

Sentencia T.S.J. Galicia 4213/2012, de 27 de julio

RESUMEN:

Accidente de trabajo. Accidente a bordo de un buque. Máquina utilizada para el izado de redes del barco. Recargo de prestaciones: Determinación en la instancia en un 30%. Requisitos para la modificación de los hechos probados. Titulaciones profesionales en posesión del trabajador accidentado. Infracción por parte de la empresa de las normas genéricas de prevención de riesgos laborales: Falta de medios de protección adecuados para evitar el atrapamiento. Diligencia media. «Deuda de seguridad»: La elevada formación y experiencia del trabajador accidentado no es óbice para la imposición del recargo. Criterio de imposición del recargo: Amplio margen de apreciación judicial. Desestimación del recurso.

SENTENCIA

En A CORUÑA, a veintisiete de Julio de dos mil doce.

Habiendo visto las presentes actuaciones la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados/as, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

en el RECURSO SUPPLICACION 0004509 /2008, formalizado por el/la Sr/a. Letrado D/D.^a CIPRIANO CASTREJE MARTINEZ, en nombre y representación de D. Ernesto, y la Sra. Letrada D.^a BEATRIZ GOICOECHEA FABREGAS en nombre y representación de PESQUERA BERTOLO SL, contra la sentencia de fecha 7 de mayo de 2008, dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de A CORUÑA en sus autos número DEMANDA 0000092 /2007, seguidos a instancia de PESQUERA BERTOLO SL frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, D. Ernesto, en reclamación por RECARGO DE ACCIDENTE, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/D.^a EMILIO FERNANDEZ DE MATA, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia referenciada anteriormente que estimó en parte la demanda.

Segundo.—Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

1.—El trabajador D. Ernesto, de la empresa Pesquera Bertolo S.L. sufrió un accidente de trabajo el día 16 de marzo de 1999, a consecuencia del cual le fue amputado un brazo.

2.- El accidente se produjo en la cubierta del buque Pedro do Neto, en el que prestaba servicios el trabajador, mientras trabajaba con una máquina denominada maquinillo o molinete utilizada en ese momento para el izado de redes. Dicha máquina puede ser utilizada desde dos posiciones diferentes según se sitúe el trabajador mirando a proa o a popa y cuenta con unos mandos de arranque y parada que en el momento del accidente se encontraban situados en el lado contrario del utilizado por el trabajador. Mientras este manipulaba la máquina, se enganchó el cable, y al intentar parar la máquina pasando el brazo por encima de la misma se le enganchó la manga del jersey que llevaba al cable que arrastraba el molinillo, atrápándole el brazo produciéndole en ese momento la amputación del mismo. Al día siguiente del accidente se cambiaron de posición los mandos de la máquina.

3.- La máquina no tenía dispositivo de parada de emergencia, no obligatorio hasta el 23 de noviembre de 2002 y si tenía botón de parada situado al lado opuesto de la posición del trabajador.

4.- La Inspección de trabajo levantó acta de infracción el día 28 de abril de 1999, señalando que el trabajador estaba situado sujetando el cable en el lado contrario de los sistemas de parada y marcha de la máquina, lo que impedía la manipulación de los mandos con seguridad. Los elementos móviles de la maquinilla carecían de resguardos o dispositivos de protección contra el contacto mecánico. El trabajador carecía de medios de protección individual apropiados para evitar el atrapamiento. Los preceptos presuntamente infringidos son los artículos 14,1 y 2 y 17 de la ley 31/95 y Anexos señalados del Rdto. 1215/1997 y 773/1997, sancionándose a la empresa por falta grave en grado medio con 1.000.001 pts.

5.- Juntamente con el acta se inicia expediente de recargo de prestaciones en fecha 16 de agosto de 1999 proponiendo un recargo de prestaciones del 50 %.

6.- El juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción número 1 de Vivero inició Diligencias previas finalizadas por sentencia de 3 de diciembre de 2002 en la que se condenó al titular de la empresa Pesqueras Bertolo como autor de una falta de imprudencia en accidente laboral con resultado de lesiones, confirmada por la Audiencia Provincial en sentencia de 1 de abril de 2003. El expediente de recargo estuvo suspendido en tanto se tramitaba las actuaciones penales.

7.- Por su parte el trabajador accidentado inició reclamación ante el juzgado de lo social de Lugo en demanda de indemnización de daños y perjuicios desestimada por sentencia del numero uno de fecha 2 de noviembre de 2005.

8.- Por resolución, de tres de abril de 2006 el Instituto Nacional de la Seguridad Social declara la responsabilidad empresarial por falta de medidas de Seguridad e higiene imponiendo el recargo del 40 % sobre las prestaciones derivadas del accidente. Por resolución de 21-7-00 se reconoce al trabajador la prestación de Incapacidad Permanente Total, previa situación de incapacidad laboral desde 16-3-99 hasta el 1-6-2000.

9.- En las resoluciones judiciales señaladas anteriormente se constata la existencia de imprudencia del trabajador como causa coadyuvante del accidente, si bien no única.

Tercero.—Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por PESQUERA BERTOLO SL revoco también parcialmente la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social que establece dicho recargo en el porcentaje del 40 % fijándolo en el 30 %, y condenando a todas las demandadas a estar y pasar por la presente declaración.

Cuarto.—Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte D. Ernesto y PESQUERA BERTOLO SL, siendo impugnados por ambos. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La sentencia estima parcialmente la demanda formulada por Pesquera Bertolo S.L., revocando parcialmente la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social que establece dicho recargo en el

porcentaje del 40%, fijándolo en el 30% y condenando a todas las demandadas a estar y pasar por la presente declaración.

Frente a dicho pronunciamiento se alza la representación de la empresa Pesquera Bertolo, interponiendo recurso de suplicación e interesando la revocación de la sentencia y que se dicte otra declarando la no procedencia del recargo por falta de medidas de seguridad sobre las prestaciones de seguridad social derivadas del accidente de trabajo sufrido en fecha 16.03.1999 por el trabajador D. Ernesto.

Igualmente se alza D. Ernesto, interponiendo igualmente recurso de suplicación e interesando la revocación de la sentencia y que se dicte otra por la que se desestime íntegramente la demanda y se condene a la actora a estar y pasar por ello, con imposición de costas.

Segundo.—Con este objeto y con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa la representación de la empresa la modificación del relato fáctico de la sentencia, y, concretamente, que se añada un nuevo hecho probado, con la siguiente redacción: "El demandado, Ernesto, era Patrón de Costa del buque Pedro do Neto, y máxima autoridad a bordo. El demandado tenía reconocidos los siguientes títulos/certificados de especialidad: Mecánico de Litoral, Patrón de pesca de altura, Patrón primera clase pesca litoral, Radiotelegrafista naval, Radiotelegrafista naval restringido, Patrón de cabotaje, Patrón de yate, Avanzado en lucha contra incendios, embarcaciones de supervivencia y botes de rescate (no rápidos), Radar de puntero automático (ARPA), Operador mundial sistema mundial de socorro y seguridad marítima; Básico lucha contra incendios, Básico supervivencia en el mar.

El demandado ya había trabajado en la maquinilla del barco, conocía la situación de los botones, que como Patrón tenía obligación de conocer todas las máquinas, que en el momento del accidente llevaba 10 años con Patrón en barcos de pesca y mercantes, que tenía experiencia y utilizaba con frecuencia la maquinilla en el Pedro do Neto", con base en los documentos obrantes a los folios 589 a 595, ambos inclusive, 597, 644 a 649, 474, 475 y 476 de autos.

Igualmente y con idéntico amparo procesal, D. Ernesto interesa la modificación del relato fáctico de la sentencia y concretamente de los hechos probados segundo y tercero.

En cuanto al segundo, solicita distintas adiciones y supresiones y que quede redactado en la siguiente forma: "El accidente se produjo en la cubierta de popa del buque Pedro do Neto, en el que prestaba servicios el demandante mientras trabajaba con una máquina denominada "maquinillo" o "molinete" utilizado en el ese momento para izado de redes del barco.

El demandante se encontraba correctamente situado por la banda de proa del "maquinillo" y ello porque la carga que estaba izando se hallaba en la popa de la embarcación, siendo esa la única posición posible que podía tener si quería controlar lo que hacía, y no dar la espalda a los aparejos que se disponía izar. Dicho "maquinillo" está situado en la popa del buque.

Si bien el molinete puede ser usado desde las dos posiciones, esto es, colocándose el trabajador por la banda de proa o por la banda de popa (dependiendo del lugar donde se encuentre la carga a izar) el uso habitual que se le daba en el "Pedro do Neto" era para izar pesos en la popa de la embarcación dada su condición de arrastrero y por contar, además, con otro molinete en su proa.

Don Ernesto sujetaba el cable del maquinillo para el izado de las redes, enganchándosele la manga del jersey que llevaba puesto, atrapándole el brazo derecho contra el molinete y produciéndosele la amputación traumática de dicho brazo a nivel del codo. Bien pudo ser que a Don Ernesto se le enganchara la manga del jersey que llevaba puesto, atrapándole el brazo derecho contra el molinete (única forma posible de hacerlo) tras izar el peso, o pudo suceder que se mordiera el cable que sujetaba, montándose sobre el que esta enrollado en el muñón, y, al intentar acceder por la parte superior de la máquina a los mandos de parada situados en el lado opuesto, se le enganchara el jersey produciéndose el atrapamiento", con base en los documentos obrantes a los folios 794, 795, folios 21 y 22, folios 684 a 686, folios 661 a 680 de autos.

Respecto al tercero, pide la adición del siguiente texto: "El citado botón de parada actúa por corte de la corriente eléctrica que acciona el motor de giro del torno. Este sistema de parada no surte efecto instantáneo de parada puesto que la inercia del torno hace que éste continúe girando aún cortando el suministro de corriente. La ubicación de los botones de parada y puesta en marcha no se encuentran accesibles desde cualquier punto de trabajo del operario", con base en los documentos obrantes a los folios 654, apartados 6 y 8, y 655 659, ambos inclusive.

Para que proceda la modificación de hechos probados, al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, es preciso que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se señale concretamente el hecho cuya revisión se pretende y se proponga texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder.
- b) Que la revisión pretendida pueda devenir trascendente a efectos de la solución del litigio.
- c) Que se identifique documento auténtico o prueba pericial obrantes en autos, de los que se deduzca de forma patente, evidente, directa e

incuestionable, el error en que hubiera podido incurrir el Juzgador de instancia, a quien corresponde valorar los elementos de convicción.

d) La valoración de la prueba efectuada por el Juez "a quo" en uso de la facultad-deber que el ordenamiento jurídico le confiere, no puede ser sustituida por el parcial e interesado criterio valorativo de la parte.

Con base en esta doctrina, procede acceder a lo interesado por la representación de la empresa, si bien parcialmente y en cuanto a las titulaciones que poseía el trabajador, por deducirse así de los documentos obrantes a los folios 589 a 595, ambos inclusive y 597, sin necesidad de interpretación ni valoración, pudiendo resultar trascendente para la resolución de la litis. No puede accederse, en cambio, al resto de la redacción pretendida, pues los extremos que se pretende recoger se derivan de la fundamentación jurídica de una sentencia penal y de la declaración del propio trabajador en dicho proceso penal, que no son documentos hábiles a los efectos revisorios pretendidos, la primera por ser juicios de valor de los jueces penales, argumentando la decisión que se va a adoptar, y la segunda porque no consta que se haya ratificado en el acto del juicio laboral.

Por ello el nuevo hecho probado debe quedar redactado en la siguiente forma: "El demandado, Ernesto, era Patrón de Costa del buque Pedro do Neto, y máxima autoridad a bordo. El demandado tenía reconocidos los siguientes títulos/certificados de especialidad: Mecánico de Litoral, Patrón de pesca de altura, Patrón primera clase pesca litoral, Radiotelegrafista naval, Radiotelegrafista naval restringido, Patrón de cabotaje, Patrón de yate, Avanzado en lucha contra incendios, embarcaciones de supervivencia y botes de rescate (no rápidos), Radar de puntero automático (ARPA), Operador mundial sistema mundial de socorro y seguridad marítima; Básico lucha contra incendios, Básico supervivencia en el mar".

En cuanto a la pretendida modificación del hecho probado segundo, instada por el trabajador, no puede accederse a ella, por cuanto la parte introduce en la redacción elementos argumentativos y valorativos interesados, obviando las facultades del juzgador en la valoración de la totalidad de los elementos probatorios, además de que los documentos invocados no son hábiles a los efectos revisorios pretendidos, pues el hecho de que haya existido un proceso penal sobre los mismos hechos no implica que el Juzgado de lo Social quede vinculado por la calificación de dichos hechos, pues si bien el Tribunal Constitucional, en su sentencia 151/2002, de 2 de julio señala que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron es incompatible, además de con el principio de seguridad jurídica, con el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 de la Constitución Española, también se ha sostenido que esta doctrina no conlleva que en todo caso los órganos

judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada y por ello cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio - sentencia del Tribunal Constitucional 158/1985 -, o, como señala en su sentencia 151/2001, "aunque es verdad que unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento". De ahí que, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, unos mismos hechos, cuando la determinación de los mismos exija una previa calificación jurídica, puedan ser apreciados de forma distinta en diferentes resoluciones judiciales incurrir por ello en ninguna vulneración constitucional si el órgano judicial que se aparta de la apreciación de los hechos efectuada anteriormente en otra resolución judicial expone de modo razonado los motivos por los que lleva a cabo esa diferente apreciación de los hechos, que es lo que el juez a quo ha hecho. En cuanto a los informes emitidos por la Mutua y el Centro de Seguridad e Higiene, se limitan a reflejar su opinión sobre cómo pudieron producirse los hechos, no siendo las conclusiones fruto de la observación directa.

Finalmente, en cuanto a la solicitada adición al hecho probado tercero, se basa en informe pericial, ratificado a presencia judicial, tampoco procede, pues conforme a la doctrina sustentada reiteradamente por el Tribunal Supremo, para que proceda debe poner de manifiesto que el criterio sustentado por el Juzgador "a quo" no se ajustó a las reglas de la sana crítica representada, en su lado, por razones científicas, lógicas o de mayor convicción que aconsejen fiscalizar y variar el alcance interpretativo conjunto de tal medio probatorio, no pudiendo ser combatidos en suplicación los hechos probados si han sido obtenidos por el Magistrado del mismo documento o prueba en que la parte pretende amparar el recurso.

Tercero.—Seguidamente, por la representación de la empresa y con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, que se ha producido la infracción, por interpretación errónea, del artículo 123 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con los artículos 5 y 19.2 del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia que lo desarrolla, citando sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de noviembre de 2000, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, de 15 de mayo de 2006 y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de octubre de 1996, argumentando, en síntesis, que el recargo sólo puede ser imputado a la empresa por vía de culpabilidad, debe interpretarse restrictivamente, la infracción ha de ser la causa directa del accidente, la infracción ha de ser de norma concreta y la

imprudencia del trabajador impide el recargo, no existiendo en el presente caso culpa de la empresa, no existe condena al pago de indemnización, la causa directa del accidente fue el incumplimiento por parte del trabajador de su obligación de parar la máquina antes de manipular en ella, la máquina no infringía la normativa de seguridad y ha sido la actuación del trabajador, la que ha provocado el accidente.

Debe señalarse, en primer lugar, que las sentencias dictadas por las Salas de lo Social de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia no tienen la consideración de Jurisprudencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código Civil, por lo que no pueden servir para sustentar el motivo del recurso.

La doctrina sostenida por esta Sala en materia de recargo de prestaciones de seguridad social por falta de medidas de seguridad se recoge, entre otras en sentencias de 25-4-2002 y 24-3-2001, señalando: 1.º) Que existe una obligación empresarial de garantizar a los trabajadores que prestan servicios bajo su dependencia, una protección eficaz en materia de seguridad y salud laboral, tal y como resulta de lo establecido en el artículo 19.1 del Estatuto de los Trabajadores a la par que un derecho de todo trabajador a mantener su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene en el trabajo; 2.º) Que la citada obligación estaba plasmada, con carácter general, en la Orden de 9 de marzo de 1971 por la que se aprobaba la Ordenanza General de seguridad e higiene en el trabajo, que en su artículo 7 establecía como obligación empresarial la de " adoptar cuantas medidas fueren necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la Empresa; 3.º) Que en la actualidad, la Ley 31/95 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales plasma los anteriores principios en el artículo 14, a través de lo que se ha venido denominando, por la doctrina, la "deuda de seguridad" que todo empleador asume con sus productores, constituyendo tal normativa la positivación del principio general de derecho "alterum non laedere", debiendo entenderse que el nivel de vigilancia que impone a los empleadores el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos, ha de valorarse con criterios de razonabilidad, según máximas de diligencia ordinaria, exigibles a un empresario normal cooperador a los fines de la convivencia industrial, en cuanto impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, garantizar que los lugares de trabajo, operaciones y procesos, sean seguros y no entrañen riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores. En particular se viene a señalar que el recargo de prestaciones por infracción de medida de seguridad tiene naturaleza mixta de "indemnización sancionadora", y dada tal naturaleza sancionadora del recargo, se ha sostenido por la doctrina jurisprudencial su obligada interpretación restrictiva y que su imposición exige como requisitos generales los de: A) Que la empresa haya incumplido alguna medida de

seguridad, general o especial, y que ello resulte cumplidamente acreditado, porque al ser medida sancionadora resulta aplicable la constitucional presunción de inocencia; B) Que medie relación de causalidad entre la infracción y el accidente de trabajo, lo cual ha de resultar ciertamente probado, porque una obligada interpretación restrictiva (derivada de la naturaleza sancionadora) determina que esa relación de causalidad no se presuma y la carga de la prueba sobre tal causalidad corresponde al accidentado o a sus causa habientes; C) Que exista culpa o negligencia por parte de la empresa, porque la responsabilidad no es objetiva; D) Que esa culpa o negligencia sea apreciable a la vista de la diligencia exigible, que resulta ser la propia de un prudente empleador, atendidos criterios de normalidad y razonabilidad.

Del relato fáctico de la sentencia se deduce que si bien el dispositivo de parada de emergencia no fue obligatorio hasta el 23 de noviembre de 2002, la máquina tenía botón de parada en el lado opuesto de la posición del trabajador, lo que impedía la manipulación de los mandos con seguridad y no existían medios de protección adecuados para evitar el atrapamiento del brazo, lo que indudablemente supone una infracción por parte de la empresa de al menos las normas genéricas en materia de prevención de riesgos, omisión de medidas de seguridad que indudablemente ha ocasionado el siniestro producido, pues de haberse adoptado las medidas oportunas para que el botón de parado se encontrara en el mismo lado que el trabajador y haberle dotado de los correspondientes medios de protección individuales, o bien el atrapamiento del brazo no hubiera tenido lugar, o bien los resultados lesivos no hubieran ocurrido o tendrían menor entidad, y la adopción de las medidas era fácil y, además, corresponden a la diligencia media exigible a un prudente empleador, y su omisión ha provocado la condena penal, por conductas imprudente, del representante de la empresa, concurriendo por ello los elementos precisos para que deba imponerse el recargo por falta de medidas de seguridad.

No es óbice para ello el que el trabajador tenga una elevada formación y experiencia y esté en posesión de diversos títulos habilitantes, ni que portara un jersey no reglamentario, que evidentemente ha influido, por su holgura, en el atrapamiento producido, pues la empresa está obligada directamente a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo, adoptando las medidas que la legislación establece con esta finalidad, habiendo establecido el Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de enero de 2010, entre otras, que la posible concurrencia de culpa de la víctima no rompe el nexo causal que proviene del agente externo -en este caso los incumplimientos de la empresa-, salvo cuando el daño se ha producido de forma exclusiva por una actuación culposa imputable a la víctima, lo que no ocurre en el presente caso, pues, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2002, "el exceso de confianza del trabajador, que en no pocas ocasiones

contribuye a los daños sufridos por los empleados en el ámbito laboral, no borra ni elimina la culpa o negligencia de la empresa y sus encargados cuando faltan al deber objetivo de cuidado consistente que el trabajo se desarrolle en condiciones que no propicien esos resultados lesivos" de modo que la imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene cuando no opera como causa exclusiva del accidente entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, pues incluso la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever la distracción o imprudencia que pudiera cometer el trabajador.

No incide tampoco en esta conclusión el hecho de que no se haya condenado a la empresa al abono de indemnización por daños y perjuicios, pues el recargo y la indemnización responden a distintos principios, siendo preciso para que concurra la obligación de indemnizar un plus de responsabilidad por parte de la empresa.

Por ello el recurso debe ser desestimado.

Cuarto.—Finalmente pretende el trabajador, con amparo procesal en el artículo 191.c) que se ha producido la infracción de los artículos 14.1.2, 16, 17, 18 y 19 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en relación con lo dispuesto en el Anexo I, apartados 1,3 y 8 y Anexo II, apartado 1.2 y 5 del Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio y artículos 3 y 4 del Real Decreto 773/1997 de 30 de mayo; el artículo 41 del Real Decreto 1495/1986; los artículos 4.2.d) y 19 del Estatuto de los Trabajadores; el artículo 123.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/94 de 20-6; el artículo 16.3.I del Convenio 155 de la OIT; los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, en relación con el artículo 1.101 y siguientes del mismo texto legal; artículos 109, 110 y 113 del Código Penal y del artículo 9.3 de la Constitución, en relación con el artículo 24.1 del mismo texto legal, argumentando, en síntesis, que la empresa ha incumplido el deber de seguridad con respecto al trabajador, no habiendo adoptado ninguna medida en materia de prevención de riesgos, lo que ha ocasionado que el actor sufriera el accidente y las consecuencias lesivas.

Con idéntico amparo procesal alega la parte infracción de la Jurisprudencia, citando al efecto sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1986, 9 de febrero de 1988 y 24 de octubre de 1988; sentencias de esta Sala de 5 de julio de 2005, 8 de julio de 2005, 31 de mayo de 2005, 17 de diciembre de 2004, 25 de enero de 2003, 26 de enero de 2001, 28 de julio de 2000 y 30 de julio de 1998 y sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2001.

Debe señalarse, en primer lugar, la defectuosa construcción del motivo del recurso, al citar preceptos inaplicables en materia de recargo de medidas de

seguridad, como son los preceptos del Código penal, pues nadie ha negado que el actor se hubiera reservado el ejercicio de las acciones civiles, así como sentencias de esta Sala que no tienen la consideración de Jurisprudencia, reservada por el artículo 1.6 del Código Civil, a la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Igualmente cita los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, en relación con el artículo 1.101 y siguientes del mismo texto legal, referidos a la indemnización por daños y perjuicios, con evidente olvido de que nos encontramos en presencia de un recargo por falta de medidas de seguridad

Por otro lado, a la vista de gran parte de la argumentación empleada, es evidente que el recurrente obvia que nos encontramos en presencia de un recurso extraordinario, no de un recurso de apelación, realizando una indebida y confusa mezcla de hechos con el derecho y pretendiendo extraer conclusiones fácticas que no constan en el relato de hechos probados, trayendo a colación hechos que tampoco constan en el relato fáctico de la sentencia y cuya introducción no ha pretendido la parte, o que han sido rechazados en la redacción propuesta y pretendiendo combatir la argumentación jurídica del juez a quo, con evidente olvido de que el recurso se da contra el fallo y no contra la fundamentación jurídica.

Finalmente señalar que, habiendo sido desestimado el recurso de la empresa, se ha ratificado la imposición del recargo por falta de medidas de seguridad, tal y como consta en el fallo de la sentencia de instancia, siendo lo único discutible, a tenor de la denuncia realizada del artículo 123 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y del súplico del recurso, el porcentaje de recargo a imponer, que la resolución administrativa fijaba en el 40% y la sentencia judicial en el 30%.

Pues bien, el artículo 123.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social establece que todas las prestaciones económicas por accidente de trabajo se vienen recargando de un 30% a un 50% de su importe, según la gravedad de la falta -a apreciar por las Direcciones Provinciales del INSS, en decisión revisable por el orden jurisdiccional de lo Social-, "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".

Esta norma no contiene criterios precisos de atribución del porcentaje, pero sí indica una directriz general para la concreción del referido recargo que es la "gravedad de la falta", configuración normativa que supone reconocer un amplio margen de apreciación al Juez de instancia en la determinación del porcentaje, pero implica también que la decisión jurisdiccional es

controlable con arreglo a dicho criterio jurídico general de gravedad de la falta, pudiendo revisarse cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con ésta directriz legal, lo cual sucede según el alto Tribunal, cuando se fija la cuantía porcentual mínima para infracción muy grave, o cuando el porcentaje establecido es el máximo y la falta cometida, por su entidad o por sus circunstancias, no merece el máximo rigor sancionador.

Por su parte, reiterada doctrina dictada en suplicación expresa que el mencionado artículo 123.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social no deja al libre criterio del INSS o del Juzgado su determinación, sino que concreta el parámetro que ha de tenerse en cuenta, que es la gravedad de la falta. Y para la valoración de ésta han de considerarse tres elementos: 1.º mayor o menor posibilidad de accidente; 2.º mayor o menor gravedad previsible de sus consecuencias para el trabajador; y 3.º mayor o menor déficit de medidas destinadas a impedirlo.

Pero también es cierto que debe valorarse igualmente la actuación o conducta del trabajador en la producción del daño o en su minoración o agravación, y la gravedad de las lesiones sufridas.

A la vista de los elementos fácticos antes citados, resulta evidente que la empresa ha incumplido la obligación de dotar al trabajador de medios individuales de protección adecuados, además de no adaptar el mecanismo de parado a la posible posición del trabajador, posibilitando con esta negligente actuación la producción del accidente; también que el trabajador ha sufrido una grave lesión impeditiva, al producirse el seccionamiento del brazo derecho -miembro principal- a la altura del codo; igualmente es evidente que el trabajador tenía experiencia y formación para realizar el trabajo encomendado; finalmente debe resaltarse que el portar ropa no reglamentaria, ha agravado sin duda la posibilidad de atrapamiento y contribuido a la gravedad de las lesiones.

Por ello esta Sala debe concluir que dada la concurrencia de culpas y la experiencia del trabajador, debe imponerse el recargo en su cuantía mínima del 30%, como ha hecho el juez a quo, por lo que el recurso debe ser desestimado.

Quinto.—De conformidad al artículo 202 de la Ley de Procedimiento Laboral, la desestimación del recurso formulado por la empresa implica la pérdida del depósito efectuado para recurrir, al que se dará el destino correspondiente, una vez sea firme esta sentencia.

De conformidad con el artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral procede imponer al recurrente vencido que no goce del beneficio de justicia gratuita -la empresa- las costas del recurso, que deben incluir la cantidad

de trescientos euros (300 euros), en concepto de honorarios del letrado impugnante de su recurso.

Por todo ello y vistos los preceptos legales de general y especial aplicación;

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la LETRADA DÁ. BEATRIZ GOICOECHEA FABREGAS, en la representación que tiene acreditada de la EMPRESA PESQUERA BERTOLO S.L., y el interpuesto por D. Ernesto, contra la sentencia de fecha siete de mayo de dos mil ocho dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de los de A Coruña, en autos seguidos a instancia de de la EMPRESA PESQUERA BERTOLO S.L contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y D. Ernesto, sobre RECARGO POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD, debemos confirmar y confirmamos en su integridad la resolución recurrida, imponiendo a la empresa PESQUERA BERTOLO S.L. las costas de su recurso, que incluyen la cantidad de trescientos euros (300 euros), en concepto de honorarios del letrado impugnante de su recurso.

Procede acordar la pérdida del depósito efectuado para recurrir, al que se dará el destino correspondiente, una vez sea firme esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que, contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 218 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Social. Si la recurrente no estuviere exenta de depósito y consignación para recurrir, deberá ingresar:

-La cantidad objeto de condena en la c/c de esta Sala en el Banco Banesto, n.º 1552 0000 80 (n.º recurso) (dos últimas cifras del año).

-El depósito de 600 euros en la c/c de esta Sala n.º 1552 0000 37 (n.º recurso) (dos últimas cifras del año).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.