

Id Cendoj: 50297340012008100657  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Zaragoza  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 638/2008  
Nº de Resolución: 717/2008  
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION  
Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

RECARGO DE ACCIDENTE

T.S.J.ARAGON SALA SOCIAL

ZARAGOZA

**SENTENCIA: 00717/2008**

Rollo número: 638/2008

Sentencia número: 717/2008

M.

MAGISTRADOS ILMOS. Sres:

D. CARLOS BERMÚDEZ RODRÍGUEZ

D. JOSÉ ENRIQUE MORA MATEO

D. JUAN MOLINS GARCÍA ATANCE

En Zaragoza, a uno de octubre de dos mil ocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, compuesta por los Sres. indicados al margen y presidida por el primero de ellos, pronuncia en nombre del REY esta

**S E N T E N C I A**

En el recurso de suplicación núm. 638 de 2008 (Autos núm. 156/2008), interpuesto por la parte demandante la empresa EBROPUL SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Zaragoza, de fecha 12 de mayo de 2008; siendo demandados EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y D. Carlos María , sobre recargo prestación por accidente de trabajo. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN MOLINS GARCÍA ATANCE.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por la empresa EBROPUL S.A. contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y D. Carlos María , sobre recargo prestación por accidente de trabajo, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de lo Social nº 4 de Zaragoza, de fecha 12 de mayo de 2008 , siendo el fallo del tenor literal siguiente:

"Que desestimo la demanda formulada por EBROPUL S.A. contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y D. Carlos María , y en su virtud absuelvo a dichos demandados de las pretensiones en su contra deducidas, confirmando las Resoluciones del INSS de 21-11-07 y de 11-2-08 sobre recargo de

prestaciones".

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los del tenor literal:

1º: Don Carlos María ha trabaja para la empresa EBROPUL SL desde el 1-10-1996 con la categoría de rebarbador especialista, procedente de otra empresa de fundición, en la cual ya había realizado el trabajo de rebarbador. La empresa tenía contratado con Fremap el Servicio de Prevención.

En la Sección de Rebarbado de EBROPUL SL se realiza la rebarba de piezas metálicas mediante esmeril (eléctrica o neumática) de las piezas que vienen de oxicorte o de soldadura, consistiendo el trabajo en el adacentamiento de dichas piezas. Dicho trabajo es realizado bien sobre mesa de trabajo cuando se trata de piezas pequeñas, o bien directamente sobre el suelo en caso de piezas de gran tamaño y tonelaje, siendo el trabajo más frecuente el de piezas de gran tamaño, debiendo el actor para llegar a determinadas zonas para realizar su trabajo, adoptando posiciones forzadas (cuclillas, de rodillas o inclinado sobre la pieza). También disponían de sillas o taburetes metálicos. El trabajo de rebarba en posturas forzadas es frecuente y conlleva la dedicación de tiempos importantes en tales posturas cuando se trata de piezas de grandes dimensiones y tonelaje

2º: En el historial de bajas en la empresa del sr. Carlos María figuran las siguientes:

-Baja de 25-11-96 a 2-12-96, Lumbalgia.

-Baja de 30-3-98 a 8-04-98, Lumbalgia.

-Baja de 19-6-01 a 12-7-01, Lumbalgia.

-Baja de 30-5-02 a 6-6-02, Lumbalgia.

-Baja de 21-5-03 a 31-5-03, Tirón de espalda.

Asimismo en el año 2001 de cuatro bajas producidas en esta Sección tres de ellas fueron por:

-Distensión muscular Hombro: Alfonso , con una duración de 20 días, desde el 22-5-01 a 10-06-01.

-Tirón muscular región lumbar: Carlos María , con una duración de 24 días, desde el 19-6-01 a 12-7-01.

En el año 2002 hubo las cuatro siguientes situaciones de baja laboral, entre las siete producidas:

-Distensión muscular: Juan Antonio , con una duración de 12 días, desde el 19-3-02 a 31-3-02.

-Distensión muscular: Carlos María , con una duración de 8 días, desde el 30-05-02 a 6-6-02.

-Lumbalgia: Rodrigo , con una duración de 17 días, desde el 10-6-02 a 26-6-02.

-Contusión costal: Rodrigo , con una duración de 16 días, desde el 17-9-02 a 2-10-2-02.

En el año 2003 de las seis situaciones de baja, cuatro fueron las siguientes:

-Lumbalgia del sr. Rodrigo de siete días.

-Molestias sr. Pedro en hombro derecho de doce días.

-Tirón muscular en la espalda de once días de duración del sr. Carlos María , ocurrido el 21-5-03.

-Y el accidente que nos ocupa, acaecido el 7-11-03.

En los informes de investigación de los accidentes laborales del sr. Iván en 2003 resulta lo siguiente: sobre el accidente de 21-5-03, conclusiones/Medidas adoptadas: formación sobre **ergonomía** postural; en el informe del accidente de 6-11-03: conclusiones: "volver a entregar tríptico posturas + formación".

3º: En fecha 6-11-03 cuando el sr. Carlos María efectuaba el rebarbado de una pieza de gran tamaño,

sentado sobre un bloque de corcho e inclinado hacia el suelo, se ladeó de forma brusca al haberse agujereado el citado corcho, sufriendo en ese momento un tirón en la espalda. Los trabajadores de esta sección utilizaban estos "corchos", que eran bloques duros de forma cúbica al objeto de apoyarse sobre los mismos consiguiendo elevaciones y apoyos cuando así era preciso en su labor de rebarbado.

4º: En fecha 17-3-06 la Inspección de Trabajo y Seguridad social giró visita al centro de trabajo que EBROPUL SL tiene en calle Argualas nº 20 de Zaragoza, tras la cual se levantó acta de infracción SH-2639-42/06 con propuesta de sanción por falta grave en grado medio y multa de 6.010,13 euros. En fecha 5-1-07 la empresa EBROPUL SL efectuó alegaciones.

En Resolución de 10-1-07 de la Dirección Provincial del INSS se acordó suspender el procedimiento del expediente de recargo 2006/092, hasta en tanto se pusiera fin en la vía administrativa al expediente sancionador.

Por Orden de la Viceconsejera de Economía, hacienda y Empleo del Gobierno de Aragón de 25-5-07 se desestimó el recurso de alzada interpuesto por la empresa actora contra la Resolución del Director del Servicio Provincial de Trabajo de 13-3-07 por la que se imponía la citada sanción económica.

Ebropul SL promovió recurso ante el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza (P.A. 328/07) admitido a trámite el 5-9-07 y sobre el que no ha recaído resolución definitiva.

En Resolución de 22-11-07 de la Dirección Provincial del INSS se declaró la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente sufrido por el trabajador D. Carlos María en fecha 6-11-03, declarando en consecuencia la procedencia de un recargo del 35% en las prestaciones de la Seguridad Social. Interpuesta reclamación previa contra dicha Resolución fue desestimada en Resolución de 13-2-08.

En la tramitación del expediente de recargo no se dio traslado a EBROPUL S.A. del informe del EVI de fecha 19-11-07.

5º: A consecuencia del accidente del 6-11-03 el sr. Carlos María sufrió hernia discal medial y paramedial bilateral L4-L5 asociada a discreta estenosis de canal de naturaleza adquirida y protrusión discal foraminal L5-S1 dcha. que contacta con raíz L5 derecha. Tras su reincorporación al trabajo el 4-2-04 persistieron las molestias que motivaron dos periodos de IT por contingencias comunes (de 14-7-04 a 2-8-04 y de 2-9-04) lumbociatalgia dcha. habiendo sido considerados dichos procesos por el EVI como secundarios al accidente de trabajo del 6-11-03. En Resolución del INSS de 5-5-05 se declaró el carácter profesional, por accidente de trabajo, de los dos periodos de IT referidos. En expediente de incapacidad el sr. Carlos María fue declarado afecto de una incapacidad permanente total para su profesión habitual.

6º: El Servicio de Prevención de Fremap en Junio de 1999 examinó la Sección de Rebarba y en ella únicamente hacía referencia a un riesgo de "¿sobreesfuerzo?" estableciendo al referirse a la vigilancia de la salud como limitaciones "patologías importantes de columna" y señalando en el apartado de formación "formación en manejo de carga", sin que en ese momento se hiciera un estudio ergonómico del puesto de trabajo.

La empresa impartió la siguiente formación a los trabajadores de la Sección de Rebarba: Charla informativa de 23-9-99 sobre "incendios y emergencias, riesgos en rebarbados, EPIS, puente grúa y manejo de carga. Con una duración de 3 horas, en las que consta que se les entregó un tríptico sobre incendios-emergencias, guía básica de incendios y tríptico sobre proyección de partículas y manejo de cargas. A estas charlas no consta que asistiera el Sr. Carlos María .

-Charla prevención/comentario accidentes, del 23 de mayo 2002, a la que no acudió el trabajador accidentado.

-Charla informativa realizada el 21 de enero de 2003, sobre "sobre esfuerzo. Manejo de cargas y posturas", con una duración de una hora, en la que se les entrega "trípticos sobre manejo de cargas y posturas", al que acudió el Sr. Carlos María .

-Actividad formativa sobre "sobreesfuerzos, manejo de cargas y posturas", celebrado el 5 de mayo de 2005, al que no acude el trabajador accidentado.

El sr. Carlos María no acudió a dichas charlas por cambios de turno o por encontrarse en IT. Una de

esas charlas se impartió en los veinte minutos de parada de descanso.

Fue en fecha 12-4-05 cuando en la Nueva Evaluación de riesgos efectuada por Fremap se refiere expresamente al trabajo en la Sección de Rebarba estudiando específicamente la " **ergonomía** y psicología aplicada" de dichos puestos. En dicha evaluación se señalaban como medidas a adoptar las siguientes:

-Estudiar la posibilidad de suspender mediante manipulador ingrávulo o similar los basculantes utilizados en el rebarbado.

-Estudiar la posibilidad de suspender mediante manipulador ingrávulo o similar los útiles de rebarbado.

-Estudiar la posibilidad de rotar a los trabajadores dentro del puesto de trabajo de rebarba cuando por el tamaño de las piezas haga necesario dedicar tiempos importantes a su limpieza, rebarba, etc... y estos trabajos se desarrollen de forma continuada bajo posturas forzadas mantenidas.

-Estudiar la posibilidad de disponer de mesas de trabajo regulables en altura, mediante sistemas hidráulicos o similares, que permitan adaptar la altura de trabajo a las características tanto de la pieza como del trabajador (esta medida debe estudiarse para las piezas de menor peso).

-Disponer de rodilleras (similares a las utilizadas en talleres de reparación para los trabajos de chapa) para aquellos trabajos efectuados de rodillas.

7º: El sr. Carlos María pasó siempre los reconocimientos médicos de Fremap con el resultado de apto, y también el del año 2002, con la sola limitación en el reconocimiento de 6-4-04 de no levantar pesos superiores a 20 kgs".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado dicho escrito por la parte demandada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Carlos María sufrió un accidente laboral el 6-11-2003 cuando estaba trabajando para la empresa Ebropul, SL. El INSS dictó resolución el 22-11-2007 imponiendo a Ebropul, SL un recargo del 35% en las prestaciones económicas de la Seguridad Social. Esta empresa interpuso demanda impugnando el recargo prestacional. En la instancia se dictó sentencia desestimatoria de su pretensión. Contra ella recurre en suplicación la parte actora, formulando cuatro motivos al amparo del *artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral*, en los que postula la revisión de los hechos probados, sexto, segundo, tercero y primero.

En cuanto a los hechos probados sexto y segundo, la prueba documental en que se apoyan estas pretensiones revisoras, obrante a los folios 276, 280, 278, 282, 283, 284, 285 a 293 y 295 a 321 de la causa, acredita su certeza, lo que obliga a estimar estos motivos, añadiendo los textos siguientes:

1) "Cuando el Sr. Carlos María se incorporó a la empresa en 1996, le fue entregado un tríptico específico sobre riesgos de manejo de cargas y lesiones dorso-lumbares.

Al Sr. Carlos María se le practicó un reconocimiento médico el día 26 de Febrero de 2002, con resultado de APTO.

Fremap efectuó una valoración de cada puesto de trabajo, incluida la rebarba, el día 13 de Diciembre de 2002.

El 18 de Marzo de 2004, se le practicó al Sr. Carlos María nuevo reconocimiento médico en Fremap, para el puesto de rebarba, siendo declarado APTO, sin que se hiciera ninguna indicación respecto de posturas forzadas, o lumbalgias que le impidieran trabajar.

El día 21 de Abril de 2004, el SR. Carlos María asistió a un curso sobre esfuerzos y cargas posturales.

El día 12 de Abril de 2005 Fremap efectuó una valoración de la sección de rebarba, no encontrando

trabajadores discapacitados en dicha función, apreciándose como único riesgo, la posible caída desde la parte superior de las piezas, y no mencionándose el riesgo de sobreesfuerzos ni posturas forzadas".

2) "El Sr. Carlos María en su historial de Bajas en la empresa, presenta las siguientes:

- El 27-12-96 por Gripe.
- El 7-3-97, en estudio
- El 31-3-99, por accidente de moto.
- El 7-9-99, por golpe en muñeca derecha.
- El 3-10-00, sin diagnóstico.
- El 1-10-01, por golpe con una granalladora.
- El 20-2-02, por cuerpo extraño en el ojo.
- El 21-6-02, por hemorroides con trombos de gran tamaño.
- El 7-8-02, por picadura de insecto con reacción inflamatoria
- El 19-11-02, por cuerpo extraño en el ojo.
- El 21-5-03, por accidente".

SEGUNDO.- Por el contrario, las fotografías obrantes a los folios 322 a 331 de la causa, en las que se apoyan las pretensiones de revisión de los ordinales tercero y primero, no acreditan la existencia de error en la valoración probatoria de instancia, lo que obliga a desestimar estos dos motivos.

TERCERO.- En el siguiente motivo del recurso, formulado al amparo del *art. 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral*, se denuncia la infracción de los *arts. 11 y 12 de la Orden Ministerial de 18-1-1996*, alegando, en esencia, que el INSS omitió el traslado a la empresa del informe del EVI en materia de recargo de prestaciones, solicitando que se declare la nulidad del procedimiento administrativo.

Esta cuestión litigiosa ha sido resuelta por reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo (sentencias de 30-4-2007, recurso 330/2006; 3-7-2007, recurso 3152/2006 y 9-5-2008, recurso 605/2007) que han sentado la doctrina siguiente:

"Hay que empezar reconociendo que la LRJAPC es aplicable a la actividad administrativa de reconocimiento de las prestaciones por parte de los organismos gestores de la Seguridad Social. Así se desprende claramente de lo establecido en el *artículo 2.2 de la citada ley*, a tenor del cual la mencionada ley se aplica a «las Entidades Públicas con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas». El precepto añade que «estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación».

El régimen jurídico de la gestión de la Seguridad Social que se contiene en el capítulo VII del título I de la Ley General de la Seguridad Social no excluye este régimen, sin perjuicio de las peculiaridades que en materia de procedimiento se han establecido, conforme al propio carácter común de la regulación legal (*disposición adicional 5ª de la LRJAPC*) y del especial régimen de impugnación de los actos administrativos de Seguridad Social (*disposición adicional 6ª de la LRJAPC*). Por otra parte, la entidad empresarial demandante tiene la consideración de interesado en el procedimiento administrativo que reconoció la pensión de incapacidad permanente absoluta y luego la gran invalidez al trabajador, porque desde el momento en que en ese procedimiento se decide sobre la responsabilidad de la empresa se está en el supuesto del apartado b) del *número 1 del art. 31 de la LRJAPC*, según el cual tienen esa consideración «los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte» y éste es obviamente el caso de quien en la resolución administrativa podía ser declarado responsable del pago de la prestación. Por tanto, el trámite de audiencia debía haberse cumplido con la empresa, porque ésta tenía la condición de interesado y porque se estaba en el supuesto del 84 de la LRJAPC, sin que fuese aplicable la excepción del número 4 de este artículo.

Pero dicho esto, lo cierto es que la parte alega la infracción de los apartados a) y e) del *artículo 62.1 de la LRJAPC* y ninguna de estas normas se ha infringido por la sentencia recurrida. No se ha infringido el apartado a), porque no se ha vulnerado ningún derecho fundamental de la entidad demandante. Esta no concreta el derecho fundamental vulnerado, aunque parece referirse a la tutela judicial efectiva en su modalidad de indefensión. Pero el derecho que reconoce el *artículo 24* de la Constitución se refiere, en principio, al proceso judicial, no al procedimiento administrativo, y en el presente caso la omisión del trámite de audiencia que hubiera permitido a la parte aportar «alegaciones» y aportar «documentos y justificaciones» (*artículo 84 de la LRJAPC*) no ha tenido relevancia alguna, pues la parte ha podido presentar tales alegaciones, justificaciones o documentos en el proceso judicial. La doctrina de la Sala Tercera de este Tribunal ha señalado también que fuera del ámbito sancionador, «la falta del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo e incluso la misma indefensión, si se produce, podrán originar las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero no afectan a un derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo constitucional» (sentencia de la Sala III de 16 de marzo de 2005). Tampoco la falta de audiencia equivale a la falta total y absoluta de procedimiento del *apartado e) del artículo 62.1 de la LRJAPC*. La parte confunde la anulabilidad del acto por un vicio de forma (*artículo 63.2 de la LRJAPC*) con un supuesto de nulidad de pleno derecho del *artículo 62* pues, como también tiene declarado la Sala III de este Tribunal «la falta de un trámite como el de audiencia, por esencial que pueda reputarse, no supone por sí misma que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido»; procedimiento, que «subiste aun faltando la audiencia» (sentencias de 13 de octubre de 2000 y 16 de marzo de 2005).

Estamos, por tanto, en el ámbito del *artículo 63 de la LRJAPC*, que es el de la anulabilidad de los actos administrativos; anulabilidad que se produce por cualquier otra infracción del ordenamiento jurídico distinta de las contempladas en el *artículo 62*. Pero, como establece el *número 2* de este artículo «el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados». Pues bien en el presente caso y, aparte de que la recurrente no ha invocado el *artículo 63 de la LRJAPC*, aunque sí alega los preceptos sobre la audiencia de la regulación específica de Seguridad Social, la omisión de la audiencia no ha impedido al acto administrativo alcanzar su fin y tampoco ha producido indefensión. El acto ha alcanzado su fin, que es el reconocimiento de la prestación con la declaración de las responsabilidades para su abono. Tampoco ha producido una indefensión relevante que deba determinar la nulidad de actuaciones para corregirla. La doctrina de la Sala III de este Tribunal insiste en que «la indefensión no equivale a la propia falta del trámite de audiencia», sino que «ha de ser real y efectiva» y, por ello, «para que exista indefensión determinante de la anulabilidad del acto es preciso que el afectado se haya visto imposibilitado de aducir en apoyo de sus intereses cuantas razones de hecho y de derecho pueda considerar pertinentes para ello» (sentencias de 11 de julio de 2003 y 16 de marzo de 2005). En el presente caso no puede apreciarse que la omisión del trámite de audiencia haya provocado tal indefensión. En primer lugar, porque la parte recurrente tuvo en todo momento noticia de la iniciación del procedimiento y pudo personarse en el mismo y formular alegaciones, lo que efectivamente hizo, como más adelante se verá. En efecto, la empresa en su demanda reconoce que tuvo conocimiento de la propuesta formulada por la Mutua, en la que constaban las secuelas del trabajador, el grado de incapacidad propuesto (gran invalidez), la responsabilidad de la empresa y las secuelas padecidas por el trabajador (folio 139), siendo en lo esencial estas últimas coincidentes con las que se tuvieron en cuenta en la resolución administrativa. Tuvo también conocimiento de la reclamación previa del trabajador, en la que se enumeraban las lesiones padecidas y se solicitaba la gran invalidez (folios 199-202). La empresa formuló alegaciones tanto a la propuesta de la Mutua (folio 119), como a la reclamación previa del trabajador (folios 190 y 191), limitándose en las primeras a negar su responsabilidad y en la segundas a oponerse al grado solicitado. En estas últimas, por ejemplo, se dice que «las afecciones que padece el solicitante según se señalan en el informe realizado por los equipos de valoración señalan que el recurrente tiene perfecta movilidad autónoma (y está) perfectamente capacitado para la realización de cualquier otro trabajo», lo que «determinará una incapacidad permanente total y no gran invalidez que solicita». De esta forma, la parte ahora recurrente muestra, pese a la falta de audiencia, un perfecto conocimiento de la situación del trabajador y de los informes obrantes en el expediente. Por ello constituye un conducta abusiva el que alegue la nulidad de las actuaciones fundadas en la omisión de ese trámite, porque tenía la información necesaria y, desde luego, pudo formular alegaciones tanto en su oposición a la reclamación previa del trabajador, como luego en la propia reclamación previa interpuesta por la propia recurrente, aportando además cuantos «documentos» y «justificaciones» considerara convenientes. Por otra parte, aunque no fuera así, lo cierto es que la parte ha ejercitado, tras el agotamiento del trámite de reclamación previa, una pretensión de plena jurisdicción ante el orden social, dando lugar al correspondiente proceso, en el que ha podido formular alegaciones y practicar prueba para combatir tanto la incapacidad reconocida al trabajador, como la declaración de responsabilidad».

La citada doctrina jurisprudencial es aplicable al presente litigio, en el que la empresa recurrente tuvo

un perfecto conocimiento de la situación del trabajador y de las actuaciones obrantes en el expediente, disponiendo de la información necesaria y pudiendo formular alegaciones en la propia reclamación previa, habiendo ejercitado una pretensión de plena jurisdicción ante el orden social, lo que obliga a desestimar este motivo.

CUARTO.- En el siguiente motivo del recurso, formulado con el mismo amparo procesal, se denuncia la infracción de los arts. 4, 12 y 16.b) de la Ley 5/2000 ; 42.2 y 132.1 de la Ley 30/1992 y 7 y 20.3 del Real Decreto 928/1998 , alegando que la actuación administrativa ha caducado y ha prescrito.

La parte recurrente mezcla la caducidad y la prescripción. Y respecto de los preceptos cuya infracción denuncia, los arts. 4, 12 y 16.b) de la Ley 5/2000, de 4-8 , de infracciones y sanciones del orden social, regulan las infracciones administrativas de este orden jurisdiccional, pero no el recargo prestacional, cuya naturaleza es distinta; los arts. 132.1 de la Ley 30/1992, de 26-11 , de régimen jurídico y procedimiento administrativo común y 7 y 20.3 del Real Decreto 928/1998, de 14-5 , que aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, regulan la prescripción de las infracciones administrativas, no siendo aplicables al presente supuesto; y el art. 42.2 de la Ley 30/1992 se remite, en cuanto al plazo máximo de resolución expresa del procedimiento administrativo, a la correspondiente norma reguladora, fijando como regla general un plazo máximo de 6 meses.

El plazo máximo para resolver el procedimiento administrativo de autos está fijado por el artículo 14 de la Orden Ministerial de 16-1-1996 en 135 días. Pero existe reiterada e inconcusa doctrina jurisprudencial (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 20-6-2008, recurso 4443/2008 y las citadas en ella) que establece que la falta de resolución en el plazo de 135 días no supone la caducidad del expediente, lo que obliga a desestimar este motivo.

QUINTO.- En el siguiente motivo de suplicación, formulado con idéntico amparo procesal, se denuncia la infracción de los arts. 120.3 de la Constitución, 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 54 y 62 de la Ley 30/1992, alegando, en esencia, que en el procedimiento administrativo previo no se citaron los preceptos infringidos, ni las medidas de seguridad vulneradas; que el INSS no ha dado respuesta motivada a las alegaciones de la recurrente ni a la reclamación previa y que la sentencia de instancia incurre en incongruencia.

Este motivo está definitivamente formulado, puesto que mezcla cuestiones procesales y sustantivas. Y aun cuando, en aras a la tutela judicial efectiva sancionada por el artículo 24 de la Constitución, entremos en el examen de estas alegaciones, el motivo no puede prosperar.

En cuanto a la alegación relativa a la incongruencia, baste indicar que la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social contiene unos hechos probados suficientes y unos fundamentos jurídicos que explican razonadamente por qué se ha desestimado la demanda. Se trata de una resolución que da respuesta (aunque sea denegatoria) a las pretensiones del demandante, sin incurrir en incongruencia omisiva, ni causarle indefensión. Se podrá no estar de acuerdo con esta sentencia, pero contiene un razonamiento suficiente, no habiendo causado indefensión a la parte recurrente.

Por último, en el expediente administrativo aparece un acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a la que se remiten las ulteriores actuaciones administrativas, en la que se describen minuciosamente las circunstancias del accidente laboral de autos, invocando los preceptos vulnerados por la empresa. En definitiva, el examen del expediente administrativo revela que la empresa tuvo un conocimiento cabal de los extremos fácticos y jurídico-sustantivos relevantes para la resolución de esta cuestión, pudiendo haber efectuado las alegaciones que a su derecho convenían, habiendo dictado el INSS una prolija resolución desestimatoria de la reclamación previa, sin que sea dable concluir que el expediente administrativo impugnado prescindió del procedimiento legalmente establecido, no pudiendo esta Sala sino llegar a la conclusión de que no se han infringido los preceptos denunciados por la recurrente, lo que obliga a desestimar este motivo.

SEXTO.- En el último motivo del recurso, formulado con el mismo amparo procesal, se denuncia la infracción del art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social ; de los arts. 14.2, apartado 4, 15 y 17.1 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales y de la doctrina jurisprudencial que cita, postulando que se deje sin efecto el recargo prestacional.

Los extremos esenciales para centrar el "thema decidendi" son los siguientes. D. Carlos María trabajó para la mercantil Ebropul, SL desde el 1-10-1996 con la categoría de rebarbador especialista. En la Sección

de Rebarbado de esta empresa se realiza la rebarba de piezas metálicas mediante esmeril (eléctrica o neumática) de las piezas que vienen de oxicorte o de soldadura, consistiendo el trabajo en el adecentamiento de dichas piezas. Dicho trabajo se realiza bien sobre mesa de trabajo cuando se trata de piezas pequeñas, o bien directamente sobre el suelo en caso de piezas de gran tamaño y tonelaje, siendo el trabajo más frecuente el de piezas de gran tamaño, debiendo el trabajador, para llegar a determinadas zonas para realizar su trabajo, adoptar posiciones forzadas (cuclillas, de rodillas o inclinado sobre la pieza). Se declara probado que el trabajo de rebarba en posturas forzadas es frecuente y conlleva la dedicación de tiempos importantes en tales posturas cuando se trata de piezas de grandes dimensiones y tonelaje.

El Sr. Carlos María estuvo de baja por lumbalgia del 25-11-1996 al 2-12-1996; del 30-3-1998 al 8-04-1998; del 19-6-2001 al 12-7-2001; y del 30-5-2002 al 6-6-2002. Y estuvo de baja por un tirón de espalda del 21-5-2003 al 31-5-2003.

En el año 2001, de cuatro bajas médicas producidas en esta Sección, dos de ellas fueron por 1) distensión muscular del hombro: Alfonso , con una duración de 20 días, desde el 22-5-2001 a 10-06-2001; y 2) tirón muscular región lumbar: Carlos María , con una duración de 24 días, desde el 19-6-2001 a 12-7-2001.

En el año 2002 hubo siete bajas médicas en esta Sección. Entre ellas las siguientes: 1) Distensión muscular: Juan Antonio , con una duración de 12 días, desde el 19-3-2002 a 31-3-2002; 2) distensión muscular: Carlos María , con una duración de 8 días, desde el 30-05-2002 a 6-6-2002; 3) lumbalgia: Rodrigo , con una duración de 17 días, desde el 10-6-2002 a 26-6-2002; y 4) contusión costal: Rodrigo , con una duración de 16 días, desde el 17-9-2002 a 2-10- 2002.

En el año 2003, de las seis situaciones de baja, cuatro fueron las siguientes: 1) lumbalgia del Sr. Rodrigo de siete días; 2) molestias Don. Pedro en hombro derecho de doce días; 3) tirón muscular en la espalda de once días de duración del Sr. Carlos María , ocurrido el 21-5-2003; y 4) el accidente que nos ocupa, acaecido el 7-11-2003.

En los informes de investigación de los accidentes laborales del Sr. Carlos María en 2003 resulta lo siguiente: sobre el accidente de 21-5-2003, conclusiones/medidas adoptadas: formación sobre **ergonomía** postural; en el informe del accidente de 6-11-2003: conclusiones: "volver a entregar tríptico posturas + formación".

El 6-11-2003 cuando el Sr. Carlos María efectuaba el rebarbado de una pieza de gran tamaño, sentado sobre un bloque de corcho e inclinado hacia el suelo, se ladeó de forma brusca al haberse agujereado el citado corcho, sufriendo en ese momento un tirón en la espalda. Los trabajadores de esta sección utilizaban estos "corchos", que eran bloques duros de forma cúbica al objeto de apoyarse sobre los mismos consiguiendo elevaciones y apoyos cuando así era preciso en su labor de rebarbado.

El 17-3-2006 la Inspección de Trabajo y Seguridad social giró visita al centro de trabajo que Ebropul, SL tiene en calle Argualas nº 20 de Zaragoza, tras la cual se levantó acta de infracción SH-2639-42/06 con propuesta de sanción por falta grave en grado medio y multa de 6.010,13 euros. En Resolución de 10-1-2007 de la Dirección Provincial del INSS se acordó suspender el procedimiento del expediente de recargo 2006/092, hasta en tanto se pusiera fin en la vía administrativa al expediente sancionador. En Resolución de 22-11-2007 de la Dirección Provincial del INSS se declaró la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente sufrido por el trabajador D. Carlos María en fecha 6-11-2003, declarando en consecuencia la procedencia de un recargo del 35% en las prestaciones de la Seguridad Social.

Como consecuencia del accidente de 6-11-2003 el Sr. Carlos María sufrió hernia discal medial y paramedial bilateral L4-L5 asociada a discreta estenosis de canal de naturaleza adquirida y protrusión discal foraminal L5-S1 dcha. que contacta con raíz L5 derecha. Tras su reincorporación al trabajo el 4-2-2004 persistieron las molestias que motivaron dos períodos de incapacidad temporal por contingencias comunes (de 14-7-2004 a 2-8-2004 y de 2-9-2004) con el diagnóstico de lumbociatalgia dcha. habiendo sido considerados dichos procesos por el EVI como secundarios al accidente de trabajo del 6-11-2003. En Resolución del INSS de 5- 5-2005 se declaró el carácter profesional, por accidente de trabajo, de los dos periodos de incapacidad temporal referidos. En expediente de incapacidad el Sr. Carlos María fue declarado afecto de una incapacidad permanente total para su profesión habitual.

En junio de 1999 el Servicio de Prevención de Fremap examinó la Sección de Rebarba, haciendo referencia a un riesgo de "¿ sobreesfuerzo?", estableciendo al referirse a la vigilancia de la salud como

limitaciones "patologías importantes de columna" y señalando en el apartado de formación "formación en manejo de carga", sin que en ese momento se hiciera un estudio ergonómico del puesto de trabajo.

Fue el 12-4-2005 cuando en la Nueva Evaluación de riesgos efectuada por Fremap se refiere expresamente al trabajo en la Sección de Rebarba, estudiando específicamente la " **ergonomía** y psicología aplicada" de dichos puestos. En dicha evaluación se señalaban como medidas a adoptar las siguientes:

-Estudiar la posibilidad de suspender mediante manipulador ingrávido o similar los basculantes utilizados en el rebarbado.

-Estudiar la posibilidad de suspender mediante manipulador ingrávido o similar los útiles de rebarbado.

-Estudiar la posibilidad de rotar a los trabajadores dentro del puesto de trabajo de rebarba cuando por el tamaño de las piezas haga necesario dedicar tiempos importantes a su limpieza, rebarba, etc... y estos trabajos se desarrollen de forma continuada bajo posturas forzadas mantenidas.

-Estudiar la posibilidad de disponer de mesas de trabajo regulables en altura, mediante sistemas hidráulicos o similares, que permitan adaptar la altura de trabajo a las características tanto de la pieza como del trabajador (esta medida debe estudiarse para las piezas de menor peso).

-Disponer de rodilleras (similares a las utilizadas en talleres de reparación para los trabajos de chapa) para aquellos trabajos efectuados de rodillas.

SÉPTIMO.- Como explican las sentencias de esta Sala nº 234/2007, de 13-3 y 292/2007, de 27-3 , la *Directiva marco 89/391 (CEE), de 12 junio 1989* , sobre aplicación de medidas para promover la mejora de seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, en su *art. 5.1* , dispone: "el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo", y en el *art. 8.1* establece: "el empresario adoptará las medidas necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, incluidas las actividades de prevención de los riesgos profesio-- nales".

Por su parte la *Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales*, en su *art. 14* , rubricado: "Derecho a la protección frente a los riesgos laborales", estatuye:

" 1. Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.

Este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio".

En cuanto al deber empresarial de protección, el *art. 15* establece que el empresario aplicará las medidas que integran el deber general de prevención previsto en el artículo anterior, con arreglo, entre otros, al principio general de evitar los riesgos, y añade que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador.

Finalmente, el *artículo 17.1* establece "que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores".

Del juego de estos tres preceptos se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aun en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones.

Por su parte, la doctrina jurisprudencial ha establecido reiteradamente que el empresario no cumple

solo con la dotación del equipo sino que también ha de velar por que se utilice y se haga de forma correcta: "la deuda de seguridad no se agota con dar a los trabajadores los medios normales de protección sino que el empresario viene además obligado a la adecuada vigilancia del cumplimiento de sus instrucciones, que deben tender no solo a la finalidad de proteger a los trabajadores del riesgo genérico que crea el servicio encomendado, sino además la prevención de las ordinarias imprudencias profesionales, pudiendo impedir, si fuera necesario, la actividad laboral de quienes incumplan el debido uso de aquéllos" (sentencias del Tribunal Supremo 28-2-1995, 27-5-1996, 18-2-1997 y 8-10-2001 , entre muchas otras).

La doctrina jurisprudencial, al interpretar el *art. 123.2 de la Ley General de la Seguridad Social* ("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") tiene reiteradamente establecido que tal norma tiene un carácter sancionador, de lo que se deducen dos claras consecuencias: su aplicación restrictiva y su carácter, en principio al menos, intransferible, solo imponible a la empresa infractora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo: "El recargo ostenta un carácter sancionador y, por ende, el precepto legal regulador de este aumento porcentual ha de ser interpretado restrictivamente, por lo que, partiendo de aquella naturaleza, se ha declarado que, como regla, no se aplica el recargo a las mejoras voluntarias de la acción protectora, pues aunque estén incluidas en el área protectora de la Seguridad Social y participen de los caracteres que ostentan las prestaciones propias de ésta no supone que les sean de aplicación todas las disposiciones reguladoras de las prestaciones propias e imperativas de la Seguridad Social. Es una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida y cuya imputación sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Se trata de responsabilidad empresarial cuasi-objetiva con escasa incidencia de la conducta del trabajador, como se afirmó con relación a la intrascendencia de la falta negativa a realizar los trabajos sin la protección requerida en un supuesto de accidente laboral de un trabajador con cargo de colaboración en materia de seguridad e higiene", (sentencia del TS de 14-2-2001, recurso 130/2000 ).

Y la sentencia del TS de 8-10-2001, recurso 4403/2000 , que examinó la licitud de un recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social por omisión de medidas de seguridad, explicaba que "la vulneración de las normas de seguridad en el trabajo merece un enjuiciamiento riguroso tras la promulgación de la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31 /1995, de 8 de noviembre (...)* Esta *Ley, en su artículo 14.2* , establece que «en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo...». En el *apartado 4 del artículo 15* señala «que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador». Finalmente, el *artículo 17.1* establece «que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores». Del juego de estos tres preceptos se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aun en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador".

OCTAVO.- En el supuesto enjuiciado, la empresa Ebropul, SL, a pesar de los riesgos para la salud de sus trabajadores de la Sección de Rebarbado debidos a la exposición a posturas forzadas, no tenía establecido un procedimiento adecuado que permitiera reducir el riesgo derivado de las posturas forzadas prolongadas en el tiempo o, al menos, limitara el tiempo de exposición a ellas. Cuando se tenía que rebarbar una pieza de gran tamaño, los trabajadores usaban taburetes o sillas, así como corchos sólidos, tanto para apoyarse como para protegerse de las chispas. El trabajador accidentado, D. Carlos María , que había sufrido cuatro bajas médicas por lumbalgia y una por tirón en la espalda, sufrió un accidente el 6-11-2003 cuando estaba sentado sobre un corcho pero agachado sobre su espalda, en una postura forzada, y al quebrarse el corcho sintió un chasquido en la espalda, sin que la empresa reaccionase de forma diligente a la pluralidad de bajas médicas de éste y otros trabajadores de esta Sección que traían causa de las condiciones forzadas en las que realizaban su trabajo.

A juicio de esta Sala, existió un incumplimiento empresarial de las medidas de seguridad en el trabajo, "ex" arts. 4.2.d) y 19.1 del *Estatuto de los Trabajadores* y 14, 15, y 17 de la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, que desencadenó el mentado accidente, sin que concurriera una imprudencia temeraria del trabajador susceptible de dejar sin efecto el recargo prestacional, por lo que, por aplicación del *art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social* , procede ratificar la sentencia de instancia, que confirmó el recargo del 35 por 100 de las prestaciones económicas de la Seguridad Social derivadas de este accidente impuesto por la Entidad Gestora.

Se condena a la recurrente al pago de las costas de su recurso (*art. 233.1 de la LPL*) y a la pérdida del depósito (*art. 202.4 de la LPL*).

En atención a lo expuesto,

## **FALLO**

Desestimamos el recurso de suplicación núm. 638 de 2008, ya identificado antes y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se condena a la recurrente al pago de las costas de su recurso y a la pérdida del depósito.

Así, por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN:** En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

**DILIGENCIA:** Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.