

**SENTENCIAS DICTADAS EN MATERIA DE SEGURIDAD LABORAL EN LA
COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCIA. EVOLUCIÓN Y NOVEDADES.**

Marta Martín Santos

Fiscal Delegada de Siniestralidad laboral en la Fiscalía Provincial de Granada

Jornadas de Fiscales especialistas en Siniestralidad Laboral

Madrid 6 y 7 de julio de 2017

Centro de
Estudios
Jurídicos

SUMARIO

1º RESUMEN

2º. SENTENCIAS ESTUDIADAS

3º CUESTIONES SUSTANTIVAS Y PROCESALES ESTUDIADAS.

3.1º CONCURSO DE NORMAS

3.2 CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL. ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS Y ATENUANTE DE "PRIVACIÓN INDEBIDA DE LIBERTAD" .

3.3 COSTAS

3.4 RESPONSABILIDAD CIVIL

3.4.1 compatibilidad de las prestaciones.

3.4.2 aplicación de los intereses previstos en el art 20 Ley contrato de seguro.

3.4.3 Baremo aplicable

3.4.4 Otras cuestiones relacionadas con la Responsabilidad civil

3.4.4 a) *Comunidades de bienes*

3.4.4 b) *Falta de legitimación aseguradora para exigir condena*

3.4.5 c) *Momento de vigencia de la Póliza*

3.5º RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.

3.6º TRATAMIENTO DE LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES EN MATERIA PREVENTIVA.

3.7º RECURSOS CONTRA SENTENCIAS ABSOLUTORIAS. DIFICULTADES.

1º RESUMEN

Se como objetivo un acercamiento a las Sentencias dictadas por las Audiencias provinciales de la Comunidad autónoma de Andalucía durante el año 2016, con un enfoque fundamentalmente práctico para destacar los aspectos más llamativos en la aplicación del Derecho Penal en los tipos penales relacionados con la seguridad en el trabajo.

El fin pretendido no es otro establecer un debate y confrontar, mediante la comparación, la aplicación que comúnmente realizan las distintas Audiencias Provinciales sobre las cuestiones sustantivas y procesales.

Partiendo del estudio de las distintas Sentencias, el planteamiento era por una parte, destacar soluciones y respuestas a los problemas planteados que resultaran por cualquier motivo novedosas y/o llamativas y en segundo lugar, buscar dentro de las Sentencias aquellas cuestiones sustantivas o procesales que se repetían para observar la respuesta ofrecida por las Audiencias provinciales a una misma materia.

Todo ello, comparando la solución de los Tribunales con las conclusiones de la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Siniestralidad laboral así como las conclusiones establecidas en las anuales reuniones de Delegados de Siniestralidad Laboral.

No obstante, a los efectos de la Mesa de Trabajo, centraré la exposición en las ETT esperando no obstante que las restantes cuestiones sean de utilidad en el trabajo diario de las Fiscalías.

2º SENTENCIAS ESTUDIADAS.

CÓRDOBA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba - Sección segunda nº 51/2016 de 9 de febrero. Ponente: Carnerero Parra, José Antonio de 9 de febrero de 2016.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección tercera nº 355/2016 de 14 de julio. Recurso nº 431/2016, Ponente: Yarza Sanz, José Francisco.

HUELVA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva- sección 1º, nº 234/2016 de 29 de julio. Recurso nº 170/2016, Ponente: Pontón Práxedes , Antonio Germán.

GRANADA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada- sección 2ª, nº 294/2016, recurso nº 362/2015 de 30 de mayo de 2016. Ponente: González Niño, María Aurora.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 2ª nº 272/2016 de 3 de mayo, recurso nº 315/2015, Ponente: González Niño, María Aurora.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada , sección 2ª nº 142/2016 de 7 de marzo, recurso nº 188/2015. Ponente : Sánchez Jiménez , José María.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 2º nº 2/2016 de 18 de enero de 2016, recurso 137/2015 . Ponente: González Niño, María Aurora.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 1º nº 630/2016 de 25 de noviembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 2ª nº 132/2016 de 1 de marzo , recurso 183/2015. Ponente : Sánchez Jiménez, José María.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 2ª de 23 de mayo, recurso nº 326/2015. Ponente: Sánchez Jiménez, José María.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 1ª nº 678/2016, de 20 de diciembre. Ponente: Ginel Pretel, Rosa María.

JAÉN

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 2ª nº 246/2016 de 6 de octubre. Ponente: María Fernanda García Pérez.

SEVILLA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 1ª nº 354/15 de 27 de julio. Ponente: Llorente Vara, María del Pilar.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 7ª nº 213/2016 de 25 de mayo, recurso nº 3058/2015. Ponente: González Fernández, Javier.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 7ª nº 17/2016 de 11 de enero de 2016, recurso nº 581/2015. Ponente: María de los Ángeles Saez Elegido.

CÁDIZ

- Sentencia de la Audiencia provincial de Cádiz , sección 7ª nº 132/2016 de 13 de junio, recurso nº 39/2016. Ponente: Hernández Oliveros, Juan Carlos.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 4ª nº 102/2016 de 21 de marzo de 2016, recurso nº 34/2016 de 21 de marzo. Ponente: Domínguez Álvarez, Isabel.

ALMERIA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 2ª nº 231/2016 de 23 de mayo , recurso nº 25/2016. Ponente : Contreras Aparicio, José María.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería , sección 2ª nº 156/2016 de 8 de abril . Recurso nº 184/2016. Ponente: Jiménez de Cisneros Cid, María Soledad.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 2ª , nº 71/2016 de 23 de febrero. Ponente: Doderó Martínez, Alejandra.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 2ª , nº 424/2016 de 21 de octubre de 2016 , recurso 647/2016. Ponente: Giménez de Cisneros, Soledad.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 2ª nº 475/2016 de 24 de noviembre de 2016, recurso nº 43/2016. Ponente: Giménez de Cisneros, Soledad .

MÁLAGA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 2ª, nº 176/2016 de 12 de abril, recurso nº 12/2016 . Ponente: De la Hera Ruiz, Luisa.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 2ª nº 216/2016 de 29 de abril. Ponente : Soler Céspedes, Javier.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 5ª nº 14/2016 de 15 de enero . Ponente: De la Hera Ruiz, Luisa.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 2ª nº 545/2016 de 5 de diciembre de 2016. Recurso nº 210/2016. Ponente: Hera Ruiz- Berdejo, María Luisa

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 9ª nº 571/2016 de 30 de septiembre de 2016, recurso nº 72/2016. Ponente: Guerrero Mata, María Teresa.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga , sección 2ª nº 269/2016 de 31 de mayo de 2016, recurso nº 2/2016 . Ponente: Lourdes García Ortiz.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 9ª , nº 509/2016 de 29 de julio. Ponente; Ruiz Morón, Julio Rico.

3º . CUESTIONES SUSTANTIVAS Y PROCESALES ESTUDIADAS.

3. 1º .- CONCURSO DE NORMAS

La Circular 4/2011 “sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Siniestralidad laboral” en su punto II.1.2.5 da respuesta a las cuestiones concursales, que ya fueron abordadas por la Instrucción 1/2001 de 9 de mayo “ sobre actuación del Ministerio Fiscal en torno a la siniestralidad laboral” . Se asume el cambio en la aplicación de las normas concursales efectuado por la **STS 1188/1999 de 14 de julio** al establecer que “ cuando como consecuencia de la infracción de normas de prevención de los riesgos laborales se produzca el resultado que se pretendía evitar con ellas(la muerte o lesiones del trabajador), el delito de resultado absorberá al de peligro(art 8.3 CP) como una manifestación lógica de la progresión delictiva y cuando el resultado producido(muerte de uno de los trabajadores) constituye uno solo de los resultados posible derivados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad, debe entenderse correcta la tesis asumida por el Tribunal al entender que concurría un concurso ideal”

La Circular 4/2011 afirmaba la concurrencia de un concurso de normas cuando el trabajador o trabajadores afectados por los resultados lesivos fueran los únicos expuestos al riesgo y la aplicación de un concurso ideal cuando se acreditaba la existencia de otros trabajadores expuestos al riesgo grave que no resultaron lesionados o fallecidos(el resultado era sólo uno de los posibles y no era el único que se pretendía evitar con el cumplimiento de las normas preventivas).

Para determinar la regla aplicable dentro de lo dispuesto en el art 8 del Código Penal- concurso de normas- la Sentencia del Tribunal Supremo 1188/1999 de 14 de julio y la propia Instrucción 1/2001 establecían como **regla general** la aplicación del **principio de progresión delictiva**, considerando que el delito de peligro quedaría consumido o absorbido por el resultado lesivo por aplicación del art 8.3º del CP : “ el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel”.

Sin embargo, la Circular 4/2011, establecía la posibilidad de aplicar el delito de peligro como norma preferente frente al delito de resultado que quedaría desplazado por aquél, en aquellos supuestos en los que el delito del art 316 o 317 del CP estuvieran castigado con pena mayor que la prevista en el delito de resultado, con el fin de evitar privilegiar con la imposición de una pena más benigna. La solución en estos casos tendría como fundamento bien considerar que el delito de riesgo era más amplio o complejo (art 8.3º CP) o bien aplicar el principio de alternatividad previsto en el nº 4 del art. 8 del CP, aplicando el delito más gravemente penado.

Sentadas estas consideraciones, no pocas Sentencias, dentro de las estudiadas, se refieren en sus fundamentos de derecho a las cuestiones concursales siguiendo en su mayor parte la Circular tanto en los supuestos en los que se aprecia concurso ideal como en la regla que se aplica cuando se trata de un concurso de normas. Si bien, existe cierto consenso, cabe destacar la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba nº 51/2016 de 9 de febrero** que introduce una posibilidad novedosa en la aplicación del concurso de normas:

“Debe partirse de la plena autonomía de los dos tipos delictivos por los que se ha condenado, al protegerse en uno y otro bienes jurídicos diferentes: uno de naturaleza individual para el delito de comisión por imprudencia, la integridad física del accidentado; y otro colectivo para el delito contra los derechos de los trabajadores, los derechos y la salud laboral. Mientras que el primero requiere que la infracción de la norma de cuidado produzca un resultado lesivo en una persona; el segundo se integra sólo con esa infracción de normas, siempre que con ello se ponga en peligro grave la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores,

En un caso como el presente en que se aprecia la concurrencia de ambos tipos delictivos, en un análisis por separarlo de cada uno de ellos, prima facie, debe calificarse la relación entre ambos de concurso ideal, pues un solo hecho integraría dos delitos diferentes: uno de peligro común, el del artículo 316 del Código Penal; y otro de resultado, el del 152.

*Lo que sucede es que en los supuestos en que una conducta que reúne los elementos del artículo 316 del Código Penal, va acompañada de un resultado lesivo, esta situación de concurso ideal sólo puede ser apreciada, según la doctrina en dos supuestos diferentes. **El primero sería que, a consecuencia de la infracción criminal que motivó la existencia del accidente laboral, junto a la situación de riesgo materializada en el accidente sufrido por el trabajador, se hubiera puesto en peligro grave la vida, salud o integridad física de otros trabajadores que desempeñaran las mismas funciones para la empresa; mientras que el segundo únicamente surgiría de la existencia de otras infracciones laborales en materia de seguridad que hubiesen producido en los trabajadores, aún en el mismo accidentado, otras situaciones de peligro grave para su vida, integridad corporal o salud.***

*Respecto de este último supuesto, nada hay que analizar, dado que no se denuncian otras infracciones laborales que la falta de medidas de seguridad, incluida la falta de vigilancia, en esa reparación del tejado de la nave, al deber circular y obrar en altura. Y éste tampoco ha originado una situación de peligro para otros trabajadores de la empresa (por lo menos no se pone de manifiesto) aunque estuviesen desempeñando parecidas funciones. Ese riesgo “generalizado” que exige la jurisprudencia no ha existido; y por ello es acertada la sentencia cuando a la omisión de las medidas de seguridad que considera acreditada, produciendo ese resultado contra la integridad corporal del trabajador, **les aplica el principio de absorción. Bien por el apartado tercero del artículo 8 del Código Penal (mayor amplitud o complejidad del precepto), bien por el apartado cuarto, que es el que esta Sala considera más ortodoxo (la infracción más grave), la solución penológica adoptada por el Juzgado de lo Penal sería la acertada.***

La Sentencia revisa los supuestos en los que se puede aplicar el concurso ideal, estableciendo dos posibilidades:

1º la tradicionalmente sostenida por las Sentencias de las Audiencias provinciales y por la propia Circular, que vendría determinada por la existencia de otros trabajadores que estuvieron expuestos a la misma situación de riesgo que el trabajador finalmente lesionado o fallecido.

2º .- otra posibilidad que surgiría **de la existencia de otras infracciones laborales en materia de seguridad que hubiesen producido en los trabajadores, aún en el mismo accidentado, otras situaciones de peligro grave para su vida, integridad corporal o salud.**

La práctica habitual de la sección de Granada, cuando el Acta de infracción proponía sanción por afirmar la existencia de una pluralidad de infracciones en materia de seguridad, giraba en torno a dos soluciones:

a) integrar las infracciones de la normativa de seguridad en el relato de hechos, dejando constancia fáctica de todos los incumplimientos apreciados que generaban en su conjunto el exigido " riesgo grave".

Con ello, se buscaba aquilatar la gravedad del riesgo generado por la omisión generalizada de las medidas de seguridad y además facilitar la probanza del elemento subjetivo del delito , del dolo - al menos eventual- siendo más sencillo acreditar su presencia si se describía que el responsable había incurrido en un desprecio global a las normas de seguridad que no había corregido.

b) Construir el delito de riesgo con la infracción relacionada eficazmente con el accidente acontecido, dejando abierta la vía administrativa para la sanción de aquellas infracciones en materia de seguridad que no se habían incluido en el relato fáctico por no guardar relación con lo sucedido.

La Sentencia indicada, parece permitir que exista un desdoblamiento que permita construir un delito de riesgo autónomo- no queda absorbido por el resultado- con otras infracciones que hayan generado riesgo grave **aún para el mismo trabajador lesionado** o fallecido, no centrándose tanto en el número de trabajadores en riesgo y si coinciden o no con los lesionados o fallecidos sino en la presencia de otras infracciones laborales capaces de generar ese riesgo grave. Esta posibilidad nunca se había contemplado en la provincia de Granada , resultando interesante conocer el proceder de otros Delegados de siniestralidad laboral.

Las demás Sentencias que se relacionan, centran la existencia del concurso ideal en la presencia de trabajadores expuestos al mismo riesgo que el lesionado o fallecido, incluyendo muchas de ellas en el relato de hechos probados , todas las infracciones en materia de seguridad que afectaban a los trabajadores que desempeñaban las mismas funciones.

La totalidad de las Sentencias, siguen los postulados de la Circular, cuando se trata de fijar la regla aplicable para sancionar al responsables en los supuestos de concurso de normas.

La indicada Sentencia de la Audiencia provincial de Córdoba , se decanta por la aplicación de la regla de alternatividad prevista en el nº 4 del art 8, precepto penal más gravemente penado desplaza al que prevé pena inferior, castigando por el delito del art 136 del CP.

Otra **Sentencia de la Audiencia provincial de Córdoba, sección 3º nº 355/2016 de 14 de julio** , Ponente: Yarza Sanz José Francisco, parece no apartarse de la posibilidad tradicional alegando que es un concurso de normas en tanto que del relato de hechos se deduce que sólo el trabajador lesionado estuvo expuesto al riesgo. En este caso, la

Sentencia se decanta por la aplicación de la regla nº 3 del art 8 del CP siguiendo la Sentencia de 14 de julio de 1999, aunque en este supuesto al ser un resultado mortal, el delito de resultado está más gravemente penado que el delito de riesgo por lo que es lógico que se siga la regla general del principio de progresión delictiva: “ *El recurso cuestiona, en su siguiente motivo, la correcta aplicación de la norma concursal en la Sentencia, puesto que, según señala, el tractor no era usado solamente por el fallecido, sino también por el hijo de la condenada y un tercer trabajador; por consiguiente, el resultado lesivo producido sería tan solo uno de los posibles de la omisión de las medidas de seguridad, por lo cual debería de atenderse al mecanismo establecido en el artículo 8,3º del Código Penal y no a la figura de la absorción recogida en el 77, 2 del mismo texto legal, pues aprecia la concurrencia de un concurso ideal entre las infracciones cometidas .La Sentencia ofrece al respecto una explicación del todo razonable, puesto que el incumplimiento de las normas de seguridad no afectaba en este caso a una pluralidad de trabajadores, sino tan solo a uno, el fallecido. El Tribunal Supremo viene de forma constante (al menos desde la Sentencia de 14 de julio de 1999, ROJ: STS 5085/1999) declarando que cuando como consecuencia de la infracción de normas de prevención de los riesgos laborales se produzca el resultado que se pretendía evitar con ellas (la muerte o las lesiones del trabajador), el delito de resultado absorberá al de peligro (art. 8.3º del Código), como una manifestación lógica de la progresión delictiva y solo cuando el resultado producido (la muerte de uno de los trabajadores) constituya solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad, debería estimarse correcta la tesis consistente en entender que ha existido un concurso ideal .Para la debida valoración de esta cuestión resulta ineludible ceñirnos al relato de hechos probados de la Sentencia, puesto que la determinación de la pena no es más que una consecuencia jurídica de aquellos, que se erigen en presupuesto obligado para su imposición; es necesario recordar que, en líneas anteriores hemos rechazado que pueda ser reconsiderada la base fáctica que alcanza la juzgadora en atención a las pruebas practicadas en su presencia.Por tanto, teniendo en cuenta que en los hechos probados de la Sentencia no está recogida la concurrencia de cualquier otro trabajador al tajo en la tarde en que suceden que no fuera el Sr. Santiago, puesto que el Sr. Adolfo se hallaba enfermo y de ninguna manera aparece siquiera mencionada la identidad de un tercer empleado que pudiera tener que encargarse de la misma tarea, en dicho momento y lugar, resulta notorio que cuando las infracciones se cometen no había ni podía haber más que una víctima de ambos delitos cometidos por la Sra. Adelaida, por lo que estimamos correcta, en una interpretación por fuerza restrictiva, propia del ámbito penal en que nos movemos, la decisión adoptada en este punto por el Juzgado de lo Penal “*

De la misma manera se pronuncia la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén nº 246/2016 de 6 de octubre . Ponente: María Fernanda García Pérez** que resuelve recurso contra la Sentencia del Juzgado de lo penal nº 3 de Jaén que castiga al administrador de la empresa contratista y al encargado de obras como autores de un delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 316 del CP en concurso de normas del **Art. 8.4 del CP** con un delito de lesiones por imprudencia grave del art 152.1.1º del CP : “ *La falta de todas las medidas de seguridad señaladas es lo que fundamentó la calificación de la infracción por la Inspección de Trabajo como grave, aun cuando graduara la sanción en el mínimo por haberse producido una lesión no grave, pero las infracciones a la normativa de prevención son graves, porque se incumplieron todas las medidas de seguridad (falta de Plan, falta de formación y falta de sistema de retención y protección en el equipo de trabajo), y la gravedad de la infracción supuso un grave riesgo para la integridad y salud de los trabajadores que se concretó en la lesión sufrida, por lo que se cometieron tanto los delitos contra los derechos de los trabajadores como el de lesiones imprudente, en tanto la omisión de aquellas medidas de seguridad por el garante obligado además de poner en peligro concreto a los trabajadores constituye una omisión del deber prevenir y evitar un daño por parte de los empresarios hacia sus trabajadores, se da un concurso de normas que se resuelve por la sentencia castigando sólo por el art. 316 CP”*. Parece por tanto aplicar el principio de alternatividad y no el previsto en el nº 3 del art 8 del CP.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería , sección 2ª de 21 de octubre de 2016 nº 424/2016 , parece seguir en este punto las posiciones tradicionales y aplica el nº

3 del art 8, es decir considera que el resultado lesivo absorbe al riesgo pero en este caso también está más gravemente penado al tratarse de un homicidio por lo que es aplicación de la regla general " *En cuanto al principio de legalidad, alegado como subsidiario por el condenado y el RCS, por aplicar el concurso de normas del art 8.3 cp, pues a su juicio no existen los dos delitos del art 318 y el homicidio imprudente del art 142 cp en el relato de los hechos probados pues en cuanto al delito contra los derechos de los trabajadores no puede aplicarse según sus alegatos pues **tan solo se puso en peligro al fallecido a nadie mas de la empresa** y por ende solo procedería la condena por el delito de homicidio imprudente, debe ser desestimado. Recordemos que, cuando concurre el delito de peligro contra la seguridad de los trabajadores, con un delito de resultado contra la vida, la integridad física o la salud del trabajador, el Tribunal Supremo ha declarado que " el delito de resultado absorberá al de peligro, conforme a lo dispuesto en el art. 8.3 CP , como una manifestación lógica de la progresión delictiva, cuando como consecuencia de la infracción de normas de prevención de riesgos laborales se haya producido el resultado que se pretendía evitar con ellas ", **apreciándose un concurso de leyes o normas penales en el que únicamente resultará castigado un solo hecho punible, el delito contra bienes jurídicos individuales del trabajador (ley preferente), descartándose la apreciación del delito contra la seguridad de los trabajadores (ley preterida o desplazada). Ahora bien, cuando el resultado producido (la muerte o lesiones de uno de los trabajadores) constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad, pues en la misma situación de peligro se encontraban la generalidad de los trabajadores de la obra, es decir, cuando además del fallecido o lesionado, existieron otros trabajadores expuestos al riesgo, debe entenderse que existe un concurso ideal de delitos, apreciándose también el delito contra la seguridad en el trabajo del art. 316 CP"***

Como vemos del estudio de los fundamentos de Derecho, salvo la dictada por la Audiencia provincial de Córdoba, las restantes hacen pivotar la concurrencia del concurso ideal en los resultados lesivos que pudieron generarse por estar más de un trabajador en riesgo y no en las infracciones en materia de seguridad cometidas.

3.2º CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL: ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS y "ATENUANTE ANALÓGICA DE PRIVACIÓN INDEBIDA DE LIBERTAD".

La aplicación de la circunstancias atenuante de dilaciones indebidas es generalizada en la práctica totalidad de Sentencias estudiadas. No obstante, se ha estudiado por las Audiencias Provinciales, los requisitos y presupuestos ofreciendo una respuesta que no pueda calificarse como homogénea, por ello, aún aceptando que el concepto de dilaciones indebidas es abierto o indeterminado y que requiere una especial valoración del caso concreto, valorándose en especial la complejidad de la causa, el comportamiento del procesado y la actuación de las autoridades competentes(entre otras la reciente **Sentencia de 19 de mayo de 2017**), se detecta una enorme disparidad en la aplicación de esta atenuante, en supuestos en apariencia similares o que tienen en esencia la misma naturaleza y complejidad. Baste señalar como ejemplo las siguientes Sentencias:

Sentencia de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba nº 51/2016 de 9 de febrero . Ponente. Carnerero Parra , José Antonio. Considera ajustado a Derecho la aplicación de la atenuante indicando lo siguiente: *"La doctrina, cuando se enfrenta a la denuncia de este tipo de vulneración, según las circunstancias de cada caso, le otorga relevancia considerándolo una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal por la vía ya expresa del art. 21 nº6 del CP, que en algunos casos aprecia como muy cualificada; o bien, la tiene en cuenta para rebajar las consecuencias penológicas en el ámbito de la discrecionalidad judicial. En el caso analizado, aunque la jueza rechaza formalmente su apreciación, aduciendo que la Defensa no justificó su alegación con motivación precisa y concreción de periodos de inactividad; si tiene en cuenta "el tiempo transcurrido" al*

*emplear su discrecionalidad en la determinación de las penas. Respecto de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, la jurisprudencia viene exigiendo que la parte procesal que la planteé, debe fijar los plazos e interrupciones en que se basa para considerar que se ha vulnerado su derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas. En el escrito del recurso sólo se refiere que desde que se produjo el accidente hasta que se celebró el juicio transcurrieron cinco años. En consecuencia, la jurisprudencia, para la consideración de esta circunstancia atenuante, toma como referencia bien la duración de todo el procedimiento, o bien los lapsos de tiempo de paralización existentes. Ciñéndose el caso presente al primero de los supuestos, no puede invocarse como presupuesto negativo la falta de especificación de periodos de paralización judicial, pues resulta sencillo y no causa sorpresa a las restantes partes, siendo posible la contradicción respecto de lo alegado en cuanto a la duración total del procedimiento. La procedencia de aplicar la circunstancia atenuante en los supuestos en que se ha violentado el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, como afirma la STS de 22-2-2006, no puede establecerse con el presupuesto de exigencia de una determinada duración en la tramitación de un procedimiento, pudiendo sólo exigirse que el **plazo sea razonable** en atención a las circunstancias del caso y a su complejidad, sin que a estos efectos se puedan computar aquellas dilaciones provocadas por la propia actuación de la defensa o la inercia de otras autoridades que intervengan en el mismo, sino tan sólo por la actuación que compete al órgano judicial, no pudiéndose considerar a estos efectos como causa justificativa la carga de trabajo que pudiera pesar sobre aquel. La razón de ser de una posible reducción de la pena por esta causa se justifica por la incertidumbre y zozobra que la larga tramitación de la causa pueda causar al inculpado por la demora en la finalización del procedimiento, lo que no exige especial prueba en el mismo.*

*En palabras de la STS 4 de junio de 2014, que se remite a sus resoluciones anteriores de 15-2-2013, 19-19-2012 y 30-6-2011, son presupuestos para la aplicación de esta atenuante: a) que tenga lugar una dilación indebida y extraordinaria; b) que ocurra durante la tramitación del procedimiento; c) que esa demora o retardo injustificado no sea atribuible al imputado, merced, por ejemplo, a la interposición de recursos meramente dilatorios, incomparecencias injustificadas, sus pensiones de juicio oral, rebeldía procesal, etc.; y d) que la dilación no guarde proporción con la complejidad del litigio y el número de implicados en la misma. Y si la atenuante ordinaria exige que las dilaciones sean extraordinarias, su aplicación como muy cualificada exige que dichas dilaciones sean desmesuradas (STS 21-2-2014). El supuesto de **autos guarda cierta complejidad, prolongándose en cierta medida por el periodo de estabilización lesional de P...que, ya de por sí, casi alcanzaba dos años. Pero la duración global del procedimiento, cinco años, nos parece desproporcionada a su entidad**; y los recursos interpuestos en nombre del acusado no se nos representan con finalidad dilatoria. Es más, gran parte de ese retraso se produce por un defecto de emplazamiento a una parte, que obligó a devolver la causa al Juzgado de Instrucción; y por un problema de agenda de señalamientos en el Juzgado de lo Penal, de lo que no debe responsabilizarse a la Defensa. Si bien la dilación no puede catalogarse de exagerada, existe y merece la introducción de la circunstancia atenuante del artículo 21 nº 6 del Código Penal”*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada- sección 1ª nº 678/2016 de 20 de diciembre , Ponente: Ginel Pretel, Rosa María. Se recurre la Sentencia solicitando la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas que el Juzgado de lo Penal había descartado. La Audiencia Provincial confirma la Sentencia en este aspecto concreto y señala que : *“Alega Tomás que indebidamente no se ha aplicado la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del CP y debe de ser aplicada pues la tramitación de la causa **ha durado cinco años**. La juez a quo en la sentencia motiva acertadamente su no aplicación, pues aunque la tramitación de la causa ha sido de cinco años, la causa no ha estado paralizada, **el periodo de sanidad del accidentado ha sido largo**, han sido muchas las diligencias de investigación practicadas, hay bastantes partes, y son varios los acusados y varios delitos. No basta con invocar la atenuante, sino que es preciso especificar los periodos de tiempo que las actuaciones han estado paralizadas sin justificación alguna, cosa que no hace el recurrente, pues el precepto establece que será de aplicación la atenuante de dilaciones indebidas cuando se aprecie una “dilación*

extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa".La jurisprudencia ha exigido en ocasiones que se concreten los plazos de inactividad para apreciar la atenuante de dilaciones indebidas pero habitualmente ha realizado este tipo de manifestaciones para subrayar que la mera invocación de la atenuante por la defensa no es suficiente para su apreciación, y que "el acusado tiene la obligación de especificar dónde se encuentran los periodos de inactividad judicial, señalando los datos oportunos de las actuaciones a fin de que se pueda verificar si las concretas demoras denunciadas existen realmente" (SSTS 17-9-2003, 30-10-2006, 25-1-2009, en el mismo sentido STS 18-7-2013). Pero ello no significa que la identificación del retraso constituya únicamente una carga de la defensa que la alega y no excluye que la atenuante pueda (y deba) ser apreciada por los Tribunales cuando se constata la existencia de un retraso relevante no justificado que haya supuesto una violación del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas del acusado. En todo caso y como es evidente, la apreciación de la atenuante por el Tribunal debe ser –como cualquier otro pronunciamiento- debidamente fundada. Ver art. 142 de la LECr. En efecto, la sala Segunda acordó en el Pleno celebrado en fecha 21 de mayo de 1999, seguido de numerosas sentencias posteriores como la de 8 de junio de 1999, la de 8 de junio de 2000, 1 de diciembre de 2001 y en la de 1 de marzo de 2002, etc, la procedencia de compensar la entidad de la pena correspondiente al delito enjuiciado, mediante la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.6 del Código Penal, en los casos en que se haya producido en el enjuiciamiento dilaciones excesivas e indebidas, no reprochables al propio acusado ni a su actuación procesal. Dando con ello cumplida eficacia al mandato constitucional que aluda al derecho de todos a un proceso sin dilaciones indebidas, artículo 24 de la Constitución Española"

Sentencia Audiencia Provincial de Cádiz sección 7ª de 13 de junio de 2016 que condena por delito de lesiones por imprudencia grave previsto y penado en art 152.1.2º del CP con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas del art 21.6º del CP. En este caso, interponen recurso únicamente las compañías aseguradoras relativos a aspectos muy concretos de la responsabilidad civil directa , no cuestionándose la aplicación de la atenuante que se aplicó como muy cualificada siendo los hechos de 22 de junio de 2004 desconociéndose la fecha concreta de la Sentencia del Juzgado de lo penal nº 3 pero en todo caso dictada cuando se habían cumplido diez años desde la fecha de los hechos.

Sentencia de la Audiencia provincial de Cádiz , sección 4ª de fecha 21 de marzo de 2016. Sección 4ª , Ponente, Domínguez Álvarez , María Isabel, no se discute, como alegación en el recurso de apelación, la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada. En este caso, los hechos datan del 6 de julio de 2004 y se dicta Sentencia por el Juzgado de lo Penal el 13 de marzo de 2015.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería , Sección 2ª de 23 de mayo de 2016, Ponente: Contreras Aparicio, José María. Se estima el recurso formulado que solicitaba – entre otras cuestiones- la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada. El Juzgado de lo penal había aplicado la atenuante descartando la rebaja en uno o dos grados de la pena. Señala la sentencia en justificación de la cualificación lo siguiente: *"La anterior juzgadora estimó la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas, solicitando los recurrentes que fuera considerada como cualificada a la vista de que el procedimiento se inició en el año 2008 y el enjuiciamiento*

se ha llevado a cabo a finales de 2015. Considera el Tribunal que tan dilatado periodo de tiempo, pese a la justificación que la anterior Juzgadora tomó en consideración para establecer la concurrencia de la circunstancia atenuante del art. 21. 6ª, no se encuentra dentro de normalmente requerido para la formación de la causa y enjuiciamiento del delito, tomando en cuenta la no complejidad que presentaba y tiempo necesario para la investigación de los hechos En base a ello, debemos de dar lugar parcialmente el recurso, y estimar que concurre la indicada circunstancia modificativa de la responsabilidad como cualificada, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 66.1.2ª del C.P . procede imponer a todos los acusados la pena inferior en un grado a la establecida por la Ley, de tal manera que siendo la pena legal de seis meses a tres años de prisión y de multa de seis a doce meses, procede imponer la pena de TRES MESES DE PRISIÓN y la de MULTA DE TRES MESES, manteniendo los demás pronunciamiento que el fallo de la sentencia contiene"

Sentencia de la Audiencia de Almería Sección 2ª de 8 de abril de 2016, aplica la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada rebajando en un grado las penas. Los hechos ocurren el 27 de noviembre de 2007 y se dicta Sentencia por el Juzgado de lo Penal el 30 de septiembre de 2015.

Sentencia de la Audiencia provincial de Almería sección 2ª de 21 de octubre de 2016. Aplica el Juzgado de lo penal la atenuante de dilaciones indebidas incluyendo en los hechos probados que la causa ha estado injustificadamente paralizada durante la fase de instrucción- no menciona ni incluye los períodos o fechas de paralización- que se ha alargado más de seis años por causas no imputables a los acusados. La Audiencia rechaza el recurso en cuanto a la aplicación muy cualificada de la atenuación en base a los siguientes argumentos " *La defensa del acusado solicita la aplicación de la dilación indebida como muy cualificada, lo que ha sido rechazado por la sentencia. Recordamos la Jurisprudencia entorno a tal extremo, la STS (2ª) de 26-04-2013 (ROJ: STS 2596/2013. Alberto Jorge Barreiro) al abordar la indebida dilación, recordando que - según la cita- "Para apreciarla con ese carácter esta Sala requiere que concurren retrasos en la tramitación de la causa de una intensidad extraordinaria y especial, esto es, de supuestos excepcionales de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúan muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente" (SSTS 739/2011, de 14 de julio; y 484/2012, de 12 de junio). De modo que se legitima la cualificación de la atenuante no solo atendiendo al plazo total de tramitación de un proceso (criterio del plazo razonable), sino también cuando sin ser este de una duración singularmente extraordinaria, sí concurren dilaciones concretas que comprenden un periodo importante en concepto de paralización. Siguiendo el criterio ya expresado por esta misma Sección en sentencias anteriores, aunque transcurrieron 8 años desde la incoación hasta la sentencia, la paralización de la causa que no sobrepasa el periodo anual no puede entenderse que colma la categoría cualificada de la atenuante invocada. No existe un periodo de paralización concreto superior a un año en la causa. Encontramos que la tardanza en celebrarse el juicio obedece a causas varias, unas dependientes de las defensas pues se suspendió la celebración de juicio por dos veces, la complejidad de la causa por las personas implicadas aunque luego se archivar la causa así como la existencia de una causa de recusación que hubo de tramitarse"*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección segunda de 5 de diciembre de 2016. No se discute la aplicación de la atenuante como muy cualificada. El Juzgado de lo penal había condenado por delito del art 316 en concurso con delito del

152.1.3º bajando en un grado las penas. Los hechos son de 29 de julio de 2005 y la Sentencia del Juzgado de lo Penal se dicta el 31 de mayo de 2016.

Sentencia de la Audiencia provincial de la Audiencia Provincial de Málaga sección 9ª de 30 de septiembre de 2016 resuelve recurso contra Sentencia dictada el 22 de octubre de 2015 que no considera aplicable la circunstancia atenuante. Los hechos son de 5 de febrero de 2010. La defensa del acusado recurre y solicita la aplicación del art 21.6º rechazándose por la Audiencia provincial con los siguientes argumentos: "*Discute, asimismo, la defensa de Ángel Jesús la inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas . Al respecto ha de recordarse (STS de 13 de Diciembre de 2.012), la exigencia de la concurrencia de los requisitos siguientes para la apreciación de la atenuante citada, prevista en el artículo 21.6 del CP : a) que la dilación sea extraordinaria; b) que no sea atribuible al propio inculpado; y c) que no guarde proporción con la complejidad de la causa. El carácter indeterminado de esas pautas valorativas, confieren utilidad a buena parte del cuerpo de doctrina ya proclamado por esta Sala en el marco jurídico previgente. Lo que está fuera de dudas es que los requisitos que ahora se proclaman de forma expresa en el listado de las atenuantes específicas, sólo adquieren sentido como reglas de valoración referidas al caso concreto. No se trata de claves abstractas para resolver sobre la razonabilidad del plazo, sino de pautas para evaluar, una vez el proceso penal ha concluido, si su duración ha sido o no razonable (cfr. SSTS 385/2011, 5 de mayo y 1025/2011, 5 de octubre , entre otras). Por su parte, la reciente STS de 27 de Septiembre de 2.016, dice así: La atenuación por dilaciones indebidas, de creación jurisprudencial y acogida por el legislador en la reforma del Código penal operada por la LO 5/2010, se fundamenta, como hemos declarado con reiteración, por todas las STS 502/2009, de 14 de mayo , y siguiendo el criterio interpretativo de TEDH en torno al art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en el derecho de toda persona a que "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable". Señalamos unos factores que han de tenerse en cuenta para la declaración de concurrencia: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual período temporal, el interés que arriesga quién invoca la dilación indebida, su conducta procesal, y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles. El derecho fundamental impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien lo reclama. En particular, debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España , y las que en ellas se citan). En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el período a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España).*

Pues bien, trasladando estos razonamientos al supuesto de autos ha de concluirse la improcedencia de la aplicación de la atenuante propuesta pues, visto el número de partes procesales personadas y la voluminosidad de la causa, es evidente, por un lado, que el procedimiento era complejo y, por tanto, la duración del juicio oral proporcional a su complejidad y, por otro lado, las tres suspensiones del Juicio Oral anteriores a su celebración, reseñadas por el Juez a quo en su sentencia, lo fueron por causas ajenas al Juzgado: 1.- no haberse recibido la prueba documental solicitada por una de las aseguradoras; 2.- incomparecencia de la perito inspectora de trabajo al hallarse en situación de incapacidad y 3.- fallecimiento de familiar en primer grado de uno de los letrados de la defensa, causas no imputables al Juzgado, razones por las cuales no existen méritos para apreciar la atenuante invocada"

Sentencia de la Audiencia provincial de Málaga , sección 2ª de 31 de mayo de 2016 que resuelve el recurso contra la Sentencia del Juzgado de lo penal de Málaga que mantiene

la atenuante de dilaciones indebidas aplicada por el Juzgado de lo Penal siendo los hechos de 25 de julio de 2007.

De lo indicado se deduce que parece existir un riesgo de caer en el automatismo cuando se trata de aplicar la atenuante de dilaciones indebidas en procedimientos valorando únicamente la duración global siendo muy frecuente su invocación por las defensas sin analizar qué ha ocurrido en el procedimiento

Asimismo, hay diferencias en las Audiencias Provinciales, unas optan por aplicar sin más la atenuante , incluso muy cualificada cuando la duración del procedimiento sea igual o superior a cinco años, mientras otras Audiencias provinciales, rechazan su aplicación automática y valoran las causas de la tardanza observando el tiempo invertido en la sanidad, colapso de los Juzgados de lo Instrucción y de lo Penal , problemas de señalamientos, suspensiones ..

Para terminar, la duración global de estos procedimientos por sí mismos complejos por el número de partes, no va a ser resuelto por el art 324 de la LECrim dado que la mayoría de las causas se declaran complejas pudiendo declararse la prórroga y luego plazo máximo y por otra parte una vez finalizada la instrucción, el retraso sin duda se traslada a la fase intermedia y a la espera del señalamiento de Juicio oral donde se producen auténticos retrasos no corregidos por los plazos de instrucción y que se solucionarían con una mayor inversión en medios materiales y sobre todo humanos.

Finalizando este apartado de circunstancias atenuantes, se menciona **la Audiencia provincial de Málaga , sección 9ª de 30 de septiembre**, que rechaza la aplicación de la atenuante analógica de vulneración del derecho a la libertad, y se indica al respecto que *“cuanto a la inaplicación de la atenuante analógica por vulneración del derecho a la libertad discute la defensa de Ángel Jesús la inaplicación de la atenuante por analogía referida a la vulneración del derecho a la libertad del citado acusado habida cuenta de que fue detenido en las presentes actuaciones. Analizada la Jurisprudencia estudiada por el Juez a quo y su aplicación al caso que nos ocupa, esta Sala no puede más que acoger sus ponderados razonamientos para la inaplicación de la atenuante referida, dado que, si bien se podrían haber agotado otras vías menos gravosas para la localización del investigado antes de acordar su búsqueda, detención y presentación (como, por ejemplo, la averiguación de paradero y domicilio) no puede decirse que se trate de una detención ilegal. A mayor abundamiento, dicha privación de libertad en modo alguno ampararía la aplicación de una atenuante por analogía no prevista legalmente”*.

3.3º .- COSTAS

Destacar brevemente la actual doctrina, pacíficamente aceptada sobre las costas de la acusación particular que ha sido incluida en varias Sentencias que resuelve los recursos solicitando la exclusión de las costas de la acusación particular.

Entre ellas destacar la **Sentencia de la Audiencia provincial de Córdoba, sección 2ª de 9 de febrero** y la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 1ª nº 678/2016 de 20 de diciembre**. Ambas rechazan el recurso manteniendo las costas de la acusación particular. Para ello fundamentan su solución en las diversas resoluciones del Tribunal constitucional y del Tribunal Supremo en materia de imposición de costas de la acusación particular. Destacan su dimensión constitucional, dado que, la inclusión de las

costas originadas a la víctima o perjudicado por el delito que se persona en defensa de sus intereses y en ejercicio de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE) y a la asistencia letrada(art 24.2º CE) , constituye, como destaca la doctrina procesal, la aplicación última al proceso penal del principio de causalidad que tiene como efecto el resarcimiento por el condenado el gasto procesal realizado por la víctima en defensa de sus intereses.

Pero además, se acude a un segundo argumento, que es la prohibición de discriminación, dado que, en el proceso penal pueden acumulativamente ejercitarse acciones civiles de reparación de daños, por lo que no resulta congruente someter la cuestión a criterios procesales antagónicos con los que rigen en el proceso civil.

Consideran las sentencias que no sería razonable perjudicar a quien opta por ejercitar las acciones civiles en el proceso penal con asistencia letrada, obligándole a soportar los gastos generados frente a quien opta por reservarse la acción para ejercitarla en el proceso civil, donde se impone como regla general- salvo supuestos excepcionales- el pago de las costas al condenado por haber causado el daño.

Ambas Sentencias coinciden al resumir las Sentencias dictadas por el Tribunal supremo resumiendo la doctrina jurisprudencial en los siguientes criterios:

- La condena en costas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte incluyen siempre las de la acusación particular (art. 124 CP/1995).
- La condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil (SSTS 26 Nov. 1997, 16 Jul. 1998, 23 Mar. 1999 y 15 Sep. 1999, entre otras muchas).
- La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia (doctrina jurisprudencial citada).
- Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado (STS 16 Jul. 1998, entre otras).
- La condena en costas no incluye las de la acción popular (SSTS 21. Feb 1995 y 2. Feb. 196, entre otras).

En ambos casos, la posición de la acusación particular-como suele ser frecuente- no se apartaba en esencia de la sostenida por el Ministerio Fiscal y como suele también ser normal en la fase de instrucción, la acusación particular había estado presente en la práctica de diligencias, como declaraciones de investigados y testigos. Por ello, no podía reputarse su actuación superflua o extravagante.

3. 4º RESPONSABILIDAD CIVIL.

En este cuarto apartado para mejor comprensión, podemos establecer subdivisiones sobre distintos aspectos llamativos que han sido tratados en las Sentencias estudiadas:

3.4.1. COMPATIBILIDAD DE LAS PRESTACIONES

Los hechos que han sido objeto de estudio son todos anteriores a la entrada en vigor el 1 de enero de 2016, de la **Ley 35/2015 de 22 de septiembre de reforma del sistema de valoración de daños y perjuicios causados a personas en accidentes de circulación**, BOE 23 de septiembre de 2015, desconociendo el alcance de esta norma en relación a la compatibilidad de las prestaciones de Seguridad Social y el nuevo sistema de valoración.

Siguiendo la Circular 4/2011, por razones de seguridad jurídica se aplicaba el conocido como Baremo de Tráfico con carácter orientativo, incrementando las cantidades resultantes entre el 20% y el 50%

La propia Circular trataba la compatibilidad de las cantidades percibidas por el trabajador, como prestaciones de Seguridad social, incluido el recargo de prestaciones, con la indemnización a percibir consecuencia del ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal, indicando que no se deducirán por los Sr. Fiscales para el cálculo de la indemnización las cantidades que el lesionado o perjudicado recibiera como prestación de la Seguridad Social.

Este principio general se matizó con la entrada en vigor de la **Ley 36/11 de 10 de octubre que en su art 2b)** establece "*la competencia de la Jurisdicción social para el conocimiento de las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales incluida la acción directa contra la aseguradora sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponderle en el orden competente*"

La razón de ser de esta matización fue la determinación de la competencia de la Jurisdicción social- por ende la Sala IV del Tribunal Supremo- para resolver estas cuestiones. Hasta entonces, se sometían a la Sala I y a la Sala IV, las peticiones de reparación del daño por accidente laboral, manteniendo posicionamientos distintos sobre la compatibilidad de las prestaciones, la primera afirmando la compatibilidad absoluta y la segunda el principio de acumulación relativa o complementariedad “ principio compensatio lucri damno”.

Esta materia fue tratada en la Reunión de Especialistas celebrada en Madrid en 2013 a cuyas conclusiones me remito, admitiendo la acumulación relativa o complementariedad, aceptando las dificultades técnicas para aplicar un sistema complejo con el fin de evitar un enriquecimiento indebido. Se partía de la Sentencia Sala IV de 17 de julio de 2007.

Se siguen planteando a las Audiencias Provinciales cuestiones relativas a la compatibilidad de prestaciones.

Se cita la **Sentencia de la Audiencia provincial de Granada nº 678/2016 de 20 de diciembre**, por su análisis completo de la cuestión y por la curiosa solución adoptada optando la Audiencia por apartarse de lo estudiado previamente y expuesto en los fundamentos de derecho con el fin de no reducir lo establecido por el Juzgado de lo Penal en concepto de indemnización, afirmando la compatibilidad absoluta entre prestaciones apartándose finalmente de la doctrina general de la Sala IV " *el artículo 164.3 de la Ley General de la Seguridad Social establece que la existencia de responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, no excluye el acceso del trabajador a las prestaciones de la Seguridad Social, añadiendo que en estos casos, el trabajador o sus causahabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente. Esto confirma que el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social no excluye la posibilidad de que el trabajador accidentado reclame frente al empresario la indemnización de los daños sufridos por el accidente e trabajo. Ahora bien, la mera declaración de compatibilidad entre prestaciones de la Seguridad Social e indemnización de daños y perjuicios suscita serios interrogantes sobre cómo debe articularse esa compatibilidad. Dos soluciones se han venido adoptando: 1) la de admitir que ambas fórmulas de reparación o protección del trabajador funcionan como sistemas independientes y autónomos, (técnica de la suplementariedad o de acumulación absoluta. Esta solución ha sido seguida por la Sala 1ª del TS, al considerar que la indemnización por la responsabilidad del art. 1.902 del CC resulta independiente de cualquier otra cantidad ya percibida por el trabajador y no puede minorar aquella al tratarse de fundamentos diversos de indemnización y de dos causas diferentes de pedir siendo así que las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de Seguridad Social y, mediatamente al menos, de la misma relación laboral que preexiste a las responsabilidades de índole extracontractual y que nacen de la diferente fuente de obligaciones, que es la culpa o negligencia no penadas por la ley. 2) La otra solución es interpretar que ambas técnicas responden a idéntica finalidad, de forma que no pueden ser aplicadas con total independencia (técnica de la complementariedad o acumulación relativa) que es la que ha venido siguiendo la Sala 4ª del TS. Así de la sentencia de la **Sala IV del TS de 17-7-2007** se extraen las siguientes conclusiones: Parte del principio de complementariedad, y por ello la determinación de la indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional debe detrarse o computarse las prestaciones de Seguridad Social reconocidas y percibidas por el perjudicado, así como las mejoras voluntarias, pues todas ellas cumplen la función de resarcir el daño que para el trabajador supone el accidente de trabajo, de lo contrario se produciría un exceso carente de causa, como resulta evidente si se tiene en cuenta que el asegurado social percibiría indemnización superior a quien no estuviese cubierto por tal aseguramiento y hubiese sufrido daño equivalente por culpa también equiparable. No obstante lo anterior, cuando se utiliza el baremo de accidentes de circulación tales deducciones no pueden operar de manera automática sobre el resultado total de la indemnización por daños que corresponda, sino que debe efectuarse sobre el lucro cesante, es decir sobre el concepto de perjuicios económicos. **No procede deducir el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad dado su carácter eminentemente sancionador.** La compensación de las diversas indemnizaciones sólo procede efectuarla entre conceptos homogéneos (daños físicos o psíquicos, daño emergente y lucro cesante). **Por ello si las prestaciones de Seguridad Social resarcen la pérdida de ingresos (renta sustitutoria del salario) sólo podrán compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante.** Por la misma razón la incapacidad temporal no puede compensarse con las indemnizaciones que se dan por incapacidad permanente y viceversa. Las indemnizaciones por incapacidad temporal son compatibles con otras indemnizaciones. Tampoco cabe compensación con las indemnizaciones por lesiones permanentes ni en relación con algunos de los factores de corrección de éstas previstos en la tabla IV del baremo (daño moral complementario y la indemnización a familiares en concepto de perjuicio morales).*

El capital coste de las prestaciones de Seguridad Social (incapacidad permanente total, absoluta) o de las indemnizaciones por la incapacidad parcial o de las lesiones permanentes no invalidantes, sólo puede compensarse del total de la indemnización reconocida como lucro cesante. Por ello, al aplicar la tabla IV del baremo de accidentes de circulación, deben de tenerse en cuenta los factores correctores que compensan este daño: el factor corrector por perjuicios económicos y el factor corrector por incapacidad permanente con la precisión que la STS de 17-7-07 realiza respecto de este último, en el sentido de que deja al arbitrio judicial la ponderación de las circunstancias concurrentes para determinar qué parte de la cantidad reconocida por su aplicación se imputa a la capacidad laboral y qué parte al impedimento de otras actividades u

ocupaciones de la víctima, dado que dicho factor no se limita a reparar únicamente los perjuicios de la incapacidad laboral sino otros muchos como son, el quebranto producido para desenvolverse con normalidad en la vida doméstica, familiar, sentimental y social, impedimento para practicar deportes o para disfrutar de otras actividades culturales o recreativas.

Sin embargo, la Sala IV del TS, en sentencia de 23 de junio de 2014, modifica su criterio anterior con el fin de unificar doctrina en el TS entendiendo que se debe pronunciar sobre la solución más ajustada a derecho para el caso controvertido. Y como se nos dice en el voto particular, si el primer factor corrector de la Tabla IV, de perjuicios económicos consiste en un porcentaje de los ingresos de la víctima por trabajo y que el porcentaje mínimo del 10% se abona incluso a quienes no trabajan, indica que con ello se retribuyen los perjuicios económicos generales (daño emergente) de las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, pero no el lucro cesante. Así pues si el lucro cesante no encaja en ese factor corrector, no encajará en ninguno otro de la tabla IV, según la doctrina mayoritaria.

Así las cosas, hemos de entender con algunas Audiencias Provinciales (Véase SAP Pontevedra de 30 de septiembre de 2015) que en la graduación que la LGSS hace de la invalidez laboral en el art. 137.6 de la LGSS que se dice que se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse comer o análogos”. Y el art. 137.5 conceptúa la incapacidad permanente absoluta como la que inhabilita al trabajador para toda profesión u oficio”, y en el art. 139 de la LGSS se establece que el gran invalido tiene derecho a una pensión vitalicia, incrementada con un complemento (no inferior al 45% de la pensión) destinada a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atiende. Se entiende que existe una parcial coincidencia entre la gran invalidez dada por el sistema de la Seguridad Social al trabajador y algunos de los factores de corrección de la tabla IV en concreto la incapacidad permanente absoluta y la necesidad de asistencia de otra persona), lo que conlleva consigo realizar una compensación parcial, ya que la incapacidad permanente absoluta trata de indemnizar no sólo los perjuicios derivados de la discapacidad laboral del sujeto sino los derivados de todas las facetas de su vida. Y compensa en un 15%.

Sin embargo esta Sala ya se ha pronunciado al respecto en anteriores sentencias, admitiendo la compatibilidad de las indemnizaciones por tener un origen distinto así la nº 2/09 de 16 de Enero “En cuanto a la posible duplicidad por haber indemnizaciones de la Seguridad Social y percibir una pensión, debe señalarse que la indemnización concedida en este procedimiento es plenamente compatible con las indemnizaciones de tipo laboral que por accidente de trabajo asuma una compañía de seguro privada o con el cobro de pensión por tal invalidez permanente absoluta con cargo a la Seguridad Social pues unas responsabilidades nacen de la relación laboral en sí misma considerada y del ámbito de contraprestación de la Seguridad Social, y otras, las que se fijan por esta jurisdicción criminal, nacen de actos ilícitos, sancionados penalmente.”

Se refiere expresamente esta Sentencia de la Audiencia provincial de Granada, a la Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2014, que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina y rectifica el criterio jurisprudencial anterior.

Esta Sentencia cuenta con un voto particular que no muestre disconformidad con la solución final sino que expone razonadamente por qué considera – entre otras cuestiones- que no era necesario rectificar el criterio para determinar en el caso concreto una solución

ajustada a Derecho. A esta Sentencia le siguen otras como la dictada por la STS Sala IV de 17 de febrero de 2015.

De forma muy resumida las dos Sentencias indicadas pueden sintetizarse como sigue:

1º Mantienen el **criterio de compatibilidad** entre prestaciones de SS y las indemnizaciones que se puedan exigir en el orden jurisdiccional penal derivadas de la comisión de delito **pero afirma que son complementarias** lo que supone que debe reducirse del monto lo que se hubiera cobrado por el mismo concepto con dos aclaraciones : a) con ello se busca **evitar el enriquecimiento injusto no solo del trabajador sino del responsable que causó el daño y de la aseguradora** y b) la compensación solo opera en **conceptos homogéneos**.

2º Mantienen las **cuatro categorías** básicas que integran el daño a resarcir que son: a) **daño corporal** : lesiones físicas y psíquicas b) **daño moral** c) **daño emergente**, pérdida patrimonial directamente vinculada al hecho dañino d) **lucro cesante**, pérdida de ingresos y expectativas laborales.

3º Adopta un posicionamiento más favorable al trabajador.

Se alega como fundamentos para cambiar la doctrina anterior- entre otras- a) la complejidad y falta de claridad técnica anterior b) las dificultades de trasladar automáticamente un Baremo concebido para accidentes de tráfico, a los accidentes laborales. Así, el primero se aplica a todas las víctimas y perjudicados por los accidentes de tráfico, desarrollen o no actividad laboral. Esta circunstancia podría suponer que el trabajador, resultara indebidamente perjudicado frente a quien no desarrollara trabajo si se aceptara una minoración de la indemnización por las prestaciones de Seguridad social recibidas.

4º Se descuenta lo percibido por lucro cesante, no por los demás conceptos.

5º Cambia el tratamiento de daño moral. Traslado la modificación a cada tabla resulta como sigue:

A) **secuelas físicas**- tabla III.- no puede ser objeto de compensación , porque se repara el daño físico y moral, no el lucro cesante

B) **Incapacidad temporal** - Tabla V- . Hay un cambio significativo porque se considera que la determinación del **daño moral** debe hacerse con las cantidades previstas para los días improductivos, no improductivos y de hospitalización que indemnizan

exclusivamente daño moral, dado que el alta laboral no necesariamente implicaba sanidad absoluta. Por ello, no se reduce ni se compensa con otras prestaciones.

Se mantiene el concepto de **lucro cesante** que se concibe como diferencia entre el salario real que se hubiera percibido de permanecer activo y las cantidades satisfechas por la prestación a los que se suman mejoras de convenio y los incrementos salariales por nuevo convenio colectivo que resultara aplicable durante el período de IT.

No cabe, para calcular lucro cesante, aplicar los factores de corrección por perjuicios económicos en atención ingresos netos, pues ya se ha partido del 100 por 100 de los salarios reales dejados de percibir.

C) Incapacidad permanente- Tabla IV-

El cambio significativo es en la interpretación del concepto **daño moral** en relación al **factor de corrección – incapacidad permanente para ocupación habitual-** que se considera que exclusivamente atiende al daño moral por lo que no se reduce, debiendo determinarse la cantidad según la horquilla del Baremo.

En relación al **lucro cesante**, establece como regla general, la equivalencia entre la prestación reconocida y el lucro cesante pero con excepciones a) IP fronteriza con otra de grado superior b) dificultades de rehabilitación laboral por edad u otras circunstancias que lleven a excluir posibilidades de trabajo meramente teóricas c) pérdida de expectativas laborales constatables.

En estos supuestos de lucro cesante mayor , el déficit de ingresos debe capitalizarse.

Por tanto sería interesante abordar qué criterios aplicar sobre compatibilidad de prestaciones fijando aquellas que se reducen, todo ello hasta que pueda aplicarse el nuevo sistema de valoración introducido por Ley 35/2015 de 22 de septiembre.

3.4.2 APLICACIÓN A LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS DE LOS INTERESES PREVISTOS EN EL ART. 20 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGUROS

La Circular 4/2011 incluía su estudio en el punto III. 3.3.6 , siendo también tratada su aplicación en las Jornadas de especialistas del año 2013 dando las pautas y criterios generales, reglas que con carácter general siguen las Sentencias estudiadas, rechazando los recursos de las aseguradores contra la condena al pago de los intereses del art 20 Ley contrato de seguro.

Las Sentencias recogen la Jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo que evoluciona de una posición más rigurosa a otra sumamente favorable al asegurado, sobre todo cuando se trata de seguros de personas, imponiendo como regla general los intereses

cuando en el plazo de tres meses desde el siniestro o en su caso desde que tuvo conocimiento del mismo.

Como regla general se indica:

- Que no se excluyen por cualquier ingreso o consignación sino únicamente cuando se indica expresamente en el concepto que es para pago.

- No se acepta – como justificación que excluye intereses- la personación o la existencia del proceso en sí mismo, en particular cuando se torna necesario para disipar las dudas sobre la responsabilidad penal bien negándola o bien por disentir del grado de responsabilidad del asegurado demandado cuando concurren varios copartícipes.

- Se puede admitir como justificación que el proceso penal sea necesario para dilucidar la existencia del siniestro o la cobertura de la póliza, aunque la Jurisprudencia más reciente rechaza como causa de exclusión la controversia sobre la cobertura de la póliza.

En definitiva, las resoluciones judiciales, imponen los intereses del art 20 a las aseguradoras rechazando los recursos que son muy frecuentes:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, nº 213 de 25 de marzo : *“La entidad condenada como responsable civil directa en cuanto aseguradora de "Vorsevi, S.A." apela la sentencia alegando como único motivo el error en al apreciación de la prueba e indebida aplicación del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.*

Pues bien, aceptando la premisa de la propia sentencia, esto es, la de la falta de prueba de que esta aseguradora tuviera conocimiento del accidente con anterioridad su emplazamiento, cierto es que consta que la entidad ingresó el día 10 de noviembre de 2009 la cantidad de 38.726,23 euros en la entonces cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado de Instrucción nº 17 en la entidad "Banesto", coincidiendo con la fotocopia aportada con el recurso. Ahora bien, como en el mismo resguardo de ingreso aparece en la casilla correspondiente al "concepto" en que se realizó que tal ingreso, lo fue en calidad de fianza. Así consta fehacientemente en la correspondiente pieza separada de responsabilidades pecuniarias, tras lo cual se declaró la solvencia de la aseguradora recurrente, sin que con posterioridad se alegase el cambio de finalidad que en el recurso se sostiene (nada se alegó tampoco a lo largo del juicio oral, incluido el postrero informe oral). Tal dato -no tenido en cuenta por la recurrente- significa el ingreso no se hizo para pago, sino para aseguramiento de las eventuales responsabilidades pecuniarias, de forma que no cumple los requisitos para enervar la mora conforme al citado precepto, procediendo desestimar este último recurso”

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz , sección 7ª de 13 de junio de 2016: *Con relación a dicha cuestión declaró la STS de 14 de noviembre de 2002 que, en orden a la procedencia de los intereses especiales del art. 20 Ley de Contrato de Seguro, en su redacción original, la jurisprudencia del Alto Tribunal evolucionó desde una línea inicialmente menos favorable al asegurado, descartando tales intereses si para determinar la suma indemnizatoria hubiera sido necesario el proceso, hacia una línea más rigurosa para con las compañías de seguros, según la cual para eliminar la condena de intereses no bastaba con la mera incertidumbre de la cantidad a pagar por la aseguradora sino que era preciso valorar, fundamentalmente, si la resistencia de la aseguradora a abonar lo que, al menos con toda certeza, le incumbía, estaba o no justificada o el retraso en el pago le era o no imputable, como establecía dicho precepto, siendo lo decisivo por tanto la actitud de la aseguradora ante una obligación resarcitoria no nacida de la sentencia, ni necesitada de una especial intimación del acreedor (Sentencias del Tribunal*

Supremo de 8 de febrero de 1994, 5 de julio de 1996, 11 de noviembre de 1997, 13 de octubre de 1999 y 26 de enero de 2000), hasta el punto de que procederían los intereses especiales del art. 20 Ley de Contrato de Seguro si la aseguradora consignaba la cantidad indudablemente debida pero lo hacía con condiciones (Sentencia del Tribunal Supremo de 12-4-2002). En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2001 declara que la Disposición adicional de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, dispone, bajo la rúbrica "mora del Asegurador" que "no se impondrán intereses por mora cuando las indemnizaciones fueran satisfechas o consignadas judicialmente dentro de los tres meses siguientes a la fecha de producción del siniestro". Así, pues, los intereses penitenciales por mora del asegurador no se acomodan a los "términos previstos en las Leyes" que cita el art. 109 Código Penal para la reparación de los daños y perjuicios causados por el hecho ilícito.

Se ha venido sosteniendo improcedente la condena de la aseguradora al pago de esos intereses especiales cuando hubieran mediado controversia o discrepancias fundadas **sobre la cobertura de la póliza y las causas, consecuencias o alcance del siniestro**, matizando la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003 (Sala Primera) que **no toda controversia determina la inaplicabilidad de los intereses sancionadores del art. 20 Ley de Contrato de Seguro, pues de entenderlo así se llegaría al absurdo de que la mera oposición procesal de la aseguradora demandada, en cuanto generadora por sí sola de controversia, la eximiría de esos intereses**. De ahí que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, se caracterice por haber ido avanzando en una línea de creciente rigor para con las aseguradoras, sobre todo cuando, como ocurre en los seguros sobre las personas, el importe de la indemnización viene predeterminado en la póliza de una forma que prácticamente excluye cualquier discusión sobre concurrencia de culpas, valoración del daño o preexistencia de objetos. Cierto es que también en esta clase de seguros, añade la sentencia examinada, cabe oposición de la aseguradora fundada en cuestiones como la delimitación del riesgo o la identidad del asegurado, pero no lo es menos que para que tal oposición la eximiera de los intereses del art. 20 tenía que haber sido, como decía el precepto, justificada o derivada de una causa no imputable a la propia aseguradora.

En resumen, esa doctrina jurisprudencial ha evolucionado desde una línea inicialmente menos favorable al asegurado, descartando tales intereses si para determinar la suma indemnizatoria hubiera sido necesario el proceso, como anteriormente dijimos, hacia una línea más rigurosa para con las compañías de seguros, según la cual la mera incertidumbre de la cantidad a pagar por la aseguradora no bastaría para entender inaplicables los intereses moratorios objeto de análisis, sino que es preciso valorar, fundamentalmente, si la resistencia de la aseguradora a abonar lo que, al menos con toda certeza, le incumbía, estaba o no justificada o el retraso en el pago le era o no imputable, como establecía dicho precepto, siendo lo decisivo, por tanto, la actitud de la aseguradora ante una obligación resarcitoria no nacida de la sentencia ni necesitada de una especial intimación del acreedor, por lo que sólo en los casos en que existen dudas serias y fundadas acerca de la cobertura del siniestro por el seguro concertado, la jurisprudencia ha reputado inapreciable la mora que indemniza el art. 20 de la Ley 5/1980 de Contrato de Seguro (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 abril 1992, 4 septiembre 1995, 8 abril 1996 y 3 noviembre 1997), cuando menos hasta la declaración judicial de la obligación controvertida por sentencia firme (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 febrero 1992, 11 mayo 1994 y 8 septiembre 1998)

Por todo ello, resulta evidente que la dilucidación de esta materia requiere acudir a las circunstancias del caso concreto, como enseña la invocada sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2002, entre otras, para comprobar debidamente si la negativa de la Compañía Aseguradora al pago o consignación no obedece a causa justificada, y, en su consecuencia, procede la aplicación de los cuestionados intereses moratorios”

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga , sección 2ª nº 545/2016 de 5 de diciembre : “Finalmente y en cuanto a la alegación de que no procede imponer a la aseguradora tantas veces citadas el pago de los intereses oratorios previstos en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro al concurrir la excepción prevista en el nº 8 de dicho artículo; señalar que no es de recibo pues lo cierto es que

ya desde el dictado en el auto de apertura de juicio oral de fecha 16 de abril de 2010 se hacía constar que el proceso se dirigía contra dicha aseguradora como responsable civil directa y se fijaba el importe de las responsabilidades civiles en 46.998 conforme el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, sin que a pesar de tiempo transcurrido, mucho más de tres meses, se haya consignado cantidad alguna por la recurrente para pago de dicha indemnización”

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga , sección 9º , nº 571/2016 de 30 de septiembre de 2016: *En cuanto a la exclusión del pago de los intereses moratorios del art. 20 LCS que solicita en apelación la aseguradora HDI HANNOVER INTERNATIONAL, S.A., acreditada la función desarrollada en la obra por la empresa a la que asegura, no existe controversia que justificara el retraso en el pago de la indemnización ex art. 20.8 LCS por lo que, no constando en las actuaciones que la citada entidad haya procedido conforme a lo dispuesto en el art. 20.3 de la citada ley -no ha abonado el importe y no ha consignado la cantidad de 43.568'89 euros hasta el 11.02.16, esto es, transcurrido en exceso el plazo fijado en el artículo 20.3 LCS -, pese a conocer el informe sobre el siniestro elaborado por la Inspección de Trabajo del que se infiere las punibles omisiones que desembocaron en la causación del accidente laboral-, razón por la cual procede desestimar la impugnación de la recurrente aseguradora HDI HANNOVER INTERNATIONAL, S.A., sobre este punto y confirmar la resolución recurrida en el sentido de declarar que serán de aplicación a la citada entidad los intereses de demora del nº 4 del mencionado art. 20 LCS, para cuyo cálculo se atenderá a lo dispuesto en el mencionado precepto. De hecho, el examen de las actuaciones revela que la mora de la aseguradora carecía de toda justificación pues tuvo pleno conocimiento del siniestro cuando tuvo lugar.*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga nº 509/2016 de 29 de julio de 2016: “ - Finalmente, en el recurso planteado por la representación procesal de la aseguradora FIATC se rechaza la aplicación en el caso de autos de los intereses del art. 20.4 de la Ley de Contratos de Seguro y, de manera alternativa, se pide que se fije como fecha inicial de su devengo aquella en que la aseguradora tuvo conocimiento del siniestro.

En cuanto a la petición principal, alega que al igual que la responsabilidad criminal del Sr. Maximiliano se vio minorada por la aplicación de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, por motivos análogos no se puede imponer un interés que como el que nos ocupa tiene una naturaleza penal, máxime cuando el procedimiento penal no se inició hasta diez meses después de la fecha del siniestro, la actuación de la Inspección de Trabajo comenzó a los cuatro meses del mismo, y la tramitación del procedimiento ha durado más de diez años, lo que determina que la indemnización al perjudicado se incremente se pueda ver incrementada extraordinariamente.

Además, entiende que existieron causas suficientes para que la aseguradora no efectuara la consignación legalmente establecida en el plazo de tres meses, a saber, no se había abierto en dicho plazo el procedimiento penal, el asunto era muy complejo y existían varias personas imputadas, siendo necesaria la celebración del juicio oral para delimitar la responsabilidad de cada una de ellas.

*Respecto de la primera de las alegaciones, **no existe similitud desde el punto de vista jurídico entre la atenuante de dilaciones indebidas y la pretendida minoración de la responsabilidad civil** en los casos en que dicha circunstancia concurra, pues la razón de ser de ésta es el transcurso del tiempo por causas imputables a la Administración de Justicia o al menos no atribuibles al acusado, lo que justifica una disminución de la sanción que pudiera imponerse al haberse visto afectado su derecho a la tutela judicial efectiva y en concreto su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, ante lo cual el Estado (la sociedad) renuncia a la imposición de la pena en la extensión que en otro caso pudiera haberle correspondido, mientras que cuando se trata de la responsabilidad civil derivada de un hecho delictivo no puede pretenderse, ni es justo, que quien ha sufrido indebidamente un perjuicio vea disminuida la indemnización que le corresponde cuando no ha tenido responsabilidad alguna en los retrasos producidos.*

Es cierto que tales dilaciones en este caso son muy graves, y que además se han producido llamativas anomalías durante su tramitación al no haberse incluido entre el elenco de posibles responsables penales a personas que, razonablemente, debieran haberlo sido, tal y como expuso el juez de lo penal en su sentencia,

lo cual puede haber repercutido en perjuicio de FIATC, que a la postre se ve, en este procedimiento, como única aseguradora responsable, cuestión en cualquier caso ajena a los perjudicados, debiendo dicha entidad valorar si es factible solventar tal situación iniciando otro tipo de procedimientos o actuaciones contra quien corresponda.

Con relación a la petición que se formula en base a la regla 8ª del art. 20 LCS, según el cual "no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable", se alega por el recurrente que si su patrocinada no consignó a lo largo del procedimiento cantidad alguna fue debido a la complejidad de la causa y a la existencia de varios imputados, por lo que resultaba necesario que se enjuiciaran los hechos a fin de solventar la incertidumbre existente sobre quiénes fueron los verdaderamente responsables.

Examinada la causa se constata que la actuación procesal de los profesionales que actuaban en nombre de FIATC fue bastante activa, efectuando diversas solicitudes tendentes a introducir en el proceso a otros posibles responsables del siniestro, interesando incluso la aportación de las pólizas de seguros que tenían concertadas. Pero frente a esa diligente actuación procesal, la aseguradora no puso de manifiesto en absoluto durante años voluntad alguna de colaboración, no asumiendo las obligaciones derivadas del contrato de seguro que había concertado con una de las empresas responsables, y ello a pesar de que cuando se personó en las actuaciones estaba ya unido el informe emitido por la Inspección de Trabajo, en el cual se hacía constar con claridad la probable responsabilidad por parte del administrador de dicha mercantil, responsabilidad que ya entonces parecía ser, cuando menos, la más relevante de las que pudieron contribuir en la producción del siniestro.

Como señala la Sala 1ª del TS nº 336/2011, de 19 de mayo, la indemnización por mora a que se refiere el artículo 20.4 LCS implica la existencia de un retraso culpable, y a la hora de determinar qué ha de entenderse por causa justificada a los efectos de la aplicación de la regla octava del artículo 20 dicha Sala ha seguido una línea interpretativa que ha llevado a excluir su apreciación cuando carece de justificación la oposición al pago frente a la reclamación del asegurado o perjudicado aunque se formule en un proceso judicial, pues la razón del mandato legal radica en evitar el perjuicio que para aquellos deriva del retraso en el abono de la indemnización y en impedir que se utilice el proceso como instrumento falaz para dificultar o retrasar el cumplimiento de la expresada obligación, sin que lo expuesto impida que la aseguradora pueda obtener de forma efectiva su tutela jurídica en el pleito, que, de prosperar su oposición, conllevará la devolución de la cantidad satisfecha o previamente consignada, por ser total o parcialmente indebida.

En esta línea, viene declarando el TS que si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso, para vencer la oposición de la aseguradora se hace necesario examinar la fundamentación de la misma, **sin que la mera existencia de un proceso, o el hecho de acudir al mismo, constituya causa en sí misma justificada del retraso, ni es óbice para imponer a la aseguradora los intereses cuando no se aprecia una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación misma de indemnizar.**

En aplicación de esta doctrina, el TS ha valorado como justificada la oposición de la aseguradora que aboca al asegurado o perjudicado a un proceso cuando la resolución judicial se torna en imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura, en cuanto hechos determinantes del nacimiento de su obligación, si bien la jurisprudencia más reciente ha precisado que, como regla general, la discusión judicial en torno a la cobertura no puede esgrimirse como causa justificada del incumplimiento de la aseguradora.

En todo caso y a pesar de la casuística existente al respecto, viene siendo criterio constante en la jurisprudencia **no considerar causa justificada para no pagar el hecho de acudir al proceso para dilucidar la discrepancia suscitada por las partes en cuanto a la culpa, ya sea por negarla completamente o por**

disentir del grado de responsabilidad atribuido al demandado en supuestos de posible concurrencia causal de conductas culposas (STS 12 de julio de 2010 y de 17 de diciembre de 2010).

Aplicando lo anterior al caso que nos ocupa, si bien es cierto que hasta que no se enjuiciaron los hechos, incluso hasta que se ha dictado la presente resolución, no podía establecerse con claridad la responsabilidad de FIATC, casi desde el comienzo de las actuaciones quedó claramente manifestada la más que probable responsabilidad en los hechos de uno de los administradores de Europrom, ante lo cual dicha aseguradora debió consignar, al menos en parte, la suma que pudiera corresponder a los perjudicados, y como no lo hizo se hizo acreedora a la imposición de los intereses moratorios que la Ley establece.

Sí ha de acogerse la última de las peticiones que se formula, pues no consta que FIATC tuviera conocimiento de la existencia del siniestro hasta que se le comunicó por el Juzgado su condición de posible responsable civil, lo que ocurrió el día 16 de enero de 2007 (folio 353 de las actuaciones), siendo de aplicación lo que al respecto establece el art. 20.6ª LCS”

3.4.3.- BAREMO APLICABLE

La Circular 4/2011 consideraba que tratándose de una deuda de valor debía aplicarse el baremo vigente en el momento de la calificación y no en el momento del hecho. Sin embargo, la propia Circular tenía en cuenta la discrepancia en los criterios de las distintas Audiencias Provinciales. Muchas de ellas adoptaban criterios mixtos en cuanto a la consideración de las circunstancias personales de la víctima en el momento del hecho y el baremo vigente en el momento de la sanidad de las lesiones o fallecimiento para cuantificar el valor de las cantidades por incapacidad y secuelas. Por ello, se indicaba a los Sres Fiscales ajustar las peticiones según los pronunciamientos jurisprudenciales de la Audiencia provincial de su territorio.

La reunión de especialistas del año 2013, recordaba los criterios de la Circular indicando que en principio el Baremo era el existente en el momento de la calificación provisional y que la pendencia debía corregirse, aplicando el existente en el momento de la celebración de Juicio oral.

Como he comprobado , todavía estos aspectos se discuten vía recurso de apelación , en particular la **Audiencia provincial de Málaga , sección 2ª de 5 de diciembre de 2016 que resuelve recurso que interpuso el Ministerio Fiscal**: *El mismo se funda en un único motivo, a saber, que para cuantificar el importe de la indemnización a abonar al perjudicado debió aplicarse el Baremo correspondiente al ejercicio de 2006, fecha en que alcanzó la sanidad o estabilidad lesional y no, como se hace en la sentencia recurrida, el del año 2005, fecha del siniestro.*

El Juez de lo Penal ha optado por la aplicación del Baremo, aunque es obvio que podría haber optado por un sistema de libre determinación de la responsabilidad civil, dado que no nos encontramos ante lesiones derivadas de un hechos de la circulación. Ahora bien habiendo tomado tal decisión y visto el recurso que nos ocupa, procede examinar si ha seleccionado correctamente el Baremo aplicable en consideración al momento de ocurrencia del accidente laboral.

Al respecto hemos de recordar que, como señala la sentencia TS Sala 1ª, de 9-3-2010, nº 135/2010, rec. 1469/2005, " Este criterio, restrictivo, pero no completamente excluyente de la revisión casacional (de apelación se podría añadir), resulta igualmente aplicable cuando el tribunal de instancia toma como base orientativa para la fijación de los daños corporales el sistema de legal de tasación de los daños derivados del uso y circulación de vehículos de motor, pues puede examinarse en casación (en apelación) la infracción de esta base en aquellos casos en los cuales se aprecie una inexplicable o notoria desproporción entre lo que

resulta de la aplicación del expresado sistema y la indemnización fijada por la sentencia (STS 20 de diciembre de 2006), tal como se infiere a sensu contrario (por contraposición lógica) de la STS de 10 de febrero de 2006 ". Indicando la TS Sala 2ª, de 20-4-2010 que " El tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos, o verdaderas injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitario en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil (art. 110 y 111 de la L.E.Cri . y art. 109-2º C.Penal)".

Así las cosas debe aplicarse el Baremo vigente en el momento de estabilización de la secuelas, es decir, el día 3 de octubre de 2006. (STS 17 de abril del 2007, de 9, 10 y 23 de julio de 2008 y de 20 de abril del 2009). Por ello el recurso del Ministerio Fiscal debe ser estimado y dado que la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 24 de enero de 2006 fija en 1.057, 06 euros el valor del punto por secuelas dada la edad del lesionado y se han valorado en 13 puntos la secuelas en la sentencia de instancias, habría que fijar por dicho concepto una indemnización de 13.741, 78€ más un 10% de factor de corrección (1.374, 18€), más 2.835, 98€ por 43 días de hospitalización a razón de 60, 34 euros el día y 18.778, 49€ por los días de incapacidad (383 días a 49, 03€) con un 10% de factor de corrección, lo que hace un total de 38.891, 88 euros"

Brevemente, para terminar, la Ley 31/2015 de 22 de septiembre, establece en el **art 38** que" el momento de determinación de la **edad** de la víctima y los perjudicados, así como sus **circunstancias personales**, será el **momento del accidente** y también los **conceptos perjudiciales indemnizables**, los **criterios para su determinación** y los **elementos relevantes para aplicar el sistema**.

Por su parte el **art 40** dice que "la **cuantía** de las partidas resarcitorias, será la correspondiente a los **importes del sistema de valoración vigente a la fecha del accidente pero con la actualización correspondiente al año en que se determine por acuerdo extrajudicial o resolución. No procede la actualización desde el momento en que comienza del devengo de intereses moratorios**. También aplica estas reglas a los gastos realizados partiendo del nominal satisfecho en la fecha de desembolso y en cuanto a los pagos a cuenta, se actualizarán siguiendo estas reglas y se descontarán del importe total"

3.4.4 OTRAS CUESTIONES EN CUANTO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL

a) COMUNIDAD DE BIENES :

A ella, se refiere la **Sentencia de la Audiencia provincial de Córdoba , sección 3ª de 14 de julio**. No admite la condena de los comuneros como responsables civiles subsidiarios, una vez rechazada la condena a la Comunidad de bienes por carecer de personalidad jurídica. En el caso concreto, se rechaza por entender que se vulnera el principio acusatorio dado que se dirigió la acción frente a la Comunidad de bienes como tal y no contra los integrantes individualmente considerados que no se mencionaron en el auto de apertura de Juicio oral, ni se abrió para cada uno, pieza separada de Responsabilidad civil ni se les requirió para presentar escrito de defensa. Por ello, no pueden ser condenados dado que no tuvieron la oportunidad de oponerse y alegar así como articular prueba para evitar una eventual condena como responsables civiles.

" Por último, reprocha a la Sentencia, la Acusación Particular, el que no se haya acogido la responsabilidad civil subsidiaria de los comuneros partícipes de la Comunidad de Bienes, que es la que se ha venido a declarar en la Sentencia. Considera infringido, por ello, el artículo 392 del Código Civil. No cabe duda de que asiste, en abstracto, la razón al recurrente, en la medida en que resulta doctrina jurisprudencial asentada la que declara que al tratarse de una Comunidad de Bienes, ente desprovisto de personalidad jurídica, habrán de situarse en esa situación de responsables civiles todos y cada uno de los integrantes de la referida agrupación (así lo declara, por ejemplo la Sentencia de 16 de julio de 2015, ROJ: STS 3701/2015). Sin embargo, el obstáculo que se erige frente al expreso reconocimiento en esta Sentencia de

dicha realidad es el hecho de que, desde el Auto de apertura de juicio oral y hasta el momento en que éste se celebró, no se dirigió la acción civil correspondiente a dichos comuneros más allá de la expresamente enablada frente a dicha Comunidad. En la parte dispositiva del Auto de apertura se acuerda requerir a la misma, no a sus comuneros por separado y en su condición de tales, para prestar fianza en la cuantía correspondiente, como posibles responsables civiles. Tampoco se incoan piezas de responsabilidad civil al efecto, y, por último y, en realidad, más relevante, no hay traslado a los comuneros, en su condición de tales (no serían válidos los requerimientos hechos a los acusados en otra condición) a fin de que, según dispone el artículo 784, 1, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudieran presentar, en tanto que terceros responsables, escrito de defensa.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2.012 (ROJ: STS 8050/2012) pone de relieve la clara garantía que, para los acusados, comporta el principio acusatorio en un juicio criminal, en cuanto se proyecta en la información sobre la acusación, para poder defenderse con eficacia. Así pues, según señala la jurisprudencia, reiteradamente (entre otras en la citada resolución), el principio acusatorio impide que alguien puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre los términos del debate, tal y como hayan sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual significa además que ha de existir una correlación entre la acusación y el fallo.

Esta correlación no existiría entre acusación y la responsabilidad civil separada de cada uno de los comuneros. Por ello, aunque, según tiene reconocido la propia doctrina jurisprudencial citada, lo decisivo a la hora de enjuiciar la posible vulneración del principio acusatorio por esta razón no es la falta de homogeneidad formal entre objeto de acusación y objeto de condena, sino la efectiva constancia de que hubo elementos de hecho que no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa, la ausencia de escritos de calificación en tal concepto por quienes componen la comunidad en tanto que componentes de la misma veda la posibilidad de condenar a quien no ha podido, al no haber intervenido como tal, ser condenado a una responsabilidad civil solidaria como comunero.

No podemos, por consiguiente, situarnos fuera de estas pautas introduciendo la responsabilidad civil que le incumbía a los integrantes de la comunidad de bienes, si éstos no pudieron, con anterioridad al juicio, desde el punto de vista fáctico, acreditar y, desde el jurídico, argumentar en su descargo frente a tales imputaciones. Por ello, dichos aspectos hemos de considerarlos fuera del ámbito en que puede válidamente fundamentarse la pretensión de condena, en fase de apelación.

Con todo, la aplicación de preceptos como el artículo 392 del Código Civil y concordantes sigue siendo ejercitable por quien considere que deba exigir la responsabilidad civil declarada en este procedimiento a cargo de la Comunidad de Bienes"

Podríamos plantearnos la misma solución en relación a otros entes sin personalidad jurídica propia, por ejemplo ¿ qué ocurriría con las **Comunidades de propietarios?** ¿ la responsabilidad civil debe exigirse a los comuneros que en su caso responderían de forma solidaria o a la Comunidad de propietarios como tal, legalmente representada por el Presidente?

No obstante, el debate es más bien teórico dado que como regla general, las Comunidades de propietarios actuarán como promotores de la obra para provecho de sus partícipes, sin ánimo de lucro y sin carácter profesional por lo que centrándonos en la Responsabilidad civil es fácil que se excluya la petición, si se tiene en cuenta lo indicado por la Circular 4/201, sobre la posibilidad de que el particular(padre de familia) sea el que contrata la construcción o reparación de su vivienda en cuyo caso como regla general no será responsable civil directo ni subsidiario de los resultados lesivos.

b) FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA ASEGURADORA PARA EXIGIR CONDENA .

Se refiere a esta cuestión la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección segunda de 1 de marzo** desestimando el recurso de una aseguradora condenada al pago señalando. La Sentencia no fue recurrida por la Fiscalía ni por la Acusación particular, sólo por AXA, condenada como responsable civil directa que busca mediante el recurso la condena de otra aseguradora para compartir el pago de la indemnización. Se rechaza la pretensión y cuestiona la admisibilidad del propio recurso interpuesto, citando la constante jurisprudencia en la materia *"En relación a esta falta de legitimación, la sección 3º de esta A. Provincial se pronunciaba -en el ámbito del proceso civil- en sentencia de 29 de junio de 2012 de la siguiente manera: "que los demandados no pueden solicitar en apelación la condena de otro codemandado absuelto, que deviene firme si ha sido consentida por el actor y lo mismo señalábamos entre innumerables más en nuestra sentencia de 1 de junio de 2011 , reiterando la inviabilidad procesal de que un codemandado pueda, mediante el recurso de apelación pedir la condena de otro codemandado, cualquier que sea el vínculo de solidaridad o no entre ellos, y tanto sea propio como impropia, citado al efecto las SSTS de 12 de noviembre de 1992 , 7 de mayo de 1993 , 31 de diciembre de 1994 , 15 de diciembre de 2000 y 4 de marzo de 2002 .En la misma línea , se han pronunciado las sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona (Sec. 16ª) de 5 de julio de 2011 ; A Coruña (Sec. 4ª) de 9 de septiembre de 2011 ; Sevilla (Sec. 2ª) de 31 de octubre de 2011 ; Segovia , de 4 de noviembre de 2011 , citando la STS de 17 de febrero de 1992 o de 28 de enero de 2009 ; Madrid (Sec. 12ª) de 15 de marzo de 2012 ; o Lleida (Sec. 2ª) de 30 de marzo de 2012 , en la que , citando otra de la misma sección de 14 de marzo de 2011 , analizaba un supuesto muy similar al que nos ocupa y donde la codemandada-apelante solicitaba la condena de su aseguradora, también demanda, por no ser oponible la cláusula de exclusión de cobertura prevista en la póliza y decía en dicha resolución, en respuesta a ese recurso. que "... ni siquiera cabe entrar a analizar la corrección o no de su planteamiento, fundamentalmente porque lo que en definitiva pretende y solicita no es otra cosa que la condena de la aseguradora codemandada, absuelta en primera instancia. Es doctrina jurisprudencial reiterada y mantenida por esta Sala en múltiples resoluciones que un codemandado no puede solicitar la condena de otro codemandado puesto que tal posibilidad entra exclusivamente en el ámbito de actividad procesal de la parte actora, única legitimada para interesar un pronunciamiento de condena frente a tal codemandado absuelto por la sentencia de instancia, de modo que cada uno de los codemandados condenados podrá recurrir la sentencia solicitando su propia absolución pero no para pedir la condena de otro codemandado absuelto, que es lo que en definitiva solicita la ahora recurrente. Por tanto, el pronunciamiento absolutorio de la aseguradora sólo puede ser objeto de análisis en esta alzada en base a las alegaciones vertidas por la parte actora en su recurso, por ser ésta la única legitimada para impugnarlo." . En este sentido, ya decía la STS de 20 de diciembre de 2004 que "... vienen manifestando reiterada jurisprudencia (SS., entre otras, 7 de julio , 1 y 15 de diciembre de 2000 ; 22 de febrero , 30 de marzo , 8 y 17 de octubre de 2001 ; 14 de mayo , 21 de noviembre y 12 de diciembre de 2001 , 16 de abril y 13 de mayo de 2003) que un codemandado puede en un recurso argumentar la culpa de otro codemandado en orden a obtener su propia absolución, pero no puede pretender la condena de su codemandado para compartir la responsabilidad solidaria, porque ello contradice la dualidad de partes; cuya doctrina debe entenderse sin perjuicio del planteamiento que cupiere hacer en otro proceso en el que ambas partes estuvieren directamente enfrentadas." . En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 19 de mayo de 2005 , 13 de junio de 2006 , 12 de junio de 2007 y 21 de mayo de 2008 "*

En el mismo sentido la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 2ª de 21 de octubre de 2016** que niega la legitimación de la condenada como responsable civil subsidiaria para que se dejara sin efecto el límite de 90.000 euros de la póliza ratificando que no tiene legitimación en tanto que se persona solo como defensa y no como acusación.

c) **MOMENTO VIGENCIA DE LA PÓLIZA.** Se plantea en la **Audiencia Provincial de Málaga y se resuelve en Sentencia de la sección 2ª nº 216/2016 de 29 de abril** que afirma que la póliza debe estar vigente cuando ocurre el siniestro que es cuando debe comprobarse que la póliza tiene cobertura añadiendo que el hecho de que se dé conocimiento del siniestro a la aseguradora mucho tiempo más tarde, o incluso cuando ya había acabado la cobertura, no afecta a la validez sino a lo sumo afectará a los intereses moratorios para la aseguradora.

3.5 RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL Y EMPRESAS USUARIAS.

El **Real Decreto 216/1999 de 5 de febrero**, regula las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el ámbito de las ETT estableciendo los deberes de la empresa de trabajo temporal y de la empresa donde prestan finalmente trabajo . Resumiendo mucho la materia, se establece que:

1. La empresa usuaria deberá proporcionar a la ETT **información completa sobre los riesgos** generales existentes en su centro de trabajo, los particulares del puesto de trabajo a cubrir, **las medidas preventivas** a adoptar frente a los mismos, **la formación preventiva que debe poseer el trabajador/a** puesto a disposición y las medidas de vigilancia de la salud que deben adoptarse con relación al puesto de trabajo a desempeñar.

Para asegurar el cumplimiento de lo anterior, la celebración de un contrato de puesta a disposición sólo será posible para la cobertura de un puesto de trabajo respecto del que se haya realizado previamente la preceptiva evaluación **de riesgos**.

2.- La **ETT** deberá seleccionar un trabajador/a capacitado desde el punto de vista preventivo para el puesto a cubrir garantizando que antes del comienzo de la prestación efectiva del servicio dicho trabajador/a recibe la **formación preventiva necesaria**. La ETT debe, además, poner a disposición del trabajador/a toda la **información recibida de la empresa usuaria**.

3.- Antes del inicio de la prestación del servicio, la **empresa usuaria debe comprobar que la ETT ha cumplido sus obligaciones y reiterará la información al trabajador sobre los riesgos** generales de la empresa y los propios del puesto de trabajo, así como las medidas de prevención especialmente en situaciones de emergencia.

4.-La empresa usuaria informará a los Delegados/as de Prevención y al Servicio de Prevención o a sus trabajadores designados de la incorporación de estos trabajadores/as, quienes podrán acudir a los Delegados/as de Prevención de la empresa usuaria para la tutela de sus derechos de salud laboral.

5.- La empresa usuaria es **responsable de las condiciones de ejecución del trabajo** de los trabajadores/as puestos a disposición.

6.- La **ETT** debe asegurar a sus trabajadores/as la **vigilancia periódica de su estado de salud**. La empresa usuaria informará a la ETT de todas las circunstancias relevantes para la correcta realización de esta vigilancia periódica de la salud.

7.- Los trabajadores de ETT **no pueden ser adscritos a trabajos de especial peligrosidad**, como por ejemplo los que impliquen manipulación de explosivos o con riesgo de alta tensión, algunas actividades de construcción y minería, los que se ejecuten en plataformas marinas, los trabajos con exposición a radiaciones ionizantes o a agentes cancerígenos, mutagénicos, tóxicos o biológicos especialmente peligrosos.

Partiendo de esta regulación, se dicta **Sentencia por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 7ª de 25 de mayo**. Se absuelve a la empresa de Trabajo Temporal precisamente porque no consta acreditado que hubiera dejado de cumplir las obligaciones en materia de formación e información y vigilancia de la salud y condena a la empresa usuaria por someter al trabajador a un riesgo superior , no contemplado en el contrato de puesta a disposición- riesgo de atrapamiento por la manipulación o contacto con la máquina de sondeo- ni tampoco se acreditó que hubiera recibido formación en consonancia con este riesgo no incluido.

Además también incumple su obligación de velar por las condiciones materiales de trabajo dado que la máquina carecía de resguardos o protecciones que impidiesen el acceso a partes móviles en movimiento , ni siquiera el proporcionó mono de trabajo debiendo usar uno de su propiedad de empresa distinta cuyo anagrama trató de ocultar vistiendo la camiseta cuyo enganche con la máquina propició lo ocurrido.

3.6º. TRATAMIENTO DE LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES Y OBLIGACIONES EN MATERIA PREVENTIVA

La Sentencias siguen los criterios de los Fiscales especialistas, admitiendo la llamada “ responsabilidad en cascada” así como excluyendo la exoneración de responsabilidad penal por la mera delegación, recordando los requisitos para que se excluya la responsabilidad penal del delegado. Entre otras podemos citar, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada sección 1º nº 630/2016 de 25 de noviembre** que recuerda que *"en ningún caso cabrá exclusión de responsabilidad penal con fundamento en un mero cumplimiento formal o aparente o con base a una mera delegación. Ciertamente es que el conocimiento del riesgo laboral exige en muchas ocasiones un conocimiento técnico especializado que motiva la delegación sin que en ningún caso tal delegación pueda servir de motivo de exoneración de su propia responsabilidad, x lege , del delegante que no puede desprenderse de su posición de garante por Ley respecto de la salud y seguridad de*

sus trabajadores debiendo controlar las fuentes de peligro que provengan del funcionamiento de su propia empresa. Lo que ocurrirá es que existirán dos responsables añadidos y dueños de su propia responsabilidad el delegante y delegado(..) El delegante sigue diciendo debe controlar en todo caso a aquél en quien ha delegado la gestión y evitación o su caso minimización de las fuentes de peligro siendo así que la norma de cuidado en el campo de la delegación se constituye en torno a tres premisas: deber de elección, deber de instrumentalización y de control del modo en que se desarrolla la delegación"

También se asume con casi criterio unánime el principio asentado de responsabilidad en cascada así por ejemplo **Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada sección 2ª nº 272/2016 de 3 de mayo** : *"la concurrencia en el resultado de otros profesionales que hayan infringido también sus obligaciones en materia de seguridad en el trabajo no exonera a ninguno de ellos de la así llamada " responsabilidad en cascada" en este tipo de delitos(STS de 26 de julio de 2000)*

Sentencia de la Audiencia provincial de Cádiz sección 4ª de 21 de marzo de 2016 que afirma que sujeto activo del delito son todos aquellos que asumen obligaciones vía delegación

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 2ª nº 231/2016 de 23 de mayo *" en materia de construcción la delimitación de las personas obligadas, definidas en la LOE , habrá de efectuarse en el ámbito de la delegación de funciones(..) construyendo una posición de garantía en el delegado sin cancelar la del delegante, éste ya no ha de controlar directamente la fuente de peligro sino a la persona a quien se ha conferido el dominio de la fuente de peligro mencionando la STS de 14 de julio de 1999 acerca de las premisas de la delegación que permite perfectamente la concurrencia de varias personas en la producción del hecho típico: deber de elección, instrumentalización y control".*

Resultan frente llamativas, dos Sentencias dictadas por un mismo Ponente dentro de los Magistrados que componen la Sección 2ª de Granada que parece apartarse de estos criterios admitidos y así **Sentencia de la Sección 2ª de Granada nº 142/2016 de 7 de marzo**. El Juzgado de lo Penal nº 1 de Motril absuelve y recurre el Ministerio Fiscal. Además de recordar la imposibilidad de revocar sentencias absolutorias cuando se alega error en la valoración de la prueba, se afirma que *" lo que en definitiva subyace es dilucidar si las concretas responsabilidades descritas en los hechos a los tres acusados colman los requisitos del tipo penal. Y en esta tarea es preciso descartar, de primera mano, la eventual responsabilidad del representante legal de la empresa, por tener delegadas las funciones de seguridad en terceras personas(había designados dos coordinadores de seguridad y un responsable de recursos preventivos)"*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 2ª de 23 de mayo que absuelve al administrador de la empresa , porque no estaba acreditada la habitualidad en la tarea y tenía delegadas las funciones de seguridad en el encargado.

3.7º. RECURSOS CONTRA SENTENCIAS ABSOLUTORIAS

Las Audiencias Provinciales destacan la imposibilidad de revocar Sentencias absolutorias basadas en un error en la valoración de la prueba practicada siendo en la práctica de extrema dificultad, articular los recursos contra Sentencias Absolutorias.

Para muestra lo que indica categóricamente **la Sentencia de la Audiencia provincial de Granada sección 2ª de 18 de enero de 2016** que resume la posición de las Audiencias Provinciales : *esta Sala no puede obviar la muy consolidada doctrina del Tribunal Constitucional iniciada en sus sentencias 167/02 de 18 de septiembre ó 179/2002 de 30 de septiembre, que prohíbe a los tribunales de apelación condenar al apelado absuelto sin los requisitos procesales que dimanen de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (T.E.D. H.), indicando la primera de dichas sentencias que "cuando el tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o la inocencia del acusado, el T.E.D. H. ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niega haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas", añadiendo además que "...en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practica nueva prueba no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en primera instancia cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción", reiterándose esta doctrina en muy diversas sentencias posteriores, entre otras la núm. 50/2004 de 30 de marzo, la núm. 72/2007 o la de fecha 23 de febrero de 2009.*

Es más, consciente el Tribunal Constitucional de las nuevas técnicas con que actualmente cuenta la jurisdicción para la grabación y reproducción de lo actuado en el proceso (hasta el punto de que tras las recientes reformas procesales resulta ya inexcusable la grabación de las vistas y juicios orales, que ha venido a sustituir la redacción de las actas), reitera no obstante en sus últimas resoluciones, a los efectos del recurso de apelación contra sentencias absolutorias dictadas en el proceso penal, que no puede desaparecer en los tribunales de apelación la garantía de la inmediación, de suerte que aún encontrándose grabado el juicio, sólo podría revocarse la valoración que de la prueba personal hizo el Juez de instancia oyendo el tribunal directa y personalmente a los declarantes, sin que baste con el visionado de la grabación salvo excepciones expresamente contempladas en la Ley; y deja al criterio de cada tribunal de apelación la interpretación de las normas que regulan en la Ley de Enjuiciamiento Criminal la celebración de las vistas de apelación y las pruebas susceptibles de practicarse en la segunda instancia (vg., STC de 18 de mayo de 2009, 11 de enero de 2010 y 12 de septiembre de 2011).

En definitiva, esa doctrina constitucional está impidiendo toda posibilidad de revisar sentencias absolutorias en la segunda instancia si no se ha complementado el proceso penal con una especie de repetición ante el Tribunal de apelación de todas las pruebas personales que tuvieron lugar en la primera a fin de poder apreciar y valorar directamente su resultado en función de la inmediación, se complemente o no con el visionado de la grabación del juicio oral celebrado en la primera instancia.

Sin embargo, esa posibilidad tropieza, según consolidado criterio de las secciones penales de esta Audiencia Provincial de Granada, con el impedimento de la ausencia en nuestra legislación procesal penal de una norma que autorice semejante proceder en la segunda instancia; de hecho, la regulación de la apelación de las sentencias dictadas en el procedimiento abreviado en el art. 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo permite en segunda instancia la práctica de pruebas no practicadas en la primera, en modo alguno la celebración de una especie de segundo juicio que, por lo demás, sería de dudosa utilidad para garantizar las exigencias de la inmediación y la contradicción orientadas hacia la fiabilidad, espontaneidad y veracidad de la prueba.

*En el presente caso no existe posibilidad jurídico-procesal para celebrar la prueba que ya tuvo lugar en el acto del juicio oral, resultando así inatacable el pronunciamiento absolutorio recaído ya que lo que propone el M° Fiscal apelante, en definitiva una nueva valoración de la prueba de cargo desestimada por el Juez a quo negándole eficacia suficiente para declarar la culpabilidad del acusado, y la sustitución del relato de hechos probados de la sentencia por otro que permita subsumirlos en la calificación jurídica propugnada, le está vedado a este Tribunal en observancia de la doctrina constitucional expuesta, lo que abunda en la necesidad de confirmar la sentencia apelada, a **la espera de una reforma legislativa de la segunda instancia penal que concilie esta doctrina con el derecho de las partes al recurso y a la prueba, que hasta la fecha no se ha producido sino para declarar el nuevo art. 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hoy ya en vigor para los nuevos procesos que se incoen tras la reforma operada por Ley 41/2015, la imposibilidad de apelar sentencias absolutorias salvo cuando se alegue alguna causa de nulidad que invalide la sentencia**”.*



Centro de
Estudios
Jurídicos