artículo 43.1 LGSS en el sentido de que los efectos del reconocimiento al recargo no deben retrotraerse más allá de los tres meses.

D) En el presente caso no estamos ante un recargo de prestaciones solicitado al tiempo que la pensión sobre la que se proyecta (viudedad), sino muchos años después. Los escritos de impugnación sostienen que pensión y recargo son indisolubles y ello es cierto desde la óptica de que el segundo se apoya en la primera, a la que presupone; pero la pensión puede existir sin recargo y la solicitud de una no comporta la del otro. En consecuencia, nada impide que los efectos temporales de ambas instituciones comiencen en fecha diversa.

D) La doctrina que hemos mantenido respecto de la retroacción de efectos de una pensión cuando median diversas solicitudes es útil para cifrar los efectos económicos a partir de la solicitud válida a efectos de imposición del recargo. En nuestro caso no es la de 2006 (denegada y caducada) sino la de 2011.

2. Términos de la estimación del recurso.

A) La doctrina correcta no se halla en la sentencia recurrida, sino en la de contraste, lo que comporta la estimación del recurso interpuesto por la empresa. Ahora bien, como se ha expuesto más arriba, su petición es alternativa, además de ambigua, lo que requiere alguna precisión por nuestra parte.

B) La literalidad del artículo 43.1 LGSS choca con la pretensión empresarial de que los efectos se retrotraigan tres meses desde la fecha de imposición del recargo (sentencia del Juzgado de 2014) pues la clave se encuentra en la "solicitud" y no en el reconocimiento. La norma habla de *tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud*.

C) Por cuanto antecede, los efectos del recargo deben imponerse con una retroactividad de tres meses desde que la viuda del trabajador fallecido formuló la solicitud de recargo. Interesa destacar que en el caso no fue la Inspección de Trabajo la que puso en marcha actuaciones tendentes a la imposición del recargo, sino que es la demandante quien, muchos años después de venir percibiendo su pensión de supervivencia lo insta; en consecuencia, la solicitud a tener en cuenta por fuerza ha de ser la suya, sin que pueda haber asimilación entre ella y la propuesta de la Inspección de Trabajo, como sucede en otros asuntos conocidos por esta misma Sala.

3.Resolución del debate suplicacional.

A) Con arreglo al art. 228.2 LRJS , si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada.

B) La anulación de la sentencia recurrida nos lleva a resolver ahora el recurso de suplicación suscitado por la empresa frente a la sentencia del Juzgado de lo Social. Pese a la parquedad del diseño normativo en este punto,



es seguro que la LRJS no está pidiendo a este Tribunal Supremo que se convierta en órgano de suplicación a todos los efectos, sino solo a fin de resolver lo allí debatido *con pronunciamientos ajustados a la unidad de doctrina rota* por la sentencia casada.

Dicho abiertamente: no debemos examinar ahora las múltiples cuestiones suscitadas por el recurso de suplicación de la empresa: aportación de documentos, revisión de hechos probados, ausencia de subrogación entre Uralita y Rocalla, cosa juzgada y caducidad de la acción, quiebra del nexo causal entre el incumplimiento de las medidas de seguridad y la enfermedad contraída por el trabajador, errónea valoración de la prueba, porcentaje excesivo del recargo, etc.

C) Puesto que la única decisión de la sentencia recurrida que se ha censurado y contrastado, con las exigencias del art. 219 LRJS y concordantes, es la referida a la retroacción de los efectos económicos, ese es el exclusivo tema en el que vamos a resolver el debate de suplicación, quedando las demás cuestiones decididas en el modo en que la resolución combatida lo ha hecho.

D) Lo anterior aboca a la parcial estimación del recurso de suplicación. En concreto, para limitar a tres meses la retroacción de los efectos del recargo de prestaciones de la Seguridad Social. Puesto que la demandante formuló la solicitud el 20 de enero de 2011 (hecho probado décimo), el recargo debe imponerse con efectos de 20 de octubre de 2010.

E) La estimación parcial del recurso de suplicación, con arreglo a la doctrina que venimos aplicando sobre el sentido del artículo 235.1 LRJS comporta que no proceda la imposición de costas respecto del mismo.

FALLO

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

1) Estimar parcialmente el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa URALITA, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Cruz Pérez, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 30 de junio de 2015. 2) Casar y anular la referida sentencia 4279/2015, de 30 de junio, en el concreto tema referido a la fecha de efectos del recargo de prestaciones, quedando incólume en los restantes aspectos. 3) Resolver el debate suscitado por el recurso de suplicación nº 2011/2015, interpuesto por la citada mercantil frente a la sentencia dictada el 16 de julio de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 13 de Barcelona, en los autos nº 309/2011, seguidos a instancia de D^a Olga contra dicha recurrente, el Instituto Nacional de Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre efectos temporales del recargo de prestaciones, de modo que sus efectos económicos han de retrotraerse al 20 de octubre de 2010. 4) Declarar la firmeza de la sentencia de suplicación recurrida en los aspectos ajenos a la retroacción de efectos temporales del recargo, que han de ser los expuestos en el apartado anterior de este fallo. 5) No imponer las costas derivadas de los recursos de suplicación y de casación unificadora ahora resueltos.

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. Antonio V. Sempere Navarro 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.