Roj: **STS 1924/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:1924**

Id Cendoj: **28079149912015100002**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**
Sede: **Madrid**
Sección: **991**
Fecha: **23/03/2015**
Nº de Recurso: **2057/2014**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Auto de aclaración**
Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Marzo de dos mil quince.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de URALITA, S.A. frente a la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 26/marzo/2014 [recurso de Suplicación nº 257/2014], que resolvió el formulado por la misma parte, frente a la pronunciada en 11/octubre/2013 por el Juzgado de lo Social núm. 22 de Barcelona [autos 537/12], sobre ENFERMEDAD PROFESIONAL.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de octubre de 2013 el Juzgado de lo Social núm. 22 de Barcelona dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "DESESTIMANDO la demanda planteada por URALITA, SA. contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y el Sr. Indalecio , ABSUELVO a la parte demandada de las pretensiones ejercitadas y se mantienen los pronunciamientos de las Resoluciones Administrativas impugnadas".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: "1.- Don. Indalecio , nacido el NUM000 -1932, con DNI. n° NUM001 , prestó servicios para la empresa URALITA, SA. (antes ROCALLA, SA.), desde el día 11-2-1957 hasta el día 13-7-1984, con categoría profesional de Especialista 1ª, torneando tubos MAZZA, con exposición a amianto.- 2.-La empresa ROCALLA, S.A., tras varias fusiones y absorciones, pasó a ser URALITA, SA. que se constituyó el fecha 21-7-1993.- 3.-En el informe de Inspección de Trabajo de fecha de salida 4-10-2010, n° ref. NUM002 , se constató que tras trabajar para ROCALLA, SA. el Sr. Indalecio trabajó para CONSTRUCCIONES R. CALDERÓN, S.L. entre 7-8-1990 y 31-10- 1990. No consta exposición al amianto en esta empresa.- El Sr. Indalecio falleció el 1-7-1998.- El Juzgado de lo Social n° 7 de esta ciudad declaró que la muerte del trabajador fue por enfermedad profesional. Sentencia que, en sus Hechos Probados, expresa que el trabajador ingresó el 30-12-1997 en un centro hospitalario donde se le diagnosticó Probable neoplasia maligna de tráquea, bronquios y pulmón" y en TAC practicado el 21-1-1998 se le diagnosticó de "massa pulmonar esquerra que infiltra el greix medistínic associada a adenopaties ipsilaterals i metástasi hepática compatible amb carcinoma broncogénic disseminat en estat T4-N2-M1". Sentencia confirmada por la STSTC de fecha 28-1-2011.- Y tras la Fundamentación Jurídico que menciona, con la imputación de responsabilidad administrativa y la relación causal que aprecia, en base a las infracciones de normas de Seguridad y Salud Laboral, propone al INSS la aplicación a la empresa URALITA, SA. de un **recargo** del 50% en todas las **prestaciones** económicas que se satisfagan como consecuencia de aquélla enfermedad profesional.- 4.-El I.N.S.S. dictó Resolución de fecha de salida 12-1-2012 declarando la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad en el trabajo en la enfermedad profesional sufrida por el Sr. Indalecio y declaró la procedencia de que las **prestaciones** de Seguridad Social derivadas de dicha enfermedad fueran incrementadas en un 50% con cargo a la empresa ROCALLA, SA. (URALITA, SA.).- 5.- Formulada Reclamación Previa, fue desestimada por Resolución definitiva de fecha 3-5-2012.- 6.-Los hechos

ocurrieron como indica el acta de Inspección de Trabajo.- TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado lo impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de URALITA, S.A., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 26 de marzo de 2014 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de URALITA SA. contra la sentencia de 11 de octubre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 22 de Barcelona en autos núm. 537/2012, seguidos a instancia de la recurrente, URALITA S.A., frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y Doña Angelica en materia de **recargo** de **prestaciones** por falta de medidas de seguridad, y, en su consecuencia, debemos declarar que la fecha de efectos del **recargo** será a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se produjo su reconocimiento, confirmando en su integridad el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida.- Se condena a la empresa recurrente al abono de las costas causadas a la parte impugnante que se fija en 400 euros, con pérdida de los depósitos y consignaciones que hubieran podido prestar, si los hubiera, a los que se les dará el destino legal".

CUARTO.- Por la representación procesal de URALITA, S.A. se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2011 (R. 2502/10).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 25 de febrero de 2.015, y dada la transcendencia del mismo se suspendió señalándose nuevamente para su deliberación en Sala General en fecha 18 de marzo de 2.015, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1.-La demanda interpuesta.- Por demanda presentada en 05/06/12, la empresa «Uralita, SA» solicitó que se anulase resolución administrativa dictada con fecha 12/01/12 en materia de «**recargo** de **prestaciones**», y en la que se había declarado la responsabilidad de la empresa por la enfermedad profesional que había causado la muerte del trabajador Don Indalecio , imponiéndole el **recargo** del 50% en las correspondientes **prestaciones** por incumplimientos de medidas de seguridad durante la **prestación** de servicios para «Rocalla, SA», posteriormente absorbida por aquella empresa. Demanda en la que expresamente se solicitó que se dejase sin efecto su responsabilidad o subsidiariamente se limitase el importe del **recargo** al 30 %, y que -de mantener el **recargo**- se retrotrajese la fecha de efectos a tres meses antes a la solicitud.

2.-La respuesta en Suplicación .- Pretensión rechazada por el J/S nº 22 de los de Barcelona en sentencia de 11/10/13 [autos 537/12] y confirmada -salvo en lo que a la retroacción de efectos se refiere- por la STSJ Cataluña 26/03/2014 [rec. 257/14], que rechaza las diversas modificaciones fácticas que se pretendían, argumenta prolijamente -entre otros extremos que en nada afectan al presente trámite- sobre la infracción empresarial de las medidas de seguridad, la existencia de nexo causal incumplimientos/enfermedad y, sobre todo sobre el primer motivo de infracción jurídica, cual era la subrogación en la responsabilidad atribuible a la empresa incumplidora «Rocalla, SA» por parte de la sucesora «Uralita, SA» [dato con el damos respuesta a la objeción hecha por el Ministerio Fiscal de que se trata de cuestión nueva]. Extremo éste sobre el que la Sala del TSJ mantiene la sucesión en la responsabilidad, sobre la base de argumentar los arts. 233 LSA , el art. 44 ET y los arts. 6.4 y 7.2 CC .

3.-El recurso de casación.- En su recurso de casación para la unidad de la doctrina, «Uralita, SA» denuncia la infracción del art. 44 ET en relación con el art. 127 LGSS , señalando como decisión referencial la STS 18/07/11 [rcud 2502/10], que contempla supuesto básicamente idéntico al de autos, por enjuiciarse en él la situación de trabajador que fallece a consecuencia de enfermedad profesional y respecto de la que se declara la procedencia de **recargo** de **prestaciones**, al apreciarse incumplimientos empresariales causalmente ligados a la contingencia, pero en la que -contrariamente a la Sala de suplicación en las presentes actuaciones- este Tribunal excluyó la sucesión en el **recargo** por parte de nueva empresa que absorbe a aquélla para la que el trabajador había prestado servicios, habida cuenta de que la sucesión empresarial se había producido después del cese en el trabajo y antes de que se reconociese la contingencia profesional. Con lo que media la exigida contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, y la misma se manifiesta en la parte dispositiva de ambas sentencias porque las mismas contienen pronunciamientos diversos respecto de

hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (recientemente, SSTS 11/11/14 -rcud 2246/13 -; 12/11/14 -rcud 188/14 -; y 12/11/14 -rcud 3245/13 -).

SEGUNDO.-1.-La doctrina de la Sala hasta la fecha.- La cuestión que se plantea en las presentes actuaciones ya fue objeto de resolución -en efecto- por la STS 18/07/11 [rcud 2502/10], y su criterio fue reiterado por la sentencia de 28/10/14 [rcud 2784/13]. Planteamiento del que en la presente sentencia nos separamos, tras meditada reconsideración de la cuestión debatida y por las razones que posteriormente pasaremos a exponer.

2.- Nuestras precedentes argumentaciones.- Teniendo por reproducido el detallado excurso que hicimos en la referida STS 18/07/11 acerca de la naturaleza jurídica del **recargo** de **prestaciones** y de la evolución jurisprudencial sobre tan esquiva materia, a efectos explicativos nos parece obligado cuando menos trascribir en parte su FJ Quinto [apartado 3], en el que literalmente manifestábamos que «... si bien -conforme a lo indicado- el **recargo** de **prestaciones** ostenta una innegable faceta prestacional que en cierto modo apuntaría a la posible extensión de su responsabilidad en los supuestos -como el de autos- de sucesión de empresa, tal como proclama el art. 127.2 LGSS , de todas formas su función preventivo/punitiva, la determinante idea de «empresario infractor» que utiliza el art. 123.2 LGSS (SSTS 14/02/01 -rcud 130/00 -; y 21/02/02 -rcud 2239/01 -), la consiguiente afirmación jurisprudencial de que «sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo» (SSTS 08/04/93 -rcud 953/92 - ...; 21/02/02 -rcud 2239/01 -; y 03/12/08 - rcud 2909/07 -), la exclusión de responsabilidad por el INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo y la no asegurabilidad de aquélla - siquiera este mandato del art. 123.2 LGSS sea actualmente cuestionado por mor de las previsiones contenidas en los arts. 15.5 y 43.2 LPRL - (SSTS 02/10/00 - rcud 2393/99 -; ...; 16/05/07 -rcud 360/06 -; y 03/12/08 -rcud 2909/07 -), llevan a concluir que la responsabilidad que comporta el **recargo** -cualquiera que sea el momento de su declaración- es intransferible por la vía de la sucesión de empresa, tal como sostiene la sentencia recurrida y como precedentemente ha declarado esta Sala en la decisión de contraste».

A tales consideraciones añadimos posteriormente -en la STS 28/10/14 - que la conclusión también se reforzaba con un argumento sistemático, cual resulta de la regulación diferenciada -siquiera en la misma sección, relativa al «régimen general de las **prestaciones**»- de la responsabilidad en orden a las **prestaciones** [arts. 126 y 127] y en lo que toca al **recargo** de la **prestación** [art. 123.2]; lo que apuntaría a deducir que en los supuestos de sucesión empresarial es inviable aplicar al último [el **recargo**] el régimen jurídico establecido para aquéllas [las **prestaciones**], por tener ambos dispar naturaleza y específico régimen jurídico.

3.- Reconsideración del tema.- 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.

TERCERO.-1.- Rechazo al apoyo legal que invoca la recurrida.- En primer lugar hemos de referir que rechazamos el argumento y la cita normativa que la sentencia recurrida hace en apoyo de su tesis, invocando las prescripciones de los arts. 44 ET y 233 LSA como correctoras del posible fraude de ley y/o abuso del derecho en los supuestos de sucesión empresarial.

Así, 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.

2.- El art. 127.2 LGSS como norma aplicable.- 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 «cubrirla, 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- 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-).

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.

3.- El significado del art. 127.2 LGSS .- El precepto 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.

CUARTO.- 1.- Novedoso criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.- 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.

2.- La cuestión prejudicial que se plantea.- 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].

3.- Los razonamientos.- 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].

QUINTO.- 1.- La primacía de la jurisprudencia comunitaria.- 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 -).

2.- Incidencia de la Directiva 78/855 en la presente litis.- 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 privatos*], 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* .

3.- Proyección general de nuestro cambio de doctrina.- 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.

SEXTO.- 1.- Solución del concreto caso examinado.- 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 «[l]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. Molina por infracción de las medidas de seguridad se considere razonablemente impuesto por el INSS a la empresa demandada.

2.- La consecuente desestimación del recurso formulado.- 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].

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de «URALITA, S.A.», confirmando la sentencia dictada por el TSJ de Cataluña en fecha 26/Marzo/2014 [rec. nº 257/14], que a su vez había confirmado la resolución -desestimatoria de la pretensión- que en 11/ Octubre/2013 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 22 de los de Barcelona [autos 537/12], frente a declaración de su responsabilidad en el **recargo** de **prestaciones** acordado por Resolución del INSS en 12/01/12, siendo demandados Don Indalecio , el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Con imposición de costas a la recurrente.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. MAGISTRADO Dª Maria Milagros Calvo Ibarlucea DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ART. 260.2 DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL RESPECTO DE LA SENTENCIA DICTADA EL 23 DE MARZO 2015 EN EL RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA Nº 2057/2014.

La acción punitiva de las normas reguladoras de la Seguridad Social ha seguido tradicionalmente dos vías paralelas en nuestro Derecho.

Así, con la aparición del Texto Refundido de Accidentes de Trabajo (Decreto 22-6-1956) y la aprobación de su Reglamento, en su artículo 55 dispone: *"Toda indemnización de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales se aumentará en una mitad si el accidente ocurre en máquinas, artefactos, instalaciones o centros o lugares de trabajo que carezcan de los aparatos de precaución reglamentarios, o en los que no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad necesarias para el trabajo humano.*

Se estimará especialmente incluido en el supuesto del párrafo anterior el hecho de que la víctima de neumoconiosis no haya sido reconocida a la entrada de un trabajo de ambiente pulvígeno que esté incluido en los números 24 a 28, ambos inclusive, del cuadro anejo al Decreto de 13 de abril de 1961.

Igual calificación merecerá la situación creada por el patrono que haya incumplido las disposiciones en vigor respecto al trabajo de mujeres y niños.

*Este **recargo**, a costa del patrono, se considerará como una sanción para el mismo y queda prohibido bajo pena de nulidad su seguro."* .

Posteriormente, la O.M. de 15-4-1969 en su artículo 51 establece que: *"Las indemnizaciones a tanto alzado, las pensiones vitalicias y las cantidades tasadas en el baremo de lesiones no invalidantes que resulten debidas a un trabajador víctima de accidente de trabajo o enfermedad profesional, se aumentarán, según la gravedad de la infracción, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca en máquinas, artefactos, instalaciones o centros y lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o en los que no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o adecuación al trabajo."* .

En su artículo 52 se hace recaer la responsabilidad del pago directamente sobre la Empresa infractora y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla. En su punto 2 añade que esta responsabilidad es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

Posteriormente, el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Decreto 2065/1974 de 30 de mayo establece en su artículo 93 que: *"1. Todas las* ***prestaciones*** *económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos, o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.*

2. La responsabilidad del pago del ***recargo*** *establecido en el número anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice .para cubrirla, compensarla o transmitirla.*

3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que pueda derivarse de la infracción.

4. Serán competentes para declarar, en vía administrativa, la responsabilidad fijada en este artículo, las Comisiones Técnicas Calificadoras a que se refiere el artículo 144 de esta Ley." .

Pero junto al **recargo** de las **prestaciones** bajo la fórmula vista también existe otra clase de acción sancionadora, la que deriva de la aplicación de las normas sobre salud y seguridad en el trabajo, de las que han sido expresión:

La Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por Orden Ministerial de 9 de marzo de 1972 que disponía lo siguiente en sus artículos 153, 154 y 155:

"Art. 153. Responsabilidad patrimonial de las empresas.-

Las responsabilidades empresariales; de contenido económico recaerán directa e inmediatamente sobre el patrimonio individual o social de la empresa respectiva, sin perjuicio de las acciones que en consideración a dichas responsabilidades pueda, en su caso, ejercitar la empresa contra cualquier otra persona.

La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones que Impone esta Ordenanza respecto a los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal.

Art. 154. Personas responsables en las empresas.-

La responsabilidad de los empresarios por infracciones en materia de seguridad e higiene no excluirá la de bus personas que trabajen a su servicio en funciones directivas, técnicas, ejecutivas o subalternas, siempre que a cualquiera de ellas pueda serle imputada, por acción u omisión, la infracción cometida.

Art. 155. Compatibilidad de responsabilidades.-

Salvo precepto legal en contrario, las responsabilidades que exijan las autoridades del Ministerio de Trabajo o que declare la Jurisdicción laboral, por incumplimiento de disposiciones que rijan en materia de Seguridad de Higiene en el Trabajo, serán independientes y compatibles con cualesquiera otras de índole civil, penal o administrativa, cuya determinación corresponda a otras jurisdicciones o a otros órganos de la Administración pública.

Las actuaciones que inicien y tramiten los órganos judiciales y administrativos no laborales que tengan por causa el incumplimiento de dichas disposiciones no suspenderán, en ningún caso, la acción preventiva, investigadora y punitiva correspondiente al Ministerio de Trabajo." .

No se aprecia diferencia esencial en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden social, Ley 8/1988, Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/ 1995 e 8 de noviembre, artículo 42 , y en cuanto al texto vigente en la actualidad, Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones Y Sanciones en el Orden social aprobado por Real Decreto legislativo 5/2000 de 4 de Agosto, si bien en esta última el artículo 42-3 contiene un párrafo en el que se declara la nulidad de los pactos siempre que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades en materia de solidaridad de contratistas y subcontratistas.

Se advierte en la acción punitiva del legislador una doble vía en la que no se comparte regulación. Como hemos visto el régimen de infracciones y sanciones no prevé, al menos en forma expresa, ninguna restricción a la posibilidad de que el responsable que deba asumir el gravamen emplee medios para desplazarlo en forma de aseguramiento o transmisión a menos que con ello, mediante el fraude de ley se pretenda hacer ineficaz la declaración de responsabilidad, sin olvidar que el perjudicado es el erario público.

Por el contrario, como hemos visto es persistente la normativa sobre el **recargo** de **prestaciones** que culmina en el artículo 123.3 de la Ley General de la Seguridad social que mantiene las prohibiciones de aseguramiento, pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla, aun cuando ello suponga, en caso de insolvencia, una disminución de las garantías del beneficiario.

Ese tratamiento diferenciado es el que hace mantener un grado de reserva ante la incidencia que pueda tener respecto al mismo, no así en cuanto a la aplicación del Derecho sancionador, la Sentencia de 5 de marzo de 2015- asunto C-343/2013 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su interpretación de la Directiva 78/855 CEE, en concreto de su artículo 19-apartado 1º.

La sentencia considera que el efecto de transmisión universal del patrimonio activo y pasivo entre sociedad absorbida y absorbente se produce ipso iure con la fusión de ambas, entre ambas entidades y respecto a tercero, alcanza las multas impuestas por infracciones cometidas por la absorbida antes de dicha fusión.

Al igual que ha venido ocurriendo con la doble línea punitiva, lo excepcional del **recargo** de **prestaciones** se mantiene en la L.G.S.S. hasta el punto de figurar incluido en la Sección 2ª del Capítulo III, Título II, Régimen General de las **prestaciones**, el mismo en el que se regula a través del artículo 127 lo que denomina *"aspectos especiales de responsabilidad en orden a las **prestaciones**"* , en el apartado 2 , sucesión en la titularidad, con declaración de responsabilidad solidaria e adquirente, transmitente y en su caso herederos.

En su apartado 3 llega también a prever el caso de origen de la **prestación** en supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, de modo que la **prestación** será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la entidad gestora, servicio común o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en su caso, sin perjuicio de aquellas responsabilidades. A continuación, el precepto contempla la cadena de resarcimiento.

Frente al régimen de responsabilidad por las **prestaciones** que hemos visto, permanece aislado en el artículo 123-3 el del **recargo** de **prestaciones**. Los términos de dicho precepto ninguna similitud guardan con las del artículo 127 y habría bastado una simple remisión a éste. Se ha pensado en garantizar la cobertura instantánea de responsabilidades con origen criminal o civil y la oportuna cadena de resarcimiento y sin embargo nada de esto se contempla en la norma que precisamente establece una consecuencia dimanante del contenido del propio contrato de trabajo y de la deuda de seguridad que del mismo se deriva.

De una parte el legislador español ha previsto toda suerte de mecanismos para que las obligaciones contraídas con los trabajadores sean asumidas por quienes sustituyen en su condición al empresario anterior, vg. Artículos 42 y 44 del Estatuto de los Trabajadores , artículo 127 de la Ley General de la Seguridad social . Y sin embargo cuando del **recargo** se trata ha querido hasta tal punto resaltar el valor punitivo frente al de **prestación** que rechaza toda idea de garantía que pudiera beneficiar en definitiva al trabajador perjudicado prohibiendo el aseguramiento y la transmisibilidad.

Tal ha sido el tratamiento dispensado inclusive en épocas anteriores cuando el margen de **prestaciones**, fuera del que dependía de las reguladas en el Régimen General y especiales de la Seguridad Social, era inferior al número de posibilidades que hoy se ofrecen.

A fecha de hoy existen nuevas vías de compensación, ninguna excluida del aseguramiento y sin que exista traba para que opere su transmisión. Y sin embargo, el artículo 123.3 de la L.G.S.S . mantiene inalterable las características tradicionales del **recargo** de **prestaciones**, hasta el punto de que en su misma esencia dispar frente al resto de las compensaciones por culpa contractual o extraconductual radica su razón de ser.

Dada la divergencia existente entre las normas que conforman el Derecho sancionador en materia de obligaciones laborales y de seguridad al que sin duda es de aplicación la Directiva de 78/855/CEE de 9 de octubre -,hoy Directiva 2011/35 y la interpretación que de las mismas realiza la Sentencia el Tribunal de Justicia

de la Unión Europea en su respuesta a la cuestión prejudicial planteada, por el contrario y atendiendo a lo expuesto no cabe hacer extensiva ni la interpretación ni las normas referidas sin por ello negar su aplicación directa pero siempre que el supuesto afectado se encuentre en un ámbito previsto, lo que no se puede predicar respecto del **recargo** de **prestaciones**.

Sería diferente y por otras razones el supuesto en el que constara que antes de culminar el proceso de fusión en 1993, con anterioridad y prestando servicios el trabajador, Uralita hubiera asumido la realización material de la gestión de ROCALLA, S.A. porque en ese caso no estaríamos ante una transmisión sino ante un periodo en que el levantamiento del velo permitiría determinar como auténtico empresario Uralita S.A., aspecto para lo que tampoco existe cobertura para esa posibilidad.

La sentencia dando respuesta a la cuestión prejudicial formulada viene en esencia a declarar susceptibles de transmisión en supuestos de fusión el importe de las multas derivadas de infracciones laborales aun cuando su imposición sea posterior a la fusión.

La respuesta de la sentencia se ajusta a una concreta cuestión, el traspaso de responsabilidad por deudas al Estado, las multas lo son, sobre las que no consta que exista restricción expresa.

Es dudosa la extensión de la respuesta que recibió la cuestión prejudicial por cuanto el órgano decisor no ha podido tener en cuenta una institución tan especial como es el **recargo** de **prestaciones**.

En primer lugar porque la esfera del interés protegido no se corresponde con la de la cuestión prejudicial, las arcas públicas, al contrario de lo que sucede con el **recargo**, cuyo único beneficiario es el trabajador.

La segunda peculiaridad que surge es la de que unida al bien jurídico protegido, la recaudación de fondos del Estado, parece añadirse un interés mas genérico, el de que un obstáculo a la transmisiblidad derivada de las infracciones.

Por todas razones no parece que el objetivo que la respuesta dada a la cuestión prejudicial sea extensivo a una institución de diferente naturaleza y finalidad como es la del **recargo** de **prestaciones**.

Madrid, a 23 de marzo de 2015.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, y al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez, de conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con la sentencia dictada en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina nº 2057/2014.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 2057/2014, en el que expreso con total respeto, mi discrepancia respecto del criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala al resolver las cuestiones que se suscitan en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sosteniendo la posición que mantuve en la deliberación.

Estando de acuerdo con el fallo de la sentencia de la mayoría me permito con el debido respeto discrepar de los argumentos que se dan para llegar al mismo por considerar que son contradictorios y algunos innecesarios. Fundo mi discrepancia en las siguientes razones.

Primera. La mayoría no aclara su posición sobre la naturaleza jurídica del **recargo**, sobre si es una sanción, una **prestación** de la Seguridad Social, una indemnización o mezcla de ambos conceptos.

Resolver esa cuestión era importante, más que para resolver el problema planteado, para unificar de una vez por todas las discrepancias al respecto con lo que se daría a los Jueces y Tribunales y demás intérpretes del derecho una herramienta útil para resolver otras cuestiones que suscita la aplicación de esta institución jurídica. Como se expondrá a continuación no se ha hecho y se ha perdido una ocasión.

Segunda. Sobre el **recargo** como **prestación**.

La mayoría se ha inclinado por aplicar al caso el artículo 127-2 de la Ley General de la Seguridad Social , al no tener previsto el artículo 123-2 ninguna disposición sobre la transmisión de la obligación de pagar el **recargo** en los supuestos de sucesión de empresas, laguna legal que se debería llenar con normas de la rama social del derecho, lo que la ha llevado a aplicar el citado artículo 127-2, dado el carácter prestacional que se ha atribuido por la jurisprudencia al **recargo**. Luego ha resuelto el problema de cual es el del momento en el que el **recargo** se causa, lo que era innecesario, pues es sabido que el **recargo** se causa cuando se reconoce la **prestación** que complementa o recarga o cuándo se produce el hecho causante de esa pretación. Pero ha obviado un tema

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

fundamental: el **recargo** no es enumerado como una de las **prestaciones** del sistema en el art. 38 de la L.G.S.S ., lo que conlleva que en principio no le sean aplicables las normas sobre revalorización de las **prestaciones**, ni las que garantizan su cobro, ni las relativas a quien responde de la **prestación** (**recargo**) en caso de insolvencia del empresario. En efecto, en el caso de las demás **prestaciones**, caso de insolvencia del empresario que no concertó el debido seguro, la responsabilidad es del empresario incumplidor y subsidiariamente del INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes (art. 126-1 L.G.S.S .) (hay abundante doctrina de la Sala sobre esto:SSTS 8-3-1993 , 20-5-1994 ...). Por ello, si se considera que el **recargo** tiene naturaleza prestacional y que es de aplicar el art. 127-2 de la L.G.S.S ., la lógica imponía declarar la responsabilidad subsidiaria dicha, lo que no se hace, seguramente porque, aunque no se diga, se considera aplicable el artículo 123-2 de la citada Ley . Ahí radica la contradicción interna en que incurre la fundamentación de la mayoría: se aplican por analogía las normas que regulan la responsabilidad en orden al pago de las **prestaciones** en los supuestos de sucesión de empresas, pero no las que regulan otras materias, como las de insolvencia del deudor, pese a que en todos los casos existe el mismo vacío normativo: teórica falta de regulación de esos extremos. Conforme al artículo 4-1 del Código Civil concurrirían en esa hipótesis los requisitos precisos para la aplicación analógica de las normas generales de las **prestaciones** en los casos de sucesión de empresa y en los de insolvencia la situación de impago que provocan esas situaciones debe ser resuelta de forma similar por existir identidad de razón.

Tercera. Sobre el **recargo** como sanción.

1. La mayoría, seguidamente, razona que la aplicación del artículo 127-2 de la L.G.S.S . que propugna es acorde con la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 5 de marzo de 2015 , en la que se ha declarado, resumidamente, que la sociedad que sucede a otra por absorción viene obligada al pago de las multas por infracciones laborales impuestas a la sociedad absorbida, aunque las infracciones se hubiesen cometido antes.

Con tal argumentación la mayoría se contradice y vuelve a la doctrina clásica que estima que el **recargo** es una sanción una figura híbrida que tiene una regulación especial. Creo que es erróneo primar el carácter sancionador del **recargo** y aplicarle con base en ello una sentencia del T.J.U.E. donde se establece una doctrina, sobre la sucesión en las responsabilidades derivadas de infracciones y sanciones administrativas impuestas o que pueda imponer la autoridad laboral, pero que no es extrapolable al **recargo** por ser su naturaleza sancionadora diferente como se analizará a continuación.

2. Mucho se ha escrito sobre la naturaleza sancionadora del **recargo**. Pero hemos de reconocer que nos encontramos ante una institución que no se corresponde con el concepto punitivo propio de las sanciones por infracciones administrativas, cual evidencian los siguientes argumentos:

-Destino sanción económica.

El importe de la sanción no se ingresa a la Hacienda Pública, sino que revierte a favor del perjudicado. Además, para garantizar su pago se capitaliza su importe y ese capital no se da al beneficiario sino que se le abona en forma de renta vitalicia.

-Normativa reguladora.

La regulación del **recargo** se encuentra en la L.G.S.S., dentro de la sección que regula el régimen general de las **prestaciones**. El **recargo** como sanción no es regulado por el R.D.L. 5/2000, de 4 de agosto, sobre infracciones y sanciones del orden social, ni recogido como tal sanción en materia de riesgos laborales en el art. 40-2 de esta disposición, cuyo artículo 42-5 alude al **recargo** pero sin reconocerle carácter sancionador. En este sentido conviene destacar que el **recargo** no se impone cuando se viola una norma de seguridad, sino cuando por causa de ello se produce un daño, que justifica el reconocimiento de una **prestación** del sistema.

-Procedimiento sancionador.

La competencia para apreciar la existencia de infracciones en el orden social y para imponer las sanciones es de la autoridad gubernativa, según la importancia de la sanción puede serlo el Consejo de Ministros (art. 48 del R.D.L. citado) y el procedimiento sancionador es diferente porque se sigue el regulado en los artículos 51 y siguientes del citado R.D.L.. Por el contrario, el **recargo** se reconoce o impone en procedimiento distinto, tramitado ante el Director Provincial del INSS que es quien resuelve sobre el reconocimiento del derecho con sujeción al procedimiento administrativo regulado en la Orden de 18 de enero de 1996. Incluso los artículos 74 y 75 del Reglamento de Recaudación (R.D. 1415/2004 de 11 de junio) diferencian la recaudación de las sanciones y del cobro del **recargo**.

-Prescripción.

El tratamiento de la prescripción es diferente porque las infracciones administrativas muy graves en la materia prescriben a los cinco años contados a partir de la comisión de la infracción (artículo 4-3 del R.D.L.), mientras

que al derecho al **recargo** se le aplica el artículo 43 de la L.G.S.S . y el "dies a quo" para la prescripción se computa cuando nace el derecho al **recargo** o se reconoce la **prestación** a recargar, esto es cuando se puede ejercitar la acción. Esta diferencia es relevante porque supone que el **recargo** se puede imponer pasados más de cinco años de la comisión de la infracción sin haberse iniciado procedimiento alguno o formulado reclamación alguna. Ello no es posible en el procedimiento sancionador por faltas administrativas o penales, en el que la prescripción, incluso de las faltas penales, se aprecia de oficio (Artículo 7-5 del R.D. 928/1998, de 14 de mayo).

-Tipificación de las infracciones.

Las infracciones y sanciones administrativas están tipificadas en el R.D.L. 5/2000, las sanciones sólo se pueden imponer por las faltas tipificadas y se imponen siempre, cualquiera que haya sido el resultado dañoso del hecho que se sanciona. Sin embargo, la imposición del **recargo** requiere, no sólo la comisión de la infracción, sino la producción de un daño corporal y que este daño sea la causa del reconocimiento de la **prestación** del sistema que se recarga. Ello significa que si no existe lesión, ni el reconocimiento de una **prestación** por causa de ella no se impone el **recargo**, la sanción, lo que es impensable con relación a las infracciones administrativas propiamente dichas.

-Principio "non bis in idem".

Los hechos sancionados penal o administrativamente no pueden volver a ser sancionados (art. 3 R.D.L. 5/2000). Sin embargo, esa sanción penal o administrativa no impide el reconocimiento del **recargo** porque la responsabilidad en orden al mismo "es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción" de normas de seguridad (art. 123-3 L.G.S.S .). La independencia y compatibilidad de responsabilidades a que alude esta última disposición revela que la norma considera se trata de responsabilidades diferentes de las penales y las administrativas, razón por la que autoriza la imposición del **recargo** cuando ya se han impuesto sanciones penales o administrativas, incluso cuando no se han impuesto y se sabe que no se impondrán por estar prescritas.

-La presunción constitucional de inocencia.

Esta presunción, típica del derecho sancionador por imposición del artículo 24-2 de la Constitución , juega para sancionar penal y administrativamente los hechos, pero no a la hora de imponer el **recargo**. Según reiterada jurisprudencia, como el empresario es deudor de seguridad, es quien debe probar, ex art. 1104 del C.C . que obró con la diligencia debida. Consecuentemente, aunque, conforme al art. 42-5 del R.D.L. 5/2000 , no pueda obviarse la declaración de hechos probados efectuada por la jurisdicción penal o por la contencioso administrativa, cabrá una distinta calificación de los hechos y de la responsabilidad existente, incluso se podrán apreciar otro tipo de infracciones, máxime teniendo en cuenta que, como después se verá, la imposición del **recargo** no requiere la especial tipificación como falta de la medida de seguridad omitida.

-Responsabilidad cuasi-objetiva y no por falta tipificada.

No es necesario para imponer el **recargo** que la concreta omisión de normas de seguridad se encuentre tipificada como infracción administrativa.

En el derecho sancionador juega el principio de tipicidad de la infracción que se sanciona. Nadie puede ser sancionado por hechos que no sean constitutivos de delito o falta. Sin embargo, la imposición del **recargo** no requiere especial tipificación de la falta cometida. El artículo 123 de la L.G.S.S . permite su imposición "cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad..." expresión omnicomprensiva que unida al deber legal del patrono de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores y a la necesidad de prevenir incluso las negligencias no temerarias de sus empleados (arts. 14 y 154 L.P.R.L .) ha llevado a entender que para imponer el **recargo** no hace falta la infracción de normas concretas de seguridad, sino que basta con infringir normas generales de prevención, incluso con la falta de adopción de las medidas fácilmente previsibles, según numerosas sentencia de esta Sala. Esta doctrina de la que se discrepa pone en evidencia que no estamos ante una sanción.

Las anteriores consideraciones permiten concluir que el **recargo** no es una sanción y no forma parte del derecho sancionador porque su aplicación no viene regulada por los principales principios que regulan el derecho sancionador. En efecto, no es necesario que la falta se encuentre tipificada en la norma (R.D.L. 5/2000) que establece las infracciones en la materia, al bastar con que no se hayan observado medidas de seguridad previsibles se cuasi-objetiva la responsabilidad. No juega la presunción de inocencia y la carga de la prueba recae sobre el empresario que debe probar que el suceso ocurrió sin mediar culpa o negligencia por su parte. La infracción sólo se sanciona con el **recargo** si se reconoce una **prestación**, si se ha causado una lesión. No juega el principio "Non bis in idem". El tratamiento de la prescripción es diferente, tanto en la fijación del "dies a quo", como en la posibilidad de apreciarla de oficio o no. Si ello es así, no es de aplicar, como sostiene

la mayoría, la sentencia de T.J.U.E. de 5 de marzo de 2015 , dictada para supuestos de sanciones, pero no aplicable a instituciones que no tienen esa naturaleza.

Cuarta. El **recargo** como indemnización.

El hecho de que el importe del **recargo** no se ingrese al Tesoro Público, como todas las multas, sino que complemente la **prestación** de la Seguridad Social que cobra el perjudicado, permite pensar que estamos ante una indemnización que no es una **prestación** que cubra el sistema, pero si un pago que persigue la reparación del daño causado. La especial regulación de esta indemnización no impide considerarla como tal, dado que no se encuentra incluida entre las **prestaciones** del sistema (art. 38 L.G.S.S .), lo que impide toda responsabilidad en orden a su pago del INSS, ni como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes, pero no desvirtúa, sino que acentúa su carácter reparador del daño. En la deliberación el ponente propuso que se la considerase "indemnización punitiva", por suponer un incremento de la indemnización que se impone, además de para reparar el daño, para incentivar que el mismo no se produzca, incentivo que se logra con la indemnización punitiva. Más adecuado es calificarla como cláusula penal indemnizatoria establecida por la Ley que, simultáneamente, hace su regulación, pues lo cierto es que estamos ante una indemnización (La indemnización punitiva no puede establecerse cuando ya existen sanciones administrativas sancionado el mismo hecho: es una indemnización y por eso tiene que deducirse del valor total del daño a la hora de fijar la indemnización civil adicional. Realmente, podría entenderse que repara, principalmente los daños morales, pues la pérdida de la capacidad de ganancia se indemniza con la **prestación** fijada en función del salario cobrado.

El carácter indemnizatorio del **recargo** es reconocido por el artículo 42-3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales , donde se dispone: *"Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de **recargo** de **prestaciones** económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema"*. Conviene resaltar que ni el R.D.L. 5/2000, sobre infracciones y sanciones, no considera el **recargo** como sanción, ni en el precepto citado de la Ley 31/1995, se le da esta consideración, sino, más bien, la de la indemnización, fijada en la forma prevista por la normativa del sistema de Seguridad Social. Y es que si no es una sanción recogida en la normativa de infracciones y sanciones, si no se aplica el principio "non bis in idem" porque responde a otro tipo de responsabilidad, diferente de la penal y de la administrativa e independiente de esta, sólo cabe que sea una indemnización, al no tener la consideración de **prestación** del sistema. La forma en la que se fija es acorde con su carácter indemnizatorio, pues responde al principio de que cuanto más grave sea el incumplimiento contractual mayor es el daño causado y mayor debe ser la indemnización reparadora del daño físico y de otros daños, como el moral, que repara el **recargo**. La forma especial de pago persigue asegurar la efectividad del mismo y el reparto del montante indemnizatorio a lo largo de la vida del perjudicado.

Quinta. Sobre la sucesión en la obligación de pagar el **recargo**.

El artículo 123-2 de la Ley General de la Seguridad Social dispone: *"La responsabilidad del pago del **recargo** establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla"*. De la literalidad de esos términos no se deriva que la sucesión en la obligación de pagar el **recargo** sea inviable, como vamos a ver. El precepto dispone que la "responsabilidad del pago" en el aumento de la **prestación** recaerá sobre el empresario infractor, cual es lógico por ser el incumplidor de las normas de seguridad, pero en ningún momento establece que esa responsabilidad no se transmita a quienes traen causa de él por actor intervivos o mortis causa, con lo que la obligación de pago del **recargo** se transmite, al igual que la del cumplimiento de cualquier obligación, por las normas que regulan esa sucesión, cual es el art. 44 del E.T . en el presente caso. En efecto, lo que prohíbe el art. 123-2 es el aseguramiento de la responsabilidad y para garantizar esa prohibición, declara nulo "cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla y transmitirla", mandato de nulidad con el que se trata de proteger la efectividad de la prohibición de aseguramiento, pero no de impedir la transmisión de la obligación, del pasivo de la empresa, a quien sucede al titular de la misma en virtud de un título legal.

Sexta. Sobre la prohibición de asegurar el **recargo**.

Un sector doctrinal mantiene que a partir de la vigencia de la Ley 31/1995 ha quedado derogada, tácitamente, la prohibición de aseguramiento del **recargo** que nos ocupa. Esta doctrina parece correcta habida cuenta que el artículo 15-5 de la citada Ley autoriza a "concertar operaciones de seguro que tengan por fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo", siendo de destacar que ni en ese precepto, ni en el 42 se excluye la posibilidad de asegurar la responsabilidad derivada del **recargo**, sino todo lo contrario, pues en el Anteproyecto de Ley esa prohibición se incluyó en el art. 42-6, precepto que se aprobó con

la supresión de su nº 6, esto es la prohibición de asegurar el **recargo**. Esa decisión seguramente se debió a que en el número 3 del citado artículo el **recargo** se considera indemnización, pues declara la compatibilidad de las sanciones administrativas "con las indemnizaciones (por los daños y perjuicios causados y) de **recargo** de **prestaciones**..." (el paréntesis no consta en el texto legal). Y es que en definitiva nada impide el aseguramiento del **recargo**, máxime cuando la responsabilidad en orden a su pago se objetiva y la normativa de seguros permite asegurar las responsabilidades civiles derivadas de actos negligentes (artículos 1 , 19 y 76 y siguientes de la Ley 50/1980, de 8 de octubre , y demás concordantes de las normas que regulan el seguro obligatorio para el uso de vehículos de motor (R.D.L. 8/2004) y de responsabilidad civil del cazador (R.D. 63/1994), sin que se pueda olvidar lo antes dicho sobre que el **recargo** tiene naturaleza indemnizatoria y no sancionadora. Se dirá que con ello se priva al **recargo** de su carácter de medida preventiva y disuasoria, pero lo cierto es que la posibilidad de asegurar la responsabilidad derivada del **recargo** cubre dos objetivos: garantizar el cobro de las cantidades en que consiste el **recargo** e incentivar la adopción de medidas de seguridad con el fin de pagar menores primas de seguro y de encontrar compañías dispuestas a asegurar el riesgo, lo que no será fácil a la empresa que tenga un elevado porcentaje de siniestros. Además, las funciones preventivas pueden y deben obtenerse de forma más eficaz estableciendo sanciones penales y administrativas y no indemnizaciones reparadoras de los daños causados que no se reconocen, aunque haya una infracción, si no se causan lesiones motivadoras del reconocimiento de **prestaciones** del sistema de Seguridad Social.

Corolario.

De cuanto se lleva dicho se deriva:

Primero. Que de la estricta aplicación del artículo 123-2 de la L.G.S.S . se deduce que el responsable del pago del **recargo** es el empresario infractor, el que incumplió las normas de seguridad, así como que esa obligación se transmite, al igual que el resto de sus obligaciones, a sus sucesores por actos intervivos de cualquier tipo y "mortis causa". Del tenor literal de ese precepto resulta, también, que se veda la posibilidad de asegurar esa responsabilidad, pero que no se prohíbe la sucesión en la misma, sino que, a fin de garantizar la efectividad de la prohibición de aseguramiento, "se declara nulo cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla", esto es se declaran nulos los pactos cuyo objeto sea asegurar o transmitir la responsabilidad en orden al pago del **recargo**, pero no las transmisiones de las empresas, cambios de titularidad por actos intervivos o mortis causa que conllevarán que el nuevo titular se subrogue en las obligaciones del anterior con arreglo a lo dispuesto en la normativa legal de todo tipo en materia de sucesiones, incluido el art. 44 del E.T ., salvo que la transmisión se declare fraudulenta. El caso de fusión de sociedades en cualquier modalidad o de adquisición de las mismas, la inaplicación del precepto estudiado es evidente porque lo que se transmite o refunde no son obligaciones, sino la titularidad de las acciones o participaciones sociales y la sociedad resultante sigue siendo responsable de las obligaciones que tenía porque la fusión y la compra afectan a la titularidad del capital social y no a la transmisión de obligaciones concretas, lo que se regula por otras normas.

Segundo. Por lo dicho sobraban y con el debido respeto se estima que no era necesario argumentar la existencia de la sucesión en el pago de la transmisión en la aplicación analógica de las normas sobre **prestaciones**, ni, menos aún, en considerar que el **recargo** es una sanción a la que se le aplica la doctrina que el T.J.U.E. ha sentado en su sentencia de 15 de marzo de 2015 , por cuanto, cual se ha razonado anteriormente el **recargo** no es una **prestación** de la Seguridad Social considerada como tal por la Ley y tampoco es una sanción regulada por los principios que inspiran el derecho sancionador penal y administrativo.

Como se ha apuntado en el cuerpo de este voto particular, caso de entrarse a conocer de la naturaleza del **recargo**, lo que no era necesario, debió considerarse el mismo, dada su función reparadora y preventiva como una manifestación de lo que en el derecho civil se llama cláusula penal y reparadora de los perjuicios causados por un incumplimiento contractual que es establecida por la Ley en definitiva una indemnización, cual propuso el ponente, pero con independencia de su denominación debió considerarse que el **recargo** tiene carácter indemnizatorio y que, dada esa naturaleza, cabía su aseguramiento, por cuanto la prohibición de ese seguro había sido derogada tácitamente por los artículos 15-5 y 42-3 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales , aparte que puede considerarse "ultra vires" por venir establecida por la Ley de Bases de la Seguridad Social, ni por leyes posteriores, sino por Textos Refundidos posteriores que se excedieron al realizar la Refundición encomendada.

Las razones expuestas justifican este voto particular concurrente, por cuanto, aunque no se discrepa del sentido del fallo, se considera que los argumentos en los que se funda no son del todo correctos y que son más acertados lo que se exponen aquí.

Madrid, 23 de marzo de 2.15

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez y los votos particulares formulados, de una parte por la Excma. Sra. Dª. Maria Milagros Calvo Ibarlucea y, de otra, por el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, y al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ