

EL RECARGO DE PRESTACIONES Y LA SUCESIÓN DE EMPRESA: EL TRIBUNAL SUPREMO DA UNA NUEVA «VUELTA DE TUERCA»

(A propósito de la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.^a, de 13 de octubre de 2015, RCUUD 2166/2014**)

José Antonio Panizo Robles

Administrador Civil del Estado

I. SÍNTESIS DEL FALLO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE OCTUBRE DE 2015

EL Tribunal Supremo se ocupa una vez más de la cuestión de la eventual transmisibilidad del recargo de prestaciones de Seguridad Social, por incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales, en supuestos de sucesión de empresa, declarando, en su **STS de 13 de octubre de 2015 (RCUD 2166/2014)** y siguiendo la doctrina contenida en su anterior **STS de 23 de marzo de 2015 (RCUD 2057/2014)**¹, que esa transmisibilidad es posible, aunque el trabajador causante de las prestaciones nunca hubiese prestado servicios en la empresa sucesora, una vez que se haya constatado ese incumplimiento de las medidas de prevención, así como la aparición de la contingencia generadora de la correspondiente prestación, aunque la sucesión se hubiese producido con posterioridad al reconocimiento de la prestación de Seguridad Social, sobre la que incide el recargo².

¹ Un análisis de esta sentencia en PANIZO ROBLES, J. A.: «El Tribunal Supremo rectifica su doctrina: El recargo de prestaciones por falta de medidas preventivas sí se transmite en caso de sucesión de empresas (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.^a, de 23 de marzo de 2015, RCUUD 2057/2014)», *www.laboral-social.com*, mayo 2015.

² La **STS de 23 de marzo de 2015** contenía dos votos particulares, mientras que la nueva sentencia de 13 de octubre de 2015 cuenta con el respaldo de todos los magistrados actantes.

Para el Tribunal Supremo, el artículo 127.2 de la [LGSS/1994](#) (precepto sustituido en la actualidad por el art. 168.2 [LGSS](#))³ establece que el adquirente ha de responder solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión, considerando el Tribunal Supremo que la expresión «causadas» recoge tanto los recargos de prestaciones ya reconocidas antes de dicha sucesión, como también las que se encuentren en fase de reconocimiento (*in fieri*) a la fecha del cambio empresarial.

Conforme a la [STS de 23 de marzo de 2015](#) (cuyos criterios se reproducen en la [STS de 13 de octubre de 2015](#), y que tiene en cuenta la jurisprudencia comunitaria contenida en la [STJUE de 5 de marzo de 2015, asunto C-343/13](#), respecto de la aplicación de la [Directiva 2011/35/UE, de 5 de abril](#), relativa a las fusiones de las sociedades anónimas), en los casos de sucesión de empresas se produce la transmisión de la responsabilidad de la empresa sucedida por incumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo, la cual no solo opera respecto de las prestaciones causadas en el momento de producirse la fusión, sino también respecto de las que estén pendientes de reconocer y de las que se estén generando, con independencia de que la fecha de su reconocimiento sea posterior a la fecha de la sucesión. Además, la transmisión de la responsabilidad del recargo opera no solo en los casos de fusión por absorción (como es el supuesto que se analiza en la sentencia), sino que se extiende a los casos de fusión por constitución, a los casos de escisión, a todos los fenómenos de transformación y, en general, a cualquier supuesto de cesión global de activos y pasivos desde la empresa sucedida a la sucesora.

II. EL CASO PLANTEADO ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

1. Los hechos que se recogen en las sentencias de instancia son, en síntesis los siguientes:

- a) El trabajador beneficiario de las prestaciones de incapacidad permanente (y, posteriormente, causante de las prestaciones de muerte y supervivencia) estuvo trabajando para la empresa «A» en distintos puestos de trabajo expuestos al amianto, cesando en la misma el 31 de diciembre de 1988, como consecuencia de un expediente de regulación de empleo, sin que volviese a prestar servicios efectivos para dicha empresa.
- b) La empresa «A» fue sucedida por la empresa «B», en 1993, que asumió el papel de empleadora respecto de la primera.
- c) Por el trabajador se solicitó una prestación de incapacidad permanente, falleciendo durante el tiempo de tramitación de expediente (29 de diciembre de 2004), si bien se le reconoce en situación de incapacidad permanente absoluta por enfermedad profesional, derivada de un mesotelioma pleural con disnea a mínimos esfuerzos, padecimiento que fue causante de la muerte.

³ Nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por [Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre](#).

d) Años después, y como consecuencia de diferentes actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para la incoación de un expediente por recargo de prestaciones a causa de ausencia de medidas de seguridad, por resolución del INSS, de 29 de junio de 2011, se declara la existencia de responsabilidad empresarial, imponiendo un recargo del 50% sobre los importes de las prestaciones, considerando a la empresa «B» responsable de ese recargo, en cuanto sucesora de la empresa en la que había producido el incumplimiento de los deberes de prevención de riesgos.

2. Al no estar conforme con el recargo impuesto, la empresa «B» planteó demanda ante la jurisdicción social, alegando que el trabajador fallecido nunca había pasado a prestar servicios en la misma, así como la no transmisibilidad del recargo, dada su naturaleza *cuasi* sancionadora, demanda que fue desestimada por la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 19, de Barcelona, de 7 de noviembre de 2013.

Contra la misma, se presenta recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que es desestimado mediante Sentencia, de 22 de abril de 2014 (que reproduce los criterios contenidos en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social, del mismo tribunal, de 15 de noviembre) declarando la transmisibilidad del recargo de las prestaciones de Seguridad Social, en los supuestos de sucesión de empresas, puesto que, en caso contrario, se estaría dando lugar a una fácil elusión de las responsabilidades de recargo en las empresas que, a causa del incumplimiento de las medidas preventivas, hubiesen dado lugar a la aparición o agravación de enfermedades profesionales que, como es el caso de la asbestosis pulmonar, solo se evidencia a lo largo del tiempo.

3. Contra la STSJ de Cataluña citada, se formula recurso de casación para la unificación de doctrina, al considerarse infringidos los artículos 44 del [Estatuto de los Trabajadores](#)⁴ y el artículo 127 de la [LGSS/1994](#)⁵, proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la [Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 2011 \(RCUD 2502/2010\)](#), en la que en un supuesto semejante (trabajador aquejado de una enfermedad profesional, agravada por un incumplimiento de las medidas preventivas por parte de una empresa, que es sucedida por otra), se excluye la sucesión en la responsabilidad del recargo, teniendo en cuenta que la sucesión empresarial se había producido después del cese del trabajador en la primera empresa y antes de que se reconociese la contingencia profesional.

⁴ En la actualidad, artículo 44 del nuevo Estatuto de los Trabajadores, aprobado por [Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre](#).

⁵ Actualmente, artículo 168 de la [LGSS](#).

III. LAS CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA TRANSMISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL RECARGO

1. Aunque en el recurso de casación, la empresa «B» alegaba, como sentencia de contraste, la [STS de 18 de julio de 2011](#), hay que considerar –como se ha indicado en el apartado I– que el propio Alto Tribunal ya había modificado su doctrina anterior (sobre la no transmisión de la responsabilidad del recargo), habida cuenta, entre otras consideraciones, de los criterios contenidos en la [STJUE de 5 de marzo de 2015](#), que obligaba, dada la primacía de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o la jurisprudencia de los tribunales de los Estados miembros en la aplicación de disposiciones comunitarias, a revisar los criterios que había mantenido previamente el propio Tribunal Supremo⁶.

2. Para el Tribunal Supremo, la remisión que el artículo 44.3 del [ET](#)⁷ efectúa a la legislación de la Seguridad Social obliga a que sea en ese ámbito (y no en el laboral) donde se dé respuesta a la cuestión de la transmisibilidad o no de la responsabilidad en el recargo y, aunque el ordenamiento de la Seguridad Social no establezca una regulación expresa⁸, la laguna legal ha de ser completada con preceptos de la propia regulación de la Seguridad Social, así como con las normas comunitarias (las Directivas sobre fusión de empresas), cuya aplicación lleva a excluir una interpretación extensiva del artículo 123 de la [LGSS/1994](#) (art. 164 vigente [LGSS](#)), que llevaría a la intransmisibilidad del recargo, aplicando, por el contrario, *in extenso*, del contenido del artículo 127.2 del mismo texto legal (hoy art. 168.2 [LGSS](#)) considerando los caracteres, aunque no sean únicos, prestacionales que adornan al citado recargo⁹.

Además, para el Tribunal Supremo en el artículo 123 de la [LGSS/1994](#) (art. 164 [LGSS](#)) no se contempla la incidencia de la sucesión empresarial en la responsabilidad por el recargo de prestaciones, sino que únicamente se refiere a la imposibilidad de transmitir esa responsabilidad por negocio jurídico específico destinado a cubrir, compensar o transmitir la misma¹⁰. Sin embargo, el propio

⁶ Hasta la [STS de 23 de marzo de 2015](#) el Tribunal Supremo venía avalando que, en los casos de sucesión de empresas, la legislación socio-laboral obligaba a la responsabilidad solidaria de la empresa sucesora respecto de prestaciones de Seguridad Social de la que había sido declarada responsable la empresa sucedida, pero sin que esa responsabilidad se extendiese a la derivada del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo, efectuando una consideración mixta –punitiva y prestacional– del recargo, de la que se deriva que el primer carácter (el punitivo) obstaculizaba el mecanismo de la subrogación previsto, para la responsabilidad de las prestaciones, en el artículo 127 de la [LGSS/1994](#).

⁷ *Vid.* nota 4.

⁸ Ya que, de una parte, el precepto que regula el recargo (art. 123 [LGSS/1994](#), sustituido en la actualidad por el artículo 164 [LGSS](#)) no prevé la incidencia que en la responsabilidad sobre el mismo pueda tener la sucesión de empresas, limitándose a establecer la imposibilidad de transmitir esa responsabilidad por negocio jurídico específico y, de otra, que el artículo 127 de la [LGSS/1994](#) (actualmente, art. 168 [LGSS](#)) referido a la sucesión empresarial, se refiere expresamente a las prestaciones, sin que se cite el «recargo».

⁹ *Vid.* las consideraciones en esta materia contenidas en la [STS de 23 de marzo de 2015](#).

¹⁰ El apartado 2 del artículo 164 de la [LGSS](#) (anterior artículo 123.29 [LGSS/1994](#)) establece que la responsabilidad del pago del recargo señalado en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser ob-

ordenamiento de la Seguridad Social da respuesta al tema de la responsabilidad en orden a las prestaciones, en caso de sucesión de empresa¹¹, responsabilidad que es extensible al recargo, dada su relación con las prestaciones¹².

3. Aunque, en los casos de sucesión de la titularidad de empresa, el artículo 127.2 de la **LGSS/1994** (actualmente, art. 168. 2 **LGSS**) establece la responsabilidad solidaria del adquirente con el anterior (o sus herederos) respecto de las «prestaciones causadas» antes de la sucesión, la expresión «causadas» no ha de interpretarse en un sentido formal o restrictivo, de modo que solamente se aplicase a las ya reconocidas con anterioridad a la subrogación, sino considerando una interpretación material, identificando las prestaciones causadas con prestaciones «generadas», puesto que la misma es la más adecuada a las prestaciones derivadas de enfermedades profesionales, dado su carácter insidioso y de manifestación tardía, en relación con la fecha en que se contrae la enfermedad.

jeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

¹¹ El apartado 2 del artículo 168 de la **LGSS** (anterior art. 127.2 **LGSS/1994**) establece 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. 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».

¹² Para la **STS de 23 de marzo de 2015** la aplicación del artículo 127.2 de la **LGSS/1994** (hoy, art. 168.2 **LGSS**) al ámbito del recargo se justifica en las siguientes razones:

- a) La regulación del mismo en la **LGSS** se efectúa dentro del apartado de la misma referido al «Régimen general de las prestaciones».
- b) La competencia para la imposición del recargo recae en la misma Entidad –INSS– a la que se le atribuye la gestión de las prestaciones económicas de la Seguridad Social.
- c) El procedimiento para su imposición está establecido en normas reguladoras del reconocimiento de prestaciones (**RD 1300/1995, de 21 de julio**, y en la **OM de 18 de enero de 1996**).
- d) Los caracteres atribuidos a las prestaciones de Seguridad Social se extienden al recargo (art. 121.3 **LGSS**).
- e) El recargo es objeto de la oportuna capitalización, como las pensiones de las que se declara la responsabilidad empresarial y, al igual que estas, pueden ser objeto de recaudación objetiva.
- f) Por último, el plazo de prescripción que resulta aplicable al recargo es el mismo que en el caso de las prestaciones.