



Roj: **STSJ CL 1531/2015 - ECLI: ES:TSJCL:2015:1531**

Id Cendoj: **47186340012015100640**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **16/04/2015**

Nº de Recurso: **326/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **SUSANA MARIA MOLINA GUTIERREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 00661/2015

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983413204-208

Fax: 983.25.42.04

NIG: 24089 44 4 2012 0003605

402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000326 /2015 -S

Procedimiento origen: SEGURIDAD SOCIAL 0001199 /2012

Sobre: RECARGO DE ACCIDENTE

RECURRENTE/S D/ña FERROVIAL AGROMAN S.A. FERROVIAL AGROMAN

ABOGADO/A: SERGIO SAMUEL JUAREZ DIEZ

PROCURADOR: SALVADOR SIMO MARTINEZ

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Millán , CONICA NORTE S.L.CONSTRUCCION , INSS Y TGSS INSS Y TGSS , ASEPEYO ASEPEYO MUTUA DE ACCIDENTES

ABOGADO/A: FELIPE JUAN CARREÑO, , SERV. JUR. DELEG. PROV. VALLADOLID INSS, TGSS, IMSERSO, INGESA E ISM , FRANCISCO SANCHEZ FRIERA GONZALEZ

PROCURADOR: CESAR ALONSO ZAMORANO, , ,

GRADUADO/A SOCIAL:

Il'tmos. Sres.:

D. Gabriel Coullaut Ariño

Presidente de la Sala

D. Manuel M^a Benito López

D^a. Susana M^a Molina Gutiérrez /

En Valladolid a dieciséis de Abril de dos mil quince.



La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm.326/15, interpuesto por FERROVIAL AGROMAN S.A.contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N°3 de León, de fecha 10/6/2014 , (Autos núm.1199/2012), dictada a virtud de demanda promovida por FERROVIAL AGROMAN S.A. contra INSS, TGSS, Millán , CONICA NORTE S.L., MUTUA ASEPEYO, sobre RECARGO DE ACCIDENTE.

Ha actuado como Ponente la Ilmta. Sra. DOÑA Susana Mª Molina Gutiérrez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26/11/2012 se presentó en el Juzgado de lo Social nº 3 de León demanda formulada por la parte actora, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó Sentencia en los términos en los que consta en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados figuran los siguientes:

PRIMERO.- DON Millán , parte codemandada, venia prestando servicios nominalmente para la empresa demandada CÓNICA NORTE, S.L. CONSTRUCCIÓN, subcontratada por la demandante, desde el 8-1-2008, como oficial 1atechador, si bien recibiendo instrucciones directas de los encargados y vigilantes de la demandante, cuando sufrió un accidente de trabajo el día 24-5-2008, en las obras de los túneles del tren de alta velocidad en el tramo Bendoiro-Lalin, en Pontevedra, cuando en una finca cercana a la obra se dedicaba, por mandato de ios encargados de la demandante, a recoger y destruir restos de **explosivo** goma 2 en zona que carecía de polvorín de almacenamiento. La operación de destrucción se realizaba mediante la quema con fuego a ras de suelo de cantidades de dinamita de entre 3 y cinco kilos en cada operación, produciéndose una deflagración de la goma dos que abarcó un espació de unos cuarenta metros, al estallar los cartuchos que todavía no se habían destruido por calor, chispa u otra causa. La onda expansiva alcanzó al trabajador demandando causándole lesiones muy graves, entre ellas la pérdida de ojo y oído derecho donde sufrió el impacto de las piedras arrancadas y partidas por la explosión, por las que fue declarado afecto a una incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo.

SEGUNDO.- El actor carecía de cartilla de manejo de **explosivos**, y, en compañía de su compañero, Don Luis Francisco , contratado por al misma empresa, CÓNICA NORTE, S.L. CONSTRCCIÓN, se dedicaban habitualmente a la destrucción de los **explosivos** y detonadores sobrantes, recibiendo para ello instrucciones del encargado de la obra y del vigilante de Ferrovial- Agroman, sin presencia de ningún facultativo, en un prado, a campo raso, sin vallado de ningún tipo, y sin ningún equipo o de medida de seguridad adicional, llegando a recoger y destruir hasta más de cien kilos de dinamita que transportaba el actor mediante una tractor mecánico con un cestillo delante, denominado manitú, hasta el lugar de la quema. El día del accidente, el vigilante de Ferrovial, tras haber ordenado el capataz al actor ir a quemar la dinamita recogida en el manitú, se encontraba junto con el Sr. Noguera, que estaba a distancia de unos cien metros destruyendo los fulminantes, observando ambos la explosión que lanzó por los aires al actor.

TERCERO.- El encargado de la subcontrata a que pertenecían dichos trabajadores, CÓNICA NORTE, S.L. CONSTRCCIÓN, acudía a la obra una o dos veces por semana, de modo que todas las órdenes de trabajo las recibían, tanto el actor como el resto del personal perteneciente a la subcontrata, y particularmente el Sr. Luis Francisco que junto con el actor estaban encargados de destruir los **explosivos**, del personal dirigente de la demandante, especialmente del capataz de la obra de Ferrovial, Don Antonio , y del Vigilante de **explosivos**, Don Claudio .

CUARTO.- La empresa CÓNICA NORTE, S.L. CONSTRCCIÓN, carecía de autorización para el manejo de **explosivos**. Tal autorización solamente se había concedido a la empresa principal, hoy demandante, en el año 2007 para la utilización de hasta 30 toneladas de dinamita para horadar el Túnel de Bendoiro (folio 134 de autos).

QUINTO.- Pese a la gravedad del accidente, y a ser competente, con exclusión de la Inspección de Trabajo (art. 7.2 LPRL), para conocer de las medidas de prevención y riesgos laborales, y para la inspección de los accidentes ocurridos, la Dependencia do Área de Industria e Enerxía de Pontevedra, y concretamente el Instituto Gallego de Seguridade e Saude Laboral, los dirigentes de la demandante no pusieron en conocimiento de la Inspección de Trabajo ni de la Jefatura de Minas competentes el accidente ocurrido, por lo que no pudieron investigarse las circunstancias concretas del mismo, ni adoptarse las pertinentes garantías de



seguridad para los demás trabajadores. Se puso en conocimiento del trabajador accidentado este hecho por parte de Dependencia do Área de Industria e Enerxía de Pontevedra el 20-12-2010. (Folios 133 reverso y 134 de autos)

SEXTO.- En fecha 24-5-2008 se emitió informe del accidente ocurrido por la Comandancia de Pontevedra, Compañía de Lalín de la Guardia Civil, bajo el título de "Asunto: Accidente laboral por explosión", que fue remitido al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Lalín. Obra en autos, en los folios 148 y siguientes y se da por reproducido.

En dicho informe se afirma, entre otros extremos los siguientes: - Que el trabajador accidentado trabajaba de barrenista par al la empresa Ferrovial-Agroman. - Que, según conversación mantenía con la Guardia Civil de Silleda, que estaba presente en el lugar, "nos comunican que, el citado operario, se encontraba quemando el sobrante de los **explosivos**, siendo el **material** GOMA 2 ECO 32X200 cartuchos, estaba realizando esta operación a ras de suelo y supuestamente la explosión fue provocada pro calentamiento excesivo de alguna piedra que estalló provocando la explosión del resto del **explosivo**, según testigos presenciales en el momento de la deflagración el operario citado anteriormente se encontraba a una distancia aproximada de unos 10 m."

- Que la onda expansiva le provoca una serie de lesiones graves en la parte derecha de la cara y ojo derecho, siendo trasladado al Hospital Clínico de Santiago, posteriormente al Hospital Provincial de Conxo, quienes comunican que queda ingresado por necesidad de intervención quirúrgica por perforación del ojo derecho.

- Que la destrucción de **explosivos** en las dos perforaciones del túnel en que ocurrió el accidente se realizaban porque no existía polvorín en dicha zona.

SÉPTIMO.- Iniciado expediente de recargo por falta de medidas de seguridad, previo informe del EVI, de 15-5-2012, que obra en autos al folio 105 y se da por reproducido, se dictó Resolución por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL de León, que obra en autos al folio 100 de expediente, por la que se declaraba la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad en el accidente sufrido por DON Millán el 24-5-2008, estableciendo un recargo del 50% de las prestaciones debidas a dicho trabajador con cargo solidario a las empresas Ferrovial Agremán, S.A. y Cónica Norte, S.L.

OCTAVO.- El actor recibió formación como oficial de 1a de riesgos laborales en materia de fortificación y excavado de túneles y ninguna en materia de manejo de **explosivos**, dado que no tenía cartilla ni condición de artillero, ni la empresa para la que prestaba servicios, que tenía contratado el servicio de prevención de riegos con la Sociedad de Prevención ASEPEYO, carecía de actividad y permiso para el manejo de **explosivos**.

NOVENO.- En el informe de investigación del accidente emitido por la Sociedad Prevención ASEPEYO, que obra al folio 129 de autos, se dice que el actor estaba realizando labores auxiliares, que podría haber realizando antes o después de la destrucción del **explosivo**. Lo que dice dicho informe no es cierto, pues consta probado que el trabajador accidentado, no solamente estaba ese día recogiendo y transportando con el lagarto el **explosivo** inutilizado y procediendo a su quema por orden del Vigilante de Ferrovial Agraman presente en el lugar de los hechos, sino que era él mismo el encargado de realizar esa labor de forma habitual, junto con su compañero de empresa, Sr. Luis Francisco , y en mayor cantidad los fines de semana, a fin de que no quedara **explosivo** en el lugar de trabajo, dado que no existía polvorín, y a quien se había ordenado la quema del mismo, lo que estaba realizando en el momento de ocurrir el accidente

DÉCIMO.- Se agotó la vía previa.

TERCERO.- Interpuesto recurso de Suplicación contra dicha sentencia por la parte actora, fue impugnado por la parte demandada, y elevados los Autos a esta Sala, se designó Ponente acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Frente a la sentencia de instancia, que desestimando la demanda absuelve a las demandadas de los pedimentos contra ella deducidos; se alza en suplicación la mercantil FERROVIAL AGROMAN SA, interesando en el primer motivo de impugnación, al amparo del apartado a) del artículo 193 de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social , se declare la nulidad de la sentencia por infracción de los artículos 97.2 de la LRJS , en relación con el artículo 248.3 de la LOPJ , 209 de la LEC y 24 de la CE . Considera la recurrente que entre el relato de hechos probados contenido en la Sentencia se incluyen auténticas valoraciones jurídicas, como es el caso del ordinal noveno que dice " ..lo que dice tal informe no es cierto, pues consta probado que ..."

Sentado lo anterior, considera la Sala que si bien es cierto que la mención citada resulta impropia para la sede de probanzas fácticas, no menos cierto es que tal defecto puede ser corregido a través del proceso de rectificación de hechos contenido en el apartado b) del artículo 193 de la norma adjetiva laboral, sin necesidad



de acudir a la extraordinaria vía de la nulidad de la sentencia, reservada de acuerdo con consolidada doctrina jurisprudencial para aquellos supuestos en los que la infracción procesal genera una lesión de derechos imposible de restaurar por otra vía. En conclusión, el motivo fracasa.

SEGUNDO: A la rectificación del relato de hechos probados destina la compañía su segundo motivo de recurso. En primer lugar, pretende adicionar al ordinal primero que "...la operación de destrucción se realizaba mediante la quema con fuego a ras del suelo, en una finca llena y desprovista de vegetación con tierra en superficie, de cantidades de dinamita de entre 3 y 5 kilos en cada operación, siendo el día del accidente una de las últimas quemaduras que se realizaban quedando únicamente pequeño **material**, consistente en restos de cordón detonante, apilados en las proximidades, a unos cinco metros de distancia..." El motivo fracasa, pues cimenta la recurrente su pretensión sobre la base de un documento que no resulta idóneo para el éxito del fin pretendido, pues se trata de prueba testifical documentada, ajena por consiguiente, a las vías de revisión contenidas en el apartado b) del artículo 193 LRJS .

Respecto del hecho tercero, se intenta incluir que "el trabajador accidentado había participado en la acción formativa de seguridad y salud en la construcción de túneles, y recibido los equipos de protección individual e información suficiente para su correcta utilización; las disposiciones de seguridad e información suficiente de los riesgos existentes en su puesto de trabajo y el manual de información de riesgos en obra". El motivo fracasa, toda vez que ninguno de los documentos a que se refiere la empresa (folios 128 a 130, y 355) se refiere a la formación recibida por el actor respecto del manejo de **explosivos**, pues tal y como consta en el hecho probado segundo, y cuya revisión no se pretende, el trabajador accidentado carecía de cartilla para el manejo de **explosivos**, al igual que la compañía empleadora no detentaba la necesaria autorización al efecto (hecho probado cuarto).

Seguidamente, se pretende introducir en el hecho cuarto que FERROVIAL AGROMAN SA contaba con coordinador de seguridad, jefe de seguridad, recursos preventivos con evaluación de riesgos en los puestos de trabajo, medidas preventivas, planificación de la prevención, entrega de equipos de protección individual y plan general de emergencia. Sin perjuicio de la veracidad de lo señalado, el motivo no se admite por resultar, la incorporación de la redacción propuesta al factum de la sentencia, irrelevante para el éxito de la variación del sentido del fallo que se propone; pues repetimos la compañía empleadora y el trabajador carecían de autorización para el manejo de **explosivos**, con lo que difícilmente los riesgos derivados de tal operación serían contemplados y/o valorados en las diferentes tareas de prevención.

Intenta la demandada se suprima en su integridad el hecho quinto por contener valoraciones de naturaleza jurídica, lo que resulta ser estrictamente cierto, con excepción de lo relativo a que "los dirigentes de la demandante no pusieron en conocimiento de la Inspección de Trabajo ni de la Jefatura de Minas competente el accidente ocurrido".

Respecto del hecho noveno, se interesa se suprima el último inciso por idénticos motivos a los expresados más arriba; petición que se admitirá en parte, quedando el ordinal con la siguiente redacción: "en el informe de investigación del accidente emitido por la Sociedad de Prevención ASEPYO, que obra al folio 129, se dice que el actor estaba realizando labores auxiliares, que podría haber realizado antes o después de la destrucción del **explosivo**. Ese día el trabajador estaba recogiendo y transportando con el lagarto el **explosivo** inutilizado y procediendo a su quema por orden del vigilante de FERROVIAL presente en el lugar de los hechos, siendo aquél el encargado de hacer esa labor de manera habitual junto con su compañero de empresa Sr. Luis Francisco , y en mayor cantidad los fines de semana a fin de que no quedara **explosivo** en el lugar de trabajo, dado que no existía polvorín".

TERCERO: Al examen del derecho subjetivo y la doctrina jurisprudencial aplicados por el juzgador, destina la compañía sus dos restantes motivos de recurso. En primer lugar, considera infringidos los artículos 14 y 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales , en relación con el artículo 123 de la LGSS y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta; pues ninguna medida preventiva se ha incumplido que pueda dar lugar a la imposición del recargo de prestaciones que se impugna, pues ferroviaria contaba con todas las obligaciones legalmente establecidas en la Ley de 1995, habiendo dispuesto la empresa de un lugar apropiado, vallado, para la destrucción de **explosivos** sobrantes de las obras.

Antes de analizar el supuesto concreto que nos ocupa, debemos recordar que es doctrina unificada, entre otras Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007, rec 938/2006 , la que señala que "...El artículo 123.1 de la Ley General de Seguridad Social preceptúa que procederá la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones de seguridad social "cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos e instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o



particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador".

Este mismo concepto de responsabilidad por "el incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales" se reafirma en el artículo 42 de la ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), cuyo ordinal 3 se refiere específicamente al recargo de prestaciones. Especifica también la misma ley en su artículo 14.2, 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".

Semejantes prescripciones en esta materia de seguridad aparecen recogidas en el artículo 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 22 de junio de 1981, que impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, la obligación de garantizar que "los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la salud y seguridad de los trabajadores".

Además es de significar, que el mandato constitucional, contenido en el artículo 40.2 de la Constitución, obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo; y que las Directivas europeas relativas a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, entre las que se encuentra, como más significativa la 89/391 CEE, así como los compromisos internacionales del Estado Español, figuran en el preámbulo de la repetida ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales como factores determinantes para la publicación de dicha ley cuyo objeto (art. 5) es "la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigido a elevar el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo".

A la luz de estos preceptos reiterada doctrina jurisprudencial (por todas STS de 2 de octubre de 2000) viene exigiendo como requisito determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo los siguientes: a) que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleado (STS 26 de marzo de 1999), b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y c) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado (STS 6 de mayo de 1998)...Como ha afirmado esta Sala en la sentencia de 8 de octubre de 2001 (Rec. 4403/2000) del juego de los preceptos antes descritos: artículos 14.2, 15.4 y 17.1 L.P.R.L. "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 aún 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...".

CUARTO: Dicho lo anterior, del relato de hechos probados resulta acreditado que Don Millán venía prestando servicios para la Compañía CONICA NORTE desde el 8 de enero de 2008 con la categoría del oficial de primera techador, *careciendo de cartilla para el manejo de **explosivos***.

El día 24 de mayo de 2008, el actor se encontraba trabajando por cuenta de la empleadora en las obras del túnel del tren de alta velocidad en el tramo Bendoiro-Lalín (Pontevedra) ejecutadas por FERROVIAL, cuando por orden expresa de los encargados y vigilantes de ésta procedió a la destrucción de los restos de **explosivo** goma 2 en una finca próxima al tajo, pues la obra carecía de polvorín de almacenamiento. La operación de destrucción se realizaba a través de la quema con fuego a ras de suelo de cantidades de dinamita de entre 3 y 5 kilos de **explosivo** en cada operación, produciéndose una deflagración del mismo que abarcó un espacio de unos cuarenta metros, al estallar cartuchos que todavía no se había destruido por calor. La onda expansiva alcanzó al trabajador causándole lesiones graves, entre ellas la pérdida del ojo y oído derecho por el impacto de piedras arrancadas y lanzadas por la explosión.

Tanto el trabajador accidentado como su compañero el Sr. Luis Francisco se dedicaban habitualmente a la destrucción de **explosivos** y detonantes sobrantes, recibiendo para ello instrucciones del encargado de la obra



y del vigilante de FERROVIAL, sin presencia de ningún facultativo, en un prado sin vallado de ningún tipo y sin ningún equipo o medida de seguridad adicional, llegando a recoger y destruir hasta más de cien kilos de dinamita, que era transportada por Don Millán con un tractor mecánico con un cestillo delantero hasta el lugar de la quema.

El encargado de CONICA NO RTE únicamente acudía a las obras una o dos veces por semana, de modo que las órdenes de trabajo las recibía el actor del personal de la contrata, concretamente del capataz de la obra de Ferrovial Don Antonio y del vigilante de **explosivos**, Don Claudio .

Tras la producción del siniestro, los dirigentes de la demandante no pusieron en conocimiento de la Inspección de Trabajo ni de la Jefatura de Minas competente el accidente ocurrido.

El trabajador accidentado recibió información en materia de riesgos laborales como oficial de primera, en materias de fortificación y excavación de túneles, pero ninguna en materia de manejo de **explosivos**, dado que no tenía cartilla ni condición de artillero.

Del estado de cosas descrito, esta Sala colige la concurrencia de los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial a la que nos referíamos en el fundamento anterior que permite colegir la responsabilidad empresarial en la producción del siniestro, y el consiguiente recargo de prestaciones que nos ocupa. Y es que con independencia de que la ahora recurrente contara con un nutrido programa de prevención de riesgos laborales, lo cierto es que en la ejecución de los trabajos del túnel de alta velocidad en los que laboraba Don Millán , dicha normativa no fue respetada. Así, personal responsable de tal compañía destinó a la **manipulación de material explosivo**, a trabajadores que no detentaban la autorización pertinente para la ejecución de dichas peligrosas maniobras, sino que además, ese tipo de encargos y trabajos se repetían de manera habitual, desarrollándose las mismas en lugares del todo inapropiados (prados sin delimitar, carentes de medidas de protección alguna) y sin contar la compañía con un polvorín destinado al efecto, que si bien a priori no parece obligatorio, el artículo 191 del Reglamento de **Explosivos** establece que para determinados trabajos temporales especiales, tales como excavaciones de carreteras, canales, etc. en los que, por el avance de los trabajos sea conveniente desplazar de forma periódica los depósitos de **explosivos**, se podrán autorizar depósitos de consumo con capacidad máxima de 5000 kg, formados por polvorines prefabricados o contruidos de forma que puedan ser trasladados de un lugar a otro.

Tal modo de producirse los acontecimientos permite compartir las conclusiones alcanzadas, primero por la gestora, y más tarde por el juzgador, toda vez que no constando que FERROVIAL ignorara la categoría y cualificación profesional de Don Millán , destinó al mismo de manera habitual a la realización de labores para las cuales no se encontraba cualificado, ni formado; y sin facilitarle equipo especial de trabajo ninguno que le protegiera frente a los imprevisibles efectos imprevistos de una deflagración. Es más, acontecido el hecho, no acudió FERROVIAL a dar parte del mismo a los organismos competentes, lo que dificultó de modo más que evidente, la investigación y esclarecimiento de los hechos. En definitiva, no apreciando la Sala la concurrencia de la infracción normativa denunciada, el motivo fracasa en este punto.

Respecto de la petición subsidiariamente formulada de rebajar el porcentaje del recargo de un 50 a un 30 por cien, entiende el Tribunal apropiado, dada la gravedad de los incumplimientos del empresario, así como de las consecuencia que de ellos se generaron que el grado máximo apreciado por el juzgador resulta adecuado, y por consiguiente el motivo también decae en su pretensión subsidiaria.

QUINTO: Por último, denuncia la compañía la infracción del artículo 97.3 de la LRJS , relativa a la imposición de multa por temeridad procesal impuesta por el juzgador en la cuantía de 6.000 euros.

Nos dice el apartado tercero de la norma que la sentencia, motivadamente, podrá imponer al litigante que obró de mala fe o con temeridad, así como al que no acudió al acto de conciliación injustificadamente, una sanción pecuniaria dentro de los límites que se fijan en el apartado 4 del artículo 75. En tales casos, y cuando el condenado fuera el empresario, deberá abonar también los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria que hubieren intervenido, hasta el límite de seiscientos euros. Interpretando dicho precepto la Sala Cuarta en Sentencias como la de 4 de octubre de 2001, rec 4477/2000 ; nos recuerda que "...el razonamiento que determinará la sanción ha de apoyarse en la mala fe o en la temeridad del litigante, es decir, procederá cuando se ejerciten pretensiones absolutamente infundadas, con conocimiento de su injusticia, todo ello evidenciado manifiestamente por el comportamiento del litigante. Reiteradamente se ha dicho que la imposición de las sanciones es facultad discrecional del juzgador de instancia (sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 3 de diciembre de 1981 y del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1969), no revisable por los Tribunales que conocen del recurso, salvo cuando tal decisión no se considere razonablemente fundada, como sucede en este caso en que la Sala de instancia sanciona a la parte por "su notoria y manifiesta temeridad", y para llegar a tal conclusión atiende a la conducta preprocesal y procesal de la parte..."



En el caso que nos ocupa, fundamenta el juzgador la imposición de la multa en la gravedad de los incumplimientos empresariales en materia de seguridad y salud, y de las consecuencias lesivas que de ellos se produjeron al trabajador. No obstante, considera esta Sala que tales parámetros no resultan apropiados para la determinación de la concurrencia de una actividad procesal aturdida de la compañía; si bien no ocurre lo mismo respecto de la concreción de un mayor porcentaje de recargo, como señalamos más arriba. La impugnación judicial de la Resolución de la entidad gestora se presenta como una pretensión admisible, amparada por el ordenamiento, y ello con independencia de que los argumentos que se ofrezcan para eludir el recargo, o para minorarlo no resulten finalmente acogidos por el órgano judicial. En definitiva, el motivo es estimado; sin que de ello se derive la estimación del recurso.

Respecto de la pretensión contenida en el inciso 5 del suplico del escrito de recurso, encaminada a la supresión de la deducción de testimonio acordada por parte del juzgador en su sentencia, no denunciando la empresa infracción normativa alguna al respecto, solo cabe su desestimación de plano.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

EN NOMBRE DEL REY

FALLAMOS

Que debemos **estimarparcialmente** el Recurso de Suplicación interpuesto por la mercantil FERROVIAL AGROMAN SA contra la Sentencia de fecha 10 de junio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de León ; en el procedimiento número 1199/2012, seguido en virtud de demanda formulada la citada recurrente contra el INSS, la TGSS Y OTROS; sobre recargo de prestaciones y debemos ratificar el Fallo de la Sentencia de Instancia, si bien suprimiendo la condena al pago de la multa por temeridad impuesta por el magistrado, así como la condena en costas consecuente.

Se acuerda la devolución de los depósitos y consignaciones practicados por la recurrente a los efectos del presente recurso; sin costas.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta Capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la correspondiente certificación incorporándose su original al libro de sentencias.

SE ADVIERTE QUE:

Contra la presente sentencia cabe recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en los números 2 y 3 del artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de **600,00 euros** en la cuenta núm. 4636 0000 66 0326/15 abierta a nombre de la Sección 1ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco de Santander, acreditando el ingreso.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso, que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 221 en relación con el 230.2.c de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Firme que sea esta sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de la misma, al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior Sentencia por la Iltrma. Sra. Magistrada Ponente que la dictó, celebrando Audiencia Pública en esta Sala de lo Social. Doy fe.