

Recargo de las prestaciones en empresas fusionadas

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Del recargo como sanción (no subrogable) al recargo como indemnización (transmisible)

- 1.1. La postura tradicional de la jurisprudencia en esta materia se basa en la intransferibilidad de la responsabilidad empresarial por vía de sucesión de empresa, cualquiera que sea el momento en que ésta se declare. El Tribunal Supremo advertía en su Sentencia de 18 de julio del 2011 (Ar. 6561) de un progresivo abandono de la tesis sobre la naturaleza sancionadora del recargo para atribuirle una naturaleza jurídica dual o mixta, equiparable a una indemnización con una finalidad disuasoria o punitiva, que no implica sino el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima o de sus beneficiarios. Con esta naturaleza, no cabía imponer responsabilidad solidaria entre empresario cedente y cesionario, *ex artículo* 168 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS, antiguo art. 127). Si bien el recargo de las prestaciones ostenta una innegable faceta prestacional que en cierto modo apuntaría a la posible extensión de su responsabilidad en los supuestos de sucesión de empresa —tal como proclama el mencionado artículo 168.2—, su función preventivo-punitiva, la determinante idea del empresario infractor que utiliza el artículo 164.2 de dicha ley («La responsabilidad del pago del recargo

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», antiguo art. 123.2), 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», la exclusión de responsabilidad por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) como sucesor del antiguo Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo y la imposibilidad de reasegurar dicha responsabilidad llevaban 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 (STS de 18 de julio del 2011, Ar. 6561, FJ 5).

Confirma esta tesis con posterioridad el Tribunal Supremo al recurrir a un argumento sistemático, entendiendo que la regulación diferenciada, siquiera en la misma sección, relativa al régimen general de la responsabilidad en orden a las prestaciones (arts. 167 y 168 LGSS) y en lo que respecta al recargo de éstas (art. 164.2 LGSS), permitiría deducir que en los supuestos de sucesión empresarial es inviable aplicar al último (el recargo) el régimen jurídico establecido

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

para aquéllas (las prestaciones), por tener ambos dispar naturaleza y específico régimen jurídico (STS de 28 de octubre del 2014, Ar. 5849).

- 1.2. Sin embargo, en un pronunciamiento de este mismo año (STS de 23 de marzo del 2015, Ar. 1250) y objeto de comentario en esta misma sección, el tribunal decidió rectificar su doctrina por considerar que la anterior se basaba en una consideración mixta del recargo, en la que el aspecto punitivo de éste, reflejado en las especiales prescripciones del artículo 164 de la Ley General de la Seguridad Social, obstaculizaba el mecanismo subrogatorio previsto en el artículo 168.2 de dicha ley.

Pese a seguir manteniendo la existencia de la faceta preventivo-sancionadora dentro de una naturaleza compleja, por presentar tres finalidades diversas (preventiva, sancionadora y resarcitoria) y articularse su gestión —reconocimiento, caracteres y garantías— en forma prestacional, lo cierto es que la solución ha de ser necesariamente distinta. «El devenir normativo de la institución de que tratamos, desde su creación por la Ley de Accidentes de Trabajo del año 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 [en] virtud del artículo 55 del Reglamento de Accidentes de Trabajo (de dudosa legalidad, por no tener apoyo en la norma que desarrollaba, la Ley 22/1955), la posterior desaparición de toda referencia sancionadora a partir de 1966, la promulgación de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Ley 8/1988) y finalmente las previsiones de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (muy particularmente sus artículos 15.5 y 42.3), 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 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), y con cuya naturaleza —pudiera pensarse— sería más fácil ofrecer una respuesta uniforme a las diversas cuestiones que el recargo de las prestaciones presenta, y muy singularmente al de su transmisibilidad, que —en tanto que indemnización— se presentaría innegable» (STS de 23 de marzo del 2015, Ar. 1250, FJ 2). Esto significa que, al prevalecer la faceta indemnizatoria sobre la sancionadora o preventiva, las previsiones del artículo 164.2 de la Ley General de la Seguridad Social han de ceder frente a las derivables del artículo 168.2 de la misma ley.

2. Subrogación en las prestaciones de la Seguridad Social y en el recargo sobre ellas

- 2.1. Recordando lo que viene siendo habitual en la aplicación de las reglas de sucesión de empresas, el tribunal señala asimismo que, aunque el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores 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», estableciendo la responsabilidad solidaria «durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión», no hay que olvidar que tal afirmación se hace expresamente «sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social» y que es precisamente en este ámbito en el que adquiere sentido la aplicación del artículo 168.2 de la Ley General de la Seguridad Social, norma que, en los casos de sucesión, establece que el adquirente deberá responder solidariamente con el anterior de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión.

Ciertamente, el artículo 164.2 de la Ley General de la Seguridad Social no prevé

la específica incidencia de la sucesión empresarial en la responsabilidad por recargo de las prestaciones, puesto que se refiere exclusivamente a la imposibilidad de transmitirla por negocio jurídico específico *ad hoc* y destinado a «cubrir-la, compensarla o transmitirla». Por lo demás, el artículo 168.2 de la Ley General de la Seguridad Social se refiere a la obligación de responder solidariamente del pago de las prestaciones causadas antes de la sucesión, no así del recargo de las prestaciones. No obstante, se entiende que la ausencia de un 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 que ha de cubrirse necesariamente con la normativa específica de este campo jurídico y no con preceptos propios de otros ámbitos tales como el mercantil o el laboral.

- 2.2. En opinión del tribunal, la regulación de este recargo se asemeja a la de la prestación toda vez que aquélla se realiza en el régimen general de las prestaciones; la competencia para imponer el incremento de la prestación reconocida le corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, al que precisamente el artículo 66.1 de la Ley General de la Seguridad Social (antiguo art. 57.1) atribuye la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social; el procedimiento para su imposición es idéntico al de cualquier prestación; conforme al artículo 162.3 (antiguo art. 121.3) de la recién mencionada ley, los caracteres de las prestaciones atribuidos por el artículo 44 (antiguo art. 40) son de aplicación al recargo de las prestaciones; ha de ser objeto de la oportuna capitalización en la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y es susceptible de recaudación en vía ejecutiva, como si de garantizar una prestación cualquiera se tratase; y, en fin, el plazo de prescripción que le resulta aplicable es el mismo que el legalmente establecido para las prestaciones, a saber, el plazo de cinco

años previsto en el artículo 53.2 (antiguo art. 43.1) de la Ley General de la Seguridad Social.

No otra puede ser la conclusión, por lo demás, si se atiende a la terminología adoptada por el artículo 164 (antiguo art. 123) de la Ley General de la Seguridad Social, al referirse a que, en los supuestos de infracción de medidas de seguridad, «las prestaciones económicas» se aumentarán en un determinado porcentaje. Es cierto que, con esta expresión, no se atribuye directamente al recargo la cualidad de prestación (estando esta última a cargo siempre de una entidad gestora o de la mutua colaboradora correspondiente), pero no es menos cierto que el legislador parece asimilarlo a una prestación a efectos de la transmisión por cuanto se le otorga el mismo tratamiento que a las prestaciones en relación con su gestión.

3. La responsabilidad alcanza no sólo al recargo de las prestaciones ya reconocidas, sino a las que se hallaren *in fieri* a la fecha del cambio empresarial

- 3.1. Para conseguir la finalidad propuesta, el Tribunal Supremo también analiza la expresión «prestaciones causadas» a la que se refiere el artículo 168.2 (antiguo art. 127.2) de la Ley General de la Seguridad Social («en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión»). No ha de ser interpretada, entiende, en un sentido formal y alusivo a las prestaciones o recargo reconocidas o impuestas con anterioridad a la subrogación, sino en un sentido material de «generadas» con anterioridad, puesto 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 [...] que con cualquier otra interpretación se produciría una desprotección para el perjudicado que resultaría difícilmente justificable en términos de política legislativa» (STS de 2 de noviembre del 2015, Ar. 290451, FJ 3).

En atención a lo expuesto, el contenido del artículo 168.2 (antiguo art. 127.2) de la Ley General de la Seguridad Social no sólo comprende los recargos de las prestaciones reconocidas antes de la sucesión —algo que al Tribunal Supremo le resulta obvio—, sino que «igualmente ha de alcanzar a los [recargos] 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».

- 3.2. Ésta ha sido la solución adoptada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre del 2015 (Ar. 290451). En este supuesto, la empresa cesionaria solicita la exención del recargo de las prestaciones impuesto a la empresa cedente por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo por considerar que dicho recargo se considera intransferible por vía de sucesión. El trabajador prestó servicios para la empresa cedente, pero nunca lo hizo para la empresa cesionaria. Al fallecer, el Instituto Nacional de la Seguridad Social declara que las prestaciones derivadas de la muerte del causante proceden de enfermedad profesional, por lo que se plantea si la responsabilidad se extiende a la empresa cesionaria como sucesora de la anterior, y se confirma en suplicación la primera sentencia que condenaba a esta última como responsable solidaria también del recargo de las prestaciones. En el recurso de casación para la unificación de la doctrina, la empresa plantea la intransferibilidad del recargo de las prestaciones teniendo en cuenta que el trabajador nunca prestó servicios en dicha

empresa sucesora. Argumento que, como se comprueba, es rechazado por el Tribunal Supremo.

En efecto. Atendiendo a lo expuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de marzo del 2015 (C- 343/2013, as. Tribunal de Trabalho de Leiria), el tribunal considera 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 (apdo. 27); pero 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 (apdo. 28). Esta conclusión no perjudica los intereses de los accionistas de la sociedad absorbente, puesto que aquéllos 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 (apdo. 34).

- 3.3. Por lo demás, en el supuesto que nos ocupa, se pone 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 respecto de la lamentable enfermedad profesional del trabajador» (STS de 2 de noviembre del 2015, Ar. 290451, FJ 3). Por ello se estima razonable la imposición por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social a la empresa demandada del recargo impuesto por falta de medidas de salud laboral, sin que a ello obste que el trabajador hubiera prestado sus servicios para la empresa cedente y no para la cesionaria, puesto que la responsabilidad es

transferible vía sucesión de empresas, considerando responsable a la empresa que fusiona sobre la absorbida.

4. La fusión por absorción constituye una transmisión empresarial a los efectos de extensión de la responsabilidad solidaria en materia de recargo de las prestaciones

- 4.1. Al margen de la consideración que supone extender la responsabilidad en materia de prestaciones al recargo sobre éstas, convertida, como se comprueba, en una decisión jurisprudencial consolidada a lo largo de este año, este nuevo pronunciamiento resulta de interés por un matiz adicional. Y es que en él se incluyen, dentro del concepto de transmisión de empresa o sucesión empresarial a efectos laborales y de Seguridad Social, diferentes negocios propios del tráfico jurídico mercantil.

Así, se estima que el hecho de que la transmisión se derive de un proceso de fusión por absorción en nada modifica el planteamiento efectuado hasta el momento. No en vano, las reglas de la responsabilidad solidaria no sólo abarcan la fusión por absorción, sino también la 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—. Asimismo, aquéllas alcanzan a todos los fenómenos de transformación, 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 logra una novación formal de la sociedad que deviene irrelevante a estos efectos. Igualmente, tales reglas se extienden también al supuesto de cesión global de activo y pasivo —fenómeno en virtud del cual se transmite en bloque por sucesión universal todo el patrimonio de una sociedad inscrita a cambio de una contraprestación— del mismo modo que, con mayor motivo —considera el pronunciamiento citado—, ha de extenderse el criterio expresado con relación a la responsabilidad solidaria cuando la cesión se realiza en favor de los propios socios, por cuanto éstos no resultarían ajenos a los incumplimientos empresariales determinantes de las patologías a que el recargo de las prestaciones atiende.

- 4.2. Extensión cuasi ilimitada que debería integrar en su aplicación tanto las normas laborales como las de la Seguridad Social y, en particular, la definición de la sucesión empresarial efectuada por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, dicha responsabilidad solidaria sólo es aplicable a la transmisión que afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria, *conditio sine qua non* para admitir la transformación empresarial como subrogación laboral.