

Roj: **STS 2770/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2770**Id Cendoj: **28079140012016100395**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/05/2016**Nº de Recurso: **1042/2014**Nº de Resolución: **445/2016**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ PV 402/2014,**
STS 2770/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 18 de mayo de 2016

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Carlos José , representado y asistido por el letrado D. José Luis Luengas Ibargutxi, contra la sentencia dictada el 11 de febrero de 2014 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación nº 50/14 , interpuesto contra la sentencia de fecha 15 de julio de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Bilbao , en autos núm. 872/12, seguidos a instancias del ahora recurrente contra BABCOCK WILCOX ESPAÑOLA S.A., COFIVACASA S.A.; Instituto Nacional de la Seguridad Social, y Tesorería General de la Seguridad Social.

Han sido partes recurridas el INSS, y COFIVACASA S.A. representado/a por los letrados D. Andrés Ramón Trillo García, y D. Miguel Pérez Diez, respectivamente.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª María Lourdes Arastey Sahun.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15-07-2013 el Juzgado de lo Social nº 4 de Bilbao dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º** .- El actor Carlos José , nacido el día NUM000 de 1943, y afiliado a la Seguridad Social con nº NUM001 , prestó servicios por cuenta y órdenes de la empresa BABCOCK WILCOX ESPAÑOLA, S.A. desde el día 5-3-1958 hasta el 31-8-1998, fecha en que pasó a la situación de prejubilado. Cuando empezó a trabajar en dicha empresa lo hizo con la categoría profesional de pinche y, después de estar unos cuatro años en la empresa, pasó a tener la categoría profesional de calderero. **2º**.- El actor se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional, según resolución del INSS de fecha 24 de junio de 2011, tras haber instado el Sr. Carlos José la revisión de grado, al haber sido diagnosticado de un mesiotelioma. **3º**.- Se inició el día 8-11-2011 ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social procedimiento de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, promovido a instancias del Sr. Carlos José . En Resolución del INSS de fecha 10 de abril de 2012 se acordó denegar la petición de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo solicitada por el Sr. Carlos José contra la empresa Babcock Wilcox Española, S.A. (actualmente Cofivacasa, S.A.), no procediendo recargo alguno sobre las prestaciones económicas derivadas de la enfermedad profesional. Frente a dicha resolución se interpuso reclamación previa en vía administrativa, que fue desestimada por Resolución de 13 de septiembre de 2012. Se da por íntegramente reproducido el expediente administrativo. **4º**.- Babcock Wilcox Española, S.A. se constituyó el 1 de marzo de 1918 siendo su objeto la fabricación de bienes de equipo y productos siderúrgicos, por lo que mantuvo dos estructuras productivas diferentes, denominadas bienes de equipo y productos tubulares. En 1978 suspendió pagos y



fue adquirida por el Estado. Con fecha 26 de noviembre de 1992, transfirió como aportación de actividad, su actividad siderúrgica constituyendo una nueva empresa denominada Productos Tubulares, S.A., a la que se incorporó el personal que prestaba servicios en el área siderúrgica. Mediante Ley 5/1996, de 10 de enero (BOE de 12 de enero de 1996), se crearon las Entidades de Derecho Público Agencia Industrial del Estado y Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), suprimiéndose el Instituto Nacional de Industria y el Instituto Nacional de Hidrocarburos. Con fecha 9 de febrero de 2000 la SEPI firmó un contrato con la sociedad holding alemana Babcock Borsing Aktiengesellschaft para la venta de Babcock Wilcox Española, S.A. A resultas de este acuerdo, la SEPI se comprometió a vender a Babcock Borsing las acciones de la nueva compañía, Babcock Borsing España, S.A., a la que se aportaría mediante segregación ramas de actividad junto con parte de la plantilla de Babcock Wilcox Española, S.A., 650 trabajadores. Con fecha 3 de octubre de 2001 se constituyó la empresa Babcock Borsing España, S.A., que inició su actividad el 9 de octubre de 2001, tras causar alta en la misma los 650 trabajadores provenientes de Babcock Wilcox Española, S.A. Con fecha 24 de octubre de 2001 se otorgó la escritura pública por la que Babcock Wilcox Española, S.A. vendió las acciones de Babcock Borsing España, SA a Babcock Borsing Power GMBH. Con fecha 23 de junio de 2005 se inscribió en el Registro Mercantil de Bizkaia el cambio de denominación social de Babcock Borsing España, que pasó a denominarse Babcock Power España, S.A. Todos los trabajadores de Babcock Wilcox Española, S.A. causaron baja el 31 de enero de 2008. 5º.- La mercantil COFIVACASA, S.A. es la entidad del Grupo SEPI encargada de llevar a cabo los procesos de liquidación de sociedades filiales provenientes en su mayor parte del extinto INSS."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Desestimo la demanda presentada por D. Carlos José frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y TGSS, y BABCOCK WILCOX ESPAÑOLA SA (actualmente, COFIVACASA SA), y se absuelve a los demandados de las pretensiones contenidas en la demanda."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Carlos José ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 11-02-2014, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Carlos José frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de los de Bizkaia, dictada el 15 de julio de 2013 en los autos 872/12 sobre recargo por falta de medidas de seguridad, seguidos a instancia del ahora recurrente contra Bakcock Wilcox Española SA, Cofivacasa SA, Instituto Nacional de la Seguridad Social, y Tesorería General de la Seguridad Social, confirmamos la sentencia recurrida. Sin condena en costas."

TERCERO.- Por la representación de D. Carlos José se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 26 de marzo de 2014.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), los recurrentes proponen, como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de noviembre de 2004 (R-1857/04).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 7 de julio de 2014 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.

Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

QUINTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de marzo de 2015, acto que fue suspendido y señalado nuevamente para el día 12 de mayo de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La sentencia recurrida confirma la sentencia de instancia que había rechazado la pretensión del actor de que se declarara la responsabilidad por recargo de prestaciones de quien resulta ser la sucesora de la empresa para la que el demandante había prestado servicios.

Se hace necesario precisar que el pronunciamiento de la instancia -y, por ende, el de suplicación- no entró a analizar el fondo del asunto, al sostener que la demandada carecía de legitimación pasiva.

Acude ahora el trabajador en casación para unificación de doctrina aportando, como sentencia referencial, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 15 de noviembre de 2004 (rollo 1857/2004).

2. En el caso que nos ocupa se da la circunstancia de que el trabajador había prestado servicios para Babcock Wilcox Española, S.A. desde 1958, cesando por prejubilación en 31 de agosto de 1998. En 24 de junio de 2011



fue declarado en situación de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional. Instado el reconocimiento del derecho al recargo de prestaciones, fue denegado por resolución de 10 de abril de 2012, contra la que se interpone la demanda que da origen a estas actuaciones. Como es de ver en el relato de hechos probados que se ha reproducido, la empresa ha sido sucedida por otras mercantiles, siendo absorbida por Cofivacasa, SA.

3. En el supuesto resuelto por la sentencia de contraste, el trabajador fue declarado en situación de incapacidad permanente absoluta por enfermedad profesional con posterioridad a cesar en la empresa y en un momento en que se había producido también una sucesión empresarial. La sentencia de la Sala de Madrid entiende que, aunque el hecho causante tuviera lugar antes de dicha sucesión -en relación al contacto con asbesto causante de la enfermedad- la continuidad empresarial ha de llevar a imponer la responsabilidad a la empresa que ha pasado a ser la sucesora de la empleadora del demandante.

4. Como señala el Ministerio Fiscal en su informe, concurre la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS pues ambas sentencias comparadas deciden sobre la cuestión de si la obligación de recargo de prestaciones puede ser o no impuesto a las empresas sucesoras de aquélla para la que el trabajador prestó los servicios en los que contrajo la enfermedad profesional. Y sobre este punto, las sentencias ofrecen soluciones diametralmente opuestas.

SEGUNDO.- 1. La cuestión de la transmisibilidad, en los casos de sucesión de empresas, del recargo de prestaciones de la Seguridad Social, fue objeto de la atención de esta Sala IV y resuelta en la STS/4ª 18 julio 2011 (rcud. 2502/2010) y 28 octubre, 11 y 12 noviembre 2014 (rcud. 2784/2013, 2246/2013 y rcud. 188/2014, respectivamente), negando la posibilidad de que esa responsabilidad se transmitiera a la empresa sucesora. Se basaba en una consideración mixta del recargo, en la que el aspecto punitivo del mismo, reflejado en la especiales prescripciones del art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social .

2. Pero tal doctrina fue revisada por nuestra STS/4ª/Pleno de 23 marzo 2015 (rcud. 2057/2014), que ha sido seguida por las STS/4ª de 14 abril, 5 mayo, 13 octubre, 2 noviembre, 10 y 15 diciembre de 2015 (rcuds. 962/2014, 1075/2014, 2166/2014, 3426/2014, 1012/2014 y 1258/2014, respectivamente) y la de 25 febrero 2016 (rcud. 846/2014).

En ellas se ha entendido 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. Y nos hemos decantado que, a los efectos de la sucesión en la responsabilidad derivada del recargo, ha de primar la faceta indemnizatoria sobre la sancionadora o preventiva. Ello ha supuesto reconsiderar nuestros precedentes para entender que la consecuencia deducible de las previsiones del art. 123.2 LGSS han de ceder frente a las que se derivan del art. 127.2 LGSS .

3. La doctrina jurisprudencial actual sostiene que " *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»* ".

Por consiguiente, el art. 44.3 ET salva 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.

Llegados a este punto poníamos de relieve que, ciertamente, el art. 127.2 LGSS se refiere específicamente a las prestaciones y no al recargo de las mismas, pero de todas formas la ausencia de precepto específico que regule la suerte correspondiente al recargo en los supuestos de transmisión de empresas, ha de colmarse con la normativa específica de este campo jurídico de la Seguridad Social.

Y avanzábamos 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 -rcud*



1023/12 -); d).- Conforme al art. 121.3 LGSS [como su precedente art. 90.3 LGSS /74] los caracteres de las prestaciones atribuidos por el art. 40 [art. 22 en el TR/1974] son de aplicación al recargo de prestaciones. e).- Ha de ser objeto de la oportuna capitalización en la TGSS y es susceptible de recaudación en vía ejecutiva, como si de garantizar una prestación cualquiera se tratase [en tal sentido, SSTS 27/03/07 -639/06 -; 14/04/07 - rcud 756/06 -; y 26/09/07 - rcud 2573/06 -]; f).- El plazo de prescripción que les resulta 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 -rcud 4100/04 -; ... SG 17/07/13 -rcud 1023/12-; 19/07/13 -rcud 2730/12-; y 12/11/13 -rcud 3117/12-)" .

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

4. Interpretando el citado art. 127.2 LGSS , concluíamos que éste no sólo ha de comprender los recargos de prestaciones que ya se hubiesen reconocido antes de la sucesión, 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.

5. Dicho criterio resulta, además, coincidente con la doctrina plasmada en la STJUE de 5 marzo 2015 (Asunto *Modelo Continente Hipermercados SA*, C-343/13), que responde a la cuestión prejudicial planteada por el juez nacional portugués sobre la posible transmisión a la sociedad absorbente de una multa por infracciones laborales cometidas por la sociedad absorbida. Para el TJUE, 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; y tal extinción contradice la propia naturaleza de una fusión por absorción, como se define en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 78/855 , relativa a las fusiones de las sociedades anónimas -en su versión modificada por la Directiva 2009/109-. Añade el Tribunal de Luxemburgo 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; y, 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».

6. Finalmente, partiendo de ese pronunciamiento judicial de la Unión Europea, sosteníamos que, aunque el caso examinado por el TJUE se hubiese limitado a un supuesto de fusión por absorción, el efecto extra-litigio que posee la jurisprudencia del órgano judicial máximo de la UE y el hecho de que en caso de nuestra sentencia del Pleno la sentencia de contraste no fuera referida a supuesto de fusión de empresas nos llevan a sostener que la doctrina sobre la transmisión de responsabilidad por recargo de prestación igualmente alcanza a los supuestos de fusión por constitución, escisión, transformación y cesión global de activo y pasivo.

7. Todo ello nos lleva a estimar el recurso, dado que la sentencia recurrida no se acomoda a la doctrina de esta Sala IV del Tribunal Supremo que acabamos de exponer.

TERCERO.- 1. En consonancia con lo razonado, estimamos el recurso de casación unificadora del trabajador, casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos el recurso de igual clase interpuesto por dicha parte y declaramos la concurrencia de legitimación pasiva de la demandada, COFIVACASA S.A.

Ello nos conduce a tener que devolver las actuaciones al órgano de origen para que, partiendo de dicha legitimación, resuelva todas las cuestiones planteadas en el litigio.

2. Conforme a lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS no procede imposición de costas.

FALLO

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

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Carlos José , contra la sentencia dictada el 11 de febrero de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación nº 50/14 , casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos el recurso de igual clase interpuesto por dicha parte y declaramos la concurrencia de legitimación pasiva de la demandada, COFIVACASA S.A. Devolviendo las actuaciones al



órgano de origen para que, partiendo de dicha legitimación, resuelva todas las cuestiones planteadas en el litigio. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D^a Maria Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ