

Roj: STS 5845/2013

Id Cendoj: 28079140012013100739

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 3117/2012

Nº de Resolución:

Procedimiento: SOCIAL

Ponente: MANUEL RAMON ALARCON CARACUEL

Tipo de Resolución: Sentencia

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a doce de Noviembre de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada el 9 de octubre de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 4932/09 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de La Coruña, de fecha 31 de julio de 2009 , recaída en autos núm. 466/08, seguidos a instancia de INDUSTRIAS LOSÁN, S.A., contra D. Mauricio , INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y MUTUA FREMAP, sobre RECARGO DE ACCIDENTE.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Procurador D. Francisco José Abajo Abril actuando en nombre y representación de INDUSTRIAS LOSÁN S.A.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel,

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 31 de julio de 2009 el Juzgado de lo Social nº 3 de La Coruña dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º.-** El trabajador D. Mauricio , prestando servicios para la empresa Industrias Losán S.A. dedicada a la actividad de aserrado y cepillado de madera, sufrió un accidente de trabajo el día 20 de julio de 1999. **2º.-** El accidente se produjo cuando el trabajador, chofer de profesión, se encontraba subido a la plataforma del camión, a un metro y 20 cm. del suelo. En la plataforma se estaban apilando rodillos en el centro de trabajo de la empresa Veirabad, apilados longitudinalmente y con unas medidas de 50 a 60 cm y peso de 100 kg cada uno. El trabajador se encontraba subido a la plataforma y miraba la carga por debajo para ver como colocaba las eslingas. En un momento resbaló de la plataforma y se agarró a un rodillo, el cual giró y le aplastó la mano, sufriendo lesión por aplastamiento a nivel de mano y antebrazo derecho. **3º.-** La Inspección de Trabajo levantó acta de infracción tras girar visita al centro el día 29 de julio de 1999, y sanciona a la empresa como actora de falta grave en grado mínimo. Como infracciones cometidas considera la no evaluación del puesto de trabajo y la ausencia de información y formación al trabajador encargado de la conducción de un equipo de trabajo, y preceptos infringidos los señalados en el acta que se dan por reproducidos. **4º.-** En la misma fecha se inicia expediente de recargo por falta de medidas de seguridad proponiendo un recargo de 30 #. En fecha 29 de diciembre de 1999 se da traslado a la empresa del inicio del expediente, no constando más actuaciones hasta el escrito de fecha de salida de fecha 9 de febrero de 2007, en el que se remite copia de la propuesta de resolución, que tras las correspondientes alegaciones finaliza con resolución también sin fecha, salida 29 de enero de 2008, declarando la existencia de responsabilidad empresarial e imponiendo a la empresa el recargo en cuantía del 30%. **5º.-** A consecuencia del accidente de trabajo el trabajador fue declarado en la situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual por resolución de fecha salida 9 de noviembre de 2000 y efectos económicos de 27 de octubre de 2000. **6º.-** La empresa llevó a cabo planes de evaluación e información de equipos de protección individual que obran en autos, así como el análisis y la evaluación del puesto de trabajo de chofer, en el que se excluye la actividad de carga y descarga. **7º.-** La demandante ha procedido a consignar el capital coste debido".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda formulada por INDUSTRIAS LOSÁN S.A. revoco la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social declarando la existencia del recargo de prestaciones del 30 % por haber prescrito el derecho a dicho recargo. Condeno a las demandadas a estar por la presente resolución".

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 9 de octubre de 2012, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el demandado Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de esta Capital, en los presentes autos tramitados a instancia de la empresa Industrias Losán S.A. frente a la Entidad Gestora recurrente y los también demandados Mauricio y la Tesorería General de la Seguridad Social, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia".

**TERCERO.-** Por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 27 de noviembre de 2012. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 27 de diciembre de 2007.

**CUARTO.-** Con fecha 17 de mayo de 2013 se admitió por esta Sala a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon concluidos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5 de noviembre de 2013, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La cuestión que se plantea en este recurso es la interpretación que debe darse al artículo 43.2 de la LGSS sobre la interrupción del plazo de prescripción para el reconocimiento del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad - 5 años a tenor del art. 43.1 LGSS -, determinando si dicha interrupción se extiende desde el momento en que se incoa el correspondiente expediente administrativo hasta que recae resolución expresa del INSS o si, por el contrario, como afirma la sentencia recurrida, en su FD Tercero, "la resolución expresa tardía, dictada una vez transcurridos los cinco años, no impide apreciar la prescripción alegada, pues cuando la resolución se dicta el derecho a la imposición del recargo ya está prescrito". En el caso de autos, se trata de un accidente de trabajo acaecido el 20 de julio de 1999, levantándose acta de infracción por falta de medidas de seguridad por la Inspección de Trabajo el mismo día y "en la misma fecha se inicia expediente de recargo por falta de medidas de seguridad", de lo que se da traslado a la empresa el 29 de diciembre de 2009, "... no constando más actuaciones hasta el escrito de fecha de salida 9 de febrero de 2007, en el que se remite copia de la propuesta de resolución que, tras las correspondientes alegaciones, finaliza con resolución también sin fecha, salida 29 de enero de 2008, declarando la existencia de responsabilidad empresarial e imponiendo a la empresa el recargo en cuantía del 30 %" (hecho probado 4º). La citada resolución es revocada por el Juzgado de lo Social que, estimando la demanda de la empresa, considera "haber prescrito el derecho a dicho recargo", anulándolo. Esta sentencia de instancia es confirmada en suplicación por la del TSJ de Galicia de 9/10/2012, que es ahora recurrida en casación unificadora por el INSS.

**SEGUNDO.-** La entidad recurrente aporta como sentencia contradictoria la de esta Sala Cuarta del TS de 27/12/2007 (RCUD 4945/2006). En dicha sentencia se trata también de un accidente de trabajo, acaecido el 24 de junio de 1996, informando la Inspección de Trabajo al INSS del levantamiento de acta de infracción por falta de medidas de seguridad el día 30/12/1998, incoándose a continuación por el INSS el correspondiente expediente de recargo, sin que conste en hechos probados la fecha exacta de tal incoación, aunque sí consta un requerimiento del INSS al Decanato de los Juzgados para averiguar si existían actuaciones penales sobre el mismo hecho, de fecha 25-1-1999, con resultado negativo; y también consta que la resolución del INSS declarando la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad, con imposición de un recargo del 40 %, es de fecha 18/3/2004, por lo que se habría superado, aunque por pocas semanas, el plazo de cinco años. Superación que sería mayor si, como parece deducirse de algún pasaje de la sentencia de suplicación, se tomó como *dies a quo* para computar el plazo de prescripción no el de la fecha de incoación del expediente de recargo sino el día en que tuvo lugar el accidente de trabajo que, en el caso, fue muy anterior. De cualquier forma, también en este caso el Juzgado apreció la existencia de la prescripción establecida en el art. 43.1 de la LGSS. Pero, al contrario que en el caso de autos, la sentencia de suplicación revocó la de

instancia, estimando el recurso del INSS. Y esta sentencia es confirmada por la de esta Sala aportada como contradictoria sobre la base del siguiente argumento:

*"Sin embargo, esta resolución no interpretó adecuadamente el apartado 2 del citado art. 43 de la LGSS , que establece que "la prescripción se interrumpirá por las causas ordinarias del artículo 1973 del Código Civil y, además, por la reclamación ante la Administración de la Seguridad Social o el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, así como en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso de que se trate".*

*Aparece, pues, como evidente el hecho de que la iniciación y subsiguiente tramitación del expediente a través del cual el INSS debe resolver lo atinente a si procede o no el recargo del que tratamos, interrumpe la prescripción a la que alude el citado art. 43.1 de la LGSS . Falta únicamente por esclarecer si esa interrupción del plazo prescriptivo se prolonga o no durante todo el tiempo que medie entre la fecha de incoación de dicho expediente y aquélla en la que tenga lugar pronunciamiento expreso o resolución que en aquél recaiga. A esta cuestión nos referiremos en el fundamento siguiente.*

**CUARTO** .- En este punto resulta aplicable nuestra doctrina sentada en la materia a la que anteriormente hemos hecho referencia, esto es, la relativa a si se produce o no la caducidad del expediente administrativo por el transcurso de más de 135 días a partir de su inicio, pues en caso afirmativo el cómputo del plazo de prescripción al que se refiere el art. 43.1 de la LGSS volvería a comenzar el día siguiente, o sea el día 131 (sic; quiere decir el 136) desde la incoación del expediente, mientras que en el supuesto contrario no volvería a contarse el plazo de prescripción sino a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa expresa.

*Como hemos dicho, este concreto problema acerca de la posible caducidad del expediente administrativo ha sido reiteradamente resuelto por esta Sala, pudiendo citarse al respecto nuestras Sentencias de 5 de diciembre de 2006 (rec. 2531/05 ), 26 de marzo de 2007 (rec. 345/06 ), 27 de marzo de 2007 (rec. 639/06 ), 17 de abril de 2007 (rec. 756/06 ) y 27 de Junio de 2007 (rec. 3300/06 ), que se han pronunciado en el sentido de entender que el expediente administrativo tramitado para la posible fijación de un recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad y salud laboral no es un expediente sancionador y, por lo tanto, el exceso sobre el plazo establecido para la resolución del mismo no produce como consecuencia la caducidad del expediente, sino la de entender que la solicitud ha sido desestimada, permitiendo a la parte ejercitar las acciones legales correspondientes; y ello no solo porque el art. 14 de la OM de 18 de enero de 1996 (figura 2006, por errata) (que sería la norma aplicable por la remisión que el art. 42 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre -LRJAP -PAC- hace a "la norma reguladora del correspondiente procedimiento"), aunque fija el plazo de 135 días, no tiene prevista como consecuencia de su incumplimiento la caducidad del expediente sino precisamente que "la solicitud podrá entenderse desestimada...", sino porque en la citada LRJAP-PAC, en concreto en su art. 44.2 , sólo tiene establecida la caducidad para los procedimientos iniciados de oficio cuando a su vez se trate de procedimientos "en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o...susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen"; habiendo llegado esta Sala a la conclusión de que el recargo de prestaciones, a pesar de lo controvertido de su naturaleza jurídica, no es ni una sanción ni un gravamen sino una indemnización, aun cuando tenga un peculiar régimen jurídico a otros efectos, como puede apreciarse en las sentencias antes citadas, en las que se afirma con toda claridad que "el recargo no deriva de la potestad sancionadora de la Administración -esa potestad se manifiesta en la imposición de la correspondiente multa-, sino de un incumplimiento de las obligaciones que el empresario asume como consecuencia del contrato de trabajo".*

*En definitiva, en este tipo de expedientes no se produce su caducidad por el transcurso del plazo máximo legal o reglamentariamente previsto para su conclusión, y ello es así como consecuencia de la obligación de dictar resolución expresa que a la Administración impone el art. 42.1 de la LRJAP -PAC, por lo que la interrupción del plazo de cinco años que para la prescripción del derecho al reconocimiento de las prestaciones establece el art. 43.1 de la LGSS se prolonga -en todos los casos en que la Administración haya cumplido su deber de dictar resolución expresa- durante todo el tiempo que medie entre la incoación y la notificación de la resolución expresa que recaiga; ello sin perjuicio del derecho del interesado a entablar las oportunas acciones judiciales a partir del momento en que la petición pueda considerarse desestimada por silencio administrativo".*

Concurren por tanto los requisitos de igualdad sustancial en los hechos, pretensiones y fundamentos exigidos por el artículo 219 de la LRJS para la procedibilidad de este recurso de unificación.

**TERCERO.-** Entrando en el fondo del asunto, parecería que la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste, reiterada además por la STS/IV de 15/9/2009 (RCUD 171/2009 ). Sucede, sin embargo, que dicha



doctrina ha sido modificada por nuestra más reciente STS/IV, Sala General, de 17/7/2013 (RCUD 1023/2012 ) a la que ahora debemos atenernos y que, por otra parte, no es tampoco coincidente con la doctrina de la sentencia recurrida.

En esta nueva STS de 17/7/2013 se insiste en que la superación de los 135 días a que se refiere el artículo 14 de la OM de 18 de enero de 1996, como plazo máximo para resolver los procedimientos de oficio por el INSS, no determina la caducidad del expediente administrativo sino que simplemente determina que se puede considerar resuelto el expediente por silencio administrativo negativo. Y añade, y esta es la nueva doctrina que concierne a nuestro caso, lo siguiente:

*"Habrá de estarse, por tanto, a la regla que fija el plazo para resolver, a la que ya nos hemos referido, si bien no para entender caducado el expediente, sino para entenderlo resuelto por silencio.*

*Alcanzado el plazo máximo de 135 días hábiles del art. 14.1 de la OM de 1996, desde el acuerdo de iniciación del procedimiento o desde la recepción de la solicitud de iniciación del interesado (el trabajador o sus beneficiarios), se entenderá resuelto el expediente en sentido negativo y, por consiguiente, se reiniciará el cómputo del plazo de prescripción del derecho, que había quedado interrumpido con la incoación de aquél. Todo ello sin perjuicio de que la Entidad Gestora pudiera acordar, en su caso, la ampliación del plazo con arreglo a lo que permite el art. 14.2 de la OM y los arts. 42 y 49 LRJAP -PAC.*

*Ello no se contradice con la obligación de resolver que tenga el INSS con arreglo al propio art. 14.3 de la OM, en consonancia con el art. 44 LRJAP -PAC. Nada impide el mantenimiento de la eficacia de la resolución expresa posterior si se mantienen las circunstancias de vigencia del derecho. Así ocurrirá si en el momento en que el INSS dicta la resolución expresa imponiendo el recargo no se ha agotado el plazo de prescripción reiniciado o si éste se ha visto interrumpido de nuevo por la reclamación del interesado, por la existencia de un procedimiento judicial o sancionador ( STS de 12 de marzo de 2007 -rcud. 4099/2005 -) o, incluso, por la apertura de un nuevo expediente de reconocimiento de prestaciones diferentes. Todos ellos actuarán como mecanismo de interrupción de la prescripción y, en consecuencia, ningún impedimento habría en volver a instar la fijación del recargo. Como decíamos en la STS de 18 de octubre de 2007 (rcud. 2812/2006 ), cuando la resolución administrativa no se dicta en plazo el interesado no pierde el derecho, pudiendo acudir a los tribunales tras entender desestimada su pretensión por silencio administrativo.*

*La finalidad del plazo de 135 días es permitir al trabajador reaccionar ante la falta de respuesta en un procedimiento que tiene por finalidad dotarle de una mayor protección y resarcirle por la contingencia profesional acaecida.*

*Lo que se indica es que el tiempo de interrupción de la prescripción no puede quedar sometido a la mera inactividad administrativa cuando la ley establece tanto el citado principio de impulso procedimental, como las consecuencias de la falta de resolución en plazo".*

Por otra parte, la STS/IV, de 19/7/2013 (RCUD 2730/2012 ) reitera esta nueva doctrina, precisando lo siguiente: " En efecto, de acuerdo con la doctrina de esta Sala, el recargo de prestaciones tiene un plazo de prescripción de cinco años. Este comienza a correr desde el momento en que la acción puede ser ejercitada, que es en el momento en que concurren los tres elementos que integran el derecho: 1) el accidente de trabajo; 2) la infracción de las medidas de seguridad y 3) el hecho causante de la prestación de Seguridad Social objeto de recargo ". Y añade, respecto a esto último, que la interrupción del plazo de prescripción se mantiene hasta que la declaración de la prestación de base que es objeto de recargo sea judicialmente firme (en caso de que se hubiera impugnado). Concreta además que, una vez iniciada la prescripción, existen "diversos supuestos interruptivos", entre ellos, "el del procedimiento sancionador con la resolución de la alzada". Y afirma, finalmente, que entre todos esos posibles motivos de interrupción de la prescripción, debe escogerse el que produce "el efecto interruptivo más favorable para el interesado". Conviene recordar también que el art. 43.2 LGSS establece que "la prescripción se interrumpirá por las causas ordinarias del artículo 1973 del Código Civil (...)" y que el art. 43.3 LGSS determina que "en el supuesto de que se entable acción judicial contra un presunto culpable, criminal o civilmente, la prescripción quedará en suspenso mientras aquélla se tramite (...)".

**CUARTO.-** Aplicando, pues, esta doctrina a nuestro caso, habiendo transcurrido cinco años desde el final de los 135 días hábiles contados desde la incoación del expediente de recargo sin que se haya producido actuación alguna, y no habiendo ningún otro motivo de interrupción de la prescripción, procede apreciar la prescripción y, en este sentido, y en estos concretos términos, confirmar la sentencia recurrida, desestimando el recurso interpuesto por el INSS.

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 el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada el 9 de octubre de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 4932/09 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de La Coruña, de fecha 31 de julio de 2009 , recaída en autos núm. 466/08, seguidos a instancia de INDUSTRIAS LOSÁN, S.A., contra D. Mauricio , INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y MUTUA FREMAP, sobre RECARGO DE ACCIDENTE. Confirmamos la sentencia recurrida en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho anterior. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.