



Roj: **STS 5056/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:5056**

Id Cendoj: **28079140012013100676**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/07/2013**

Nº de Recurso: **1023/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 937/2012,**
STS 5056/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Julio de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el procurador Sr. Ramos Rodríguez en nombre y representación de D. Martin contra la sentencia dictada el tres de febrero de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación nº 3276/2008 , interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de febrero de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de La Coruña , en autos núm. 938/06, seguidos a instancias de CONSTRUCCIONES CONLAVI SL, contra el ahora recurrente, y el INSS sobre accidente laboral.

Han comparecido en concepto de recurridos el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y CONSTRUCCIONES CONLAVI SL representados por el letrado Sr. Trillo García, y la procuradora Sra. Arias Aranda, respectivamente.

Es Ponente la Excma. Sra. D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14-02-2008 el Juzgado de lo Social nº 3 de La Coruña dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º** .- El INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL dicta resolución en fecha 17 de julio de 2006 declarando la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad de la empresa actora, derivada del accidente de trabajo por el trabajador D. Martin , el día 6 de octubre de 1995, declarando que las prestaciones derivadas del citado accidente han de incrementarse en el 30% a cargo exclusivo de la demandada. El expediente se inició el día 13 de junio de 1996.

2º.- El accidente se produjo cuando el trabajador se encontraba sobre la plataforma de trabajo de un andamio colgado y al intentar alcanzar la trócola para aflojar el cable de suspensión cayeron simultáneamente hasta una altura aproximada de 3 metros. No se garantizó las resistencias de los tiros y demás elementos para el ascenso y descenso del andamio, ni se dieron las instrucciones precisas para que los trabajadores no entraran ni salieran del andamio mientras no quedara asegurada su inmovilidad respecto al muro. El trabajador tampoco estaba provisto de cinturón de seguridad.

3º.- La inspección de Trabajo levantó de infracción constatando la existencia de las infracciones señaladas en la misma, que se dan por reproducidas.

4º.- A consecuencia del accidente el trabajador fue declarado en la situación de Incapacidad Permanente Total cualificada con efectos de 1-05-1996."



En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda formulada por CONSTRUCCIONES CONLAVI SL absuelvo de la misma a los demandados INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y D. Martin ."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por CONSTRUCCIONES CONLAVI SL ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 3-02-2012 , en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa CONSTRUCCIONES CONLAVI SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº tres de esta capital, en fecha 14 de febrero de 2008 , en los autos 938/2006, revocamos la misma y en su lugar dictamos otra por la que estimando íntegramente la demanda se revoca y se deja sin efecto la resolución de la Dirección Provincial del INSS de A Coruña, de fecha 17 de julio de 2006, por la que se establecía un recargo del 30% sobre las prestaciones derivadas del accidente de trabajo sufrido por el trabajador D. Martin el 6 de octubre de 1995, con devolución a la recurrente de los depósitos constituidos para recurrir."

TERCERO.- Por la representación de D. Martin se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 29-03-2012. Se aportan como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2007 (R-4945/06), y 15 de septiembre de 2009, (R-171/09).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 18-10-2012 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 23-04-2013, suspendido dicho trámite dada la trascendencia y complejidad del asunto, se acordó que la deliberación, votación y fallo del mismo se hiciera en Sala General, teniendo lugar el 17-07-2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso de casación para unificación de doctrina que plantea el trabajador suscita la cuestión de la prescripción en el recargo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo.

2. El accidente de trabajo origen de la controversia tuvo lugar el 6 de octubre de 1995. A consecuencia del mismo el trabajador fue declarado en situación de incapacidad permanente total con efectos el 1 de mayo de 1996. El INSS incóo expediente de recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad el 13 de junio de 1996 a instancia de la Inspección de Trabajo. No constan actuaciones hasta el 23 de septiembre de 2005, fecha en que el INSS remitió escrito a la empresa concediéndole el trámite de audiencia. En 17 de julio de 2006 el INSS dictó resolución declarando la responsabilidad de la empresa por falta de medidas de seguridad imponiéndole un recargo del 30%.

3. Interpuesta demanda por dicha empresa impugnando la citada resolución, el Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña dictó sentencia el 14 de febrero de 2008 (autos 938/2006) desestimando la misma.

La sentencia de 3 de febrero de 2012 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rollo 3276/2008) estimó el recurso de suplicación de la empresa, dejando sin efecto el recargo, por entender que, si bien no cabe entender caducado el expediente administrativo, sí puede apreciarse la prescripción, al no acreditarse motivos de suspensión, paralización o interrupción de la misma, por aplicación del art. 43 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

SEGUNDO.- 1. Con amparo en el art. 207 e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), el recurso del trabajador plantea dos motivos separados.

En el primero de ellos se denuncia la infracción del art. 43 LGSS , para sostener que la prescripción que establece dicho precepto se interrumpe con la tramitación del expediente administrativo y se prolonga durante todo el tiempo que media entre la incoación y la resolución expresa. Para satisfacer el requisito de la contradicción necesaria para postular de esta Sala del Tribunal Supremo la unificación de doctrina (art. 219 LRJS), se aporta la STS de 15 de septiembre de 2009 (rcud. 171/2009).

En el segundo de los motivos, la denuncia de infracción se ciñe al art. 14 de la OM de 18 de enero de 1996 y se invoca como sentencia de contraste la STS de 27 de diciembre de 2007 (rcud. 4945/2006). Advertida la parte recurrente de una posible descomposición artificial de la controversia por Diligencia de ordenación de 28 de junio de 2012, dicha parte seleccionó como sentencia contradictoria la primera de las dos citadas, esto es la de 15 de septiembre de 2009 .



2. Y, ciertamente, hay que tener en cuenta que la segunda de las sentencias de esta Sala fue, precisamente, la sentencia de contraste en el asunto resuelto por la sentencia del primero de los motivos. En todos estos casos se analiza la cuestión de la prescripción cuando han transcurrido más de 5 años desde el accidente hasta que se resuelve el expediente de recargo y en tal análisis entran en juego tanto el art. 43 LGSS como las disposiciones reglamentarias en materia de caducidad del expediente administrativo, como dos elementos de una misma línea argumental. De ahí que hayamos de considerar que lo que el recurrente suscita constituye un único punto de contradicción y debemos centrar el examen de la contradicción en la sentencia finalmente seleccionada, que, además, es la más moderna.

TERCERO.- 1. En la sentencia de contraste se trataba de un accidente de trabajo acontecido el 3 de septiembre de 1997, respecto del cual la Inspección de Trabajo instó la incoación de expediente de recargo de prestaciones, el cual se inició por el INSS el 4 de diciembre de 1997. El 23 de mayo de 2002, a requerimiento del INSS, la autoridad laboral comunicó que el expediente sancionador estaba paralizado por seguirse diligencias penales. Posteriormente, en 9 de junio de 2003 nuevamente a requerimiento del INSS, la autoridad laboral informa de que, pese haberse archivado las diligencias penales, el acta de infracción no era firme por estar recurrida en alzada. En 30 de noviembre de 2004 el INSS dictó la resolución imponiendo el recargo de prestaciones. La sentencia dictada en suplicación rechazó la caducidad del expediente pero apreció la prescripción, argumentando que no hubo interrupción ni por el auto de archivo en la causa penal, ni por las solicitudes de información entre las diversas administraciones.

La Sala IV casó y anuló aquella sentencia negando que hubiera prescripción, sosteniendo que la iniciación y tramitación del expediente del INSS interrumpe la prescripción, por cuanto el art. 44.2 Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo común y del procedimiento administrativo común (LRJCA-PAC) obliga a dictar resolución expresa y, por tanto, la prescripción quedó interrumpida hasta que se dictó dicha resolución expresa.

2- Como señala el Ministerio Fiscal en su informe, ha de afirmarse la concurrencia de la contradicción invocada, pues en ambos supuestos se trata de procedimientos de recargo iniciados a consecuencia de la labor de la Inspección de Trabajo; superan el plazo de cinco años del art. 43 LGSS; y en ellos se pone en cuestión el alcance interruptivo de la pervivencia del expediente administrativo hasta que recae resolución expresa. La constancia en la sentencia de contraste de diversas comunicaciones con la autoridad laboral que evidenciaban la no paralización no supone diferencia relevante.

CUARTO.- 1. El tema de la prescripción del recargo ha sido objeto de múltiples pronunciamientos de esta Sala IV, en la mayoría de los cuales se ha abordado juntamente con la cuestión de la posibilidad de aplicar al mismo la caducidad del expediente.

2. Como se pone de relieve en la sentencia de contraste, la solución alcanzada concentra su razón decisiva en la naturaleza de la institución del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, puesto que, partiendo de aquella, se construye el sistema de utilización adecuada de las normas que regulan el procedimiento administrativo para la imposición del recargo en cuestión.

3. Tras algunas vacilaciones iniciales, la jurisprudencia ha sostenido que el recargo de prestaciones no es ni estrictamente sanción, ni puramente prestación o indemnización.

En palabras de la STS se 13 de febrero de 2008 (rcud. 163/2007), trata de " *una indemnización con función disuasoria o punitiva, institución que se diferencia por una parte de la indemnización típica con función resarcitoria, y que se distingue también por otra parte de la multa o sanción administrativa de contenido pecuniario, cuyo importe ingresa en el Tesoro público y no se destina a la persona perjudicada por el comportamiento de infracción* ".

Asimismo se decía en la STS de 8 de julio de 2009 (rcud. 4582/2006), " *la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones es dual o mixta, pues si bien desde la perspectiva del empresario infractor se presenta como una responsabilidad sancionadora [siquiera no puede calificarse de sanción propiamente dicha], no es menos cierto que desde la óptica del beneficiario supone una prestación adicional o sobreañadida de carácter indemnizatorio [a tener en cuenta que 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»; y que ha de ser objeto de la oportuna capitalización en la TGSS]*".

Esta naturaleza híbrida o mixta ha resultado trascendente para excluir la aplicación de las normas procedimentales que se refieren a actuaciones sancionadoras de la Administración, como a continuación se verá.

QUINTO.- 1. La competencia para fijar la declaración de responsabilidad empresarial por falta de adopción de medidas de seguridad corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en virtud del art. 123 LGSS en



relación con el art. 1.e) del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre Incapacidades Laborales del Sistema de la Seguridad Social .

Se trata de una norma reglamentaria dictada en relación con la incapacidad pero cuyo art. 1. e) extiende aquella competencia para declarar la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo y determinar el porcentaje en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas.

En desarrollo de la misma, el art. 16 de la OM de 18 de enero de 1996 regula las " *Declaraciones de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene* " y se refiere a " *cualquiera que se la contingencia de que se trate* " .

Sin embargo, no se establece procedimiento específico para llevar a cabo tal declaración de responsabilidad, distinto del que se regula en los artículos precedentes de la OM. Lo único que indica el citado art. 16 es que la resolución del INSS debe motivarse con expresión de las circunstancias concurrentes, la disposición infringida, la causa concreta de las enumeradas en el art. 123 LGSS y el porcentaje en que hayan de incrementarse las prestaciones económicas. Por tanto, para la imposición del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad el único procedimiento específicamente regulado en el RD 1300/1995 y en la OM de desarrollo, de 18 de enero de 1996, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de LRJCA-PAC en virtud de lo que establecen su art. 2.2 y Disp. Ad. 5ª.

La única precisión que cabe es la que se refiere al apartado 2 de este precepto que dispone: " *cuando se conozca la existencia de algún procedimiento judicial en la vía penal por los hechos relativos a la declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad, se suspenderá el expediente en este sólo aspecto, hasta que recaiga sentencia firme por resolución que ponga fin al procedimiento* ". Respecto del mismo hemos puesto de relieve que el RD 1300/1995, en cuyo desarrollo se dictó, no contiene norma alguna que autorice la suspensión en la tramitación del expediente. Y añadíamos que, en sentido contrario, el art. 86.1 de la Ley de Procedimiento Laboral , con referencia ya al proceso ante la jurisdicción, señalaba que " *en ningún caso se suspenderá el procedimiento por seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos* ". De ahí que, dado que la legalidad del mandato de la OM citada dependía de la existencia de un sustrato legal que le sirviera de fundamento, la inexistencia del mismo provocaba la prevalencia el principio de celeridad que debe afectar a todos los expedientes en materia de prestaciones de la Seguridad Social (STS 17 mayo 2004-rcud. 3259/2003 -, 25 octubre 2005 - rcud. 3552/2004 -, 20 de diciembre de 2007- rcud. 3978/2006 - y 13 de febrero de 2008 - rcud. 163/2007 -). " *La tramitación de procedimiento penal por los mismos hechos no suspende el procedimiento para imponer el citado recargo por falta de medida de seguridad, pese a lo previsto en el art. 16.2 OM, pues tal paralización no se contempla en el RD 1300/1995 del que aquella es desarrollo y resulta contraria al art. 86.1 LPL , a la par que el art. 3.2 RD Legislativo 5/2000 limita a contemplar la paralización del procedimiento para el aspecto sancionador* " (STS 2 octubre 2008 -rcud. 1964/2007 -).

SEXTO.- 1. El problema que se suscita es el de valorar en qué medida el decurso de la tramitación del expediente del INSS puede incidir en el mantenimiento del derecho al recargo. Se trata de una cuestión que ha de abordarse teniendo presente que, aun cuando cabe la promoción de oficio por el INSS o la petición del interesado, el expediente suele iniciarse a instancia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, una vez finalizada la actividad inspectora en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, en atención al art. 7.8 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social .

2. Las conclusiones a las que la doctrina jurisprudencial de esta Sala IV ha ido llegando respecto del efecto del transcurso del tiempo sobre la tramitación del expediente administrativo de imposición del recargo sostienen que el mismo está sometido al plazo de prescripción de cinco años, en virtud de lo dispuesto en el art. 43.2 LGSS , y ello aun cuando hayamos negado que el recargo tenga una naturaleza estrictamente prestacional. Así hemos indicado que " *... desde esta perspectiva de naturaleza mixta, en su faceta de indemnización adicional satisfecha en forma prestacional atípica [no cabe desplazamiento de responsabilidad de la empresa a la aseguradora], la imposición del recargo se halla sometida a las previsiones del art. 43.3 LGSS , precepto relativo al «reconocimiento de las prestaciones» y conforme al cual «en el supuesto de que se entable acción judicial contra un presunto culpable, criminal o civilmente, la prescripción quedará en suspenso mientras aquélla se trámite, volviendo a contarse el plazo desde la fecha en que se notifique el auto de sobreseimiento o desde que la sentencia adquiera firmeza»* " (STS 2 octubre 2008 -rcud. 1964/2007 -).

SÉPTIMO. - 1. La Sala IV ha abordado también el efecto que las paralizaciones del expediente administrativo de imposición del recargo pueden tener sobre el derecho al mismo, afirmando que el procedimiento para su imposición " *se deriva del derecho del beneficiario al aumento de las prestaciones reconocidas con cargo al régimen público de la Seguridad Social* " (STS de 13 de febrero de 2008 -rcud. 163/2007 -).

2. Ello ha dado lugar a evaluar la posibilidad de caducidad del expediente y declarar que la caducidad no puede derivarse de lo dispuesto en el art. 14 de la OM de 18 de enero de 1996, porque lo que allí se señala es el



plazo de 135 días a partir del cual se activa el silencio administrativo negativo (esto es lo que, acertadamente, razona en este caso la sentencia recurrida), de ahí que, cuando la resolución administrativa en materia de prestaciones de incapacidad no se dicta en plazo, el interesado no pierde el derecho reclamado, pudiendo entender desestimada su solicitud por silencio administrativo. El citado plazo se mantiene expresamente en virtud del RD 286/2003, de 7 de marzo, que establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de seguridad social.

3. Asimismo hemos descartado la caducidad del expediente administrativo que está contemplada con carácter general en los arts. 44.2 y 92 LRJAP -PAC.

Respecto del art. 44.2 LRJAP -PAC, se rechaza la aplicación porque se refiere a los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras y, aun siendo el del recargo un procedimiento administrativo iniciado en la gran mayoría de los casos de oficio, a instancia de la actuación de la Inspección de Trabajo, hemos puesto en duda la naturaleza sancionadora del objeto del expediente (STS de 9 octubre de 2006 -rcud. 3279/2005 -, 17 de abril de 2007 -rcud. 756/2008 -, 26 de septiembre de 2007 -rcud. 2573/2006 -, 27 de diciembre de 2007 -rcud. 4945/2006 -, 30 de enero de 2008 -rcud. 4374/2006 -, 26 de mayo de 2008 -rcud. 4755/2006 -, 9 de julio de 2008 -rcud. 4534/2006 -, 2 de octubre de 2008 -rcud. 1964/2007 -, 15 de septiembre de 2009 -rcud. 171/2009 -).

Igualmente es inaplicable el art. 92 LRJAP -PAC a casos como el que aquí examinamos, porque aquel precepto se refiere a la paralización imputable al interesado a cuya solicitud se inició el expediente, y en estos supuestos nos encontramos con una incoación efectuada a resultas de la actividad de la Inspección de Trabajo.

OCTAVO.- 1. Eliminadas todas las posibilidades de caducidad por las vías indicadas, resta por examinar cómo juega la prescripción del derecho al recargo.

El criterio general es que " *en orden a la interpretación de las normas sobre prescripción, que "cualquier duda que al efecto pudiera suscitarse ... habría de resolverse precisamente en el sentido más favorable para el titular del derecho [los beneficiarios] y restrictivo de la prescripción, pues la doctrina jurisprudencial -tanto de esta Sala como de la Civil- ha venido reiterando que al ser la prescripción extintiva una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de seguridad jurídica y presunción de abandono del derecho objetivo, por tal razón debe ser objeto de tratamiento cautelar y aplicación restrictiva"* (así lo recuerda la STS de 7 de julio de 2009 -rcud 2400/2008 - con cita de varias sentencias anteriores).

2. En relación al arranque del plazo de prescripción ya en la STS/Pleno de 10 de diciembre de 1998 (rcud. 4078/1997) - reiterada en la STS de 12 de febrero de 1999 (rcud. 1494/1998)- se ponía de relieve la complejidad del recargo y de las múltiples vías de reacción que nacen como consecuencia del daño sufrido por el accidente de trabajo en que interviene infracción de medidas y se decía que " *si el quantum indemnizatorio ha de ser único, y por razón de los hechos su determinación la atribuye el legislador a distintos Ordenes jurisdiccionales, con carácter parcial en tesis del perjudicado que aspira a un quantum superior, el cómputo del día inicial a los efectos prescriptivos, ante cada uno de ellos, ha de fijarse cuando esas respectivas pretensiones pudieron agitarse en los distintos procedimientos "*. De ahí que esta Sala IV concluyera que " *el día inicial a los efectos prescriptivos no puede fijarse con carácter general, en el momento de ocurrir el evento que ocasionó la muerte o cuando se archivaron las diligencias penales, pues el plazo arranca de acuerdo con el art. 1969 del CC, en el día en que las acciones pudieron ejercitarse tendiendo en cuenta en cada supuesto las distintas vías jurisdiccionales que se utilizaron para lograr una indemnización global dirigida a resarcir el daño en su integridad "*.

Como recuerda la STS de 7 de julio de 2009 (rcud. 2400/2008) con cita de sentencias anteriores, " *el plazo de prescripción de cinco años se cuenta desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate o desde el momento en que la acción pudo ser ejercitada "*. Poniendo de relieve también el criterio flexible seguido por la Sala IV. (SSTS/IV 9-febrero-2006 -rcud. 4100/2004 , con invocación del criterio sustentado en STS/IV 10-diciembre-1998 -rcud. 4078/1997 Sala General - y 12-febrero-2007 -rcud. 4491/2005 -).

NOVENO.- 1. Conviene ahora precisar que el plazo de prescripción del derecho al recargo que ostenta el beneficiario de prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional se halla sometido a la eventualidad de su interrupción.

2. Al efecto, el art. 43.2 LGSS remite a las causas ordinarias del art. 1973 del Código Civil (ejercicio de la acción ante los Tribunales, reclamación extrajudicial del acreedor y cualquier acto de reconocimiento por el deudor) y añade, además, por la reclamación ante la Administración o el " *en virtud del expediente que tramite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso de que se trate"*.



Al respecto, la STS de 7 de julio de 2009 (rcud. 2400/2008) destacaba que la iniciación del procedimiento sancionador por la Inspección de Trabajo opera con efecto interruptivo de la prescripción tanto si se esta desarrollando un expediente de reconocimiento de recargo como cuando éste último no se ha iniciado.

3. Finalmente, el art. 43.3 incluye también la acción judicial contra un presunto culpable, criminal o civilmente. Al respecto, en la STS de 12 de marzo de 2007 (rcud. 4099/2005) indicábamos que la doctrina sentada en torno a art. 16.2. OM, antes referenciada, no implica que el proceso penal o el procedimiento administrativo para sancionar las responsabilidades administrativas, por incumplimiento de las normas de prevención que haya podido motivar el accidente, no suspendan el plazo de prescripción de la acción para reclamar el abono del recargo.

4. Llegados a este punto hemos de examinar cuál es la extensión de la interrupción del plazo de prescripción del art. 43.2º LGSS , que arranca con la incoación del expediente administrativo.

La doctrina jurisprudencial que se reproduce en la sentencia de contraste (así como por la STS de 27 de diciembre de 2007 sobre la que se efectuaba allí el juicio de comparación doctrinal), parte de la obligación de dictar resolución expresa que el art. 42.1 LRJAP -PAC impone a las administraciones públicas.

En esa línea hemos declarado que el plazo prescriptivo se prolonga durante todo el tiempo que media entre la incoación y la notificación de la resolución expresa que recaiga, cuando la Entidad gestora dicte tal resolución, y ello sin perjuicio de que el interesado hubiera podido ejercitar las acciones que considerara oportunas en el momento en que pudo entender desestimada por silencio administrativo su petición.

Siguiendo ese criterio, la prescripción estaría interrumpida desde el momento en que se puso en marcha el expediente administrativo.

Sin embargo en un caso como el que ahora se nos somete a enjuiciamiento, en que no hay constancia de resolución alguna durante el tiempo que duró el expediente (éste se incóo en 1996 y no se produce actuación alguna hasta que se da audiencia a la empresa en 2005, siendo así que el accidente tuvo lugar en 1995 y el único reconocimiento de prestación que se acredita se produjo en también en dicho año), las consecuencias de la doctrina expuesta -y que se corresponde con la que se muestra en la sentencia de contraste- deben ser objeto de nueva reflexión por parte de esta Sala.

DÉCIMO.- 1. Las dificultades en la conceptualización misma de la figura del recargo, que nos han llevado a negar su naturaleza sancionadora pura así como la prestacional estricta, no pueden conducirnos a la negación de unas mínimas garantías de seguridad jurídica para las partes implicadas en el mismo.

No puede obviarse el dato de que, en la práctica, la inmensa mayoría de los expedientes de recargo de prestaciones que el INSS tramita tienen su origen en el ejercicio por parte de la Inspección de su facultad para proponer al INSS la iniciación de un expediente de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, como ya se ha apuntado.

2. La consideración de que la incoación del expediente determina la interrupción de la prescripción sin mayores matizaciones lleva a en la práctica a sanar cualquier paralización del expediente que el INSS determine, sin entrar a valorar si había alguna causa legal de suspensión o ampliación y si pudo darse cabida a la intervención de los verdaderos interesados en el expediente. Téngase en cuenta que la independencia y compatibilidad del recargo de prestaciones con cualquier otra responsabilidad, incluso penal, que pueda derivarse de la infracción, tal y como legalmente viene declarada, debería llevarnos a poner en cuestión la suspensión de los expedientes administrativos de recargo. Máxime cuando la Disposición Adicional 4ª de la Ley 42/1997 otorga a los informes-propuesta de la Inspección de Trabajo presunción de certeza de un modo autónomo e independiente a las actas de infracción, privando así de excusa para esperar al resultado de la eventual impugnación del acta de infracción.

3. Por tanto, si la Entidad Gestora no va a efectuar más labor de instrucción que la que resulta del informe-propuesta inicial de la Inspección de trabajo, no cabe alargar el procedimiento sin justificación legal, contraviniendo el principio de impulso de oficio (arts. 74 LRJCA -PAC y art. 6 de la OM) y manteniendo en último extremo unas expectativas de cobro del recargo para el trabajador o sus beneficiarios que se verán frustradas si finalmente éste no se impone, puesto que la demora impidió que aquéllos hubieran impugnado, en su caso, el rechazo del INSS a la fijación del recargo.

De ahí que el efecto interruptivo que sobre la prescripción tiene la incoación del expediente haya de ser puesto en relación con las circunstancias concurrentes a lo largo de la tramitación del mismo, de suerte que solo la justificación clara de la suspensión ó ampliación en dicha tramitación pueda permitir el mantenimiento de aquella interrupción. Y ello implica el conocimiento de las partes de la causa que motiva la suspensión de la tramitación -no en vano el INSS debe poner en conocimiento de los interesados la existencia del procedimiento-



y, por consiguiente, la posibilidad de intervenir en el expediente, y combatir en su caso la decisión paralizadora del curso de la tramitación.

4. Habrá de estarse, por tanto, a la regla que fija el plazo para resolver, a la que ya nos hemos referido, si bien no para entender caducado el expediente, sino para entenderlo resuelto por silencio.

Alcanzado el plazo máximo de 135 días hábiles del art. 14.1 de la OM de 1996, desde el acuerdo de iniciación del procedimiento o desde la recepción de la solicitud de iniciación del interesado (el trabajador o sus beneficiarios), se entenderá resuelto el expediente en sentido negativo y, por consiguiente, se reiniciará el cómputo del plazo de prescripción del derecho, que había quedado interrumpido con la incoación de aquél. Todo ello sin perjuicio de que la Entidad Gestora pudiera acordar, en su caso, la ampliación del plazo con arreglo a lo que permite el art. 14.2 de la OM y los arts. 42 y 49 LRJAP -PAC.

Ello no se contradice con la obligación de resolver que tenga el INSS con arreglo al propio art. 14.3 de la OM, en consonancia con el art. 44 LRJAP -PAC. Nada impide el mantenimiento de la eficacia de la resolución expresa posterior si se mantienen las circunstancias de vigencia del derecho. Así ocurrirá si en el momento en que el INSS dicta la resolución expresa imponiendo el recargo no se ha agotado el plazo de prescripción reiniciado o si éste se ha visto interrumpido de nuevo por la reclamación del interesado, por la existencia de un procedimiento judicial o sancionador (STS de 12 de marzo de 2007 -rcud. 4099/2005 -) o, incluso, por la apertura de un nuevo expediente de reconocimiento de prestaciones diferentes. Todos ellos actuarán como mecanismo de interrupción de la prescripción y, en consecuencia, ningún impedimento habría en volver a instar la fijación del recargo. Como decíamos en la STS de 18 de octubre de 2007 (rcud. 2812/2006), cuando la resolución administrativa no se dicta en plazo el interesado no pierde el derecho, pudiendo acudir a los tribunales tras entender desestimada su pretensión por silencio administrativo

La finalidad del plazo de 135 días es permitir al trabajador reaccionar ante la falta de respuesta en un procedimiento que tiene por finalidad dotarle de una mayor protección y resarcirle por la contingencia profesional acaecida.

Lo que se indica es que el tiempo de interrupción de la prescripción no puede quedar sometido a la mera inactividad administrativa cuando la ley establece tanto el citado principio de impulso procedimental, como las consecuencias de la falta de resolución en plazo.

UNDÉCIMO .- El criterio expuesto nos ha de llevar a afirmar que en el caso presente debía de apreciarse la prescripción, como hizo la sentencia recurrida, puesto que desde la incoación del expediente administrativo en junio de 1996 no se produjo actuación de ningún tipo ni por la propia Entidad Gestora, ni por alguno de los interesados que pudiera servir para interrumpir el plazo de prescripción. De ahí que la interrupción que provocó la incoación de expediente se haya de entender producida exclusivamente hasta que pudo considerarse resuelto por silencio administrativo negativo, iniciándose en ese momento un nuevo plazo de prescripción de cinco años superado ampliamente en este caso. Por otra parte, no hay en este caso reclamación alguna del trabajador, siendo así que lo único que se acredita es que al mismo se le reconoció la prestación de incapacidad permanente total con efectos de 13 de mayo de 1996.

La resolución expresa del INSS se dictó extemporáneamente, cuando se había agotado con creces el plazo de cinco años y, por ello, puede la empresa alegar cabalmente la prescripción.

Todo ello nos conduce a la desestimación del recurso, sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Martín frente a la sentencia dictada el tres de febrero de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación nº 3276/2008 , iniciados en el Juzgado de lo Social nº 3 de La Coruña, autos núm. 938/06, a instancias de CONSTRUCCIONES CONLAVI SL. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto Particular



VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a Rosa Maria Viroles Piñol de conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto de la sentencia dictada el 17 de julio de 2013 en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 1023/12, en Sala General constituida al amparo del art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se formula voto particular a la sentencia dictada en el recurso **1023/2012**, en el que la que suscribe expresa, con total respeto, su discrepancia respecto del criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala al resolver las cuestiones que se suscitan en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sosteniendo la posición que mantuvo en la deliberación.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERA.- La sentencia dictada por esta Sala en su voto mayoritario, desestima el recurso de casación interpuesto por la representación de D. Martín frente a la sentencia dictada el 3 de febrero de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia , en autos seguidos a instancias de la mercantil Construcciones Conlavi SL.

El RCU se plantea por el trabajador, suscitándose la cuestión de la prescripción en el recargo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo. Como refleja la sentencia dictada por la Sala, el accidente de trabajo origen de la controversia tuvo lugar el 6 de octubre de 1995. A consecuencia del mismo el trabajador fue declarado en situación de incapacidad permanente total con efectos de 1 de mayo de 1996. El INSS incoó expediente de recargo de prestaciones por infracción e medidas de seguridad el 13 de junio de 1996 a instancia de la Inspección de Trabajo. N constan actuaciones hasta el 23 de septiembre de 2005, fecha en la que el INSS remitió escrito a la empresa concediéndole el trámite de audiencia. Finalmente el INSS en fecha 17 de julio de 2006 dictó resolución declarando la responsabilidad de la empresa por falta de medidas de seguridad imponiéndole un recargo del 30%.

La sentencia recurrida dictada por la Sala Social del TSJ de Galicia de fecha 3 de febrero de 2012 (rollo 3276/2008) estimó el recurso de suplicación formulado por la empresa, dejando sin efecto el recargo, por entender que si bien no cabe entender caducado el expediente administrativo, sí puede apreciarse la prescripción, al no acreditarse motivos de suspensión, paralización o interrupción de la misma, por aplicación del art. 43 de la Ley General de la Seguridad Social .

SEGUNDA.- 1.- Si bien la que suscribe muestra su conformidad en gran parte de las consideraciones, el desacuerdo está en la indefinición de la sentencia en su voto mayoritario que lleva a una conclusión de la que con los debidos respetos, discrepa.

Considero que debió mantenerse la doctrina de la Sala contenida , entre otras muchas, en la STS designada de contraste de 15 de septiembre de 2009 (rcud. 171/2009), que casó y anuló la sentencia allí recurrida, negando que hubiera prescripción, sosteniendo que la iniciación y tramitación del expediente del INSS interrumpe la prescripción, por cuanto el art. 44,2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJCA -PAC) obliga a dictar resolución expresa y, por tanto, la prescripción quedó interrumpida hasta que se dictó dicha resolución expresa.

2.- No sólo el tema de la prescripción del recargo ha sido objeto de múltiples pronunciamientos, sino también la determinación de la naturaleza jurídica del mismo. La jurisprudencia ha sido vacilante al sostener que el recargo de prestaciones no es ni estrictamente sanción, ni puramente sanción o indemnización. Esta indefinición subsiste, no obstante la STS de 8 de julio de 2009 (rcud. 4582/2006), de la que el voto mayoritario extrae que "*la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones es dual o mixta, pues si bien desde la perspectiva del empresario infractor se presenta como una responsabilidad sancionadora [siquiera no puede calificarse de sanción propiamente dicha], no es menos cierto que desde la óptica del beneficiario supone una prestación adicional o sobreañadida de carácter indemnizatorio [a tener en cuenta que 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"; y que ha de ser objeto de la oportuna capitalización en la TGSS]*".

Se define con una naturaleza híbrida o mixta, trascendente para excluir la aplicación de las normas procedimentales que se refieren a actuaciones sancionadoras de la Administración. Estimo que de entrada es necesaria una definición clara y concreta de la naturaleza jurídica del recargo que facilite las consecuencias y las normas procesales aplicables, lo cual aportaría una solución unificadora para supuestos como el presente.

3.- Y partiendo de la naturaleza jurídica concreta, podría analizarse el efecto del transcurso del tiempo sobre la tramitación del expediente administrativo de imposición del recargo, que sin duda de ella depende. El voto mayoritario sostiene que está sometido al plazo de prescripción -propio de las prestaciones- a pesar



de que niega que el recargo tenga naturaleza prestacional, partiendo de la perspectiva mixta, en su faceta de indemnización adicional, y en consecuencia sometido a las previsiones del art. 43.3 LGSS, conforme señala nuestra STS de 2 de octubre de 2008 (rcud. 1964/2007), conforme al cual "en el supuesto de que se entable acción judicial contra un presunto culpable, criminal o civilmente, la prescripción quedará en suspenso mientras aquella se tramite, volviendo a contarse el plazo desde la fecha en que se notifique el auto de sobreseimiento o desde que la sentencia adquiera firmeza".

4.- La indefinición de la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones, lleva al voto mayoritario a descartar la posibilidad de caducidad del expediente administrativo contemplada con carácter general en los arts. 44.2 y 92 LRJAP -PAC, por entender que éstos se refieren a procedimientos en que la Administración ejercita potestades sancionadoras, con lo cual excluye -aunque se diga que se pone en duda- la naturaleza sancionadora del objeto del expediente.

TERCERA.- Descartada la caducidad, la sentencia examina cómo juega la prescripción, para en definitiva entender que es aplicable al caso. Con referencia a la STS de 7 de julio de 2009 -rcud 2400/2008-, se recuerda que el criterio general es que "en orden a la interpretación de las normas sobre prescripción, que "cualquier duda al efecto pudiera suscitarse ... habría que resolverse precisamente en el sentido más favorable para el titular del derecho (los beneficiarios) y restrictivo de la prescripción, pues la doctrina jurisprudencial -tanto de esta Sala como de la Civil- ha venido reiterando que al ser la prescripción extintiva una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de seguridad jurídica y presunción de abandono del derecho objetivo, por tal razón debe ser objeto de tratamiento cautelar y aplicación restrictiva". Y con referencia a la misma sentencia se recuerda que "el plazo de prescripción de cinco años se cuenta desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate o desde el momento en que la acción pudo ser ejercitada", poniendo -se dice- de relieve el criterio flexible seguido por la Sala IV.

Analizando la extensión de la interrupción del plazo de prescripción del art. 43.2 LGSS, se refiere la sentencia en el voto mayoritario -aunque no lo comparte en la solución- a la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia designada en el caso como de contraste, es decir, la de 27 de diciembre de 2007, cuya doctrina considero debió mantenerse, que parte de la obligación de dictar resolución expresa que el art. 42.1 LRJAP -PAC impone a las administraciones públicas; y en esta línea el plazo prescriptivo se prolonga durante todo el tiempo que media entre la incoación y la notificación de la resolución expresa que recaiga, cuando la Entidad gestora dicte tal resolución, y ello sin perjuicio de que el interesado hubiera podido ejercitar las acciones que considere oportunas en el momento en que pudo entender desestimada por silencio administrativo su petición. Y en este criterio, que comparto, la prescripción estaría interrumpida desde el momento en que se puso en marcha el expediente administrativo.

CUARTA.- 1.- Ahora bien, este criterio anterior en relación a la interrupción del plazo de prescripción, entiende el voto mayoritario que "debe ser objeto de nueva reflexión por parte de esta Sala", es decir, que debe abandonarse la doctrina antes expuesta. Concluye la sentencia señalando que habrá de estarse a la regla que fija el plazo para resolver, "si bien no para entender caducado el expediente, sino para entenderlo resuelto por silencio". De modo que, "alcanzado el plazo máximo de 135 días hábiles del art. 14.1 de la OM de 1996, desde el acuerdo de iniciación del procedimiento o desde la recepción de la solicitud de iniciación del interesado ... se entenderá resuelto el expediente en sentido negativo, y por consiguiente, se reiniciará el cómputo del plazo de prescripción del derecho, que habrá quedado interrumpido con la incoación de aquél". Señala asimismo la sentencia que, "nada impide el mantenimiento de la eficacia de la resolución expresa posterior si se mantienen las circunstancias de vigencia del derecho. Así ocurrirá si en el momento en que el INSS dicta resolución expresa imponiendo el recargo no se ha agotado el plazo de prescripción reiniciado o si este se ha visto interrumpido de nuevo por la reclamación del interesado, por la existencia de un procedimiento judicial o sancionador ... o incluso, por la apertura de un nuevo expediente de reconocimiento de prestaciones diferentes. Todos ellos actuarán como mecanismo de interrupción de la prescripción y, en consecuencia, ningún impedimento habría en volver a instar la fijación del recargo...".

2.- Este extremo es el que no puedo en absoluto compartir, por los efectos perversos que comporta. Teniendo en cuenta que la naturaleza jurídica del recargo se ha establecido como no prestacional y tampoco como sancionadora, si bien se aplican normas relativas al procedimiento prestacional y al sancionador, la reflexión ha de alcanzar al análisis de la distinción entre la prescripción y la caducidad necesaria para establecer los criterios que rigen el procedimiento administrativo sancionador. Porque ninguna duda cabe que la prescripción pone fin a la acción sancionadora de la Administración y es el tiempo que tiene para iniciar el procedimiento, mientras que la caducidad pone fin al procedimiento por agotamiento del tiempo disponible para dar por concluido el procedimiento. La prescripción es causa de extinción de la responsabilidad administrativa, y la Administración solo podrá reiniciar el procedimiento sancionador si no se ha agotado el plazo de prescripción; en tanto que la caducidad es un modo de terminación del procedimiento sancionador.



3.- Por ello, aún cuando la sentencia en su voto mayoritario, señala que "nada impide el mantenimiento de la eficacia de la resolución expresa posterior si se mantienen las circunstancias de vigencia del derecho", lo cierto es que ello solo ocurrirá si el plazo de prescripción, es decir los cinco años computados a partir de los 135 días, no han transcurrido; si ello no es así, el instituto de la prescripción habrá operado ya todos sus efectos, y tampoco podría instarse de nuevo la fijación del recargo, que en todo caso entiendo es única, sin perjuicio de las consecuencias que de la misma se expanden.

4.- Entiendo que no puede obviarse la obligación de la Administración -en el caso de la Entidad Gestora - de resolver, conforme al art. 14.3 de la OM . y art. 44 de la LRJAP -PAC. Y una vez exista resolución expresa del INSS, aunque como en el presente caso se considere extemporánea según la tesis del voto mayoritario, ésta ha de surtir plenos efectos, pues en definitiva esta situación se produce por un claro incumplimiento de la Administración de su deber de resolver expresamente (art. 42.1 LRJAP) y la demora en el plazo de resolución de recursos administrativos no provocan ni caducidad ni prescripción. Pues de lo contrario podría entenderse que se vulneran las normas del procedimiento administrativo común que disciplinan el régimen jurídico de los actos presuntos y la obligación de resolver, señalando que << El Art. 42.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre , obliga efectivamente a dictar y notificar resolución expresa en todos los procedimientos y como establece el artículo 43.3, párrafo segundo , la desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que sea procedente, lo que resulta lógico ante el deber inexcusable de la Administración de resolver de forma expresa>>.

Ahora bien, como reiteradamente señala nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa, cierto es que, cuando la Administración incumple tal obligación no puede bloquearse el acceso a la jurisdicción del administrado y surge la figura del silencio administrativo que permite la impugnación jurisdiccional a pesar de la desidia administrativa manifestada por la falta de resolución. Se permite, así, cuestionar ante los jueces y tribunales, según el sentido positivo o negativo conferido al silencio, lo presuntamente decidido por la Administración.

En este sentido, el artículo 43.2 de la Ley 30/1992 , dispone " *La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente* ". Coloca, por tanto, al interesado en el procedimiento administrativo ante la tesitura de acudir a la vía jurisdiccional interponiendo recurso frente al acto presunto, lo que obliga al órgano jurisdiccional a pronunciarse sobre el recurso interpuesto adoptando la decisión que proceda, o bien aquietarse ante la misma, o bien intimar e instar una resolución expresa de sus peticiones en vía administrativa. En cualquier caso, lo que no puede postularse con éxito es una declaración de nulidad de la actuación presunta impugnada por incumplimiento de la obligación de resolver al no constituir esa circunstancia, por si misma, un supuesto de invalidez de conformidad con los artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992 .

Como señala la STS/III de 11 de octubre de 2012 (rec. 1722/2009) , "la técnica del silencio administrativo negativo está establecida en favor del administrado, que en otro caso no podría acceder, insistimos, a los órganos jurisdiccionales, al faltar la actuación impugnada, pues la "inactividad" a que se refiere la recurrente no guarda relación con el supuesto del artículo 29 de la LJCA . De modo que no puede anudarse al acto presunto consecuencias distintas de las establecidas *ex lege* entre las que no se encuentran, desde luego, la nulidad radical de toda la actuación administrativa silente basada, únicamente, en el incumplimiento de la obligación de resolver".

Y como señalamos en la STS/IV de 15 de septiembre de 2009 (rcud. 171/2009) , conforme al apartado 2 del art. 43 de la LGSS , "la prescripción se interrumpirá por las causas ordinarias del artículo 1973 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". Aparece, pues, como "evidente el hecho de que la iniciación y subsiguiente tramitación del expediente a través del cual el INSS debe resolver lo atinente a si procede o no el recargo del que tratamos, interrumpe la prescripción a la que alude el citado art. 43.1 de la LGSS " .

En el concreto problema acerca de la posible caducidad del expediente administrativo , me remito a la reiterada doctrina de esta Sala citada por aquélla (STS/IV de 15/9/2009) , entre otras, nuestras Sentencias de 5 de diciembre de 2006 (rec. 2531/05) , 26 de marzo de 2007 (rec. 345/06) , 27 de marzo de 2007 (rec. 639/06) , 17 de abril de 2007 (rec. 756/06) y 27 de Junio de 2007 (rec. 3300/06) , que se han pronunciado en el sentido de "[entender que el expediente administrativo tramitado para la posible fijación de un recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad y salud laboral no es un expediente sancionador y, por lo tanto, el exceso sobre el plazo establecido para la resolución del mismo no produce como consecuencia la caducidad del expediente, sino la de entender que la solicitud ha sido desestimada, permitiendo a la parte ejercitar las acciones legales correspondientes; y ello no solo porque el art. 14 de la OM de 18 de enero de



2006 (que sería la norma aplicable por la remisión que el art. 42 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre -LRJAP -PAC- hace a "la norma reguladora del correspondiente procedimiento"), aunque fija el plazo de 135 días, no tiene prevista como consecuencia de su incumplimiento la caducidad del expediente sino precisamente que "la solicitud podrá entenderse desestimada...", sino porque en la citada LRJAP- PAC, en concreto en su art. 44.2 , sólo tiene establecida la caducidad para los procedimientos iniciados de oficio cuando a su vez se trate de procedimientos "en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o...susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen"; habiendo llegado esta Sala a la conclusión de que el recargo de prestaciones, a pesar de lo controvertido de su naturaleza jurídica, no es ni una sanción ni un gravamen sino una indemnización, aun cuando tenga un peculiar régimen jurídico a otros efectos, como puede apreciarse en las sentencias antes citadas, en las que se afirma con toda claridad que "el recargo no deriva de la potestad sancionadora de la Administración -esa potestad se manifiesta en la imposición de la correspondiente multa-, sino de un incumplimiento de las obligaciones que el empresario asume como consecuencia del contrato de trabajo".

(...) En definitiva, en este tipo de expedientes no se produce su caducidad por el transcurso del plazo máximo legal o reglamentariamente previsto para su conclusión, y ello es así como consecuencia de la obligación de dictar resolución expresa que a la Administración impone el art. 42.1 de la LRJAP -PAC, por lo que **la interrupción del plazo de cinco años que para la prescripción del derecho al reconocimiento de las prestaciones establece el art. 43.1 de la LGSS se prolonga -en todos los casos en que la Administración haya cumplido su deber de dictar resolución expresa- durante todo el tiempo que medie entre la incoación y la notificación de la resolución expresa que recaiga;** ello sin perjuicio del derecho del interesado a entablar las oportunas acciones judiciales a partir del momento en que la petición pueda considerarse desestimada por silencio administrativo]".

Así, teniendo en cuenta que en el caso sometido a enjuiciamiento existe resolución expresa del INSS (aunque se dice dictada extemporáneamente), estimo que en modo alguno debió apreciarse la prescripción, que premia la demora, lentitud, retraso o desidia en el actuar de una Administración pública, y a la vez impide al interesado la apertura de un nuevo expediente al haberse "agotado con creces el plazo de cinco años".

Dentro de esta reflexión, considero que la solución correcta hubiera sido la de mantener la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia aportada de contraste.

En Madrid, a 17 de julio de 2013.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Maria Lourdes Arastey Sahun así como el voto particular formulado por la Excmo. Sra. Magistrada Dña. Rosa Maria Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.