

Roj: **STS 4388/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4388**Id Cendoj: **28079140012016100713**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/09/2016**Nº de Recurso: **3346/2015**Nº de Resolución: **753/2016**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **JESUS GULLON RODRIGUEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ CAT 6955/2015,**
STS 4388/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 20 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Miguel Ángel Cruz Pérez, en nombre y representación de URALITA, S.A., contra la sentencia de 8 de julio de 2015 dictada por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación núm. 2399/2015, formulado frente a la sentencia de 8 de octubre de 2014 dictada en autos 94/2013 (acumulados 230/2013 del J^a Social nº 16 de Barcelona) por el Juzgado de lo Social núm. 13 de Barcelona seguidos a instancia, de una parte de D. Pío frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y Uralita, S.A., y de otra de la empresa Uralita, S.A. frente a los Organismos anteriores y a D. Pío, sobre recargo por falta de medidas de seguridad. Han comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL representada por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social y D. Pío representada por la Letrada D^a Raquel Lafuente de la Torre.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de octubre de 2014, el Juzgado de lo Social núm. 13 de Barcelona, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: <<Que estimando la demanda presentada por DON Pío frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y URALITA, debo declarar que deben incrementarse las prestaciones reconocidas o que deban reconocerse al actor, derivadas de la Enfermedad Profesional, en el porcentaje del 50% con cargo a URALITA, S.A., por la existencia de responsabilidad empresarial por faltas de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración.- Desestimando la demanda presentada por la mercantil URALITA, S.A. frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DON Pío, en Impugnación de RECARGO POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD, debo absolver a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra>>.

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: << **1º.-** Conforme a los Informes de la Inspección de Trabajo, expedientes administrativos y fichas aportadas por la empresa se acredita que DON Pío que trabajó en URALITA, S.A. como OPERARIO desde 7 de marzo de 1956 a 20 de abril de 1982, con un lapso de 9 días en FOCSA, sin que a partir de dicha fecha (20-04-1982) conste trabajará en ninguna otra empresa, ello conforme a la vida laboral que se adjunta con el propio informe la Inspección y que desvirtúa los datos de vida laboral del actor que constan en el hecho 1 constatado del informe de la Inspección.- **2º.-** Que en fecha 10-03-2011 se declara al actor en situación de incapacidad permanente derivada de ENFERMEDAD PROFESIONAL en grado de TOTAL, siendo las dolencias declaradas las siguientes: ASBESTOSIS PULMONAR



con alteración ventilatoria severa. Por sentencia del Juzgado de lo Social número 24 de los de Barcelona de fecha 21-12-2012 se declara al actor en situación de INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA derivada de ENFERMEDAD PROFESIONAL, no obstante el TSJC revoca dicha sentencia y mantiene el grado de TOTAL CUALIFICADA. El ICAMS de fecha 03-02-2013 constata en TAC de 10-11-2010 derrame pleural izquierdo capsulado. cambios crónicos parenquimatosos en ambas bases pulmonares. Placas pleurales calcificadas compatibles con exposición a asbesto; portados de prótesis aórtica en el aneurisma de aorta descendente (2009). Alteración ventilatoria severa (hecho probado 3º de la Sentencia firme de Instancia).- Que el centro de trabajo que la demandada tenía en la localidad de Cerdanyola 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, compuesta de cemento portland (80%), fibra de amianto (10%) y agua fraguada (10%).- 3º.- Que conforme a la sentencia firme del Juzgado de lo Social número 3 de los de Sabadell de fecha 28 de septiembre de 2012, que ha sido ratificada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 23 de julio de 2013 e inadmitido el Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo Sala de lo Social por Auto de fecha 28 de mayo del 2014; se establecen los siguientes hechos probados en demanda de reclamación Daños y Perjuicios por la responsabilidad objetiva de la empresa URALITA en las dolencias que padece el actor.- 4º.- Que 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 trabajadores 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 período en que se mantuvo la relación laboral del actor 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 guarniciones para renos, material aislante de amianto y productos de fibrocemento.- Es 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 conclusiones teniendo en cuanto los hechos mencionados en los apartados anteriores cabe concluir que la enfermedad que padece el actor es compatible con la exposición laboral al amianto a la que estuvo sometido durante su relación laboral con la empresa URALITA, 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.- 3º.- Que el Instituto Territorial de Seguridad e Higiene en el Trabajo de Barcelona emitió un Informe Técnico el 10 de marzo de 1977, (no olvidemos que el actor trabajó para la empresa URALITA, S.A. como operario desde el 7 de marzo de 1956 a 20 de abril de 1982), sobre la valoración del riesgo higiénico en la manipulación del amianto seco en el centro en el centro de trabajo de la demandada sito en la localidad de Cerdanyola. En dicho informe, cuyo contenido se da por reproducido, se señala en los puestos de trabajo que se evalúa los riesgos existentes en el mismo y específicamente se consideran los riesgos derivados de la exposición al amianto utilizado en el proceso productivo, medidas de protección colectiva y personal utilizadas en su caso y la eficacia de las mismas.- En este informe en su apartado 2.1, se hace constar que pese a que el Reglamento de actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (BOE de 7 de diciembre de 1961) establece una concentración máxima de amianto en el interior de explotaciones industriales de 175 partículas por centímetro cúbico (estudios realizados en el año 1938) el lapso del tiempo a impuesto criterios más restrictivos en la legislación comparada, lo cual dicho informe relaciona con los más recientes estudios, que han puesto de manifiesto la relación existente entre la inhalación de amianto y la aparición de cáncer pulmonar, destacando que en ese aspecto parece que la crocidolita es la forma de amianto más activa.- En su apartado 2,2 se establece que el informe elige como concentración media, máxima permitida en ocho horas de exposición diaria, la de 2 fibras por centímetro cúbico y que respecto del riesgo cancerígeno, el informe se limita a resaltar los puestos donde se trabaja con el tipo de amianto al que se atribuye una mayor actividad cancerígena (crocidolita).- Concluye el informe señalando que respecto del riesgo de asbestosis se puede afirmar que sobrepasa ampliamente la dosis máxima permitida que se establecía en el apartado 2.2 por las razones expuestas en el apartado 2.2 (2 fibras por centímetro cúbico), en la Línea de Tubos: alimentación de molinos, encargado de los molinos, ensacado y dosificación de amianto y carga de mezclado de las máquinas holandesas y Líneas de Placas: trabajos en almacén. No se traspasa la citada dosis, alcanzándose sin embargo un elevado porcentaje de la misma Línea de Placas: carga de los molinos y Línea de Moldeados; envió neumático de amianto y molienda de amianto. No se ha detectado concentración apreciable en Control de mezclado de la línea de moldeado. Señala, por último el informe que no se puede valorar objetivamente el riesgo cancerígeno existente en los distintos puestos de trabajo estudiados, si bien destaca que en todos los puestos correspondientes a la Línea de Tubos y Línea de Moldeados (moldeo por



inyección) una parte considerable del amianto es crocidolita lo cual agrava el posible riesgo cancerígeno atribuible a dichos puestos. El informe efectúa recomendaciones tanto generales como particulares entre las cuales encontramos, como generales, las siguientes: la limpieza general de locales e instalaciones deberá realizarse por aspiración o, en los casos en que ello no fuera posible los empleados que efectúen la limpieza así como aquellos que estén en las inmediaciones deberán obligatoriamente utilizar equipos de protección respiratoria. Puesto que los equipos de limpieza por aspiración ordinariamente descargan el aire aspirado en el interior de la nave, deberá prestarse especial atención a la eficacia de los filtros de dichos equipos, que debe asegurar una eliminación total de las fibras. Los vertidos accidentales de amianto deberán ser eliminados de forma inmediata por alguno de los métodos anteriores. En razón de la extremada peligrosidad de la crocidolita se recomienda reducir al mínimo uso y extremar al máximo las precauciones durante su manipulación (Sentencia firme de 28-09-2012).- **5º.-** Que conforme al informe de inspección la empresa URALITA, S.A. realizó reconocimientos médicos a sus empleados desde 1960. No constando que la Entidad Uralita haya superado los límites máximos de concentración por centímetro cúbico fijados en cada momento por la normativa legal publicada por la administración competente si bien se desconoce los niveles de concentración de amianto durante los años anteriores a 1977 ya que con anterioridad no se realizaban mediciones fiables.- **6º.-** En fecha 15 de marzo de 1977 conforme el informe anteriormente señalado, la Inspección Provincial de Trabajo ordenó a la empresa URALITA, S.A. la suspensión inmediata de los siguientes trabajos: Línea de Tubos: alimentación de molinos, encargado de los molinos, ensacado y dosificación de amianto seco y carga de mezclador de las máquinas holandesas. Línea de Placas: almacén, manutención manual de sacos.- Así mismo se requería a la empresa para que corrigiera las deficiencias que señalaban en el informe técnico y en la forma que en el mismo se especificaba, en los siguientes plazos: Limpieza de locales e instalaciones. De forma inmediata. Ropas de trabajo: en el plazo de 8 días. Eliminación de residuos en el plazo de 15 días. Control ambiental, deberá comenzarse de inmediato. Reconocimientos médicos se continuaran efectuando. Mantenimiento de extracciones localizadas, deberá comenzarse inmediato y Contaminación ambiental, deberá comenzarse de inmediato.- **7º.-** A partir del informe la empresa comenzó a activar un conjunto de medidas preventivas en diversos frentes, políticas activas de información a los trabajadores, constituyó la comisión nacional del Amianto de Uralita, S.a., Jornadas de Seguridad e Higiene y sobre manipulación de los riesgos en la manipulación del Amianto. Se efectuaron inversiones para mejorar las condiciones de Seguridad, se creó un laboratorio central especializado en la determinación de la concentración de fibras de amianto, se estableció un registro de datos y archivos de documentos, cuadros de mediciones de concentración de fibras de amianto, tabla resumen de los resultados obtenidos en las determinaciones de polvo del conjunto de los puestos de trabajo, hojas de recuentos realizados desde el año 1978 a 1987 etc. (sentencia firme folio 42 del ramo de prueba de la parte actora).- **8º.-** La Inspección de trabajo emitió informe sobre la existencia de infracción de normativa en Seguridad Social por Uralita, S.A. y su responsabilidad empresarial por alta de medidas de seguridad e higiene en relación a la enfermedad profesional sufrida por Pío , que se da por reproducida al constar en autos; proponiéndose la aplicación a Uralita, S.A. como responsable directa de las condiciones de seguridad y salud en el centro de trabajo de Cerdanyola del Valles, la responsabilidad del recargo del 30% en todas las prestaciones económicas que se satisfagan como consecuencia de aquella enfermedad profesional. En el Informe se hacía constar que solo consta en documental de la empresa que el actor fue objeto de revisión médica el año 1979 y 1980. Por otro lado la relación de causalidad entre el incumplimiento de URALITA, S.A. de sus obligaciones preventivas y la enfermedad del actor.- Así "En el caso que nos ocupa la omisión de todo el conjunto de las medidas de seguridad descritas, como las relativas a extracción localizada del contaminante, protección respiratoria, limpieza de los locales de trabajo etc... no cabe duda que supuso un notable y significativo incremento del riesgo para la salud del trabajador, riesgo que se manifestó finalmente en asbestosis, de forma que es probable que de haberse seguido desde el principio las prescripciones de seguridad reglamentarias el resultado lesivo no hubiese llegado a producirse. La asbestosis se produce exclusivamente a través del contacto con fibras de amianto.- **9º.-** Por resolución de fecha 26-09-2012 el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, una vez recibió el preceptivo informe de la Inspección, declaró la existencia de falta de medias de seguridad en la enfermedad profesional y un recargo del 30% en todas las prestaciones que se deriven, de cuyo pago es responsable la empresa URALITA, S.A. Frente a la misma interpone reclamación previa el trabajador solicitando que el recargo deberá ser del 50% y la empresa URALITA, S.A. que reclama se deje sin efecto la resolución por la improcedencia del recargo de las prestaciones, no habiendo existido una actitud negligente y menos infractora y solicita no obstante retroactividad de tres meses desde la solicitud. Siendo desestimadas las dos reclamaciones expresamente por Resolución del INSS de fecha 18-01-2013.- **10º.-** Que el actor DON Pío solicita en su demanda que se dicte sentencia por la que se declare la falta de medidas de seguridad de la empresa URALITA, 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 padece.- La empresa URALITA, S.A. reclama en su demanda, acumulada a los presentes autos, que se declare la ausencia de responsabilidad de URALITA, S.A. en la enfermedad del Sr. Pío , revocando



la Resolución mencionada o subsidiariamente reducir el recargo al porcentaje del 30% y para el caso de que se confirmara el recargo de manera subsidiaria se solicita que la fecha de efectos del mismo deba ser desde los tres meses retroactivos desde la solicitud, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la LGSS y en todo caso solo sobre las prestaciones que se perciban en la actualidad por el trabajador, ya que lo contrario produce un enriquecimiento injusto de la administración>>.

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 8 de julio de 2015, en la que consta la siguiente parte dispositiva: <<Que debemos desestimar, como lo hacemos, el Recurso de Suplicación interpuesto por la mercantil URALITA, S.A., frente a la sentencia de fecha 8 de octubre de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de los de Barcelona en autos número 94/2013 y, en consecuencia debemos confirmar como lo hacemos la sentencia impugnada y mantener, como establece la misma, el recargo del 50% por falta de medidas de seguridad para todas las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional padecida por Pío >>.

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Uralita, S.A. el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Valladolid, de fecha 2 de diciembre de 2013; así como la infracción del artículo 43 de Ley General de la Seguridad Social en relación el artículo 123 y 127 de la misma Ley.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 8 de marzo de 2016, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 13 de septiembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que debemos resolver en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina se refiere a la determinación de la fecha de efectos económicos que de conformidad con lo previsto en el artículo 43.1 LGSS (53.1 del Texto Refundido) ha de atribuirse a la imposición del recargo en las prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias profesionales por ausencia de medidas de seguridad, cuando esa declaración del recargo es posterior a la propia prestación a la que se refiere y sobre la que inciden sus efectos.

En el caso que se examina en este recurso, se trata de un trabajador de la empresa hoy recurrente, Uralita S.A., en la que prestó servicios como operario desde 7 de marzo de 1956 a 20 de abril de 1982, en el centro de trabajo de Cerdanyola, que se dedicaba a la fabricación de elementos para la construcción compuestos de una mezcla conocida como Fibrocemento, integrada por cemento portland (80%), fibra de amianto (10%) y agua fraguada (10%). El 10 de marzo de 2.011 se le declaró en situación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional con base en la existencia de una asbestosis pulmonar con alteración ventilatoria severa.

Aun cuando no tiene reflejo en los hechos probados de la sentencia, la realidad es que en la resolución del INSS de fecha 26 de septiembre de 2.012 en la que se declaró la existencia de falta de medidas de seguridad como causa de la prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional reconocida al trabajador, aparece reflejada la realidad de que la incoación del expediente se produjo a instancia de la solicitud del trabajador (folio 89) con fecha 23 de junio de 2.011, con el resultado de imponerse un recargo del 30% en dicha prestación y las que pudieran derivarse, haciendo responsable del mismo a la empresa Uralita, S.A., estableciéndose los efectos del recargo desde la fecha de la resolución en que se reconoció la incapacidad permanente.

Además, aparece en las actuaciones y en hechos probados la referencia a la demanda de responsabilidad civil derivada de la referida incapacidad dirigida contra la empresa en fecha 14 de julio de 2.011, que fue estimada en parte por el Juzgado condenándose al abono de la cantidad de 30.000 euros por daños y perjuicios, ratificándose esa decisión por la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de fecha 23 de julio de 2.013.

Agotada la vía previa se interpuso demanda tanto por el trabajador, solicitando que el recargo se fijase en 50%, y por la empresa URALITA, S.A. instando que se dejase sin efecto la resolución por la improcedencia del recargo de las prestaciones por no haber existido una actitud negligente o infractora, y en todo caso que la fecha de efectos se estableciese con una retroactividad de tres meses desde la solicitud.



SEGUNDO.- El Juzgado de lo Social número 13 de los de Barcelona dictó sentencia estimatoria para el trabajador, extendiendo el recargo hasta el 50%, y desestimó íntegramente la demanda de la empresa. En suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la sentencia de 8 de julio de 2.015 que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, desestimó el recurso de la empresa y confirmó la decisión de instancia en todos sus extremos.

En el punto que se nos somete hoy a debate, referido a la extensión de la fecha de efectos del recargo, razona la sentencia recurrida – con cita literal de resoluciones anteriores de la misma Sala– que “... *una vez que se impone el recargo sus efectos económicos se extienden en la misma amplitud que el de las distintas prestaciones de seguridad social que se puedan ir devengando desde el momento en que se produce el hecho que genera la enfermedad o el accidente*”, lo que en el caso equivalía a retrotraer los efectos a la fecha de la resolución en la que se reconoció la incapacidad permanente, esto es, el 10 de marzo de 2.011.

En el recurso de casación unificadora que ahora ha interpuesto la empresa contra la referida sentencia, se denuncia la infracción del artículo 43, en relación con los arts. 123 y 127, todos ellos de la LGSS, proponiéndose como sentencia de contradicción para el referido único punto de debate, la dictada por la Sala de lo Social del TSJ Castilla y León, sede de Valladolid, de 2 de diciembre de 2.013 (R. 1528/13), en la que, como expone el Ministerio Fiscal en su informe, concurren los elementos de identidad que exige el art. 219 de la LRJS para entender existente el requisito de la contradicción, porque en ella se trataba también de un procedimiento instado por la misma empresa hoy recurrente, impugnando igualmente la imposición de un recargo en las prestaciones (en ese caso de muerte y supervivencia) por falta de medidas de seguridad, que causaron el fallecimiento del causante debido a enfermedad profesional. Desde esa identidad, sin embargo la sentencia que ahora analizamos, a diferencia de la hoy recurrida, acogió favorablemente el recurso de la empresa en el que se denunciaba, como en este caso, la infracción del art. 43.1 de la LGSS/1994, y aplicó el plazo trimestral de prescripción establecido en dicho precepto al estimar que los efectos del recargo no podían imponerse con una retroactividad más allá de esos tres meses desde que la viuda del trabajador formuló la correspondiente solicitud de recargo, argumentando que es la naturaleza esencialmente prestacional del mismo lo que determina la aplicación de esa norma.

Ante ello procede, en consecuencia, que la Sala entre a determinar la doctrina que resulte ajustada a derecho y lleve a cabo el pronunciamiento unificador correspondiente.

TERCERO.- Para la resolución del problema planteado en los términos descritos y resuelto de diferente manera en las sentencias recurrida y de contraste, debemos comenzar por recordar la compleja naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad contemplado en el artículo 123 LGSS, hoy 164 del Texto Refundido, tal y como reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia de ésta Sala, que ha evolucionado constantemente y que en las sentencias más recientes se viene a reconocer que cuando estemos en presencia de los efectos contemplados en las normas de Seguridad Social y estén en juego los derechos de los beneficiarios del recargo, éste habrá de aproximar su régimen jurídico, hasta donde sea jurídicamente posible, al que resulta propio de las prestaciones de Seguridad Social.

Así se afirma en nuestras 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) en las que, partiendo de la compleja naturaleza del recargo, se mantiene que a los efectos de la sucesión en la responsabilidad derivada del recargo ha de primar la faceta indemnizatoria sobre la sancionadora o preventiva, con lo que se venía a 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”). De esta forma, decíamos allí 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 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 añadimos 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".

Por otra parte, también hemos afirmado que ciertamente se desprende del artículo 123 LGSS que cuando se reconoce el recargo, éste va unido de manera esencial e inseparable a una prestación de Seguridad Social causada en contingencias profesionales, pero también resulta claro que el propio recargo tiene de alguna manera sustantividad propia, porque puede prescribir la acción para su reconocimiento por el transcurso de cinco años (SSTs 19 julio 2013 (rec. 2730/12) 12 noviembre 2013 (rec. 3117/12) y 18 diciembre 2015 (rec. 2720/2014 , del Pleno) y porque, desde luego, cabe que exista la prestación sin que el recargo se haya reconocido, sin que exista, por las circunstancias que sean. Esa naturaleza del recargo próxima a la prestacional cuando aplicamos normas relativas a la dinámica de las prestaciones de Seguridad Social, y a la vez la sustantividad o existencia propia e independiente del mismo se ha de poner entonces de relieve cuando de la aplicación de los efectos de su reconocimiento se refiere, de tal manera que resulta insoslayable la aplicabilidad del número 1 del artículo 43.1 LGSS , en el que se establece que " 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".

En la norma se alude al regular los efectos del reconocimiento tanto a prestaciones prescriptibles como imprescriptibles, puesto que se contempla su aplicación tanto a unas como a las otras (sin perjuicio de las excepciones que se determinen, dice el precepto), de manera que el recargo contemplado en la forma que hemos razonado, producirá sus efectos económicos sobre la prestación o prestaciones reconocidas -o que se reconozcan después- con una retroacción de tres meses únicamente, y no desde la fecha de la prestación -que es independiente- que hubiese sido reconocida.

En el presente caso concurre una particularidad que hemos de abordar, que consiste en que aparentemente no existió una petición del interesado dirigida a la obtención de recargo en su prestación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional, que fue reconocida el 10 de marzo de 2.011, porque en los hechos probados de la sentencia de instancia no aparece esa realidad. Pero, como antes dijimos, basta con leer el texto del escrito que el INSS dirige a la Inspección de Trabajo referido a la incoación del expediente de recargo que obra al folio 89 de las actuaciones para ver que la acción inspectora tuvo lugar a instancia del interesado, que tuvo su ingreso en el INSS en fecha 23 de julio de 2.011, y que terminaría con la resolución del reconocimiento de dicho recargo que lleva fecha de 26 de septiembre de 2.012, y que decidió también extender sus efectos hasta el momento del reconocimiento de la incapacidad.

Sin embargo, a los efectos de aplicación del artículo 43.1, teniendo en cuenta lo que se ha razonado sobre la naturaleza del recargo, la decisión administrativa de imposición del mismo ha de proyectar sus efectos económicos -que en este caso inciden únicamente sobre la empresa- en la misma manera que en los casos en los que la responsable de la prestación de Seguridad Social sea una Entidad Gestora, esto es, con una retroacción máxima de tres meses desde la fecha de la solicitud, y no desde la del reconocimiento de la prestación derivada de contingencias profesionales.

Añadiríamos a lo anterior y también como elemento de especial consideración en éste caso, puesto de relieve por el Ministerio Fiscal en su informe, que la demanda de responsabilidad civil que planteó el trabajador en su día y en la que postulaba frente a la empresa una indemnización de daños y perjuicios de 126.618,20 euros -aunque por sentencia firme se le reconocieron 30.000 euros- aunque tuviera como elemento argumentativo la conducta omisiva de la empresa en relación con los medios de protección de la salud de los trabajadores, sin embargo no puede equivaler en absoluto a una petición expresa de la imposición de dicho recargo, cuya naturaleza es independiente, como se afirma en el artículo 123.3 LGSS , y compatible con las de todo orden que se derivasen de la infracción.

Del mismo modo, el Ministerio Fiscal destaca en su informe que el recurso de casación debería ser desestimado porque en el suplico del mismo se sostiene que la fecha de efectos del recargo debería fijarse con retroacción referida a los tres meses anteriores a la solicitud, y sin embargo en la instancia y en el recurso



de suplicación se mantuvo que esa fecha debería referirse a los tres meses anteriores a la resolución en la que se impuso el recargo. Siendo ello cierto, ya se ha dicho que realmente consta en las actuaciones la fecha de la solicitud del interesado, lo que hace innecesario argumentar sobre esa aparente discrepancia de pretensiones, las que, por otra parte, aparecen perfectamente identificadas y definidas en este procedimiento y en los análogos que en esta misma fecha se han deliberado, votado y fallado.

CUARTO.- En conclusión, de lo razonado hasta ahora se desprende que la doctrina ajustada a derecho y en el único punto aquí debatido se contiene en la sentencia de contraste, tal y como también expone el Ministerio Fiscal en su informe, lo que determina la necesidad de estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación estimando el planteado por la empresa en el único punto relativo a la fecha de efectos del recargo, que deberán fijarse con una retroactividad de tres meses a contar desde la fecha de la solicitud del interesado, 23 de junio de 2.011, con lo que alcanzarían al 23 de marzo de 2.011.

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 contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 8 de julio de 2015 . 2) Casar y anular la referida sentencia 4459/2015, de 8 de julio , únicamente en el punto relativo a la fecha de efectos del recargo de prestaciones, quedando inalterada en los restantes pronunciamientos. 3) Resolver el debate planteado en suplicación interpuesto por la citada empresa frente a la sentencia dictada el 8 de octubre de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 13 de Barcelona , en los autos nº 94/2013, seguidos a instancia de D. Pio 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 23 de marzo de 2.011. 4) Sin 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. Jesus Gullon Rodriguez 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.