

Roj: **STS 914/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:914**Id Cendoj: **28079140012016100088**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/02/2016**Nº de Recurso: **846/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Febrero de dos mil dieciséis.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Miguel Ángel Cruz Pérez en nombre y representación de URALITA SA., contra la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 3396/13, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona, de fecha 10 de diciembre de 2012, recaída en autos núm. 242/12, seguidos a instancia de URALITA, S.A. contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y D^a Carlota, sobre ACCIDENTE DE TRABAJO.

Han comparecido en concepto de recurridos el Letrado de la Administración de la Seguridad Social actuando en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la Letrada D^a Francisca Ureña Martínez en nombre y representación de D^a Carlota.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de diciembre de 2012 el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" **1º** .- D. Eloy, del que es viuda la demandante, D^a Carlota, prestó servicios para la empresa Rocalla, SA, en el centro de trabajo de Castelldefels, desde 22/07/71 hasta el 09/04/73, siendo su categoría profesional de Operario de fábrica.

2º.- En el mes de julio de 2008, el Sr. Eloy fue diagnosticado de Mesotelioma pleural maligno, y murió en fecha 02/06/09. Por resolución de fecha 05/10/10 se reconoció que la contingencia determinante de la pensión de viudedad reconocida a D^a Carlota, derivaba de enfermedad profesional, fijando una base reguladora de 1.952,82 euros, porcentaje del 52%, y efectos de 08/03/2010.

3º.- La empresa Rocalla, SA, que fue absorbida por URALITA, SA, (folio 1085) se dedicaba a la fabricación de productos de fibrocemento, y empleaba diversos tipos de amianto (crocidolita, crisolita y amesita), y en una inspección realizada en 1974 por el Instituto Territorial de Higiene y Seguridad del Trabajo, se detectaron riesgos de asbestosis por inhalación de fibras de amianto en varias zonas de la fábrica, y riesgos de sobrecarga pulmonar por inhalación de cemento y perlita; concretamente en el mezclado de los amiantos en cuatro molinos, en el corte de planchas mediante sierra de disco, en el tratamiento del cemento, de la perlita, de las superficies Rocalite, cortado y acabado de piezas de amianto cemento. Se detectaron también riesgos en otras áreas y zonas relacionadas con estrés térmico, dermatitis, inhalación de formaldehídos, estireno - monómero.

En el año 1976 se hace una valoración de las condiciones higiénicas de los puestos de trabajo de la empresa y llega a la conclusión de que hay probabilidad de asbestosis en diferentes puestos de trabajo por inexistencia o insuficiencia de sistemas de ventilación, por rotura de sacos que contienen asbesto, por operaciones de



barrer con escoba en seco y ropa de trabajo inapropiada, y en cuanto a protecciones personales no estaban homologadas y sólo se utilizaban en la sección de molinos y durante el vaciado de la tolva del molino.

En 1986 se vuelve a hacer una nueva valoración, y consta que desde el año 1983 hacía controles trimestrales de fibras de amianto en los lugares de trabajo de molturación y cilindros, ya que son los únicos potencialmente expuestos, según la empresa, a fibras de amianto, sin que se dispongan datos de las condiciones ambientales, y como conclusión se dice que se considera que todos los trabajadores situados en procesos de fabricación de fibrocemento, están potencialmente expuestos al amianto.

En 1988 la empresa ya tenía vestuarios específicos para los trabajadores potencialmente expuestos al amianto, la ropa de trabajo era adecuada, y limpiaba el suelo de las instalaciones por aspiración. Ahora bien, en el año 1990 se realiza una nueva visita y se comprueba que había sacos rotos sin reparar, no había señalización en las zonas donde se manipula amianto, los trabajadores fumaban en las zonas donde hay o se manipula amianto, limpieza deficiente en diferentes lugares de las naves, sacas vacías que no estaban en recipientes cerrados, no había doble taquilla, y la limpieza de instalaciones y máquinas sin protectores personales.

4º.- La empresa había hecho recomendaciones en 1963 que todo el personal llevara caretas buconasales.

5º.- Según la memoria del servicio médico de empresa de 1962 se hicieron revisiones médicas específicas para riesgos de silicosis, asbestosis y dermatosis, a 45 trabajadores, sin que conste que se haya hecho ningún otro hasta el 1987.

6º.- El comité de seguridad e higiene se reunía periódicamente y se trataban los problemas detectados de seguridad en el trabajo, así como indicaba las actuaciones que en esta materia deberían ser llevadas a cabo por la empresa, algunas de las cuales se reflejan como solucionadas y otras no consta que se hubieran llevado a cabo. En el acta de julio de 1971 consta que se ha construido un extractor en la máquina Rocalyte, y en el informe del Instituto de Seguridad en el Trabajo de 1974 consta que el extractor no cumple con las funciones ya que eran de menor diámetro que los molinos y las conducciones están estranguladas por los codos. En el acta de enero de 1974 se hace constar que se instalaba un sistema de pulverización de agua en el disco de corte de planchas, y en el mismo informe se dice que hay riesgo de polvo de amianto. En el acta de junio de 1976 consta que una persona pide que se mire de cambiar la posición del extractor del cuarto de perlita porque el polvo va a parar al personal que pasa por ese lugar y dada la potencia o posición, hace levantar el polvo del suelo. En el acta de marzo de 1977 se deja constancia de que la pasta de la máquina Bell que va a parar a la calle, cuando se seca forma polvaredas de amianto y cemento. En el acto del mes de septiembre de 1977 se deja constancia de que el servicio médico de empresa hizo una inspección en la trituradora de piezas rotas de amianto y cemento, Gruber, y el polvo que se desprende de la máquina es peligroso para la salud. En el acta de febrero de 1978 se deja constancia de que hay un caso sospechoso de asbestosis, igualmente en el acta de septiembre de 1978 se hace constar que había ocho trabajadores afectados de asbestosis, y del mismo modo consta que una persona pregunta a otra sobre el problema que origina la mezcla de la perlita y esta segunda dice que esto es un problema económico y que estaba previsto fabricar la perlita en otra máquina.

7º.- La empresa estaba inscrita en el Registro de Empresas con Riesgo por Amianto en fecha 25/10/85.

8º.- URALITA, S.A., proponiendo un recargo del 50% en todas las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional de D. Eloy . Por resolución del INSS dictada en fecha 14/11/11 se declaró la falta de medidas de seguridad y se impuso a URALITA, SA, un recargo del 50% en todas las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional. Interpuso la empresa reclamación previa que fue desestimada por resolución de fecha 16/02/12.

9º.- Por sentencia del Juzgado Social núm. 32 de fecha 13/10/11 se condenó a la empresa URALITA, S.A., como sucesora de Rocalla, S.A., a abonar a la demandante, junto con sus hijos, una indemnización por la responsabilidad civil por la muerte del Sr. Eloy . Esta sentencia fue confirmada por la del TSJ de Cataluña de fecha 15/06/2012 .

10º.- Según la Inspección de Trabajo, la vida laboral de D. Eloy es la siguiente:

El trabajador prestó servicios posteriormente en:

JUAN GOLOGARDES VILA (CCC 086991496) El trabajador prestó servicios como empaquetador y la empresa prestaba servicios de logística. La empresa consta en situación de baja por no tener Trabajadores desde 1980. El trabajador prestó servicios en la empresa entre 1973 y 1975.

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE LÁMPARAS ELÉCTRICAS (CIF A08000754 y CCC 08000707112) sucedida por TECNIMAGEN, S.A. (CIF A58350513 y CCC 08040303623). Ésta última en situación de alta en la base de datos de la TGSS con un único trabajador en alta. TECNIMAGEN, S.A. se encuentra actualmente en situación de concurso y el administrador concursal, Carlos Francisco , ha informado a quien suscribe que la empresa no



dispone ni del contrato del trabajador, ni del recibo de salarios ni de la evaluación de riesgos ni del certificado de aptitud del trabajador, desconoce también el puesto de trabajo ocupado.

Según informó la viuda del trabajador, Eloy prestó servicios como Oficial 1ª Reparador, técnico de televisores en la empresa, y así consta en certificado que aporta y expedido por el jefe de personal de TECNIMAGEN, SA. el 24/01/1994.

El trabajador inició la prestación de servicios en 03/11/1976 (SOCIEDAD ESPAÑOLA DE LÁMPARAS ELÉCTRICAS) hasta 10/04/1987, y prestó servicios en TECNIMAGEN, S.A. del 11/04/1987 al 21/01/1994, finalizando la prestación de servicios puede ser afectado en un expediente de regulación de empleo.

La actividad era la de fabricación y reparación de aparatos de televisión.

RESTAURAN BAPALOES, S.L. (CCC 08133364821) El trabajador prestó servicios como camarero entre el 19/12/2005 y 28/12/2005, la empresa gestionaba un restaurante y se encuentra en situación de baja por crédito incobrable en la base de datos de la TGSS desde 03/09/2009".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Desestimo la demanda interpuesta por URALITA, S.A., contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Carlota , absuelvo a los demandados de las peticiones formuladas en la demanda, y confirmo la resolución del INSS de fecha 14/11/11, por la que se impone el recargo del 50% en todas las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional contraída por D. Eloy ".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por URALITA, S.A. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 15 de noviembre de 2013 , en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de URALITA, S.A., contra la sentencia de 10 de diciembre de 2012, dictada por el Juzgado Social número 3 de los de Barcelona , en los autos números 242/2012, seguidos a instancia de la recurrente, URALITA S.A., contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y Carlota en materia de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, y, en consecuencia, confirmamos la resolución judicial impugnada".

TERCERO.- Por la representación de URALITA, S.A. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 7 de marzo de 2014. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 18 de julio de 2011 .

CUARTO.- Con fecha 9 de septiembre de 2014 se admitió por esta Sala 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 la DESESTIMACIÓN del recurso, señalándose para la votación y fallo el día 11 de marzo de 2015.

SEXTO.- En Providencia de fecha 11 de marzo de 2015, se acordó la suspensión del señalamiento previsto, por estar pendiente un asunto similar, que sería debatido por el Pleno de la Sala.

SEPTIMO.- En Providencia de fecha 19 de enero de 2016, y por necesidades de servicio se designó como nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 16 de febrero de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda de Uralita SA contra la Admón de la SS y la viuda del causante y confirma la resolución del INSS de 14/11/11 que imponía un recargo del 50% en todas las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional de aquél. El recargo en cuestión consiste en este caso en el 50% de la prestación de viudedad por falta de medidas de seguridad. Se trata de un operario de fábrica diagnosticado el 05/10/2008 de mesotelioma pleural maligno que falleció el 02/06/2009, habiendo prestado servicios en el centro de Castelldefells de Rocalla desde el 22/07/1971 al 04/09/1973. El 05/10/2010 se reconoció que la contingencia determinante de la pensión de viudedad era una enfermedad profesional. La sentencia de suplicación confirma dicho pronunciamiento, por lo que la empresa demandante acude a la casación unificadora sosteniendo que la responsabilidad en la materia es intransferible y que, en consecuencia, incumbe sólo a Rocalla SA. Se cita de contradicción la STS de 18 de julio de 2011 (rcud 2502/2010). Impugnan separadamente la SS y la viuda.



El Mº Fiscal considera que no existe contradicción y solicita se declare la IMPROCEDENCIA del recurso.

SEGUNDO. - El requisito del art 219.1 de la LRJS ha de considerarse cumplido con las precisiones que más adelante se efectúan, porque se ha de partir de la afirmación inicial de la parte recurrente (págs 4 y 5 de su recurso) de que "el objeto de la litis y el recurso de casación se trata de determinar: si la responsabilidad derivada del recargo en prestaciones, cualquiera que sea el momento de su declaración, es intransferible por la vía de sucesión de empresa del art 44 del ET , teniendo en cuenta que el trabajador nunca prestó servicios en la empresa sucesora", es decir, que el debate se circunscribe a la determinación de si existe o no la responsabilidad misma de la parte recurrente y no si se halla previamente legitimada para ser parte demandada, y a partir de ahí, dicha parte desgrana las condiciones que dice concurrentes en orden a la identidad de situaciones de los litigantes, identidad sustancial de hechos, en fundamentos y pretensiones y pronunciamientos, sin embargo, distintos entre sentencias comparadas, siendo de puntualizar al respecto que, en efecto, la contradicción se produce en cuanto al fondo del asunto en tanto en cuanto, sobre la base de lo antedicho respecto del caso de la sentencia recurrida, la sentencia referencial mencionada contempla otro sustancialmente coincidente con el de autos, por enjuiciarse en él la situación de un trabajador fallecido por enfermedad profesional y respecto del que, en suplicación, se declaró la procedencia del recargo prestacional, que esta Sala excluyó como consecuencia de la sucesión empresarial por absorción de aquélla para la que el trabajador había prestado servicios por parte de la demandante, dado el hecho de que tal sucesión se había producido después del cese en el trabajo y antes de que se reconociese la contingencia profesional. Se han producido, pues, pronunciamientos contrarios sobre una base fáctica coincidente.

Ahora bien, tal contradicción no alcanza a la que ha de ser previa cuestión de la falta de legitimación pasiva, que se apunta ya confusamente en el punto D i) del poco claro epigrafiado del recurso (pág 10) y se plantea después en el punto E I i) (pág 15), donde bajo el título de "infracción legal cometida", únicamente se hace referencia al art 44 del ET en relación con el 127 de la LGSS , preceptos que sirven, en realidad, a la tesis de fondo, confundida con la excepción en el recurso al aludir indistintamente en este planteamiento (hasta el punto E I v), pág. 35, inclusive, del recurso) a falta de legitimación pasiva y falta de responsabilidad, que son cuestiones bien diferentes, sin que en la sentencia de contraste al menos (tampoco queda claro en la propia sentencia recurrida, donde se alude en su tercer fundamento de derecho a la alegación empresarial de "falta de responsabilidad" antes mencionada, que no es lo mismo que falta de legitimación pasiva, de lo que se podría deducir entonces que se estaría planteando ahora una cuestión nueva, merecedora igualmente, por tal motivo, de su rechazo) se haga una específica mención de esa excepción procesal, que no es apreciable de oficio, por lo que, en todo caso, no es posible la comparativa en ese punto. Este, por otra parte, se halla íntimamente vinculado con el propio fondo, al menos del modo mixtural en que se presenta, de tal forma que resulta de muy difícil deslinde de éste y puede ser considerado resuelto con el mismo, aunque sea tácitamente, en tanto en cuanto el pronunciamiento -absolutorio o condenatorio- sobre la responsabilidad (lo que ha sucedido en los dos casos comparados) implica ya necesariamente que, siquiera sea de modo innominado, se ha entendido con antelación, en los dos, la existencia de legitimación pasiva de la parte declarada responsable, por todo lo cual y sin perjuicio de lo que se resuelva a continuación al respecto de tal responsabilidad propiamente dicha, ha de concluirse de la manera negativa antecitada sobre este extremo de la previa excepción, sin necesidad de mayores razonamientos.

TERCERO.- En cuanto al fondo del asunto, pues, la empresa recurrente alega en su extensa exposición de su único motivo de recurso la infracción del art 44 del ET en relación con el 127 de la LGSS , no siendo necesarios mayores esfuerzos dialécticos para desestimarlos conforme al definitivo posicionamiento en la materia tras nuestra posterior sentencia de Pleno de 23 de marzo de 2015 (rcud 2057/2014) y las que la han seguido (entre otras, las de 14 de abril de 2015, rcud 962/2014 ; 5 de mayo de 2015, rcud 1075/2014 , y 2 de noviembre de 2015, rcud 3426/2014), a todas las cuales se hace remisión dando por reproducidos sus argumentos, destacándose cuanto sigue de la primera: *"es claro que nuestra precedente doctrina se basaba en una consideración mixta del recargo, en la que el aspecto punitivo del mismo [reflejado en la especiales prescripciones del art. 123 LGSS] obstaculizaban el mecanismo subrogatorio previsto en el art. 127.2 LGSS . Pero un nuevo examen de la cuestión -previo a la publicación de la STJUE 05/Marzo/2015 - nos ha llevado a conclusión diversa, pese a que seguimos manteniendo la existencia de aquella faceta preventivo/sancionadora en el marco de una naturaleza compleja, por presentar tres finalidades diversas [preventiva, sancionadora y resarcitoria] y articularse su gestión -reconocimiento, caracteres y garantías- en forma prestacional.*

Ciertamente que el devenir normativo de la institución de que tratamos, desde su creación por la LAT/1900 con inequívoca naturaleza indemnizatoria, en tanto que complemento por culpa de una responsabilidad objetiva [prestacional] limitada por el principio de inmunidad [era incompatible con la exigencia de responsabilidad civil], pasando por su adquirida cualidad punitiva a virtud del art. 55 RAT [de dudosa legalidad, por no tener apoyo en la norma que desarrollaba, la Ley 22/Diciembre/1955], la posterior desaparición de todas referencia sancionadora a partir de la LASS/1966, la promulgación de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social [Ley 8/1988]



y finalmente las previsiones de la LPRL [muy particularmente sus arts. 15.5 y 42.3, sobre todo interpretados a la luz del Anteproyecto de la Ley], pudiera hacer pensar en la oportunidad de entender que la figura ha tomado -en su actual perfil normativo- cualidad de una verdadera «indemnización punitiva» [su finalidad vaya más allá de la reparadora que en general es consecuencia del ilícito civil], tal como el propio legislador actual ya contempla [art. 183.2 LRJS], y con cuya naturaleza -pudiera pensarse- sería más fácil ofrecer una respuesta uniforme a las diversas cuestiones que el recargo de prestaciones presenta, y muy singularmente al de su transmisibilidad, que -en tanto que indemnización- se presentaría innegable.

Pero de todas formas, **el criterio mayoritario de la Sala ha entendido más adecuado mantener 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 a los efectos aquí tratados, en tanto que la Sala se decanta -ya desde la primera deliberación del presente asunto- por rectificar su anterior doctrina y entender que a los efectos de que tratamos -la sucesión en la responsabilidad derivada del recargo- ha de primar la faceta indemnizatoria sobre la sancionadora o preventiva; o lo que es igual, de forma opuesta a nuestros precedentes, entiende ahora la Sala -tras meditada reconsideración del tema- que la consecuencia inducible de las previsiones del art. 123.2 han de ceder frente a las derivables del art. 127.2 LGSS. Criterio que, como veremos, es del todo coincidente con doctrina comunitaria que significa la sentencia del TJUE arriba indicada y que más adelante referiremos en detalle.**

.....aunque el art. 44 ET dispone que en los supuestos de cambio de titularidad de una empresa el nuevo empresario queda «subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior» [apartado 1] y asimismo establece la responsabilidad solidaria «durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión» [apartado 3], no hay que olvidar que tal afirmación se hace expresamente «sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social» [mismo apartado 3], y es precisamente en este ámbito donde el art. 127.2 LGSS norma que «en los casos de sucesión ... el adquirente responderá solidariamente con el anterior ... de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión».

De otra parte, la posibilidad de fraude o abuso del derecho [arts. 6.4 y 7.2 CC] no podrían determinar una regla general -la sucesión en el recargo-, sino que antes al contrario significarían los supuestos de excepción -a apreciar por las circunstancias concurrentes- en los que precisamente dejar de aplicar la norma. Y asimismo, las prescripciones de carácter general contenidas en los preceptos reguladores de los fenómenos de sucesiones societarias [antes en el derogado art. 233 LSA y ahora en los arts. 23, 73 y 81 de la Ley 3/2009, de 3/Abril, de Modificaciones estructurales de Sociedades Mercantiles], en principio han de ceder -en materia del recargo de prestaciones- frente a las específicas prevenciones contenidas en la LGSS sobre la materia, en razón a la preferencia aplicativa que les confiere el principio de especialidad.

.....En la determinación de la norma aplicable a la cuestión objeto de debate, hemos de partir de las siguientes consideraciones previas: La primera de ellas es que el art. 44.3 ET salva -en la materia del régimen jurídico que corresponde a la sucesión de empresa- la regulación específica de «la legislación de Seguridad Social», lo que comporta una remisión a este ámbito normativo e impone en el mismo la necesidad de una respuesta, expresamente regulada por el legislador u obtenible por analogía. La segunda, atiende a la circunstancia de que el art. 123.2 LGSS no contempla la específica incidencia de la sucesión empresarial en la responsabilidad por recargo de prestaciones, puesto que se refiere exclusivamente a la imposibilidad de transmitirla por negocio jurídico específico ad hoc y destinado a «cubriarla, compensarla o transmitirla». Y la tercera, es que muy contrariamente **el tema de la sucesión empresarial tiene respuesta concreta en el art. 127.2 LGSS, al señalar que «[e]n los casos de sucesión ... el adquirente responderá solidariamente con el anterior o sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión».**

Sentado ello, hemos de afirmar que es innegable que este último precepto -art. 127.2- se refiere específicamente a las «prestaciones» y no al «recargo de prestaciones», pero de todas formas la ausencia de precepto específico que regule la suerte correspondiente al recargo en los supuestos de transmisión de empresas, comporta una laguna legal -en el ámbito de la Seguridad Social-: a) que por fuerza ha de colmarse y razonablemente ha de hacerse -de ser factible- con la normativa específica de este campo jurídico y no con preceptos propios de otros ámbitos, cuales el mercantil o laboral; y b) que el principio de primacía del Derecho Comunitario -lo veremos luego con más detalle- obliga a interpretar el Derecho nacional atendiendo al significado «que mejor se ajuste» a la finalidad de la Directiva que trate la materia [así, aparte de las que posteriormente citaremos, la STJCE 04/Julio/06, Asunto Adeneler], lo que determina la necesaria aplicación de la Ley nacional, pero interpretada a la luz de la norma comunitaria, y ello nos lleva a excluir una interpretación extensiva o analógica de la intransmisibilidad inter vivos que establece el referido art. 123.2 [opuesta a esa doctrina comunitaria], para alcanzar también a los supuestos de sucesión empresarial, y más bien atendamos a una aplicación -igualmente analógica o extensiva- del art. 127.2 LGSS, en tanto que esta solución se nos



presenta ajustada al principio *pro communitate* [después referiremos la STJUE 05/Marzo/2015, de decisiva importancia sobre la materia de que tratamos] y en todo caso la más adecuada para tutelar los intereses en juego.

Señalemos, en apoyo de esta solución, que 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- rcd 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 - rcd 756/06 -; y 26/09/07 - rcd 2573/06 -]; f).- El plazo de prescripción que les resulta aplicables es el mismo que el legalmente establecido para las prestaciones, el de cinco años previsto en el art. 43.1 LGSS (así, SSTS 09/02/06 -rcd 4100/04 -; ... SG 17/07/13 -rcd 1023/12 -; 19/07/13 -rcd 2730/12 -; y 12/11/13 -rcd 3117/12 -).

Es más, 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.

El precepto (art 127 LGSS) dispone que «[e]n 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».

La cuestión decisiva que la norma plantea es qué ha de entenderse por la expresión «causadas» que el precepto utiliza. Pues bien, nuestra conclusión es que la misma no debe interpretarse en un sentido formal y alusivo a las prestaciones [recargo] «reconocidas» [impuesto] con anterioridad a la subrogación, sino al material de «generadas», habida cuenta de que esta conclusión no sólo es la que abona la propia terminología empleada [en todo mandato legislativo ha de presumirse la utilización adecuada de los términos], sino que es la interpretación más razonable cuando de su aplicación al recargo se trata, por cuanto habría de aplicarse a las enfermedades profesionales, y algunas de ellas son tan insidiosas y de manifestación tan tardía como la de autos [asbestosis; o silicosis], por lo que con cualquier otra interpretación se produciría una desprotección para el perjudicado que resultaría difícilmente justificable en términos de política legislativa. De manera que - concluimos- el referido mandato del art. 127.2 LGSS no sólo ha de comprender los recargos de prestaciones que ya se hubiesen reconocido antes de la sucesión [algo obvio], sino que igualmente ha de alcanzar a los que -por estar en curso de generación el daño atribuible a la infracción de la medida de seguridad- se hallasen «in fieri» a la fecha de cambio empresarial.

..... En el ínterin entre las dos deliberaciones realizadas por la Sala -primero en sección de cinco y luego en Pleno, al objeto de rectificar la doctrina- se dicta la STJUE de 05/Marzo/2015 [Asunto C-343/13], resolviendo procedimiento prejudicial en torno a la Directiva 78/855 CEE, actualmente derogada y sustituida por la Directiva 2011/35/UE, pero que mantiene idéntica literalidad en los preceptos que el Tribunal de Justicia interpreta [arts. 3.1; 13; y 19]. Decisión del Tribunal Europeo que no hace sino corroborar el acierto de nuestro cambio de doctrina, rompiendo con el precedente que representa la sentencia de contraste.

..... El Tribunal do Trabalho de Leiria [Portugal] somete a la consideración del TJUE la posible transmisión -a la sociedad absorbente- de una multa por infracciones laborales cometidas por la sociedad absorbida, siendo así que tal infracción había sido apreciada en 15/ Febrero por la ACT [Autoridade para as Condições de Trabalho], las correspondientes actas se levantaron en 7/Marzo, la fusión por absorción se registró el 31/ Marzo y la multa se impuso el 24/Septiembre. Y lo que hace el TJUE es interpretar el alcance del art. 19.1.a) de la Directiva 78/855 [«1. La fusión produce ipso iure y simultáneamente los siguientes efectos: a) la transmisión universal, tanto entre la sociedad absorbida y la sociedad absorbente como con respecto a terceros, de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la absorbente»].

Y lo hace -interpretar la Directiva- partiendo, en lo que aquí interesa, de tres afirmaciones: a) que la Directiva 78/855 no define el concepto de «patrimonio activo y pasivo» [ap. 26]; y b) que «el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar



su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar» [ap. 27]; y c) que «... la institución de la fusión, tiene como objetivo en particular la protección de los intereses de los asociados y de los terceros durante una fusión por absorción» [ap. 30].

..... Sobre la base anterior, el TJUE hace una serie de consideraciones que por fuerza habrían de llevar a la conclusión que hemos adelantado, de subrogación en la responsabilidad por incumplimientos previos a la fusión:

a).- Que «si no se transmitiera a la sociedad absorbente la responsabilidad por infracciones, como elemento del patrimonio pasivo de la sociedad absorbida, dicha responsabilidad se extinguiría» [ap. 27];

b).- Que «esa extinción contradice la propia naturaleza de una fusión por absorción, como se define en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 78/855» [ap. 28];

c).- Que esta conclusión no perjudica los intereses de los accionistas de la sociedad absorbente, puesto que los mismos «pueden quedar protegidos, en particular, mediante la inclusión de una cláusula de declaraciones y garantías en el acuerdo de fusión. Además, nada impide a la sociedad absorbente ordenar la realización de una auditoría pormenorizada de la situación económica y jurídica de la sociedad que pretende absorber para obtener... una visión más completa de las obligaciones de la citada sociedad» [ap. 34].

.....**Destaquemos -como en precedentes ocasiones- que no ofrece dudas la prevalencia o primacía de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho comunitario, porque de conformidad con el art. 234 del Tratado de la CE -anterior art. 177-, la doctrina establecida por el TJUE, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el TS que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece (así lo hemos declarado en las SSTS 17/12/97 -rec. 4130/96 -; ... 20/10/04 -rcud 4424/03 -; 27/10/04 -rcud 899/02 -; y 09/04/13 -rcud 1435/12 -).**

En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional, al afirmar que tal principio -la primacía del Derecho de la Unión Europea- «forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento ... y su efecto vinculante se remonta a la doctrina iniciada por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto Costa contra Enel ..., habiéndose aceptado la primacía del Derecho de la Unión Europea, en el ámbito competencial que le es propio, por la propia Constitución Española en virtud de su art. 93 » (STC 145/2012, de 2/Julio , FJ 5).

Sin olvidar que: a) las afirmaciones del TJCE trascienden del supuesto concreto en cuyo marco se plantea la cuestión prejudicial, pues no resuelve litigio alguno sino que como «tiene por objeto garantizar la interpretación uniforme, en todos los Estados miembros, de las disposiciones de Derecho comunitario, este Tribunal de Justicia se limita a deducir de su letra y de su espíritu el significado de las normas comunitarias de que se trata» [SSTJCE 08/11/90, Asunto Gmurzynska- Bscher ; ... 15/06/06, Asunto Acereda Herrera ; y 06/07/06, Asunto Salus] (SSTS 24/06/09 -rcud 1542/08 -; y 04/02/10 -rcud 2288/09 -); y b) la referida primacía incluso llega a influir en la interpretación de la normativa nacional, puesto que «el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva» [SSTJCE 13/11/90, Asunto Marleasing ; ... 11/09/07, Hendrix ; 24/06/08, A. Commune Mesquer ; y 25/07/08, Asunto Janecek] [SSTS 27/09/11 -rcud 4146/10 -; y 24/06/09 -rcud 1542/08 -).

..... **Forzosamente esa doctrina comunitaria habría de incidir de forma decisiva en la cuestión que aquí se plantea, en términos que comportan dos precisiones:**

a).- **Si bien con anterioridad a la referida STJUE de 05/Marzo/2015 era sostenible que la Directiva 78/855 no alcanzaba a una materia como la posible transmisibilidad del recargo, por cuanto que la indefinición -en la propia Directiva- del «activo» y «pasivo» permitían excluir de tales conceptos las obligaciones y responsabilidades en materia de Seguridad Social, que por aplicación del principio de especialidad entendimos -y seguimos entendiendo- han de regirse por la normativa propia de la Seguridad Social [arts. 123 y 127 LGSS] y nos ha llevado a excluir la legislación mercantil, lo cierto es que desde el momento en que el TJUE elabora un concepto uniforme de tales términos para todos los Estados miembros de la UE y otorga al mismo una amplitud que incluso abarca las responsabilidades derivadas de infracciones laborales, por fuerza esa doctrina no puede desconocerse ni siquiera aplicando el referido principio de especialidad, e impone también que en la presente materia hayan de tener en cuenta -ya veremos cómo- las Directivas 78/855 y 2011/35/UE [en el caso sería la primera de ellas, por obvias razones temporales].**



b).- En todo caso no parece estar de más recordar con el Tribunal de Luxemburgo [así, entre otras muchas, las SSTJCE 26/Febrero/86, asunto Marshall ; 14/Julio/994, asunto Faccini Dori ; y 07/Marzo/96, Asunto El Corte Inglés]:

- Que las Directivas Comunitarias son de aplicación subsidiaria, en defecto de norma nacional que la trasponga o ya regule la materia en forma ajustada a la norma de la UE, pero aún en tal supuesto -aplicación subsidiaria- las Directivas únicamente tienen eficacia aplicativa en las relaciones verticales [poderes públicos/ particulares]- y en sentido unilateral [particular frente poderes públicos y no a la inversa], como trasfondo sancionador al Estado incumplidor.

- Que se excluye la eficacia directa horizontal en el contexto de las relaciones horizontales [inter privados], de forma que «una directiva no puede imponer por sí misma obligaciones a un individuo, y una disposición de una directiva no puede invocarse en cuanto tal frente a dicha persona»; sin perjuicio de que el defecto de transposición de norma comunitaria se traduzca en la posibilidad de que el particular perjudicado acuda a la vía de la responsabilidad civil.

- Que la indefensión a los particulares se conjura anteponiendo al discurso de la eficacia directa el de la eficacia interpretativa, con la que a la postre se llega a una eficacia horizontal «indirecta».

En el caso de autos, la doctrina comunitaria que expresa la precitada STJUE de 05/Marzo/2015 [Asunto C-343/13], coincide con el art. 127.2 LGSS en la interpretación que la Sala entiende ha de darse y que más arriba ha sido expresada, de forma tal que el precepto así entendido resulta del todo conforme al Derecho Comunitario y a la jurisprudencia que lo interpreta, lo que consiente su aplicación. Pero aún en el supuesto de que la Sala ya no hubiese llegado a la referida conclusión, de todas formas la eficacia aplicativa indirecta -vía hermenéutica- de la Directiva 78/855 nos hubiese llevado a la misma conclusión, partiendo del arriba referido principio interpretativo pro communitate .

..... No parece estar de más resaltar que aunque el caso examinado por el TJUE se hubiese limitado a un supuesto de fusión por absorción y éste sea también el caso de autos, desde el momento en que su jurisprudencia tiene la trascendencia extra litigio más arriba destacada, y por otra parte nuestra sentencia de contraste no iba referida a supuesto de fusión de empresas y además contenía una doctrina de general aplicación, parece razonable ofrecer el mismo alcance - general- a la rectificación de criterio que ahora hacemos. En este sentido, por ejemplo y entre otros, hemos de indicar que:

a).- Igualmente alcanza a los supuestos de fusión por constitución, habida cuenta de la plena equiparación de efectos que establecen tanto la normativa española [art. 23 LME] como la comunitaria [art. 23 Directiva 78/855].

b).- También a los de escisión, habida cuenta de que por disposición legal tiene idéntico régimen jurídico -en cuanto a los efectos sobre el activo y pasivo- que la fusión [art. 73 LME].

c).- Con mayor razón ha de sostenerse la solución en todos los fenómenos de «transformación» [arts. 3 a 21 LME], pues a pesar de que en ellos la sociedad adopta un tipo social diverso, en todo caso conserva su propia personalidad jurídica, de forma que ni tan siquiera es sostenible que se haya producido subrogación de la empresa, sino que con tal transformación únicamente se alcanza una novación formal de la sociedad que deviene irrelevante a los efectos de que tratamos.

d).- También en el caso de «cesión global de activo y pasivo» [arts. 81 a 91 LME], fenómeno por virtud del cual se transmite en bloque -por sucesión universal- todo el patrimonio de una sociedad inscrita a cambio de una contraprestación, pues mutatis mutandis son aplicables las mismas consideraciones que efectuamos en el caso de la fusión; y con mayor motivo ha de mantenerse el criterio cuando la cesión se realiza a favor de los propios socios, por cuanto que los mismos no resultarían ajenos a los incumplimientos empresariales determinantes de las patologías a que el recargo de prestaciones atiende.

..... En el supuesto que debatimos, la doctrina expuesta -tanto de este Tribunal como del TJUE- llevan a la desestimación del recurso, y para justificar tal pronunciamiento bastaría con referir la lacónica declaración que sobre las circunstancias de la sucesión empresarial lleva cabo la sentencia recurrida, al afirmar - ordinal segundo de los HDP- que «[!]a empresa Rocalla SA, tras varias fusiones y absorciones, pasó a ser Uralita SA que se constituyó a fecha 21-7-1993».

Pero aparte de ello, suficiente -conforme a nuestra actual doctrina- para declarar a «Uralita, SA» responsable del recargo de prestaciones que traigan causa en incumplimientos preventivos de «Rocalla, SA», lo cierto es que en la fundamentación jurídica se hacen más -y correctas- precisiones en orden a la absorción de la empresa para la que el trabajador afectado de asbestosis había prestado servicios, muy particularmente al reproducirse la sentencia de Pleno que en el recurso no 3396/2013 había dictado la Sala de lo Social del TSJ Cataluña; datos que en gran medida han de calificarse como hechos conformes. Y través de ellas -las precisiones indicadas-



se deja constancia que desde 1982 «Uralita, SA» había adquirido las acciones de «Rocalla, SA», pasando a tener el control de la misma aunque manteniendo producción independiente [en gran medida la llamada -significativamente- «uralita»], y que ambas empresa pasaron por vicisitudes modificativas cuya concreción resulta ociosa a los efectos de que tratamos, pero que ponen de manifiesto la absoluta conexión entre las empresas involucradas en las presentes actuaciones y la consiguiente falta de ajenidad de la demandada respecto de los problemas derivados del incumplimiento preventivo en relación con el amianto y por lo tanto respecto de la lamentable enfermedad profesional que ha dado lugar a los presentes autos.

De otro lado, no puede por menos que calificarse de hecho notorio que «Uralita, SA» -en sus diversas manifestaciones nominales y societarias- ha sido desde 1900 empresa líder en la fabricación de productos que contenían amianto, así como que no ha resultado ajena a la lucha sindical y médica para la protección frente al citado producto [hubo incluso una Comisión Nacional de Seguimiento del Amianto], cuya condición cancerígena fue ya declarada en 1977 por el Parlamento Europeo, así como mal podía considerarse ignorante de toda la problemática que en torno al material se planteó en ella misma y en la controlada -por ella- «Rocalla SA», desde que en 1962 se estableció la primera limitación a la exposición asbesto y hasta la completa prohibición de su utilización por Orden de 7/Diciembre/2001, que traspuso al derecho nacional la Directiva Comunitaria 1999/77/CE. Todo ello consta al detalle en cualquier hemeroteca y figura pormenorizadamente en Internet.

Circunstancias las referidas que en nuestra opinión justifican a mayor abundamiento que el recargo de prestaciones fijado para el fallecimiento del Sr. Carlos Francisco por infracción de las medidas de seguridad se considere razonablemente impuesto por el INSS a la empresa demandada.

..... Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -oído el Ministerio Fiscal, que se había inclinado por falta de contradicción- que la sentencia recurrida contiene la solución ajustada a Derecho y que por lo mismo ha de ser confirmada. *Con imposición de costas [art. 235.1 LRJS]".*

Consecuentemente con todo cuanto antecede y siquiera sea por la observancia del principio de seguridad jurídica y de la necesaria aplicación de la congruencia con los pronunciamientos más recientes de la Sala en la materia, el recurso ha de desestimarse.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por URALITA SA., contra la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 3396/13, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona, de fecha 10 de diciembre de 2012, recaída en autos núm. 242/12, seguidos a instancia de URALITA, S.A. contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y D^a Carlota, sobre ACCIDENTE DE TRABAJO. Con imposición de las costas a la recurrente y pérdida del depósito constituido para recurrir. Dando a las consignaciones efectuadas el destino legal que le corresponda.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, 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.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Angel Luelmo Millan hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.