



Roj: **STS 4345/2019 - ECLI:ES:TS:2019:4345**

Id Cendoj: **28079140012019100844**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2019**

Nº de Recurso: **3276/2017**

Nº de Resolución: **883/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJSO 176/2016,**
STSJ AS 558/2017,
STS 4345/2019,
AATS 5105/2020

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3276/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 883/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D. José Manuel López García de la Serrana

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro

D^a. María Luz García Paredes

En Madrid, a 19 de diciembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa FAMUR, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Díaz García, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, de 21 de febrero de 2017, en el recurso de suplicación nº 2903/2016, interpuesto frente a la sentencia dictada el 3 de octubre de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 5 de Oviedo, en los autos nº 482/2016, seguidos a instancia de D. Agustín contra dicha recurrente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y Hulleras del Norte, S.A. (HUNOSA), sobre pensión de jubilación.

Han comparecido en concepto de recurridos el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por la Letrada Sra. Leva Esteban, D. Agustín, representado y defendido por la Letrada Sra. Guerrero Fernández, Hulleras del Norte, S.A. (HUNOSA), representada por el Procurador Sr. Alvarez Real y defendida por Letrado.

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



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 3 de octubre de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 5 de Oviedo, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que, desestimando íntegramente la demanda formulada por la representación legal de D. Agustín frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, FAMUR S.A., HULLERAS DEL NORTE, S.A., debo declarar y declaro no haber lugar a lo solicitado con absolucón a las demandadas de los pedimentos de adverso formulados".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado de lo Social, con la revisión aceptada por la sentencia de suplicación respecto del HP 4º. El resultado de ello es el siguiente:

1º.- D. Agustín nació el día NUM000 de 1959 con DNI NUM001 con número de afiliación NUM002 solicitó pensión de jubilación el día 13 de mayo de 2015. Por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 16 de julio de 2015 se le denegó la prestación de jubilación por no alcanzar la edad mínima para causar derecho a la pensión de jubilación una vez aplicados los coeficientes de bonificación de edad regulados en el Art. 9.1 del decreto 298/1973, de 8 de febrero (BOE 27 de febrero de 1973), según las modificaciones introducidas por el artículo 4 del Real decreto 2366/1984 de 26 de diciembre (BOE 15 de enero de 1985). En la citada resolución se le reconoce 2.654 días bonificados, fecha de nacimiento ficticia 29/10/1951. Frente a esta resolución se interpuso Reclamación Previa que fue estimada parcialmente por resolución de la Dirección Provincial del INSS en fecha 23 de septiembre de 2015 reconociéndole una pensión de jubilación a cargo de la Seguridad Social Española (prorrata) del 37,95% sobre una base reguladora de 1.446,64 € con fecha de efectos de 14 de mayo de 2015, se le reconoce 4.133 días de cotización acreditados en España en relación con 10.890 días. Frente a esta resolución se interpuso la presente demanda en fecha 1 de octubre de 2015.

2º.- Los trabajos justificados y tenidos en cuenta por el INSS son los siguientes:

EMPRESA CATEGORÍA FECHA	ALTA FECHA	BAJADA CATEGORÍA IDENTIFICACIÓN	MINERÍA	2008/1973	2002/1986	2000	20	412
REMAG POLONIA		INTERIOR		2002/1986	72610000	1214	25	1507
REMAG POLONIA		ROZADORA		2002/1986	72610000	1613	25	1065,5
REMAG POLONIA		OPERADOR DE		2002/1986	72610000	1613	25	1065,5
REMAG POLONIA		ARRANQUE		2002/1986	72610000	1613	25	1065,5
REMAG POLONIA		OFICIAL OFICIO		2002/1986	72610000	1613	25	1065,5
REMAG POLONIA		OFICIAL OFICIO		2002/1986	72610000	1613	25	1065,5
REMAG POLONIA		OFICIAL OFICIO		2002/1986	72610000	1613	25	1065,5
REMAG POLONIA		OFICIAL OFICIO		2002/1986	72610000	1613	25	1065,5

Total bonificación 3461 días. Fecha ficticia de nacimiento 13 de agosto de 1949.

Fecha de cumplimiento 65 años 13 de agosto de 2014.

3º.- La base reguladora que le correspondería conforme a la categoría de maquinista de arranque ascendería a 1.955,69 €/mensuales.

4º.- Suprimido por sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 21 de febrero de 2017.

5º.- El actor prestó servicios para la empresa REMAG en el régimen general en el período de 25 de enero de 1995 a 15 de enero de 2000 durante 1.613 días efectivos con la categoría de minero operador de rozadora.

6º.- En fecha 6 de marzo de 2008 el INSS remitió a HUNOSA oficio en el que se hace referencia a la existencia de un posible error de encuadramiento de algunas empresas que realizan trabajos en interior de minas, indicando que la inscripción actual de esa empresa en el Régimen General no es correcta y que de acuerdo con la normativa en vigor debería quedar incluida en el Régimen Especial de Minería del Carbón, con lo que se inició procedimiento de revisión de oficio que culminó con resolución de fecha 30 de mayo de 2008 en el que se resuelve asignar de oficio el CCC 33 1111821 90 en el Régimen Especial de la Minería del carbón con fecha de efectos de 1 de junio de 2008.

7º.- No consta contrato de HUNOSA para la prestación de servicios en sus instalaciones o explotaciones suscritos con REMAG. Sí consta que contrató con SATRA sin poder precisar fechas.

8º.- TALLERES DE REPARACIÓN DE EQUIPO MINERO REMAG, SUCURSAL EN ESPAÑA se constituyó mediante escritura de apertura de sucursal en España el veintiséis de julio de mil novecientos noventa y cuatro el objeto social es: Incluyendo el comercio exterior: objeto de la actividad de la empresa son reparaciones, restauraciones, renovaciones de máquinas e instalaciones mineras, producción regeneración de partes y piezas de respuesta de estas máquinas e instalaciones, arrendamiento de máquinas e instalaciones, arrendamiento de máquinas e instalaciones especializadas, así como prestación de servicios; - actividad en el alcance de obras y trabajos mineros en el país y en el extranjero,- actividad en el alcance de comercio y



servicios en el país y en el extranjero, abarcando el carbón, equipo minero y piezas de repuesto de este equipo-producción de máquinas, equipo e instalaciones mineras.

9º.- Se fija la fecha de efectos al día 14 de mayo de 2015".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, dictó sentencia con fecha 21 de febrero de 2017, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimado en parte el recurso de suplicación interpuesto por D. Agustín contra la sentencia del Juzgado del Social núm. 5 de Oviedo, dictada el 3 de octubre de 2016, en los Autos núm. 730/2015, seguidos a instancia del recurrente frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y las empresas Famur S.A. y Hulleras del Norte S.A., revocamos dicha resolución y estimado parcialmente la demanda formulada declaramos el derecho del actor a percibir la pensión de jubilación con arreglo a una base reguladora de 1.955,69 €, porcentaje del 37,95 y efectos de 14 de mayo de 2015, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración, al Instituto Nacional de la Seguridad Social a abonar dicha prestación en la cuantía inicialmente reconocida y a la empresa Famur S.A. al abono de la misma en la cuantía de 193,18 € mensuales, sin perjuicio de la obligación de antrapped por parte de la entidad gestora."

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Díaz García, en representación de la empresa FAMUR, S.A., mediante escrito de 17 de julio de 2017, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2006 (rec. 578/2005). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 127.2 antigua LGSS (actual 168.2).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 16 de enero de 2018 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

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

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 19 de diciembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

Se discute ahora si la empresa cesionaria debe responder de la parte de pensión de jubilación que le corresponde al trabajador, al tener que calcular la misma con los periodos en que la empresa cedente incurrió en infractotización. El asunto es del todo similar al resuelto por nuestra STS 255/2019 de 27 marzo (rec. 2137/2017).

1. Hechos y antecedentes relevantes.

Prescindiendo de diversos avatares relatados en los hechos probados de la sentencia de instancia, más arriba reproducidos, la demanda de que trae causa el presente recurso fue presentada por el trabajador jubilado, impugnando la resolución del INSS, por estar disconforme con el importe de la pensión reconocida.

El demandante estuvo en alta en el Régimen General de la Seguridad Social mientras prestaba servicios (como minero operador de rozadora) para la empresa Remag, durante un total de 1603 días, entre enero de 1995 y enero de 2000. La empresa Remag fue adquirida por FAMUR, SA a principios del año 2011.

Posteriormente, el INSS le reconoce pensión de jubilación (con efectos de 14 de mayo de 2015), sobre una base reguladora de 1446,64 €, siendo con cargo a la Seguridad Social española el 37,95%.

Disconforme con la resolución del INSS, el trabajador presenta demanda (posteriormente rectificadora) reclamando una prorrata a cargo de España del 48,01% sobre una base reguladora de 1822,17 €. Asimismo pide que las empresas codemandadas (Famur S.A. y Hulleras del Norte S.A.) sean declaradas corresponsables por infractotización.

2. Sentencia del Juzgado de lo Social.

Con fecha 3 de octubre de 2016 el Juzgado de lo Social núm. 5 de Oviedo dictó su sentencia 482/2016 (autos 730/2015), desestimando la demanda interpuesta por el trabajador frente al INSS y la TGSS, así como las mercantiles Famur S.A. y Hulleras del Norte S.A.



Respecto del tema de la responsabilidad de las empresas demandadas subraya que a partir de 2008 el INSS puso de manifiesto que diversas empresas estaban mal encuadradas y que no debían estar en el RGSS sino en el Régimen especial de la Minería del Carbón. Pero la responsabilidad exigida no puede apreciarse puesto que no se ha demandado a REMAG (empleadora del trabajador en el periodo supuestamente mal cotizado) sino a FAMUR (empresa sucesora de la anterior). Como fundamento de su decisión invoca la jurisprudencia conforme a la cual "la responsabilidad por obligaciones en materia de prestaciones no puede ser ilimitada y no puede mantenerse indefinidamente la posibilidad de una responsabilidad empresarial por ese concepto en casos de sucesión de empresas, por causas que tiene su origen en un incumplimiento de obligaciones de cotización por la empresa cedente" (SSTS 22 noviembre 2005, 23 enero 2007).

Adicionalmente, por lo que respecta a HUNOSA, descarta su responsabilidad pues "no consta contrato de esta empresa para la prestación de servicios en sus instalaciones o explotaciones suscrito con REMAG".

3. Sentencia de suplicación, recurrida.

Disconforme con la resolución del Juzgado, el trabajador formula recurso de suplicación. La STSJ Asturias 469/2017 de 21 de febrero (rec. 2903/2016) lo estima parcialmente: 1) fija la base reguladora en 1.955,69 €; 2) Mantiene como prorata a cargo de España el 37,95 %; 3) Condena a la empresa Famur S.A. al abono de 193,18 € mensuales, sin perjuicio de la obligación de anticipo por parte de la entidad gestora.

Considera existente una responsabilidad por infracotización, pero proporcional a la negativa incidencia que posee el incumplimiento habido en el importe de la pensión.

En lo que ahora interesa, invocando lo resuelto por la propia Sala en ocasión precedente, expone que, a la luz de la nueva doctrina de la Sala Cuarta y del TJUE, la referencia legal a la "prestación causada" no puede equivaler a prestaciones reconocidas antes de la transmisión. Invocando las SSTS de 22 de abril de 2014 (rec. 837/2014), 23 de marzo de 2015 y 8 de junio 2016 (rec. 1103/2015), considera que la nueva adquirente debe responder de las obligaciones que pudieran corresponder a la anterior. Aunque esa doctrina se ha pronunciado en supuestos de recargo de prestaciones de Seguridad Social, se hace bajo una interpretación global en materia de prestaciones y todo ello, en definitiva, porque el daño que el incumplimiento empresarial generó en su día ya estaba en curso generación cuando se produjo la sucesión y por ello la sucesora debe responder del mismo.

4. Recurso de casación unificadora.

Con fecha 6 de julio de 2017 el Abogado y representante de FAMUR, SA. interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando como sentencia de contraste la dictada por esta Sala, el 13 de noviembre de 2006, en el rcud 578/2005, y citando como precepto legal infringido el art. 127.2 LGSS 1994 (actual art. 168.2 LGSS 2015).

Rechaza que la doctrina sentada en materia de recargo de prestaciones sea trasladable al caso y argumenta que en el momento de la transmisión empresarial (2011) ninguna deuda existía, por lo que mal puede hablarse de subrogación. Por lo tanto, ni la deuda ni la prestación de Seguridad Social preexistían al momento del traspaso, de manera que el propio tenor de la LGSS comporta el error de la sentencia recurrida.

5. Impugnación del recurso.

A) Con fecha 9 de febrero de 2018 el Abogado y representante de Hulleras del Norte, S.A., S.M.E. (Hunosa) presenta su escrito de impugnación al recurso. Alega que la doctrina de la sentencia de contraste no puede mantenerse por las razones dadas en la propia resolución recurrida.

Cuestiona asimismo la identidad entre las sentencias comparadas porque la referencial examina un caso de falta de alta y descubiertos, mientras que la recurrida examina la infracotización por erróneo encuadramiento.

B) Con fecha 14 de febrero de 2018 el recurso es impugnado por la Abogada y representante del trabajador codemandado. Alega la falta de identidad entre los supuestos de las sentencias contrastadas, al considerar que en el caso de la sentencia referencial se está ante una falta de alta y cotización. Advierte que en un asunto idéntico y pendiente de resolución (rec. 2137/2017) el Ministerio Fiscal ha emitido Informe favorable a la tesis de la sentencia recurrida.

Además, entiende que, en cuanto a la cuestión de fondo, la doctrina de la sentencia de contraste se ha visto superada por la del TJUE y la propia doctrina de la Sala de este Tribunal, emitida en materia de recargo de prestaciones y que es aplicable al caso.

C) Con fecha 1 de marzo de 2018 la Letrada del INSS formaliza escrito de impugnación del recurso, considerando que la doctrina correcta es la que se recoge en la sentencia recurrida.



Cuestiona la contradicción entre las sentencias comparadas pues en la referencial aparecen demandadas las empresas cedente y cesionaria, mientras que ahora solo se ha reclamado frente a la sucesora, siendo también distinta la causa del incumplimiento empresarial. Además invoca la jurisprudencia comunitaria y nacional que explica las razones del cambio de doctrina, abandonando la citada de contraste.

6. Informe del Ministerio Fiscal.

Con fecha 22 de marzo de 2018 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el art. 226.3 LRJS, considerando que concurre la contradicción.

Entiende que el recurso es improcedente al haber resuelto la sentencia recurrida conforme a los criterios jurisprudenciales más recientes, que vienen a extender la responsabilidad de la empresa sucesora a todos aquellos incumplimientos de la cedente que son previos al momento de la sucesión.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

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

1. El presupuesto del artículo 219.1 LRJS .

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

2. Sentencia referencial.

La sentencia de contraste es la dictada por esta Sala de lo Social el 13 de noviembre de 2006 (rcud 578/2005). Resuelve un supuesto en el que se exonera al Ayuntamiento, que se había subrogado en todas las relaciones laborales de la Cooperativa en la que prestaba servicios el trabajador, del pago de la pensión de jubilación causada tras la transmisión de empresa, cuando la anterior había incurrido en una falta de alta y cotización del trabajador subrogado y había sido condenada al pago de la prestación por su incumplimiento en las obligaciones de la Seguridad Social respecto del citado trabajador.

La sentencia de contraste exonera de responsabilidad a la Corporación local porque, en aplicación del art. 97.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, precepto que coincide en su redacción con la del artículo 127.2 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, la nueva empresa solo responde solidariamente de las prestaciones causadas antes de la sucesión, lo que no es el caso que resuelve.

3. Consideraciones específicas.

Pese a las observaciones vertidas por quienes han impugnado el recurso, consideramos que entre las sentencias comparadas existe la contradicción que exige el art. 219.1 de la LRJS. Es irrelevante que en un supuesto los incumplimientos en materia de Seguridad Social sean de falta de alta y cotización, mientras que en el presente son de infracotización.

Lo relevante es que existen esos incumplimientos con trascendencia sobre el derecho prestacional, ora para alcanzar el periodo de carencia, ora para incrementar el importe de la pensión. En ambos casos aparecen incumplimientos en materia de Seguridad Social que son achacables a la empresa cedente; ese anómalo comportamiento repercute desfavorablemente sobre la pensión de jubilación; se discute si la empresa cedente debe responder de la prestación causada aunque lo sea con posterioridad a la fecha en que tuvo lugar la sucesión.



Dándose las suficientes identidades, lo cierto es que la sentencia recurrida resuelve que la nueva empresa debe asumir la responsabilidad mientras que la de contraste se manifiesta en sentido contrario.

Por esas razones debemos entrar a conocer del motivo de infracción de norma que se ha planteado. Siendo la referencial una sentencia de esta Sala Cuarta y estando basadas las encontradas posiciones procesales en doctrina nuestra parece imprescindible realizar antes una compendiada exposición sobre el alcance de la misma.

TERCERO.- La responsabilidad por infracción de la empresa cedente.

Superado el trámite de la contradicción, y dada la similitud del asunto con el resuelto mediante STS 255/2019 de 27 marzo (rec. 2137/2017), por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, debemos reproducir seguidamente los fundamentos de nuestra respuesta que allí aparecen.

1. Planteamiento del problema.

Como se ha dicho anteriormente, la parte recurrente denuncia la infracción del art. 127.2 de la LGSS vigente al momento de la solicitud de la pensión (art. 168.2 LGSS 2015), considerando que de su literal interpretación y conforme resuelve la sentencia de contraste, en la sucesión en la titularidad de la industria o negocio solo responde solidariamente el adquirente de las prestaciones causadas con anterioridad a la sucesión. Sostiene que concurriendo tal situación, no es posible hacerle responsable de la pensión de jubilación en los términos declarados en la sentencia impugnada.

Para un mejor entendimiento de nuestra respuesta, en consecuencia, resulta conveniente recordar el tenor del precepto en cuestión:

"En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. La misma responsabilidad se establece entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo, sin perjuicio de lo establecido en el art. 16.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

Reglamentariamente se regulará la expedición de certificados por la Administración de la Seguridad Social que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes".

Aunque no aparece mencionado a lo largo del debate procesal, recordemos asimismo que el artículo 44.1 ET dispone lo siguiente:

"El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente".

2. Doctrina inicial.

Tiene razón la recurrente al recalcar la contradicción entre la doctrina albergada en la sentencia recurrida y la de esta Sala Cuarta. La sentencia de contraste, siguiendo criterios previos de esta Sala, en orden al art. 127.2 de la LGSS 1994, como los recogidos en las sentencias de 28 de enero de 2004 y 22 de noviembre de 2005, hizo una interpretación literal del precepto reproducido, negando que se extendiera la responsabilidad a la empresa adquirente respecto de prestaciones del sistema de la Seguridad Social causadas con posterioridad a la sucesión empresarial, todo ello sobre la base de que no era posible ilimitar la responsabilidad empresarial en tales casos.

Esta doctrina fue seguida en sentencias posteriores y respecto de otras cuestiones vinculadas a la protección del sistema de Seguridad Social. Así, la sentencia de 18 de julio de 2011 (rcud 2502/2010), partiendo de que la regulación relativa a las obligaciones del empresario adquirente, en sucesión de empresas y respecto de las prestaciones de Seguridad Social, no se recogían en el art. 44 del ET, se dice que "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", entendiendo que de ello se desprendía que "a) que las prescripciones de ambos preceptos son independientes, aunque complementarias; b) que la responsabilidad prestacional se rige por el art. 127 LGSS y -conforme a tal precepto- la solidaridad únicamente alcanza a las prestaciones causadas antes de la sucesión, pero no así las posteriores que traigan causa en incumplimientos anteriores [SSTS 28/01/04 -rcud 58/03 -; 22/11/05 -rcud 4428/04 -; 13/11/06 -rcud 578/05 -; y 23/012/07 -rcud 2097/05 -];", para continuar señalando que en materia del recargo de prestaciones de la



Seguridad Social, el art. 123 de la LGSS, "proclama la responsabilidad "directa del empresario infractor", de la que deduce el carácter personalísimo y sancionador del recargo, obstativo de que se transmita de la empresa incumplidora a la sucesora", y que, en definitiva, "la responsabilidad que comporta el recargo -cualquiera que sea el momento de su declaración- es intransferible por la vía de la sucesión de empresa".

3. Reorientación en materia de recargo de prestaciones.

La expuesta doctrina en materia de recargo, como bien indica la aquí recurrida, fue rectificada por esta Sala en el sentido de "entender que la consecuencia deducible de las previsiones del art. 123.2 LGSS han de ceder frente a las que se derivan del art. 127.2 LGSS", tal y como decía la sentencia de Pleno, de 23 marzo 2015 (rcud. 2057/2014) y posteriores que la reiteraron. Por tanto, esta doctrina viene a interpretar el alcance del art. 127.2 LGSS en materia de responsabilidades en las prestaciones de la seguridad social por incumplimiento de la empresa, en supuestos de sucesión de empresas.

Más concretamente y en lo que aquí resulta relevante, esta Sala dijo, respecto del art. 127.2 citado, que "la cuestión decisiva que la norma plantea es que 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 [...] "reconocidas" [...] 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".

Dicha doctrina se vincula a supuestos en los que la transmisión ha provocado la desaparición de la empresa adquirida por concurrir supuesto de fusión.

4. Reorientación en materia de infracción.

La anterior doctrina, en tanto que otorga un alcance determinado a un precepto general de la LGSS en materia de responsabilidad empresarial en casos de sucesión de empresa, para supuestos como el que aquí concurre, debe aplicarse a aquellos en que existan incumplimientos de la empresa que ha sido adquirida por fusión y que afecten a los derechos prestacionales de los trabajadores subrogados. Y ello es lo que sucede en el presente supuesto, en el que la recurrente ha sucedido a la empresa incumplidora, teniendo que asumir todas las consecuencias que le hubieran deparado a la sucedida en el caso de no haber sido fusionada, por virtud del art. 126.2 de la LGSS 1994 (actual art. 167.2 LGSS).

El art. 127.2 de la LGSS, actual 168.2 de la vigente ley, al establecer que en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión, no está excluyendo, como bien ha señalado esta Sala, la responsabilidad que correspondería a las empresas que se han transformado estructuralmente, por medio de operaciones de fusión, respecto de las prestaciones que se reconozcan con posterioridad a dicha reestructuración en tanto que esas situaciones, en sí mismas, ya llevan implícita una sucesión universal en todos los derechos y obligaciones de una empresa a otra (tal y como recordaba nuestra doctrina al referirse a determinados preceptos de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, como los arts. 23, 80 y 81), de manera que, no habiendo desaparecido ni extinguido la responsabilidad en que ha incurrido la anterior empresa por sus incumplimientos en las obligaciones de cotización y respecto de las prestaciones que corresponden a los que fueron sus trabajadores, dicha responsabilidad ha pasado a asumirla la nueva empresa, colocándose en la posición de aquella, respecto de todos los derechos y obligaciones que a aquellos les podía corresponder, como en materia de prestaciones de la Seguridad Social.

Añadamos que esta conclusión concuerda con los amplios términos en que el artículo 44.1 ET se refiere a la subrogación del nuevo empleador en las obligaciones de Seguridad Social.

CUARTO.- Resolución.

Por todo lo razonado, de conformidad con el Informe del Ministerio Fiscal, debemos desestimar el recurso al haber aplicado la sentencia recurrida la doctrina correcta, que debe ser confirmada.



El art. 235.1 LRJS dispone que la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social. Dentro del margen cuantitativo allí establecido, y atendiendo los criterios acordados por esta Sala para supuestos como el presente (pluralidad de impugnaciones) debemos fijar en 1.300 euros por cada impugnante la cuantía de esa condena.

FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el letrado D. Armando Díaz García, en nombre y representación de Famur S.A.

2º) Confirmar la sentencia 469/2017 de 21 de febrero (rec. 2903/2016) dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el procedimiento núm. 2785/2016 seguido a instancia de D. Fernando y declarar su firmeza.

3º) Condenar en costas a la empresa recurrente, en la cuantía de 1300 euros a cada una de las partes que ha formulado impugnación al recurso.

4º) Acordar que se dé a las cantidades consignadas y al depósito constituido el destino legalmente previsto.

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

Así se acuerda y firma.