GUÍA JURISPRUDENCIAL CORRESPONDIENTE AL AÑO 2020

Unidad de Siniestralidad Laboral de la Fiscalía General del Estado

Elaborada en el año 2021

Tabla de contenido

1. INTRODUCCIÓN 5

2. GENERALIDADES QUE AFECTAN A LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE RIESGO DEL ART. 316 CP. 5

2.1 Doctrina general sobre el art. 316 CP 5

2.2 Autoría y participación 17

2.3 Bien jurídico protegido 19

2.4 Concepto de medios 19

2.5 Deber de control 20

2.6 Deber de vigilancia 21

2.7 Delegación de funciones 24

2.8 Dolo 25

2.9 Falta de evaluación de riesgos psicosociales 26

2.10 Facilitar medios 28

2.11 Formación 30

2.12 Gravedad de la infracción administrativa 30

2.13 Medidas de seguridad 31

2.14 Norma penal en blanco 32

2.15 Principio de confianza 33

2.16 Relación de causalidad 35

2.17 Sujeto pasivo 36

2.18 Teoría de la imputación objetiva 38

3. DETERMINACIÓN DEL SUJETO ACTIVO DEL TIPO DEL ART. 316 CP. INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN LEGALMENTE OBLIGADO 39

3.1 El sujeto legalmente obligado 39

3.2 El administrador 42

3.3 El coordinador de seguridad 52

3.4 El director de ejecución 54

3.5 El director de fábrica 56

3.6 El empresario 58

3.7 El gerente 66

3.8 El jefe de buque 68

3.9 El jefe de mantenimiento 70

3.10 El jefe de obra 70

3.11 El promotor no profesional 71

3.12 El recurso preventivo 72
3.13 El responsable de producción 74
3.14 El técnico de prevención 75
4. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DELITO IMPRUDENTE DE RIESGO DEL ART. 317 CP. 77
5. DIFERENCIAS ENTRE EL ART. 316 Y 317 CP 79
6. DOCTRINA DE LOS CONCURSOS 80
6.1 Concurso de normas 80
6.2 Concurso ideal 81
6.3 Distinción entre el concurso de normas y el concurso ideal 83
7. DIVERSAS CUESTIONES SUSTANTIVAS 84
7.1 Distinción entre la infracción penal y la administrativa 84
7.2 La inspección de trabajo. Informes 85
7.3 No denuncia del trabajador. Efectos 91
7.4 Non bis in idem 92
7.5 Principio de intervención mínima 103
7.6 Trabajador menor 103
7.7 Valoración jurídico penal de las condiciones laborales 104
8. INFRACCIONES DE RESULTADO. LA GRAVEDAD DE LA IMPRUDENCIA. 106
9. LA IMPRUDENCIA DEL TRABAJADOR 118
9.1 La imprudencia del trabajador 118
9.2 La autopuesta en peligro 122
10. LA PENA DE INHABILITACIÓN PROFESIONAL 129
11. LA PENA DE MULTA 130
12. ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS 130
13. ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO 136
14. DIVERSAS CUESTIONES PROCESALES 139
14.1 Art. 324 LECr. 139
14.2 Auto de sobreseimiento 144
14.2.1 Sólo se han infringido las normas de salud pública 144
14.2.2 Reapertura de causa sobreseída: requisitos 145
14.3 Auto de transformación de diligencias previas 147
14.4 Costas 148
14.5 Legitimación 151
14.5.1 Legitimación para recurrir 151
14.6 Incongruencia omisiva 153

14.7 Motivación de las sentencias absolutoria 156
14.8 Principio in dubio pro reo 157
14.9 Recurso de apelación 157
14.10 Valoración de la prueba en segunda instancia de sentencias absolutorias 161
14.11 Valoración de la prueba. Inmediación 162
14.12 Valoración de los informas del médico forense 163
14.13 Valor de los hechos probados en la sentencia penal en la jurisdicción social. 164
15. LA RESPONSABILIDAD CIVIL 165
15.1 Baremo 165
15.1.1 Baremo. Fecha 165
15.1.2 Baremo obligatorio 166
15.1.3 Baremo orientativo 167
15.2 Cláusulas delimitadoras 168
15.3 Concurrencia de culpas 171
15.4 Distribución de cuotas 174
15.5 Hecho de circulación 175
15.6 Indemnización lesiones imprudentes 175
15.7 Intereses moratorios 177
15.8 Legitimación activa de la mutua para recurrir 198
15.9 Lucro cesante. Cálculo 201
15.10. No responsabilidad civil de la empresa al no resultar condenado ninguno de sus trabajadores 202
15.11 Perjuicios morales a familiares 202
15.12 Prescripción de la acción civil 204
15.13 Renuncia al ejercicio de la acción civil 205
15.14 Responsabilidad civil de la aseguradora. Supuestos 211
15.15 Responsabilidad civil. Delito de riesgo 214
15.16. Responsabilidad civil directa 216
15.17 Responsabilidad civil del propietario de la obra 217
15.18 Responsabilidad civil de la promotora 218
15.19 Responsabilidad civil subsidiaria 220
15.20 . Revisión de la responsabilidad civil de las sentencias 225
16.-COVID-19 227

1. INTRODUCCIÓN

Como cada ciclo anual y a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en la Instrucción 1/2015 de la Fiscalía General del Estado, se elabora esta guía jurisprudencial relativa al año 2020. Las especiales circunstancias que ha rodeado este periodo temporal han supuesto una menor actividad judicial, que se ha visto reflejada en un descenso en el número de sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales. A pesar de ello, la Unidad de Siniestralidad Laboral ha tratado de enriquecer el contenido de la guía a fin de facilitar la labor de todos los fiscales que despachan asuntos de siniestralidad laboral.

Este año se reseñan, además de las sentencias emanadas de las Audiencias Provinciales, determinados autos dictados, tanto por estas como por los Tribunales Superiores de Justicia que se han estimado de interés. También se ha dado entrada a una sentencia dictada por la Sala IV del Tribunal Supremo, que establece una interesante doctrina sobre el “non bis in idem” y otra de la Sala II relativa a los requisitos de la responsabilidad civil subsidiaria. Finalmente, y, como no podía ser de otra manera, como consecuencia de la situación de pandemia y alerta sanitaria vivida durante el año 2020, se ha dedicado el último de los apartados a reseñar diversas resoluciones judiciales en materia de Covid-19 que, sin duda, darán una clara visión sobre la doctrina que han ido sentando nuestros tribunales con motivo de las diferentes querellas o denuncias presentadas.

Por último, añadir que, se ha cuidado especialmente la elaboración de un detallado índice por materias, que haga más asequible la labor de búsqueda y consulta de las diferentes resoluciones.

2. GENERALIDADES QUE AFECTAN A LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE RIESGO DEL ART. 316 CP.

2.1 Doctrina general sobre el art. 316 CP

DOCTRINA SOBRE AL ART. 316 CP

SAP TARRAGONA (2ª) Nº 115/2020, DE 24 DE MARZO. REC: 157/2019. PTE: IGNACIO ECHEVARRÍA ALBACAR

Tal y como establecen las SSTS de 29 julio de 2002 y de 19 de octubre de 2000, el artículo 316 del Código Penal, incluido en el Título XV "De los Delitos contra los derechos de los Trabajadores", supone el reconocimiento de un interés susceptible de protección, la clase trabajadora en cuanto tal, como sujeto de derechos, incluyendo en dicho título - arts. 311 a 318 - el catálogo de acciones que atentan contra los trabajadores en desarrollo del principio rector de política

social y económica de velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 C.E), lo que en sede doctrinal recibe el nombre de "Derecho Penal del Trabajo".

El tipo penal del art. 316 se trata de un tipo penal de estructura omisiva o más propiamente de infracción de un deber que protege la seguridad en el trabajo entendido como la ausencia de riesgos para la vida y la salud del trabajador dimanante de las condiciones materiales de la prestación del trabajo, bien jurídico autónomo y por tanto independiente de la efectiva lesión que en todo caso merecería calificación independiente, en el que el sujeto activo, los legalmente obligados, ocupan una posición semejante a la de garante, debiendo recordar que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales -Ley 31/1995, de 8 de noviembre- en su art. 14.2 impone al empresario un deber de protección frente a los trabajadores para garantizar su seguridad y la salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo en términos inequívocos "...el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio..." "...el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas...". Los empresarios o titulares de la empresa son los posibles sujetos activos del delito, pero no sólo ellos, sino también, desde una perspectiva penal, los administradores y encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello, a los que se refiere el art. 318 del CP.

También, sobre los sujetos activos del delito, es decir, los que están legalmente obligados a facilitar medios de seguridad e higiene, la STS núm. 1654/2001 (Sala de lo Penal), de 26 septiembre , declara que no son únicamente los empresarios según el artículo 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, pues no puede excluirse la obligación legal de los técnicos, que por sus funciones, han de estar a pie de obra y obligados a controlar y verificar que se cumplen los requisitos precisos para el buen fin de la misma y, entre ellos, los de seguridad y protección de riesgos generados por la obra, porque, aunque no empresarios, sólo mediante su control y comprobaciones se puede evitar la omisión del empresario, de tal modo que su omisión puede constituir una cooperación necesaria a la comisión del delito y, por ello, puede entendérseles sin lugar a dudas como autores también del mismo delito.

Es decir, nada obsta a que pueda existir responsabilidad penal exclusiva de persona distinta al empresario cuando éste ha cumplido sus obligaciones, ya que de lo que se trata en realidad, es de determinar material y no solo formalmente quién realmente tiene la competencia y puede ejercerla en relación a la seguridad e higiene, ya que la responsabilidad penal, debe, necesariamente, referirse a una actuación dolosa o imprudente.

El elemento normativo del tipo se refiere a "...la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales ...", lo que permite calificar el delito como tipo penal en blanco -en este sentido STS de 12 de noviembre de 1998 - de suerte que es la infracción de la normativa laboral la que completa el tipo, bien entendido que no bastara cualquier infracción administrativa para dar vida al tipo penal, porque esta exige, en adecuado nexo de causalidad, que la norma de

seguridad infringida debe poner en "peligro grave su vida, salud o integridad física" la que nos envía a infracciones graves de la normativa laboral que lleven consigo tal creación de grave riesgo.

En definitiva, no basta para integrar el tipo penal cualquier infracción de normas de seguridad, pues ello extendería indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con el principio de intervención mínima y de seguridad jurídica, por ello, la integración del tipo penal con la normativa de la prevención de riesgos laborales, sólo debe ser en relación con la infracción de los más graves preceptos cuya omisión es capaz de generar aquel grave peligro. Por tanto, es preciso, para la integración del tipo que, con la infracción de aquellas normas de cuidado y la omisión del cumplimiento del deber de facilitar los medios necesarios para el desempeño del trabajo en las debidas condiciones de seguridad e higiene, se ponga en peligro grave la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores, sin que sea necesario que el peligro se concrete en una lesión efectiva puesto que el delito en cuestión es un tipo de riesgo.

Efectivamente, la aplicación del artículo 316 del C.P responde a la idea de adelantar la línea de intervención punitiva pues tiene la estructura característica de un delito de omisión y de peligro concreto grave, que lo configura autónomamente de los delitos de resultado y permite la compatibilidad entre ambos si el resultado lesivo se produce, y ello sin perjuicio de que pueda resultar de aplicación la consunción del artículo 8.3º del C.P, pues, en algunas ocasiones, el delito de resultado absorberá al de peligro como una manifestación lógica de la progresión delictiva, pero en otras, como ha declarado en anteriores ocasiones esta Sala, el delito de peligro no quedará consumido por el de resultado cuando, por ejemplo, se genera un peligro

DOCTRINA GENERAL SOBRE EL ART. 316 CP

AAP SORIA (1ª) Nº 47/2020, DE 17 DE FEBRERO. PTE: MARÍA BELÉN PÉREZ-FLECHA DÍAZ

Comenzando con el tipo penal del delito contra la seguridad de los trabajadores que se argumenta en el recurso, y siguiendo el *Auto de esta Sala de 26 de enero de 2017* (Ponente Sr. Sánchez Siscart) diremos en primer lugar que los tipos penales previstos en los *arts. 316* y *317 CP,* tienen como bien jurídico protegido la vida y la salud de los trabajadores. Se trata de tipos penales de peligro concreto (uno doloso, el otro imprudente) de forma que para integrar estos tipos no basta con que la afectación a los bienes protegidos se proyecte en abstracto. Se requiere, de hecho, que la probabilidad cristalice en un peligro concreto. La esencia de estos delitos no reside, por tanto, en la mera infracción de un deber de seguridad fundamentado en normas de derecho público indisponibles, como la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Es decir, el peligro penalmente típico es sólo el grave, y para determinar la gravedad hay que atender tanto a la normativa infringida como a la relevancia material de la conducta con respecto a la vida, integridad y salud de los trabajadores, o lo que es lo mismo, lo que se

castiga en el *art. 316 CP* es poner en peligro concreto la vida, la integridad y la salud de los trabajadores, con plena conciencia y constancia del peligro, dado que estamos ante un delito doloso, y lo que se castiga en el art. 317 (realización imprudente del tipo de peligro) es poner en peligro concreto los bienes jurídicos protegidos, con una conducta calificada jurídicamente de imprudencia temeraria o grave.

El delito del *artículo 316 del Código Penal* dirige su sanción a los legalmente obligados a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas; contiene una conducta omisiva y exige un comportamiento de peligro concreto y grave para la vida, salud o integridad física de los trabajadores, que ha de estar conectado jurídicamente con la conducta omisiva, de modo que el peligro grave se habría evitado o podido evitar, en el supuesto de que el sujeto activo hubiera facilitado los medios necesarios para garantizar la seguridad e higiene de los trabajadores; como tipo penal en blanco, se integra con la normativa de la prevención de riesgos laborales, siempre en relación con la infracción de los normas de prevención capaces de generar un grave peligro para la vida, salud o integridad física.

En este sentido, no puede olvidarse que la jurisprudencia insiste en que no toda infracción administrativa debe parificarse con la conducta delictiva, pues para ello debe ofrecerse un nexo de causalidad. En esta línea la *STS de 29 de julio de 2002* prescribe que "no bastaría cualquier infracción administrativa para dar vida al tipo penal, porque ésta exige un adecuado nexo de causalidad, de forma que la norma de seguridad infringida debe poner en «peligro grave su vida, salud o integridad física».

La estimación del tipo exige que el resultado producido por la conducta deba ser previsible en el momento de la misma y haber sido producido causalmente por ella. La previsión del resultado y de la cadena causal constituirá, junto a la exigencia de que aquél sea debido a la inobservancia del cuidado debido, el segundo momento de la conexión de lo injusto de la acción con lo injusto del resultado.

Para la apreciación del delito que nos ocupa no es suficiente con que exista una propuesta de sanción por parte de la Inspección de Trabajo, ni que ésta haya calificado de grave la infracción por falta de medidas de seguridad, porque se exige en adecuado nexo de causalidad que la norma de seguridad infringida debe poner en "peligro grave su vida, salud o integridad física". Otra concepción en la línea de bastar para la integración del tipo penal cualquier infracción de normas de seguridad, extendería indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con el principio de mínima intervención y de seguridad jurídica.

En esta misma línea, la *STS de 29-7-2* .002, Pte. Sr. Giménez García, indica que el tipo penal contenido en el *art. 316 del CP* precisa de una integración con las normas laborales que recogen las distintas obligaciones de los empresarios y obligados a prevenir los riesgos laborales y no basta con cualquier infracción de una de estas obligaciones para que surja la conducta penalmente sancionada,

sólo las infracciones más graves de estas obligaciones serán susceptibles de integrar el tipo penal. En palabras de la sentencia citada: la integración del tipo penal (con) cualquier infracción de normas de seguridad extendería indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con el principio de mínima intervención y de seguridad jurídica. En definitiva, podemos concluir que la integración del tipo penal con la normativa de la prevención de riesgos laborales, sólo debe ser en relación con la infracción de los más graves preceptos cuya omisión es capaz de generar aquel grave peligro. Se está en consecuencia ante una infracción de una norma de seguridad que se ha reconvertido en tipo penal por la mayor lesividad que aquella infracción conlleva para el bien jurídico de la vida, salud o integridad del colectivo de trabajadores.

DOCTRINA DEL ART. 316 CP

SAP CUENCA (1ª) Nº 71/2020, DE 30 DE JUNIO. PTE: ERNESTO CASADO DELGADO

El art. 316 del Código Penal sanciona a quien, estando legalmente obligado, no facilite los medios necesarios para que los trabajadores a su servicio desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud e integridad, infringiendo, con ello, de forma grave, las normas de prevención de riesgos laborales.

Se trata de un delito doloso (el tipo imprudente se prevé en el art. 317 CP), de omisión y de peligro en el que, a la ausencia de las medidas de seguridad e higiene adecuadas, se añade la exigencia de que tal conducta produzca, en conexión causal, un peligro grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. Esa conducta omisiva, creadora del riesgo, debe ser de medidas de seguridad exigibles conforme a las normas de prevención de riesgos laborales, a las que se remite de forma expresa la norma penal y que pasa a si a configurarse como auténtico elemento normativo del tipo. Por último, la condición de autor se limita a los legalmente obligados a facilitar tales medidas de seguridad conforme la exigencia de la normativa laboral (*SAP Palencia de 15-02-2017 -Recurso 40/2016).*

La SAP de Soria de 10/02/2020 (recurso 12/2020) señala:

“Es preciso tomar en cuenta cuál es la doctrina de esta Sala en interpretación de estos tipos penales, como se deduce del contenido de resolución de fecha de 26 de enero de 2017, recurso 13/2017, donde se indicaba que los tipos penales previstos en los artículos 316 y ss del CP , tienen como bien jurídico protegido la vida y salud de los trabajadores, se trata de tipos penales de peligro concreto, uno doloso, otro imprudente, de forma que para integrar estos tipos no basta con que la afectación a los bienes jurídicos protegidos sea en abstracto. Se requiere que la posibilidad cristalice en un grave peligro concreto, la esencia de estos delitos no reside, por tanto, en la mera infracción de un deber de seguridad tal como viene establecido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, de tal

manera que se exige que exista un peligro, y además, grave. Y para determinar la gravedad hay que atender a la normativa infringida como a la relevancia material de la conducta con respecto a la vida, integridad, y salud de los trabajadores, o lo que es lo mismo, determinar si con la conducta cometida se ha puesto en peligro concreto la vida o integridad física de los trabajadores.

El delito del artículo 316 del CP, dirige su sanción a los legalmente obligados a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad adecuadas. Contiene una conducta omisiva y exige un comportamiento de peligro concreto y grave para la vida o integridad física de los trabajadores, que ha de estar conectado jurídicamente con la conducta omisiva, de manera que el peligro grave se hubiera podido evitar en el supuesto que el sujeto activo hubiera facilitado los medios necesarios para la seguridad e higiene de los trabajadores. En este sentido, debemos considerar que la jurisprudencia insiste en que no toda infracción administrativa debe parificarse como conducta delictiva, pues para ello se exige la antijuridicidad propia del tipo penal, y la culpabilidad. Y un nexo de causalidad. Así la STS de 29 de julio de 2002, prescribe que no bastaría cualquier infracción administrativa para dar vida al tipo penal, sino un adecuado nexo de causalidad, de forma que la norma de seguridad infringida debe poner en peligro grave la vida o salud del trabajador.

La estimación del tipo exige que el resultado producido por la conducta deba ser previsible en el momento de la misma, y haber sido producido causalmente por ella. Esta previsión constituirá, junto con la exigencia de que aquel sea debido a la inobservancia del cuidado debido, y a la conexión de lo injusto de la acción con lo injusto del resultado.

Siendo este tipo de delito integrado en un sector del ordenamiento jurídico presidido por el principio de intervención mínima, al que cabe acudir cuando las cuestiones o conflictos no pueden ser solventados en otros campos de Derecho, de tal manera que no toda actuación que derive en un resultado dañoso determinará la existencia de una infracción penal. No siendo bastante que exista una propuesta de sanción por parte de la Inspección de Trabajo, ni que se haya calificado como grave, porque el código Penal exige que la norma de seguridad infringida ponga en grave peligro la vida o integridad física del trabajador, porque en caso contrario, determinaría que toda infracción de normas de seguridad extendería indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con la mínima intervención propia del Derecho Penal y de seguridad jurídica. Así la STS de 29 de julio de 2002, señalaba que el tipo penal del artículo 326 del CP, precisa de una integración de las normas laborales que recogen las distintas obligaciones de los empresarios y obligados a prevenir los riesgos laborales, y no basta con cualquier infracción de una de estas obligaciones para que la conducta sea penalmente sancionada, y sí solo las infracciones más graves. La integración del tipo penal con la normativa de prevención de riesgos laborales, solo debe ser en relación con la infracción de los más graves preceptos, cuya omisión es capaz de generar aquel grave peligro, siendo una infracción de norma de seguridad, que se ha convertido en sanción penal, por la mayor lesividad que

dicha infracción conlleva, para el bien jurídico protegido."

DOCTRINA DEL ART. 316 CP

SAP LEÓN (3ª) Nº 126/2020, DE 15 DE ABRIL. REC: 1352/2019. PTE: TEODORO GONZÁLEZ SANDOVAL.

Recordamos en tal sentido con la *STS 1233/2002 de 29/7* que el delito previsto en el *artículo 316 del Código Penal* se configura mediante los siguientes requisitos: 1º) Un elemento normativo: "infracción de las normas de prevención de riesgos laborales", que permite calificar el delito como tipo penal en blanco (*STS 1360/98 de 12/11*) de suerte que es la infracción de la normativa laboral la que completa el tipo; 2º) Conducta omisiva por el sujeto activo pese a estar "legalmente obligado a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad en condiciones de seguridad e higiene adecuadas", lo que supone el incumplimiento de las normas de cuidado expresamente establecidas en la legislación laboral y, 3º) Infracción de las normas de cuidado con omisión de la normativa laboral, materializada en el incumplimiento del deber de facilitar los medios necesarios para el desempeño del trabajo en las debidas condiciones de seguridad e higiene, que conlleva un peligro grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores, sin que sea necesario que el peligro se concrete en una lesión efectiva, al tratarse de un riesgo concreto, no de resultado.

Es decir, como analiza la *STS de 26/9/2001,* el tipo penal inserto en el *artículo 316 del Código Penal*, se configura como un delito de naturaleza omisiva, integrado por la infracción del deber de proteger la seguridad en el trabajo entendida como la ausencia de riesgo para la vida, integridad física y salud del trabajador, todo ello en consonancia con los principios rectores específicamente incluidos en el *artículo 40.2 de la Constitución*. La conducta típica consiste, por tanto, en omitir el cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad de los trabajadores que el ordenamiento impone a los sujetos activos, lo cual lleva a entender, por un lado, que se trata de una norma penal de blanco precisada de remisión en cada caso al precepto concreto que se infringe en materia de prevención de riesgos laborales y, por otro, que la posición de estos es asimilable a la de garante en cuanto se establece a su cargo un plus especifico de obligada atención y cuidado de la seguridad de terceros, obligaciones estas que, por otra parte, pueden ser inobservadas tanto por vía dolosa (artículo 316) como culposa (artículo 317)".

DOCTRINA GENERAL DEL ART. 316 CP

SAP BURGOS (1ª) Nº 137/2020, DE 14 DE MAYO. PTE: ROGER REDONDO ARGÜELLES.

En cuanto a la aplicación indebida de la Norma Jurídica debemos dejar sentado que para la aplicación del artículo 316 del Código Penal deben concurrir:

1º) Infracción de las normas de prevención de riesgos laborales.

2º) Omisión de facilitar medios necesarios para el desempeño del trabajo.

3º) Condiciones de seguridad adecuadas, que en este caso lo eran y estaban exigidas por las normas reguladoras de esa protección frente a riesgos laborales.

4º) Efecto de poner en peligro la vida o integridad física de los trabajadores.

Lo dicho supone que la acción típica de peligro se consuma por el mero hecho de no facilitar las medidas de seguridad para el trabajador que realiza su actividad en condiciones de especial riesgo para su salud e integridad; y ello sin perjuicio de la responsabilidad penal que proceda por el resultado lesivo concurrente.

La seguridad en el trabajo es una tarea compartida por todas las personas que intervienen en los diferentes niveles de la organización del trabajo, y si bien el empresario es el que ostenta el poder de dirección y organización, y en consecuencia, es el obligado, por así decirlo, principal al facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad laboral con las medidas de seguridad y salud adecuadas y de acuerdo con los riesgos que genere la actividad laboral que realicen, las demás personas (técnicos, subcontratistas y Promotores) están obligadas a vigilar el cumplimiento de dichas medidas, labor de vigilancia que no excluye en determinados supuestos la responsabilidad penal de los mismos.

La ST de la AP Burgos 3 sep. 2010 ha declarado: que "*además el derecho de los trabajadores a unas condiciones de trabajo seguras* ***no es disponible, de ahí que resulte irrelevante el consentimiento del trabajador o la aceptación fáctica o explícita del riesgo.*** *Se hace esta consideración porque, en ocasiones, se alega por el empresario, ante la muerte o lesión del trabajador, que éste incumplió las normas de seguridad por propia voluntad, por comodidad o por desprecio por el peligro, lo que se pretende que dé lugar a la apreciación de un consentimiento en el riesgo por la propia víctima; sin embargo, el consentimiento de la víctima en el riesgo no posee eficacia justificante alguna -sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 21 de enero de 2003- ni en el delito de lesión ni en el delito de peligro, pues, por una parte, el bien jurídico protegido en el 316 es un bien jurídico diferente y de titularidad supraindividual y porque, en segundo lugar, el ordenamiento laboral -artículo 14 LPRL- impone al empresario el deber de tutelar la seguridad de sus trabajadores también frente a su propia voluntad o interés individual, exigiéndoles incluso coactivamente el cumplimiento cabal y exacto de las cautelas y prevenciones establecidas por las normas de seguridad (en el mismo sentido sentencias del Tribunal Supremo de 22 de Diciembre de 2001; 5 de Septiembre de 2001; 31 de Enero de 2000; 10 de Mayo de 1994; 15 de Julio de 1992; 12 de Mayo de 1980; etc., indicando que "el trabajador debe ser protegido hasta de su propia imprudencia profesional"; y de la Audiencia Provincial de Teruel de 27 de Septiembre de 2002)".*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de fecha 3 de junio de 2005 indica "Juicio de tipicidad: el delito de riesgo en el contexto laboral. I.- La

protección penal de la vida y salud de las personas que despliegan una actividad laboral se articula en dos planos complementarios:

A) Por una parte, se diseña un tipo de peligro concreto que trata de tutelas la vida y la salud de los trabajadores cuando, con dolo o imprudencia grave, las personas legalmente obligadas no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, siempre y cuando se produzca una infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y se ponga con ello en peligro grave la vida, salud o integridad física de los trabajadores. Esta protección penal, diseñada en los artículos 316 y 317 del CP se extiende a la vida y salud de la totalidad de los trabajadores que desempeñan su actividad en un marco estructural y prestacional generador de riesgos específicos para estos bienes jurídicos.

B) Convive con esta protección, la tutela concreta de la vida y salud de cada uno de los trabajadores frente a los comportamientos que se desarrollan en una estructura laboral y menoscaban su indemnidad personal mediante la infracción del conjunto de reglas que disciplinan el modo de realización de actividades que conllevan un riesgo (la denominada norma de cuidado). Se trata de tipos contra la vida y salud imprudentes que, a diferencia de los delitos de peligro, precisan una lesión efectiva del bien jurídico protegido -vida y salud del trabajador- y se despliegan en un contexto estrictamente individual -tutela de la indemnidad de la vida y salud del trabajador directamente afectado por la realización del riesgo generado por la conducta imprudente.

En este contexto, cierto es que el ámbito laboral, por la actividad de riesgo que desarrolla el trabajador en beneficio de la empresa, obliga a ésta a extremar su protección inclusive frente a su propia conducta imprudente (TS SS 17 Oct. 2001 y 5 Sep. 2001) También es cierto que en este ámbito la diligencia exigible a todos los responsables de su seguridad es mayor que en otro ámbito. Basta, pues, con que se detecte la infracción de una medida de seguridad necesaria en la labor específicamente desarrollada por el trabajador accidentado para que pueda detectarse el incumplimiento de un deber de cuidado, bien individual, bien concurrente como se propone en este caso. Pero lo que imprescindiblemente ha de existir es ese incumplimiento o negligencia para, a continuación, depurar responsabilidades en la cadena de mandos.

Partiendo de las anteriores consideraciones entendemos que en el supuesto enjuiciado y ahora objeto de recurso, la aplicación del tipo penal ha sido correcta, puesto que el empresario (ahora recurrente), como obligado a poner a disposición de los trabajadores los equipos de seguridad, y encontrándose presente cuando su trabajador accedió a la cubierta, era consciente de que lo hacía desprovisto de cualquier medida de seguridad, tanto individual como colectiva, y pese a ello permitió la realización del trabajo, con el incumplimiento de las normas más esenciales, creando un evidente riesgo para el trabajador, el cual desgraciadamente se concretó en su caída al vacío que le provocó el fallecimiento.

CARACTERISTICAS DEL DELITO DEL ART 316 CP

SAP CIUDAD REAL (2) N 28/ 20, 17 de Febrero. PTE: FULGENCIO VICTOR VELAZQUEZ

Es doctrina jurisprudencialmente reiterada, que se trata de un tipo penal de estructura omisiva o más propiamente de infracción de un deber que protege la seguridad en el trabajo entendido como la ausencia de riesgos para la vida y la salud del trabajador dimanante de las condiciones materiales de la prestación del trabajo, bien jurídico autónomo y por tanto independiente de la efectiva lesión que en todo caso merecería calificación independiente, en el que el sujeto activo, los legalmente obligados, ocupan una posición semejante a la de garante, y al respecto, procede recordar que la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/95 de 8 de noviembre, en su art. 14.2* impone al empresario un deber de protección frente a los trabajadores para garantizar su seguridad y la salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo en términos inequívocos..." el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio..." y realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas...".

Para que el tipo se realice no basta con que el sujeto activo no facilite los medios suficientes a los trabajadores y que por ello genere una situación de peligro grave hacia ellos. Hace falta además la infracción de alguna norma de prevención de riesgos laborales, sin que, a diferencia del peligro y de la comisión por imprudencia, el tipo exija dosis de gravedad alguna (*TS 26-7-00*). Sin embargo, la integración del tipo penal con la normativa de prevención de riesgos laborales sólo debe ser en relación con la infracción de los más graves preceptos cuya omisión es capaz de generar aquel grave peligro (*STS 29-7-02).*

ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO

SAP MALAGA (1) N65/20 DE TREINTA Y UNO DE ENERO. PTE: JOSE GODINO IZQUIERDO

El *art. 316 del Código Penal* establece que: Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

Los elementos de dicho tipo penal son los siguientes:

a) Desde la perspectiva de la acción, debe existir una infracción de las normas de prevención de riesgos laborales. Tanto en su aspecto activo como pasivo, por omisión, pero en todo caso es un delito de omisión impropia, porque requiere un resultado, aunque de peligro. Dichas normas son las dispuestas en la LPRL. Esa infracción debe ser grave, esto es, de consistencia en cuanto a su vulneración,

no meramente una infracción intrascendente. Pues, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo (*SSTS de 12 de noviembre de 1998* y *de 29 de julio de 2002*), no basta cualquier infracción administrativa para dar vida al tipo penal, porque ésta exige, en adecuado nexo de causalidad, que la norma de seguridad infringida debe poner "en peligro grave su vida, salud o integridad física", la que nos reenvía a infracciones graves de la normativa laboral que lleven consigo tal creación de grave riesgo.

b) Sujeto activo, únicamente pueden serlo los legalmente obligados por dicha Ley; es un delito especial, o de propia mano; principalmente son el empresario o director responsable de la seguridad, y subsidiariamente, también aquellos que participen en funciones de prevención de riesgos.

c) La mecánica comisiva se traduce en no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de modo que se configura como un delito de omisión o de inactividad. A esa omisión debe aparejarse el suministrar tales medios si se muestran absolutamente incorrectos e inadecuados, o parcos, para cumplir tal finalidad, porque es tanto como no prestarlos o suministrarlos.

d) En cuanto al resultado, este peligro concreto, de forma que pongan así en peligro grave la vida, salud o integridad física de los trabajadores, pero no de cualquiera, sino de los suyos propios. Si no hay puesta en peligro de ese bien jurídico, los hechos son impunes desde la óptica criminal, sin perjuicio de las sanciones administrativas en la materia. No es preciso resultado lesivo alguno; si este sucediera, estaríamos en presencia de un concurso, de normas o de delitos, conforme lo que después se explicará. Se trata de un tipo penal de riesgo.

e) Desde luego, es necesaria la relación de causalidad entre la infracción de normas de seguridad y el resultado de peligro producido. Si no existiera este, no sería posible el delito, y la vía adecuada sería la mera infracción administrativa.

f) Es preciso no solamente un aspecto psicológico, que podemos traducirlo en el deber de previsión que en toda conducta se ha de mantener, sino también un aspecto normativo consistente en la infracción del deber general de no causar daño ajeno.

g) El bien jurídico protegido es la vida y la salud de los trabajadores. Aunque se siga manteniendo, por parte de un sector doctrinal importante, que el bien jurídico es la seguridad e higiene en el trabajo, hay que entender que esa seguridad es el marco condicionante de la eficacia en la protección de vida o salud. Pero no es el auténtico bien jurídico.

h) En lo concerniente a la culpabilidad, es preciso el dolo directo de peligro; el dolo eventual es posible dogmáticamente, aunque de difícil constatación en la práctica, pero, en realidad, el dolo de peligro es dolo eventual. Si no hay dolo, yl a imprudencia es grave, estaríamos en presencia-del-tipo-penal-del-art.-317.- Para calificar el grado de culpabilidad, ha de atenderse al nivel de conocimientos del sujeto, o de sus posibilidades de haberlos obtenido. Es un tema probatorio.

i) Es, finalmente, un tipo penal en blanco, que ha de ser integrado con la legislación laboral correspondiente. Aquí, el Juez de lo Penal tiene que resolver si en la construcción de los hechos punibles existen infracciones de la seguridad e higiene en el trabajo, al faltar los elementos necesarios para la misma, que han de ser diseñados por tal legislación laboral, o por los convenios colectivos que sean aplicables.

DELITO ESPECIAL PROPIO

SAP CASTELLON (1) N 155/2020 DE DOS JUNIO 2020 PTE: RAQUEL ALCACER MATEU

Ciertamente el delito contra la seguridad en el trabajo del *art. 316 CP* es un delito especial propio, lo que supone que solo quien reúne las concretas condiciones o cualidades que exige el delito puede ser sujeto activo del mismo. Solo puede ser sujeto activo del citado delito quien se encuentra en la situación típica respecto de la cual tiene la obligación y la capacidad de ordenar los medios y procedimientos para la actividad laboral en la que se quiere evitar el riesgo para la seguridad. Esta cualidad, por su propia definición, puede concurrir, conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales, tanto en el dueño o responsable de la empresa como en quien, dentro de ella, asume de hecho o de derecho la potestad de dirección derivada de la función asumida en la organización de aquella. Se trata, por tanto, de una cualidad que ha de ser interpretada de forma amplia en consonancia con la propia estructura del sistema productivo, compleja y jerarquizada, en que se asienta y que se traduce en situaciones en las que la capacidad de intervención que incide en las condiciones de seguridad permitirá imputaciones plurales y concurrentes en los distintos niveles de responsabilidad dentro de la empresa en relación con el desarrollo del trabajo.

La fórmula legal es, pues, lo suficientemente amplia como para permitir que el Tribunal Supremo haya declarado que "todas aquellas personas que desempeñen funciones de dirección o de mando en una empresa y, por tanto, sean éstas superiores, intermedias o de mera ejecución, y tanto las ejerzan reglamentariamente como de hecho, están obligadas a cumplir y a hacer cumplir las normas destinadas a que el trabajo se realice con las prescripciones elementales de seguridad" (*STS 16 de junio de 1992*). La consecuencia de esta interpretación es que

….. Es un delito especial que solo puede ser cometido en concepto de autor material, por aquellos que se encuentren legalmente obligados a facilitarlos medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas e higiene adecuadas. El *art. 14.2 de la Ley de Prevención de Riesgos laborales* impone al empresario un deber de protección frente a los trabajadores para garantizar su seguridad y salud en todos los aspectos relacionados con el

trabajo adoptando cuantas medidas sean necesarias. El art. 14.1 atribuye expresamente el deber de protección al empresario, como deudor del correlativo derecho a lun protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

2.2 Autoría y participación

HAY QUE ANALIZAR ANTES DE LA POSIBLE DELIMITACIÓN -AÚN INDICIARIA- DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN, LA CONCURRENCIA DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

ATSJ MADRID 65/2020, DE 16 DE DICIEMBRE. REC:132/2020. PTE: CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

Como marco general se ha dicho ya en numerosas ocasiones que "El deber de protección del empresario para garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo no sólo se circunscribe a la evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, sino también a la adopción de cuantas medidas sean necesarias (individuales o colectivas) para la protección, según el *art. 14.2 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales* " (entre otras, *SAP Madrid, Secc. 1ª de 18 de diciembre de 2013. ROJ: SAP M 17772/2013*).

Ahora bien: contando con todos estos elementos configuradores del delito, no podemos apartarnos del texto del *artículo 316 del Código Penal*, que centra la conducta delictiva en la omisión de los medios necesarios para el trabajo en condiciones de seguridad, y la consecuente puesta en peligro grave de la vida, la salud o la integridad física. *No por tanto cualquier carencia material en una obra, instalación fabril, planta mecanizada o escenario laboral puede alcanzar la entidad necesaria como para introducirse en la naturaleza penal que comporta el delito definido. En no pocas ocasiones, otros procedimientos sancionadores, en el ámbito administrativo, resultan preferentes por la naturaleza de los hechos*.

Nos hallamos ante un terreno de singular determinación casuística, y mucho más si tenemos en cuenta que este delito puede ser cometido por imprudencia, que ha de ser grave (*artículo 317). Se trata en todo caso, de analizar, antes de la posible delimitación -aún indiciaria- de la autoría y participación, la concurrencia de los elementos objetivos del tipo, teniendo en cuenta una combinación de factores que abarca desde la normativa aplicable (por hallarnos ante la figura de la ley penal* en blanco), a la entidad del entorno en el que se desencadenan los hechos, las propias dimensiones de la empresa, el nivel que debe atribuirse a sus exigencias materiales, las concretas condiciones de trabajo, o su vigilancia y supervisión.

LA AUTORÍA DEL DELITO TENDRÁ QUE AQUILATARSE CASO POR CASO, EN FUNCIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS CONCRETAS DE LA ACTIVIDAD Y LA ENTIDAD DE LA OMISIÓN.

ATSJ MADRID 65/2020, DE 16 DE DICIEMBRE. REC:132/2020. PTE: CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

La delimitación de la autoría es una de las cuestiones más problemáticas a la hora de perfilar la responsabilidad penal y no puede pasar por otro tamiz que el de la propia actuación personal. En la administración y gestión de los medios necesarios y de las medidas de seguridad exigibles en la realización del trabajo confluyen, de acuerdo con la normativa laboral, una diversidad de personas, cuya implicación en los delitos contra los derechos de los trabajadores no puede resultar indiscriminada. Así ha de entenderse también cuanto dispone el *artículo 318 del Código Penal* al referirse a los responsables de las personas jurídicas a quienes se atribuyan los hechos previstos en los artículos que contemplan estos delitos.

Dentro del organigrama completo de una empresa podemos encontrar (en función de sus dimensiones o sector de actividad) una cadena más o menos extensa de dirección, cargos intermedios y trabajadores, dentro de la que conviene precisar hasta qué punto se extienden las eventuales responsabilidades penales ya a los meros efectos de imputación. Todo ello se tendrá que aquilatar caso por caso, en función de las características concretas de la actividad y la entidad de la omisión. Por ejemplo, la *STS de 12 de noviembre de 1998 (ROJ: STS 6683/1998*) decía que "en el *art. 316 CP*, ..., el sujeto activo del delito tiene que ser la persona legalmente obligada a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las adecuadas medidas de seguridad e higiene. Estas personas, cuando los hechos se atribuyan a una persona jurídica -en el caso, el accidente laboral enjuiciado en la Sentencia recurrida se produjo en el centro de trabajo de una empresa propiedad de una sociedad anónima- son, según el *art. 318 CP*, los administradores y encargados del servicio que, conociendo el riesgo existente en una determinada situación, no hubieren adoptado las medidas necesarias para evitarlo mediante la observancia de las normas de prevención atinentes al caso".

Normalmente la referencia se dirige al empresario, pero también a otras personas que no pertenecen a la plantilla u organigrama de la empresa, cuya intervención en materia de seguridad es relevante. Así podemos citar, por ejemplo y con carácter general la *STS de 29 de julio de 2002 (ROJ: STS 5761/2002*) en cuanto dice el su FJ 3º: "el sujeto activo, los legalmente obligados, ocupan una posición semejante a la de garante, y al respecto debemos recordar que la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales --Ley 31/95 de 8 de Noviembre-- en su art. 14.2* impone al empresario un deber de protección frente a los trabajadores para garantizar su seguridad y la salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo en términos inequívocos "...el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio..." "...el

empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas...". Resulta incontestable que los empresarios o titulares de la empresa son los posibles sujetos activos del delito, pero no sólo ellos, sino también, desde una perspectiva penal los administradores y encargados del servicio a los que se refiere el *art. 318 del C.P*. La casuística es enormemente variada.

2.3 Bien jurídico protegido

BIEN JURIDICO PROTEGIDO

SAP CASTELLON (1ª) N 155/2020 DE DOS JUNIO 2020 PTE: RAQUEL ALCACER MATEU

Con relación al delito del *art. 316CP* se trata de un tipo penal de estructura omisiva o más propiamente de infracción de un deber que protege la seguridad en el trabajo entendido como la ausencia de riesgos para la vida y la salud del trabajador dimanante de las condiciones materiales de la prestación de trabajo, bien jurídico autónomo y por tanto independiente de la efectiva lesión que en todo caso merece calificación independiente, en el que el sujeto activo, los legalmente obligados, ocupan una posición semejante a la de garante (*SSTS 26 julio 2000* , *26 septiembre 2001* , *29 julio 2002* , *25 abril 2005*).

2.4 Concepto de medios

CONCEPTO DE MEDIOS.INCLUYE MEDIOS MATERIALES, INMATERIALES Y ORGANIZATIVOS.VILGILANCIA DE SU USO.

SAP CADIZ (8) N54-20 DE DIEZ DE FEBRERO.PTE: MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON

…En cuanto a la estructura objetiva del delito apreciado se requiere, del que no se faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, acogiendo al respecto la doctrina jurisprudencial mayoritaria una interpretación extensivo-material que abarcaría todas las obligaciones previstas en el *art. 14.2 de la LPRL*, incluyendo los medios materiales (guantes, gafas, arneses, cinturones, botas, etc.); los de carácter inmaterial (información y formación de los trabajadores); y los de carácter organizativo (turnos y métodos de trabajo). Es decir, no basta con facilitar tales medios, sino que ha de garantizarse la efectiva utilización por el trabajador de las medidas de seguridad, para lo cual el empresario ostenta una legal posición de vigilancia respecto del uso efectivo de

los medios (*arts. 17.1* y *17.2 de la LPRL*) - *SAP de Castellón, sección 3ª, de 3 de septiembre de 2002; de Barcelona, sección 5 ª, de 10 de febrero de 2006; de Madrid, sección 23a, de 24 de julio de 2007; de Pontevedra de 8 de enero de 2008* "

LAS CONDICIONES CONCRETAS SOBRE LAS QUE PUEDE EDIFICARSE LA EXIGENCIA GENERAL A LA QUE SE REFIERE EL CP, NO PUEDEN CONCEBIRSE EN ABSTRACTO, SINO QUE HAN DE EXAMINARSE A LA LUZ DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE CUMPLIMIENTO VERDADERO Y REALMENTE POSIBLES.

ATSJ MADRID 65/2020, DE 16 DE DICIEMBRE. REC:132/2020. PTE: CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

Para que podamos hablar propiamente del delito contemplado en el *artículo 316 CP* es preciso acreditar el incumplimiento -por quienes estuvieren legalmente obligados a ello- de las exigencias derivadas del deber de prevención, que abarcan una serie de deberes de diversa índole y objeto. Dentro del concepto de la obligación de facilitar "medios necesarios" no sólo pueden entenderse materiales o equipos adecuados a cada puesto y tarea. También se incluye la formación adecuada, la información precisa y unas medidas de seguridad idóneas. En que consistan estos medios y actividad vendrá determinada para cada ámbito laboral concreto por la normativa social o por las singulares características del trabajo de que se trate, sin que pueda -desde el punto de vista penal- exigirse de forma aleatoria una serie de elementos preventivos que excedan de lo necesario o adecuado y se sitúen en el terreno maximalista de lo óptimo o absoluto. Las condiciones concretas sobre las que puede edificarse la exigencia general a la que se refiere el Código penal resultan determinantes; no puede concebirse en abstracto, sino que ha de examinarse a la luz de las circunstancias de cumplimiento verdadera y realmente posibles.

2.5 Deber de control

NO SE PUEDE SOSTENER LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL INVOCANDO COMO CANÓN DE PARTIDA LA DISPOSICIÓN DE UN CONTROL ABSOLUTO.

ATSJ MADRID 65/2020, DE 16 DE DICIEMBRE. REC:132/2020. PTE: CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

Hemos de insistir, de todos modos, en los perfiles de la vertiente penal, comenzando el análisis del tipo por el elemento inicial, siempre determinado por la acción, en cuyo examen ni se puede llegar a límites inexigibles ni tampoco a prejuicios simplistas. Aun desde la vertiente de las llamadas posiciones de

garante, en el delito que estamos abordando no se puede sostener la exigencia de responsabilidad penal (reiteramos, penal) invocando como canon de partida otra exigencia: la disposición de un control absoluto. Y todo ello, incluso, al margen de las posibilidades de concurso de este delito (de peligro) con otros de resultado, como por ejemplo lesiones.

En torno al alcance de la omisión de observancia de la normativa preventiva, debemos plantearnos si el incumplimiento al que se refiere el *artículo 316 es abierto con relación al deber general de implantar y controlas las medidas de seguridad "necesarias" que proclama el artículo 14 de la Ley 31/95 de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales* , o por el contrario es imprescindible incumplir una concreta y precisa medida de seguridad prevista exactamente en una norma específica para que podamos hablar del delito.

Entendemos que la solución ha de decantarse por la primera alternativa, siempre ponderando la idoneidad o necesidad de la medida para el seguro desempeño del trabajo o actividad de que se trate, y la posibilidad efectiva de su implantación. Y amparamos esta opción en dos razones. Por una parte, dado el tenor del artículo 316, en cuanto habla de "medidas de seguridad e higiene adecuadas" (no dice taxativamente previstas en una norma). Por otro lado, si solamente fuese objeto del delito la omisión de una medida concreta que tuviese que estar catalogada normativamente, sería difícil -cuando no imposible- agotar en los catálogos reglamentarios la diversidad de instrumentos, útiles, herramientas o incluso forma de disposición que resultase necesario contemplar para cubrir toda la variedad de actividades laborales humanas. El incumplimiento al que se refiere el *artículo 316 no encuentra reflejo en una tabla de correspondencias rígida (medida/norma), sin perjuicio de que algunas normas ya contengan un elenco amplio de medidas "mínimas", como por ejemplo ocurre con el Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio* , por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo (BOE de 7 de agosto de 1977), o con la Guía Técnica de evaluación y prevención de riesgos relativos a la utilización de equipos de trabajo, del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que lo complementa.

2.6 Deber de vigilancia

LA PREVENCIÓN TAMBIÉN CONTEMPLA LA LABOR DE VIGILANCIA

ATSJ MADRID 65/2020, DE 16 DE DICIEMBRE. REC:132/2020. PTE: CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

Por otra parte, del contenido de los *artículos 14.2* , *15.1 a*) y *d*), *15.2* , *15.3*, y *36 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales*

, se deduce que la prevención no sólo pasa por la puesta a disposición de los trabajadores de estos elementos, sino que ha de englobar también una labor de vigilancia y control sobre la ejecución y cumplimiento de sus componentes, de tal modo que la infracción de dichas normas significa la omisión de las obligaciones inherentes a su realización.

EL DEBER DE VIGILANCIA, EL NO EXIGIR A LOS TRABAJADORES LA EFECTIVA UTILIZACIÓN DE LOS EQUIPOS DE PROTECCIÓN FACILITADOS A LA OBSERVANCIA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD ADOPTADAS, CARECE DE RELEVANCIA PENAL.

SAP VALENCIA Nº 363/2020, DE 16 DE SEPTIEMBRE. REC: 778/2020. PTE: CLARA EUGENIA BAYARRI GARCÍA

La pretensión exculpatoria (penal) sostenida por la recurrente ha de ser atendida, pues la documental obrante en autos acredita, sin lugar a dudas, que D. Rosendo, como administrador de la mercantil DESGUACE EL CORDOBÉS S.L., contrató un servicio externo de prevención de riesgos laborales , con la empresa GENERAL RISK&PREVENTION S.L. , encargada de **la evaluación de los riesgos** así como de la **formación de los trabajadores** de la empresa en materia de riesgos laborales y medidas de protección, y de **hacer entrega a los trabajadores de la documental** relativa a tales medidas de prevención (folios 275 a 279 , y folio 282 del tomo I de Autos). Consta, asimismo documentalmente, que la empresa facilitaba a los trabajadores los Equipos de protección Individual (EPI) necesarios (calzado de seguridad, guantes, gafas) y que éstas últimas, en concreto, se renovaban anualmente. Consta, asimismo documentado al folio 184 del tomo I, que a D. Teófilo se le hizo entrega el 12 de diciembre de 2013 de unas gafas de protección y de unos zapatos de seguridad. Documento éste que no ha sido controvertido, por lo que resulta irrelevante que no se le entregasen otras gafas de seguridad nuevas el 23 de enero de 2014 (documento controvertido del folio 115 del tomo I) pues es incensario renovar dicho material con frecuencia superior a la anual, salvo que el material resulte dañado, o extraviado, y exista reclamación previa del trabajador para su renovación, lo que no acaece.

Que existía material de autoprotección "puesto a disposición" de los trabajadores consta asimismo recogido en el informe del Inspector de Trabajo Sr. Roque.

Además, D. Rosendo, como administrador de la empresa, no sólo suscribió el seguro de accidentes a que venía obligado por Convenio (con la Cia Reale), sino que suscribió un seguro de responsabilidad civil añadido, con la Cia Allianz.

No puede, así, apreciarse por esta alzada que D. Rosendo no facilitase los medios necesarios para que los trabajadores desempeñasen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas a sabiendas de que con ello ponía en grave peligro su vida o su integridad física.

No se dan en el caso los elementos del tipo previsto por el *artículo 316 del CP*

., ni se dan los requisitos para la incriminación de la empresa, de la que, como Administrador, ha sido condenado (*artículo 318 Cº Penal*) , atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (sobre el alcance e interpretación del *artículo 31 bis del Código Penal*) en *Sentencias de 29 de Febrero de 2016* (ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Muriel), y la *Sentencia de 16 de Marzo de 2016* (Ponente, Excmo. Sr. D Manuel Marchena Gómez), conforme a las cuales, *"el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra en la* ***ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento interno.*** *Pero, esta ausencia, no es " el núcleo de la tipicidad " ni un elemento autónomo del tipo objetivo , sino que "la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por los delitos cometidos por sus representantes, o dependientes, con determinados presupuestos, se fundamenta en el plano culpabilístico* ***en permitir o favorecer su comisión*** *al* ***haber eludido la adopción de las medidas de prevención adecuadas*** *, por lo que la acreditación de la adopción de estas medidas debe producir como consecuencia la exclusión de su responsabilidad penal"*

Por otra parte, aunque el delito que nos ocupa es un delito especial propio (sólo pueden responder como autores los sujetos obligados legalmente a facilitar los medios de protección necesarios , esto es, el empresario) lo cierto es que, además del empresario, pueden responder a título de autor los técnicos en prevención de riesgos laborales (conforme a los dispuesto en los *artículos 30* y *31 de la LPRL*) en aquéllos supuestos, como el que nos ocupa, en que el empresario delega el ejercicio de esta competencia formal y materialmente sobre ellos y, al mismo tiempo, se respetan los requisitos que doctrinal y jurisprudencialmente se exigen para transferirla que son :1) la adecuación de la persona sobre la que se delega y 2) dotación suficiente de medios materiales e inmateriales, requisitos (ambos) que se cumplían en el caso.

Ciertamente, la delegación eficaz no exime al empresario delegante de toda responsabilidad una vez transferida la posición de garantía, pues permanece en su ámbito de organización las llamadas competencias residuales, esto es, un deber de supervisión y/o control y un deber de coordinación.

Estima la doctrina, en estos casos que " *su posición de garante originaria se transforma en un deber de vigilancia y coordinación sobre el correcto cumplimiento por el delegado de la competencia trasladada* ". En este punto se discute por la doctrina si el delegante responde o no, penalmente, del delito de peligro de incumplir dicho deber de vigilancia residualmente retenido, decantándose un importante sector doctrinal por la atipicidad e irrelevancia jurídico-penal de la infracción de los deberes de vigilancia tanto originarios como delegados

Irrelevancia penal (sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y/o laboral que corresponda) que se sustenta en que, consistiendo la conducta típica en no facilitar " *los medios* "necesarios,- entendiendo por tales, la omisión de los materiales (equipos de protección individual y medidas de carácter colectivo);

los inmateriales (formación e información) y los organizativos (turnos y métodos de trabajo) -, los incumplimientos del deber de vigilancia, concretamente, la conducta consistente en no exigir a los trabajadores la efectiva utilización de los equipos de protección facilitados o la observancia de las medidas de seguridad adoptadas, carece de relevancia penal , y su apreciación como conducta típica constituye una extensión del tipo por analogía "in malam partem", especialmente tras que la reforma del Código Penal en 1995 eliminase las conductas relativas a " *no exigir* " y " *no procurar las condiciones* " que conformaban la descripción típica del derogado *art. 348 bis a) C.P* .

Todo lo cual determina el acogimiento de la tesis exculpatoria sostenida por el recurrente, atendida la acreditación documental y pericial de la observancia por parte del empresario de la obligación de facilitar los medios necesarios para que el querellante hubiese desempeñado su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas , procediendo en cuanto a ello, la revocación de la resolución recurrida, con absolución del re4currente del delito contra la seguridad de los trabajadores por el que ha sido condenado.

Adoptadas por el recurrente la totalidad de las medidas de prevención de riesgos que en su mano estaban, y eran pertinentes, para evitar accidentes laborales entre los trabajadores de su empresa, la atribución de responsabilidad penal por las lesiones que, por una puntual actuación imprudente, se causó el trabajador, ha de ser, asimismo revocada. Ciertamente, tal y como consigna la Sentencia recurrida, el trabajador “No *consta que fuese advertido sobre los riesgos de fracturar el cristal golpeándolo con una herramienta”, pero*, tampoco consta que ello constituyese un "método de trabajo".

Al empresario le ha sido impuesta una sanción administrativa (en suspenso hasta la resolución definitiva de este procedimiento penal) por " método de trabajo inexistente o inadecuado " , ámbito sancionador al que esta alzada estima deben circunscribirse los hechos, sin que pueda exigirse penalmente al garante la prevención detallada y pormenorizada de lo obvio , y sin que pueda trasladarse al ámbito penal, los resultados lesivos salvo que deriven de imprudencia grave o menos grave del encausado (*art. 152. 1. 2º CP*), quedando extramuros de la tipicidad, los resultados lesivos por imprudencia " leve", (Cir, FGE 3/15) como ha de ser considerada la ausencia de efectivo cumplimiento por el empresario del deber residual de vigilancia del cumplimiento de las normas de prevención de riesgos, delegadas contractualmente en un operador externo ,al que, por otra parte, no se le reclama responsabilidad alguna, pese a los déficits señalados en el informe del Inspector de Trabajo acerca de la inexistencia de normas de prevención para el tratamiento de los elementos de vidrio de los vehículos desguazados. La Sentencia recurrida ha de ser, así, revocada, estimando procede, asimismo, la libre absolución de D Rosendo, del delito de lesiones por imprudencia menos grave del *artículo 152.1.2º CP* por el que ha sido condenado.

2.7 Delegación de funciones

DELEGACIÓN DE FUNCIONES

SAP GRANADA (1ª) Nº 106/2020, DE TRECE DE MARZO. PTE: MARIO ALONSO ALONSO

A tenor de lo expuesto, procede desestimar el primero de los motivos del recurso y manteniéndose el discurso fáctico de la sentencia. Deben decaer los motivos segundo y tercero. No está acreditado que la acusada llevase a cabo una delegación en un trabajador con una especial cualificación en materia de prevención de riesgos laborales, lo que, en absoluto, por otra parte, le exoneraría de su deber de garantía, en la medida en que continúa ostentando la obligación de tutelar los bienes jurídicos de las personas que trabajan en la empresa frente a las fuentes de peligro provenientes del propio funcionamiento de la empresa, como claramente se desprende del art. 14.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. El control último de las medidas de seguridad y de los riesgos evaluables sigue incumbiendo al empresario o director de la empresa, aun cuando el control de la fuente de peligro no tenga, en ese caso, que ser necesariamente personal, siendo posible ejercerlo mediatamente a través del control de la persona a quien se ha conferido el dominio de la fuente de peligro, pero subsistiendo la responsabilidad del empresario, que materializaría de tres formas: a) en la elección del delegado -culpa in eligendo-. Exigiéndose que se realice en persona con capacidad suficiente para controlar la fuente de peligro; b) en el deber de instrumentación, facilitando al delegado los medios adecuados para controlar la fuente de peligro; y c) en el control del delegado -culpa in vigilando- implementando las medidas de cautela específicas para verificar que la delegación de desenvuelve dentro de las premisas en que se confirió.

Aun aceptando la hipótesis de la delegación, las infracciones que se detallan en la sentencia y que consideran probadas alcanza una entidad y extensión que denotan en el proceder de la acusada, esa triple materialización de su responsabilidad, pues no el Sr. …ostentaba capacitación suficiente en materia de prevención, para asumir esa responsabilidad en la empresa; ni le fueron suministrados los medios adecuados para controlar los riesgos (no se arbitró una formación adecuada a los trabajadores, ni se destinaron medios económicos para ello, como tampoco se proporcionó material específico que evitase la ignición); y, tampoco la acusada, fiscalizó la actividad preventiva que dice delegó, puesto que la ducha antipánico no funcionó, no se arbitraron mecanismos de ventilación…).

2.8 Dolo

DOLO DIRECTO DE PELIGRO

SAP ALICANTE (10ª) Nº 170/2020, DE 14 DE MAYO. REC: 444/2019. PTE: JOSÉ MARÍA MERLOS FERNÁNDEZ

La orden expresa de no instalar auténticas barandillas de seguridad, sino los llamados "quitamiedos", útiles para delimitar un espacio, pero no para evitar la precipitación del trabajador, evidencia dolo directo de peligro, excluyente de la aplicación del tipo imprudente que propone el apelante.

ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO EVENTUAL.
SAP CADIZ (8) N54-20 DE DIEZ DE FEBRERO.PTE: MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON

…ha de tenerse en cuenta que lo que este artículo 316 regula es el delito doloso de peligro, que debe abarcar, tanto la conciencia de la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, como la creación del grave peligro que se deriva para la vida, salud o integridad de los trabajadores, así como la decisión de no evitarlo. El elemento subjetivo del tipo penal que se analiza no viene integrado, desde luego, por la intencionalidad de la conducta, en el sentido de perseguir la causación del resultado dañoso, sino que se exige únicamente la conciencia de la infracción de las normas de prevención y el conocimiento de la ausencia de facilitación de los elementos de seguridad que se precisan en la ejecución del trabajo, así como la existencia de una grave situación de peligro creada como consecuencia de esa omisión, existiendo coincidencia doctrinal en el sentido de que este tipo penal acepta perfectamente la figura del dolo eventual, que llega incluso a constituir la modalidad más frecuente de presentación, de manera que es suficiente con que los acusados se representen el grado de peligro que su comportamiento significa, junto a la conciencia sobre la alta probabilidad de que se estén infringiendo normas de prevención de riesgos laborales, además de aceptar la situación de peligro concreto de que se pueda materializar un resultado.

Como ya dijera la *STS núm. 1360/1998 de 12 de noviembre* , no basta cualquier infracción administrativa para dar vida al tipo penal, porque esta exige en adecuado nexo de causalidad que la norma de seguridad infringida debe poner en "peligro grave su vida, salud o integridad física" la que nos envía a infracciones graves de la normativa laboral que lleven consigo tal creación de grave riesgo."

2.9 Falta de evaluación de riesgos psicosociales

FALTA DE EVALUACIÓN RIESGOS PSICOSOCIALES

LA AP CONFIRMA EL SOBRESEIMIENTO ACORDADO POR EL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN, AL ENTENDER QUE LA REITERACIÓN DE LA EMPRESA

EN NO EVALUAR LOS RIESGOS PSICOSOCIALES, PESE A LOS REQUERIMIENTO DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO, NO TIENE RELEVANCIA PENAL.

AAPALMERÍA Nº 568/2020, DE 18 DE DICIEMBRE. REC: 570/2020. PTE: JESÚS MARTÍNEZ ABAD

En este sentido, consta en las actuaciones que la mercantil investigada ha sido objeto de al menos dos sanciones por infracciones tipificadas como graves, conforme a la Ley de sobre infracciones y sanciones de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto), en virtud de otras tantas Resoluciones de la Delegación Territorial en Almería de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, a propuesta de la Inspección de Provincial de Trabajo, la primera de ellas, con una cuantía de 6.000 euros (Resolución de 26-11-2015, folios 87 y ss. de las actuaciones) por incumplir la empresa, pese al expreso requerimiento de la inspección de Trabajo, la obligación de evaluar los riesgos psicosociales de determinados centros de trabajo de la provincia. Y la segunda sanción, de 20.491 euros (Resolución de 21-7-2017, folios 112 y ss. de las actuaciones) por la persistencia continuada en el incumplimiento la empresa de la citada obligación de evaluar los riesgos psicosociales en el centro de trabajo de Cuevas del Almanzora. Sin embargo, la conducta denunciada, aunque pueda tener su ámbito o repercusión en las relaciones entre las partes - empresario y trabajadores- y en el ámbito administrativo sancionador, como así se ha producido en dos ocasiones, no se ha acreditado a nivel indiciario que ponga en peligro grave la vida, salud e integridad física de los trabajadores pues ninguna prueba corrobora objetivamente la tesis del recurrente siendo irrelevante a estos efecto la testifical -denegada por el instructor- del trabajador propuesto por el recurrente acerca de los hechos sobre los que se pronunció la Sala de Lo Social del *TSJA en sentencia de 5-9-2019* (unida a los folios 173 y ss.) por no guardar relación con los que se investigan en la presente causa, amén de que aquellos ya fueron objeto de instrucción en otro procedimiento distinto, en concreto, las *Diligencias Previas nº 160/2018 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Vera, en que recayó auto de sobreseimiento provisional con fecha 11-12-2018* , copia del cual aportó el Abogado del Estado, en representación de la empresa denunciada, con su escrito de oposición al recurso de reforma (folios 236 y ss.).

Así pues, todo ello revela una debilidad indiciaria incompatible con la continuación del procedimiento, pues la infracción en materia de prevención de riesgos laborales por sí sola no da lugar al delito, sino que la misma debe poner en riesgo concreto y grave la vida y la salud de los trabajadores, debiendo establecerse una relación de causalidad entre la infracción y el peligro, de modo que, aunque la parte denunciante no comparta la valoración y conclusión judicial, este Tribunal considera, a la vista del resultado instructorio, que la resolución combatida, que acuerda el sobreseimiento provisional al amparo de lo establecido en el *artículo 641.1 de la LECrim* , al no apreciarse indicios suficientes que permitieran apreciar la perpetración de ningún ilícito penal, debe ser confirmada, de modo que con todo ello la elección de la vía penal para la

resolución del conflicto resulta un exceso, no siendo adecuada ni procedente, pues ello extendería indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con el principio de mínima intervención y de seguridad jurídica del Derecho Penal, en el sentido establecido por la Jurisprudencia.

2.10 Facilitar medios

SIGNIFICADO DEL TÉRMINO FACILITAR MEDIOS CONTEMPLADO EN EL ART. 316 CP.

SAP HUELVA (1ª) Nº../2020, DE 21 DE DICIEMBRE. PTE: LUIS GARCÍA VALDECASAS

A tenor de lo dispuesto en el art. 316 la conducta consiste en no facilitar, por los obligados legalmente a ellos, los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene necesarias; el verbo "facilitar" que emplea el legislador en el art. 316 CP debe entenderse en un deber amplio de comprensivo de todas aquellas actividades que posibilitan la eliminación del riesgo que se crea, es decir, la información, la formación, y la vigilancia, actividades que son omitidas por los sujetos activos.

El objetivo de este delito consiste en que por parte de los responsables cd la actividad laboral se permita el incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales no facilitando a los trabajadores los medios necesarios para que desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, constituyendo el "resultado" típico de este ilícito penal la puesta en peligro efectivo y grave de la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. Convive con esta protección, la tutela concreta de la vida y salud de cada uno de los trabajadores frente a los comportamientos que se desarrollan en el trabajo y menoscaban su indemnidad personal como consecuencia de la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, produciéndose el resultado lesivo que tratan de evitarse con dichas normas (muerte o lesión del trabajador).

EL TÉRMINO "NO FACILITAR" HAY QUE ENTERDERLO EN UN SENTIDO AMPLIO, RECOGIENDO LA CONDUCTA TÍPICA, LA OMISIÓN DE LA ADOPCIÓN, OMISIÓN DE LA VIGILANCIA Y CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD, OMISIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE TRABAJO SEGUROS; FALTA DE FORMACIÓN/INSTRUCCIÓN DEL TRABAAJDOR; FALTA DE INFORMACIÓN SOBRE RIESGOS

SAP LEÓN (3ª) Nº 213/2020, DE 12 DE JUNIO. REC: 166/2020. PTE: ÁLVARO MIGUEL DE AZA BARAZÓN

Y es que, aunque la lectura del tenor literal del *art. 316 del CP* parece indicar que la conducta típica se limita a los supuestos de no entregar o no proporcionar medios materiales de seguridad, la doctrina y la Jurisprudencia absolutamente

mayoritaria han entendido, sin embargo, la conducta típica en un sentido amplio en base a una interpretación también amplia el concepto "facilitar" y que recoge el *art. 316 del CP*.

Así, por "No Facilitar" se ha entendido en sentido amplio (*SSTS 24-11-1989* , *28-2-1992* , *12-11-1998* , *1654/2001 de 26-9-2001* , etc.) no sólo referido a no entregar o procurar medios materiales de prevención (cascos, guantes, arnés, etc.) sino también como no hacer cumplir, no controlar, no vigilar o verificar que se cumplan las medidas de seguridad; no informar o instruir a los trabajadores (así, la *STS 12-11-1998* habla de "omitir información o falta de instrucciones a los trabajadores" y la *SAP Barcelona 7-1-2005* incluye la falta de información/formación sobre riesgos).

Por tanto, el *art. 316 del CP* recoge como conducta típica, la omisión de la adopción, omisión de vigilancia y cumplimiento de las medidas de seguridad; omisión de procedimientos de trabajo seguros; falta de formación/instrucción del trabajador; falta de información sobre riesgos.

Y, por ello, se han considerad también, como conducta típica del *Art. 316 CP:*

La omisión de la vigilancia y control del uso efectivo de los medios entregados ya que en base al *Art. 17 LPRL* se entiende que es típica la omisión de velar por el uso efectivo de lo ya entregado (SAP *Madrid 659/2002 Sección 23 de 15-11-2002; SAP Valencia 125/2002 Sección 4ª de 18-5-2001* ARP 2001/746; *SAP Teruel 22/2002 de 27-9-2002* ARP 2002/575).

Omisión de la vigilancia y control de la existencia de medidas de seguridad. (*SAP Cantabria 31-3-2004 ARP 2004/177*; *SAP Barcelona Sección 5ª de 23-7-2007 nº 537/2007. Rec. 325/06*; *SAP Barcelona Sección 5ª de 10-2-2006 nº 132/2006*.)

-Omisión de la vigilancia y control de que la actividad se realiza sin infringir normas de prevención de riesgos. (*SAP Cuenca 21-2-2001 ARP 2001/ 214*, *SAP Cádiz 20-3-2003 ARP 2003/ 848*. *SAP Palencia nº 51/2011 de 29-9-2011 Rec nº 63/2011*)

-Falta de vigilancia del cumplimiento efectivo de las medidas, no hacer cumplir coactiva/imperativamente las cautelas de seguridad. (*STS 12-12-1998* RJ 1998/75, *SAP Pontevedra Sección 2ª de 20-3- 2007 nº 48/2007 Rec. 139/2007* "...el deber puesto a cargo del sujeto activo en la conducta del *art. 316 del CP*, incluye obligar al operario a emplear las medidas de seguridad, impedirle el comienzo o prosecución de la tarea sin ellas...". y *SAP Madrid Sección 23 499/2007 de 24-7-2007 Rec. 109/07* "...la obligación no es sólo que existan tales medios y que éstos estén físicamente en la obra, sino en adoptar las medidas pertinentes para que los trabajadores utilicen dichos medios..." En la misma línea *SAP Madrid 709/07 Sección 23 de 10-10-2007 Rec. 210/07* o *SAP León 4-12-2007 nº 73/07 Rec. 104/2007*.

Por esta razón, como se ha expuesto, se incluyen en la conducta típica, del *Art. 316 del CP*, no solo la no facilitación de medios de seguridad, sino también la omisión de la vigilancia y control posterior de las medidas de seguridad (*SAP*

Cantabria 31-3-2004 ARP 2004/177; *SAP Barcelona Sección 5ª de 23-7-2007 nº 537/2007. Rec. 325/06*; *SAP Barcelona Sección 5ª de 10-2-2006 nº 132/2006*.); así como la omisión de la vigilancia y control de que la actividad se realiza sin infringir normas de prevención de riesgos. (*SAP Cuenca 21-2-2001 ARP 2001/ 214*, *SAP Cádiz 20-3-2003 ARP 2003/ 848*. *SAP Palencia, sec. Única, ST 29-9-2011, nº 51/2011, rec. 63/2011*. etc.) y la omisión de la vigilancia y control del uso efectivo de los medios seguros facilitados (*SAP Madrid 659/2002 Sección 23 de 15-11-2002*; *SAP Valencia 125/2002 Sección 4ª de 18-5-2001* ARP 2001/746 *SAP Teruel 22/2002 de 27-9-2002* ARP 2002/575.)

2.11 Formación

CONDENA A LOS EMPLEADORES POR NO FACILITAR FORMACION CONCRETA A LOS TRABAJADORES SOBRE LA MANIPULACION DE CHATARRA EN DEPOSITOS QUE CONTUVIERAN MATERIAL INFLAMABLE SAP CACERES (2)N 6/2020 DE DIEZ DE ENERO. PTE: MARIA TENA ARAGON

El trabajador, el siniestrado y cualquier otro tenían información y estaban dotados de vestimenta y demás elementos de protección para tratar la chatarra y para utilizar el soplete y cortar bidones, pero lo que no tenían era la necesaria información, y puesta a disposición de las medidas de precaución y protección cuando ese tratamiento de chatarra se realizaba sobre objetos que habían contenido cierto material que elevaba el riesgo en la manipulación.

……En este particular no podemos sino insistir en que el trabajador había recibido información para la manipulación de chatarra en general, pero no para aquella que contuviera material peligroso o inflamable, o que, por algún motivo supusiera elevar el riesgo en el trabajo, en relación con ello nada se ha podido comprobar en las actuaciones, tampoco que por los empleadores se tomara medida alguna para comprobar, y por lo tanto, adoptar especiales medidas cuando los bidones hubieran contenido alguna sustancia peligrosa o inflamable, que además, en este caso en particular, cuando era visible que las pegatinas identificativas del contenido habían sido manipuladas para dificultar ese conocimiento de lo contenían los bidones, tampoco se adoptó la más mínima medida o precaución para conocer ello y correlativamente haber tomado alguna medida de protección especial ante el aumento de peligrosidad, y ello sí que supone una relación de causalidad objetiva, la forma de explotar el bidón no se hubiera producido si su contenido no hubiera sido altamente inflamable.

2.12 Gravedad de la infracción administrativa

LA INTEGRACIÓN DEL TIPO LEGAL (ART. 316 CP) CON LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES, DEBE SERLO SÓLO EN RELACIÓN CON LAS INFRACCIONES MÁS GRAVES.

SAP BADAJOZ (3ª) Nº 189/2020, DE 21 DE DICIEMBRE. PTE: JOAQUÍN GONZÑALEZ CASO.

En definitiva, podemos concluir que la integración del tipo penal con la normativa de la prevención de riesgos laborales, en primer lugar, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995, sólo debe ser en relación con la infracción de los más graves preceptos cuya omisión es capaz de generar aquel grave peligro, bien es cierto que el tipo penal, a diferencia del delito imprudente del artículo 317 del Código Penal no exige legalmente dosis de gravedad (sentencia del Tribunal Supremo 1355/2000, de 26 de julio). Se está, en consecuencia, ante una infracción de una norma de seguridad que se ha reconvertido en tipo penal por la mayor lesividad que aquella infracción conlleva para el bien jurídico de la vida, salud e integridad del colectivo de trabajadores (sentencia del Tribunal 1233/2002, de 29 de julio).

2.13 Medidas de seguridad

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD NECESARIAS SON LAS QUE CORRESPONDEN AL TRABAJO A REALIZAR MAS ALLA DE LAS DE TIPO GENERICO.

SAP CASTELLON (2) N 184-20, OCHO JUNIO. PTE: BLANCO, JOSE LUIS ANTON

El Sr Gómez se encontraba trabajando como peón de obra para la empresa N 2 subcontratada por la empresa N 1 para realizar trabajos de albañilería de la obra sita en la Plaza P. Escala de Villafranca del Cid. Concretamente se encontraba realizando labores de limpieza en la segunda planta del edificio, y su trabajo consistía en la limpieza de productos, deshechos y residuos de la segunda planta llevándolos a un pasillo interior de la obra para su posterior bajada.

En un momento dado, sin que haya podido determinarse el motivo, el Sr Gómez salió del balcón de la planta, y se precipitó hasta el nivel del suelo, situado a unos 6 metros del referido balcón. Dicho balcón carecía de barandillas o cualquier otro tipo de protección perimetral. En el momento del accidente el cerramiento de la segunda planta se encontraba totalmente acabado, y estaban colocadas las puertas metálicas que dan acceso al balcón, con sus cristales y persianas colocados.

No ha quedado acreditado que el Sr Gómez estuviera realizando ningún trabajo en el balcón. Como consecuencia de la caída, el trabajador sufrió lesiones graves.

Se absuelve al Administrador de la empresa N 2 y al Coordinador de Seguridad. La Audiencia Provincial confirma la Sentencia absolutoria.

La Sentencia recurrida recoge la ausencia de motivo para que el operario Sr Gómez, quien tenía encomendadas tareas de limpieza del interior cerrado de la planta segunda, accediera a la parte exterior que se encontraba efectivamente sin barandillas ni otro medio que evitara la caída. Y recoge la testifical del Técnico de Prevención de riesgos laborales quien señaló que aquellas personas con las que se entrevistó le indicaron que el operario tenía que estar dentro de la obra y que no sabían si hubo necesidad de salir, y que había que subir la persiana y abrir la puerta para hacerlo.

Como indicábamos en el Auto de 20 de marzo de 2020 (R.A 733/19) en relación con las medidas que son exigibles:

“Las medidas de seguridad que habían de facilitarse a los efectos de los art 316 y 317 CP son las que correspondan con el trabajo a realizar, más allá de las de tipo genérico para una determinada profesión, las cuales por otra parte se cumplían.

Es de ver el art 17.1 de la Ley 31/95, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, (LPRL) que establece que “el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores”.

Por tal razón la juzgadora ha considerado irrelevante o anecdótico que en la zona exterior no hubiera barandillas si el trabajador no debió acceder nunca a la misma.

2.14 Norma penal en blanco

EL QUE EL ART. 316 CP SEA UNA NORMA PENAL EN BLANCO SIGNIFICA QUE UNA PARTE DEL TIPO DE INJUSTO NO SE DESCRIBE EN LA NORMA PENAL, SINO POR REMISIÓN A NORMAS EXTRAPENALES, Y NO QUE LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL TENGA COMO PRESUPUESTO LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA AL MISMO SUJETO

SAP ALICANTE (10ª) Nº 170/2020, DE 14 DE MAYO. REC: 444/2019. PTE: JOSÉ MARÍA MERLOS FERNÁNDEZ

El que el art. 316 CP sea una norma penal en blanco significa que una parte del tipo de injusto no se describe en la norma penal, sino por remisión a normas extrapenales, y no que la aplicación del Derecho Penal tenga como presupuesto

la atribución de responsabilidad administrativa al mismo sujeto, como parece entender el apelante. En muchos casos, los sujetos responsables son distintos, y en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo cometidos en el curso de una actividad empresarial ejercida por persona jurídica, como es el caso, no puede ocurrir, puesto que el responsable administrativamente es el empleador (con su extensión), esto es la persona jurídica, que no podría ser responsable penal en ningún caso, toda vez que, al tiempo de los hechos, no estaba legalmente prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es más, al presente tampoco podrían serlo, por no estar expresamente prevista para estos delitos la responsabilidad penal de dichas entidades (art. 31, bis).

Por tanto, el que el apelante no fuera sancionado en vía administrativa, ni siquiera mencionado en las resoluciones sancionadoras, no excluye su responsabilidad penal.

2.15 Principio de confianza

PRINCIPIO DE CONFIANZA.NO ES ASUMIBLE POR EL DIRECTOR DE FABRICA QUE CONFIE EN QUE OTROS RESPONSABLES ACTUEN Y NO SE INFORME DEL PELGIRO CONCRETO AL TRABAJADOR

SAP VALLADOLID (4) N50/20 DE DIECIOCHO DE FEBRERO. PTE: ANGEL SANTIAGO MARTINEZ GARCIA

….Aunque como se apunta en el recurso y así también lo refleja la Sentencia recurrida, pudiera haber otros responsables en la órbita del Área de Prevención de Riesgos Laborales (concretamente el Jefe de Servicio de Fabricación y el Director del Servicio de Gestión Integral y Control), lo cierto es que el acusado era el Director de la Fábrica. Con arreglo al Plan de Prevención de riesgos laborales debía responsabilizarse, en el ámbito de su competencia, de tomar las medidas que garanticen en lo posible la máxima seguridad y de la que se cumpla las normas de seguridad, tanto por el personal propio como por el contratado y como indica el Ministerio Fiscal en su informe, era el más alto directivo de la misma, debiendo recordarse que conforme al *artículo 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales* , la deuda de Seguridad y Salud recae directamente en el empresario, que en este caso se encarna en el Director de la Fábrica…El 28.9.2016 era Director Técnico de la Planta a DIRECCION000 en DIRECCION001. Con arreglo al Plan de Prevención de riesgos laborales debía responsabilizarse, en el ámbito de su competencia, de tomar las medidas que garanticen en lo posible la máxima seguridad y de la que se cumpla las normas de seguridad, tanto por el personal propio como por el contratado.

Por ello el acusado sí es sujeto activo de este delito.

…..Resulta inasumible que el Director de una Fábrica actúe en una materia tan delicada como ésta, alegando un principio de confianza, es decir, confiando en que los otros responsables actúen, y así permitir que una persona que es

contratada como peón, en su primer día de trabajo, se le mande a trabajar en una actividad en la que no se le ha informado del peligro cierto y grave que tenía de caer en la tolva si procedía a pisar el producto, e incurriendo en toda una serie de infracciones en el ámbito de la prevención de los riesgos laborales, que fueron determinantes para que se produjera el fatal desenlace del accidente laboral con resultado del fallecimiento del trabajador.

Por lo tanto, tampoco puede ser acogido este argumento del recurso.

PRINCIPIO DE DESCONFIANZA.EL EMPRESARIO HA DE ACENTUAR LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD PARA CONTROLAR LOS DESCUIDOS DE LOS TRABAJADORES

SAP VITORIA (2) N 40/20 DE VEINTICUATRO DE FEBRERO. PTE: JESUS ALFONSO PONCELA GARCIA

…en esta clase de imprudencias laborales el deber objetivo de cuidado del empresario o de su delegado en la empresa comprende también la previsión y la neutralización de los riesgos derivados de las negligencias en que pudieran incurrir los trabajadores debido a la propia propensión al riesgo del trabajo que prestan. Pues, como es sabido, la familiarización con el riesgo y la habituación a los ámbitos de peligro deriva en un desprecio por las situaciones arriesgadas. Desprecio que ha de ser previsto y vigilado por el empresario y sus delegados, que han de acentuar la vigilancia y la dirección presencial para evitar las situaciones de esa índole, imponiendo para ello de forma estricta el cumplimiento de las medidas de seguridad y facilitando los medios para su aplicación.

Desde tal perspectiva, se ha considerado por la doctrina que en las actividades laborales vinculadas con factores importantes de riesgo se invierte en cierto modo el principio de confianza aplicable en otros ámbitos sociales (tráfico rodado), sustituyéndose más bien por el principio de desconfianza. De forma que, siendo evidente que la rutina, el automatismo y la monotonía en el trabajo acaban imponiendo la desconsideración del riesgo por parte del trabajador, ha de incrementarse el deber objetivo de cuidado del empresario, los delegados y encargados para prever y neutralizar esas situaciones. Con lo cual, éstos, en lugar de confiar en un comportamiento cuidadoso y diligente del operario, deben más bien "desconfiar" de tal posibilidad y acentuar las medidas de seguridad y de vigilancia, con el fin de controlar los riesgos derivados de los descuidos de los trabajadores, a quienes deben imponer de forma concluyente e inapelable el cumplimiento de la normativa de seguridad en la labor diaria".

Los acusados eran deudores de una obligación de seguridad laboral y no apreciamos en el presente caso una especial incidencia en *"las medidas de seguridad y de vigilancia, con el fin de controlar los riesgos derivados de los descuidos de los trabajadores"* .

Naturalmente, no siempre que un trabajador sufra un accidente en que haya incidido su propia negligencia será responsable el empresario (y mucho menos, penalmente), pero aquí no hubo un previo control de seguridad del método de trabajo, ni, por tanto, instrucciones más o menos precisas sobre esta concreta tarea, ni la polea estaba protegida frente a los atrapamientos. El trabajador fue imprudente, pero en el curso causal incidió la insuficiente satisfacción de la deuda de seguridad que competía a los acusados. Como dijimos, no había más medidas de seguridad que el sentido común del operario y su lógico instinto de preservación, lo cual era claramente insuficiente.

2.16 Relación de causalidad

ABSUELVE AL ADMINISTRADOR PORQUE EL ACCIDENTE NO TENIA RELACION DE CAUSALIDAD CON LA INFRACCION ADMINISTRATIVA POR FALTA DE FORMACION APRECIADA POR LA INSPECCION DE TRABAJO SAP CACERES (2) N89/90 DE 25 DE MARZO. PTE: JULIA DOMINGUEZ DOMINGUEZ

El día 24 de octubre de 2011, D. Roque y D. Serafín estaban efectuando trabajos de sellado con silicona de una tubería de PVC en la que se había localizado una gotera siendo que para acceder a la tubería se empleaba una escalera metálica manual (telescópica y de tijera), despejándose previamente la zona de las máquinas que fueron desplazadas hacia los lados. Cuando D. Roque terminó de sellar la tubería comenzó a bajar por la escalera, precipitándose acto seguido desde una altura que no se ha determinado con exactitud. A consecuencia de dicho accidente, D. Roque sufrió lesiones de gran entidad que han determinado su incapacitación judicial y el reconocimiento de un grado de discapacidad del 75%.

La causa inmediata del accidente fue un factor individual del trabajador accidentado, bien porque resbaló, tropezó, adoptó una postura forzada al bajar o porque llevaba en la mano una pistola de silicona y no agarró correctamente a la escalera, o por otro factor individual no suficientemente aclarado. Esto propició la consiguiente pérdida de equilibrio y la posterior caída a distinto nivel, impactando contra el suelo.

Por la inspección de Trabajo y Seguridad Social propuso la imposición al empresario afectado de una sanción de 2.046 € por infracción administrativa (en lo referente a la formación periódica y a la vigilancia de la salud) tipificada como grave ya que consideró que no constaba que el trabajador hubiera recibido formación e información sobre prevención de riesgos laborales ni certificado documental sobre la calificación de su aptitud para el desempeño de su puesto de trabajo tras ser sometido a reconocimiento médico.

D. Roque contaba con los medios necesarios para desempeñar su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas."

FALLO: QUE DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO *a D. Sixto, a D. Serafín y a Dª. Estibaliz de los delitos por los que venían acusados en el presente procedimiento. Declaro de oficio las costas causadas."*

….hay una insuficiencia de pruebas que acrediten la relación causal entre el accidente y lesiones sufridos por D. Roque el pasado día 24 de octubre de 2011 en la sala de musculación del gimnasio "Sport club Sottoterra de Cáceres y la falta de formación del mismo como trabajador en ese momento y para esa actividad laboral específica y por tanto no queda acreditado el delito de lesiones del *art. 152 cp* ,así como tampoco ha quedado debidamente acreditado que durante la realización del trabajo por el mismo (el sellado de la tubería de pvc) se vulnerara por los acusados las normas de prevención de riesgos laborales, y en consecuencia tampoco se puede afirmar que hay delito de los *arts.316* , *317* y *318 cp.*

…no hay nexo o relación causal, entre el accidente sufrido por el Sr. Roque y la falta de formación del mismo y el no uso del casco por el mismo cuando efectúa el sellado de la tubería de pvc.

2.17 Sujeto pasivo

SUJETO PASIVO

FALSO AUTÓNOMO

AAP LEÓN 83ª) Nº 248/2020, DE 20 DE ABRIL. PTE: TEODORO GONZÁLEZ SANDOVAL

En el presente caso debemos destacar, en primer lugar, que por el Juzgado de Instrucción no se ha acordado la práctica de ninguna clase de diligencia de modo que el sobreseimiento que ahora se combate se acordó en vista, tan solo, del atestado en el que se da cuenta de que el accidentado, Severino, se trataba de un empresario autónomo y se recibe declaración como testigo a un empleado de Comercial Silva León SL: Torcuato quien ha manifestado que estando atendiendo a un cliente vio al accidentado de pie y de repente caerse desplomado.

Lejos de esos escasos datos, se desconocen cuáles fueron las circunstancias que concurrieron o determinaron que el padre y esposo de las querellantes se precipitara y cayera al suelo desde el camión al que estaba subido.

De la misma manera se ignora cuál era la razón de hallarse en dicho camión, al parecer, descargando la carga de tubos que transportaba.

Igualmente, no consta que clase de relación existía entre el fallecido y la empresa Comercial Silva León SL, propietaria del camión, si mercantil o laboral, por más que se tratara de un trabajador autónomo, algo que es de extraordinario interés si se tiene en cuenta que el motivo del sobreseimiento, según el auto recurrido, es que Severino se trataba de un trabajador autónomo.

Ese interés deriva, como tiene dicho *este Tribunal en el auto de 28/3/19, que resuelve el Recurso de Apelación nº 340/19* (Pte Sr. Miguélez del Río), de que la cuestión a dilucidar en casos como el presente es la posibilidad de exigir responsabilidad penal, en este supuesto, a algún administrador o encargado de Comercial Silva León SL por el accidente si, no obstante tratarse el Sr Severino de un trabajador autónomo, tuviera aquella empresa obligación de suministrarle o de proveerle de los correspondientes métodos o formas para desarrollar su trabajo con seguridad en cuyo supuesto no cabría descartar la posibilidad de que el Sr. Severino pudiera ser considerado sujeto pasivo del delito contra la seguridad de los trabajadores a que se refiere el *artículo 316 del Código Penal.*

EL QUE FIGURARA COMO AUTÓNOMO O COMO TRABAJADOR POR CUENTA AJENA NO ES DETERMINANTE DE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE SEGURIDAD E HIGIENE

SAP ALICANTE (10ª) Nº 170/2020, DE 14 DE MAYO. REC: 444/2019. PTE: JOSÉ MARÍA MERLOS FERNÁNDEZ

Sobre el primer extremo, hemos de recordar que la sentencia apelada no afirma que Victorino estuviera integrado en la dirección facultativa o fuera encargado de seguridad de la obra. Eso no se cuestiona. Otra cosa es que no tuviera competencia alguna en materia de seguridad e higiene en el trabajo. La sentencia le atribuye dicha competencia en su calidad de jefe de obra, por ejercer materialmente funciones de dirección, dando instrucciones, directamente o a través del encargado de obra, a los operarios sobre el modo y manera en que debían realizarse las tareas o algunas tareas, lo que incide en la seguridad en el trabajo, y dando instrucciones asimismo sobre la implantación o no de determinadas medidas de seguridad e higiene. La sentencia le atribuye dicha competencia sobre la base de la prueba testifical celebrada en el juicio, de la que hemos tratado en el fundamento jurídico segundo, a la que cabe añadir la declaración que el propio acusado prestó en fase de investigación (fol. 137), en la que dijo que "es jefe de obras de la empresa constructora Estructuras Cap Negret".

El apelante niega ahora esa calidad, explicando que dijo ser jefe de obra porque, siendo aparejador y no ejerciendo la dirección facultativa, no encontró otra denominación para su cargo, y añade que no trabajaba para Estructuras Cap Negret mediante contrato laboral, sino que era autónomo, y que ejercía las mismas funciones en otras muchas obras de la misma empresa.

La sentencia apelada asigna a Victorino el papel al que ya nos hemos referido en virtud de la prueba practicada en el juicio. El que figurara como autónomo o como trabajador por cuenta ajena no es determinante de la competencia en materia de seguridad e higiene. A este respecto ha de estarse al contenido material de las funciones que se desempeñan, sin que pueda descartarse que se trate de disimular la vinculación permanente con la empresa a efectos tributarios, de seguridad social o incluso para condicionar posibles

responsabilidades en materia de seguridad e higiene. Pues bien, las funciones reales del apelante en la obra eran de dirección de los trabajos, con incidencia en materia de seguridad e higiene.

2.18 Teoría de la imputación objetiva

TEORIA IMPUTACION OBJETIVA

SAP VITORIA (2) N 40/20 DE VEINTICUATRO DE FEBRERO. PTE: JESUS ALFONSO PONCELA GARCIA

Conforme a la teoría de la imputación objetiva, ese incumplimiento de la deuda de seguridad se encuentra en la base del accidente laboral (fundamento jurídico tercero de esta sentencia). *"La esencia de la teoría de la imputación objetiva radica en la idea de que el resultado lesivo debe serle imputado al acusado siempre y cuando dicho resultado sea la consecuencia o realización de un peligro jurídicamente desaprobado creado por aquél, pues si la víctima no se hubiera encontrado en la situación creada por el autor, no se hubiera producido el resultado que finalmente tuvo lugar"* (*S.TS. nº 353/2011, de 9 de mayo*). En tal caso nos encontramos.

ART 316 CP. IMPUTACION OBJETIVA, PERSONAL, SUBJETIVA.

SAP CIUDAD REAL (2) N 28/ 20, 17 de Febrero. PTE: FULGENCIO VICTOR VELAZQUEZ

El injusto descrito en el *artículo 316 del Código Penal* exige la concurrencia de tres planos de imputación: objetiva, personal y subjetiva.

La imputación objetiva se construye en torno a la creación de un riesgo penalmente relevante, estado jurídico existente cuando se infringen las normas de prevención de riesgos laborales, no se facilitan a los trabajadores los medios necesarios para desarrollar su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas y, además, se crea un peligro grave para su vida, integridad corporal o salud.

La imputación personal precisará que el injusto cometido sea atribuible a la persona o personas cuya responsabilidad se exige, contexto presente cuando el hecho forma parte de las competencias directas o delegadas que la persona en cuestión tiene asignadas en materia de seguridad de los trabajadores (así con carácter general para la responsabilidad penal de empresas con personalidad jurídica propia, *SSTS 607/2010, de 30 de junio* y *1157/2010, de 28 de diciembre*.

Finalmente, la imputación subjetiva precisará que el hecho objetivamente relevante y personalmente atribuible a una persona sea cometido por dolo o

imprudencia grave.

…el dolo exige conciencia del peligro (*STS 26-7-00*) y *del incumplimiento (AP Asturias 6-2-12)*, *pudiendo ser eventual (AP Las Palmas 23-1-12)*, que llega a ser incluso la modalidad más frecuente de presentación (AP Guadalajara 2-12-11). Existe dolo en un delito de peligro cuando un sujeto se representa el peligro y pese a ello decide seguir actuando o no poner remedio a la situación de peligro grave existente; situación que aquí acontece cuando el acusado no se cerciora que se acometa el examen y reparación, en su caso de la cubierta, sin cumplir las más mínimas y elementales medidas de protección tratándose de un trabajo en altura, y sin que se pueda justificar ese modo de obrar en base a que el trabajador consciente del riesgo decida ejecutarlo sin arnés o cinturón de seguridad toda vez que ni se trataba de un acto desplegado en el ámbito propio de sus funciones dónde se puede autoorganizar ni su actuación, por tanto, tenga eficacia justificante.

3. DETERMINACIÓN DEL SUJETO ACTIVO DEL TIPO DEL ART. 316 CP. INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN LEGALMENTE OBLIGADO

3.1 El sujeto legalmente obligado

LA CONDICIÓN DE SUJETO ACTIVO SE EXTIENDE POR LA VÍA DE LA PARTICIPACIÓN NECESARIA A QUIENES CONOCIENDO EL HECHO TÍPICO Y PUDIENDO REMEDIARLO, NO HUBIERAN ADOPTADO MEDIDAS PARA ELLO

AAP LEÓN (3ª) Nº 308/2020, DE 6 DE MAYO. PTE: ALVARO MIGUEL DE AZA BARAZON

Con carácter previo a la resolución de ambos recursos hemos de recordar que el *artículo 316 del Código Penal* castiga al que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física.

Ciertamente, el delito previsto en el artículo anunciado es un delito especial propio, por cuanto refiere como sujetos activos a quienes estuvieren legalmente obligados a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con medidas de seguridad e higiene adecuadas. Ahora bien, la seguridad en el trabajo es una tarea compartida por todas las personas que intervienen en los diferentes niveles de la organización del trabajo, y si bien el empresario es el que ostenta el poder de dirección y organización, y en consecuencia, es el obligado principal, por así decirlo, de facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad laboral con las

medidas de seguridad y salud adecuadas y de acuerdo con los riesgos que genere la actividad laboral que realicen, otras personas intervinientes en la obra también se hallan encargadas, directa y personalmente de la seguridad de las obras, o tengan mando, o ejerzan cualquier tipo de dirección sobre las mismas, de modo que pueden exigir el cumplimiento y observancia de las medidas de seguridad. El incumplimiento de esas obligaciones específicas puede fundamentar la responsabilidad penal de los mismos a título de participación necesaria omisiva, si bien para ello es necesario que el partícipe coopere en sentido normativo con su conducta omisiva en la conducta descrita específicamente para el autor en el tipo penal, esto es, cabrá apreciar responsabilidad penal de aquellos otros intervinientes en la obra en aquellos casos en los que cumpliendo sus específicas obligaciones pudieran haber enervado las omisiones del empresario en la facilitación de medios. La condición de sujeto activo se extiende por la vía de la participación necesaria a quienes conociendo el hecho típico y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello, lo que supone no solo un dominio fáctico sobre la fuente de peligro sino también una idoneidad jurídica para llevar a cabo el comportamiento preciso (*sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1998*, *26 de julio de 2000*). Se constituye de esta forma su posición de garante sin cancelar la posición principal de garantía del empresario.

SUJETOS RESPONSABLES: EMPRESARIO, MANDOS INTERMEDIOS (JEFE DE OBRA)

SAP ASTURIAS (3ª) Nº 318/2020, DE 30 DE SEPTIEMBRE. REC: 605/2020. PTE: FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ LUENGOS

Como también resulta clara la responsabilidad penal atribuida en los hechos al acusado recurrente, ya que la dogmática no duda en calificar el delito del *art. 316 del CP* como un delito especial, del que solo pueden responder como autores quienes estén «legalmente obligados» a facilitar «los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas».

En la búsqueda de quienes sean esos obligados, habremos de acudir a la normativa específica de prevención de riesgos laborales, materializada en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre.

Conforme a esta Ley, no existe duda alguna acerca de que corresponde al empresario - art. 14.1 de la Ley - un deber específico de protección frente a los trabajadores, y así, en el núm. 2 de ese precepto, se establece que «en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo».

Como quiera que, con frecuencia, el empresario será una sociedad o empresa,

la tan expresada Ley contiene una previsión específica - en el art. 18 - para tal supuesto, a fin de trasladar la responsabilidad a «los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos, y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello».

No obstante, esas previsiones normativas, ha de recordarse que la responsabilidad criminal se asienta imperativamente sobre el principio de culpabilidad - *art. 10 del CP* - de suerte que no bastará la comprobación de ser empresario, administrador o representante de una persona jurídica para atribuirle automáticamente la condición de responsable criminalmente de la acción típica.

Antes, al contrario, será preciso analizar y delimitar en cada caso la actuación de cada persona legalmente obligada a proporcionar una actividad segura para los trabajadores.

Pues bien, en la ardua tarea de delimitar quienes sean esos concretos obligados a garantizar la seguridad de los trabajadores, y, por tanto, de los posibles sujetos activos del delito del *art. 316 del CP* , la Jurisprudencia no ha limitado el campo de eventuales responsabilidades ni al empresario en sentido formal ni al administrador o gerente de la empresa o sociedad empleadora, sino que desciende en cascada hasta llegar a los encargados directos del servicio en que se aprecia la omisión normativa, para depurar las eventuales responsabilidades de cada uno de los mandos intermedios, sin que la atribución de responsabilidad de los encargados directos opere el efecto exonerador de responsabilidad de los escalones superiores de responsabilidad, para el caso de que en estos pueda detectarse también algún tipo de omisión dolosa.

En tal sentido, cabe citar la *sentencia del Tribunal Supremo núm. 2445/2001, de 22 de diciembre*, que establece que los deberes «no sólo alcanzaban al encargado de mantenimiento de la fábrica, que asignó a la víctima su tarea sino también a los gerentes de la empresa que conocían aquella y que, con su capacidad y rango de dirección, gerencia, podían haberlo impedido. Pues la responsabilidad se distribuye en cascada a quienes tienen el poder de dirección y de organización del trabajo». En la misma línea hermenéutica, por citar otro ejemplo, se sitúa la *sentencia de fecha 12 de noviembre de 1998* del mismo Alto Tribunal, que atribuye la responsabilidad tanto al gerente como al jefe de taller de la empresa en que ocurrió el siniestro, al considerar que «eran sin duda, las personas que tenían que cumplir y hacer cumplir las normas de seguridad e instruir a los trabajadores de los riesgos inherentes a cada tarea, pues a los dos incumbía, a cada uno en su círculo específico de responsabilidad, la organización y dirección del trabajo dentro de la empresa».

Así, a la vista de lo anteriormente expuesto, cabe afirmar la condición de sujeto activo del delito del acusado recurrente como Jefe de la obra, pues era él el máximo responsable en la ejecución de los trabajos en la obra, estando, por tanto, dentro de sus funciones propias velar porque que se hicieran en debida forma, sin riesgo y ni peligro para los trabajadores, mediante la comprobación, adopción, solicitud y vigilancia del cumplimiento de las legales, oportunas y

apropiadas medidas de prevención y seguridad, y como no lo hizo ello, siendo conocedor de que el hueco por el que se precipitó el trabajador no estaba cubierto y posible tomar medidas colectivas o individuales, determina su responsabilidad penal, como la del otro acusado que ostentaba el cargo de Coordinador de Seguridad de la obra, responsabilidad penal que en este tipo de delitos, como dejamos apuntamos, se materializa en cascada, no eliminándose, en consecuencia, la responsabilidad de uno por la concurrencia con la del otro, como es el caso.

3.2 El administrador

RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR-GERENTE

SAP LEÓN (3ª) Nº 126/2020, DE 15 DE ABRIL. REC: 1352/2019. PTE: TEODORO GONZÁLEZ SANDOVAL.

Esas infracciones colman el elemento normativo en la clase de delito por el que viene condenado el apelante pues no cabe desconocer que, como administrador único de la empresa y como gerente, tenía un conocimiento preciso de la forma insegura y de riesgo real para los trabajadores en que se desarrollaba la actividad de la empresa que gestionaba y tenía facultades y, en definitiva, un poder de dirección para tomar las decisiones que permitieran que aquella situación se revertiera .y, sin embargo, la toleraba, .incumpliendo la obligación de seguridad de la empresa que administraba para con sus trabajadores y, por eso, que la responsabilidad de su principal le sea trasladable a él, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 318 del Código Penal.*

RESPONSABILIDAD DEL ADMINSITRADOR Y DEL DIRECTOR DE LA EMPRESA

SAP TARRAGONA (2ª) Nº 115/2020, DE 24 DE MARZO. REC: 157/2019. PTE: IGNACIO ECHEVARRÍA ALBACAR

Eran los acusados como administrador y como director de la empresa con funciones de seguridad quienes de una forma directa, tenían que garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, disponiéndolo así la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995 de 8 de noviembre en su artículo 14 , para lo cual deberá adoptar el mismo todas las medidas que sean necesarias y procediendo a desarrollar las acciones permanentes para perfeccionar la protección y que se adapten las medidas preventivas a las circunstancias del trabajo, por lo que se tiene que tener en cuenta la evolución de las técnicas, de tal forma que se tiene que adecuar aquellas situaciones peligrosas a las que puedan constituir ningún o menor riesgo tras haberse realizado la evaluación del riesgo (artículos 15 y 16)

y procediendo a la formación e información del trabajador, de tal forma que se debe prever inclusive situaciones de distracción o imprudencias no temerarias del trabajador, sino que tiene el empleador un deber activo a la vez que debe proceder a dar una formación e información al efecto de controlar y corregir prácticas viciosas de los trabajadores que la rutina y la confianza les han abocado a las mismas. No habiendo actuado así el empleador y habiendo procedido además el mismo tanto como empresario y como encargado de seguridad, es por lo que procede desestimar las alegaciones realizadas por el recurrente.

CONDENA AL ADMINISTRADOR Y GERENTE DE LA MERCANTIL AL CREAR UN RIESGO JURIDICAMENTE DESAPROBADO SIENDO RESPONSABLE DE LA OMISION DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

SAP CIUDAD REAL (2) N 28/ 20, 17 de Febrero. PTE: FULGENCIO VICTOR VELAZQUEZ

El 06/11/2013, alrededor de las 11:00 horas, en la nave de la mercantil Isater, S.L., situada en el polígono industrial El cabezuelo de la localidad de Argamasilla de Alba, el trabajador Juan Pablo, cumpliendo las previas órdenes e instrucciones que le fueron impartidas por el encausado como gerente y encargado de la entidad citada, ayudándose de una escalera metálica, se subió a la cubierta de la nave de la empresa para lo cual trabaja, con la finalidad de reparar posibles goteras. En tal momento y cuando se encontraba sobre la cubierta, pisó una placa de fibrocemento, la cual cedió, precipitándose al suelo desde una altura aproximada de cuatro metros.

Consecuencia de tal caída el trabajador sufrió las lesiones.

El encausado, como gerente de la mercantil Isater, S.L. no facilitó al trabajador accidentado los medios de protección colectiva y equipos de protección individual necesarios para la realización del trabajo en altura en condiciones de seguridad"

…: " *Que debo condenar y condeno al encausado Luis Francisco como autor de un delito contra la seguridad de los trabajadores en concurso de normas con un delito de lesiones por imprudencia grave*

…no cabe duda, que habiendo quedado acreditado, tal y como lo asumió el propio acusado, que no solo era el representante legal, sino que los mandó él, él fue quien ejerció el poder de dirección y, por ende, puede ser sujeto activo del delito sin que el hecho de que no fuese el encargado de seguridad o que se desconozca su función en el organigrama social desvirtué tal posibilidad como anteriormente hemos expuesto. Es más, disponía de datos suficientes para saber que la conducta de sus subordinados, ejecutada en el ámbito de sus funciones y en el marco de su poder de dirección, creo un riesgo jurídicamente desaprobado, siendo responsable por omisión si no ejerce las facultades de

control que le corresponden sobre el subordinado y su actividad o no actúa para impedirla

ABSUELVE A LOS ADMINISTRADORES PUES LA CAUSA DEL ACCIDENTE FUE LA UTILIZACION DE UN ELEMENTO AJENO AL EQUIPO.

SAP CADIZ (1) N 89-2020, DE 30-3.2020.PTE: MARIA OLIVA MORILLO BALLESTEROS

Ha quedado acreditado que Laureano estuvo trabajando desde el día 3 de mayo de 2010 para la entidad Beltrucks SL como conductor de grúa. Su trabajo consistía en la conducción y manipulación de un vehículo "tipo grúa", para el enganche y retirada de vehículos a requerimiento de la policía municipal en las localidades de su ámbito de actuación, entre ellas El Puerto de Santa María.

El día 26 de julio de 2010, sobre las 16:17 horas recibió el encargo de retirada de un vehículo en el Puerto de Santa María, en la calle Ganado, a la altura del aparcamiento del hotel Los Cántaros. Laureano, se personó en el lugar con el vehículo grúa de la marca Nissan, modelo Cabstar, matrícula .... XQC, propiedad de Beltrucks SL. El vehículo que tenía que retirar era una Audi Q 7 matrícula…XYK, que había sido denunciado por estar mal estacionado. Laureano comenzó la maniobra de enganche de las ruedas delanteras, pero no consiguió moverlo, por lo que decidió colocar en las ruedas traseras los carritos de transporte.

Para colocar los carros de transporte se abre el carro y se coloca a ambos lados de la rueda del vehículo a transportar. Una vez ajustado el carro a la rueda, por medio de una llave se acciona el piñón, que mueve la cremallera hasta quedar la rueda encima de los dos rodillos. La rueda se sujeta por medio de una eslinga a las anillas que están situadas a ambos lados del carro.

Laureano colocó uno de los carritos bajo la rueda trasera izquierda e inició la operación de tensado progresivo del carro. El carrito tenía el muelle roto, lo que no impedía subir el coche, pero obligaba a Laureano a presionar manualmente la manivela del carrito. Laureano utilizó una llave tipo carraca que había introducido en el tubo de cepo, para alargarla y hacer más palanca, y cuando la rueda estaba levantada del suelo, con una mano aguantó la lengüeta para que el carro no se abriera, consiguiendo así el efecto que debía hacer el muelle, y con la otra fue a coger el pasador y la llave de cepo se soltó y lo golpeó en la cara ocasionándole lesiones.

La formación que se dio a Laureano por la empresa consistió en las explicaciones que le dio otro empleado.

Indalecio es administrador único de Beltrucks SL.Por escritura de 12 de junio de 2003 Marisa vendió a Indalecio las participaciones sociales números 2707 a 3007. Marisa ha trabajado para Beltruks SL desde el 4 de mayo de 2009 hasta

el 17 de enero de 2014.

No consta acreditado que Marisa y Indalecio supieran que el muelle de la grúa estaba deteriorado.

…DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a Indalecio y a Marisa del delito contra la seguridad de los trabajadores del *art. 316 del CP* y del delito de lesiones por imprudencia grave del *art. 152.1. 3º del CP,* de que se les acusaba, con declaración de las costas de oficio.

...Tanto en los informes del Inspección de Trabajo(folios 108 a 11, 190 a 194 que se reproduce y 313 a 317) y el Informe de la Consejería de Empleo se concluye de forma terminante que el carro de transporte tenía deteriorado el muelle, pero que esa circunstancia no impedía subir el coche pero obligaba al trabajador a presionar manualmente la manivela del carrito y en segundo lugar que el trabajador utilizo una elemento ajeno al equipo como accesorio para ayudarse a subir el vehículo, que la llave que utilizó para tensar el carrito no estaba diseñada para el uso que se destinó y era de construcción improvisada .

Que las llaves de carraca no están diseñadas para poner ningún elemento suplementario

Queda acreditado con la testifical de los Agentes de Policía, fotos obrantes a los folios 11 a 17, y por el propio el perjudicado que acoplo la llave de carraca al tubo del cepo para aumentar la longitud de la llave de carraca y así reducir la fuerza y el accidente no se produce por equipo entregado al trabajador sino por la proyección del tubo que por decisión propia añadió y es el tubo de cepo. Que es el que se soltó y le golpea en la cara produciéndole tan graves lesiones.

La juez a quo explica porque no concurren los elementos objetivos y subjetivos del *artículo 316 C.P*. Efectivamente se ha de tratar de una infracción muy grave de las y la norma de seguridad infringida ha de poner en peligro grave la vida o la integridad física del trabajador y se exige no solo que el acusado sea consciente de que la está infringiendo sino también que con su infracción pone en peligro la vida e integridad de sus trabajadores.

En el caso de autos la falta de formación en prevención de riesgos laborales no se puede calificar de muy grave y el deterioro del muelle, que no se ha acreditado que conocieran los acusados, no implica un peligro grave para la integridad o la vida porque el sistema para evitar el retroceso se podía accionar manualmente, declarando los testigos que las grúas llevan muelles de recambio y que la llave de carraca corta era la destinada para manipular el carrito.

…La causa del accidente es como concluyeron los peritos en la utilización de un elemento ajeno al equipo como accesorio para ayudarse a subir el vehículo, y es la proyección de este tubo, que añade por decisión propia, el que le causa las lesiones y no la llave de carrara.

Tampoco el accidente era fácilmente previsible, ni siquiera al trabajador se le represento que el tubo que utilizó fuera despedido de la forma que lo fue.

CONDENA AL ADMINISTRADOR QUIEN NO PUEDE DELEGAR SU RESPONSABILIDAD EN LA EMPRESA SUBCONTRATADA

SAP CASTELLON (1) N 155/2020 DE DOS JUNIO 2020 PTE: RAQUEL ALCACER MATEU

Considera el Juez de lo Penal acreditados los hechos con base a la declaración del propio acusado Sr. Mario, jefe del lesionado Rodolfo en la empresa Gabido Cas, S.L. que reconoció que el trabajador cayó al suelo desde una altura aproximada de un segundo piso y que justo el accidente se produjo cuando acababan de quitar las redes de seguridad y que el trabajador accidentado no portaba arnés en el momento de sucede el accidente. El trabajador accidentado aseguro que no había malla de seguridad, ni puntales, ni equipos individuales de seguridad, llegando a afirmar incluso que el casco que portaba era suyo al igual que las botas y que la empresa no le facilitó ningún medio de seguridad para trabajar. El Inspector de trabajo que levantó el acta e impuso las sanciones a la empresa GABIDO CAS, S.L. ratifico la falta de medidas de seguridad tanto colectivas como individuales, es de ver el acta de infracción el informe del inspector de trabajo y seguridad social obrante, f.58 ss, que refiere la falta de protecciones colectivas e individuales en la obra, no disponiendo de protecciones colectivas completas en el forjado que eviten el riesgo de caída en altura superior a dos metros; segunda infracción, no haber proporcionado al trabajador accidentado ninguna clase de equipos de protección individual para evitar el riesgo de caída en altura u otro riesgo laboral.

...Alega que Narciso, como administrador de la mercantil Avant SL cumplió con todas las exigencias administrativas y legales que el correspondían especialmente relacionadas con la prevención de riesgos laborales y adopción de medidas de seguridad que le correspondían y no tuvo intervención con los trabajos de estructura, elaboraron el estudio de seguridad y salud en la producción del accidente. Afirman no haber descuidado los deberes de vigilancia que hacían Matías y la arquitecta Nicolasa, directora de obra. Añade que en la cláusula IV del contrato con GABIDO CAS SL ya se decía que aportaban mano de obra y materiales para colocación de medidas de seguridad, por lo que la empresa obligada a adoptar las medidas era GABIDO GAS SL.

... Confirmado por esta sala, conforme lo expuesto en el antecedente anterior, la inexistencia de las medidas de seguridad, de tipo individual y colectivos, para el trabajo que estaba desempeñando el accidentado, procede plantearse la autoría de los hechos. Y al respecto no puede esta Sala sino confirmar en todos sus extremos los argumentos del Juez a quo.

...Correspondía al recurrente, como empresario, por su condición, conocer que la obra carecía de la protección necesaria para evitar caídas desde altura y así poder trabajar sin riesgo para la vida o la integridad de las personas, a él corresponde procurar que en la obra se cumplieran con los requisitos exigidos por la normativa de prevención de riesgos laborales e impedir, en caso contrario,

el trabajo. No pudiendo delegar su responsabilidad en la empresa subcontratada, como pretende, e incluso en el propio trabajador, la imprudencia que estos hayan podido tener no excluye su actuación imprudente.

La concurrencia en el resultado de otros profesionales que hayan infringido también sus obligaciones en materia de seguridad en el trabajo no exoneran a ninguno de ellos de la denominada "responsabilidad en cascada" en este tipo de delitos (*STS 26 de julio de 2000*). Tampoco puede admitirse que haya puesto el cuidado exigido, como pretende, pues de haber sido así no se hubiera producido el accidente, si su actuación se hubiera ajustado al cuidado exigido, adoptando las medidas de seguridad necesarias al trabajo que está realizando, hubiera impedido probablemente el accidente pues hubiera exigido que la colocación de medidas de protección colectivas completas en el forjado que evitasen el riesgo de caída en altura superior a dos metros y que se le proporcionase al trabajador accidentado los equipos de protección individual para evitar el riesgo de caída en altura u otro riesgo laboral. El empresario viene obligado a corregir la imprudencia profesional de los subcontratistas y las conductas de riesgos q que están habituados los trabajadores de la construcción, que son conocidas y permitidas por los empresarios y que son irrelevantes a la hora de medir la imprudencia del empresario.

CONDENA A LOS ADMNISTRADORES POR SER LOS ENCARGADOS DE LAS FUNCIONES DE PREVENCION DE RIESGOS LABORALES Y NO ESTABLECIERON UN METODO DE TRABAJO SEGURO Y NO ANALIZAR LA EVALUACION DE RIESGOS.

SAP VITORIA (2) N 40/20 DE VEINTICUATRO DE FEBRERO. PTE: JESUS ALFONSO PONCELA GARCIA

SEGUNDO. - La empresa Cinetronica S.L. había encargado a Tecesla S.A. Servicio de Prevención una evaluación específica de riesgos (art. *16 Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales)*. El juzgador considera que dicho documento recogía la tarea a realizar en el telón cortafuegos, pero no los riesgos específicos de la misma y, consecuentemente, tampoco medidas preventivas para anular o minimizar los peligros derivados de esa actividad. Los apelantes disienten. Afirman que, no solo aparecía previsto el concreto trabajo en el telón (folio 35 de las actuaciones), sino también el riesgo ("atrapamiento o aplastamiento por o entre objetos", folio 50) y las medidas correctoras (folio 55 vuelto).

Examinado el documento, comprobamos que el "atrapamiento o aplastamiento por o entre objetos" está incluido en un listado encabezado como "descripción de riesgos generales", que podría formar parte de la evaluación de riesgos de múltiples actividades industriales, completamente diferentes al mantenimiento de un teatro. Se trata de un riesgo genérico, que lo mismo se asocia a "engranajes, rodillos, correas de transmisión", que puede haber en un espacio escénico, que

a "turbinas" o "prensas", que no hay; y no aparece directamente asociado a la "verificación del estado de los cables de acero de carga y elevación" del telón cortafuegos.

En cuanto a las medidas correctoras, son igualmente genéricas ("todo equipo de trabajo deberá contar con resguardos que impidan el acceso de los trabajadores a sus órganos en movimiento") y, además, no se cumplieron, la polea no tenía una carcasa protectora o elemento similar que evitara el atrapamiento de los dedos.

Ambas defensas añaden que el telón cortafuegos y sus poleas forman parte de los elementos constructivos del teatro, cuya propiedad es del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz y, por tanto, responsabilidad de éste, no de las empresas contratadas por el Consistorio. Lo que sí es de su responsabilidad es la seguridad de sus propios operarios, y si algún elemento del edificio no es seguro, han de exigir al propietario que lo asegure, cosa que no consta que los acusados hicieran. Si la maquinaria escénica adolecía de carencias de seguridad, la pasividad no era una opción para los acusados, dada su condición de garantes de esa seguridad ante sus trabajadores.

Coinciden también las defensas en señalar que la evaluación específica de riesgos fue encargada a una empresa especializada, por lo que no serían responsables de eventuales deficiencias en dicho documento. Olvidan que Tecesla S.A. fue contratada para elaborar esa evaluación, no como servicio de prevención externo (*arts. 30 y ss. L.P.R.L*), y que eran los dos acusados los encargados de las funciones de prevención de riesgos laborales en las empresas que gestionaban. De su competencia era, por tanto, analizar la suficiencia de la mencionada evaluación, sin atribuir al documento efectos apotropaicos. La simple existencia de la evaluación específica de riesgos no les exime por sí sola de responsabilidad, ni a Laureano que la encargó, ni a Manuel que se adhirió a la misma.

Lo verdaderamente relevante es que la tarea en cuyo desarrollo acaeció el accidente laboral era ejecutada con un método de trabajo sin ningún control previo de su seguridad. Los operarios lo hacían como habían aprendido viéndolo hacer a otros, sin más guía sobre seguridad que el sentido común y el lógico instinto de preservación. Ningún responsable de prevención les indicó, ni por escrito (no consta documento alguno) ni de palabra, cómo debían hacer ese trabajo. Por tanto, no hubo control sobre el método de trabajo. No ha quedado acreditado que la información y la formación que recibió el lesionado por parte de sus empleadores abarcaran cómo debía llevar a cabo la comprobación del estado del cable del telón y las declaraciones testificales depuestas en el juicio oral son muy ilustrativas al respecto.

En fin, los recurrentes no han demostrado que las conclusiones expuestas por el Magistrado sean ilógicas, arbitrarias o contrarias a las máximas de ciencia o experiencia, de modo que hacemos propios por vía de remisión los extensos razonamientos de la sentencia.

De este modo, apreciamos que los acusados no proporcionaron de manera suficiente *"los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas"* (art. 316).

CONDENA AL EMPRESARIO QUE NO FACILITO FORMACION NI EQUIPO DE TRABAJO ADECUADO AL TRABAJADOR, A PESAR DE QUE ESTE NO UTILIZO EL CINTURON DE SEGURIDAD DE LA MAQUINA AGRICOLA

SAP JAEN (3) N81-20 DE VEINTISEIS DE FEBRERO. PTE: MARIA JESUS JURADO CABRERA

Como consecuencia del no cumplimiento de sus deberes de protección por parte del, acusado, empresario, sobre las 10Ž30 horas del día 11 de diciembre de 2.015, en la FINCA000 ", sita en el km NUM001 de la carretera JV-7107, término municipal de Quesada, el trabajador de la empresa **Anselmo ,** que prestaba sus servicios como operario de maquinaria agrícola móvil, se encontraba realizando tareas de recogida de aceituna, en concreto conducía un buggy vibrador de olivos, marca Pellenc, modelo Maxi 1200, nº de serie 25028/w. En un momento dado atravesó una piedra de grandes dimensiones en el borde de un desnivel de la finca, intentando esquivarla, elevando las pinzas del buggy para sortearla, perdiendo el control del vehículo de 4.500 kilogramos de peso y cayendo por el desnivel a una altura aproximada de unos cuatro metros, dando varias vueltas de campana, saliendo el trabajador despedido del mismo al no llevar puesto el cinturón de seguridad y siendo aplastado por la máquina, sufriendo lesiones muy graves que acabaron con su vida al día siguiente.

Este accidente podría haberse evitado si hubiesen existido unas medidas de prevención adecuadas, obligación del empresario, en concreto una formación del trabajador en el uso del buggy empleado e información relativa a las condiciones de utilización del mismo, un equipo de trabajo adecuado en relación a las características del terreno, ya que el uso del buggy se encuentra limitado a aquellos terrenos en que no se verá comprometida su estabilidad lo que no sucedió en este caso así como un control por parte del empresario del uso de las medidas de seguridad (cinturón). Tampoco el trabajador recibió los EPIS correspondientes. De igual forma el trabajador no había recibido formación específica para su puesto de trabajo.".

La sentencia dictada en la instancia condena a Eusebio como responsable criminalmente en concepto de autor de un delito contra los derechos de los trabajadores en concurso con un delito de Homicidio imprudente. Y contra dicha resolución, se interpone recurso de apelación por la representación procesal del acusado Eusebio, alegando como motivos de impugnación la indebida aplicación de los *artículos 316* y *317 del Código Penal* , por entender que no concurren los requisitos exigidos para condenarle como responsable de dicho ilícito penal, habiendo quedado acreditado de la prueba practicada que el siniestro con el fatal desenlace fue por la exclusiva negligencia del finado, insistiendo sobre que la circunstancia de no llevar abrochado el cinturón de seguridad, según el informe

del equipo técnico de prevención de riesgos laborales, fue la causa determinante en el resultado del siniestro y no la falta de formación o el desnivel, y subsidiariamente la incorrecta ponderación de la concurrencia de culpas en el siniestro acaecido, interesando se pondere la concurrencia de culpas en un 90% para el Sr. Anselmo y un 10% para el recurrente.

…sobre que el siniestro se debió únicamente a la negligencia del trabajador, lo que debe ser rechazado en cuanto resulta probado que el trabajador utilizó la referida máquina sin que en ningún momento hubiera recibido la formación adecuada y sobre todo específica para el manejo de dicha máquina, respecto a lo cual no se le dio la formación específica para haber podido evitar, entre otras cosas, trabajar en esa zona, en cuanto que con dicha máquina solo se puede trabajar en zona llana, no existiendo por otra parte ningún indicio o indicador de que el resultado producido se debiera a la exclusiva responsabilidad del trabajador fallecido, y por ello, ciertamente concurren todos y cada uno de los requisitos configuradores del delito contra los derechos de los trabajadores previsto y sancionado en el *art. 316 del Código Penal* por el que resulta condenado, en cuanto no se facilitaron al trabajador los medios necesarios para desarrollar su trabajo con las debidas condiciones de seguridad, dado que no tuvo la formación específica y necesaria para conducir el Buggy y tampoco se observó la normativa sobre protección de riesgos laborales, expresando la sentencia recurrida con claridad y exactitud las circunstancias causantes y que sustentan la condena del acusado.

... No obstante lo anterior, entiende el juzgador acertadamente que la conducta del trabajador de no usar el cinturón, el cual según manifiestan los peritos estaba en perfecto estado de uso, y así se declara probado en el relato fáctico de la sentencia recurrida, que aquí ha sido aceptado en su integridad, ello no puede ser ignorado en la producción del suceso y por tanto tiene su reflejo en el quantum indemnizatorio, considerando esta Sala ajustado a derecho la aminoración de la indemnización en un 40% de culpa del trabajador.

SUJETOS LEGALMENTE OBLIGADOS. NO BASTA SER ADMINISTRADOR, LO RELEVANTE ES LA FUNCION QUE DESARROLLAN, NO EL CARGO.

SAP CIUDAD REAL (2) N 28/ 20, 17 de Febrero. PTE: FULGENCIO VICTOR VELAZQUEZ

En efecto, resulta incontestable que los empresarios o titulares de la empresa son los posibles sujetos activos del delito, pero no sólo ellos, sino también, desde una perspectiva penal los administradores y encargados del servicio a los que se refiere el *art. 318 del Código Penal* que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hayan adoptado medidas para ello. Lo relevante es la función que los sujetos desempeñen y no el cargo con el que este figure en el organigrama de la empresa, esto es, el deber de seguridad se imputa al que, de facto, ejerce el poder de dirección efectivo. En definitiva, "son todas aquellas (personas) que ostenten mando o dirección,

técnicos de ejecución, y tanto se trate de mandos superiores como de intermedios o subalternos, incluso de hecho" (v. S de 10 de marzo de 1980); en definitiva, como dice un conocido autor: "el empresario y sus encargados". No obstante, de modo inmediato, ha de proclamarse que no puede hablarse de responsabilidad criminal sin dolo o culpa, no hay responsabilidad sin culpabilidad. De ahí que sea preciso examinar la conducta del acusado, su intervención en el hecho enjuiciado, pues no basta ser administrador o representante de una persona jurídica para ser de forma automática criminalmente responsable de las actividades de la misma típicamente previstas en la norma penal. Por ello, será preciso, en orden a concretar la eventual responsabilidad del acusado, delimitar su concreta actuación.

LA PERSONA QUE REALICE LA FUNCION TIPICA TIENE QUE TENER EL DOMINIO DEL HECHO

SAP VALLADOLID (4) N50/20 DE DIECIOCHO DE FEBRERO. PTE: ANGEL SANTIAGO MARTINEZ GARCIA

Cuando se produce un accidente laboral es preciso analizar quién o quiénes eran los responsables de cumplir y hacer cumplir las normas de cuidado, las normas de seguridad, los que han infringido las normas de prevención de riesgos laborales y no han facilitado los medios necesarios a los trabajadores.

Esta obligación de vigilar porque la prestación de servicios se realice en condiciones que impidan la producción de accidentes laborales con resultados lesivos para los trabajadores (y por tanto la posibilidad de incumplir ese deber y de responder penalmente tanto por el delito de riesgo, como en el caso de accidente laboral), recae tanto en el Director de la Empresa, como en los Directivos, Mandos Intermedios y Encargados, y así era ya apreciada durante la vigencia de la antigua Ordenanza General de Seguridad e Higiene, y de igual modo es apreciada con la vigente Ley de Prevención de Riesgos Laborales, dado que en el mundo laboral, todos los que ostentan mando o dirección, técnicos o de ejecución, y tanto se trate de mandos superiores como de mandos intermedios, y subalternos, incluso de hecho, tienen como misión primordial el velar por el cumplimiento de las normas de seguridad, y están obligados a cumplir y hacer cumplir cuantas prevenciones y cautelas establece la legislación de trabajo para evitar los accidentes laborales y para preservar y tutelar la vida, integridad corporal y salud de los trabajadores, de tal forma que la persona física a quien se la atribuya penalmente el hecho delictivo tiene que ser el autor, la persona que ha realizado la acción típica, con dominio suficiente del hecho.

TODOS LOS QUE OSTENTEN MANDOS ESTAN OBLIGADOS A CUMPLIR LAS PREVENCIONES DE LA LEY PARA EVITAR ACCIDENTES DE TRABAJO

SAP MURCIA (3) N 127/2018 DE VEINTIUNO DE OCTUBRE. PTE: JOSE LUIS GARCIA FERNANDEZ

Por último conviene también traer a colación que el propio Tribunal Supremo se ha encargado de señalar que en el mundo laboral todos los que ostentan mando o dirección técnicos o de ejecución, y tanto se trate de mandos superiores como subalternos, están inexcusablemente obligados a cumplir cuantas prevenciones establece la legislación de trabajo para evitar accidentes laborales y para preservar y tutelar la vida, la seguridad y la integridad de los trabajadores (*STS de 10/05/80*), tanto si ejercen estas funciones reglamentariamente como si las actúan de hecho (*STS de 30/03/90*), incurriendo en responsabilidad criminal si en el cumplimiento de tales deberes se muestran remisos o indolentes y con dicha conducta causan o contribuyen a la causación de un resultado dañoso o a una situación de grave peligro (*STS de 12/05/81*), doctrina ésta extrapolable al actual *artículo 316 por mor de lo establecido en el artículo 318 del Código Penal* .

3.3 El coordinador de seguridad

COORDINADOR DE SEGURIDAD

FUNCIONES DEL COORDINADOR DE SEGURIDAD

AAP GUIPUZKOA (3ª) Nº 261/2020, DE 26 DE OCTUBRE. PTE: MARÍA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI

Partiendo de ello, y remitiéndonos a la regulación en torno al coordinador en materia de seguridad y salud contenida fundamentalmente en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, este Tribunal no puede sino convenir con la parte recurrente que dicha figura tiene un cometido que sin duda no puede desdeñarse ya que sus funciones, en lo que aquí nos interesa, son: a) coordinar la aplicación de los principios generales de prevención y de seguridad, b) coordinar las actividades de la obra para garantizar que los contratistas y los subcontratistas apliquen de manera coherente y responsable esos principios, d) organizar la coordinación de actividades empresariales entre el contratista principal y los subcontratistas, e) coordinar las acciones y funciones de control de la aplicación correcta de los métodos de trabajo.

NOMBRAMIENTO DEL COORDINADOR DE SEGURIDAD POR EL PROMOTOR

AAP GUIPUZKOA (3ª) Nº 261/2020, DE 26 DE OCTUBRE. PTE: MARÍA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI

También debería cumplir dicha obligación de nombramiento de coordinador de seguridad, no así la evaluación de riesgos, en caso de que hubiera contratado los trabajos a Construcciones…y ésta como contratista hubiera a su vez subcontratado a D.J y a D. J como trabajadores autónomos.

Supuesto éste en el que para que sea exigible a Akaba S.A., como promotor la obligación de designar coordinador de seguridad ha de conocer la intervención de los mismos como subcontratados en la ejecución de la obra, bien antes del inicio de la obra, bien con posterioridad.

ABSUELVE AL COORDINADOR DE SEGURIDAD PUESTO QUE EL ACCIDENTE SE DEBIO A UNA EJECUCION DEFECTUOSA DE LA TECNICA DE REBAJE DE LA CHIMENEA E IMPREVISIBLEMENTE SE CAYO.

SAP MURCIA (5) N 138/20 DE SEIS DE OCTUBRE. PTE: MATIAS MANUEL SORIA FERNANDEZ-MAYORALAS

"Marcelino, DNI NUM000, peón de la construcción y contratado por la empresa DIRECCION002., asegurada en Reale Seguros Generales, S.A., falleció sobre las 15'45 horas del día 2 de diciembre de 2008 a consecuencia del accidente sufrido mientras trabajaba en la construcción de 32 viviendas y garajes situados en la CALLE000, Parcela NUM002 del P.I. de DIRECCION003 de DIRECCION004.- El accidente se produjo cuando el trabajador se encontraba subiendo por la escalera exterior de uno de los dúplex entre el primer piso y la terraza, al caer sobre la escalera los cascotes de la chimenea shunt que se encontraba en la terraza de esa vivienda, en la que estaba haciendo un rebaje para la instalación de tela asfáltica, por otro trabajador, cascotes que derribaron la valla de protección allí instalada, lo que provocó su caída desde unos 4,5 metros de altura, cayendo entonces el mismo sobre unas tablas de encofrar que cubrían el hueco destinado a extracción de humos del aparcamiento del sótano situado a nivel del suelo, rompiéndose también esas tablas, y precipitándose Marcelino otros 3 metros hasta el sótano de la vivienda.- Como consecuencia de ello Marcelino sufrió traumatismo cráneo-encefálico y hemorragia cerebral difusa que le produjo la muerte.

El acusado Jesús, fue contratado por la mercantil DIRECCION005. como aparejador, recayendo sobre el mismo la condición de Coordinador de Seguridad de la mencionada obra, el mismo no se encontraba ese día en la obra, no consta tuviera conocimiento de que ese día se iba a realizar el rebaje de la torre para la instalación de la tela asfáltica, cuya colocación puede hacerse también sin rebajar".

El Fallo de dicha sentencia recurrida dice: "ABSUELVO a Jesús del delito contra la seguridad del trabajo en concurso de normas con un delito de homicidio imprudente por el que venía acusado, con todos los pronunciamientos favorables con costas de oficio".

…..Pues si es cierto que del acta de las infracciones de la inspección de trabajo se declara probado que la escalera no contaba con el rodapié, conforme a la Perito Leonor que realizó un cálculo matemático, la barandilla no cedió por el peso del trabajador ya que no habría caído en el lugar donde se encontró, sino que fue la caída de la cúpula de la torre de la chimenea la que derribó la barandilla, de tal forma que la inexistencia del rodapié en nada influyó en la caída, tal como señala la sentencia apelada, sino que dicho rodapié lo que evita es la caída de objetos rodantes, así lo declara el perito, ya que el rodapié de acuerdo con la norma NTP 123 del Instituto Nacional de Seguridad e higiene en el trabajo tiene dicho objetivo.

…Tampoco se puede considerar infringidas las normas de prevención de riesgos laborales, ya que la infracción con repercusión penal ha de tener el carácter de grave, de acuerdo con lo dispuesto en el *Art 316 del C. Penal.* De tal forma, que el que no se previera en el plan de seguridad y salud de la obra los trabajos consistentes en la rebaja de la base de las chimeneas o torres shunt ubicadas en la cubierta entre 2'5 y 3 centímetros y no contemplaran los posibles riesgos de su vuelco no se pude considerar grave. Se trata de la ejecución de una obra de reparación de lo incorrectamente ejecutado que no era previsible y no tiene por tanto la suficiente gravedad. Así la Perito Sra. Leonor declara que la técnica de rebaje de la torre chimenea para colocar la tela asfáltica es una técnica de ejecución ordinaria, que es algo rutinario, que no necesita especificación.

Tampoco existe irracionalidad alguna en la inferencia realizada por la juzgadora al considerar, que la aplicación del *art. 142 del C. Penal* requiere una acción u omisión voluntaria no maliciosa con resultado dañoso y una adecuada relación de causalidad y que para la relevancia penal de la relación causal no basta la mera causalidad sino la posibilidad de que hubiera podido evitarse el resultado dañoso con una conducta cuidadosa. Cuando ha quedado acreditado que el accidente se produce cuando se realizaba un trabajo de adecuación de la torre de shunt, y esta imprevisiblemente se cae, no por la falta de medidas de seguridad, sino por un defecto en la ejecución del trabajo que se desarrollaba.

3.4 El director de ejecución

DIRECTOR DE EJECUCIÓN

RESPONSABILIDAD DEL DIRECTOR DE EJECUCIÓN: MÁXIMO RESPONSABLE

AAP LEÓN (3ª) Nº 308/2020, DE 6 DE MAYO. PTE: ALVARO MIGUEL DE AZA BARAZON

En relación al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Benjamín MARTIN hemos de recordar que jurisprudencialmente se ha venido estableciendo que al director de la ejecución, como máximo responsable, le incumbe velar por el cumplimiento de las normas relativas a la seguridad de las personas que allí desarrollan sus tareas pues, en definitiva, las cuestiones de

seguridad y prevención de riesgos son consustanciales a la propia dirección de la obra y no pueden considerarse funciones desgajadas de la dirección facultativa.

Pues bien, señala el recurrente que, pese lo que obra en las actuaciones, no había ningún riesgo de derrumbe y que, como informó el Arquitecto de la obra dado que era posible realizar un talud vertical con excavación libre, considerando la Sala que esta cuestión es de fondo que deberá depurarse en el acto del juicio, donde la parte podrá interesar la intervención de los peritos, e incluso el careo de los mismos y del resto de profesionales que hubieran intervenido en la construcción de la bodega para aclarar este extremo, si bien en la fase en la que nos encontramos coincide la sala con el Instructor que hay material indiciario suficiente para continuar el procedimiento penal sin perjuicio de lo que pudiera acreditarse en el acto del juicio oral si se llegara a alcanzar dicha fase procesal.

Lógicamente el acusado, en su legítimo derecho de defensa puede aducir que en su actuación de supervisión y control las obras ejecutadas no contravinieron las normas de seguridad pero, dicha manifestación no puede dar lugar, por si sola a su exculpación pues obra en la causa el Informe de la Inspección de trabajo que señala justo lo contrario, concretamente tanto en el Acta de Infracción como en el Informe emitido por el Técnico de la Unidad de seguridad y salud laboral, en los que se señala que trabajadores circulaban entre el muro y un talud prácticamente vertical con evidente riesgo de derrumbe. Cierto es que los trabajadores y el propio Arquitecto ha negado dicho riesgo para los trabajadores, pero, coincidiendo con el Ministerio Fiscal, que en su exhaustivo informe al recurso interpuesto entiende que ha de ser en su caso en la fase de enjuiciamiento donde deban valorarse estos criterios divergentes, así como cuestiones fácticas como si la excavación era de 8 metros como señala la Inspección o tan solo de 4,7 metros, como señala el recurrente.

Por tanto, existe a juicio de la Sala indicios suficientes a fin de considerar que el director de obra pudo haber incurrido en responsabilidad al supervisar y permitir un sistema constructivo que era inseguro para los trabajadores, pudiendo haber omitido sus deberes respecto de la prevención de riesgos laborales de los trabajadores pues conocía como se estaba haciendo la excavación y lo que se manifestó por la Inspección a consecuencia de las visitas realizadas a la obra.

Expuesto lo anterior, y en relación con los cometidos propios del arquitecto técnico, la *Sentencia 460/1992, de 28 de febrero, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo* EDJ 1992/1901 , recuerda, que son atribuciones, pero también obligaciones, de los Aparejadores o Arquitectos Técnicos:"... ordenar y dirigir la ejecución material de las obras e instalaciones, cuidando de su control práctico... con arreglo a las normas de la buena construcción, y asimismo, deberán controlar las instalaciones provisionales, las medidas auxiliares de construcción y los sistemas de protección exigiendo el cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la Seguridad en el Trabajo".

Y si las mencionadas son sus atribuciones, también son sus obligaciones, cuyo incumplimiento deviene en responsabilidades en cualquiera de los órdenes. Y es

que de los profesionales que intervienen en la construcción, es el arquitecto técnico, el que tiene mayor exigencia de estar a pie de obra, para corregir cualquier anomalía, pues así se lo impone la normativa que regula y reglamenta su función...".

Todo lo cual implica una omisión grave del deber profesional que le era exigible, que comporta una conducta dolosa, al menos a título de dolo eventual, en la medida que la omisión de sus deberes profesionales entrañó un riesgo grave para la vida

3.5 El director de fábrica

CONDENA AL DIRECTOR TECNICO DE PLANTA POR RECAER EN EL LA DEUDA DE SEGURIDAD Y SALUD Y SER EL MAXIMO RESPONSABLE DE LOS INCUMPLIMIENTOS EN MATERIA PREVENTIVA DE SEGURIDAD DE LOS TRABAJADORES.

SAP VALLADOLID (4) N50/20 DE DIECIOCHO DE FEBRERO. PTE: ANGEL SANTIAGO MARTINEZ GARCIA

Ese día (el 28.9.2016), al comenzar la jornada laboral, alrededor de las 7 de la mañana, Modesto junto con otros compañeros, en concreto Gerónimo, penetró en el silo 1 para realizar el trabajo encomendado que - como se ha dicho- era el paleado y barrido de los restos de azúcar que aún quedaran allí de modo que debían empujar dicho producto a las tolvas o aberturas que se encontraba a ras de suelo y que tenían un diámetro de 1,5 metros aproximadamente, una profundidad de 90 centímetros con una boca de salida de menor dimensión.

El Sr. Modesto -que carecía de permiso especial para realizar dicha tarea, sin disponer de arnés o línea de vida, careciendo de formación sobre protección a la salud y en particular en espacios confinados y atmósferas explosivas y sin que estuviese un recurso preventivo-, realizó su tarea.

Otro compañero, en concreto el Sr. Heraclio, estaba en la parte exterior del silo y era quien habría -por su orden o posición- las bocas o tolvas hacía la que sus compañeros del interior del silo debían palear, barrer y en definitiva empujar el azúcar para que cayese por la boca abierta en ese momento.

De repente, cuando aún estaba la abierta la boca B17, el Sr. Modesto pisó o se subió sobre el montón de azúcar que estaba sobre la misma, cayendo, junto con el azúcar, por dicha abertura, siendo sepultado por los kilogramos de azúcar allí existente y perdiendo la vida.

...Tal y como se desprende del informe emitido por la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social obrante en la causa (folios 232 y siguientes), no se había evaluado de forma específica la existencia de una situación de riesgo de

sepultamiento o hundimiento en el azúcar al pisar sobre las zonas ocupadas por las tolvas o bocas de salida del azúcar, en los trabajos de barrido manual, limpieza y vaciado completo en el interior del silo, espacio confinado con riesgo de atmósfera explosiva por el polvo del azúcar (denominada zona ATEX)

...Se le entregó un EPI, pero no se le entregó al trabajador un sistema de protección anticaídas UNE-EN 363, que figura como equipo de protección individual EPIS en la ficha de puesto de trabajo.

...En el momento del accidente el trabajador no llevaba puesto arnés de seguridad porque no se le había facilitado por la empresa, siendo necesario ante el riesgo de trabajo en altura y con caída a distinto nivel, y también como medio dispuesto como medida de emergencia.

...El trabajador accidentado no había recibido formación en prevención de riesgos laborales, ni formación específica para la realización de trabajos en espacios confinados o con riesgo de atmósfera explosiva (zona ATEX). Simplemente el trabajador se había trasladado junto con sus compañeros al puesto de trabajo, donde otro de los empleados llamado Jose Ramón le facilitó verbalmente las instrucciones en relación con la labor que debía llevar a cabo.

Y compartimos en esta alzada que los hechos son constitutivos de un delito contra los derechos de los trabajadores del *art. 316 del Código Penal* , por haberse infringido las normas de prevención de riesgos laborales antes indicadas, (en relación con los *arts. 14.1* y *2* , *15.1* y *16 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*), que castiga a los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física.

...aunque como se apunta en el recurso y así también lo refleja la Sentencia recurrida, pudiera haber otros responsables en la órbita del Área de Prevención de Riesgos Laborales (concretamente el Jefe de Servicio de Fabricación y el Director del Servicio de Gestión Integral y Control), lo cierto es que el acusado era el Director de la Fábrica. Con arreglo al Plan de Prevención de riesgos laborales debía responsabilizarse, en el ámbito de su competencia, de tomar las medidas que garanticen en lo posible la máxima seguridad y de la que se cumpla las normas de seguridad, tanto por el personal propio como por el contratado y como indica el Ministerio Fiscal en su informe, era el más alto directivo de la misma, debiendo recordarse que conforme al *artículo 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales* , la deuda de Seguridad y Salud recae directamente en el empresario, que en este caso se encarna en el Director de la Fábrica…El 28.9.2016 era Director Técnico de la Planta a DIRECCION000 en DIRECCION001. Con arreglo al Plan de Prevención de riesgos laborales debía responsabilizarse, en el ámbito de su competencia, de tomar las medidas que garanticen en lo posible la máxima seguridad y de la que se cumpla las normas de seguridad, tanto por el personal propio como por el contratado

Por ello el acusado sí es sujeto activo de este delito, y es por ello que este argumento del recurso no puede ser acogido.

3.6 El empresario

RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO. EL CONTRATO CONCERTADO CON LA ENTIDAD DE PREVENCIÓN TENÍA EXCLUIDOS LOS RIESGOS DERIVADOS DE LA CREACIÓN DE ATMÓSFERAS EXPLOSIVAS.

SAP GRANADA (1ª) Nº 106/2020, DE TRECE DE MARZO. PTE: MARIO ALONSO ALONSO

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, impone al empresario, en su art. 14.2, un deber de protección frente a los trabajadores para garantizar su seguridad y la salud de todos los aspectos relacionados con el trabajo en términos inequívocos, pues taxativamente dispone que el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio, así como que realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas se reputen necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Asimismo, en dicho precepto se establece que el empresario desarrollará una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos.

No obstante, lo anterior, esa proclamación general de responsabilidad ha de adaptarse a la realidad social y empresarial para una adecuada valoración de la imprescindible culpabilidad en que debe basarse toda condena penal. En este caso, la empresa afectada contaba con un número reducido de trabajadores y ejercía en ella los cometidos de administración ordinaria, incluidos los afectantes a la prevención, uno de los trabajadores, el Sr. …, si bien el poder de dirección y gestión radicaba en la acusada, que lo ejercía aún antes de ser nombrada administradora en diciembre de 2012, puesto que ostentaba poderes para ello, otorgados por el anterior administrador, a la sazón su padre, según se desprende de la prueba documental aportada y recoge la sentencia apelada.

En este contexto empresarial, se decide la contratación de un servicio de prevención de riesgos externo, concertándose el mismo con la actual entidad C…, SL, realizando el técnico designado por la misma una evaluación de riesgos inicial, en la que se excluye el aspecto referente a los riesgos derivados de la generación de atmósferas explosivas y de explosión, pese a que el técnico recoge en la misma que se realiza limpieza de las cubas desde el exterior, sin realizarse trabajo en el interior de las mismas. Esto sucede en septiembre de 2012 y así transcurre la actividad de la empresa bajo la dirección y gestión de la acusada hasta el año 2014, en cuyo mes de junio tiene lugar la explosión en uno de los depósitos de alcohol, que generó un gran incendio a consecuencia de combustión de la mezcla de vapores alcohólicos inflamables con el aire,

combustión causada por una lámpara de luz convencional que utilizaban los trabajadores y que fue el foco de ignición.

En el contrato concertado con la entidad de prevención se excluyeron los riesgos derivados de la creación de atmósferas explosivas, pese a identificar el técnico que se realizaban labores de limpieza en los silos, aun cuando de hacían desde el exterior de los mismos, exclusión que, como se afirma en el recurso, estaba expresamente contemplada en el documento (cláusula 14ª), salvo que la empresa expresamente solicitara su inclusión, lo que debía determinar, en su caso, una facturación añadida e independiente del importe total del servicio de prevención que se contrataba. Luego es exclusión constituye una decisión empresarial, absolutamente voluntaria y entra dentro de la esfera de diligencia mínimamente exigible a la persona responsable de una empresa dedicada a la manipulación y transformación de alcoholes, como es el caso de la administrada por la recurrente, prever esa situación de riesgo y adoptar las medidas de prevención necesarias para conjurarlo o minorarlo, ampliando, en su caso, la cobertura de prevención contratada, lo que no hizo durante el periodo de tiempo que transcurrió desde que se hizo cargo de la administración hasta la fecha del siniestro y que fue de amplitud suficientes como para haberse cerciorado de esa sustancia deficiencia que presentaba el plan de prevención de la empresa, de haber actuado, como se ha dicho, con la diligencia exigible en punto al cumplimiento de las obligaciones legales que le imponía la normativa sobre prevención de riesgos laborales, anteriormente referida.

Por ello, desde la perspectiva de la catalogación de la imprudencia cometida por la acusada, no tiene relevancia que hubiese sido o no administradora de hecho con anterioridad a serlo de derecho, como tampoco que suministrase o no la información al Técnico para la elaboración del Plan de Prevención. Ello, porque durante el tiempo en que fue responsable de la empresa debió cerciorarse y realizar las actuaciones precisas para ajustar el plan de prevención a la realidad productiva de la empresa, incluyendo todos los riesgos que derivaban de la misma y contratando, en su caso, todos los servicios que ofrecía la entidad de prevención para prevenirlos o bien creando un servicio de prevención propio. En cualquier caso, debió arbitrar las medidas de prevención que, a tenor del informe de la Inspección de Trabajo, abiertamente omitió como responsable máxima de la empresa y que se constatan en el relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida.

La omisión de gestión en el plano preventivo que enjuiciamos no puede sino catalogarse de muy grave porque incidió precisamente en una de las situaciones de mayor peligro que generaba la actividad productiva de la empresa, como era la creación de atmósferas explosivas, con el consiguiente riesgo de explosión e incendio, riesgo en absoluto prevenido ni en el plano material de adopción de medidas tendente a minorarlo (ventilación del lugar, duchas antipánico correctamente instaladas, material específico para operar en esas condiciones, etc.), ni en el plano formativo, mediante la facilitación a los trabajadores de pautas de comportamiento seguras en la realización de la actividad de apertura

y limpieza de los depósitos, aun cuando se realizasen desde el exterior de los mismos.

EL EMPRESARIO NO PUEDE ESCUDAR SU RESPONSABILIDAD PREVENTIVA EN LA EJERCIDA POR UN TRABAJADOR DE LA EMPRESA QUE NO CUENTA CON LA CALIFICACIÓN EXIGIDA.

SAP GRANADA (1ª) Nº 106/2020, DE TRECE DE MARZO. PTE: MARIO ALONSO ALONSO

Este Tribunal aprecia que la valoración de los elementos de prueba que se realiza por el Magistrado a quo es lógica y acorde a las máximas de experiencia y comparte la conclusión a que llega respecto a la gravedad de la imprudencia cometida por la recurrente. La persona que administra y dirige una empresa cuya actividad general el potencial riesgo que, desgraciadamente, llegó a concretarse el día de autos, no puede escudar su responsabilidad preventiva en la ejercida por un trabajador de la empresa que no cuenta con cualificación especializada en esta materia, ni en la actividad profesional de un técnico perteneciente a la entidad de prevención con la que concertó la prestación del servicio de asesoramiento y elaboración y ejecución de un plan preventivo. En el primer caso, porque no está acreditado que el trabajador ejerciese funciones específicas de prevención, adoptando las decisiones oportunas al respecto, sino que simplemente gestionaba o ejecutaba las órdenes y directrices que recibía de la acusada y, en el segundo, porque la inclusión o no del riesgo que finalmente se materializó causando el siniestro que enjuiciamos, no dependía del Técnico, sino de la empresa, es decir, de la recurrente en cuanto administradora de la misma, cualidad que le obligaba a conocer la existencia del riesgo y la exclusión del mismo del plan de prevención. Tanto si cumplió esa obligación y, pese a ello, omitió la actuación preventiva que le demandaba la Ley, como si la incumplió, despreocupándose de una actuación tan esencial y elemental, no cabe calificar su proceder sino de gravemente imprudente, como mínimo.

LA RESPONSABILIDAD RECAE NO SOLO EN EL EMPRESARIO, SINO TAMBIÉN EN OTRAS PERSONAS INTERVINIENTES EN LA OBRA, QUE SE HALLEN ENCARGADAS DIRECTA Y PERSONALMENTE DE LA SEGURIDAD DE LA OBRA.

SAP LEÓN (3ª) Nº 213/2020, DE 12 DE JUNIO. REC: 166/2020. PTE: ÁLVARO MIGUEL DE AZA BARAZÓN

Ciertamente, el delito previsto en el artículo anunciado es un delito especial propio, por cuanto refiere como sujetos activos a quienes estuvieren legalmente obligados a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con medidas de seguridad e higiene adecuadas. Ahora bien, la seguridad en el trabajo es una tarea compartida por todas las personas

que intervienen en los diferentes niveles de la organización del trabajo, y si bien el empresario es el que ostenta el poder de dirección y organización, y en consecuencia, es el obligado principal, por así decirlo, de facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad laboral con las medidas de seguridad y salud adecuadas y de acuerdo con los riesgos que genere la actividad laboral que realicen, otras personas intervinientes en la obra también se hallan encargadas, directa y personalmente de la seguridad de las obras, o tengan mando, o ejerzan cualquier tipo de dirección sobre las mismas, de modo que pueden exigir el cumplimiento y observancia de las medidas de seguridad. El incumplimiento de esas obligaciones específicas puede fundamentar la responsabilidad penal de los mismos a título de participación necesaria omisiva, si bien para ello es necesario que el partícipe coopere en sentido normativo con su conducta omisiva en la conducta descrita específicamente para el autor en el tipo penal, esto es, cabrá apreciar responsabilidad penal de aquellos otros intervinientes en la obra en aquellos casos en los que cumpliendo sus específicas obligaciones pudieran haber enervado las omisiones del empresario en la facilitación de medios. La condición de sujeto activo se extiende por la vía de la participación necesaria a quienes conociendo el hecho típico y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello, lo que supone no solo un dominio fáctico sobre la fuente de peligro sino también una idoneidad jurídica para llevar a cabo el comportamiento preciso (sentencias *del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1.998, 26 de julio de 2.000)*. Se constituye de esta forma su posición de garante sin cancelar la posición principal de garantía del empresario.

EL EMPRESARIO TIENE UN DEBER DE GARANTE PARA CON LA SEGURIDAD Y SALUD DE SUS TRABAJADORES Y DEBE VELAR POR SU OBSERVANCIA

SAP PONTEVEDRA (2ª) Nº 98/2020, DE 15 DE JULIO. REC:248/2020. PTE: MARÍA DEL ROSARIO CIMADEVILA CEA

La recurrente obvia que el empresario tiene un deber de garante para con la seguridad y salud de sus trabajadores y esta empresa no acreditó que por su parte hubiera dispensado, formación e información suficientes al trabajador sobre el riesgo que acabó con su vida. Tampoco acreditó que tuviera a su disposición y en el momento en que realizaba su trabajo de poda los medios necesarios para apear el árbol sin riesgo para el trabajador. Era obligación del acusado como encargado de seguridad, garantizar dichos medios y recursos en el desempeño del puesto de trabajo, así como velar por su observancia. En tal posición de garante, la valoración de la falta de acreditación del cumplimiento de sus obligaciones, en una situación de acaecimiento del riesgo con la grave consecuencia del fallecimiento del trabajador, no conduce a la aplicación de la presunción de inocencia ni del *in dubio pro reo*, sino a la conclusión del

incumplimiento por su parte de aquello a lo que venía obligado, con las consecuencias que establece la sentencia de instancia.

RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO

SAP TOLEDO (2) Nº 108/2020, DE 23 DE JUNIO. REC: 17/2020. PTE: JUAN MANUEL DE LA CRUZ MORA

<<El tipo penal del artículo 316 es un tipo de estructura omisiva o más propiamente de infracción de un deber, que protege la seguridad en el trabajo entendido como la ausencia de riesgos para la vida y la salud del trabajador dimanante de las condiciones materiales de la prestación del trabajo, bien jurídico autónomo y por tanto independiente de la efectiva lesión que en todo caso merecería calificación independiente, en el que el sujeto activo, -los legalmente obligados-, ocupan una posición semejante a la de garante, y, al respecto, debemos recordar que la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales - Ley 31/1995 de 8 de noviembre (EDL 1995/16211)- en su artículo 14.2* , impone al empresario, en términos inequívocos, un deber de protección frente a los trabajadores para garantizar su seguridad y la salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo.

El elemento normativo del tipo, por su parte, se refiere a la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, lo que permite calificar el delito como tipo penal en blanco, de suerte que es la infracción de la normativa laboral la que completa el tipo, bien entendido que no bastará cualquier infracción administrativa para dar vida al tipo penal, porque éste exige, en adecuado nexo de causalidad, que la norma de seguridad infringida debe poner en "peligro grave su vida, salud o integridad física", lo que nos envía a infracciones graves de la normativa laboral que lleven consigo tal creación de grave riesgo. En definitiva, podemos decir que la integración del tipo penal con la normativa de la prevención de riesgos laborales, sólo debe ser en relación con la infracción de los más graves preceptos cuya omisión es capaz de generar aquel grave peligro. Se está, en consecuencia, ante una infracción de una norma de seguridad que se ha reconvertido en tipo penal por la mayor lesividad que aquella infracción conlleva para el bien jurídico de la vida, salud o integridad del colectivo de trabajadores.

El contenido de la omisión se refiere a "no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas", lo que equivale también a una norma penal incompleta e indeterminada que ha de llenarse según el caso y sus circunstancias, es decir, empíricamente, estableciéndose una suerte de relación de causalidad entre la falta de medios y el peligro grave para la vida, salud e integridad física.

Pues bien, atendiendo a lo expuesto, en el caso concreto, no cabe hablar de vulneración del principio de legalidad ni de infracción de precepto legal. El recurrente, según se desprende del factum de la resolución recurrida, era el

empresario, para el que trabajaba el trabajador fallecido y, en consecuencia, según la normativa laboral y en ausencia de plan de prevención de riesgos laborales , a lo que tantas veces alude el recurrente, era el máximo responsable de que el trabajo se desarrollase con todas las medidas de protección necesarias para garantizar la salud y la integridad de los trabajadores a su servicio, trabajadores, en concreto el fallecido, que no habían recibido curso de prevención de riesgos laborales ni existía persona alguna que se encargara de la seguridad, por lo que dichas tareas las debería haber asumido directamente el contratista y no lo hizo>>.

EMPRESARIO RESPONSABLE POR NO HABER CONTEMPLADO LA INSTALACION DE CINTURON DE SEGURIDAD EN CASO DE VUELCO DE LA MAQUINA

SAP CORUÑA (2) N 299/20 DE 25 JUNIO. PTE: MARIA DEL CARMEN TABOADA CASEIRO

En un segundo motivo del recurso se cuestiona que se considere responsable penalmente al empresario aquí recurrente.

Señalar que la responsabilidad de los empresarios deriva de lo dispuesto en la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales responsabilidad genérica en materia de seguridad en el trabajo art. 14.2* "el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo", y ello en relación con el deber de garante de la seguridad de los trabajadores que contrata, esa conclusión de que debió extremar la diligencia es razonable, tenía que haber contemplado que la instalación del cinturón de seguridad mejoraba esa seguridad en caso de vuelco y es que tampoco se declara en este caso automáticamente por el hecho de ser empresario, sino que efectivamente en este caso la compra de la máquina se efectuó por el mismo, y debió de extremar su diligencia con la instalación del cinturón de seguridad que la mejoraba en caso de vuelco, porque podía existir el riesgo de que el trabajador saliera despedido por la ventana o por la puerta de la cabina, como sucedió en este caso que las piernas del trabajador salieron de la cabina, y ello no desvirtúa su responsabilidad por el hecho de que hubiese otros agentes encargados de la prevención de riesgos.

CONDENA A LOS EMPLEADORES POR NO FACILITAR FORMACION CONCRETA A LOS TRABAJADORES SOBRE LA MANIPULACION DE CHATARRA EN DEPOSITOS QUE CONTUVIERAN MATERIAL INFLAMABLE

SAP CACERES (2) N 6/2020 DE DIEZ DE ENERO.PTE: MARIA TENA ARAGON

El trabajador, el siniestrado y cualquier otro tenían información y estaban dotados de vestimenta y demás elementos de protección para tratar la chatarra y para utilizar el soplete y cortar bidones, pero lo que no tenían era la necesaria información, y puesta a disposición de las medidas de precaución y protección cuando ese tratamiento de chatarra se realizaba sobre objetos que habían contenido cierto material que elevaba el riesgo en la manipulación.

…En este particular no podemos sino insistir en que el trabajador había recibido información para la manipulación de chatarra en general, pero no para aquella que contuviera material peligroso o inflamable, o que, por algún motivo supusiera elevar el riesgo en el trabajo, en relación con ello nada se ha podido comprobar en las actuaciones, tampoco que por los empleadores se tomara medida alguna para comprobar, y por lo tanto, adoptar especiales medidas cuando los bidones hubieran contenido alguna sustancia peligrosa o inflamable, que además, en este caso en particular, cuando era visible que las pegatinas identificativas del contenido habían sido manipuladas para dificultar ese conocimiento de lo contenían los bidones, tampoco se adoptó la más mínima medida o precaución para conocer ello y correlativamente haber tomado alguna medida de protección especial ante el aumento de peligrosidad, y ello sí que supone una relación de causalidad objetiva, la forma de explotar el bidón no se hubiera producido si su contenido no hubiera sido altamente inflamable.

LA CONDICION DE GARANTE DE LA SEGURIDAD DEL EMPRESARIO NO ES SOLO TEORICA SINO PRACTICA

SAP CASTELLON (1) N 155/2020 DE DOS JUNIO 2020 PTE: RAQUEL ALCACER MATEU

Existió una omisión de vigilancia de las medidas de seguridad colectivas e individuales, lo que constituía un evidente riesgo para los trabajadores. Su condición de empresario de la obra garante de la seguridad y salud de los trabajadores no puede ser meramente teórica, no hasta con hacer un plan o estudio de seguridad o que vaya de visita de vez en cuando la arquitecta, sino que incluye procurar que se cumplan con las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, entre las que se encuentra, sin lugar a dudas que en la obra existan en todo momento los medios de seguridad adecuados para el desarrollo de esta. No se trata de impartir instrucciones, sino que se cumplan. Como empresario asume la responsabilidad que en cada una de las actividades a realizar se observasen las medidas de seguridad necesarias para garantizar la integridad física de los operarios que se encontraban en el lugar medidas que, indudablemente, no adoptó cuando se permitió por otras profesiones que el trabajador accidentado desempeñara su trabajo que grave riesgo para su seguridad derivado de la falta de protección.

CORRESPONDE AL EMPRESARIO LA ORGANIZACIÓN Y DIRECCION DEL TRABAJO Y EL DEBER DE PROTECCION DE LOS TRABAJADORES PARA GARANTIZAR SU SEGURIDAD

SAP MURCIA (3) N 127/2018 DE VEINTIUNO DE OCTUBRE. PTE: JOSE LUIS GARCIA FERNANDEZ

…..el tipo penal contemplado en el *artículo 316 del Código Penal* es de estructura omisiva o, más propiamente, de infracción de un deber que protege la seguridad en el trabajo entendido como la ausencia de riesgos para la vida y la salud del trabajador dimanante de las condiciones materiales de la prestación del trabajo, bien jurídico autónomo y por tanto independiente de la efectiva lesión en que pudiera materializarse dicho riesgo, que en todo caso merecería calificación diferenciada, en el que el sujeto activo, los legalmente obligados, ocupan una posición semejante a la de garante.

Al respecto, debemos recordar que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales -Ley 31/95 de 8 de noviembre- impone al empresario -término este que debe entenderse ampliado de acuerdo con lo previsto en el *artículo 318 Código Penal* - el deber de protección frente a los trabajadores para garantizar su seguridad y salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo, para lo cual debe cumplir las obligaciones establecidas en las normas de prevención de riesgos laborales -artículo 14- y ha de dar las debidas instrucciones a los trabajadores -artículo 154-, así como adoptar -artículo 18- las medidas adecuadas para que aquéllos reciban las informaciones necesarias en relación con los riesgos para la seguridad y salud que existan tanto en la empresa en su conjunto como en cada puesto de trabajo o función, lo que determina que se configure como un ilícito penal de naturaleza especial porque en el mismo aparece restringido el círculo de posibles sujetos activos de la infracción criminal, al referirse el precepto a los que estén "legalmente obligados" a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, siendo el empresario el destinatario de las normas de cuidado que tienen por fin la prevención de accidentes, correspondiéndole, dentro de su círculo específico de responsabilidad, la organización y dirección del trabajo dentro de la empresa.

ES OBLIGACION DEL EMPRESARIO VIGILAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS

SAP CADIZ (8) N54-20 DE DIEZ DE FEBRERO.PTE: MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON

El Sr. Juez de del Juzgado de lo Penal nº 1 de Jerez de la Frontera dictó sentencia en la causa de referencia, cuyo Fallo literalmente dice: "Que debo condenar y condeno a DON Pablo, y DON Secundino, como autores penalmente

responsable de un delito contra los derechos de los trabajadores del *art. 316 del CP*, en concurso ideal con una delito de lesiones por imprudencia grave previsto y penado en el *art. 152,1,1º.*

La conclusión relativa a que el trabajador disponía para desarrollar su trabajo de las medidas de seguridad y protección individuales referidas es un hecho que debe reputarse probado. La controversia se centra en que habiendo sido proporcionados tales medios de protección individuales, el trabajador Sr. Ramón no hizo uso de ellos. Ha quedado plenamente probado que no utilizó el arnés de seguridad y que llevaba el cinturón de seguridad, pero no se lo puso, habiendo sido encontrado el mismo en el suelo, junto al trabajador, cuando se produjo la caída.

Conforme a lo dispuesto en los *arts. 16* a *22 de la LPRL* , al empresario le corresponde: a) el deber de evaluar los riesgos laborales existentes; b) el deber de facilitar los equipos de protección individual; c) el deber de garantizar las máquinas, equipos y herramientas utilizadas por el trabajador; d) el deber de formar e informar a los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales; e) el deber de crear una organización preventiva; f) el deber de paralizar la actividad laboral en el caso de riesgo grave e inminente; g) el deber de coordinar la actividad preventiva en el caso de contratas y subcontratas; y h) el deber de vigilar el cumplimiento efectivo de las medidas previamente adoptadas.

3.7 El gerente

CONDENA AL GERENTE POR ORDENAR AL TRABAJADOR BAJAR LAS CAJAS DE CONGELADOS CON UN METODO DE TRABAJO INADECUADO LO CUAL PROVOCO EL ACCIDENTE

SAP CIUDAD REAL (1) N 58/20 DE 9 DE MARZO. PTE: MARIA PILAR ASTRAY CHACON

"El encausado, Héctor, mayor de edad y sin antecedentes penales, era al tiempo de los hechos gerente de la entidad mercantil Clazamar, S.L., para la cual trabajaban tanto el encausado Matías, mayor de edad y sin antecedentes penales como el perjudicado, Luis, quien desempeñaba, esencialmente, funciones de conductor de camiones para reparto de mercancías, así como funciones en el almacén.

El 02/03/2015, alrededor de las 07:30 horas, el perjudicado Luis, como quiera que no tenía encomendada ninguna orden de reparto ese día, cumpliendo con las órdenes del encausado Héctor se dispuso a realizar funciones de pegar etiquetas a las cajas de los productos congelados almacenados en el interior de una de las cámaras frigoríficas existentes en el centro de trabajo situado en la C/

Cristo n.º 5 de la localidad de Santa Cruz de Mudela.

Así las cosas, sobre las 09:00 horas su compañero de trabajo, el coencausado Matías le pidió que le ayudase a coger dos cajas de congelados, almacenadas a una altura de unos tres metros aproximadamente. En tal momento, subido a esa altura de la carretilla elevadora, Luis cogió la primera de las cajas, depositándola en el palé, y cuando se disponía a coger la segunda de las cajas, de forma sorpresiva, pero sin que conste que procediera de forma negligente, aquél dio marchas atrás a la carretilla, provocando que Luis se desestabilizara, perdiera el equilibrio, y cayera finalmente al suelo, golpeándose la cara.

El encausado, Héctor, máximo responsable en la mercantil Clazarmar, S.L., de velar por el cabal cumplimiento de la normativa de prevención laboral y aún a sabiendas que ello comportaba un grave peligro para la vida e integridad física de los trabajadores de la empresa, omitió plenamente consciente su deber de identificar y evaluar los riegos laborales, hasta tal punto que no se adoptaron medidas de seguridad mínimas y absolutamente necesarias para que aquellos realizaran sus funciones de forma segura,. Del mismo modo el encausado, con pleno conocimiento , ignorando los riesgos a los que sometió a sus trabajadores consintió la utilización por parte de aquellos de la carretilla industrial motorizada (toro) para la realización de funciones consistentes en bajar las cajas de congelados, subiéndose el perjudicado en un palé situado en dicha carretilla a una altura de tres metros aproximadamente, operación que se encuentra totalmente prohibida por el fabricante de tal carretilla industrial, la cual únicamente está concebida para trasporte de mercancías y no así para elevar personas.

...el acusado era consciente y conocedor del riesgo sometido a los trabajadores, toda vez que no existía una plataforma elevadora de personas, lo cual reconoce, por lo que no puede mantenerse la falta de acreditación de la forma de producción del accidente cuando se ordena etiquetar a un trabajador las cajas de congelados en las cámaras frigoríficas, teniendo que acceder a cajas en una determinada altura. Se intenta oponer que los trabajadores pudieron utilizar las aspas para moverlas y luego etiquetarlas, pero ni siquiera dicha prevención consta producida y evaluada como riesgo. Igualmente, en la carretilla se había puesto un palé, lo que es un indicio más del método inadecuado utilizado.

No exime de su responsabilidad un plan de prevención que, al margen de insuficiente en el riesgo del concreto trabajo realizado, no se desarrolla con un seguimiento preventivo y menos con una aplicación concreta del deber de seguridad imputable al empresario, cuando ordena acometer un trabajo sin prever ni disponer instrucciones sobre medios seguros.

No existen contradicciones esenciales ni relevantes en la testifical de la víctima. Viene corroborada periféricamente con la compatibilidad del accidente con el mecanismo lesivo producido, la declaración del coimputado, lo consignado en los informes técnicos y la evidencia de la previsión de otro medio más seguro para acceder a las cajas.

No resulta suficiente la información en una pegatina del fabricante.

...En todo caso, la existencia de un plan de seguridad no exime al empresario de su deber de velar por la prevención y seguridad en el desempeño del trabajo diario. Tampoco es suficiente las alegaciones que tienden a que no se evaluó dicho riesgo porque no era el método adecuado, pues en las referencias que realiza la propia apelante, no se contempla ninguna forma adecuada para realizar dicho trabajo. Tampoco constan instrucciones específicas concretas.

3.8 El jefe de buque

ABSUELVE AL JEFE DE BUQUE POR LA CONDUCTA CULPOSA DEL ACCIDENTADO Y PUESTO QUE LOS TECNICOS ENCARGADOS NO ESTABLECIERON LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

SAP CORUÑA (1) N 210/20 DE ONCE DE MAYO. PTE: MARIA LUCIA LAMAZARES LOPEZ

Que, en torno a las 6,00 horas del día 19 de mayo de 2016, iniciaba su jornada laboral, en el indicado buque, un equipo de trabajadores de NERVIÓN integrado por don Sebastián, don Jose Daniel, don David (hijo de Sebastián) y don Juan Francisco.

Que, en torno a las 7,00 horas del mismo día, el indicado equipo acometió la tarea de reparación de una grieta de soldadura detectada en la arista de un mamparo situado a babor de la nave y que formaba un vértice confinante con la sala de máquinas y los tanques denominados, en los planos del buque, como AFT HFO STORAGE TANK, DIESEL OIL STORAGE TANK y DIESEL OIL SERVICE TANK.

Que, después de haber realizado diversas comprobaciones y mediciones, los trabajadores llegaron a la conclusión de que la realización de la reparación requería acceder al tanque "AFT HFO STORAGE TANK". Habiendo previsto que don Juan Francisco y don David permaneciesen en el exterior con un radioteléfono, hacia las 8,00 horas, se dispuso a acceder al aludido tanque -igualmente provisto de un radioteléfono-don Sebastián al que habría de seguir don Jose Daniel Tras introducirse por la escotilla del tanque, don Sebastián se precipitó desde el primer tramo de escala instalado para posibilitar el descenso, cayendo al fondo del compartimento, falleciendo.

Que don Sebastián (nacido el día NUM000 de 1965) se hallaba vinculado a la entidad NERVIÓN mediante sucesivos contratos de trabajo, cuando menos, desde mayo del año 2013, ostentando las categorías profesionales de oficial de 1ª-armador/oficial de 1ª-calderero/jefe de equipo y habiendo sido designado recurso preventivo. Contaba formación en prevención de riesgos laborales:

Que el tanque en que se produjo el accidente tiene paredes curvadas y está provisto de 6 tramos de escalas separados por descansos o plataformas -de, aproximadamente, un metro en su parte menos angosta. Tales escalas no cuentan con protección circundante, ni los descansos con barandillas u otras protecciones frente a posibles caídas. En su parte baja, se hallan instalados tubos de calefacción. La cavidad cuenta con una profundidad de más de 10 metros. Previamente al acceso del trabajador fallecido a su interior, se hallaba revisado, desgasificado, con la escotilla abierta, con cierre perimetral y carteles indicativos de tales circunstancias. La medición realizada del aire en su interior -verificada a las 5:00 horas del propio día del accidente-determinaba que su atmósfera era respirable en adecuados parámetros.

En su condición de jefe de buque Mariano autorizó el plan de seguridad, salud y medio ambiente concerniente a la nave objeto de reparación e intervino en las reuniones que atañían a tales campos. Le correspondían, a este efecto, funciones de control, coordinación y paralización de los trabajos ante la detección de cualquier riesgo.

…Se solicita la condena del acusado Mariano (jefe de buque de Navantia) como autor de un delito de homicidio por imprudencia grave y profesional del *artículo 142.1 del Código Penal* en concurso ideal (artículo *77.1* y *2) con un delito contra los derechos de los trabajadores de los artículos 316* y *318 del Código Penal* .

Con respecto a dicho encausado, nos hallamos ante un pronunciamiento absolutorio…. El juez de lo penal a la vista de las declaraciones de los acusados y de los testigos, en relación con la abundante prueba documental unida a las actuaciones y las pruebas periciales practicadas concluye que la actuación del acusado Mariano en el accidente mortal de Sebastián fue imprudente pero debe calificarse como "meramente leve" y por tanto no incardinable en las tipificaciones contenidas en los *artículos 142* y *317 del Código Penal* , tampoco por la vía del artículo 318, y ello valorando la conducta culposa más grave de los que con posterioridad a su intervención, debían establecer las medidas de seguridad previa verificación de las características del espacio en el que se iba a ejecutar el trabajo, en concreto el ya fallecido Victorino (como técnico de prevención de riesgos laborales de la empresa Nervión), el acusado que ha sido condenado Donato, como técnico de prevención de la entidad Fraterprevención, encargado de señalar las medidas preventivas que debían adoptarse, y el propio trabajador fallecido, como recurso preventivo en la empresa que, como indica el hecho probado tercero tras describir la formación que tenía Sebastián en materia de medidas de seguridad en el trabajo da por acreditado que "lo asistían facultades para paralizar los trabajos encomendados en cuanto observase deficiencias de seguridad", a lo que se añade que "extraídas muestras de fluidos del cadáver de don Sebastián y verificadas pruebas de detección de previa ingesta alcohólica, arrojaron como resultado una concentración de alcohol etílico en sangre de 1,03 gramos por litro y de 1,53 gramos por litro en humor vítreo. Tales índices resultan indicativos de una ostensible alteración de la psicomotricidad del afectado"

Por ello, el recurso de apelación planteado por la Acusación particular se rechaza íntegramente.

3.9 El jefe de mantenimiento

CONDENA AL JEFE DE MANTENIMIENTO Y ENCARGADO POR NO FACILITAR INSTRUCCIONES NI EQUIPO DE TRABAJO ADECUADO A LA OPERARIA

SAP MALAGA (9) N 37/20 DE TREINTA DE ENERO. PTE: CASTELLANOS, CARMEN MARIA

El día 17 de septiembre de 2009 el acusado Sr Ruiz, realizaba funciones de encargado y Jefe de mantenimiento del Ayuntamiento consistentes en la recogida de escombros en Camino Sao de la localidad de la Yunquera, lugar en el que se había acumulado gran cantidad de ellos y que se hallaban próximos a un desnivel de un metro de altura. Las características del lugar y la cantidad de escombros allí existentes requerían para la realización de la tarea el uso de una pala de dimensiones y características adecuadas para ello. Sin embargo, la operaria que fue contratada por el Ayuntamiento con la categoría de peón de construcción, no había recibido instrucción alguna por parte del acusado sobre la forma ni el medio con el que realizar el trabajo y lo hacía con un cepillo que, por su inadecuación, se frenó en el momento en que empujaba los residuos acumulados por las abundantes lluvias caídas días antes, haciéndola caer por el desnivel. El Sr Ruiz tampoco había supervisado la zona de trabajo y no adoptó ninguna medida para indicarle la existencia del desnivel que se hallaba sin señalización alguna. A consecuencia de la caída, la Sr Fernández sufrió lesiones

...De la actividad probatoria se deduce que la operaria no recibió formación adecuada en materia de Riesgos Laborales, ni de la tarea a realizar ni del medio idóneo para ejecutarla, siendo el acusado el responsable del accidente pues como el mismo manifestó era el jefe de mantenimiento y la escoba fue proporcionada por otro equipo a su cargo, por indicación de aquel.

3.10 El jefe de obra

EL JEFE DE OBRA PUEDE SER CONSIDERADO COMO ENCARGADO DE SERVICIO

SAP ALICANTE (10ª) Nº 170/2020, DE 14 DE MAYO. REC: 444/2019. PTE: JOSÉ MARÍA MERLOS FERNÁNDEZ

En el caso de autos, Victorino, jefe de obras de Estructuras Cap Negret, puede considerarse responsable del servicio sin forzar en modo alguno el concepto, a la vista de las funciones reales que desempeñaba, tal y como hace la sentencia

apelada. Y en todo caso, es sujeto idóneo en cuanto que, conociendo el hecho típico y pudiendo evitarlo, no adoptó medidas para ello. En efecto, el apelante conocía el trabajo que se iba a realizar en altura y estaba facultado para ordenar que se instalaran barandillas de seguridad o línea de vida para su realización, pudiendo así evitar la creación del peligro típico. Lejos de ello, omitió la prestación de seguridad de un modo especialmente significativo, ordenando expresamente que no se instalaran barandillas para no perforar el forjado que debía quedar visto, determinando así que quienes trabajaran en altura sin barandillas corrieran peligro concreto de precipitarse y sufrir lesiones, como desgraciadamente ocurrió.

3.11 El promotor no profesional

RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR NO PROFESIONAL

AAP PONTEVEDRA (2ª) Nº 133/2020, DE 12 DE MARZO. PTE: JUAN JOSÉ TRASHORRAS GARCÍA

El auto recurrido, en otras palabras, ha tomado debidamente en consideración la imposibilidad de que un profano en materia de construcción, es decir, un promotor no profesional, pueda reputarse autor del delito del *artículo 316 del CP,* si desconoce la normativa de prevención de riesgos laborales, adentrándose, para la reforma de su vivienda o de un elemento inmobiliario de su patrimonio, en un terreno en el que no es un profesional.

La Sala estima que las dudas que planean sobre la cuestión de si un no profesional o no empresario, puede ser sujeto activo del delito del *artículo 316 del CP,* debe ser resuelta también con arreglo a la legalidad extrapenal, lo mismo que la cuestión de si se ha producido una trasgresión o conculcación de las normas de seguridad, que no son penales sino extrapenales, pertenecientes a la rama social de Derecho.

No consta que la formación del Sr. Inocencio sea la de un constructor, y simplemente había contratado los servicios de una empresa compuesta por personas que sí debían disponer de los conocimientos técnicos necesarios para la realización de la obra encomendada, que según parece se trataba de la ejecución de una excavación en una zona de la parcela de su propiedad con retirada de un muro que se estaba desplomando, para a continuación proceder a ejecutar un nuevo muro.

Tal como se ha expuesto, el delito del *artículo 316 del CP* no puede ser cometido sino por quienes estén obligados por la legislación de prevención de riesgos laborales, por así disponerlo la propia norma penal, en la que se castiga solo a "Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida..."

La expresión "legalmente obligados" resulta, en este sentido, decisiva para acotar el círculo de posibles sujetos activos del delito. La cuestión, por tanto, se reduce a precisar quiénes son los sujetos que conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales tiene atribuida la obligación de facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad y salud adecuadas.

Y a este respecto, importa destacar que la Ley de Prevención de Riesgos laborales no alude a un empresario en sentido extenso, como cualquier persona física o jurídica que contrate a un trabajador, es decir, con capacidad para la relación jurídica laboral (*artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores* , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/21015 de 23 de octubre), sino que exige que mantenga una empresa, es decir, una organización mínimamente compleja de personas y medios con una finalidad de ganancia. Así se deduce de modo implícito del art. 14.2 de la Ley, que establece que "...el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva de la empresa...".

Evidentemente, esa integración de una estrategia preventiva en la empresa no es posible si el titular de un inmueble contrata una empresa para realizar una única obra en ese espacio privativo que nada tiene que ver con una actividad económica proyectada al mercado, sino, muy distintamente, nucleada en torno a la vida privada del dueño, aunque las coordenadas temporales del trabajo a desarrollar se dejen abiertas o subordinadas a la participación de verdaderos profesionales que son los que deben proveer la seguridad en la actividad subsiguiente.

Coincidimos con el Juez de instrucción en que en el caso que nos ocupa, el Sr. Inocencio, dueño de la obra, es una persona ajena a la empresa obligada a prestar los medios necesarios para que el trabajo en la obra se desenvolviese en las debidas condiciones de seguridad. Por otro lado, nada indica que el Sr. Inocencio hubiera participado con posterioridad a los hechos en alguna de las formas que determina el *artículo 451 del CP.* Resulta hasta frívolo invocarlo: si ya es difícil llegar a representarse que en el momento del accidente el Sr. Inocencio pudo pensar en que se acababa de cometer un delito contra los derechos de los trabajadores y otro de homicidio imprudente, más lo es que se den alguno de los supuestos del referido precepto. En cualquier caso, no existe ningún dato que lleve a pensar que el Sr. Inocencio hubiera levantado la barra antivuelco después del accidente, pues el Sr. Pedro Antonio asumió la autoría de tal acción en su declaración en el juzgado (folio 268 vuelto).

Por tanto, la resolución recurrida debe ser confirmada en este extremo, y por las mismas razones deviene innecesaria la práctica de cualquier diligencia relacionada con el Sr. Inocencio (aportación del título de propiedad del inmueble, póliza que cubra su responsabilidad civil y vida laboral).

3.12 El recurso preventivo

EL HECHO DE QUE EL TRABAJADOR ACCIDENTADO FUERA NOMBRADO RECURSO PREVENTIVO, NO SUPLE LAS PREVIAS IMPREVISIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD

SAP CUENCA (1ª) N 85/2020, DE 22 DE SEPTIEMBRE. PTE: JAVIER MARTÍN MESONARO

El hecho de que el trabajador accidentado fuera designado recurso preventivo no suple ni excusa tales imprevisiones pues como se expone en el informe de la Inspección de Trabajo e igualmente señala el Ministerio Fiscal, se trata de una medida complementaria que ha de ir precedida de una adecuada planificación preventiva que es justamente lo que no se ha acreditado que ocurriera en el caso de autos con relación a los trabajos de montaje en cuya ejecución se produjo el accidente.

SI SE HUBIERA NOMBRADO RECURSO PREVENTIVO, ESTE PODRIA HABER INFORMADO MEJOR AL TRABAJADOR Y HABER AYUDADO A RESCATARLO

SAP VALLADOLID (4) N50/20 DE DIECIOCHO DE FEBRERO. PTE: ANGEL SANTIAGO MARTINEZ GARCIA

Ese día (el 28.9.2016), al comenzar la jornada laboral, alrededor de las 7 de la mañana, Modesto junto con otros compañeros, en concreto Gerónimo, penetró en el silo 1 para realizar el trabajo encomendado que - como se ha dicho- era el paleado y barrido de los restos de azúcar que aún quedaran allí de modo que debían empujar dicho producto a las tolvas o aberturas que se encontraba a ras de suelo y que tenían un diámetro de 1,5 metros aproximadamente, una profundidad de 90 centímetros con una boca de salida de menor dimensión.

El Sr. Modesto -que carecía de permiso especial para realizar dicha tarea, sin disponer de arnés o línea de vida, careciendo de formación sobre protección a la salud y en particular en espacios confinados y atmósferas explosivas y sin que estuviese un recurso preventivo-, realizó su tarea.

Otro compañero, en concreto el Sr. Heraclio, estaba en la parte exterior del silo y era quien habría -por su orden o posición- las bocas o tolvas hacía la que sus compañeros del interior del silo debían palear, barrer y en definitiva empujar el azúcar para que cayese por la boca abierta en ese momento.

De repente, cuando aún estaba la abierta la boca B17, el Sr. Modesto pisó o se subió sobre el montón de azúcar que estaba sobre la misma, cayendo, junto con el azúcar, por dicha abertura, siendo sepultado por los kilogramos de azúcar allí existente y perdiendo la vida.

...Tal y como se desprende del informe emitido por la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social obrante en la causa (folios 232 y siguientes), no se había evaluado de forma específica la existencia de una situación de riesgo de

sepultamiento o hundimiento en el azúcar al pisar sobre las zonas ocupadas por las tolvas o bocas de salida del azúcar, en los trabajos de barrido manual, limpieza y vaciado completo en el interior del silo, espacio confinado con riesgo de atmósfera explosiva por el polvo del azúcar (denominada zona ATEX)

...Se le entregó un EPI, pero no se le entregó al trabajador un sistema de protección anticaídas UNE-EN 363, que figura como equipo de protección individual EPIS en la ficha de puesto de trabajo.

…En el momento del accidente el trabajador no llevaba puesto arnés de seguridad porque no se le había facilitado por la empresa, siendo necesario ante el riesgo de trabajo en altura y con caída a distinto nivel, y también como medio dispuesto como medida de emergencia.

…El trabajador accidentado no había recibido formación en prevención de riesgos laborales, ni formación específica para la realización de trabajos en espacios confinados o con riesgo de atmósfera explosiva (zona ATEX). Simplemente el trabajador se había trasladado junto con sus compañeros al puesto de trabajo, donde otro de los empleados llamado Jose Ramón le facilitó verbalmente las instrucciones en relación con la labor que debía llevar a cabo.

Por la empresa no se había procedido a la designación y disposición de un recurso preventivo. De haber contado con este recurso preventivo, hubiese podido informar más adecuadamente al trabajador de la forma como debía desarrollar su labor, evitando la generación de riesgos, e incluso haberle ayudado a ser rescatado tras producirse la caída del trabajador en la tolva.

…Tanto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en su *artículo 32 bis 1 b), como en el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero*, por el que se establece el *Reglamento de los Servicios de Prevención, artículo 22 bis, punto 1 b)* 2º y 4º, se establece la obligatoriedad de que en determinadas actividades de especial peligrosidad se designen trabajadores que actuarán como recursos preventivos, con formación suficiente en prevención de riesgos laborales. El trabajo en espacios confinados y los trabajos con riesgo de sepultamiento o hundimiento, son actividades en las que se establece la obligatoriedad de la presencia de recurso preventivo, por ser una actividad peligrosa o con riesgos especiales.

3.13 El responsable de producción

CONDENA AL RESPONSABLE DE PRODUCCION Y AL ENCARGADO DEL MATADERO POR DEFICIENCIAS DE SEGURIDAD DE LA CINTA TRANSPORTADORA Y FALTA DE FORMACION PROVOCANDO EL ACCIDENTE.

SAP ZARAGOZA (3) N 1021/2020 DE NUEVE DE DICIEMBRE. PTE: MARIA JOSEFA ANGELES GIL CORREDERA

Los hechos ocurridos consistieron en que la empleada Silvia perteneciente a la empresa Serveis Externs, que estaba subcontratada para los servicios de limpieza por la empresa Cárnicas Cinco Villas , se encontraba limpiando con una manguera una cinta transportadora en esta última empresa, estando en funcionamiento la máquina, y en la parte de abajo de la cinta, había un trozo de carne, y se agachó para recogerlo, introduciendo su mano en la máquina , quedando atrapada hasta el brazo, y resultando con múltiples lesiones, gritando, por lo que un compañero llamado de Jose Manuel, que se encontraba a tres metros de ella, limpiando otra cinta transportadora, acudió para ayudarla, parando la cinta, ya que ella desde donde estaba no podía pararla, ya que el operario de limpieza no dispone de la facultad de parar la máquina, sino que debe ser el encargado o responsable de mantenimiento de la sala el que manipule los mandos de la cadena,

...Es fundamental el informe pericial fechado el 22/3/2018 del inspector de trabajo Adolfo obrante a los folios 81 a 88 de las actuaciones, ratificado en el acto de la vista oral, el cual concluye que el accidente se ha producido por la concurrencia de dos factores fundamentales, apreciándose la existencia de dos infracciones a la normativa de prevención de riesgos laborales en materia de condiciones materiales de trabajo, y formación e información de los trabajadores sobre los riesgos derivados del puesto de trabajo, infracción por riesgos derivados de los equipos de trabajo, por las deficiencias de seguridad en los equipos de trabajo, ya que las partes móviles de la cinta transportadora son accesibles y se puede introducir la mano con la maquina en marcha, …., e infracción a la normativa sobre formación en prevención de riesgos laborales, ya que no se acredita que la trabajadora accidentada haya recibido la formación preceptiva sobre los riesgos propios del puesto de trabajo , al haberse impartido en modalidad on-line pese a los elevados riesgos del puesto sin que conste formación presencial y realizada además en castellano, cuando el idioma de la trabajadora es el inglés,

…El acusado Jose Pedro era el superior jerárquico de la trabajadora afectada, perteneciente a la empresa Serveis Externs, y era el encargado responsable de la limpieza del Matadero, y el acusado Carlos Francisco, era legal representante de Empresa Cárnicas Cinco Villas, y responsable de la producción , teniendo en cuenta que los hechos se atribuyen a una persona jurídica, se aplica el *artículo 318 del Código Penal* , por lo que ambos tenían que facilitar los medios para que la trabajadora realizara la actividad con medidas de seguridad, correctoras de la máquina y de formación, en concurso ideal con el delito de lesiones graves por imprudencia tipificado en el *artículo 152pº1 apartado primero del código penal* , imponiéndose conforme al *artículo 77 del código penal* , la pena del delito más grave en su mitad superior.

3.14 El técnico de prevención

CONDENA AL TECNICO DE PREVENCION POR EL DELITO DE RIESGO IMPRUDENTE DEL ART 317 CP Y POR EL DELITO DE HOMICIDIO

IMPRUDENTE ART 142.1 CP POR NO DOTAR A LOS TRABAJADORES DE LOS EPIS, Y NO COMPROBAR LA ZONA DE TRABAJO

SAP CORUÑA (1) N 210/20 DE ONCE DE MAYO. PTE: MARIA LUCIA LAMAZARES LOPEZ

Que, en torno a las 6,00 horas del día 19 de mayo de 2016, iniciaba su jornada laboral, en el buque, Florida Boyager, un equipo de trabajadores de NERVIÓN integrado por don Sebastián, don Jose Daniel, don David (hijo de Sebastián) y don Juan Francisco.

Que, en torno a las 7,00 horas del mismo día, el indicado equipo acometió la tarea de reparación de una grieta de soldadura detectada en la arista de un mamparo situado a babor de la nave y que formaba un vértice confinante con la sala de máquinas y los tanques denominados, en los planos del buque, como AFT HFO STORAGE TANK, DIESEL OIL STORAGE TANK y DIESEL OIL SERVICE TANK.

Que, después de haber realizado diversas comprobaciones y mediciones, los trabajadores llegaron a la conclusión de que la realización de la reparación requería acceder al tanque "AFT HFO STORAGE TANK". Habiendo previsto que don Juan Francisco y don David permaneciesen en el exterior con un radioteléfono, hacia las 8,00 horas, se dispuso a acceder al aludido tanque -igualmente provisto de un radioteléfono-don Sebastián al que habría de seguir don Jose Daniel Tras introducirse por la escotilla del tanque, don Sebastián se precipitó desde el primer tramo de escala instalado para posibilitar el descenso, cayendo al fondo del compartimento, falleciendo.

-Que don Sebastián (nacido el día NUM000 de 1965) se hallaba vinculado a la entidad NERVIÓN mediante sucesivos contratos de trabajo, cuando menos, desde mayo del año 2013, ostentando las categorías profesionales de oficial de 1ª-armador/oficial de 1ª-calderero/jefe de equipo y habiendo sido designado recurso preventivo. Contaba con formación en prevención de riesgos laborales. …Extraídas muestras de fluidos del cadáver de don Sebastián y verificadas pruebas de detección de previa ingesta alcohólica, arrojaron como resultado una concentración de alcohol etílico en sangre de 1,03 gramos por litro y de 1,53 gramos por litro en humor vítreo. Tales índices resultan indicativos de una ostensible alteración de la psicomotricidad del afectado.

Que el tanque en que se produjo el accidente tiene paredes curvadas y está provisto de 6 tramos de escalas separados por descansos o plataformas -de, aproximadamente, un metro en su parte menos angosta. Tales escalas no cuentan con protección circundante, ni los descansos con barandillas u otras protecciones frente a posibles caídas. En su parte baja, se hallan instalados tubos de calefacción. La cavidad cuenta con una profundidad de más de 10 metros. Previamente al acceso del trabajador fallecido a su interior, se hallaba revisado, desgasificado, con la escotilla abierta, con cierre perimetral y carteles indicativos de tales circunstancias. La medición realizada del aire en su interior -verificada a las 5:00 horas del propio día del accidente-determinaba que su

atmósfera era respirable en adecuados parámetros.

…Las subsecciones relativas a medidas preventivas y EPI s fueron cubiertas por Donato (mayor de edad, a la sazón) en su condición de técnico de prevención de la entidad FRATERPREVENCIÓN que había sido contratada por NAVANTIA como servicio de prevención ajeno. Victorino (Técnico de Prevención de la empresa Nervion, ya fallecido) firmó el permiso en el apartado reservado a solicitante, Donato hizo lo propio en el reservado al estipulante de las medidas preventivas.

…Donato señaló las medidas preventivas que debían adoptarse sin haber visitado previamente los espacios en que los trabajos deberían efectuarse

Insiste esta parte apelante en el argumento ya mantenido en el plenario, de que el tanque en el que se produjo el accidente con el fatal desenlace de la muerte de Sebastián no era el lugar en el que se habían autorizado los trabajos. Lo que obvia la parte es que varias de las causas que provocaron el accidente implican a Donato. En el permiso de trabajos especiales Donato firmó en el espacio reservado para las medidas preventivas; sin embargo: como técnico de prevención no verificó con qué se correspondía la inscripción TK FUEL BR en la solicitud del permiso, para lo cual debía de comprobar los planos del buque; no comprobó la zona de trabajo antes de establecer las medidas preventivas adecuadas; no previó, como era su obligación profesional, que para la ejecución de los trabajos de reparación de la grieta los trabajadores tendrían que acceder al tanque en el que se produjo el accidente; y no dotó a los trabajadores de los equipos de protección necesarios.

Expuesto lo anterior, la conclusión a la que llega el juzgador es la correcta y coherente con las pruebas practicadas, aun valorando la concurrente actuación imprudente de los restantes agentes que participaron en los trabajos en los que falleció Sebastián, la actuación de Donato se califica como imprudencia grave y sostiene su condena por los delitos de los *artículos 142.1* y *317 del Código Penal.* No se aprecia ni el error en la valoración de la prueba ni el error en la fundamentación jurídica que se alega por estos apelantes.

4. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DELITO IMPRUDENTE DE RIESGO DEL ART. 317 CP.

DELITO IMPRUDENTE ART 317 CP. PREVISIBILIDAD DE LA EXISTENCIA DE LA SITUACION DE PELIGRO CONCRETO Y PREVISIBILIDAD DEL RESULTADO

SAP SEVILLA (3) N 209/20 DE DIECIOCHO DE JUNIO. PTE: JURADO HORTELANO, INMACULADA

El delito imprudente del artículo 317 del C. Penal por el que se acusa descansa necesariamente en la concurrencia de un conocimiento o previsibilidad por parte

del autor sobre la existencia de una situación de peligro concreto derivada de los incumplimientos de los deberes de cuidado que la normativa impone. El resultado tiene que aparecer como posible y previsible para un hombre normal. En palabras recogidas en la STS de 30 de septiembre de 1994 "lo relevante será que la acción, por su propia peligrosidad, pudiera producir el resultado y que ello fuera previsible para un ciudadano medio situado en las mismas circunstancias que el autor del hecho". Y en nuestro caso, según los hechos probados, el acusado Fernando Jesús León se limitó a "…ordenar al encargado Enrique González Regalado, oficial de primera que examinara la puerta para verificar el nivel de la misma y para ver si podían repararla ellos mismos o bien encargar dicha reparación a una empresa externa..." no constando demostrado que el acusado supiera que iban a proceder al izado de la puerta para su examen - y calibrar tras ello la posibilidad de arreglarla por si mismos-, y que quien recibió la orden de hacerlo, el encargado del taller, iba a actuar de la forma peligrosa y arriesgada como lo hizo, y por ello el resultado no puede ser atribuido a una conducta imprudente de alguno de los acusados.

Como señala el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Cuarta de fecha 11-12-2019, que creemos aplicable al caso que nos ocupa en cuanto a la conducta imprudente o negligente que se imputa a los acusados "…Lo que sitúa la cuestión de la tipicidad presunta en el ámbito del artículo 317 CP y, con ello, ante la necesidad de identificar si aun en términos provisorios cabe identificar el nivel de imprudencia grave reclamado por el tipo.

CONDENA AL EMPRESARIO POR EL DELITO DEL ART 317 CP PUES SOBREVALORO SU PREPARACION PARA FORMAR A LOS TRABAJADORES EN LUGAR DE HABERLO ENCOMENDADO A PERSONAL CUALIFICADO

SAP MALAGA (9) N 62/20 DE CUATRO DE FEBRERO. PTE: RUIZ RICO, JULIO

El Sr. Arjona se dedica profesionalmente a la agricultura y muy probablemente es una persona avezada en dicha labor, pues no sólo es empresario, sino que participa personalmente en la misma, como un trabajador más, impartiendo las instrucciones a las personas que contrata y colaborando con ellas en la recogida de los frutos, conduciendo precisamente el tractor desde el que se activaba la máquina recoger-fardos.

Respecto de la forma en que se llevó cabo la formación de los trabajadores, en la sentencia recurrida se declaró probado que el mismo día en que se produjo el accidente (aunque la fecha no es correcta, como se dirá más adelante), el acusado reunió a los trabajadores que había contratado, incluida María Rosario, y les hizo una especie de demostración y charla breve, en la misma finca donde iban a trabajar, cuya duración no excedió de una hora, en el curso de la cual les enseñó cómo funcionaba la máquina y se colocaban los fardos que se utilizan

en dicha actividad, afirmación que no comparte la recurrente, que destaca que su patrocinado, tras adquirir la nueva máquina, y a pesar de que el funcionamiento de la misma por parte de los trabajadores es muy simple, pues según declaró en el plenario el perito experto en prevención de riesgos Sr. García Pardillo, diez minutos es tiempo más que suficiente para conocer el funcionamiento de la máquina.

Frente a ello debe decirse que no se trataba solo de que el acusado enseñara a los trabajadores cómo funcionaba la máquina, lo que parece no era complicado, sino también, y sobre todo, que les informara de manera exhaustiva de los riesgos inherentes a la actividad, y para ello no parece suficiente dedicarle diez minutos.

No puede decirse que el Sr. Arjona se desentendiera de la seguridad de los trabajadores, pues como se acaba de exponer realizó un curso sobre seguridad laboral y contrató a una empresa externa para que se encargara de los aspectos relativos de a la prevención. Pese a ello, sobrevaloró la preparación que tenía en esa materia y consideró que estaba capacitado para formar a los trabajadores y evitar los riesgos inherentes a dicha actividad, pues de haber actuado con más diligencia habría puesto en conocimiento de la empresa que tenía contratada para estos menesteres la adquisición de una nueva máquina, lo que probablemente le habría permitido conocer que, pese a tener el sello CE, no reunía las condiciones de seguridad exigibles (así lo reiteró el Inspector de Trabajo, de cuya preparación y objetividad no hay razones para dudar), y habría encomendado la formación de los trabajadores a una persona con formación suficiente, debido a lo cual su conducta es incardinable en el delito imprudente del art. 317, en relación con el art. 316 del Código Penal, pues estando legalmente obligado, debido a su negligencia, y mediando infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, concretamente de los preceptos que expuso el juez de lo penal, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores a su cargo desempeñaran su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, generando debido a ello un peligro grave su vida, salud o integridad física, debiendo rechazarse el primeo de los motivos de recurso.

5. DIFERENCIAS ENTRE EL ART. 316 Y 317 CP

DIFERENCIA ENTRE EL TIPO DEL ART. 316 CP Y EL DEL ART. 317 CP.

SAP HUELVA (1ª) Nº. /2020, DE 21 DE DICIEMBRE. PTE: LUIS GARCÍA VALDECASAS

En cuanto a la petición subsidiaria efectuada por la representación de M en el sentido de que en todo caso, estaríamos ante el delito imprudente del art. 317 del mismo texto legal, debe indicarse que la diferencia entre uno y otro delito radica en que en el primero (artículo 316 Código Penal) el sujeto activo omite conscientemente las medidas necesarias y obligadas por la legislación laboral,

mientras que en el segundo (artículo 317 Código Penal) el sujeto, adoptando medidas insuficientes o defectuosas, omite gravemente el deber de cuidado exigible. El tipo doloso del art. 316 deviene aplicable cuando se prueba una conducta omisiva del o los autores, generadora de peligro para la vida o la integridad física del trabajador. El tipo culposo del art. 317 es de aplicación cuando existe falta de previsión exigible de la integridad del riesgo, cuando quien omite el cumplimiento de sus obligaciones legales de previsión y evitación del riesgo, ni llegó a representarse -debiendo haberlo hecho por su vinculación a la actividad de riesgo en posición de garante- el grado de peligro que su omisión provocaba, ni la aceptó.

En el presente supuesto, como señala el Ministerio Fiscal, “no se trata de valorar una conducta en la que el señor…siendo consciente del riesgo, hubiese adoptado alguna medida de seguridad aunque fueran insuficientes para evitarlo o impedir su incremento con la esperanza de evitar así el riesgo, sino que siendo tan severo el peligro y resultado previsible, la única medida eficaz para impedirlo hubiera sido la paralización del proceso productivo del tanque hasta la total recuperación en condiciones de seguridad”, y como se dice en la sentencia apelada “la situación de tan grave riesgo se mantuvo voluntaria y conscientemente durante años”, lo que es una conducta dolosa, incluyendo dolo eventual, y por tanto subsumible en el artículo 316 del Código Penal.

6. DOCTRINA DE LOS CONCURSOS

6.1 Concurso de normas

CONCURSO DE NORMAS: NO PROCEDE SU APLICACIÓN

SAP CUENCA (1ª) N 85/2020, DE 22 DE SEPTIEMBRE. PTE: JAVIER MARTÍN MESONARO

Finalmente, respecto del motivo cuarto, debe señalarse, en primer lugar, que no resulta de aplicación el concurso de normas del art. 8.3 CP, pues, como refleja la sentencia recurrida, la situación de riesgo generada por la ausencia de protocolos de trabajo no sólo afectó al trabajador accidentado sino también al trabajador que le acompañaba, siendo irrelevante como indica el Ministerio Fiscal, cual de los dos fuera quien se subiera a la escalera (podría haber sido cualquiera de ellos).

PRINCIPIO DE ABSORCION DE LA PENA RECOGIDO EN EL ART 8.3 CP

SAP JAEN (3) N81-20 DE VEINTISEIS DE FEBRERO . PTE: MARIA JESUS JURADO CABRERA

Quinto. - En cuanto al recurso de apelación interpuesto por la representación

procesal de Dª. Ángela, ya se adelanta que no deberá prosperar, ya que en efecto se razona en la resolución recurrida la aplicación del principio de absorción recogido en la *regla 3ª del art. 8 del Código Penal* (*art. 142.1 del Código Penal*), y con un reproche penal mínimo al no concurrir otra circunstancia de especial gravedad, lo que se comparte en esta alzada, y en aquel sentido, consunción, es reiterada la doctrina jurisprudencial, *Sentencias del Tribunal Supremo 497/12, de 4 de junio* , *20/2016 de 26 de enero* , *177/2017, de 22 de marzo* y *194/2017, de 27 de marzo* , las que determinan que el principio de absorción delictiva únicamente podrá aplicarse cuando el principio penal más complejo consuma al otro más simple, lo cual solamente podrá admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho quede sin repuesta penal, pues en otro caso deberá acudirse al concurso de delitos.

Así, la problemática concursal entre los delitos de riesgo (*art. 316* y *317 del Código Penal*) y los de resultado lesivo (homicidio y lesiones imprudentes de los *arts. 142*, y *152 del Código Penal*, viene determinada básicamente por la naturaleza del bien jurídico protegido en unos y otros preceptos. En efecto, la posición mayoritaria entiende que en los delitos de riesgo de los arts. 316 y 317 citados, "el bien jurídico protegido es de naturaleza colectiva o supraindividual que, en última instancia, se concreta en la vida y salud de los trabajadores como colectivo social, en tanto que, en los delitos de homicidio y lesiones imprudentes, el bien jurídico protegido es de naturaleza individual y se materializa en la vida y salud de cada trabajador en su estricta condición personal. A partir de esta premisa será o es frecuente y aun habitual en la práctica que cuando por incumplimiento de la normativa preventivo-laboral, uno o varios trabajadores resulten afectados en su vida, salud o integridad corporal, la conducta causante de estos resultados lesivos también contenga o haya realizado los elementos típicos del delito de riesgo que se ha concretado en todo o solo en parte, en esos determinados resultados lesivos.

Pues bien, en este caso, el delito del *art. 316 afecta solo al trabajador fallecido y por tanto en efecto y conforme concluye el juzgador de instancia, el delito de resultado absorbe al de peligro*, *art. 8. 3º del Código Penal*.

6.2 Concurso ideal

PUNICIÓN DEL CONCURSO IDEAL

SAP BADAJOZ (3ª) Nº 189/2020, DE 21 DE DICIEMBRE. PTE: JOAQUÍN GONZÑALEZ CASO.

Ya hemos dicho en el primer fundamento de derecho que el tipo del artículo 316 es un tipo de peligro concreto. También hemos dicho que los posibles resultados entran en concurso ideal propio del artículo 77 núm. 1 y 2. La sentencia, equivocadamente a juicio de este Tribunal, considera que estamos ante un concurso de normas a resolver por la regla de la consunción del núm. 3 del artículo o del Código Penal.

Y no es así. Al ser un concurso ideal de delitos, debe aplicarse la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones, supuesto en el que se penarán ambas por separado.

Aunque la penalidad por el delito doloso del artículo 316 es conjunta de prisión y multa, ha de considerarse más grave la del delito imprudente al ser la pena de prisión superior en su mínima extensión (igual duración en su máxima extensión), por lo que la pena a imponer ha de ser la mitad superior de uno a tres años de prisión. Si se consideraba por la Magistrada del Juzgado de lo Penal excesiva cabe la posibilidad de penar ambas conductas por separado. Nada de pide en el recurso, nada ha de decir este Tribunal sobre el particular al respetar la penalidad aplicada el concurso ideal.

CONCURSO IDEAL DE DELITOS: APLICACIÓN Y PENALIDAD

SAP HUELVA (1ª) Nº /2020, DE 30 DE SEPTIEMBRE. PTE: LUIS G GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS.

El Ministerio Fiscal alega como motivo de su recurso, indebida aplicación del artículo 316 y 318 del Código Penal en concurso con el delito de lesiones imprudentes del artículo 152.1. 1º del mismo texto legal, con impugnación de la calificación jurídica del concurso aplicado al no proceder un concurso de normas sino un concurso de delitos, al entender que procede calificar el concurso de delitos del artículo 77.2 y 3 del Código Penal.

Respecto a la calificación jurídica de unos hechos que se dan en concurso entre un delito contra los derechos delos trabajadores y un delito de lesiones por imprudencia, la jurisprudencia (STS de 14 de julio de 1999, 22 de diciembre de 2001, 4 de junio de 2002 y 25 de abril de 2005, entre otras) se inclina ante el concurso ideal a sancionar conforme al artículo 77 del CP cuando el delito de riesgo del artículo 316 no afecte al empleado lesionado sino también a otros trabajadores que desempeñen su trabajo en las mismas condiciones de falta de seguridad, encontrándose en la misma situación de riesgo que el propio afectado.

La STS de 25 de abril de 2005 estableció el criterio de que " el delito contra la seguridad de los trabajadores apreciado en la sentencia de instancia es un delito de peligro que no requiere resultado lesivo, a diferencia de la falta de imprudencia con resultado de lesiones apreciada igualmente en la instancia y, por otra parte, son bien distintos los bienes jurídicos protegidos, y todo ello determina que no se produzca la absorción que se postula en el motivo si junto a los resultados lesivos existen situaciones de riesgo en las que no ha producido resultado lesivo alguno limitándose a una situación de peligro. Por tanto, entrará en juego el concurso ideal de delitos cuando la infracción de la norma laboral en que ha incurrido el empleador afecta, no sólo al empleado accidentado, sino a una generalidad de trabajadores que desempeñen su trabajo en semejantes

condiciones de inseguridad que aquél, o lo que es lo mismo, cuando además del trabajador accidentado como consecuencia de la realización del riesgo hay otros trabajadores en esa misma situación de riesgo puesto que si no fuera así, es decir, que el riesgo fuera única y exclusivamente para un trabajador estaríamos ante un concurso de normas penales en que, por aplicación del principio de consunción o absorción del artículo 8 apartados 2 y 3 del Código Penal, el delito de resultado (esto es, el de lesiones imprudentes) sancionado con pena más grave ha de absorber al de peligro que lleva aparejada una pena menor".

En el presente caso, la Sala comparte la tesis del Ministerio Fiscal apelante en el sentido que en el supuesto que enjuiciamos el riesgo provocado por el acusado contra la integridad de los trabajadores protegida por el tipo del artículo 316 del CP no alcanza sólo al trabajador efectivamente lesionado, sino también a otro trabajador, el cual se halla en la misma situación de riesgo potencial que el lamentablemente siniestrado, y en este sentido en los hechos probados de la sentencia se determina expresamente que "F…se encontraba junto al acusado…trabajando a pie de suelo, tapando unos anclajes de un muro situado en la planta de semisótano…El acusado…realizaba el día delos hechos el mismo trabajo que F…, sin que se haya acreditado que tuviera mayores responsabilidades en materia de seguridad laboral que el accidentado".

Por consiguientes, la lectura de la sentencia dictada pone de relieve que nos encontramos ante un concurso ideal de delitos por cuanto además del resultado lesivo sufrido por un trabajador, la situación de peligro concurría para otro trabajador que realizaba idéntica actividad.

Dada la existencia del concurso ideal entre el delito contra los derechos delos trabajadores y el de lesiones imprudentes y estando el primero de ellos sancionado en el artículo 316 del Código Penal con una pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, y el segundo en el artículo 152.1.1º con pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses, no procede aplicar la pena de la infracción más grave en la mitad superior, pues la pena resultante sería superior que la que resultaría de sancionar separadamente las infracciones, dada la duración mínima de la pena prevista para cada uno de los delitos, por lo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 77 del Código Penal procede sancionar separadamente ambos delitos.

Así las cosas, resulta más beneficioso para el condenado penar por separado ambas infracciones, pues la pena correspondiente sería la mínima para cada uno de los delitos, es decir, 6 meses de multa en el caso de lesiones del artículo 152.1.º CP y 6 meses de prisión y seis meses de multa en el caso del delito contra los derechos de los trabajadores de los artículos 316 y 318 del Código Penal.

6.3 Distinción entre el concurso de normas y el concurso ideal

DISTINCION CONCURSO DE NORMAS /CONCURSO IDEAL.SAP SEVILLA 4 N 206/2020, 19 MAYO. PTE: MARTIN GOMEZ, ALVARO

Por otra parte, debe tenerse presente el criterio establecido por el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de julio de 1999, cuando señala que "cuando como consecuencia de la infracción de las 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. 8.3 CP), como una manifestación lógica de la progresión delictiva; mas cuando -como es el caso de autos- el resultado producido... constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad (ya que en la misma situación de peligro se encontraban trabajando la generalidad de los que desempeñaban sus funciones en la obra), debe estimarse correcta la tesis asumida por el Tribunal de instancia al entender que ha existido un concurso ideal de delitos".

7. DIVERSAS CUESTIONES SUSTANTIVAS

7.1 Distinción entre la infracción penal y la administrativa

DISTINCION INFRACCION PENAL- INFRACCION ADMINISTRATIVA

SAP VITORIA (2) N 40/20 DE VEINTICUATRO DE FEBRERO. PTE: JESUS ALFONSO PONCELA GARCIA

Nuestra resolución ha de partir de unos criterios básicos, a saber, primero, que el delito contra los derechos de los trabajadores regulado en el *artículo 316 del Código Penal* es una norma penal en blanco, cuyo contenido se completa con la regulación laboral y administrativa sobre seguridad e higiene en el trabajo; segundo, que, consecuentemente, el ilícito penal coincide como en círculos secantes con infracciones jurídicas de naturaleza laboral y administrativa, pues la vulneración de la norma penal es consecuencia de la primigenia vulneración de los preceptos que complementan el contenido del tipo penal en blanco; y tercero, que, cuando en un conflicto se ven implicadas distintas ramas del Derecho, la aplicación del Penal ha de ser la "última ratio", reservada a casos en que las restantes no den entera tutela a los intereses y derechos infringidos, ni adecuada solución al conflicto y la conducta del agente merezca un reproche social reforzado, por medio de una sanción punitiva.

Tal omisión o esa falta de implementación de medidas de prevención, por sí solas, no suponen que se hayan puesto en peligro "grave" la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores, que constituye uno de los presupuestos del tipo penal.

Este elemento normativo del tipo es el que sirve para distinguir el ilícito penal del puramente administrativo- laboral, porque, en otro caso, bastaría con que se apreciara cualquier infracción de las normas de prevención de riesgos laborales

y no se facilitaran los medios necesarios para que se entendiera cometida alguna de dichas infracciones penales.

El tipo penal exige la confluencia de un doble desvalor: en primer lugar, el desvalor de acción, referida a la voluntad antinormativa del autor y, en segundo lugar, un desvalor de resultado, en el que se sustancia la necesidad constitucional de lesividad de la conducta, es decir, la generación de una lesión o un peligro de lesión de algún bien jurídico merecedor de tutela penal.

En esta línea, cuando el legislador penal recurre a la técnica de la ley penal en blanco, la norma a la que se remite aquél es condición necesaria para la configuración del injusto penal, pero es una condición no suficiente para la completa definición del mismo, pues a ella se debe añadir un factor de lesividad propiamente penal que, en el caso de los artículos 316 y 317 del Código, se sustancia mediante la exigencia de una puesta en " peligro grave" de la vida, la salud o la integridad física del trabajador.

En el caso que nos ocupa, el peligro se tradujo en lesión grave (la calificación conforme al artículo 150 no se discute) y procede comprobar y decidir si existían *"los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas" (*art. 316).

7.2 La inspección de trabajo. Informes

VALOR DEL INFORME DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO.

AAP GUIPUZKOA (3ª) Nº 261/2020, DE 26 DE OCTUBRE. PTE: MARÍA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI

Pues bien, precisando que la mecánica del accidente con el resultado luctuoso acaecido que se recoge en el Auto impugnado no se corresponde con el informe elaborado por la Inspección de Trabajo, sino con la transcripción que en dicho informe se hace del informe de investigación del accidente remitido por la empresa Akaba S.A., al igual que la Instructora, estimamos que el punto de partida en materia de imputación de responsabilidad penal, lo supone el informe elaborado por la Inspección de Trabajo, ya que si su contenido y conclusiones no tienen carácter vinculante en esta jurisdicción, el Inspector actuante suele realizar un análisis de las circunstancias que rodean al accidente y su relación o no con la infracción de las medidas de seguridad, de forma que sí constituye una diligencia de investigación más ciertamente es cualificada. Lo mismo cabe decir del informe de Osalán.

REVOCACIÓN DEL AUTO DE SOBRESEIMIENTO. EL INFORME PERICIAL (INSPECCIÓN DE TRABAJO) NO VINCULA A LA JURISDICCIÓN PENAL: LA CONCLUSIÓN DE DICHO INFORME SE HACE DESCANSAR EN LAS SUPUESTAS AFIRMACIONES DE RESPONSABLES DE LA EMPRESA, QUE

NI SIQUIERA SE IDENTIFICAN, NI CONSTA DE FORMA OBJETIVA QUE ASÍ FUERA, LO QUE MERECE EL DEBIDO ESCLARECIMIENTO.

AAP SORIA (1ª) Nº 113/2020, DE 29 DE JUNIO. PTE: JOSÇE MANUEL SÁNCHEZ SISCART

En el presente supuesto, según consta en el escueto atestado de la Guardia Civil, el accidente que sufrió el recurrente el día 6 de noviembre de 2018 se produjo en el interior de las instalaciones de Siemens Gamesa, parcela III del Polígono Valdemies II de Ágreda, en el momento en el que, mediante una máquina elevadora, se estaba llevando a cabo una maniobra de carga de una plataforma tipo Flat Rac de gran tonelaje (5 t) al posarla en la base del remolque del camión que iba a realizar el transporte. Se resbaló de las uñas de la elevadora que la sujetaba, cayendo al suelo, no dando tiempo al accidentado a evadirse, siendo alcanzado en un pie por dicha plataforma, todo ello a modo de valoración meramente provisoria e indiciaria.

El informe elaborado por el Técnico del Área de Seguridad y Salud Laboral, Sr. Jorge, pone de manifiesto que el trabajador accidentado se encontraba en zona donde no debía situarse ninguna persona durante la maniobra de carga o descarga, ya que en esa zona existe peligro de atrapamiento si se desliza o cae la carga, sin margen de retirada al existir además otro tipo de materiales como vigas de acero que impedían la salida. Es decir, existen indicios de que el trabajador se encontraba en el radio de acción de una maniobra peligrosa, en atención al tonelaje de la plataforma, ante el peligro de deslizamiento o caída, como al parecer así sucedió.

El también escueto informe del Inspector de Trabajo Sr. Leonardo, concluye que el accidente sucedió por imprudencia del trabajador que se colocó en el radio de acción de la carga, pese a ser avisado de que debía apartarse, sin apreciar responsabilidad administrativa de la empresa.

Ahora bien, los Juzgados y Tribunales en ningún caso quedan vinculado por el contenido de un informe pericial u oficial concreto. En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que «el *dictamen de peritos no acredita irrefutablemente un hecho, sino simplemente el juicio personal o la convicción formada por el informante con arreglo a los antecedentes suministrados, sin vincular en absoluto a los jueces y tribunales, quienes no están obligados a sujetarse al dictamen pericial»* (STS *16 de marzo de 1999)*, lo que deberá ser valorado con suma cautela en el presente momento procesal

En este sentido, entendemos que no queda suficientemente aclarado en dicho informe, de qué forma fue avisado el trabajador accidentado de que debía apartarse. El recurrente, tal y como consta en el informe del Sr. Jorge, manifiesta que no se le informó de que no debería estar ahí, mientras que en el informe de la Inspección de Trabajo se da por sentado que sí recibió dicha información *“según aseguran responsables de la empresa Siemens Gamesa”, sin* que ese dato haya sido verificado judicialmente. Es decir, la conclusión de dicho informe se hace descansar en las supuestas afirmaciones de responsables de Siemens

Gamesa, que ni siquiera se identifican, ni consta de forma objetiva que así fuera, lo que merece el debido esclarecimiento, al tratarse de un dato de suma importancia, pues la verdad judicial no puede descansar en desnudos datos e ignotas fuentes de información, no constatadas ni sometidas a las garantías del proceso. Tampoco queda aclarado en el informe, el motivo por el que se inició y desarrolló la maniobra peligrosa sin comprobar que la maniobra se podía llevar a cabo de forma segura para todas las personas presentes, dado que al parecer el trabajador accidentado se encontraba dentro de la zona de peligro, lo que igualmente debe ser esclarecido.

En segundo lugar, se indica en dicho informe que la empresa Siemens Gamesa tiene un control previo de seguridad en el acceso a sus instalaciones, durante el cual se toman los datos de todas las personas y se les entrega las normas de obligado cumplimiento, y se afirma que, según los responsables de Siemens Gamesa, el trabajador accidentado "se saltó" (sic) ese control de seguridad, puesto que no figura en los registros y no tuvo acceso a las normas de obligado cumplimiento.

Es decir, se reconoce que, como norma general, hay un control de acceso y recepción de normas de obligado cumplimiento para todos los transportistas que entren en las instalaciones de Gamesa, que las aporta transcritas la propia representación de Siemens Gamesa en el escrito de contestación al recurso, en las que se recoge expresamente que *"no está permitido permanecer o circular dentro de las instalaciones de la empresa, a excepción del momento de la carga/descarga, en el que será obligatoria su presencia. Se le indicará dónde debe permanecer."*

No queda aclarado en dicho informe de qué forma pudo el trabajador accidentado "saltarse" un control, que al parecer se estima necesario para informar a todos los transportistas de las normas de obligado cumplimiento, ni qué medidas se adoptaron frente a ello. Es decir, se reconoce implícitamente que hay un control de acceso ante la peligrosidad de las maniobras que se desarrollan en el interior de las instalaciones, y que además de ese control previo se realiza una información expresa de las normas de obligado cumplimiento, pero no se aclara de qué forma pudo saltarse ese control, reconociendo, no obstante, que el trabajador accidentado no tuvo acceso a las normas de cumplimiento.

Tampoco consta quién dio las indicaciones correspondientes en el momento de la maniobra de carga, a las que se obligaba la empresa, así como las cautelas adoptadas para verificar el cumplimiento de tales indicaciones, permitiendo el inicio y desarrollo de una maniobra peligrosa mientras el trabajador accidentado se encontraba, al parecer, en la zona de peligro.

Concluye el citado informe, como causas posibles del accidente, por un lado, permanecer en las inmediaciones del radio de acción de una operación, sin haber concluido, lo que considera que fue una imprudencia del trabajador, cuando en realidad la empresa asumía la obligación de indicar dónde debía permanecer el transportista durante la acción de carga/descarga, admitiendo

además que al trabajador no se le proporcionaron las normas de obligado cumplimiento, y que tal control de seguridad no se llevó a cabo respecto al trabajador accidentado, iniciando y desarrollando la maniobra de carga a pesar de que el trabajador se encontraba en el radio de acción, pues no consta ni quién le proporcionó tales indicaciones ni cuáles fueron éstas. Por otro lado, se indica como posible concausa la pérdida de control de la pieza por el carretillero, desconociéndose también las causas de esa pérdida de control, así como las circunstancias en las que se estaba llevando a cabo dicha maniobra de carga de la plataforma, que derivó en un deslizamiento de la misma.

En suma, no consta que se informase al trabajador de las normas de obligado cumplimiento, y al aparecer tampoco se controló su acceso, asumiendo la propia empresa la obligación de indicar dónde debía permanecer, y no consta que así se hubiera realizado, ni que el área estuviera señalizada de alguna forma. La zona además era de difícil salida por la presencia de otros obstáculos, y aun así la maniobra de carga se estaba llevando a cabo con la presencia del trabajador interfiriendo el radio de acción de la maniobra frente a posibles deslizamientos o caídas de la plataforma, como al parecer así sucedió.

En estas condiciones no podemos validar la decisión sobreseyente, en tanto no queden aclarados los extremos que se indican en la fundamentación jurídica de la presente resolución.

A LA INSPECCIÓN DE TRABAJO NO COMPETE LA INVESTIGACIÓN PENAL, SI NO LA INVESTIGACIÓN ADMINISTRATIVO-LABORAL

SAP ALICANTE (10ª) Nº 170/2020, DE 14 DE MAYO. REC: 444/2019. PTE: JOSÉ MARÍA MERLOS FERNÁNDEZ

La sentencia alude expresamente al informe y a la declaración del inspector del trabajo en cuanto respecta al accidente y la implementación de medidas de seguridad e higiene, pero no en cuanto a la responsabilidad del apelante, sencillamente porque la sentencia no basa dicha responsabilidad en el informe de la Inspección de Trabajo, sino en otros medios probatorios. No obstante, cabe añadir que a la inspección no compete la investigación penal, encaminada a depurar la responsabilidad individual y culpable de los autores o participes, sino la investigación administrativo-laboral, encaminada, en cuanto preparación o ejercicio de la potestad sancionadora, a depurar responsabilidad de personas físicas o jurídicas que desempeñan un determinando papel en la relación laboral. Esa es la razón por la que el inspector, una vez identificadas las personas presentes en la obra con sus respectivas funciones y la intervención de las empresas que participaban en el proceso constructivo, no profundizó en concretar la identidad de las personas a través de las cuales dichas empresas ejercían cada una de sus funciones.

NO ES EXCUSA QUE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO NO INCOARA EXPEDIENTE SANCIONADOR

SAP LEÓN (3ª) Nº 126/2020, DE 15 DE ABRIL. REC: 1352/2019. PTE: TEODORO GONZÁLEZ SANDOVAL.

Finalmente, no puede disculparse el apelante de que la Inspección de Trabajo no incoara, en este caso, expediente sancionador pues, con independencia de esa decisión, que el propio Inspector que declaró en el plenario autocuestionó, en materia penal rige el principio de legalidad y hemos dicho, y creemos que, motivado adecuadamente, que los hechos son subsumibles en el tipo penal por el que viene condenado el apelante.

NO SIENDO BASTANTE QUE EXISTA UNA PROPUESTA DE SANCIÓN POR PARTE DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO, NI QUE SE HAYA CALIFICADO COMO GRAVE, PORQUE EL CÓDIGO PENAL EXIGE QUE LA NORMA DE SEGURIDAD INFRINGIDA PONGA EN GRAVE PELIGRO LA VIDA O INTEGRIDAD FÍSICA DEL TRABAJADOR, PORQUE EN CASO CONTRARIO, DETERMINARÍA QUE TODA INFRACCIÓN DE NORMAS DE SEGURIDAD EXTENDERÍA INDEBIDAMENTE LA RESPUESTA PENAL EN NIVELES INCOMPATIBLES CON LA MÍNIMA INTERVENCIÓN PROPIA DEL DERECHO PENAL Y DE SEGURIDAD JURÍDICA

SAP SORIA (1ª) Nº 6/2020, DE 10 DE FEBRERO. REC: 12/2020. PTE: JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ GRECIANO

Es preciso tomar en cuenta cuál es la doctrina de esta Sala en interpretación de estos tipos penales, como se deduce del contenido de resolución de fecha de 26 de enero de 2017, recurso 13/2017, donde se indicaba que los tipos penales previstos en los *artículos 316 y ss del CP* , tienen como bien jurídico protegido la vida y salud de los trabajadores, se trata de tipos penales de peligro concreto, uno doloso, otro imprudente, de forma que para integrar estos tipos no basta con que la afectación a los bienes jurídicos protegidos sea en abstracto. Se requiere que la posibilidad cristalice en un grave peligro concreto, la esencia de estos delitos no reside, por tanto, en la mera infracción de un deber de seguridad tal como viene establecido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, de tal manera que se exige que exista un peligro, y además, grave. Y para determinar la gravedad hay que atender a la normativa infringida como a la relevancia material de la conducta con respecto a la vida, integridad, y salud de los trabajadores, o lo que es lo mismo, determinar si con la conducta cometida se ha puesto en peligro concreto la vida o integridad física de los trabajadores.

El delito del *artículo 316 del CP*, dirige su sanción a los legalmente obligados a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad adecuadas. Contiene una conducta omisiva y exige un comportamiento de peligro concreto y grave para la vida o

integridad física de los trabajadores, que ha de estar conectado jurídicamente con la conducta omisiva, de manera que el peligro grave se hubiera podido evitar en el supuesto que el sujeto activo hubiera facilitado los medios necesarios para la seguridad e higiene de los trabajadores. En este sentido, debemos considerar que la jurisprudencia insiste en que no toda infracción administrativa debe parificarse como conducta delictiva, pues para ello se exige la antijuridicidad propia del tipo penal, y la culpabilidad. Y un nexo de causalidad. Así la *STS de 29 de julio de 2002*, prescribe que no bastaría cualquier infracción administrativa para dar vida al tipo penal, sino un adecuado nexo de causalidad, de forma que la norma de seguridad infringida debe poner en peligro grave la vida o salud del trabajador.

La estimación del tipo exige que el resultado producido por la conducta deba ser previsible en el momento de la misma, y haber sido producido causalmente por ella. Esta previsión constituirá, junto con la exigencia de que aquel sea debido a la inobservancia del cuidado debido, y a la conexión de lo injusto de la acción con lo injusto del resultado.

Siendo este tipo de delito integrado en un sector del ordenamiento jurídico presidido por el principio de intervención mínima, al que cabe acudir cuando las cuestiones o conflictos no pueden ser solventados en otros campos de Derecho, de tal manera que no toda actuación que derive en un resultado dañoso determinará la existencia de una infracción penal. No siendo bastante que exista una propuesta de sanción por parte de la Inspección de Trabajo, ni que se haya calificado como grave, porque el código Penal exige que la norma de seguridad infringida ponga en grave peligro la vida o integridad física del trabajador, porque en caso contrario, determinaría que toda infracción de normas de seguridad extendería indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con la mínima intervención propia del Derecho Penal y de seguridad jurídica. Así la *STS de 29 de julio de 2002*, señalaba que el tipo penal del *artículo 326 del CP*, precisa de una integración de las normas laborales que recogen las distintas obligaciones de los empresarios y obligados a prevenir los riesgos laborales, y no basta con cualquier infracción de una de estas obligaciones para que la conducta sea penalmente sancionada, y sí solo las infracciones más graves. La integración del tipo penal con la normativa de prevención de riesgos laborales, solo debe ser en relación con la infracción de los más graves preceptos, cuya omisión es capaz de generar aquel grave peligro, siendo una infracción de norma de seguridad, que se ha convertido en sanción penal, por la mayor lesividad que dicha infracción conlleva, para el bien jurídico protegido.

...En este sentido, y siguiendo la línea doctrinal de otra *sentencia de esta misma Sala, de fecha de 24 de abril de 2019, recurso 45/2018* , donde curiosamente por la Inspección de Trabajo, al igual que el caso presente, se consideraba procedente la imposición de una multa de 2.046 euros, por entender que nos encontramos ante una infracción grave, en su grado mínimo, venía a establecer que "como resultado de la Inspección de Trabajo, se inició un procedimiento sancionador con responsabilidad empresarial por incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, con propuesta de sanción, por entender que

nos encontramos ante una infracción grave, era de 2.046 de multa, fijándolas en grado mínimo, dicha graduación de la infracción ya resultaría llamativa, pues como infracción administrativa ni siquiera alcanzaría la noción de muy grave, dentro de la consideración de grave, la fija en su cuantía mínima, lo que da cuenta de la supuesta entidad de la infracción de la normativa laboral en que ha incurrido las empresas afectadas.

7.3 No denuncia del trabajador. Efectos

LA DECISIÓN DEL TRABAJADOR DE NO DENUNCIAR A LA EMPRESA NO RESULTA VINCULANTE.

APP MADRID (4ª) Nº 229/2020 DE 30 DE MARZO. REC: 268/2020. PTE: M.ª JOSÉ GARCÇIA-GALÁN SAN MIGUEL

PRIMERO. El *auto impugnado, dictado por la Magistrada Juez del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Alcobendas el día 3 de enero de 2020* , por el que se acuerda el sobreseimiento y archivo de las actuaciones al tiempo que se acuerda incoar diligencias previas por la denuncia interpuesta por el Ministerio Fiscal, se basa en que de los documentos acompañados a la denuncia no se desprende que el accidente sufrido por el trabajador don Octavio fuera consecuencia de un incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales, sino a un desafortunado accidente, por lo que acuerda el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones. Se motiva dicha resolución en que se trata de un accidente por caída del trabajador de una escalera de mano colocada por él mismo, en la que se ha podido constatar el desgaste de una zapata de goma, por lo que pudiera deberse al hecho de haberse posicionado sin estabilidad, lo que ha dado lugar a que la misma se moviera y el trabajador cayera desde la misma, causándose unas lesiones en los huesos del antebrazo izquierdo. En la extensa motivación del auto impugnado se destaca que en el atestado consta que el trabajador accidentado manifestó que no deseaba denunciar los hechos, su compañero de trabajo declaró que todos los años la empresa les hacía llegar la documentación relativa a la seguridad y a la salud y que no observaron en la escalera ninguna deficiencia, si bien pocos días después de los hechos se había roto y habían solicitado el repuesto. Por otro lado, la empresa ha acreditado tener contratado un servicio de prevención con la entidad INPREX, S.L.

Por lo que la Magistrada Juez considera que, a la vista de todo ello, así como del informe fotográfico de la inspección ocular y de la escalera, un desgaste en el taco difícilmente apreciable a simple vista y que venía siendo utilizada habitualmente sin problemas, lleva a concluir que los hechos no son constitutivos de la infracción penal referida, porque no se ha acreditado que los trabajadores no contaran con el EPI adecuado, o se hubieran incumplido normas de prevención obligatorias, sino que se trataba de un accidente fortuito, que no encaja en el *art. 316 CP* al no acreditarse una infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales.

SEGUNDO.- El recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal se basa en que la resolución es prematura, al dictarse sin haberse practicado diligencia

alguna para poder analizar si la conducta denunciada es penalmente relevante, pues para ello es preciso tomar declaración al perjudicado y también recabar el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como informe sobre las lesiones que se practique por el Médico Forense del Juzgado a los fines dispuestos en el *art. 152 CP* .

El *art. 316 del Código Penal* castiga a los que "*con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física.*"

Ciertamente, de las amplias actuaciones llevadas a cabo por la Policía Municipal no cabe descartar que la valoración de los hechos que se realiza por la Magistrada Juez en el auto impugnado sea finalmente ratificada y que se trate de un accidente fortuito producido por no haberse colocado de forma estable la escalera por el propio trabajador accidentado, o por tener la escalera un defecto por desgaste en una zapata de goma, inapreciable a simple vista.

Sin embargo, consta en la documentación aportada por el Ministerio Fiscal, en concreto por la Fiscal Delegada de Siniestralidad Laboral, que ha tenido acceso a todo lo actuado, que diligencia de la Policía Judicial del día 18 de julio de 2019 se procedió a dar aviso al Instituto Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad de Madrid comunicando la existencia del accidente (página 10 del atestado) así como consta parte de accidente laboral remitido el 5 de junio de 2019 (Hoja núm. 9) a la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, cuyo informe analítico sobre la situación, en atención a la normativa específica de seguridad e higiene en el trabajo no se ha aportado, siendo una de las diligencias interesadas por el Fiscal en su denuncia. Dicho informe resulta especialmente relevante en estos delitos, pues en él se deberá analizar la aplicación por parte de la empresa de una normativa preventiva, cuyo cumplimiento es preciso y en su caso la relación que pueda tener en eventual incumplimiento con el accidente, sin que la decisión del trabajador de no denunciar a la empresa resulte vinculante, lo que justifica la estimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, a los fines de que se recabe el informe emitido por la Inspección de Trabajo y, en su caso, a la vista del resultado, puedan acordarse las demás diligencias pedidas en la denuncia y con su resultado acordar, con mayor conocimiento sobre los aspectos preventivos de la normativa laboral, lo que se considere procedente en Derecho.

7.4 Non bis in idem

LA SALA ENTIENDE QUE LA CONDENA EN VÍA PENAL DEL ENCARGADO DE LA EMPRESA POR UN DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES Y LA POSTERIOR SANCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA PERSONA JURÍDICA NO SUPONE UN BIS IN IDEM. INTERPRETACIÓN DEL ART. 3 DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 5/2000, DE 4 DE AGOSTO, POR

EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN PENAL.

STS (IV -PLENO) Nº 469/2020, DE 18 DE JUNIO. REC: 2136/2017. PTE: SEBASTÁN MORALO GALLEGO.

1.- El punto de partida para la resolución de la cuestión no puede ser otro que la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre esta materia, en las diferentes ocasiones en las que ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto, y en las que no siempre parece haber mantenido un mismo y univoco criterio, conforme seguidamente pasamos a analizar.

2.- La STC 117/1999, de 11 de octubre, acoge el recurso de amparo interpuesto por la persona física condenada en vía penal por la comisión de un delito contra la salud pública y el medio ambiente, en su condición de consejero delegado y director de la empresa que realizó determinados vertidos ilegales y a la que ya le había sido impuesta anteriormente una sanción administrativa por los mismos hechos.

El solicitante de amparo alegó que la condena penal suponía la infracción del art. 25 CE (EDL 1978/3879), en tanto que los hechos constitutivos de la conducta delictiva por los que había sido condenado como director de la empresa, eran exactamente los mismos que habían sido anteriormente objeto de la sanción administrativa impuesta a la sociedad.

El Tribunal Constitucional recuerda en primer lugar que el principio non bis in idem ha sido considerado como parte integrante del derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionador (art. 25.1 C.E.), desde la STC 2/1981 (EDJ 1981/2), y explica a tal efecto que : "El principio general de derecho conocido por non bis in idem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc…- que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración". Posteriormente, en la STC 159/1987 (fundamento jurídico 3º) (EDJ 1987/159), se declaró que dicho principio impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues "semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisible reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado (Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, fundamento jurídico cuarto)".

Tras lo que concluye que efectivamente se ha vulnerado ese precepto constitucional, por cuanto se ha dado lugar a la imposición de una doble sanción por los mismos hechos, con independencia de que el condenado en vía penal

sea la persona física que ostentaba la condición de director de la empresa y la sanción administrativa le hubiere sido impuesta a la sociedad mercantil titular de la misma.

Del redactado de esta sentencia bien pudiere parecer que cabe extraer la consecuencia jurídica de que el Tribunal Constitucional viene en admitir la aplicación del principio "non bis in idem", aunque no concurra identidad subjetiva entre quien ha sido sancionado en vía administrativa, - en este caso la persona jurídica- , y el sujeto condenado en el proceso penal - el director de la empresa- , quebrando de esta forma la doctrina general que exige para la aplicación de dicho principio la exacta concurrencia de la triple identidad subjetiva, objetiva (hechos) y de fundamento, entre las actuaciones penales y las administrativas.

Pero los posteriores, Autos del Tribunal Constitucional de 25-11-1991, nº 355/1991, Rec. 1479/1991 (EDJ 1991/22531); y de 10-11-2003, nº 357/2003, Rec. 6561/2000 (EDJ 2003/241717), evidencian que no es posible adoptar como doctrina general esa interpretación, lo que viene a ratificar la STC 70/2012, de 16 de mayo.

CUARTO. -

1.- En esos dos precitados Autos, el TC recuerda que únicamente es posible la aplicación del principio "non bis in idem", cuando en la vía penal y administrativa concurra esa triple identidad subjetiva, de hecho y de fundamento, sin perjuicio de que las particularidades concurrentes en el asunto que resuelve la sentencia anteriormente mencionada pudieren haber conducido en aquel concreto caso a un resultado distinto.

El primero de ellos conoce precisamente de un supuesto sustancialmente idéntico al que es objeto del presente recurso de casación unificadora, en el que se produce un accidente de trabajo que da lugar a la condena en sede penal de los dos gerentes y del encargado de la empresa, mientras que en paralelo se impone a la sociedad anónima titular de la misma una sanción administrativa por los mismos hechos.

Situación en la que el TC concluye que no "se da identidad subjetiva entre ambos procesos, toda vez que los acusados en el proceso penal son dos gerentes de la empresa, mientras que en el proceso laboral lo es la propia empresa; y, por último, la mercantil sólo ha sido denunciada como responsable civil subsidiario, y no penal; esto es, como ya ha declarado este Tribunal, no tiene lugar una incompatibilidad entre sanción penal y sanción de seguridad social, sino dos responsabilidades distintas que no se encuentran incompatibles ni en vía jurisdiccional ni en relación con el procedimiento administrativo que impone el recargo (ATC 596/1989)".

En el mismo sentido se pronuncia la segunda de tales resoluciones del TC, igualmente en el caso de otro accidente de trabajo por el que fueron condenados en vía penal el administrador único de la sociedad y el encargado general del

centro de trabajo, mientras que se le impuso una sanción administrativa por los mismos hechos a la persona jurídica.

Razona el TC que no es "posible apreciar la triple identidad requerida, de sujetos, hechos y fundamentos, que se erigen en presupuestos de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem al no darse la identidad subjetiva exigida como presupuesto para la vulneración denunciada cuando en uno de los procesos se sanciona a la persona jurídica empresario y en el otro se sanciona penalmente al representante legal de la misma (ATC 355/1991, de 25 de noviembre, FJ 5 (EDJ 1991/22531))".

2.- Queda con ello claro que el TC ratifica la doctrina tradicional que mantiene la ineludible exigencia de que concurra la triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos, para que pueda entrar en juego el principio que proscribe la doble sanción penal y administrativa.

La más reciente STC 70/2012, de 16 de mayo, Rec. 9432/2006 (BOE 117/2012), resuelve en el mismo sentido y en aplicación de la doctrina de las antedichas resoluciones a las que expresamente se remite.

Se trata de un asunto en el que se impone a la sociedad mercantil una determinada sanción administrativa, cuando por los mismos hechos se estaba instruyendo una causa criminal en la que aparece como imputada la persona física que desempeñaba el cargo de administrador mancomunado de la misma.

La empresa demandante de amparo alega que con la imposición de esa sanción se ha vulnerado el principio non bis in idem, por cuanto se está siguiendo un procedimiento penal por los mismos hechos contra su administrador.

El TC comienza por poner de manifiesto la singular circunstancia de que es difícil examinar en ese caso la posible coincidencia de identidades objetiva y de fundamento entre las actuaciones jurisdiccional y administrativa, dado que el proceso penal se encontraba todavía en fase de instrucción y no había recaído ninguna resolución judicial que delimite los eventuales hechos imputados y su calificación penal.

Pero, aun así, explica que esa circunstancia no es obstáculo "para poder efectuar la debida comparación de su ámbito subjetivo "puesto que resulta obvio que en el presente caso la sanción administrativa recayó sobre una persona jurídica -la sociedad mercantil Acqua Medicina y Cirugía Estética, S.L.- mientras que el proceso penal se ha dirigido necesariamente contra personas físicas. En efecto, así como en el ámbito administrativo el art. 130.1 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (EDL 2015/167833) prevé la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas por la comisión de hechos constitutivos de infracción administrativa, reconociéndoles, pues, capacidad infractora (en el mismo sentido, STC 246/1991, de 19 de noviembre, FJ 2), por el contrario, en el ámbito penal, hasta la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (EDL 2010/101204), ha regido en nuestro ordenamiento el principio societas delinquere non potest."

Tras lo que definitivamente concluye que " descartado que en el presente caso, dada la fecha en que acaecieron los hechos, la persona jurídica ya sancionada administrativamente pueda llegar a serlo también en el curso del proceso penal, debemos también descartar que exista identidad real entre la mencionada persona jurídica y las personas físicas contra las que se dirige el proceso penal"..."Por tanto, no cabe apreciar la concurrencia de una identidad subjetiva en los procesos administrativo y penal que pudiera dar lugar a la infracción del principio non bis in idem y, en consecuencia, de la regla de prioridad de jurisdicción penal sobre la actividad administrativa sancionadora, sin perjuicio, naturalmente, de lo que finalmente llegue a declararse en su día con valor de cosa juzgada en el proceso penal."

3.- En este punto debemos introducir dos importantes consideraciones, para poner en relación el concreto asunto sometido a nuestro enjuiciamiento con la doctrina constitucional recogida en esta última sentencia del TC.

La primera de ellas, que el TC sustenta la inaplicación del principio "non bis in idem" en la falta de identidad subjetiva, porque el proceso sancionatorio administrativo se dirige contra la persona jurídica y el penal contra una persona física.

Y alcanza esa inexorable conclusión pese a que en todos esos supuestos la persona física contra la que se dirige la vía penal ocupaba el cargo de administrador o gerente de la sociedad, con lo que eso supone en la atribución de funciones de dirección y ordenación de la actividad empresarial y el consecuente elevado nivel de responsabilidad directa en la actuación empresarial que les sería imputable.

Por el contrario, en el caso de autos no se trata de ningún alto cargo o directivo de la empresa con relevantes funciones de dirección y gerencia, sino del encargado de la concreta obra en la que tiene lugar el accidente. Elemento que resulta especialmente relevante para deslindar con mayor claridad la diferente responsabilidad de la persona jurídica y de la persona física contra las que se dirigen los procedimientos penales y administrativos.

Dicho de otra forma, si el TC considera que no es aplicable el principio "non bis in idem" cuando la persona física encausada en el proceso penal es el administrador o gerente de la empresa, con mayor razón no podrá aplicarse cuando se trata del encargado de una específica obra que carece de cualquier capacidad de decisión y gestión en la actuación de la empresa, que no dispone de autorización para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica y no ostenta facultades de organización y control dentro de la misma, utilizando la terminología empleada en el art. 31 bis del CP (EDL 1995/16398) cuando trata de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

4. - La segunda consideración obliga a reparar en la circunstancia de que el proceso penal se encontraba todavía en fase de instrucción en aquel asunto, sin que se hubiere llegado a dictar ninguna resolución definitiva que pusiere fin al mismo.

Lo que no es obstáculo para que el TC considere igualmente exigible la identidad subjetiva entre ambos procedimientos, con base al hecho de que en el proceso penal no era posible condenar a la persona jurídica sancionada administrativamente, puesto que en aquellas fechas aún no cabía en nuestro ordenamiento jurídico la condena a la persona jurídica en el proceso penal, y seguía en vigor el principio societas delinquere non potest , que se mantuvo vigente hasta la modificación del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (EDL 2010/101204), que habilita la posibilidad de condenar en determinados delitos a las personas jurídicas.

Esta imposibilidad de condenar a la persona jurídica en el proceso penal es lo que lleva al TC a "descartar que exista identidad real entre la mencionada persona jurídica y las personas físicas contra las que se dirige el proceso penal".

Puesto que no es posible la condena penal de la persona jurídica, y en el procedimiento administrativo se ha impuesto la sanción a la empresa, el TC deduce que es imposible que se produzca entonces la innegociable identidad subjetiva que requiere la aplicación del principio non bis in idem.

Y esa misma imposibilidad de sancionar en vía penal a la persona jurídica concurre igualmente en el supuesto de autos, pues, aunque ya hubiere entrado en vigor la reforma del Código Penal que permite condenar en algunos casos a las personas jurídicas, el delito contra la seguridad de los trabajadores por el que fue condenado el encargado de la empresa, es uno de los que está expresamente excluido de la responsabilidad penal de la persona jurídica (STS Sala II 23-02-2017, Rec. 1916/2016) (EDJ 2017/12308).

Recordemos en este extremo lo que dispone el art. 318 CP (EDL 1995/16398) para esta clase de delito: "Cuando los hechos previstos en los artículos de este Título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 de este Código", sin contemplar por el contrario que se pueda condenar a la persona jurídica por los mismos hechos.

Distinto sería, obviamente, de tratarse de alguno de los delitos para los que está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas y en los que el tipo penal resulta coincidente con alguna de las sanciones administrativas previstas en la LISOS, como, por ejemplo, lo que así sucede en los delitos contra la Seguridad Social conforme a lo dispuesto en el art. 310 bis CP. (EDL 1995/16398)

En estos casos cabe la posibilidad de que la condena penal se extienda a la persona jurídica, que de producirse, impediría la imposición a la empresa de una sanción administrativa por los mismos hechos y fundamentos.

QUINTO. -

1.- Una vez expuestos los parámetros legales a los que debemos sujetarnos en la aplicación del principio "non bis in idem", estamos en condiciones de abordar el específico precepto legal que regula esta materia en la rama social del derecho en lo que atañe a las sanciones administrativas.

Nos referimos al art. 3 LISOS, que bajo el título "Concurrencia con el orden jurisdiccional penal" aborda la situación jurídica que se presenta cuando se activa de forma simultánea el régimen administrativo sancionatorio con la actuación del orden jurisdiccional penal.

Establece lo siguiente:

"1. No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento".

2. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones.

3. De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados.

4. La comunicación del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal o el inicio de actuaciones por parte de éstos, no afectará al inmediato cumplimiento de las medidas de paralización de trabajos adoptadas en los casos de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud del trabajador, a la efectividad de los requerimientos de subsanación formulados, ni a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal".

2. - Con estas previsiones regula y confirma la específica plasmación en este ámbito sancionatorio del principio non bis in ídem.

La redacción de la norma ya anticipa las enormes dificultades aplicativas que pueden resultar de la misma.

De una parte, porque ni tan siquiera distingue entre las diferentes situaciones que pueden presentarse si el empresario es persona física o jurídica, pese a la relevancia que este elemento despliega cuando lo más frecuente en el ámbito penal es la condena de las personas físicas responsables del delito, mientras que lo habitual es que las empresas se configuren bajo la forma de personas jurídicas en cuyo ámbito de actuación se ha desarrollado la actuación de aquellas personas físicas.

Tampoco contiene ninguna distinción a tales efectos si se trata de una pequeña, mediana o gran empresa, con la muy diferente intensidad que para cada una de estas clases de empresa presentan los vínculos directos entre la persona física responsable del delito y la propia persona jurídica o su dirección ejecutiva, como así pone de manifiesto el art. 31 bis. 3 CP (EDL 1995/16398) al acuñar el concepto de "personas jurídicas de pequeñas dimensiones".

Y lo que es más relevante, no contiene mayores precisiones en razón de la clase de delito que es objeto de la respuesta penal, teniendo en cuenta que entre los muchos y variados tipos delictuales con los que pueden presentarse conflictos por la concurrencia aplicativa del derecho penal y las previsiones de la LISOS, hay algunos en los que es posible la condena de la persona jurídica - por ejemplo, los delitos contra la seguridad social ex art. 310 bis CP (EDL 1995/16398) - , que está sin embargo vedada para otros -, esencialmente, los delitos contra los derechos de los trabajadores ex art. 318 CP (EDL 1995/16398)-, con las extrañas consecuencias a las que puede dar lugar este dispar tratamiento jurídico.

3.- Sea como fuere, y pese a las evidentes dificultades que entraña su interpretación, es claro que ese precepto legal está regulando dos aspectos distintos de una misma cuestión.

En su apartado primero enuncia la norma esencial en esta materia, con la que imposibilita que puedan sancionarse doblemente los mismos hechos en vía penal y administrativa en "los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento".

La finalidad de esta norma es diáfana y cristalina. No es otra que la de impedir que pueda darse una doble sanción, penal y administrativa, cuando hay identidad de sujeto, de hechos y de fundamentos.

Se trata por lo tanto de la plasmación en estado puro del principio non bis in idem.

De su redacción se desprende que la aplicación de esa regla que proscribe la doble incriminación exige, necesariamente, que concurra la triple identidad subjetiva, objetiva (hechos) y de fundamento, entre las actuaciones penales y administrativas, en los mismos términos que se deducen de la doctrina constitucional que anteriormente hemos analizado.

Además de exigir la perfecta coincidencia del requisito de la triple identidad, es evidente que parte del presupuesto de que ya hubiere culminado definitivamente el procedimiento penal o administrativo**,** y de que haya alcanzado firmeza la resolución que impone una u otra sanción, puesto que eso es lo que determina que no pueda entonces aplicarse una segunda.

Lo que a su vez despliega por sí solo un efecto jurídico especialmente relevante, cual es el de que permite la perfecta identificación de la persona física o jurídica a la que le ha sido impuesta la sanción, así como de los hechos y fundamentos en los que se sustenta, despejando de esta forma cualquier duda sobre la

concurrencia de todos los elementos que conforman esa necesaria e imprescindible triple identidad.

4.- Lo que persigue posteriormente el precepto en sus demás apartados, segundo, tercero y cuarto, es ordenar la situación jurídica que se presenta en el caso de que se produzca la simultanea tramitación del procedimiento penal y el administrativo, para imponer la paralización o suspensión de este último cuando proceda y las consecuencias jurídicas derivadas de los hechos que se hayan declarado probados en el orden penal.

La detenida lectura de cada uno de tales apartados permite identificar perfectamente su finalidad, a saber: a) Que la Administración pase el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal, en aquellos supuestos en los que las posibles infracciones que tipifica la LISOS pudieren ser constitutivas de ilícito penal; b) Que se suspenda el procedimiento administrativo sancionador a la espera de la oportuna resolución judicial o del Ministerio Fiscal; c) La reanudación del procedimiento administrativo suspendido con base a los hechos que los órganos judiciales hayan considerado probados, una vez que se estime la inexistencia de ilícito penal o se ponga fin a ese procedimiento penal por cualquier otra causa; d) Garantizar, pese a la suspensión del procedimiento administrativo, el mantenimiento de las medidas de paralización de los trabajos que pudiere haber adoptado la autoridad laboral; y finalmente: e) Que pese a todo ello, no deben suspenderse los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones penales, permitiendo de esta forma que pueda continuar su ordinaria tramitación porque no han de verse afectados por la decisión que finalmente recaiga en el ámbito penal.

Y aquí, en aplicación de tales previsiones, es donde se diluye de alguna forma esa exigencia absoluta de la triple identidad subjetiva, de hechos y fundamentos, que tan claramente aparece en el primer apartado del precepto.

Eso es debido a que en la fase de instrucción del procedimiento penal no se fijan definitivamente los hechos, ni los fundamentos que pudieren determinar la posterior y eventual condena, ni mucho menos se ha identificado de manera indubitada e inamovible a la persona física o jurídica que resulte condenada, lo que no tendrá lugar hasta que se haya dictado la oportuna resolución judicial firme que ponga fin al proceso penal.

La instrucción de la causa penal puede acabar en el enjuiciamiento o el sobreseimiento de las actuaciones; podría eventualmente dirigirse contra distintas personas físicas o jurídicas que no sean finalmente acusadas o que resulten absueltas en la sentencia que ponga fin al procedimiento; es posible que incluya determinados hechos e imputaciones que resulten luego descartadas; e incluso calificaciones jurídicas de la clase de delito que no resulten acogidas en la sentencia.

Como ya hemos destacado que pone de relieve la precitada STC 70/2012, de 16 de mayo, durante la fase de instrucción de las actuaciones penales no ha recaído

todavía ninguna resolución judicial que establezca de manera definitiva los hechos y su calificación penal, ni mucho menos la identidad de los sujetos condenados.

Por este motivo, a diferencia de lo que ocurre con lo dispuesto en el apartado primero del precepto, durante la tramitación del proceso penal no están definitivamente identificados todos los elementos que configuran aquella triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos.

5.- En definitiva, mientras que el art. 3.1 LISOS (EDL 2000/84647) contempla una situación jurídica en la que ya están totalmente definidos los elementos que configuran esa triple identidad que impide la doble incriminación, lo dispuesto en el art. 3. 2, 3 y 4 LISOS está referido a una fase previa en la que muchos de tales elementos son inciertos y no se encuentran definitivamente identificados.

Justamente por ello el art. 3.4 impone una norma de cierre que deja al margen de toda esta regulación "los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal".

Esta es la razón por la que en las SSTS 15/12/2015, Rec. 34/2015 (EDJ 2015/267300); 6/3/2019, rcud. 3648/2019, y 8/10/2019, procedimiento 2/2017 (EDJ 2019/719999), hemos señalado que la dicción literal de estos últimos tres apartados del precepto "no contempla la exigencia de triple identidad (hechos, sujetos, fundamento) para que opere la paralización del procedimiento administrativo sancionador".

Tras lo que seguidamente señalamos que la inexigibilidad de esa triple identidad es únicamente aplicable a efectos de la paralización del expediente administrativo sancionador, mientras se encuentre en curso la tramitación de diligencias penales por los mismos hechos.

El detenido análisis de los precedentes jurisprudenciales que acabamos de mencionar permite constatar que la cuestión controvertida en cada uno de ellos estaba, directa o indirectamente, vinculada con las diferentes consecuencias jurídicas que debieran desprenderse de la simultanea tramitación del procedimiento penal y administrativo, en orden a la paralización de este último en función de la mayor o menor coincidencia que en ese momento pudiere apreciarse sobre la identidad de sujetos, hechos y fundamentos de uno y otro.

Es decir, se trataba de discernir si en esa fase de tramitación concurrían con la suficiente intensidad los requisitos que configuran la triple identidad sobre la que finalmente haya de operar el principio non bis in idem, que a su vez condicionan la suspensión del procedimiento administrativo, o permite, por el contrario, que prosiga su tramitación.

6. - Desde esa perspectiva jurídica, en ese contexto, y a los únicos efectos de si debe o no paralizarse el expediente administrativo, es por lo que hemos afirmado en las precitadas sentencias que el elemento más relevante para que opere la regla del art. 3.2 LISOS (EDL 2000/84647), no es tanto y necesariamente la

identidad entre los sujetos contra los que se dirigen tales procedimientos, sino la conexión directa entre los hechos y las conductas examinadas en cada uno de ellos.

Como en la STS 15/12/2015, Rec. 34/2015 (EDJ 2015/267300), concluimos: "Así lo indica el artículo 3.4 LISOS (EDL 2000/84647). Conforme al mismo la comunicación del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal o el inicio de actuaciones por parte de éstos, no afectará a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal.

Esta previsión es la que permite examinar cada caso a fin de determinar si la indagación penal posee "conexión directa" con las conductas examinadas en el ámbito administrativo. Respecto de algunos supuestos será imprescindible la identidad subjetiva, pero no así en otros".

El buen entendimiento de la doctrina que reflejan esas sentencias limita su ámbito de aplicación a las situaciones jurídicas en las que se discute sobre la necesidad de paralizar o no el procedimiento sancionador administrativo a la espera de que lo que definitivamente se resuelva en el proceso penal, y los consiguientes efectos jurídicos que en todos los sentidos puedan derivarse de su eventual suspensión, destacadamente, la posible prescripción de las infracciones a las que luego se refiere el art. 4 LISOS (EDL 2000/84647) o bien, el carácter vinculante de los hechos que los órganos judiciales penales hayan declarado probados.

Lo que resolvemos con la aplicación de ese criterio que obliga a estar, en cada caso concreto, a la constatación de esa directa conexión entre ambos procedimientos.

SEXTO. -

.1.- La aplicación de estos mismos criterios al caso enjuiciado no admite otra conclusión que la de considerar que es la sentencia recurrida la que contiene la doctrina más conforme a derecho, en tanto que en el caso de autos se condena en vía penal a la persona física que desempeñaba las funciones de encargado a pie de la obra en la que tuvo lugar el accidente de trabajo, mientras que la sanción administrativa se ha impuesto a la sociedad mercantil que como persona jurídica ostenta la titularidad de la empresa.

Lo que a su vez determina que la sentencia penal valore únicamente la conducta de ese encargado consistente en ordenar al trabajador accidentado la realización de tareas de limpieza en el entorno de la cinta transportadora, mientras que la sanción administrativa impuesta a la empresa se sustenta en las deficientes condiciones de conservación y mantenimiento de la cinta y su entorno, así como en la inadecuada formación del trabajador y la ausencia de un plan de prevención.

Aplicar en estas condiciones el principio non bis in ídem supondría exonerar injustificadamente a la persona jurídica de toda clase de responsabilidad penal o administrativa, ponerla a salvo de las infracciones en las que había incurrido y resultaron relevantes en la producción del accidente, al margen y con independencia de la actuación punible que le ha sido imputada el encargado.

7.5 Principio de intervención mínima

PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

SAP CUENCA (1ª) N 85/2020, DE 22 DE SEPTIEMBRE. PTE: JAVIER MARTÍN MESONARO

Respecto a la invocación del principio de intervención mínima, debe tenerse en cuenta que, una vez que se produce el hecho típico, el Tribunal sentenciador no le queda más remedio que aplicar la norma penal que lo describe, que no debe ser cuestionada por la invocación de aquel principio.

7.6 Trabajador menor

MENOR ACCIDENTADO EN LABORES AGRICOLAS. VULNERACION DEL ART 27 LEY 31/ 95. FALTA DE FORMACION Y GUANTES APROPIADOS

SAP ZARAGOZA (3) N 278-20 de PTE: MAURICIO MANUEL MURILLO GARCIA-ATANCE

A primeros de diciembre de 2017 se presentó en la oficina de la sociedad ubicada en DIRECCION000 don Javier, menor de edad en ese momento, junto con Rosendo, ofreciéndose ambos a trabajar. El acusado, representante legal de la entidad, sin cerciorarse de la situación legal del menor y sin informar a sus padres, les contrató verbalmente, les pidió que dejasen sus papeles para formalizar los contratos de trabajo y el alta en la Seguridad Social y les indicó que el día 5 de diciembre de 2017 acudieran a la parcela de DIRECCION002 donde desarrollarían labores de poda de almendros. Los jóvenes efectivamente acudieron y empezaron a trabajar dicho día, pero, así como el Sr. Rosendo pudo ser dado de alta, no ocurrió lo mismo con el menor Sr. Gabino, cuyos papeles no eran adecuados y además no tenía número propio de Seguridad Social, pese a lo cual el encausado permitió que siguiera trabajando en los días siguientes.

La tarea que concretamente desarrollaba el menor consistía en portar con una mano una tijera eléctrica con la cual tenía que cortar por su nacimiento las ramas de los almendros, apretando para ello el gatillo de la misma con lo cual la máquina cortaba en un movimiento automático repetido. Para la realización de dicha labor el acusado no impartió, ni por sí, ni por medio de otras personas que se hallaban en la fina (un familiar, un encargado y otros trabajadores), un previo curso de formación sobre el manejo del aparato y los riesgos de una inadecuada

utilización teniendo en cuenta que se trataba de un menor sin ninguna experiencia, y ello pese a que la empresa con la que tenía concertada la prevención de riesgos laborales sí había identificado el riesgo de cortes con tijeras de podar (aunque sin prever que esa labor fuese desarrollada por menores) y recomendaba un adecuado adiestramiento de los trabajadores, así como el establecimiento de procedimientos de trabajo seguros para evitar la presencia de la mano u otras partes del cuerpo en la zona de corte. En lugar de eso, alguna de aquellas personas se limitó a dar al menor unas someras instrucciones verbales de cómo manejar la herramienta, ordenándole acto seguido empezar, sin proporcionarle guantes, ni ningún otro equipo de protección individual, ni una ficha escrita donde vinieran las instrucciones del aparato, el procedimiento seguro para trabajar con él y los riesgos de su uso, y sin que hubiera tampoco un recurso preventivo designado por el acusado para verificar cómo trabajaba el joven, omitiendo así el acusado las más elementales normas de precaución.

En tales condiciones de inseguridad, a primera hora de la tarde del 8 de diciembre de 2017 el Sr. Gabino se cortó el segundo dedo de la mano izquierda mientras podaba con la tijera eléctrica uno de los almendros, sufriendo lesiones.

…El entregar a un menor de edad una herramienta potencialmente peligrosa como es una máquina eléctrica de podar, cuando el mismo no está debidamente contratado, y se mantiene en su uso desde que comienza a trabajar hasta que se produce el accidente, cuatro días después, es de por sí un acto que debe de considerarse imprudente cuanto menos, a lo que deberá añadirse que no consta fehacientemente que el trabajador recibiera una adecuada formación en cuanto al uso de la máquina podadora.

En este sentido la sentencia desarrolla un argumento sólido y válido en cuanto a la causación del tipo delictivo aplicado del *artículo 316 del Código Penal* , que nos conduce a la consideración de lo dispuesto en el *artículo 27.1 de la Ley 31/1995* , en cuanto a la contratación de un menor de dieciocho años que podía y debía haber sido destinado a un puesto de trabajo que no implicara el uso de un instrumento potencialmente peligroso, y ello no se produce, máxime cuando al cuarto día se produce el accidente, y aunque el mismo se debiera a un despiste del trabajador lo cierto es que el mismo no debería haber manejado tal útil de trabajo atendida su minoría de edad y haber otros trabajadores más cualificados por ello para su uso..

La sentencia debatida desarrolla un correcto argumento que es asumido por la Sala y que conllevan a la desestimación del recurso interpuesto.

7.7 Valoración jurídico penal de las condiciones laborales

ESPECIFICIDAD DE LA VALORACIÓN JURÍDICO-PENAL EN EL CONTEXTO DE UNA RELACIÓN LABORAL

SAP TARRAGONA (2ª) Nº 115/2020, DE 24 DE MARZO. REC: 157/2019. PTE: IGNACIO ECHEVARRÍA ALBACAR

Al supuesto de autos conviene precisar, con carácter previo que, en efecto, los hechos probados identifican, presuntamente, una disfunción en las medidas de seguridad aplicables al proceso fabril que puede adquirir relevancia como factor de imputación objetiva de los resultados de lesiones producidas. Pero los criterios de imputación penal deben enriquecerse con elementos normativos que van más allá de la mera causalidad material. En un contexto de relación laboral es indispensable identificar, aun de forma provisional: sí existían, o no, mecanismos de seguridad a disposición del trabajador; sí se cumplían, o no, con carácter general las normas de seguridad; sí se dispensaron cursos de formación y de prevención de riesgos laborales y de utilización de los medios físicos de evitación; así como las personas que situacionalmente eran las responsables de que dichas normas se cumplieran; la propia conducta de los trabajadores lesionados; y el grado previsiblidad de los resultados; y, en lógica consecuencia, de evitabilidad de los mismos, si se hubieran adoptado todas las normas de cuidado y de prevención que eran exigibles.

En la valoración jurídico-penal de las conductas en el ámbito laboral donde se produce un resultado lesivo se exige, por un lado, identificar los deberes objetivos de cuidado que resultaban exigibles y, por otro, si en su caso, la acción u omisión se constituye en fuente de peligro específico, de tal manera que el agente adquiera una posición de garantía respecto a la evitación del posible resultado.

En relación a la primera de las cuestiones, el ordenamiento jurídico permite individualizar como deberes de cuidado externo o de previsibilidad en la actividad laboral, los de suministrar y observar las medidas de seguridad e higiene que reglamentariamente se establezcan, así como el mantenimiento de las ya existentes. Por su parte, y como deberes de cuidado interno o de previsibilidad aparece, con especial intensidad, el de advertir la presencia del riesgo propio de la acción concreta, mediante la exigencia de adecuación de la actividad desarrollada por los trabajadores a las condiciones de seguridad obligatorias.

Identificados los deberes de cuidado que constituyen, a su vez, la fuente normativa de la posición de garantía, se hace necesario prospectar si se aprecia algún incumplimiento penalmente relevante y, de forma también esencial, a quién de los que asumían la posición de garantes pueden serles imputados objetivamente los graves resultados producidos.

De este modo, a pesar de que podemos convenir con la parte que la motivación sobre alguno de los elementos probatorios es escueta, entendemos que al caso de autos cumple con las exigencias constitucionales mínimas como para enervar la presunción de inocencia de los acusados. La Sala, revisada la Sentencia y el acto del juicio oral, otorgando trascendencia al valor probatorio de la documental interesada por las partes alcanza la misma conclusión que el Juez de instancia

entendiendo que lo que la parte pretende es sustituir la valoración probatoria efectuada en la instancia por otra más acorde a sus intereses.

8. INFRACCIONES DE RESULTADO. LA GRAVEDAD DE LA IMPRUDENCIA

IMPRUDENCIA GRAVEDAD

DIVERSOS GRADOS DE IMPRUDENCIA. GRAVEDAD

AAP VALENCIA 82ª) Nº 1233/2020, DE 28 DE DICIEMBRE. PTE: SALVADOR CAMARENA GRAU

Respecto de lo señalado anteriormente (razonamiento segundo) referido al homicidio imprudente hemos señalado (si bien en el ámbito de los vehículos a motor) en, por ejemplo, Auto 117/2020 ARI 1349/2020 de 5.11.2020 (Sr Jesus Miguel):

"Los criterios para la distinción entre imprudencias graves, menos graves y leves, en el ámbito penal, responden, sin embargo, no a clasificaciones legales sino a la entidad objetiva de la imprudencia, Así, cabe distinguir el grado de imprudencia conforme a los siguientes parámetros:

a) la mayor o menor falta de diligencia mostrada por el agente en la acción u omisión desencadenante del riesgo, atendidas las circunstancias concurrentes en cada caso;

b) la mayor o menor previsibilidad del evento que constituye el resultado y

c) el mayor o menor grado de infracción por el agente del deber de cuidado según las normas socio culturales vigentes (véanse SS.TS. de 18 de marzo de 1.999 y 1 de diciembre de 2.000, entre otras),

Las infracciones más groseras -de normas que son mayoritariamente respetadas- serían graves y las que son infringidas de manera más habitual, salvo por el "ciudadano cuidadoso", serían leves. Las menos graves conforman una categoría intermedia pendiente de identificación jurisprudencial, al haber sido creada por el legislador de 2015, sin contar con precedentes que permitan identificar claramente su espacio de aplicación. Es tesis sostenible considerar que las imprudencias menos graves serán las más graves de las antiguas imprudencias leves, quedando excluidas las levísimas.

Podríamos así identificar como prescripciones identificativas de los distintos tipos de imprudencia, las siguientes:

-imprudencia grave: ausencia u omisión de las más elementales medidas de cuidado o atención. Es la que comete quien desatiende las cautelas o precauciones que observaría incluso el menos diligente o cuidadoso.

-imprudencia menos grave: ausencia u omisión de medidas de cuidado que adoptaría una persona medianamente diligente.

-imprudencia leve: ausencia u omisión de medidas de cuidado que adoptaría una persona extremadamente cuidadosa.

Congruente con esta ordenación es la reciente y relevante STS 421/2020 de 22 de julio, que efectúa un profundo estudio de los requisitos exigibles para identificar y discriminar los distintos grados de imprudencia recogidos en el Código Penal tras la reforma de 2015 y detalla, también, qué contenido cabe darle a la reforma de la imprudencia menos grave operada con la reforma del Código Penal introducida por la LO 2/2019.

Afirma dicha sentencia " a) Es claro que la referencia a una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial remite al RDL 6/2015 y su listado de infracciones graves.

b) Una segunda observación: no tiene la norma afán de proporcionar con esa remisión una definición única y excluyente de la imprudencia menos grave. Es solo una indicación orientadora. Presenta alguna singular diferencia (en cuanto no se ofrece como definitiva) a la introducida en el campo de las imprudencias graves. En este ámbito el Código reformado establece que se reputa en todo caso grave la imprudencia en la que el resultado traiga causa de algunas de las circunstancias previstas en el art. 379 (exceso de velocidad relevante en los términos allí previstos, o conducción bajo los efectos del alcohol u otras sustancias tóxicas). Al igual que ha establecido la jurisprudencia en relación al art. 380.2 (STS 744/2018, de 7 de febrero de 2019) estamos ante una presunción legal de imprudencia grave; no ante una definición excluyente o totalizadora. Es taxativa en el sentido de que no es conciliable con la ley, producido un resultado como consecuencia de esos delitos de riesgo, degradar la imprudencia de su máximo rango legal (salvo que podamos negar la imputación objetiva: determinara la producción del hecho). Pero al margen de esos, caben otros supuestos de imprudencia grave. En el marco de la imprudencia menos grave el inciso "en todo caso" que aparecía en el texto que inspiró la enmienda desapareció.

c) La nueva caracterización de la imprudencia menos grave, presenta un relevante matiz frente a la especificación de la imprudencia grave. La presencia de una infracción grave de tráfico, según la catalogación administrativa, empuja en principio al marco de la imprudencia menos grave y aleja de la imprudencia leve no punible. Ahora bien, eso no significa ni que no puedan existir otros casos de imprudencia menos grave; ni que siempre que se dé una infracción grave de tráfico la imprudencia haya de ser calificada de menos grave.

Desarrollemos esta idea:

a) Pueden aparecer supuestos en que sin identificarse una infracción administrativa grave estemos ante una imprudencia menos grave (aunque si observamos el listado extensísimo, y con algún supuesto extremadamente abierto, de las infracciones viarias graves - art. 76 de la Ley de Seguridad Vial -, eso será muy difícil: basta fijarse en la amplísima fórmula de la letra m): es infracción grave la conducción negligente). También -es lógico- existirán casos en que la infracción de tráfico administrativa adquiera la consideración de muy grave, y, sin embargo, no alcance el nivel de la gravedad a efectos penales exigido por los arts. 142 y 152. Deberemos acudir entonces a la imprudencia menos grave para ofrecer la respuesta penal adecuada.

b) Pero, igualmente, son concebibles supuestos en que se constate la presencia

de una infracción grave y no estemos ante una imprudencia menos grave:

1. Bien porque el Juez o Tribunal considere que la imprudencia alcanza magnitud suficiente para colmar el concepto penal de imprudencia grave. Éste sería el presente supuesto según el entendimiento del recurrente que comparte el Ministerio Fiscal.

2. O bien, en el otro extremo, por entenderse que, aunque concurra una infracción grave viaria, la imprudencia no desborda los linderos de la imprudencia leve en sentido jurídico penal. El juez o tribunal no queda convertido en esclavo de la catalogación administrativa. No estamos ante la resurrección de la imprudencia simple con infracción de reglamentos. A eso responde -y el seguimiento de la tramitación parlamentaria lo confirma- el inciso que alude a la necesidad de que el juez aprecie la entidad de la imprudencia. La presencia de una infracción grave supone una presunción de imprudencia menos grave. Emplaza, en principio, a incoar diligencias para esclarecer los hechos y delimitar la magnitud de la negligencia. Pero el Juez podría llegar a excluirla por facto-res varios no susceptibles de ser reducidos a un listado: Solo caben orientaciones o criterios que habrán de ir pensándose casuísticamente (v.gr., si la infracción administrativa grave es intencional o fruto de una negligencia). No es admisible otra interpretación que la de dejar esa escapatoria al arbitrio judicial descartando una dependencia absoluta de la calificación penal de la imprudencia res-pecto de la catalogación administrativa, menos precisa y más de brocha gorda. Un absoluto automatismo es rechazable. Así se deriva inequívocamente de ese inciso final; y, así, por otra parte, se constata si examinamos el listado de infracciones graves de la legislación viaria." (...)

Y aplicando ese planteamiento al caso concreto señalamos que:

"Conforme a las normas socio-culturales vigentes, conforme al conocimiento que de las actividades de riesgo cotidianas se tiene, la conducción de vehículos a motor por espacios interurbanos genera riesgos continuos -de daños materiales, de lesiones en las personas, incluso riesgos para la vida-. El conductor viene obligado a observar las reglas de cuidado impuestas legalmente y ejecutadas a través del complejo de normas de aplicación permanente y que se concretan en prohibiciones o indicaciones concretas para cada espacio de circulación a través de la señalización horizontal y vertical, de -en su caso- las instrucciones concretas que puedan dar los agentes de policía y, en todo caso, de lo recogido en las normas aplicables.

La valoración de la entidad o gravedad de la imprudencia cometida por el conductor que desatiende las normas de circulación viene vinculada a la entidad del riesgo derivable del incumplimiento de la norma, a la previsibilidad del riesgo y a la entidad de la infracción.

En el presente caso, lo denunciado es que la conductora del vehículo contrario circulaba en sentido contrario al vehículo conducido por el recurrente y, al llegar a un cruce, efectuó un cambio de dirección a su izquierda, interponiéndose en la trayectoria del vehículo contrario -el del recurrente-. El denunciante, para evitar colisionar con el turismo de la denunciante, efectuó una maniobra elusoria hacia su derecha y colisionó contra la valla de un colegio público.

No consta que el turismo conducido por la denunciada circulara a una velocidad alta, ni que lo hiciera por un lugar o vía donde fuera previsible una situación de grave riesgo para la circulación, para terceros, de no observarse un extremado cuidado en el cumplimiento de las normas de circulación. Es sabido que, en la ejecución de maniobras habituales en la conducción por vías interurbanas, se producen despistes, descuidos, faltas de atención. Y ello no permite atribuir a quien las comete -a salvo supuestos en los que no evitar dichos despistes sea expresivo de una grave imprudencia por lo manifiesto del riesgo y la entidad de la lesión producible si el riesgo se concreta- la comisión de una grave imprudencia.

Cierto es que en el presente caso la entidad administrativa de la infracción que pudiera haber cometido la denunciada podría ser grave. Conforme al art. 76 c) de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, incumplir las disposiciones de dicha ley en materia de preferencia de paso, adelantamientos, cambios de dirección o sentido y marcha atrás, sentido de la circulación, utilización de carriles y arcenes y, en general, toda vulneración de las ordenaciones especiales de tráfico por razones de seguridad o fluidez de la circulación, es constitutiva de una infracción grave.

Efectuar de manera sorpresiva una maniobra de cambio de dirección con ocupación del carril de sentido contrario, exige, en todo caso, asegurarse de que no se obstaculiza o interfiere en la circulación del vehículo que circula en sentido contrario. Y si la maniobra se ejecuta sin dicha medida de cautela, se desatiende la obligación de cuidado impuesta y la preferencia de paso del vehículo que circula por el carril de sentido contrario -art. 30.1 de la Ley obre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial-.

La previsibilidad del riesgo de impacto existe, por tanto, si se incumple la previsión de cuidado recogida normativamente, si bien, obviamente, las circunstancias concretas van a tener que ser evaluadas para identificar la entidad del riesgo que la norma pretende evitar y la previsibilidad de que el mismo se concrete.

Con los datos conocidos y atendiendo a los parámetros aplicativos del art. 152.2 en la nueva redacción del mismo -vigente tras la entrada en vigor de la LO 2/2019 -, no puede, sin embargo, identificarse en la conducta denunciada infracción de normas de cuidado que puedan caracterizarse, penalmente, como imprudencia grave o menos grave. No consta que el lugar del accidente reuniera características objetivas que permitieran prever un riesgo de consecuencias dañosas o lesivas de especial entidad por la falta de cuidado o atención en el respeto del ceda el paso. Tampoco se objetivan con la denuncia y la documentación acompañada que las consecuencias del impacto revelen que la conductora denunciado, aparte de la omisión de cuidado consistente en no ceder el paso o no hacerlo debidamente, agravara con otras omisiones de cuidado la entidad del riesgo -exceso de velocidad-. De hecho, la entidad conocida de las lesiones sufridas por el denunciante -v. informe médico forense de 5 de febrero de 2020- son congruentes con un impacto de no mucha violencia y, por tanto, sin que los vehículos implicados circularan a gran velocidad. Tampoco debe obviarse que no hubo contacto entre los dos vehículos involucrados, siendo causa directa de daños y lesiones el impacto del turismo conducido por el denunciante contra una valla, al efectuar una maniobra evasiva.

Así, lo denunciado no entra dentro de lo que cabría identificar como omisión de cuidado en un supuesto de riesgo manifiesto -en caso de omisión- de colisión con resultados lesivos y dañosos de entidad; tampoco se aprecia que a la omisión de respetar debidamente la obligación de ceder el paso pudiera añadirse -dada la información que ofrece al respecto las resultas conocidas del accidente- algún tipo de infracción de cuidado adicional que incrementara el riesgo de lesión para los bienes jurídicos protegidos por la norma. Nos encontramos, por tanto, con un accidente cuya descripción es compatible con un descuido que no puede considerarse extraño a los que son propios, incluso, de conductores medianamente diligentes o, al menos, no extremadamente descuidados -un despiste, una falta de diligencia mínima en la percepción del estado de la vía...-.

Por lo expuesto, la decisión judicial recurrida se revela correcta, por no apreciarse en los hechos denunciados los elementos mínimos imprescindibles para poder sostener como no descartable la concurrencia de una conducta imprudente penalmente típica."

IMPRUDENCIA GRAVE

SAP BURGOS (1ª) Nº 137/2020, DE 14 DE MAYO. PTE: ROGER REDONDO ARGÜELLES.

Por el apelante se invoca la aplicación indebida del artículo 142.1 del Código Penal, al entender que de existir imprudencia esta no puede ser calificada de grave.

Esta última implica la infracción del deber objetivo de cuidado, que comporta la vulneración de las **más elementales reglas de cautela o diligencia exigible en una determinada actividad.** Se habla así, de “falta de adopción de las precauciones más elementales y rudimentarias”, o de “ausencia absoluta de cautela”. La valoración de la gravedad legal de la imprudencia no puede quedar vinculada a criterios reglamentarios ni a exigencias más o menos formales.

La imprudencia grave equivale a la anterior imprudencia temeraria, es decir que requiere para su existencia una conducta en que se omita la adopción de las cautelas más elementales.

Ello traslada el problema al de evaluar el grado de omisión de deberes objetivos de cuidado, exigible por normas sociales establecidas para la protección de bienes, generalmente estimados como valiosos y dignos de protección y a que, además de esa conformidad objetiva, haya de tenerse en cuenta, en cada caso concreto, si la exigencia general es aplicable al individuo que se juzga, atendiendo a sus circunstancias intelectuales y al ámbito de sus conocimientos generales según su grado de información cultural, o de aquellos especiales alcanzados tras una especial preparación y facultación en las reglas de conocimientos especializados (médicos, técnicos, etc.) Se trata de que toda persona acomode su conducta, cuando ésta pueda transcender a terceros, a unos patrones que eviten aumentar las posibilidades o probabilidades de lesionar los bienes jurídicos de tales terceros.

En el presente supuesto entendemos que la aplicación del tipo penal de homicidio por imprudencia grave realizada en la instancia es correcta,

compartiéndose los razonamientos expuestos en la meritada resolución, puesto que por el acusado se incumplieron todas las normas de seguridad en el trabajo, las cuales tenían la condición de esenciales, y que con independencia de la regulación laboral serían exigibles a cualquier persona que fuese a realizar un trabajo semejante y adoptase las mínimas medidas de precaución, como lo constituye la sujeción del trabajador mediante un arnés o la colocación de una red anticaída, máxime cuando el propio acusado se encontraba en el lugar y había observado el estado de la cubierta, el cual evidentemente no era el óptimo para caminar sobre la misma.

REQUISITOS DE LA IMPRUDENCIA GRAVE

SAP GRANADA (1ª) Nº 106/2020, DE TRECE DE MARZO. PTE: MARIO ALONSO ALONSO

La imputación de tales resultados es realizada en la sentencia apelada por imprudencia grave, concepto que, conforme es doctrina jurisprudencial pacífica, precisa los siguientes elementos: a) Una acción u omisión voluntaria, no intencional; b) La realización de un daño; c) Una relación de causalidad entre aquel proceder descuidado o negligente y el mal sobrevenido; d) Una actuación negligente, reprochable por falta de previsión que constituye el factor psicológico subjetivo; y e) Una infracción del deber de cuidado objetivo, que constituye el factor normativo o externo. Además el injusto típico en los delitos de omisión impropia radica en la no evitación del resultado cuando se está obligado a ello y se está obligado a ello cuando existe una obligación jurídica de actuar, bien derivada de la ley o del contrato, bien de ostentar una posición jurídica de garante por mantener una determinada relación con el riesgo, ya por haberlo creado con un comportamiento precedente peligroso, ya por la posibilidad de controlar las fuentes de peligro que operan en el ámbito de su actuación.

NO SE PUEDE ALEGAR CULPA DE TRABAJADOR CUANDO ESTE CARECÍA DE FORMACIÓN

SAP TOLEDO (2) Nº 108/2020, DE 23 DE JUNIO. REC: 17/2020. PTE: JUAN MANUEL DE LA CRUZ MORA

SEGUNDO: Que se alega error en la apreciación de la prueba porque se echa la culpa del accidente al propio trabajador. Se insiste en que, dada la experiencia del operario, prescindió voluntariamente del arnés y del casco (que fue lo que le facilitó la empresa) asumiendo un riesgo que el empresario o contratista no podía prever.

Nada más lejos de la realidad. Aunque los operarios, por comodidad o por simple imprudencia, omitan medidas de seguridad, que en el presente caso se limitarían a casco y arnés, la formación de riesgos laborales en el presente caso, es inexistente por parte de la empresa. Consta una evaluación genérica por parte de FRATERNIDAD-MUPRESPA, PREVENCIÓN, contratada por el acusado recurrente, que evalúa los riesgos más comunes, en este caso, caídas desde alturas superior a 6 m, estableciendo unas medidas es seguridad (redes, puntos fuertes, cable de acero, construcción de andamios, plataformas, etc.), que están

fuera del alcance y dominio del acto de los trabajadores, una cosa es no ponerse un casco y otra muy distinta carecer de conocimiento para la construcción o colocación de andamios seguros y sujeciones vitales, respecto de los cuales nada se prueba en cuanto al curso o clases recibidas por el trabajador en cuestión.

Obviamente que el fallecido sabía ponerse un casco y colocase un arnés, pero estas medidas, como expresan los informes técnicos de la Inspección de Trabajo, por si solas no habrían evitado el resultado de la caída desde más de 6 metros. Lo que el trabajador accidentado no podía, era asegurar su persona con unas medidas de las que no disponía (redes perimetrales, andamios con la seguridad suficiente, líneas de vida con cable de acero, etc.).

IMPRUDENCIA MENOS GRAVE

SAP ZAMORA (1ª) Nº 52/2020, DE 26 DE NOVIEMBRE. PTE: JESÚS PÉREZ SERNA

Cabe señalar, a propósito del planteamiento del recurso antedicho, que el legislador, en el preámbulo de la LO 1/15 estima oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil, de modo que sólo serán constitutivos de delito de homicidio y lesiones graves por imprudencia grave (apartado primero del artículo 142 y apartado primero del artículo 152), así como el delito de homicidio y lesiones graves por imprudencia menos grave, que entrarían a formar parte del catálogo de delitos leves (apartado dos del artículo 142 y apartado dos del artículo 152 del Código Penal). Se recoge así una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que debe quedar fuera del código penal. No toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente en los supuestos grave de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquilina de los artículos 1902 y siguientes del código civil, a la que habrá que acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad.

De esta manera, la nueva graduación de la imprudencia comprende la imprudencia grave, la imprudencia menos grave y la imprudencia leve, quedando esta última extramuros del derecho penal.

La Circular 10/2011 de la FGE establece que precisamente en orden a la distinción entre imprudencia grave y leve, hay que manejar los conceptos básicos delimitadores, como la intensidad de la falta de diligencia del autor atendidas las circunstancias concurrentes, la mayor o menor previsibilidad del resultado y el mayor o menor grado de infracción del deber de cuidado según las normas socioculturales vigentes ya reconocidas en la instrucción 3/2006.

La línea diferencial entre las clases de imprudencia señaladas, según la jurisprudencia y la doctrina se obtiene no desde el ángulo cualitativo, ya que

desde este punto de vista son idénticas, sino desde un criterio cuantitativo (STS de 25 de febrero y 7 de junio 1983), es decir, en la intensidad de la culpa o en la mayor o menor gravedad del descuido. Se caracteriza la culpa grave, por la inobservancia de la más elemental prudencia (STS del 4 marzo 1963); de las más elementales normas de precaución o cuidado (STS del 17 abril 1963); el total desprecio de los más elementales deberes de cautela, fácilmente previsibles para la persona mínimamente prudente (STS de 8 marzo 1966); por el olvido absoluto de los más elementales deberes de prudencia exigibles en los comportamientos humanos a la persona menos cuidadosa)STS de 27 noviembre 1982); por la existencia de una desatención grosera elemental o vulgar (STS de 21 junio 1983), o como señala la STS de 3 febrero 1984, incide en imprudencia grave quien omite la diligencia más elemental o la mínima exigible. Por otra parte, la imprudencia leve o simple se integra por una conducta descuidada, liviana o de imprevisión no profunda, de condición no primaria o indispensable, pero suficiente para infringir un deber de cuidado exigible a las personas diligentes en su actuar (STS de 25 noviembre 1968), la omisión espiritual de la diligencia media acostumbrada en una determinada esfera de actividad, (STS de 16 noviembre 1972), el olvido de las precauciones en que no hubiera incurrido el hombre medianamente precavido, cauto y previsor, o la omisión de aquella diligencia ordinaria que suelen observar los hombres prudentes (STS de 13 febrero 1984).

Asimismo, conviene recordar los requisitos que deben acompañar a la figura jurídica de la imprudencia en cualquiera de sus facetas, grave o leve: Primero. Una acción u omisión voluntaria no maliciosa. Segundo. Infracción del deber de cuidado. Tercero. Creación de un riesgo previsible y evitable. Cuarto. Causación de un resultado que constituya infracción legal. Quinto. Adecuada correlación entre la conducta descuidada y el resultado dañoso. Y aun cuando todos ellos resulten ser imprescindibles, lo cierto es que el arranque de la infracción imprudente se residencia en el deber de cuidado que ha de darse en toda actividad humana, y que equivale en derecho “a la cautela o precaución requerida para la protección o salvaguarda de bienes jurídicos”; cautela que, como elemento subjetivo de ese “deber de cuidado”, debe tener base inicial en el dato objetivo de la mayor o menor peligrosidad de la acción que se emprende o realiza, de tal manera que el binomio cuidado-peligro, constituye una relación directamente proporcional: a mayor peligro potencial, mayor exigencia de precaución, y en definitiva, mayor prudencia. Conforme se expone en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 octubre 1993, el núcleo del injusto del delito imprudente lo constituye la divergencia entre relación realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que objetivamente era necesario observar; lo que presupone, desde la perspectiva del elemento psicológico, la posibilidad de conocer y evitar el evento dañoso.

QUINTO. – Por último, en lo que a la calificación de dicha conducta como de imprudencia menos grave, tampoco cabe modificar la sentencia recurrida. El denunciante, subordinado o no de la denunciante, era operario, según él mismo reconoce, de la máquina embotelladora, con lo que ello significa de su conocimiento de la misma en todos los sentidos. Su conducta es, pues, susceptible de calificarse como de imprudencia menos grave, en tanto que excede de lo que antes hemos señalado para la imprudencia leve como integrada por una conducta descuidada, liviana o de imprevisión no profunda, de

condición no primaria o indispensable, pero suficiente para infringir un deber de cuidado exigible a las personas diligentes en su actuar (STS de 25 noviembre 1968), la omisión espiritual de la diligencia media acostumbrada en una determinada esfera de actividad (STS de 16 noviembre 1972), el olvido de las precauciones en que no hubiera incurrido el hombre medianamente precavido, cauto y previsor, o la omisión de aquella diligencia ordinaria que suelen observar los hombres prudentes (STS de 13 febrero 1984). Es claro que el denunciado sabía del estado de la máquina por ser operario de la misma y que fue él con su maniobra de coger la mano de la lesionada y situarla en un lugar inapropiado el que de forma directa dio lugar a la causación del siniestro, siendo injustificada su actuación.

DISTINCION ENTRE IMPRUDENCIA GRAVE Y MENOS GRAVE

SAP MURCIA (3) N 127/2018 DE VEINTIUNO DE OCTUBRE. PTE: JOSE LUIS GARCIA FERNANDEZ

Para diferenciar la imprudencia grave de la menos grave hay que acudir a la jurisprudencia del *Tribunal Supremo, que distingue entre imprudencia temeraria o grave, y la que no es temeraria y por lo tanto menos grave (Sentencias 28-9-1981* y 26-12.1981), para lo cual tiene en cuenta dos elementos: 1) La mayor o menor previsibilidad del resultado dañoso, valorando las conductas de todas las personas que hubieran podido coadyuvar a su resultado, y 2) El mayor o menor grado de infracción del deber de cautela exigido, teniendo en cuenta las circunstancias de lugar y tiempo.

IMPRUDENCIA GRAVE Y MENOS GRAVE

SAP MURCIA (3) N 292/2020 DE VEINTIUNO DE OCTUBRE. PTE: JOSE LUIS GARCIA FERNANDEZ

Para diferenciar la imprudencia grave de la menos grave hay que acudir a la jurisprudencia del *Tribunal Supremo, que distingue entre imprudencia temeraria o grave, y la que no es temeraria y por lo tanto menos grave (Sentencias 28-9-1981* y 26-12.1981), para lo cual tiene en cuenta dos elementos: 1) La mayor o menor previsibilidad del resultado dañoso, valorando las conductas de todas las personas que hubieran podido coadyuvar a su resultado, y 2) El mayor o menor grado de infracción del deber de cautela exigido, teniendo en cuenta las circunstancias de lugar y tiempo.

IMPRUDENCIA GRAVE.GRADO DE RIESGO, VALOR DEL BIEN JURIDICO, GRADO DE PREVISIBILIDAD.

SAP VITORIA (2) N 40/20 DE VEINTICUATRO DE FEBRERO. PTE: JESUS

Y resulta evidente que procede calificar de grave la imprudencia de los acusados en la causación de las lesiones. Enseña la *sentencia del Tribunal Supremo nº 1415/2011, de 23 de diciembre* , que *"la gravedad de la imprudencia se determina, desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del autor con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales. Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado.*

De otra parte, y desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto. De forma que cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración".

Si un delito doloso de peligro se concreta en un resultado culposo, fácil es concluir que esta culpa es grave, pues deriva de aquel dolo, del mencionado conocimiento del riesgo y la omisión ante él. En definitiva, había una intensa previsibilidad que convierte en grave la negligencia.

LAS LESIONES SUFRIDAS POR EL TRABAJADOR QUE NO USO EL MEDIO DE PROTECCION FACILITADO, Y DADA LA FALTA DE VIGILANCIA DEL EMPRESARIO, SON IMPUTABLES A ESTE COMO IMPURDENCIA GRAVE. SAP CADIZ (8) N54-20 DE DIEZ DE FEBRERO.PTE: MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON

SEGUNDO. - Por lo que se refiere al delito de imprudencia grave, alega la parte recurrente que no considera que su defendido haya cometido dicho delito pues no se aprecia una falta de diligencia o cuidado de tal magnitud o gravedad que pueda incardinarse en el *art. 152 del C. Penal.* Alega que se facilitaron al trabajador las medidas de seguridad necesarias para la ejecución del trabajo que tenía encomendado, no siéndole racionalmente exigible la adopción de mayores medidas de seguridad. Añade que las lesiones no se produjeron por la insuficiencia de medidas, sino por causas o factores externos no previsibles, esto es, por la conducta del propio trabajador.

...consideramos que al dejar al arbitrio del trabajador el uso o no de un medio de protección, al permitir que éste deambulara por la propia estructura sin hacer uso del cinturón y del arnés de seguridad, sin haber instalado la red ni la línea de

vida de mayor resistencia, siendo el acusado el obligado a facilitar esas medidas de prevención y de vigilancia, según la normativa de prevención de riesgos laborales, resulta evidente que la conducta del empresario, por la omisión de los deberes de vigilancia y control, generó una situación de riesgo o peligro concreto para el trabajador de la que debe responder a título de imprudencia que reputamos grave. Como señaló la *sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 27 de septiembre de 2002*, "el trabajador debe ser protegido hasta de su propia imprudencia profesional". Así pues, si no se respetó la normativa de prevención de riesgos, ni siquiera el propio Plan de Prevención de Riesgos Laborales que tenía la empresa -como refiere en su informe el Inspector de Trabajo- resulta evidente que tal infracción debe reputarse con una infracción de carácter grave y viene ligada, tanto al peligro creado, como a la caída producida.

CONDENA AL DIRECTOR DE FABRICA POR HOMICIDIO IMPRUDENTE (ART 142.1 CP) EN CONCURSO CON EL DELITO DE RIESGO POR LA CANTIDAD Y GRAVEDAD DE LAS INFRACCIONES DE LA NORMATIVA DE SEGURIDAD QUE DIERON LUGAR AL ACCIDENTE

SAP VALLADOLID (4) N50/20 DE DIECIOCHO DE FEBRERO. PTE: ANGEL SANTIAGO MARTINEZ GARCIA

QUINTO. - Se alega en el recurso la infracción de lo dispuesto en el *artículo 142.1 del Código Penal* al haber condenado al acusado como autor de un delito de homicidio por imprudencia grave, cuando no existe una acción u omisión suya imprudente relacionada causalmente con el fallecimiento del Sr. Modesto.

En la Sentencia recurrida se le condena al acusado como autor de un concurso de delitos, hemos de entender que es un concurso ideal de delitos, es decir, por el delito contra los derechos de los trabajadores del *art. 316 del CP*, en concurso ideal con un delito de homicidio causado por imprudencia grave del *artículo 142 del Código Penal*.

La clave para considerar que los hechos, además de constituir un delito contra los derechos de los trabajadores por haber infringido de manera grave las normas de prevención de riesgos laborales, constituyen además un delito de homicidio imprudente, es que ese incumplimiento de tales normas esté relacionado causalmente con la lesión que se haya producido en la vida, la salud o la integridad física del trabajador (en los delitos de homicidio o de lesiones por imprudencia).Y esa relación de causalidad en este caso sí se ha producido.

Como hemos reflejado en esta Sentencia, y así también refleja certeramente el Juzgador de instancia en su resolución, el trabajador accidentado y que resultó fallecido era el primer día que trabajaba en esa empresa. Se le asignó como puesto de trabajo, en ese momento, proceder a la limpieza de un silo de azúcar, para que realizara tareas de barrido y paleado, empujándolo hacia las bocas o tolvas de descarga ubicadas en la zona inferior para vaciar totalmente de azúcar dicho silo.

Por la empresa, cuyo Director de Fábrica era el acusado, no se había evaluado de forma específica la existencia de una situación de riesgo de sepultamiento o

hundimiento en el azúcar al pisar sobre las zonas ocupadas por las tolvas o bocas de salida del azúcar, en los trabajos de barrido manual, limpieza y vaciado completo en el interior del silo, tratándose de un espacio confinado con riesgo de atmósfera explosiva por el polvo del azúcar (denominada zona ATEX).

...En el momento del accidente el trabajador no llevaba puesto arnés de seguridad porque no se le había facilitado por la empresa, siendo necesario ante el riesgo de trabajo en altura y con caída a distinto nivel, y también como medio dispuesto como medida de emergencia. Es evidente que, de haber dispuesto de dicho medio de seguridad, el propio trabajador hubiera podido salir de la tolva a la que se había caído, o el compañero que estaba con él, podría haberle ayudado a salir de la misma, salvando con ello la vida.

El trabajador accidentado no había recibido formación en prevención de riesgos laborales, ni formación específica para la realización de trabajos en espacios confinados o con riesgo de atmósfera explosiva (zona ATEX).

Es decir, no se le había dado ningún tipo de formación para el trabajo que debía desempeñar, y menos aún para un trabajo específico como es el desarrollado en espacios confinados. La falta de formación era tal que al parecer fue otro compañero de trabajo el que de palabra le dijo como tenía que desarrollar el trabajo e incluso estuvo durante un tiempo enseñándole cómo debía de hacerlo, pero sin que hubiera una formación específica en la que además se le advirtiera de manera concreta del peligro que existía en el caso de que pisara el azúcar, dado que en ese supuesto podía resultar sepultado por el producto, como así de manera desgraciada se produjo en este caso. Esa falta de formación ha sido determinante del desgraciado accidente.

No se le había otorgado al trabajador fallecido el preceptivo permiso o autorización de la ejecución de trabajos definidos como peligrosos, o "trabajos especiales", en la terminología utilizada por la empresa. El disponer del citado permiso o autorización hubiese implicado que se trataría de un trabajador que tuviera un mejor conocimiento de los riesgos que tenía la labor a desarrollar en el citado puesto de trabajo, por lo que es relevante de cara a que se produjera el siniestro.

Por la empresa no se había procedido a la designación y disposición de un recurso preventivo. De haber contado con este recurso preventivo, hubiese podido informar más adecuadamente al trabajador de la forma como debía desarrollar su labor, evitando la generación de riesgos, e incluso haberle ayudado a ser rescatado tras producirse la caída del trabajador en la tolva.

No se aprecia culpa del propio trabajador, como se pretende argumentar de adverso, pues no consta que el mismo se subiera encima del montón de azúcar, pudiendo haberse debido también el suceso a un resbalón o caída, aparte de que no había sido informado adecuadamente de lo peligroso que podía resultar el pisar encima del azúcar. El hecho de que un compañero le hubiera indicado verbalmente al tiempo de comenzar la labor de que no pisara el azúcar, no implica que haya existido en este caso culpa alguna por parte del trabajador.

Por lo tanto, se comparte con el Juzgador de instancia que es procedente también la condena por este delito de homicidio causado por imprudencia grave, gravedad que viene determinada precisamente por la cantidad y gravedad de las

infracciones de la normativa en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo que en este caso se infringieron, y que el acusado debía de haber propiciado que se hubieran cumplido precisamente para evitar que se pudieran producir resultados como el que en este caso lamentablemente se produjo.

9. LA IMPRUDENCIA DEL TRABAJADOR

9.1 La imprudencia del trabajador

IMPRUDENCIA LEVE DE LA TRABAJADORA

AAP SORIA (1ª) Nº 47/2020, DE 17 DE FEBRERO. PTE: MARÍA BELÉN PÉREZ-FLECHA DÍAZ

En relación al posible delito de lesiones por imprudencia del *artículo 152 del C.P*., también objeto del recurso, por la conducta de la trabajadora Dª. Miriam, considera el recurso que la propia investigada manifestó que incumplía muchas de las normas que establecía el propio plan de prevención de accidentes. Así, según dicho recurso, Dª. Miriam reconoció cometer una imprudencia al llevar dos palets apilados cuando solo se pude llevar uno, o poniendo la carga de más peso arriba, entre otras conductas, concluyendo que todo ello hace imprescindible seguir con la causa y aclarar la posible existencia de un delito de lesiones por imprudencia, bien grave o bien leve.

Llegados a este punto, debemos recordar que la L.O. 1/2015 de reforma del C.P., suprimió la falta de lesiones por imprudencia leve. El Preámbulo de dicha Ley, lo razona así: "*De otra parte, se suprimen las faltas que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal, si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves. La reducción del número de faltas -delitos leves en la nueva regulación que se introduce- viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles. (...) En cuando al homicidio y lesiones imprudentes, se estima oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil, de modo que sólo serán constitutivos de delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave (apartado 1 del artículo 142 y apartado 1 del artículo 152), así como el delito de homicidio y lesiones graves por imprudencia menos grave, que entrarán a formar parte del catálogo de delitos leves (apartado 2 del artículo 142 y apartado 2 del artículo 152 del Código Penal). Se recoge así una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal. No toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera*

penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad".

Y en este caso, para que la acción de la empleada que manejaba la transpaleta pudiera ser considerada como imprudencia grave o menos grave, y en consecuencia constitutiva de delito, se exige algo más que una excesiva carga de la mercancía, una mala colocación de la misma, o que no se extremaran las normas de cuidado, cuestiones que no puede ser objeto de este procedimiento penal, pues de existir alguna imprudencia por parte de la citada trabajadora ésta sería, como mucho leve, la cual ha quedado despenalizada según lo razonado en el anterior párrafo.

En consecuencia, estimamos que nos encontramos ante unos hechos que deben ser enjuiciados en la vía civil por los medios que dicha jurisdicción ofrece, lo que supone la confirmación de la resolución dictada por el Juzgado de Instrucción, con íntegra desestimación del recurso interpuesto, por lo que las diligencias de investigación interesadas devienen improcedentes.

NO EXISTE CONDUCTA IMPRUDENTE DEL TRABAJADOR

SAP CUENCA (1ª) Nº 3/2020, DE 14 DE ENERO. PTE: MARÍA PILAR ASTRAY CHACÓN.

Esta última reflexión conlleva la apreciación de la conducta dolosa y la desestimación de la infracción del art. 142.1 que aduce. No puede estimarse la conducta imprudente, ni menos degradarse apreciando una eventual concurrencia de culpas del trabajador, ante la insuficiencia de los medios facilitados y el hecho de que el empresario se sitúa como garante del deber de seguridad de sus trabajadores, por lo que debe velar por el uso de los medios de seguridad por sus operarios, adoptando las medidas precisas.

NO EXIME DE RESPONSABILIDAD DE LOS LEGALMENTE OBLIGADOS EL POSIBLE DESCUIDO QUE TENGA EL TRABAJADOR

SAP LEÓN (3ª) Nº 126/2020, DE 15 DE ABRIL. REC: 1352/2019. PTE: TEODORO GONZÁLEZ SANDOVAL

En cualquier caso, no pueden sortear esa responsabilidad las observaciones del apelante cuando pretende achacar el accidente a la negligencia del trabajador, víctima del mismo pues, como tiene dicho esta Audiencia Provincial en la sentencia de 5 de diciembre de 2012, "nuestro Tribunal Supremo, Sala 2ª, ha venido rechazando tal concepción (*STS de 5-9-01 y 17-1-03* , de la que se hace eco la *SAP de Alicante, Sección 7ª, de 21-4-04*) al afirmar que no puede ser excusa (para la exigencia de responsabilidad a los responsables de seguridad

de una empresa) la posible existencia de un descuido de la víctima en la realización de su trabajo, pues es un principio definitivamente adquirido en el ámbito de las relaciones laborales el de la protección del trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales, principio que inspira toda la legislación en materia de accidentes de trabajo. En el mismo sentido, la *SAP de Madrid, Sección 15ª, de fecha 26-4-04*, cuando declara, entre otras cosas, que en actividades laborales vinculadas con factores importantes de riesgo se invierte en cierto modo el principio de confianza aplicable en otros ámbitos sociales (tráfico rodado), sustituyéndose más bien por el principio de desconfianza, de forma que, siendo evidente que la rutina, el automatismo y la monotonía en el trabajo acaban imponiendo la desconsideración del riesgo por parte del trabajador, ha de incrementarse el deber objetivo de cuidado del empresario, los delegados y encargados para prever y neutralizar estas situaciones, con lo cual, éstos, en lugar de confiar en un comportamiento cuidadoso y diligente del operario, deben más bien desconfiar de tal posibilidad y acentuar las medidas de seguridad y vigilancia, con el fin de controlar los riesgos derivados de los descuidos de los trabajadores, a quienes deben imponer de forma concluyente e inapelable el cumplimiento de la normativa de seguridad en su labor diaria.

La existencia indudable de una conducta negligente o meramente descuidada por parte del propio trabajador no excluye, por tanto, la responsabilidad de los garantes de su seguridad, así el empresario, sus delegados o los Técnicos que intervienen en una obra".

EL HECHO DE QUE UN COMPAÑERO LE HUBIERA AVISADO QUE NO PISARA EL AZUCAR NO SUPONE CULPA DEL TRABAJADOR QUE NO HABIA SIDO FORMADO EN RIESGOS LABORALES

SAP VALLADOLID (4) N50/20 DE DIECIOCHO DE FEBRERO. PTE: ANGEL SANTIAGO MARTINEZ GARCIA

Ese día (el 28.9.2016), al comenzar la jornada laboral, alrededor de las 7 de la mañana, Modesto junto con otros compañeros, en concreto Gerónimo, penetró en el silo 1 para realizar el trabajo encomendado que - como se ha dicho- era el paleado y barrido de los restos de azúcar que aún quedaran allí de modo que debían empujar dicho producto a las tolvas o aberturas que se encontraba a ras de suelo y que tenían un diámetro de 1,5 metros aproximadamente, una profundidad de 90 centímetros con una boca de salida de menor dimensión.

El Sr. Modesto -que carecía de permiso especial para realizar dicha tarea, sin disponer de arnés o línea de vida, careciendo de formación sobre protección a la salud y en particular en espacios confinados y atmósferas explosivas y sin que estuviese un recurso preventivo-, realizó su tarea.

Otro compañero, en concreto el Sr. Heraclio, estaba en la parte exterior del silo y era quien habría -por su orden o posición- las bocas o tolvas hacía la que sus compañeros del interior del silo debían palear, barrer y en definitiva empujar el azúcar para que cayese por la boca abierta en ese momento.

De repente, cuando aún estaba la abierta la boca B17, el Sr. Modesto pisó o se subió sobre el montón de azúcar que estaba sobre la misma, cayendo, junto con el azúcar, por dicha abertura, siendo sepultado por los kilogramos de azúcar allí existente y perdiendo la vida.

…Tal y como se desprende del informe emitido por la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social obrante en la causa (folios 232 y siguientes), no se había evaluado de forma específica la existencia de una situación de riesgo de sepultamiento o hundimiento en el azúcar al pisar sobre las zonas ocupadas por las tolvas o bocas de salida del azúcar, en los trabajos de barrido manual, limpieza y vaciado completo en el interior del silo, espacio confinado con riesgo de atmósfera explosiva por el polvo del azúcar (denominada zona ATEX)

…Se le entregó un EPI, pero no se le entregó al trabajador un sistema de protección anticaídas UNE-EN 363, que figura como equipo de protección individual EPIS en la ficha de puesto de trabajo.

…En el momento del accidente el trabajador no llevaba puesto arnés de seguridad porque no se le había facilitado por la empresa, siendo necesario ante el riesgo de trabajo en altura y con caída a distinto nivel, y también como medio dispuesto como medida de emergencia.

…El trabajador accidentado no había recibido formación en prevención de riesgos laborales, ni formación específica para la realización de trabajos en espacios confinados o con riesgo de atmósfera explosiva (zona ATEX). Simplemente el trabajador se había trasladado junto con sus compañeros al puesto de trabajo, donde otro de los empleados llamado Jose Ramón le facilitó verbalmente las instrucciones en relación con la labor que debía llevar a cabo.

...No se aprecia culpa del propio trabajador, como se pretende argumentar de adverso, pues no consta que el mismo se subiera encima del montón de azúcar, pudiendo haberse debido también el suceso a un resbalón o caída, aparte de que no había sido informado adecuadamente de lo peligroso que podía resultar el pisar encima del azúcar. El hecho de que un compañero le hubiera indicado verbalmente al tiempo de comenzar la labor de que no pisara el azúcar, no implica que haya existido en este caso culpa alguna por parte del trabajador

DEBE VALORARSE LA EXPERIENCIA DEL TRABAJADOR EN RELACIÓN CON EL RIESGO CONCRETO ACAECIDO Y CÓMO LO AFRONTÓ EL TRABAJADOR EN OTROS CASOS

SAP PONTEVEDRA (2ª) Nº 98/2020, DE 15 DE JULIO. REC:248/2020. PTE: MARÍA DEL ROSARIO CIMADEVILA CEA

Se alega que el trabajador tenía experiencia laboral, una formación bastante extensa y que no se entiende cómo pudo no avisar y seguir talando en el radio de posible caída del árbol enganchado. Al respecto coincidimos también con la razonabilidad del criterio expuesto por la Sra. Inspectora de trabajo, en el sentido de que valorar la experiencia del trabajador requería en este caso el poder

interrogarle, lo que no pudo ser al fallecer con posterioridad al accidente. Es un criterio lógico porque, el trabajador tanto pudo haber tenido situaciones similares y haberlas resuelto aplicando los métodos de trabajo adecuados, cómo pudo no haberlas tenido, o pudo haber aplicado métodos inadecuados o improcedentes, pero sin consecuencias en esos casos.

En definitiva, debe valorarse la experiencia en relación con el riesgo concreto acaecido y cómo lo afrontó el trabajador en otros casos, si es que los hubo, de manera que las alegaciones del recurso tampoco amparan un error notorio en este sentido y ello, por mucho que el testigo Demetrio, o el anterior empleador, hubieran afirmado que era un trabajador experimentado en todo tipo de riesgos referidos a la tala, pues no dejan de ser percepciones y testimonios que habiéndose cuestionado, adolecen de una corroboración objetiva suficiente.

9.2 La autopuesta en peligro

DOCTRINA DE LA AUTOPUESTA EN PELIGRO DEL TRABAJADOR

SAP LEÓN (3ª) Nº 213/2020, DE 12 DE JUNIO. REC: 166/2020. PTE: ÁLVARO MIGUEL DE AZA BARAZÓN

Finalmente, merece efectuar algún tipo consideración a la cuestión alegada por el recurrente de la autopuesta en peligro del trabajador, en función de la cual se interesa la degradación de imprudencia grave a imprudencia leve, centrándonos lógicamente en el ámbito de la jurisdicción penal, dado que, al haberse reservado la acción civil el trabajador siniestrado, no se ha ejercitado en este procedimiento dicha acción.

Hemos de partir en esta cuestión, como criterio general que la culpa o imprudencia del trabajador al incumplir en el trabajo obligaciones o medidas de seguridad que hayan contribuido a causar el accidente en el que es víctima, tiene obviamente relevancia y repercusión en su protección penal.

Doctrina y Jurisprudencia asignan más o menos relevancia a su actuación imprudente, en función de varios criterios, entre el que destaca el que atiende a la percepción que tenga el empresario de la conducta del trabajador y así se distingue entre la culpa del trabajador percibida, conocida y tolerada por el empresario, la cual, aunque sea grave, carecerá de efectos exhortatorios para el obligado a velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad (Circular FGE nº 4/2001 de 2-11; SAP La Coruña, (sección 6ª) de 5-6-2009, nº 47/2009, Rec. 81/2009. EDJ 2009/121731; o *SAP Guadalajara, (sección 1ª) de 18-6-2009, nº 126/2009, Rec. 209/2009*; *SAP Valencia (4ª) 405/11, 27 de mayo, rollo nº 160/11*) o culpa desconocida y no percibida, en cuyo caso sí podría llegar a tener efectos exhoneratorios, para el caso de que considerase grave o temeraria (*SAP Guadalajara (sección 1ª) de 18-6-2009, nº 126/2009, Rec. 209/2009.* EDJ 2009/137283 (Pte.: Martínez Domínguez, Mª Ángeles)

Hemos de señala que cuando por la doctrina y jurisprudencia se habla de

“autopuestas en peligro" del trabajador (vid también la Circular de la FGE 4/2011, Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Siniestralidad Laboral), quieren con eso referirse, bien en sentido amplio, a todo supuesto de culpa del trabajador, o, bien en sentido estricto, para referirse tan solo a los supuestos donde no hay imputación objetiva del empresario, ni de primer nivel o ex ante (no hay infracción de norma de cuidado por el empresario y por ende ni siquiera riesgo típicamente relevante) ni de segundo nivel o ex post (hay infracción de norma de cuidado por el empresario pero no es este riesgo el que causa el resultado sino el producido por el trabajador).

Es por ello que, conforme lo razonado en la sentencia recurrida la existencia de una infracción de la normativa laboral que ha comportado un peligro para el trabajador que ha resultado, a causa de la omisión del deber de cuidado del empresario, en la causación de lesiones para aquel, no podemos hablar de autopuesta en peligro en sentido estricto, máxime cuando se ha acreditado que el empresario estaba al tiempo de la caída del trabajador cuando este no portaba sus equipos de seguridad, omitiendo por tanto su labor de velar y controlar que sus trabajadores hagan uso de las medidas de protección necesarias para desempeñar su actividad en condiciones de seguridad.

También, completando este razonamiento, la Jurisprudencia (entre otras *SAP Guipúzcoa (sección 1ª) de 21-10-2004-Rec. nº 1060/2004* distingue entre "autopuestas relevantes" (las que exoneran o excluyen la responsabilidad del empresario); "Autopuestas parcialmente relevantes" (las que permiten degradar la responsabilidad penal del empresario) y "autopuestas irrelevantes" (las que en nada afectan a la responsabilidad empresarial) considerando que nos encontramos ante una autopuesta en peligro del trabajador irrelevante cuando, como es el caso que nos ocupa, en el resultado se realiza exclusivamente el riesgo creado por el empresario; es decir, hay relación de riesgo entre la conducta del empresario (incumple el deber de supervisión de que los trabajadores usen los equipos de protección) y el resultado. En estos casos, se imputa el resultado producido a la conducta imprudente del empresario y la calificación de su conducta como imprudencia grave o leve dependerá de la entidad de la infracción del deber de cuidado.

Quedan descartadas, a juicio de la Sala tanto autopuesta en peligro del trabajador relevante, como parcialmente relevante pues, en la primera de ella, en el resultado se realiza exclusivamente el riesgo creado por el trabajador y en la que no hay no hay relación de riesgo entre la conducta del empresario y el resultado, ni tampoco la segunda, puesto que el resultado lesivo obedeció exclusivamente a que empresario omitiera exigir al trabajador el uso, entre otros, del arnés anti caída, casco etc... ni tampoco la adopción de medidas de protección colectivas como redes, andamios homologados con barandillas etc...

Cuestión distinta hubiera sido si inicialmente el trabajador hubiera contado con estos equipos de seguridad y, por su cuenta y riesgo, y, sin conocimiento ni consentimiento del empresario se desprendiera de ellos para desarrollar su

actividad, como en ocasiones sucede dado que tales medidas de seguridad entorpecen o dificultan en ocasiones la realización de los trabajos y un exceso de confianza conduce al relajo de la adopción de medidas de seguridad, mayormente en aquellos trabajadores experimentados que, precisamente por la repetición de sus actos, terminan no teniendo conciencia del riesgo que conllevan.

Por ello, en los auténticos casos de Autopuestas en peligro del trabajador se trata de un problema de imputación objetiva (*STS 19-10-2000- nº 161/2000*) pues, en estos casos el resultado lesivo, no puede ser imputado jurídicamente al empresario, dado que si bien existiría causalidad natural (conforme a la teoría de equivalencia de las condiciones o de la condictio sine qua non), no podría hablarse de causalidad jurídica conforme a los criterios de imputación objetiva (criterios del incremento del riesgo y del ámbito de protección de la norma), dado que el resultado lesivo no sería consecuencia del incremento del riesgo generado por la actuación empresarial, pues se hubiera producido igualmente aunque el empresario u otro obligado, hubiese obrado con la debida diligencia.

Descartada la existencia de culpa exclusiva del trabajador, también cupiera plantearse si ha existido una concurrencia de culpas entre empresario y trabajador, pues en estos casos existe tanto una clara actuación imprudente del empresario jurídicamente relevante en la producción del siniestro, como una actuación imprudente del trabajador también con relevancia jurídica causal, de modo que el accidente laboral trae causa y obedece a ambas y no puede en definitiva explicarse sin alguna de ellas. En suma, en estos casos, la indudable culpa del empresario coexiste o confluye con la del trabajador víctima, contribuyendo ambas concausalmente en mayor o menor porcentaje a la producción del resultado lesivo final.

Tampoco a juicio de la Sala nos encontramos en este supuesto puesto que no existe concurrencia de culpas cuando la actuación negligente del trabajador es consecuencia del cumplimiento de órdenes del empresario (STS *29-12-1974; STS 9-5-1977; STS 23-6-1978; STS 18-5-1990* -AR 4146; *SAP Alicante 29-1-2003; SAP Córdoba 24-7-2000. EDJ* 2007/263144; *SAP Barcelona, sección 9ª, S 20-11-2007, nº 412/2007, Rec. 158/2007. Nº CENDOJ: 08019370092007100217; SAP Tarragona 15-4-2007; SAP Cádiz-sección 1ª-nº 391/2008 de 2-12-2008)*, **o cuando la actuación negligente del trabajador es conocida y tolerada por el empresario u obligado** (así Circular de la FGE 4/2011 de 2- Noviembre; *SAP Valencia (4ª) 405/11, 27 de mayo, rollo nº 160/11; SAP Guadalajara, sección 1ª, de 18-6-2009, nº 126/2009, Rec. 209/2009.* EDJ 2009/137283, etc.)

Finalmente, nos encontramos con un tercer grupo de supuestos, aquellos donde existe culpa o actuación imprudente del trabajador en sentido coloquial o vulgar, pero desde el punto de vista técnico- jurídico se considera irrelevante a efectos penales, por no reunir los requisitos de la concurrencia de culpas y así lo considera la jurisprudencia, especialmente en los supuestos de caídas en altura por no uso de cinturón o arnés cuando la obra carece de todo tipo de medidas

de seguridad (en este sentido las *STS 5-9-2001* -AR 8340; *SAP Madrid- sección 23ª- de 15-11-2003* -AR 261765; *SAP Castellón (sección 3ª) 3-9-2002* -AR 642; *SAP Alicante (Sección 10ª) 204/11 de 7 de junio* , etc.

A modo de ejemplo la *STS de 5-9-01* señala que "Es un principio definitivamente adquirido en el ámbito de las relaciones laborales el de la protección del trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales, principio que inspira toda la legislación en materia de accidentes de trabajo" y la *SAP Valencia (sección 2ª) de 22-9-2011, nº 654/2011, Rec. 241/2011.* EDJ 2011/257113 (Pte: Ortega Lorente, José Manuel.) que señala que "la intervención de una leve imprudencia del trabajador en el curso causal de la producción del resultado lesivo, si la misma se trata de una imprudencia previsible que, por tanto, debe ser contemplada al adoptar las medidas de seguridad, no exime de reproche penal, en relación al resultado lesivo, a quien omitió las normas de cuidado, si tal omisión es factor causal relevante del resultado...".

NO HAY AUTOPUESTA EN PELIGRO DEL TRABAJADOR PUESTO QUE CUMPLIA UNA ORDEN DEL EMPRESARIO CON UN METODO DE TRABAJO INADECUADO

SAP CIUDAD REAL (1) N 58/20 DE 9 DE MARZO. PTE: MARIA PILAR ASTRAY CHACON

"El encausado, Héctor, mayor de edad y sin antecedentes penales, era al tiempo de los hechos gerente de la entidad mercantil Clazamar, S.L., para la cual trabajaban tanto el encausado Matías, mayor de edad y sin antecedentes penales como el perjudicado, Luis, quien desempeñaba, esencialmente, funciones de conductor de camiones para reparto de mercancías, así como funciones en el almacén.

El 02/03/2015, alrededor de las 07:30 horas, el perjudicado Luis, como quiera que no tenía encomendada ninguna orden de reparto ese día, cumpliendo con las órdenes del encausado Héctor se dispuso a realizar funciones de pegar etiquetas a las cajas de los productos congelados almacenados en el interior de una de las cámaras frigoríficas existentes en el centro de trabajo situado en la C/ Cristo n.º 5 de la localidad de Santa Cruz de Mudela.

Así las cosas, sobre las 09:00 horas su compañero de trabajo, el coencausado Matías le pidió que le ayudase a coger dos cajas de congelados, almacenadas a una altura de unos tres metros aproximadamente. En tal momento, subido a esa altura de la carretilla elevadora, Luis cogió la primera de las cajas, depositándola en el palé, y cuando se disponía a coger la segunda de las cajas, de forma sorpresiva, pero sin que conste que procediera de forma negligente, aquél dio marchas atrás a la carretilla, provocando que Luis se desestabilizara, perdiera el equilibrio, y cayera finalmente al suelo, golpeándose la cara.

El encausado, Héctor, máximo responsable en la mercantil Clazarmar, S.L., de

velar por el cabal cumplimiento de la normativa de prevención laboral y aún a sabiendas que ello comportaba un grave peligro para la vida e integridad física de los trabajadores de la empresa, omitió plenamente consciente su deber de identificar y evaluar los riegos laborales, hasta tal punto que no se adoptaron medidas de seguridad mínimas y absolutamente necesarias para que aquellos realizaran sus funciones de forma segura,. Del mismo modo el encausado, con pleno conocimiento , ignorando los riesgos a los que sometió a sus trabajadores consintió la utilización por parte de aquellos de la carretilla industrial motorizada (toro) para la realización de funciones consistentes en bajar las cajas de congelados, subiéndose el perjudicado en un palé situado en dicha carretilla a una altura de tres metros aproximadamente, operación que se encuentra totalmente prohibida por el fabricante de tal carretilla industrial, la cual únicamente está concebida para trasporte de mercancías y no así para elevar personas.

...el acusado era consciente y conocedor del riesgo sometido a los trabajadores, toda vez que no existía una plataforma elevadora de personas, lo cual reconoce, por lo que no puede mantenerse la falta de acreditación de la forma de producción del accidente cuando se ordena etiquetar a un trabajador las cajas de congelados en las cámaras frigoríficas, teniendo que acceder a cajas en una determinada altura. Se intenta oponer que los trabajadores pudieron utilizar las aspas para moverlas y luego etiquetarlas, pero ni siquiera dicha prevención consta producida y evaluada como riesgo. Igualmente, en la carretilla se había puesto un palé, lo que es un indicio más del método inadecuado utilizado.

Los hechos probados descartan la negligencia o auto-puesta en peligro del trabajador, toda vez que ejecutaba una tarea ordenada bajo la dependencia del empresario. Aun así, a éste corresponde prevenir las imprudencias y poner a su disposición medios seguros, no confiar en que podrían elevar las aspas para manipular las cajas y bajarlas, como opone exculpatoriamente en su escrito de recurso, y menos cuando no consta previsión concreta de dicho riesgo de trabajo en altura. Se añade que como declaró la inspectora de trabajo no consta siquiera formación ya no específica sino básica al trabajador conductor de la carretilla.

NO PUEDE ACEPTARSE UNA CONDUCTA REITERADA DE PUESTA EN PELIGRO POR EL TRABAJADOR SIN RESPUESTA POR EL EMPRESARIO

SAP CADIZ (8) N54-20 DE DIEZ DE FEBRERO.PTE: MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON

Partiendo de que no puede descartarse que en ocasiones el propio trabajador pone en riesgo su integridad, de forma exclusiva o concurrente con otros factores, sin embargo esa doctrina de la autopuesta en peligro debe matizarse con la idea de que la relación entre empresario y trabajador no es horizontal sino vertical, ostentando el primero un completo poder de dirección e incluso disciplinario respecto al segundo, de tal modo que no puede aceptarse sin más

que una conducta reiterada de puesta en riesgo por parte del trabajador que, siendo o debiendo ser conocida de dicho empresario, no haya sido objeto de respuesta por su parte, exonere a aquel de toda su responsabilidad (no en vano, el *artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales* no sólo consagra un derecho de los trabajadores a una protección eficaz y el correlativo deber de protección del empresario, sino que expresamente indica que éste último debe " garantizar" la seguridad y la salud de los trabajadores, verbo que ofrece pocas dudas; ya el artículo 15 dispone, también expresamente, que las medidas preventivas deben prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador). Además, el bien jurídico protegido en los delitos de puesta en peligro no es la propia vida, salud o integridad física, sino un valor previo enunciado como la seguridad, valor de titularidad colectiva y no individual al que el trabajador no puede renunciar anticipadamente.

Se debe resaltar que en una actividad como la laboral es frecuente que los trabajadores, por la habitualidad y constante práctica del trabajo adquiera costumbres y actuaciones profesionales que pueden ser algo negligentes, ya que son como la segunda naturaleza del trabajo que permanentemente se realiza *(STS de 23 de junio de 1978)*, y que el trabajador por comodidad o por esta acostumbrado al riesgo, hace dejación de las medidas de seguridad.

LA AUTOPUESTA EN PELIGRO DEL TRABAJADOR SOLO PUEDE EXCLUIR O MODERAR LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO CUANDO SU CONDUCTA RESULTE DESCONOCIDA O IMPREVISIBLE

SAP CADIZ (8) N54-20 DE DIEZ DE FEBRERO.PTE: MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON

Como se dice en la *Sentencia de la AP Madrid de 30 de diciembre de 2010* La intervención de la víctima en el resultado ilícito adquiere en el ámbito de las imprudencias en el trabajo unas singulares connotaciones, dada la especial condición o posición de garante que al empresario y sus delegados atribuye la normativa laboral al atribuirles un especialmente riguroso deber de seguridad respecto de la vida y salud de los trabajadores. Así se ha afirmado (Terradillos Basoco) que el trabajador no es deudor de seguridad frente a nadie, mientras que el empresario (y aquellos en quien delega) adeuda y garantiza la seguridad y es a él a quien ha de exigírsele la diligencia debida, de forma que la autopuesta en peligro por el trabajador, sólo podrá excluir o moderar las responsabilidades de los garantes de la seguridad cuando la misma resulte desconocida e imprevisible y por ello, inevitable por parte del obligado a velar por la seguridad.

Entendemos que justamente, la prevención de riesgos laborales tiene por presupuesto tal negligencia, es inherente a la misma. El trabajador debe ser protegido hasta de su propia imprudencia profesional. La prevención precisamente, y entre otras cosas, está para eso: para salvaguardar la integridad física y psíquica del trabajador de las imprudencias tanto suyas como de sus

compañeros. Por ello, resulta irrelevante tal circunstancia. Solo puede tener carácter exculpatorio cuando se aprecia una imprudencia temeraria.

NO HAY AUTOPUESTA EN PELIGRO POR NO PONERSE EL TRABJADOR EL ARNES POR CUANTO EL EMPRESARIO NO VIGILO SU USO

SAP CADIZ (8) N54-20 DE DIEZ DE FEBRERO.PTE: MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON

La conclusión relativa a que el trabajador disponía para desarrollar su trabajo de las medidas de seguridad y protección individuales referidas es un hecho que debe reputarse probado. La controversia se centra en que habiendo sido proporcionados tales medios de protección individuales, el trabajador Sr. Ramón no hizo uso de ellos. Ha quedado plenamente probado que no utilizó el arnés de seguridad y que llevaba el cinturón de seguridad, pero no se lo puso, habiendo sido encontrado el mismo en el suelo, junto al trabajador, cuando se produjo la caída.

...En este caso, la actuación omisiva del acusado ha creado un peligro jurídicamente desaprobado y el resultado dañoso es la realización y concreción de ese peligro, porque tiene una manifiesta posición de garante para evitar daños y lesiones a los trabajadores y no hay una autopuesta en peligro del trabajador que infiere de forma directa en el nexo causal, ni se trata de un riesgo permitido, pues la fuente primigenia del peligro no se controló, ni se evitó por el recurrente, que era el garante del control. La presencia de esa fuente de riesgo derivada de la falta de vigilancia y control sobre la no utilización del arnés ni del cinturón de seguridad por parte del trabajador para garantizar la accesibilidad a la estructura en condiciones de seguridad, susceptible de causar daño al trabajador, así como la no disponibilidad de red ni de línea de vida de carácter metálico, hace que éste no se pone en peligro por su propia conducta, sino que el peligro en el proceso productivo es preexistente por la falta de vigilancia y de medios.

Tal y como proclama la jurisprudencia emanada de algunas Audiencias Provinciales no cabe estimar imputable al lesionado la producción del accidente por su propia negligencia, ya que el derecho de los trabajadores a unas condiciones de trabajo seguras no es disponible, por lo que resulta irrelevante el consentimiento del trabajador o la aceptación tácita del riesgo, tanto en el delito de lesión como en el delito de peligro, pues por una parte el bien jurídico protegido por el *art. 316 es un bien jurídico diferente y de titularidad supraindividual, y porque en segundo lugar el ordenamiento laboral - art. 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales* - impone al empresario el deber de tutelar la seguridad de los trabajadores también frente a su propia voluntad o interés individual, exigiéndose incluso coactivamente el cumplimiento cabal y exacto de las cautelas y prevenciones establecidas por las normas de seguridad, indicándose que el trabajador debe ser protegido hasta de su propia imprudencia profesional.

En base a estos criterios jurisprudenciales, que el Tribunal asume y comparte, puede concluirse que el empresario no solo debe proporcionar los medios de seguridad legalmente establecidos e idóneos para preservar la salud e integridad física del trabajador, también debe vigilar que dichos medios de seguridad sean debidamente utilizados por el trabajador en el desarrollo de la actividad laboral. El incumplimiento del deber de vigilancia y control que ha de ejercer el empresario sobre el trabajador en el desarrollo de la actividad laboral, en orden a asegurarse que el mismo utiliza de forma efectiva y correcta los medios de seguridad proporcionados debe quedar subsumido en la conducta delictiva prevista en el *art. 316 del C. Penal*. La actuación descuidada y confiada del trabajador no elimina el deber de cuidado que asume el empresario como garante de la indemnidad del trabajador (*STS de 22 de diciembre de 2001*).

10. LA PENA DE INHABILITACIÓN PROFESIONAL

MOTIVACION DE LA PENA DE INHABILITACION PROFESIONAL

SAP CADIZ (8) N38-20 DE VEINTISIETE DE ENERO DE 2020. PTE: ESTHER MARTINEZ SAIZ.

En cuanto a la falta de motivación de la pena de inhabilitación profesional, ciertamente afirman los recurrentes, la imposición de dicha pena como accesoria por razón de los establecido en el art 56.1. 3º C.P., exige que deba determinarse expresamente en la sentencia la vinculación de la profesión, oficio, industria o comercio con el delito cometido.

En el fundamento jurídico segundo sí se razona adecuadamente dicha vinculación al concretar las obligaciones inherentes al cargo de los acusados en la empresa: las propias de la prevención de riesgos laborales como administradores solidarios de la empresa empleadora y su incumplimiento en relación a la conducta omisiva sancionada; y en los hechos probados de la sentencia se especifican dichos cargos y su directa relación con el delito contra los derechos de los trabajadores por el que se condena a los recurrentes.

Siendo así que el delito guarda relación con los cargos que ocupaban los acusados en la empresa empleadora del trabajador lesionado, desde el momento que la administración de empresas exige el cumplimiento de las normas de prevención, protección y seguridad en el trabajo inherentes a su ejercicio (art 14 Ley 31/ 95 de Prevención de Riesgos Laborales)

CONCRECION DEL ALCANCE DE LA PENA DE INHABILITACION PROFESIONAL.

SAP CADIZ (8) N38-20 DE VEINTISIETE DE ENERO DE 2020. PTE: ESTHER MARTINEZ SAIZ.

La sentencia impugnada, en su fundamento jurídico sexto, entiende procedente en el caso la imposición a ambos acusados de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión relacionada con la construcción por el tiempo de condena.

…Respecto a la concreción del alcance de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de una profesión, oficio, industria o comercio, la STS 3-5-2017 nº314/17, afirma que "… a la hora de definir el contenido de la inhabilitación, esta ha de conectarse con la función raíz o la actividad que está en el origen del delito, no con los desempeños puramente ocasionales (STS 695/2012, 19 septiembre, y 887/08, 10 diciembre).

Ha de convenirse que la vinculación del ejercicio de cualquier profesión relacionada con la construcción con el delito cometido no se halla determinada en la sentencia apelada, y es obvio que existen determinadas profesiones relacionadas con la construcción que no tienen por qué tener relación directa ni indirecta con la seguridad de los trabajadores .En este sentido , no cabría, como hace la sentencia de instancia, privar temporalmente sin más aditamentos explicativos, del ejercicio de cualquier profesión relacionada con la construcción , sino solo y exclusivamente , como solicitan los recurrentes, de la función de administrador de empresas del ramo de la construcción , en la medida en que tal ha sido la función o cargo de los acusados que ha tenido en el caso incidencia directa con el delito cometido ,y en concreto con la seguridad del trabajador accidentado dentro de la construcción.

11. LA PENA DE MULTA

CUANTÍA DE LA PENA DE MULTA

SAP TARRAGONA (2ª) Nº 115/2020, DE 24 DE MARZO. REC: 157/2019. PTE: IGNACIO ECHEVARRÍA ALBACAR

En lo que respecta al segundo motivo del recurso, la cuota de multa fijada, el Ministerio Público parece claro que la condena de los acusados como responsables de una entidad jurídica fabril no puede equipararse a estos efectos de cuota a una situación de indigencia que justifique la imposición de ese mínimo de 3 €. Si a ello unimos el hecho de asistir a juicio con abogado de designa particular, aun no constando el estado de solvencia de la mercantil, ni de los acusados, entendemos que su situación en apariencia no permite equipararlos a estados de mínimos o de escasa capacidad de subsistencia por lo que, acogiendo los términos del recurso, elevamos la cuota de multa a 6 €.

12. ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS

ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS: LA AP PROVINCIAL TAMBIÉN TIENE EN CUENTA EL TIEMPO TRANSCURRIDO PARA RESOLVER EL RECURSO DE APELACIÓN.

SAP HUELVA (1ª) Nº.../2020, DE 21 DE DICIEMBRE. PTE: LUIS GARCÍA VALDECASAS

Respecto de la posible apreciación de la circunstancia atenuante contemplada en el art. 21.6 del Código Penal, resulta difícil establecer con carácter general un módulo apriorístico para definir cuándo estaríamos en presencia de dilaciones indebidas, estableciéndose por la Jurisprudencia como criterios para determinar la concurrencia o no de dilaciones indebidas los siguientes: la naturaleza y circunstancias del proceso, especialmente la complejidad en relación con el caso concreto; los márgenes ordinarios de duración de los procesos de las mismas características y entidad; la conducta de las partes en el curso del procedimiento y la actuación del órgano jurisdiccional en el devenir del trámite procesal.

En el presente caso, los hechos sucedieron en marzo de 2014, siendo juzgados en primera instancia en junio de 2019 y la sentencia resolviendo el recurso de apelación se dicta en diciembre de 2020, por lo que computando se fecha a fecha se considera que existen dilaciones indebidas.

DOCTRINA ATENUANTE DILACIONES INDEBIDAS

SAP SEVILLA (1) N 166-2020 DE VEINTIOCHO DE MAYO. PTE: PURIFICACION HERNANDEZ PEÑA

B.- Como señala la *STS 289/2019, de 22 de mayo*, indica: "...*Este Tribunal viene señalando (sentencias núm. 360/2014* y *364/2018*) que, al margen de circunstancias excepcionales que acrediten una efectiva lesión de especial entidad derivada de la dilación, la atenuante de dilaciones indebidas ha de acogerse (más como resumen empírico que como norma de seguimiento) atendiendo al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso se extendiera durante más de cinco años, plazo que de por sí se consideraba, en principio, irrazonable y susceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del *artículo 21. 6ª del Código Penal*.

Como criterios a tener en cuenta en la doctrina del Tribunal Constitucional y en jurisprudencia del Tribunal Supremo para determinar si se han producido o no las dilaciones indebidas, se encuentran: a) la naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas; b) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; c) la conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso; d) el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes; e) la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consideración de los medios disponibles, etc.(*STS 458/2015, de 14 de julio*).

Conforme señalábamos en la *sentencia núm. 703/2018, de 14 de enero*, "el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente reconocido en el *artículo 24.2 de la Constitución*, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El *artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable. En función de las alegaciones de quien lo invoca, puede ser preciso en cada caso el examen de las actuaciones. 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).

Como indicábamos en *nuestra sentencia 73/2019, de 12 de febrero*, la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada requerirá de una paralización que pueda ser considerada superior a la extraordinaria, que ya se exige para la atenuante simple, o bien que la dilación, dadas las concretas circunstancias del penado y de la causa, pueda vincularse directamente con la causación de un perjuicio muy superior al ordinariamente atribuible a la dilación extraordinaria que caracteriza la atenuante simple. En este sentido, en la *STS 692/2012* se hace referencia a una dilación manifiestamente desmesurada por paralización del proceso durante varios años. Y añade que también, cuando no siendo así, la dilación materialmente extraordinaria pero sin llegar a esa desmesura intolerable, venga acompañada de un plus de perjuicio para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad o la incertidumbre de la espera, como puede ser que la ansiedad que ocasiona esa demora genere en el interesado una conmoción anímica de relevancia debidamente contrastada; o que durante ese extraordinario período de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional con el natural impedimento para hacer vida familiar, social y profesional, u otras similares que produzcan un perjuicio añadido al propio de la mera demora y que deba ser compensado por los órganos jurisdiccionales.". En algunos precedentes, esta Sala ha aplicado la atenuante como muy cualificada en procesos por causas no complejas de duración entre ocho y doce años entre la incoación y la sentencia de instancia (*STS 1224/2009*; *STS 1356/2009*; *STS 66/2010*; *STS 238/2010*; y *STS 275/2010*) reduciendo la pena en uno o dos grados según las circunstancias de cada caso. Así se recogía en la *STS nº 72/2017, de 8 de febrero*. Para reducir en dos grados la pena tipo, es necesario que, sobre las exigencias propias de la atenuante muy cualificada, concurran elementos muy excepcionales relativos a las características de la dilación o a los perjuicios extraordinarios causados por ésta al acusado.

…Nuestra Jurisprudencia ha apreciado la atenuante con el carácter de muy cualificada en supuestos en los que se habían producido paralizaciones de notable consideración, por espacio de varios años. Así, en casos de transcurso

de nueve años de duración del proceso penal (SSTS 655/2003, de 8 de mayo, y 506/2002, de 21 de marzo); también se ha apreciado como muy cualificada en STS 896/2008, de 12 de diciembre, por hechos ocurridos 15 años atrás. En STS 551/2008, de 29 de septiembre, ante la tardanza de 5 años y medio en sede de la Audiencia, pendiente de la celebración del juicio oral terminada la instrucción; y en la STS 630/2007, de 6 de julio, por la paralización indebida por tiempo de 4 años, en esas mismas condiciones. Finalmente, la STS 132/2008, de 12 de febrero, estimó la atenuante muy cualificada al tratarse de una causa iniciada en el año 1990".

La atenuante de dilaciones indebidas en la modalidad como muy cualificada parte de la premisa de que no es suficiente con que las circunstancias particulares del caso permitan hablar de una dilación del proceso extraordinaria, sino que ha de tratarse de una dilación especialmente extraordinaria o superextraordinaria, (como regla general, a partir de 8 años).

La doctrina jurisprudencial sostiene que el fundamento de la atenuación consiste en que la pérdida de derechos, es decir, el menoscabo del derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, equivale a una pena natural, que debe compensarse en la pena que vaya a ser judicialmente impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (la pérdida de bienes o derechos derivada del proceso penal) y el mal causado por la conducta delictiva (*SSTC 177/2004* y *153/2005*).

Por lo tanto, esa pérdida de derechos debe determinar la reducción proporcional de la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto a la que corresponde por el grado de culpabilidad. Ahora bien, que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad, pues ésta es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de su comisión y el paso del tiempo no comporta, por lo tanto, que disminuya o se extinga (*SSTS 987/2011, de 5-10*; *330/2012, de 14-5*; y *484/2012, de 12-6*).

De esta forma se consideraron plazos irrazonables: nueve años de duración del proceso penal (*SSTS 655/2003, de 8 de mayo*; y *506/2002, de 21 de marzo*); ocho años (*STS 291/2003, de 3 de marzo*); 7 años (*SSTS 91/2010, de 15 de febrero*; *235/2010, de 1 de febrero*; *338/2010, de 16 de abril*; y *590/2010, de 2 de junio*); 5 años y medio (*STS 551/2008, de 29 de septiembre*); y 5 años (*SSTS 271/2010, de 30 de marzo*; y *470/2010, de 20 de mayo*). Mientras que para la estimación de esta atenuante como muy cualificada, en las sentencias de casación se suele aplicar, nos recuerda la *STS 360/2014, de 21 de abril*, en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las *sentencias 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso*); *655/2003, de 8 de mayo (9 años de tramitación*); *506/2002, de 21 de marzo (9 años*); *39/2007, de 15 de enero (10 años*); *896/2008, de 12 de diciembre (15 años de duración*);

132/2008, de 12 de febrero (16 años); *440/2012, de 25 de mayo (diez años*); *805/2012, de 9 octubre (10 años*); y *37/2013, de 30 de enero (ocho años*). Parámetros desde los que debe desestimarse el motivo formulado: el período de siete años para un proceso conlleva ínsita, conforme al criterio anterior, la calificación de duración irrazonable, si bien no es tal entidad como para la apreciación de la atenuante como muy cualificada...".

ATENUANTE CUALIFICADA DE DILACIONES INDEBIDAS.CELEBRACION DEL JUICIO DIEZ AÑOS DESPUES DE LOS HECHOS

SAP MURCIA (3) N 127/2018 DE VEINTIUNO DE OCTUBRE. PTE: JOSE LUIS GARCIA FERNANDEZ

Como hemos adelantado asiste razón a los recurrentes en cuanto a que la dilación sufrida en el enjuiciamiento de la causa es desproporcionada, el accidente ocurrió el 28/05/2007, por *auto de 3/08/2007 se incoaron las Diligencias Previas nº 762/2007* por delito de lesiones, habiendo tomado declaración como imputados ya en el año 2008, y siendo celebrado el juicio oral en dos sesiones 27/02 y 3/03 del 2017, casi diez años, dicha duración es desproporcionada, por el cual se debe tenerse por muy cualificada, circunstancia que debe ser para todos los acusados, incluso concurre para los acusados Roque y Nicolás, cuyo retardo en aportar la documentación requerida por el Juzgado a la causa se debió a la situación de crisis económica. La reparación del daño, por mucho que se realizara por las aseguradoras, no fue tardía, pues se realiza en fase de instrucción, tal y como con minucioso detalle menciona la sentencia, por lo que procede estimar dicho dato a la hora de individualizar las penas a imponer. Que la sentencia adjetive las dilaciones indebidas de simple no opta para que, por la sala entienda justificada su declaración como muy cualificada y por ello rebajar en dos grados la pena a imponer.

APLICA LA ATENUANTE MUY CUALIFICADA DE DILACIONES INDEBIDAS AL TRANSCURRIR 9 AÑOS DESDE LOS HECHOS HASTA LA SENTENCIA

SAP SEVILLA (1) N 166-2020 DE VEINTIOCHO DE MAYO. PTE: PURIFICACION HERNANDEZ PEÑA

…la sentencia de instancia aprecia la atenuante simple de dilaciones indebidas en su fundamento de derecho 16.2, por cuanto el día 1 de marzo de 2013 se remitió la causa al Juzgado de lo Penal no habiéndose dictado la sentencia hasta el 13 de febrero de 2017, por lo que había transcurrido casi siete años desde que ocurrieron los hechos hasta el dictado de la sentencia y además la causa estuvo paralizada durante cuatro años en el Juzgado de lo Penal por causas no imputable a la conducta del acusado.

La sentencia de instancia entiende que esa paralización debe ser motivo para

apreciar la atenuante de dilaciones indebidas como simple pero no como muy cualificada dado que la instrucción de la causa se realizó en un plazo ajustado, pues ocurren los hechos el 10 de febrero de 2011, la causa fue remitida a reparto dos años después, el 1 de marzo de 2013 y las demoras más importantes en la tramitación se han ocasionado en el *Juzgado de lo Penal, por diversas suspensiones de juicio no imputable al acusado hasta el dictado de la sentencia el 13 de febrero de 2017* lo que supone un plazo de 6 años desde la fecha en que produjeron los hechos.

…En el caso de autos y vistos los hitos procesales, sin despreciar que se sigue la causa contra un acusado por tres delitos con tres acusaciones, con una corta instrucción, sin embargo las paralizaciones sufridas de la causa se ocasionaron en la fase de enjuiciamiento y resolución, en especial, desde la llegada el procedimiento en marzo de 2013 al Juzgado de lo Penal pasó un año y seis meses sin llevar a cabo ninguna actuación y posteriormente, sin que sea imputable al acusado hubo varias suspensiones de juicio oral, transcurriendo cinco años menos 16 días desde la recepción en el Juzgado de lo Penal y el dictado de la sentencia de instancia. Si a dicho plazo se le une que la causa fue remitida en septiembre de 2017 a esta Audiencia para la resolución del recurso y a la fecha del dictado de la sentencia de segunda instancia ha transcurrido el plazo de más de dos años, debemos considerar que hubo un retraso verdaderamente injustificado más allá de lo extraordinario.

Las paralizaciones sufridas en la causa exceden de las extraordinarias, dado que ni la complejidad del litigio ni los márgenes de duración normal de procesos similares, llevan a estimar los plazos sufridos de injustificados e irrazonables, y, en este caso, más que extraordinarias.

La atenuante de dilaciones indebidas en la modalidad como muy cualificada parte de la premisa de que no es suficiente con que las circunstancias particulares del caso permitan hablar de una dilación del proceso extraordinaria, sino que ha de tratarse de una dilación especialmente extraordinaria o superextraordinaria, (como regla general, a partir de 8 años).

…En el presente caso, la duración total del proceso excede de la dilación indebida de forma muy extraordinaria no atribuible al inculpado sin la complejidad de la causa justifique los plazos de duración del proceso que ascienden a los nueve años, por lo que procede estimar como muy cualificada la misma, lo que debe llevarnos a estimar la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, estimando el motivo del recurso, lo que tendrá repercusión en la determinación de la pena al verse reducida la pena en un grado.

APRECIA ATENUANTE MUY CUALIFICADA DE DILACIONES INDEBIDAS AL TRANSCURRIR CASI DIEZ AÑOS DESDE EL ACCIDENTE HASTA LA CELEBRACION DEL JUICIO

SAP MURCIA (3) N 292/2020 DE VEINTIUNO DE OCTUBRE. PTE: JOSE LUIS GARCIA FERNANDEZ

…asiste razón a los recurrentes en cuanto a que la dilación sufrida en el enjuiciamiento de la causa es desproporcionada, el accidente ocurrió el 28/05/2007, por *auto de 3/08/2007 se incoaron las Diligencias Previas nº 762/2007* por delito de lesiones, habiendo tomado declaración como imputados ya en el año 2008, y siendo celebrado el juicio oral en dos sesiones 27/02 y 3/03 del 2017, casi diez años, dicha duración es desproporcionada, por el cual se debe tenerse por muy cualificada, circunstancia que debe ser para todos los acusados, incluso concurre para los acusados Roque y Nicolas, cuyo retardo en aportar la documentación requerida por el Juzgado a la causa se debió a la situación de crisis económica. La reparación del daño, por mucho que se realizara por las aseguradoras, no fue tardía, pues se realiza en fase de instrucción, tal y como con minucioso detalle menciona la sentencia, por lo que procede estimar dicho dato a la hora de individualizar las penas a imponer. Que la sentencia adjetive las dilaciones indebidas de simple no opta para que, por la sala entienda justificada su declaración como muy cualificada y por ello rebajar en dos grados la pena a imponer.

13. ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO

ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO

SAP CUENCA (1ª) N 85/2020, DE 22 DE SEPTIEMBRE. PTE: JAVIER MARTÍN MESONARO

Por el contrario, sí consideramos que debe prosperar el recurso en cuanto a la atenuante de reparación del daño pues la víctima fue debidamente indemnizada, y si bien una parte de la indemnización fue satisfecha por la compañía aseguradora, otra no desdeñable, como refleja el fundamento jurídico sexto de la resolución recurrida, fue abonada por la empresa.

ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO. NO CONCURRE CUANDO INDEMNIZA LA COMPAÑÍA DE SEGUROS

SAP TARRAGONA (2ª) Nº 115/2020, DE 24 DE MARZO. REC: 157/2019. PTE: IGNACIO ECHEVARRÍA ALBACAR

Entrando a conocer los motivos del recurso interpuesto por el Ministerio Público advertir que el mismo debe ser estimado íntegramente.

En lo que respecta a la atenuante de reparación del daño apreciada en Sentencia, la Sala entiende que asiste de razón al recurrente.

Efectivamente, la reparación del daño prevista en el art. 21. 5ª del Código Penal se erige como clara manifestación de una política criminal orientada a la protección de las víctimas de los delitos y precisa para su estimación que el

culpable del delito de que se trate haya reparado objetivamente el daño o el perjuicio causados, total o parcialmente, según su capacidad y sus posibilidades concretas.

Especialmente ilustrativa, a los efectos que nos ocupan, resulta la reciente STS de 6 de noviembre de 2014, que, con cita de otras, despeja la cuestión relativa a la naturaleza de la atenuante tras el devenir jurisprudencial que le ha venido dando distintos tratamientos, y a los límites para su aplicación:

"Con carácter previo conviene delimitar la "ratio atenuatoria" de esta circunstancia en su actual formulación legal. Asíesta Sala, SSTS. 198/2014 de 19.3,707/2012 de 20.9,365/2012 de 15.5,1310/2011 de 27.12,954/2010 de 3.11, tiene declarado "La reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos se regulaba en el C.P. anterior dentro del arrepentimiento espontáneo, configurándose en el C.P de 1995 como una atenuante autónoma de carácter objetivo fundada en razones de política criminal.

Por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior. Por su fundamento de política criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable, sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica.

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues este precepto se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación del daño moral puede integrar las previsiones de la atenuante.

Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha

ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, ser valorada como un indicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de pena"

Al caso de autos, a pesar de las alegaciones de oposición al recurso, en aplicación del artículo 726 de la LECrim que nos da derecho a acceder a documentos en el análisis de la cuestión planteada, queda claro que la reparación corrió a cargo y costa de la entidad aseguradora según se traduce de los folios 96 a 99 del rollo de enjuiciamiento de la causa, lo que impide su traslación a efectos punitivos a favor de los acusados.

No obstante, tal circunstancia no tiene efecto modulativo de pena en tanto la misma ya es impuesta rebajada en un grado por el Juez de instancia en su mínimo legal por la apreciación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.

NO CABE APRECIAR LA ATENUANTE DE REPARACION DEL DAÑO PUESTO QUE LA INDEMNIZACION LA PAGO LA COMPAÑÍA ASEGURADORA

SAP CADIZ (8ª) N38-20 DE VEINTISIETE DE ENERO DE 2020. PTE: ESTHER MARTINEZ SAIZ.

La atenuante de reparación del daño art 21.6CP, contempla una conducta personal del culpable, y por tanto, se excluye en los casos de pago por compañías aseguradoras en virtud del seguro obligatorio y además, una conducta voluntaria, por cuya razón es inapreciable en los supuestos de constitución de fianza exigida por el Juzgado o de una conducta impuesta por la Administración. En este sentido destacar la STS de la Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha 4/10/12, que establece: “De otro lado, debe tratarse de ac tos personales y voluntarios del responsable del delito o al menos atribuibles al mismo a través de participación activa, por los que quedan excluidas las indemnizaciones entregadas o consignadas por las compañías aseguradoras (STS 1787/ 2000 y STS 218/13) en cumplimiento de las obligaciones legales o contractuales que les compete”.

Así en la STS n 1006/2006 se señala: Desde una perspectiva subjetiva, la atenuante contempla una conducta personal del culpable. Ello hace que se excluyan:1. Los pagos hechos por las compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio. 2. Supuestos de constitución de fianza exigidos por el juzgado. 3. Conductas impuestas por la Administración.

En el presente caso no ha lugar a apreciar la atenuante de reparación del daño en la medida en que el pago de la indemnización al perjudicado se produjo por parte de la aseguradora Reale Seguros, pero no a título personal por parte de ninguno de los acusados.

14. DIVERSAS CUESTIONES PROCESALES

14.1 Art. 324 LECr.

ANÁISIS DEL ART. 324 LECR. DILIGENCIAS ACORDADAS FUERA DEL PLAZO LEGAL

AAP LEÓN (3ª) Nº 569/2020, DE 29 DE JUNIO. PTE: ALVARO MIGUEL DE AZA BARAZON

TERCERO. - Hemos de recordar que la redacción actual del *art 324 de la LECR* señala que las diligencias de instrucción se practicarán durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas. No obstante, antes de la expiración de ese plazo, el instructor a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes, podrá declarar la instrucción compleja a los efectos previstos en el apartado siguiente cuando, por circunstancias sobrevenidas a la investigación, ésta no pudiera razonablemente completarse en el plazo estipulado o concurran de forma sobrevenida algunas de las circunstancias previstas en el apartado siguiente de este artículo. También, excepcionalmente, antes del transcurso de los plazos establecidos en los apartados anteriores o, en su caso, de la prórroga que hubiera sido acordada, si así lo solicita el Ministerio Fiscal o alguna de las partes personadas, por concurrir razones que lo justifiquen, el instructor, previa audiencia de las demás partes, podrá fijar un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción.

Lo primero que quiere ponerse de manifiesto por la Sala es que, como señala el Instructor, la inadmisión de dichas declaraciones como diligencias de investigación nada impide a la parte que las hubiere propuesto que las interese en su escrito de acusación, y, sean en su caso nuevamente practicadas, como pruebas a fin de enervar la presunción de inocencia de los investigados, pues, conocido es que la principal función de las diligencias de investigación es la constatación de indicios que justifiquen la continuación del procedimiento penal y las hipotética condena que cupiera imponer ha de serlo en base a las pruebas practicadas en el acto del juicio oral y no sobre las diligencias de investigación practicadas durante la instrucción.

Se admite por el recurrente que la decisión de practicar dichas diligencias y realización se produjeron trascurrido el plazo de los 6 meses, pero advierte que como lo interesó ante de dicho vencimiento, debiera de admitirse que se acordaran y practicaran después de dicho plazo, al considerar que estaríamos ante un plazo "impropio" ante la imposibilidad del Juzgado de resolver y practicar tales diligencias dentro del plazo de 6 meses. Avanzamos que el criterio de la

Sala va a ser desestimar el recurso.

En el caso que nos ocupa, pese a que cause sorpresa en un procedimiento en el que se investiga el fallecimiento de un trabajador que murió por accidente laboral, ninguna de las partes habían interesado la declaración de complejidad, a fin de ampliar el plazo de instrucción y las diligencias de instrucción se interesaron por escrito de fecha 20 de Noviembre de 2019, es decir apenas dos semanas antes de que concluyera el plazo de los 6 meses de instrucción, sin interesar la complejidad, lo que supuso fiar que el juzgado tuviera capacidad para acordar y practicar dichas declaraciones en el plazo de 2 semanas, plazo extremadamente breve para acometer tales diligencias.

Hemos de recordar que el *art. 324.7 de la LECR* señala que *"las diligencias de investigación acordadas antes del transcurso de los plazos legales serán válidas, sin perjuicio de su recepción tras la expiración de los mismos* ". En base a ello, para que el caso de que las diligencias se hubiera acordado dentro del plazo de 6 meses que concluía el 3 de diciembre, pese que se hubieren practicado con posterioridad, habría que mantener la validez de tales diligencias, que en este caso se habrían practicado dentro del *"plazo impropio"* al que se refiere el recurrente pero, en el caso que nos ocupa, la decisión sobre su práctica fue una vez concluido dicho plazo, resultando a sensu contrario de lo que refiere dicho precepto que aquellas que acuerden con posterioridad no pueden ser tenidas como válidas, por lo que la decisión del instructor es correcta y se ajusta a derecho.

Por ello, hubiera sido conveniente que el solicitante de tales diligencias, interesadas ya en fecha muy próxima a la finalización de la instrucción hubiera interesado la declaración de complejidad con su solicitud o, al menos, unos días antes a su finalización, lo que hubiera permitido al Instructor acordar una complejidad que permitiera realizar las diligencias interesadas, pues como es conocido, dicha declaración de complejidad es a instancia de parte y nunca de oficio.

PLAZO PARA LAS DILIGENCIAS DE INSTRUCCIÓN -ART. 324 LECR-

AAP (2ª) Nº 66/2020, DE 27 DE ENERO- REC: 1795/2020. PTE: CLARA EUGENIA BAYARRI GARCÍA.

UNICO. - Alega el recurrente que el Auto recurrido "deniega *la prueba interesada por un formalismo procesal sin velar por el derecho de defensa fundamental en todo encausado*" alegando que "esta *parte interesó la práctica de las diligencias de investigación con la antelación suficiente para que el propio Juzgado Instructor hubiera acordado su práctica sin necesidad de la prórroga de la fase de instrucción. Es decir, ha sido el propio devenir del Juzgado y la falta de celeridad al acordar la prueba interesada quien ha propiciado la indefensión de esta part*e" reiterando que " *la denegación de la prueba interesada por el motivo*

formal alegado supondrían una vulneración de los derechos fundamentales de mi representado " así como en el hecho de que " *la prueba interesada se acordó fuera del plazo previsto para la instrucción de la causa, si bien m, la petición se encontraba dentro del plazo de seis meses establecido en la Ley* ".

Estos motivos éstos de recurso no pueden ser atendidos, ni compartida por esta alzada la terminología que, en el escrito, se vierte respecto del Ilmo. Juez a Quo.

El cumplimiento de los términos y plazos legalmente establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no constituye un mero "formalismo procesal" caprichosamente contemplado por el Instructor, sino observancia de la Ley Procesal , toda ella, ciertamente, dedicada al establecimiento de los requisitos formales del procedimiento , de obligado cumplimiento para TODAS las partes de un proceso, hasta el punto que constituye "IUS COGENS", o derecho de obligado conocimiento y aplicación, y no mero "formalismo" aplicado por innecesario voluntarismo del Juez Instructor. Pues bien, la *Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 324* (artículo modificado por el artículo único de la Ley nº 41/2015 de 5 de octubre para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, esto es, en vigor desde hace más de tres años) , es clara y taxativa en dos puntos fundamentales : 1) "Las diligencias de instrucción se practicarán durante el plazo máximo de 6 meses **desde la fecha del auto de incoación** del sumario o de las diligencias previas " , no desde que fuere llamado al procedimiento algún o algunas de sus partes, y 2) cualquier prórroga de dicho plazo, NO PUEDE acordarse por el Juez Instructor, sino que ha de ser necesariamente SOLICITADA POR LAS PARTES, si cualquiera de ellas considera que el asunto es complejo, o, por las circunstancias que sean , (como vgr., haber tenido entrada en el procedimiento con posterioridad a la incoación del mismo), consideran necesaria la ampliación de este plazo, como es el caso.

Esta ampliación de los estrictos límites señalados por la Ley para que puedan solicitarse y acordarse medidas de investigación puede verificarse por dos vías: A). - bien por el mecanismo de solicitar la declaración de complejidad de la causa, que ha de ser necesariamente A INSTANCIA DEL MINISTERIO FISCAL (apartado 1 del artículo 324)

B). - bien por el mecanismo de que CUALQUIERA DE LAS PARTES lo solicite excepcionalmente, justificando las razones que para ello concurran (apartado *4 del artículo 4324). SOLICITUD DE PRÓRROGA que ha de solicitarse NECESARIAMENTE POR LA PARTE QUE LO PROPONGA* "***antes del transcurso de los plazos establecidos*** ".

Esto es, la Ley establece que, en este caso, el impulso procesal no es responsabilidad del Juez Instructor, sino de LAS PARTES. Y, si no lo hicieren, "no podrán interesar las diligencias de investigación complementarias previstas en los *artículos 627* y *780 de esta Ley*", ni, consecuentemente, mantener una solicitud acerca de ello formulada con anterioridad, sin, simultáneamente, (o con posterioridad, pero antes de que finalice el plazo sin haberse resuelto sobre lo solicitado) interesar la prórroga de tales plazos, lo que es **preceptivo para la parte.**

La resolución dictada por el Juez a Quo es conforme a Derecho, y respetuosa con los derechos fundamentales de la parte, pues, en la propia resolución contempla que: 1).- la prueba propuesta por la defensa , no es de imposible solicitud para ante el Tribunal que haya de conocer sobre el fondo del asunto, pues se trata de prueba que puede solicitarse en el escrito de conclusiones provisionales y practicarse en el juicio oral (se trata de prueba documental, y de la declaración de dos testigos) y 2).- que ello sólo acaecerá en el caso que se dicte Auto de Apertura de Juicio Oral, lo que aún no se ha producido.

La evitación de dilaciones indebidas en la tramitación de la causa, es garantía para el investigado que no puede perjudicarle. La brevedad en la instrucción sólo puede favorecerle, sin que tenga necesidad alguna, el investigado, de probar su inocencia, pues ésta, es siempre presupuesto y tesis de la que parte todo proceso penal, Por ello, el *artículo 777 LECrim* ("diligencias necesarias"), en relación con el *artº 779 de dicha Ley* ("sin demora") señalan que sólo se practicaran las diligencias esenciales que fueran imprescindibles para formular acusación. En idéntico sentido el artículo 622 en relación con el sumario ordinario ("sin más dilaciones"), artículo que, además, recalca que la valoración acerca de tal extremo compete al Juez de Instrucción (si el Juez Instructor considerase terminado el Sumario).

Esencialidad de las diligencias de instrucción que no perjudica al imputado, quien puede proponer, para el juicio oral, cuantas pruebas de descargo considere precisas para su defensa, momento en que las mismas, de declararse pertinentes, se practicarán. Así pues, si las diligencias practicadas son suficientes para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho (*artº 779 LECrim*), el Juez Instructor está obligado a concluir la fase instructora, sin más demora, tal y como acaece en el caso, sin que sea a ello óbice el que , con anterioridad se haya solicitado por la parte la práctica de una diligencia de toma de declaración a unas testigos, que , de todos modos, no se estima (ni se ha justificado por la parte que las propone) sean esenciales a los fines de concluir la instrucción, por lo que el Juez Instructor no viene obligado por la anterior resolución, en que, fuera del plazo marcado por la Ley, acordó la práctica de tales diligencias pedidas, y sí, por la obligación de urgente conclusión de la instrucción conforme a lo ordenado por el *artículo 324 LECRim* , lo que sólo puede beneficiar al imputado, quien no vé mermado su derecho de defensa por ello, pues, como ya se ha indicado, su inocencia no precisa de prueba, sino que se presume siempre.

Esto es: Si el recurrente nunca aceptó , ni firmó, ni asumió una responsabilidad que, ex lege, está encomendada a otra persona, no necesita de testigos que así lo corroboren, pues ello ha de constar documentalmente acreditado y es la acusación la que ha de acreditar que el hoy recurrente formal y fehacientemente asumió responsabilidad en el campo en el que ahora se le reclama, y que, a sabiendas, incumplió la responsabilidad formalmente asumida, de lo contrario, de no existir indicios serios y concurrentes de criminalidad contra él, la resolución a dictar en un futuro no podrá ser otra que la de denegación de apertura del juicio oral , tal como las propias partes investigadas han solicitado ya por escrito, al

interesar el sobreseimiento. De ser así, la dilación de la fase de instrucción, no puede más que perjudicarle, siendo lo procedente concluir el procedimiento contra él abierto sin mayor dilación. Si, por el contrario, existen en la causa indicios de su responsabilidad penal, la práctica de la testifical propuesta será indicio concurrente de signo exculpatorio, que no corresponderá al Juez instructor valorar, sino, en su caso, al Tribunal que conozca del fondo del asunto, quien deberá valorar tanto los indicios incriminatorios cuanto los exculpatorios, por lo que dichas diligencias de prueba es innecesario verificarlas en periodo de instrucción, pudiendo practicarse en el juicio oral. Es, así pues, inútil, alargar la fase de instrucción del procedimiento.

El Ilmo. Juez a Quo no ha dejado de *velar por el derecho de defensa fundamental del encausado.* Ni existe defecto en la "celeridad" con que debiera haber resuelto la solicitud de prueba, que, atendidas las circunstancias del caso (Juzgado Mixto, de primera Instancia e Instrucción de Sagunto, con un volumen de trabajo conocido por todos los operadores del Foro), es absolutamente correcta, sin que la parte, única llamada a solicitarlo, hubiese, con anterioridad a la finalización del plazo marcado por la Ley, solicitado su ampliación.

Al respecto ha de señalarse que la recurrente no es parte, como se deja entrever, desde el día 20 de junio de 2019 (en que prestó declaración como investigado). Ni siquiera desde el 27 de mayo de 2019, fecha para la que fue citado a declarar en primer llamamiento, suspendiéndose y retrasándose a su instancia, sino desde **el 11 de abril de 2019**, en que se dictó Auto teniéndolo por investigado. Cierto que no se le cita a declarar para el día siguiente, pues se otorga a los denunciados un plazo para que su defensa pueda conocer el procedimiento, estudiarlo y preparar la línea de defensa, y en su caso, estudiar las pruebas que quiera proponer y aportar en su descargo, pero ya desde el 11 de abril se le notifica la querella o denuncia presentada contra él, la prueba que por la acusación se ha aportado y solicitado, se le da traslado de las diligencias practicadas hasta ese momento y se le cita a declarar, dándose a la parte traslado de la fecha de incoación del procedimiento. La parte, era pues sabedora, desde **abril de 2019** que el 26 de julio de 2019 concluía el periodo de instrucción, salvo que ella misma solicitase la prórroga extraordinaria establecida en el *apartado 4 del artículo 324 Lecrim*., lo que nunca verificó.

Por todo lo anterior, y sin perjuicio de que pueda la parte proponer, para juicio oral, caso de que se dicte Auto de Apertura de Juicio Oral contra él, cuanta prueba estime pertinente a su derecho, el recurso de apelación ha de ser desestimado, con íntegra confirmación de la resolución recurrida.

Las alegaciones vertidas en el escrito de defensa, referentes a una presunta mala praxis del anterior Letrado que ostentó la defensa del recurrente, o de las otras partes encausadas, respecto de las que se insinúa la creación de documento oficial falso y su aportación estas diligencias, exceden del ámbito de resolución de éste recurso, al ser competencia del ICAV en el primero de los casos, y de la oportuna denuncia ante Juzgado de Guardia , en el segundo, sin lo cual, sólo constituyen meros alegatos no justificados amparados por el

derecho de defensa .

14.2 Auto de sobreseimiento

14.2.1 Sólo se han infringido las normas de salud pública

CONFIRMA LA AP EL AUTO DE SOBRESEIMIENTO DICTADO POR EL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN, AL AFIRMAR QUE ÚNICAMENTE SE ALEGA QUE SE HAN INFRINGIDO NORMAS DE SALUD PÚBLICA, SIN QUE ELLO SE HAYA RELACIONADO CON INFRACCIÓN DE NORMAS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

AAP HUESCA (1ª) Nº 233/2020, DE 21 DE SEPTIEMBRE. REC: 291/2020. PTE: GONZALO GUTIERREZ CELMA

SEGUNDO: Insisten los apelantes en que lo procedente es continuar con la investigación criminal. Tal pretensión no puede prosperar, en lo sustancial por los propios fundamentos de la resolución apelada, anteriormente aceptados y dados por reproducidos en esta ocasión procesal en todo lo que no se opongan a los que a continuación se indican. Lo cierto es que, por muy en cuenta que tengamos que el *artículo 152.2 del Código Penal* en la actualidad comprende también las lesiones del artículo 147.1, desde la reforma introducida por la L.O 2 /2019, tal y como ya lo tiene puesto de manifiesto el juzgado, no se sabe cuándo, dónde y de qué manera resultaron contagiados los apelantes. Es más, no parece que tal cosa se pueda averiguar de algún modo desde el momento que, dada la proliferación de la pandemia, los interesados han podido contagiarse en cualquier otro lugar diferente a su centro de trabajo.

Y en lo que concierne al delito contra los derechos de los trabajadores, previsto y penado en el artículo 316, debe estarse a cuanto ya tiene razonado el juzgado. Los mismos recurrentes, al final de la página tres de sus alegaciones tras la desestimación del recurso de reforma, reconocen con acierto que "se trata de un delito de comisión por omisión que requiere el incumplimiento de las normas de prevención de riesgos en el trabajo" y lo cierto es que, al menos hasta ahora, nadie, ni siquiera los apelantes, ha puesto de manifiesto norma alguna de prevención de riesgo en el trabajo que haya sido infringida sino que, únicamente, se han puesto de manifiesto presuntas infracciones de normas de salud pública, sin conectarlas con la infracción de norma alguna de prevención de riesgos en el trabajo, siendo esa la razón por la que la Inspección de Trabajo consideró que, precisamente por carecer de competencias para exigir el cumplimiento de normas de salud pública, la Inspección de Trabajo no podía adoptar ninguna medida de requerimiento o iniciación de procedimiento sancionador, por lo que así no hay otra alternativa que el sobreseimiento provisional decretado por el juzgado el cual ya ha dado una respuesta fundada en derecho, dando así satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva de los apelantes. La resolución apelada se ajusta a la doctrina expuesta por el *Tribunal Supremo en su auto de 12 de junio de 2006 (Id. Cendoj: 28079120012006201513*) cuando señala que

"Quien formula una querella no tiene un derecho incondicional a la apertura y plena sustanciación de un proceso penal, sino solo a un pronunciamiento motivado del Juez o Tribunal en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que se inadmite su tramitación. Por consiguiente, el auto de inadmisión o desestimación de la querella no vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, siempre que, de conformidad con lo dispuesto en el *art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, el órgano judicial entienda y exponga razonada y motivadamente por qué la conducta o los hechos que se imputan carecen de ilícito penal. (Sic) tesis doctrinal que se mantiene en los *autos del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1986*, *27 de febrero de 1987*, *20 de mayo de 1987* y *16 de junio de 1988, entre otros* y *que también sustenta el Tribunal Constitucional que en auto de inadmisión de recurso 1167/87 de 25 de octubre* y *en la sentencia de 28 de septiembre de 1987*". En el mismo sentido, por citar sólo alguno de los más recientes, pueden citarse los *autos del Tribunal Supremo de 07 de marzo de 2017 (ROJ: ATS 1941/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1941 A - Recurso: 21016/2016)* y *de 21 de octubre de 2019 (Roj: ATS 10947/2019- ECLI:ES:TS:2019:10947 A, Nº de Recurso: 21118/2018*). En definitiva, como lo tenemos repetidamente declarado, quien ejercita la acción penal no tiene, en el marco del *artículo 24.1 de la Constitución Española,* un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la existencia y calificación jurídica del hecho y el juzgado ya ha dado una respuesta fundada en derecho para sustentar el sobreseimiento provisional decretado.

14.2.2 Reapertura de causa sobreseída: requisitos

PARA REABRIR UNA CAUSA SOBRESEIDA PROVISIONALMENTE ES NECESARIO APORTAR NUEVOS DATOS NO TENIDOS EN CUENTA Y, POR TANTO, NO OBRANTES EN LA CAUSA, QUE TENGAN POTENCIALIDAD TRANSFORMADORA DE LA DECISIÑON DICTADA.

AAP VALENCIA 82ª) Nº 1233/2020, DE 28 DE DICIEMBRE. PTE: SALVADOR CAMARENA GRAU

Para que sea procedente reabrir una causa sobreseída provisionalmente es necesario aportar nuevos datos no tenidos en cuenta, y por tanto no obrantes en la causa, que tengan potencialidad transformadora de la decisión dictada.

En el auto de 6.2.2018 (Sr Jesús Miguel) recogimos que la STS, 2ª 338/2015 de 2 de junio indica que “el sobreseimiento provisional tiene dos aspectos. Uno que no resulta modificable sin más cuando el auto adquirió firmeza que es el referente a la insuficiencia de los elementos obrantes en la causa para dar paso a la acusación. Lo más tradicional de nuestras doctrinas procesales ha entendido en este sentido el concepto de sobreseimiento al definirlo "el hecho de cesar el procedimiento o curso de la causa por no existir méritos bastantes para entrar en el juicio". El auto contiene también otro aspecto que autoriza su modificación

sometida a una condición: la aportación de nuevos elementos de comprobación. Dicho en otras palabras: el auto firme de sobreseimiento provisional cierra el procedimiento, aunque puede ser dejado sin efecto si se cumplen ciertas condiciones.

La cuestión que puede plantearse es la de decidir si el sobreseimiento provisional puede ser dejado sin efecto, una vez que la resolución que lo acuerde ha devenido firme y qué requiere la reaperturación de las diligencias.

Resulta patente que esa provisionalidad en el archivo de las diligencias puede plantear problemas de inseguridad jurídica del afectado por la inicial investigación, sobre quien planea la posibilidad de una reapertura. Esa limitación de sus expectativas de seguridad aparece compensada por las exigencias de nuevos datos que permitan ser consideradas como elementos no tenidos en cuenta anteriormente para la decisión de sobreseer. No entenderlo así podría suponer que la desidia o el error una acusación, por no valorar unos datos preexistentes, le permite su reconsideración posterior para solicitar, y adoptar, su reapertura, con lesión a la seguridad del investigado. Es por ello que en la jurisprudencia hemos declarado que el sobreseimiento provisional permite la reapertura del procedimiento "cuando nuevos datos con posterioridad adquiridos lo aconsejen o hagan precisos". Esto quiere decir que la reapertura del procedimiento una vez firme el auto de sobreseimiento provisional depende de que se aporten nuevos elementos de prueba no obrantes en la causa.

Como dijimos en la STS de 30 de junio de 1997:"Es también claro que el error del Fiscal en el estudio de la causa no puede ser fundamento para privar al acusado del derecho procesal a que el procedimiento sólo sea reabierto cuando se presenten nuevos elementos de comprobación. En efecto, el auto cuya validez se cuestiona más que de reapertura del procedimiento en el sentido implícito del art. 641 LEC., lo que hace es otorgar a la acusación un nuevo derecho a formalizar la acusación después de su renuncia expresa a hacerlo en el momento procesal oportuno. Tal duplicación de oportunidades en favor de la acusación resulta incompatible con la interdicción de someter al inculpado a un doble juicio penal ("double jeopardy"), dado que permite que el Fiscal haya dejado pasar la posibilidad de acusar y luego, sin otra razón que su propio error, pueda reabrir el procedimiento sin nuevos elementos de prueba. Si el sobreseimiento provisional ofrece dudas desde el punto de vista del derecho a la presunción de inocencia, esas dudas se multiplican al máxima si se lo entiende como una decisión judicial que permite retrotraer el procedimiento en contra del acusado, como si fuera un recurso de revisión en perjuicio del inculpado. En este sentido la STC 41/97, de 10-3, ha señalado que "la LECr., en los arts. 954 y siguientes sólo admite el recurso de revisión en favor del reo, a semejanza de otros ordenamientos continentales. Que esta decisión legislativa es fruto de consideraciones constitucionales, profundamente arraigadas en el respeto a los derechos fundamentales y al valor superior de la libertad, lo pone de manifiesto el simple dato de que en la V enmienda de la Constitución norteamericana se

consigna la interdicción de someter al reo a un doble juicio penal ("double jeopardy")". Asimismo, en la STS 35/96, de 27-1-96 se sostuvo que "es evidente que, ante la falta de protesta del Ministerio Fiscal para que se de cumplimiento al principio de publicidad, no es posible ahora volver a juzgar al acusado para dar a la acusación una oportunidad procesal que tuvo y, sin embargo, no ejercitó en tiempo y forma. La prohibición del "double jeopardy", es decir del doble peligro de condena (...) no está expreso en la CE, pero está indudablemente implícito en la idea y la tradición de un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, por lo tanto, como un derecho fundamental".

En el mismo sentido la STS 6/2008, de 23 de enero : "Tal acotación de la cuestión explica que entonces dijésemos que no caben interpretaciones extensivas de la reapertura de la causa sin conculcar la garantía de la presunción de inocencia, pero, al tiempo, ya recordábamos que dicha limitación del derecho fundamental resulta sin embargo compensada por las consideraciones que se requieren para dejar sin efecto el sobreseimiento; dicho con palabras del clásico de nuestro derecho procesal antes citado: la existencia de "nuevos datos o elementos de comprobación distintos de los resultantes del mismo". Es decir, el sobreseimiento provisional permite la reapertura del procedimiento "cuando nuevos datos con posterioridad adquiridos lo aconsejen o hagan precisos".

14.3 Auto de transformación de diligencias previas

AUTO DE TRANSFORMACIÓN DE LAS DILIGENCIAS PREVIAS EN PROCEDIMIENTO ABREVIADO

AAP GIRONA (3ª) Nº 405/2020, DE 17 DE SEPTIEMBRE

En lo referente a la ausencia de indicios de delito, y procedencia del archivo de las actuaciones, referir que en fase de admisión de denuncia o de presentación de querella el Juez Instructor no debe realizar una valoración acerca de la veracidad o inveracidad de los hechos, pues no dispone de elementos derivados de diligencias de prueba para llegar a tal conclusión, sino que sólo se le exige un juicio de competencia i otro de tipicidad, con el fin de conocer tanto si es el Juzgado competente para la instrucción, como si lo descrito, caso de ser cierto, constituiría un ilícito penal. Posteriormente en fase de transformación del procedimiento, el razonamiento que se le exige al Juez es de naturaleza diferente y de mayor calado, pues, sin necesidad de valorar la credibilidad de las pruebas subjetivas, sí que debe cohonestar la narración fáctica de lo denunciado con las probaturas practicadas. Así las cosas, la decisión de archivar la causa al amparo del artículo 779.1.1º LECr, sólo podrá ser adoptada cuando las diligencias de prueba practicadas evidencien de forma objetiva y clara, sin necesidad de interpretaciones subjetivas, la inexistencia de los hechos objeto de la investigación o la atipicidad de los que se demuestren existentes, debiendo, en consecuencia, carecer dichos hechos extrínsecamente de apariencia delictiva (STS, Sala 2ª, de 13-3-1996). Finalmente, y ya en el trámite previsto en el art. 783.1 LECr, se recoge un posterior juicio completo sobre la fundabilidad de la

acusación que debe realizar el instructor, valorando la probabilidad de los hechos afirmados por los acusadores en su existencia objetiva, la probabilidad de la participación de os mismos de la persona a la que se quiere acusar y, respecto a esta atribución subjetiva y sus consecuencias, a verificar que la responsabilidad penal no resulta evidentemente excluida en la fase procesal posterior.

Llegados a este punto debe confrontarse la antedicha probatura con las manifestaciones evacuadas por el trabajador en sede de instrucción y el resto de las testificales y la conclusión no puede ser otra que el sobreseimiento de las actuaciones, y no por el mero hecho de que el accidente fuera debido a un descuido suyo sino porque quien lo sufre ostenta la condición de recurso preventivo, esto es, el encargado de velar por la evitación de situaciones como la acaecida ostentando una posición cualificada de garante en cuanto delegado de la empresa para tal cometido y quien por su trayectoria dispone de capacidad para controlar la fuente de peligro, dispone de los medios necesarios que le han sido previamente facilitados por el empresario para conjurar el evento lesivo y finalmente le es exigible el control respecto a las condiciones en que se acomete el servicio.

14.4 Costas

COSTAS ACUSACIÓN PARTICULAR

SAP ALICANTE (3ª) Nº 52/2020, DE 7 DE FEBRERO. REC: 34/2020. PTE: MARÍA AMPARO RUBIO LUCAS

CUARTO.- En cuanto a la impugnación del pronunciamiento de condena al pago de las costas con inclusión de las de la acusación particular, si acudimos a la doctrina jurisprudencial sobre la materia, la *STS de 31 de mayo de 2011* , con cita de las *SSTS 147/2009, de 12-2* ; *381/2009, de 14-4* ; *716/2009, de 2-7* ; y *773/2009, de 12/7* , recuerda que la inclusión de las costas de la acusación particular en la condena deriva de la aplicación de los *artículos 123 del CP* y *240 de la Lecrim (Ley de enjuiciamiento criminal*), "salvo cuando ésta haya formulado peticiones no aceptadas y absolutamente heterogéneas con las del Ministerio Fiscal y con las acogidas por el Tribunal, de las que se separa cualitativamente, evidenciándose además como inviables, extrañas o perturbadoras".

Ya en la *STS de 15 de abril de 1999,* se señalaba que "Es doctrina generalmente admitida por esta Sala, que procederá incluir en las costas, las devengadas por la acusación particular, salvo cuando ésta haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto a las conclusiones aceptadas en la sentencia (SS *de 6.4.89*, *2.22.89, 9.3.91*, *22.12* y *27.2.92* y *8.2.95*)".

Desde la *STS de 16 de julio de 1998* hasta la más reciente de 24 de septiembre de 2014, la doctrina jurisprudencial en la materia ha seguido los criterios señalados, esto es, que la condena en costas ha de incluir las de la acusación

particular en el caso de delitos perseguibles a instancia de parte y, en los demás, ésta es también la regla general, mediando petición de la parte; y que, por lo común, solo se exige un especial esfuerzo de motivación de la resolución judicial cuando deban ser excluidas, lo que únicamente procederá "cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua, o bien gravemente perturbadora por mantener posiciones absolutamente heterogéneas con las de la acusación pública y con las aceptadas en la sentencia o pretensiones manifiestamente inviables".

No existe heterogeneidad cualitativa cuando se pide la condena por un delito contra la seguridad y salud de los trabajadores de los *art. 316* y *318 CP* y por un delito de lesiones, por imprudencia profesional grave, del *art. 152.3 en relación con el art. 152.1.1 CP*, al igual que el Ministerio Fiscal, y no se puede calificar de inútil o superflua la actuación de la Acusación Particular, menos aún de perturbadora, cuando ha propuesto pruebas adicionales a las propuestas por el Ministerio Fiscal que han sido admitidas por considerarse pertinentes.

Tampoco concurre motivo alguno para su moderación. Por ello, este motivo de impugnación también debe ser rechazado.

COSTAS DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR

SAP GRANADA (1ª) Nº 106/2020, DE TRECE DE MARZO. PTE: MARIO ALONSO ALONSO

El motivo debe ser desestimado. La sentencia del Tribunal Supremo 890/2013, de 4 de diciembre, con cita, entre otras, de las sentencias 1100/2011, de 27 de octubre, 135/2011, de 15 de marzo o 833/2009, de 28 de julio, expresa la doctrina de dicho Tribunal sobre la cuestión que plantea la parte recurrente, declarando que las costas del acusados particular han de incluirse entre la impuestas al condenado, salvo que la pretensiones de aquél fueran manifiestamente desproporcionadas, erróneas o heterogéneas en relación a las deducidas por el Ministerio Fiscal o as recogidas en sentencia, relegándose a un segundo plano el antiguo criterio de la relevancia, sosteniendo que la *inclusión d en la condena en costas de las originadas a la víctima o perjudicados por el delito que se persona en las actuaciones en defensa de sus intereses y un ejercicio de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE) constituye, en consecuencia, la aplicación última al proceso penal del principio de causalidad como destaca la doctrina procesal. El efecto de este principio es el resarcimiento por el condenado declarado culpable del acto delictivo que causó el perjuicio, del gasto procesal hecho por la víctima en defensa de sus intereses.*

Así pues, la condena en costas al responsable del delito o delitos enjuiciados incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular o actor civil. La exclusión de las costas devengadas por 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. Y será el apartamiento de esta regla general el que debe ser especialmente motivado en cuanto se excluya el deber del condenado de su pago. De ese modo, solo será exigible la motivación expresa en ese punto cuando el juzgador encuentre razones para apartarse del criterio general que es precisamente el de la imposición al condenado de las costas de la acusación particular. No existe, por tanto, fundamento alguno para sostener la pretensión que formula la parte recurrente y que, en definitiva, se circunscribe a un innecesario pronunciamiento expreso sobre el alcance de la condena en costas que efectúa la sentencia apelada.

COSTAS PROCESALES: CUANTIFICACIÓN

SAP HUELVA (1ª) Nº /2020, DE 30 DE SEPTIEMBRE. PTE: LUIS G GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS.

Según el artículo 123 del Código Penal, las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito. Ahora bien, como tiene reiterado la Jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 12-06-2008, entre otras muchas) el reparto de las costas deberá realizarse, en primer lugar, conforme al número de delitos enjuiciados, dividiendo luego la parte correspondiente entre los distintos condenados, declarándose de oficio la porción de costas relativa a los delitos o acusados que resultaren absueltos, todo ello en aplicación de los artículos 109 del Código Penal y artículos 240.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

En el caso enjuiciados, se trata de tres acusados de los cuales dos quedan absueltos, por lo que las costas deben imponerse al único condenado, pero señalando la parte proporcional correspondiente, que en este caso debe ser una tercera parte, y declarándose de oficio dos terceras partes de las costas.

COSTAS DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR

SAP LOGROÑO (1ª) Nº 164/2020, DE 23 DE DICIEMBRE. REC: 18/2020. PTE: RICARDO MORENO GARCÍA

Sostiene la recurrente que debe excluirse de la imposición de las costas procesales las correspondientes a la acusación particular por sostener unas peticiones indemnizatorias "*...absolutamente alejadas de los solicitado por el Ministerio Fiscal (317.000€) y de lo concedido por sentencia (280.213,70€)* "

Al efecto establece la *STS de 6-3-2019 (nº 119/19, Rec. 779/18*) que:

<< *En materia de costas de la acusación particular esta Sala ha declarado con*

reiteración que (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 3 Abr. 1995, Rec. 2063/1994Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 03-04-1995 (Rec. 2063/1994)) es doctrina generalmente admitida por esta Sala que, conforme a los arts. 109 CP Legislación citada que se aplica Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. art. 109 (01/07/2015) y 240 LECrim Legislación citada que se aplica Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. art. 240(01/06/1997)., ha de entenderse que rige la "procedencia intrínseca" de la inclusión en las costas de las de la acusación particular, salvo cuando ésta haya formulado peticiones no aceptadas y absolutamente heterogéneas con las del MF (Cfr. SS 6 Abr. 1988, 2 Nov. 1989, 9 Mar. 1991,22 Ene. y 27 Nov. 1992 y 8 Feb.1995, entre muchas). Además, la regla general es que, habiendo sido pedidas, procede la inclusión de las costas devengadas por la acusación particular; y el apartamiento de la regla general citada debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado (SSTS. 774/2012, 25 de octubre Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 25-10-2012 (Rec. 77/2012); 1033/2013, 26 de diciembre Jurisprudencia citada a favor STS, Sala de lo Penal, Sección: 1ª, 26/12/2013 (Rec. 785/2013) Jurisprudencia de la Sala. Costas procesales: basta una genérica petición de condena en costas para que se entienda comprendida la petición de que se incluyan las causadas por la acusación particular.) ...>>

De igual manera en al *STS 2-6-2016* se indica:

<<Asimismo ha afirmado esta Sala de casación que, si bien ese criterio de la homogeneidad y de la coherencia con las tesis admitidas en la sentencia es el prioritario, ha de atenderse en un segundo plano también al criterio de la relevancia, denegándose la imposición de las costas correspondientes a la acusación particular cuando la intervención de esta parte resulte superflua o inútil (SSTS 518/2004, de 20-4;37/2006, de 25-1;1034/2007, de 19-12;147/2009, de 12-2; y 567/2009, de 25-5).>>

Pero analizando el procedimiento no cabe calificar, como no lo ha hecho la sentencia recurrida , a la actuación llevada a cabo por parte de la acusación particular como superflua o inútil dado que se ha llegado a una condena penal y de igual manera la existencia de discrepancia en cuanto a la cuantía indemnizatoria debe ponerse en relación con la aplicación de factores de corrección, sin que por sí misma tal petición indemnizatoria en relación con lo actuado pueda calificarse de perturbadora o superflua.

En atención a todo lo cual procede la desestimación del motivo alegado.

14.5 Legitimación

14.5.1 Legitimación para recurrir

LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR

SAP GRANADA (1ª) Nº 106/2020, DE TRECE DE MARZO. PTE: MARIO ALONSO ALONSO

Por ello, ambos motivos deber ser desestimados, ante la manifiesta falta de legitimación para instar una modificación fáctica de la sentencia que no produce afectación alguna en la esfera de interés del recurrente, en línea con la reiterada doctrina jurisprudencial que considera incuestionable que las personas legitimadas activamente para recurrir, además de reunir la condición de ser parte en el proceso, tienen que encontrarse agraviadas o perjudicadas por el sentido desfavorable de la resolución y en este interés legítimo en obrar está la medidas del derecho a impugnar, expresando la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2002 -que es citada por la sentencia 61/2019, de 1 de febrero de la Audiencia Provincial de Madrid- que la legitimación procesal viene determinada por el carácter desfavorable que la resolución judicial presenta para el que recurre, lo que, asimismo, declaran sentencias de nuestro alto Tribunal de 29 de octubre y 22 de noviembre de 1982, 29 de enero de 1991 o 26 de junio de 1995.

14.5.2 Legitimación de tutora

LA AP CONFIRMA LA FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA TUTORA PARA EJERCITAR LAS ACCIÓN PENAL, AL NO HABER CUMPLIDO LOS REQUISITOS LEGALMENTE ESTABLECIDOS.

SAP VIZCAYA (6ª) Nº 90031/2020, DE 11 DE FEBRERO. PTE: ÁNGEL GIL HERNÁNDEZ.

Aplicando esta nueva normativa al caso de autos, en el que se ha dictado Sentencia absolutoria se observa que por parte del recurrente no se ha solicitado la anulación de la Sentencia de instancia, lo que priva a esta Sala de la facultad decisoria mencionada anteriormente, conteniendo aquélla suficiente motivación del proceso lógico seguido para llegar a tal conclusión, en la que se ha estimado la cuestión previa de falta de legitimación activa de la acusación particular por no haber solicitado la misma la autorización judicial que prevé el art. 271.6º del Código Civil para formular acusación en el presente procedimiento.

Y es que la cuestión debatida no alberga duda alguna para esta Sala; como bien se argumenta en la Sentencia recurrida, lo que no puede obviarse la absoluta falta de legitimación de aquélla, pues, en términos del Juez a quo lo que no podrá afirmarse finalmente en nuestro procedimiento, en consecuencia pues, es que la tutora de nuestro incapaz sea parte debidamente legitimada pues, de acuerdo con lo ya expuesto y con lo que aún se expondrá, no consta que la misma, en efecto, haya cumplido en su momento las exigencias y requisitos legalmente establecidos y aquí aplicables para encontrarse investida del derecho en virtud del cual ha pretendido obtener tanto consecuencias penales como civiles contra los distintos acusados y mercantiles implicados.

Así es, el devenir procesal de la causa es claro: no se formalizó reclamación civil concreta hasta escrito de fecha 16 de Mayo de 2.016, coincidiendo con la

solicitud de apertura de juicio oral y formulación de acusación, escrito al que no se acompañó justificación de una concreta autorización judicial previamente obtenida por la tutora a fin de ejercitar tales acciones en representación de su tutelado incapaz a la vez que esposo.

Es más, dicho escrito de acusación y reclamación civil ni siquiera fue presentado por Dña…. sino por el Procurador D… expresamente en nombre y representación del incapaz, lo que añado un plus de ilegitimidad a su pretensión, con lo que se ha producido un claro incumplimiento de la legislación aplicable, por cuanto la tutela y su ejercicio son objeto específicamente de regulación en el Código Civil en cuanto tal derecho común atinente a las personas así como a su capacidad y límites y, por extensión, en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (artículos 61 y siguientes) en cuanto a la forma de nombramiento de tutor pero también al procedimiento específico para recabar la autorización judicial previa que nos ocupa y que, como se anunció al comienzo de la presente exposición en coincidencia con el parecer de las distintas defensas en nuestra causa, debió

en efecto recabarse en su momento y previamente si lo que pretendía la tutora del trabajador era válidamente acusar y reclamar civilmente en nombre de éste en el actual procedimiento, como señala la Sentencia recurrida, lo que conlleva su confirmación y la imposibilidad para esta Sala de entrar en el fondo del asunto, por cuanto tampoco lo ha hecho el Juez a quo, todo ello debidamente fundamentado.

14.6 Incongruencia omisiva

LA AP ANULA PARCIALMENTE LA SENTENCIA ABSOLUTORIA DICTADA POR EL JUZGADO DE LO PENAL POR INCONGRUENCIA OMISIVA

SAP VIZCAYA (2ª) Nº 90091/2020, DE 22 DE ABRIL. PTE: JUAN MANUEL AYALA GARCÍA.

La sentencia elude pronunciares- según el recurrente- sobre la acusación realizada por el Ministerio Fiscal respecto a la aplicación del artículo 316 CP referido a oros trabajadores de la obra. Dichos otros trabajadores, afirma están claramente diferenciados en su escrito de acusación, cuyas conclusiones fueron elevadas a definitivas en el momento correspondiente. Además de que el contenido fáctico (en el relato de hechos del escrito) de la acusación ejercida aludía a otros trabajadores puestos en peligro, el sentido de la acusación por el artículo 316 CP en concurso ideal con el delito de homicidio por imprudencia del artículo 142.1 CP es precisamente el abarcar el peligro generado respecto a otros trabajadores. Sobre ello no se pronuncia la sentencia lo que motiva la incongruencia omisiva o fallo corto y denegación de la tutela judicial efectiva.

1.Como es sabido y se explica en el escrito de recurso -seguimos la STS ROJ: STS 2094/2018, FD SEXTO - *El vicio denominado por la jurisprudencia "incongruencia omisiva" o también "fallo corto" aparece en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia vulnera el deber de atendimiento y resolución de*

aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte, integrado en el de tutela judicial efectiva, a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada. Aparece, por consiguiente, cuando la falta o ausencia de respuesta del Juzgador se refiere a cuestiones de derecho planteadas por las partes, no comprendiéndose en el mismo las cuestiones fácticas, que tendrán su cauce adecuado a través de otros hechos impugnativos, por lo que no puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones, bastando con la contestación a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión.

El derecho a la tutela judicial efectiva incluye, en palabras del Tribunal Constitucional, «el de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada que se ajuste al núcleo de las pretensiones deducidas por las partes, de modo que si la resolución que pone término al proceso guarda silencio o deja imprejuzgada alguna de las cuestiones que constituyen el centro del debate procesal, se produce una falta de respuesta o incongruencia omisiva contraria al mencionado derecho fundamental» (STC 67/2001, de 17 de marzo).-

En el mismo sentido, la STS de 15 de octubre de 2019 ROJ: STS 3308/2019, FD tercero, reconoce al Ministerio Fiscal este derecho: *Consecuentemente, la jurisprudencia de la Sala Segunda, ha reconocido que el derecho a la tutela judicial efectiva puede ser invocado por el Ministerio Fiscal, o la acusación particular, cuando su pretensión punitiva, dándose los presupuestos procesales para ello, no obtiene respuesta alguna del Tribunal de Instancia o bien la misma es arbitraria, irrazonable o absurda, vulnerándose de esta forma lo recogido en los arts. 24.1 , 9.3 y 120.3, todos ellos de la Constitución Española , en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos (STS 178/2011, de 23 de febrero).*

2. A juicio de la Sala es claro que estamos ante un supuesto de incongruencia omisiva, además expresamente -pero, a nuestro juicio, erróneamente- manifestado en la resolución, FD Tercero, cuando se afirma que *se trataría de un delito de riesgo cuyas víctimas son los citados trabajadores (*se refiere a los que en los tajos de las zonas de claraboyas), *pero dicho delito no ha sido objeto de acción penal por el Ministerio Fiscal.*

La acusación abarcaba a los demás trabajadores que pudieran haberse visto afectados por el peligro generado por la omisión de las medidas adecuadas. Esta afirmación deriva de que estos son incluidos expresamente en el escrito de acusación. Los párrafos son los aludidos por el recurrente, con referencias expresas al riesgo de caída que sufrieron otros trabajadores y señalando expresa y específicamente dicho riesgo con diferenciación de casos: los que trabajaban en la zona de claraboyas (en los remates de la fachada) y los de otros tajos que pudieran transitar por la zona de claraboyas.

3. También es deducible la acusación por el delito del 316 CP en relación con los otros trabajadores porque se acusó por dicho delito de peligro en concurso ideal con el delito de resultado imprudente.

La Jurisprudencia ha adoptado de forma unánime dicha calificación en aquellos casos en que junto al trabajador accidentado hubo otros que estuvieron sometidos al peligro grave, aunque este no concluyó en un resultado lesivo concreto. En estos casos, la comprensión de todo el desvalor de la conducta requiere acudir al concurso ideal de delitos entre el (o los) de resultado y el de peligro (STS 1188/1999, de 14 de julio, Fundamento de Derecho 7, ROJ: STS 5085/1999; también STS 2445/2001, de 22 de diciembre, Fundamento de Derecho 3, ROJ: STS 10259/2001; 1036/2002, de 4 de junio, Fundamento de Derecho 3, ROJ: STS 4012/2002; y STS de 25 de abril de 2005 Fundamento de Derecho 1, ROJ: STS 2532/2005). En la jurisprudencia de Audiencias Provinciales, puede verse -con la misma unanimidad-por todas la SAP Sevilla de 14 de enero de 2019 Fundamento de Derecho 5 ROJ: SAP SE 1100/2019.

Por el contrario, la producción de un único resultado lesivo -sin peligro para otros trabajadores- constituye un solo delito imprudente de resultado, por aplicación del principio de consunción del artículo 8.3 CP conforme al cual *el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.* La misma Jurisprudencia citada para la aplicación del concurso ideal insiste en esta conclusión.

4. La pretensión de condena por el delito de peligro respecto a los otros trabajadores había sido educida formalmente por el Ministerio Fiscal y en el momento procesal oportuno. Dicho momento, conforme al artículo 781.1 LECr en relación con 650 LECr, es el de su escrito de calificación en su conclusión primera respecto a los hechos y la segunda respecto a su calificación jurídica. El escrito fue elevado a definitivo con su relato de hechos y su calificación jurídica en los términos previstos en el artículo 788.3 LECr. Aunque el artículo 791 LECr, referido a la sentencia en el procedimiento abreviado, no la regula con detalle, el procedimiento ordinario -de aplicación supletoria a estos efectos -si establece en el artículo 742 LECr la necesidad de que la sentencia resuelva *todas las cuestiones que hayan sido objeto de juicio*…En congruencia con ello, es motivo de recurso de casación conforme al artículo 851 LECr (que suele tomar como guía de los contenidos que debe tener la sentencia) que en la misma no se resuelva *sobre todos los puntos que hayan sido objeto de acusación y defensa.*

5. En realidad, la sentencia no explica por qué considera que no se formuló acusación por el delito del artículo 316 CP relativo a los otros trabajadores que estuvieron en peligro. Simplemente afirma que *el escrito de acusación se refiere únicamente al delito de riesgo del que es víctima el trabajador fallecido*…Sin embargo sí aparecen los otros trabajadores como sometidos a peligro en varios lugares del escrito de acusación y además, en coherencia con ello- como ya hemos explicado- se calificaron los hechos en concurso ideal entre el delito de peligro (respecto a los trabajadores) y el resultado (respecto del trabajador fallecido).

Debemos añadir que tampoco el Ministerio Fiscal dio explicación detallada de su calificación en el informe final.

6. En consecuencia, estimamos que le asiste la razón al recurrente, en el sentido de que la sentencia no se ha pronunciado sobre parte de la acción penal efectivamente ejercida por el Ministerio Fiscal. Se trata de un supuesto de incongruencia omisiva; se integra en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, y solo mediante la nulidad de la sentencia y nuevo pronunciamiento puede ser remediado. Debe pues dictarse nueva sentencia en la que se condene o se absuelva a los acusados sobre uno de los delitos por los que fueron acusados, en los términos que hemos venido razonando.

14.7 Motivación de las sentencias absolutoria

EL DEBER DE MOTIVACION DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS ES MENOS INTENSO QUE EL DE LAS CONDENATORIAS

SAP GUADALAJARA (1) N 62/20 DE DIECINUEVE DE JUNIO. PTE: MARIA VICTORIA HERNANDEZ HERNANDEZ

La primera es que, el nivel de motivación de las sentencias absolutorias es menos intenso que el de las condenatorias, lo que incide sobre el examen de la racionalidad de la motivación fáctica o el error patente que se denuncia en la apelación. Como apunta la *STS nº 892/2016 de 25 de noviembre:* " *Las sentencias absolutorias, en relación con la constatación de la inexistencia de arbitrariedad o error patente, precisan de una motivación distinta de la que exige un pronunciamiento condenatorio. En este supuesto es imprescindible que el razonamiento sobre la prueba conduzca como conclusión a la superación de la presunción de inocencia. Las sentencias absolutorias también precisan de una motivación razonable (STS 1547/2005, de 7 de diciembre). Se hacen eco de esa exigencia los párrafos introductorios del recurso del Ministerio Público "De un lado porque la obligación constitucional de motivar las sentencias contenida en el artículo 120.3 de la Constitución, así como en las Leyes que los desarrollan, no excluyen las sentencias absolutorias. De otro, porque la tutela judicial efectiva también corresponde a las acusaciones en cuanto al derecho a una resolución fundada. Y de otro, porque la interdicción de la arbitrariedad afecta a todas las decisiones del poder judicial, tanto a las condenatorias como a las absolutorias, y la inexistencia de tal arbitrariedad puede ponerse de manifiesto a través de una suficiente fundamentación de la decisión. Sin embargo, no puede dejarse de lado que las sentencias absolutorias no necesitan motivar la valoración de pruebas que enerven una presunción existente a favor del acusado, contraria a su culpabilidad. Antes, al contrario, cuentan con dicha presunción, de modo que, en principio, para considerar suficientemente justificada una absolución debería bastar con la expresión de la duda acerca de si los hechos ocurrieron como sostiene la acusación. O, si se quiere, para ser más exactos, de una forma que resulte comprendida en el relato acusatorio. Pues de no ser así, no sería posible*

la condena por esos hechos" (STS 2051/2002, de 11 de diciembre). La absolución se justifica con la duda, con la falta de razones para condenar".

14.8 Principio in dubio pro reo

PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO

SAP ASTURIAS (3ª) Nº 318/2020, DE 30 DE SEPTIEMBRE. REC: 605/2020. PTE: FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ LUENGOS

Y el principio "in dubio pro reo", también alegado, se dirige al Juzgador como norma de interpretación para establecer que en aquellos otros casos en los que, a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejaren duda en el ánimo del Juzgador, se incline a favor de la tesis que beneficie al acusado (SS. *del TS de 10.7.92* y *15.12.94*). Este principio, tal y como se ha reiterado en multitud de ocasiones, solamente deba aplicarse, cuando una vez practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia (*STC de 1.3.93*), pero está claro que en este procedimiento sí ha sido enervada la presunción.

PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO

SAP HUELVA (1ª) Nº /2020, DE 30 DE SEPTIEMBRE. PTE: LUIS G GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS.

En cuanto a la aplicación que se solicita del principio in dubio pro reo, debe indicarse que el in dubio pro reo es un principio que tiene un carácter eminentemente procesal, utilizable en el ámbito de la crítica de la prueba, e instrumental en orden a resolver los conflictos en los que el Tribunal Supremo no puede llegar a una convicción firme sobre lo probado, casos en que la duda surgida debe ser resuelta a favor del reo. Del tenor de la resolución recurrida dicho principio no es aplicable, puesto que solo es aplicable cuando existe alguna duda sobre la comisión o la autoría del hecho delictivo, lo que no sucede en el supuesto de autos, en que el Juzgado de Instancia explica con claridad qué elementos son los tomados en consideración para llegar al juicio de culpabilidad del acusado, llegando a una convicción en conciencia, excluyéndose toda duda sobre su existencia.

14.9 Recurso de apelación

RECURSO DIRECTO DE APELACIÓN

AAP LEÓN (3ª) Nº 569/2020, DE 29 DE JUNIO. PTE: ALVARO MIGUEL DE AZA BARAZON

Dentro de las diligencias a practicar para el esclarecimiento de los hechos, por

Providencia de fecha 11/12/19 (acontecimiento 145) se acordó practicar ciertas testificales, que fue recurrida en reforma por la representación de los denunciados al haberse acordado tras haber transcurrido el plazo de los 6 meses de instrucción al que se refiere el *art 324 de la LECR,* sin que se hubiera interesado la declaración de complejidad a fin de prolongar dicha instrucción. Dicho recurso de reforma fue estimado por Auto de fecha 11/2/20 (acontecimiento 218) que acordó dejar sin efecto la Providencia de 11/12/19 al igual que las declaraciones testificales realizadas el 27 de enero del 2020, sin perjuicio de ser solicitadas en el momento procesal oportuno por los interesados.

Contra dicho Auto se interpuso nuevo recurso de reforma y subsidiario de apelación que fue inadmitido por *Auto de fecha 25/2/20* (acontecimiento 226) y, contra dicho Auto se ha interpuesto nuevamente por el recurrente recurso directo de apelación en el que, desde el punto de vista formal, se dice que en su día debió admitirse el recurso de apelación contra el Auto de fecha 11/2/20 ya que era subsidiario (reconociendo por tanto que el de reforma se interpuso erróneamente, pues no cabe recurso de reforma frente al auto que resuelve otro recurso de reforma) y, en cuanto a fondo de la cuestión interesa que se deje sin efecto la Providencia de 11 /12/19 ya que si bien es cierto que las diligencias se acuerdan tras el plazo de los 6 meses de instrucción, las mismas fueron interesadas antes de que dicho plazo concluyera y el propio juzgado señala que el exceso de trabajo le impidió resolver antes de que concluyera el mismo.

SEGUNDO.- Pese a la aparente complejidad de lo que se acaba de relatar, lo cierto es que, pese a que contra el *Auto que inadmitió el recurso de reforma y subsidiario de apelación, el de fecha 25/02/20* , hubiera de haberse dado la posibilidad de interponerse recurso de queja, pero por el Juzgado de instrucción se dio recurso de reforma y apelación, y el recurrente ha interpuesto el recurso directo de apelación, lo que en su suma conduce a que la Audiencia Provincial revise dicho pronunciamiento al igual que hubiere ocurrido si se hubiere interpuesto recurso de queja. Y, en este sentido, se considera hubiere sido más correcto que el Instructor, en vez de inadmitir el recurso de reforma y subsidiario de apelación, como el auto resolutorio del recurso de reforma era apelable directamente, haber procedido como señala el Ministerio Fiscal y el recurrente, es decir, haber inadmitido el recurso de reforma y haber admitido la apelación, no como subsidiario sino como directo, considerando que error del recurrente al interponer reforma era subsanable, considerando la Sala demasiado formalista la decisión del Instructor de inadmitir ambos recursos, el de reforma y el subsidiario de apelación.

Llegados a este punto, lo más correcto sería por tanto estimar parciamente el recurso y acordar retrotraer las actuaciones a la tramitación del recurso de apelación, pero, por economía procesal, ya que finalmente se ha interpuso recurso de apelación directamente, considera la Sala que no tiene sentido posponer varias meses la decisión de una cuestión respecto de la cual todas las partes han podido efectuar sus alegaciones y, por ello, vamos a entrar en la cuestión de fondo y es la revisión de decisión del instructor de considerar que, por lo que las pruebas testificales realizadas el 27 de enero del 2020 y que fueron

acordadas por Providencia de fecha 11/12/19 han de ser dejadas sin efecto al acordarse y realizarse fuera de plazo legal, que había concluido el 3 de Diciembre, sin perjuicio de ser solicitadas en el momento procesal oportuno por los interesados.

APELACIÓN ADHESIVA

SAP GRANADA (1ª) Nº 106/2020, DE TRECE DE MARZO. PTE: MARIO ALONSO ALONSO

Este Tribunal no comparte la interpretación que la referida parte acusada hace del párrafo segundo del art. 790.1 LECr. Este precepto establece que "*la parte que no hubiere apelado en el plazo señalado podrá adherirse a la apelación en el trámite de alegaciones previsto en el párrafo 5, ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convenga. En todo caso este recurso quedará supeditado a que el apelante mantenga el suyo*· una interpretación literal conlleva la posibilidad de que las demás partes que no hayan apelado directamente la sentencia puedan formular una impugnación autónoma de la sentencia, aprovechando el traslado del recurso para que puedan realizar alegaciones sobre el mismo, trámite que prevé el referido párrafo quinto del precepto transcrito. Pues en ese sentido cabe entender la expresión *ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convenga*. La impugnación así planteada quedará, no obstante, supeditada al mantenimiento de la apelación directa, es decir, la inicialmente interpuesta.

El criterio de interpretación restrictivo que postula la parte acusada, conforme al cual el recurso adhesivo que contempla el citado art. 790.1, sólo puede ser concebido como forma de apoyo al recurrente inicial y que ere el seguido por la mayoría de las Audiencias Provinciales, ha sido objeto de modificación en la jurisprudencia más reciente (así, sentencias 585/2019, de 7 de octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid; 340/2019, de 12 de septiembre de la Audiencia Provincial de Granada; o 69/2019, de 21 de noviembre del TSJ del País Vasco, entre otras), no sólo por el significado amplio y genérico de la expresión utilizada que permite plantear alegatos y peticiones distintas a las del apelante inicial y que no hubiera sido necesario emplear si lo que se pretendía era regular la simple adhesión a una pretensión previa, pero sin contenido distinto, sino sobre todo, como expone la sentencia del TSJ de Aragón 28/2019, de 8 de julio, por la interpretación que el Tribunal Supremo viene haciendo del art. 861 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con la adhesión al recurso de casación a partir del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 27 de abril de 2005 en el que abandona la tradicional y reiterada postura restrictiva en relación con la adhesión al recurso de casación. En dicho Pleno acordó "…*admitir la adhesión en casación, supeditada en los términos previstos en la Ley del Jurado, arts. 846 bis b), bis d), bis e) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*". En posteriores sentencias (577/2005, de 4 de mayo y 684/2010, de 25 de octubre) explica el

cambio de criterio en referencia a las sentencias del Tribunal Constitucional 50/2002, de 25 de febrero y 148/2003, de 14 de julio que rechazaron sendos recursos de amparo porque la parte recurrida en un recurso de casación penal no planteó la adhesión, pero argumentando que " si se hubiera planteado y el Tribunal Supremo la hubiera rechazado conforme a su postura tradicional sobre este mecanismo procesal, el alegato de indefensión del recurrido podría haber prosperado". En definitiva, nuestra doctrina jurisprudencial autoriza a la parte recurrida a articular un recurso de casación no preparado ante la Audiencia Provincial, aprovechando el trámite dado al formulado por la parte recurrente con fundamento en que el art. 861 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice "*alegando los motivos que le convengan"*, es decir, los que favorezcan a su postura procesal que, lógicamente, puede ser contraria o diferente a los del recurrente.

A los argumentos expuestos los contenidos en la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de octubre de 2007, en la que se afirma -según recoge la precitada sentencia del TSJ de Aragón -que ese Tribunal *no ha rechazado en ningún momento la posibilidad de caracterizar a la apelación adhesiva como un verdadero medios impugnatorio a través del cual pueden deducirse pretensiones autónomas, incrementando con ello el alcance devolutivo del recurso de apelación principal, si bien se ha preocupado especialmente por salvaguardar las garantías procesales de la otra parte, supeditando la regularidad de tal situación procesal, desde la perspectiva constitucional, a que haya existido la posibilidad de debate contradictorio sobre las pretensiones autónomas contenidas en la impugnación adhesiva, a fin de garantizar las posibilidades de defensa.*

Por lo tanto. Procede examinar los recursos de apelación adhesivamente interpuestos por las representaciones de las acusaciones particulares personadas en este procedimiento.

LA TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN NO TIENE EFECTOS INTERRUPTIVOS DE LA PRESCRIPCIÓN, PRECISAMENTE PORQUE CARECEN DE EFECTO SUSPENSIVO, TAN SÓLO DEVOLUTIVO.

AAP TARRAGONA (2ª) Nº 478/2020, DE 31 DE JULIO. PTE: ANTONIO FERNÁNDEZ MATA

En el caso de autos debemos señalar que no existe discusión ni en la calificación jurídica de los hechos ni en el plazo prescriptivo que debe tenerse en cuenta, que es el de tres años, resultando que desde que se dicta el auto de apertura de juicio oral el pasado 30.6.2017 hasta la fecha de la presente resolución se ha producido una paralización procedimental relevante sin avance material del proceso sobrepasando el plazo prescriptivo de los tres años previsto en el *art. 131 del Código Penal* en la redacción anterior a la reforma operada por LO 5/2010 de 22de junio.

SEGUNDO.- Siendo así, y teniendo en cuenta que la prescripción únicamente

puede interrumpirse en aquellos casos en que se realicen verdaderas actuaciones de las que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del ilícito (*STC 29/2008, de 20 de febrero*), resulta evidente que en el caso que nos ocupa se ha sobrepasado con creces el plazo prescriptivo de tres años que regía para los ilícitos constitutivos de delito contra los derechos de los trabajadores en la fecha de la comisión de los hechos.

En efecto, el examen de las actuaciones nos ha permitido constatar que desde el dictado del auto de apertura de juicio oral de fecha 30.6.2017, hasta la fecha de la presente resolución ninguna resolución interruptiva de la prescripción se ha dictado y, sin que la tramitación del recurso de apelación frente a la resolución objeto de recurso de fecha 25.11.2016 cabe reconocerle eficacia interruptiva del plazo prescriptivo, precisamente porque carecen de efecto suspensivo, tal solo devolutivo.

A la vista de lo anterior, procede declarar la prescripción de los hechos presuntos objeto de denuncia, con declaración de las costas de oficio.

14.10 Valoración de la prueba en segunda instancia de sentencias absolutorias

EN CASO DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS BASADAS EN APRECIACION DE LA PRUEBA, EL TRIBUNAL AD QUEM NO PUEDE REVISAR LAS PRACTICADAS EN PRIMERA INSTANCIA SALVO QUE SE PRACTIQUEN NUEVAS PRUEBAS.

SAP CADIZ (1) N 89-2020, DE 30-3.2020.PTE: MARIA OLIVA MORILLO BALLESTEROS

PRIMERO.- En orden a las facultades revisoras del Tribunal de Apelación en casos de absolución en el que se postula la revocación de la sentencia esta Sala, y en orden a la resolución del recurso de apelación, está vinculada por la doctrina fijada a partir de la *STC 167/2002, de 18 de septiembre* , según la cual " *en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción* " (FJ 1, in fine. Según esta doctrina del Tribunal Constitucional, no puede en segunda instancia valorarse las pruebas que precisan de inmediación, sin haberse practicado dicha prueba ante el Tribunal ad quem, en el mismo sentido la *STC núm.120/09.* 2/2010, 127/2010, 45/2011, 142/2011, 209/2012 o 236/2012

Asimismo el Tribunal Europeo de Derechos humanos y el Tribunal Supremo en *SSTS 1013/2010 de 27 de octubre, 698/2011 de 22 de junio* y *333/2012 de 26 de abril* entre otras han establecido un criterio muy restrictivo respecto de la revisión de las sentencias absolutorias. Esta revisión afecta esencialmente a la

revisión fáctica y no a la revisión estrictamente jurídica, es decir los errores de subsunción, este criterio ha sido admitido por el *TEDH en sentencias de 10 de marzo de 1999 (caso Igual Coll c. contra España*) *en sentencia de 21/9/2010(caso Marcos Barrios contra España*) o *16/11/2010(caso García Hernández contra España*) en la que se aprecia vulneración del *artículo 6.1 del CEDH* cuando la revisión condenatoria se realiza modificándola apreciación de los hechos .

En el mismo sentido la *SSTS 998/2011, de 29 de septiembre* , *1052/2011 de 5 de octubre* , *1106/2011 de 20 de octubre* , *1215/2011 de 29 de diciembre* , *164/2012 de 3 de marzo* , *352/2012 de 3 de mayo* y *757/2012 de 11 de octubre* ha considerado que no procede la condena ex novo de un acusado que ha resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría celebración de previa comparecencia del acusado para ser oído.

Por último la Sala Segunda del *Tribunal supremo en el auto número 216/2018 de uno de febrero* señala: "" La jurisprudencia de este Tribunal, reflejando la establecida, a su vez, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha sentado la doctrina de que el Tribunal de apelación, o de casación, no puede modificar el pronunciamiento absolutorio previo en contra de una persona, dictando, en su contra, una sentencia condenatoria, sin previamente otorgarle la debida audiencia, a no ser, como única y exclusiva excepción, que se trate de un problema de mera subsunción jurídica, partiendo del respeto escrupuloso y absoluto a los hechos declarados probados. Así se pronuncia la *STS 500/2012, de 12 de junio* , recordando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la que se dice, literalmente, que "entre los postulados establecidos destaca como rector que, cuando el órgano ad quem ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa" (entre otras, *SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c Rumanía* , § *55 ; 1 de diciembre de 2005, caso Ilisescu y Chiforec c. Rumanía* , § *39 ; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia* , § *64, 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España* , § 27)

14.11 Valoración de la prueba. Inmediación

VALORACION DE LA PRUEBA.INMEDIACION

SAP GUADALAJARA (1) N 62/20 DE DIECINUEVE DE JUNIO. PTE: MARIA VICTORIA HERNANDEZ HERNANDEZ

Una segunda premisa es que, con carácter general, compete al Juez de instancia en base a lo dispuesto en el *artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,* apreciar las pruebas practicadas en el juicio oral de acuerdo con el dictado de su conciencia y las conclusiones fácticas a las que así llegue, habrán de reputarse correctas salvo cuando se demuestre un manifiesto error o cuando resulten incompletas, incongruentes o contradictorias. El Juzgador a quo es el que, por su apreciación directa y personal de la actividad probatoria, está en mejores condiciones para obtener una valoración objetiva y crítica del hecho enjuiciado. Al respecto señala, entre otras muchas, la *STS de 2 de julio de 2014* que es al Tribunal sentenciador y no a las partes, ni al Tribunal de alzada, a quien compete valorar con inmediación las pruebas personales que se desarrollan en su presencia, las cuales se emiten y valoran en directo conforme al principio de inmediación que rige, hasta la fecha, en nuestro ordenamiento procesal penal (STS *446/98 de 28 de marzo, 219/96 de 1 de abril y 1866/2000 de 5 de diciembre,* entre otras). Añade la referida resolución que "en un sentido más estricto hemos establecido que "la garantía de la inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración" (por todas, *STC 16/2009, de 26 de enero,* FJ 5). En la medida en que implica el contacto directo con la fuente de prueba, la inmediación adquiere verdadera trascendencia en relación con las pruebas caracterizadas por la oralidad, esto es, las declaraciones, cualquiera que sea el concepto en el que se presten. De modo que su dimensión de garantía constitucional (art. *24 CE)* resulta vinculada a la exigencia constitucional de que los procesos sean predominantemente orales, sobre todo en materia penal (art. *120.2 CE)* (...) (STS *16/2009, de 26 de enero,* FJ5 EDJ 2009/12457)".

14.12 Valoración de los informas del médico forense

VALORACIÓN DE LOS INFORMES DE LOS MÉDICOS FORENSES

SAP BURGOS (1ª) N.º 36/2020, DE VEINTIDOS DE ENERO. PTE: LUIS ANTONIO CARBALLERA SIMÓN

Y es que, como con reiteración tiene señalado esta Sala, en cuanto a la capacitación de los médicos forenses, como personal colaborador con la Administración de Justicia, se extiende a muy dispares ramas de la medicina, y entre ella la rama de valoración del daño corporal. Y en esta particular especialidad médica, los médicos forenses son auténticos expertos, pues no debe olvidarse que uno de sus cometidos más importantes es informar sobre la afectación física y psíquica de las personas sometidas a un proceso penal, informando desde un punto de vista médico legal sobre la evolución, tratamiento y secuelas observadas en personas implicadas en accidentes sean en agresiones, de tráfico o laborales.

Y todo ello, tras un riguroso examen de las personas sometidas a su informe y previo cotejo y comprobación de la totalidad de los datos e historiales de que dispongan. Es decir, en primer lugar, su análisis se extiende a la base patológica

que presenta la persona sometida a su observación, y sobre tal base ofrecen sus consideraciones médico-legales, para formar su juicio cognoscitivo de la persona concreta sometida a reconocimiento personal, y de las consecuencias médico-legales de la patología sufrida.

No existe discusión de que los médicos forenses son profesionales plenamente capacitados para la emisión del informe solicitado, como especialistas en la materia, y en concreto de las consideraciones médico-legales de las consideraciones médico-legales de las patologías físicas observadas, consideraciones que no podrían efectuar con igual rigor por personas ajenas a la Administración de Justicia.

Por otra parte, la participación de los médicos forenses garantiza la imparcialidad y objetividad de su informe, pues son los dictámenes de los médico forenses adscritos a los Juzgados a los que, en principio, ha de otorgarse toda la credibilidad, derivada de su incuestionable objetividad e imparcialidad en que están llamados a desempeñar sus cometidos, sin interés alguno por cualesquiera de las partes, que sólo quiebra ante supuestos de acreditado error u omisión en los diagnósticos o evaluaciones de los pacientes que han sido sometidos a su observación y estudio, por lo que quienes se consideran perjudicados pueden impugnarlos o negar sus conclusiones, siendo necesaria la contradicción en la fase de plenario y obligado, por tanto, integrar al médico forense en el juicio oral.

14.13 Valor de los hechos probados en la sentencia penal en la jurisdicción social.

VALOR DE LOS HECHOS PROBADOS EN SENTENCIA PENAL, DONDE NO SE HA FIJADO RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DEL ACCIDENTE, PERO SE ADMITE LA EXISTENCIA DE ESE ACCIDENTE DE TRABAJO, DE CARA A FUTURAS RECLAMACIONES EN EL ÁMBITO LABORAL

SAP SORIA (1ª) Nº 6/2020, DE 10 DE FEBRERO. REC: 12/2020. PTE: JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ GRECIANO

En cualquier caso, no está de más recordar cuál sería el valor de los hechos probados de la sentencia penal, en supuestos como el presente, donde no se ha fijado responsabilidad penal derivada del accidente, pero se admite la existencia de ese accidente de trabajo, de cara a futuras reclamaciones en el ámbito laboral, y cuando los hechos probados quedan referidos a las consecuencias lesivas derivadas de dicho accidente. Así se viene a entender que en el ámbito penal se decide sobre cuestiones propias de dicho orden jurisdiccional y si la concreta conducta de cualquier acusado encaja dentro de la tipología propia de los delitos. Habiendo señalado en el TC, a título de ejemplo, que unos mismos hechos no puede existir y dejar de existir para los órganos del estado, de tal manera que repugna que dentro de dos resoluciones judiciales se diga que los

hechos ocurrieron o no ocurrieron, y que una misma persona fue autor o no autor de los mismos. Pero otra cosa distinta, es cuando se trata de las consecuencias lesivas de un hecho, accidente de trabajo, que se admite existió en los hechos probados de la sentencia penal. Así la *STS de 4 de febrero de 2007, y 9 de julio de 2008,* señalaba que la responsabilidad penal carece de similitud con la responsabilidad exigible en el ámbito laboral, a una empresa, o incluso cuando se trata de recargos de prestaciones por falta de las medidas de seguridad, puesto que la pena se refiere a acciones culposas o dolosas establecidas en la ley, siendo un ámbito distinto del laboral. No pudiendo hablarse de cosa juzgada, como señalaba la Sala de conflicto del *TS, en auto de 7 de julio de 1994* , cuando lo que está en juego, en el ámbito laboral, es la determinación de la existencia o no de infracciones dentro de ese ámbito, y si son o no relevantes, en dicho ámbito las infracciones denunciadas por la Inspección de Trabajo, por cuanto que, con independencia de los pronunciamientos que llevara el Juez de lo Penal, este se efectuó bajo el prisma de las consecuencias penales, no en cuanto a las laborales, que corresponden al ámbito laboral. Y, lógicamente, será ante dicho ámbito, con el análisis de los medios de prueba que en su caso puedan presentarse, donde se determinen las consecuencias lesivas del accidente laboral, y la posible responsabilidad o no, de las entidades correspondientes, en dicho ámbito, con absoluta libertad de criterio. Por lo que, en definitiva, la pretensión de variar la posible sanidad del trabajador, o sus secuelas, como se deduce del contenido del escrito de recurso, carecería de objeto en esta alzada, por cuanto al confirmarse, como se ha hecho en los anteriores razonamientos, la inexistencia de responsabilidad penal, sería de todo punto intrascendente entrar a valorar si las secuelas derivadas del accidente de trabajo, los días de sanidad, o cualquier otro perjuicio fijado en los hechos probados de la sentencia penal, habrían de variarse en su redacción o no. Puesto que esta cuestión quedaría reservada en el ámbito laboral en su caso. Añadiendo que, al no existir responsabilidad penal, cualquier reflexión al respecto sobre una eventual responsabilidad civil, que es consecuencia directa de la responsabilidad penal, y que no es posible predicar, cuándo esta no ha sido declarada, sería de todo punto contrario a la lógica jurídica. Y sería un pronunciamiento que estaría de más llevar a cabo en el seno de esta segunda Instancia.

15. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

15.1 Baremo

15.1.1 Baremo. Fecha

BAREMO ORIENTATIVO. FECHA DEL BAREMO APLICABLE

SAP GRANADA (1ª) N.º 106/2020, DE TRECE DE MARZO. PTE: MARIO ALONSO ALONSO

En el cuarto y último motivo del recurso, se combate el baremo aplicable para la determinación del quantum indemnizatorio correspondiente al apelante, que estima debió ser el establecido por la Ley 35/2015, conforma al cual debe fijarse una indemnización a su favor por importe de 582.718,10 euros, más los intereses legales.

Sobre esta cuestión, hay que comenzar recordando que el art. 109 del Código Penal obliga a los responsables de un delito o de una falta a reparar los daños y perjuicios causados, Según el art. 110, la responsabilidad comprende la restitución, la reparación y la indemnización de perjuicios materiales y morales. Y el art. 115 del Código Penal exige al Juez a establecer "*razonadamente las bases en las que fundamenten la cuantía de las indemnizaciones*".

La sentencia del Tribunal Supremo 637/2019, de 19 de diciembre, establece: "*Pese a esa taxativa previsión, el efecto expansivo del Baremo, previsto en el Anexo a la Disposición Adicional octava de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados , a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos del mundo del automóvil ha sido admitido como referencia orientativa no vinculante, sin perjuicio de valorar las circunstancias concurrentes en cada caso y con respeto al principio de indemnidad de la víctima que informa los arts. 1.106 y 1.902 del Código Civil (SSTS 596/2013, de 2 de julio ; 480/2013, de 22 de mayo y 799/2013, de 5 de noviembre)".*

Sin embargo, la no aplicación exacta y detallada del quantum que reclama la parte según interpreta el baremo no es argumento para modificar en apelación o casación el quantum si no hay un craso y claro incumplimiento de los parámetros antes citados."

La aplicación del Baremo, por tanto, no está establecida específicamente para el caso que nos ocupa, sino para las responsabilidades derivadas del tráfico de vehículos. Es realizada por el Juez a falta de otros criterios, para objetivar de alguna forma la indemnización que corresponde a los perjudicados.

En el presente supuesto, el Magistrado de la instancia, en el Fundamento sexto de la sentencia apelada, tras exponer las diferentes posturas de los propios perjudicados sobre la procedencia de tomar como referencia uno u otro Baremo (el de 2004 o el introducido por la Ley 35/2015) concluye razonadamente por qué se inclina por emplear el sistema de valoración establecido en el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, fundamentalmente la no vigencia en el momento del siniestro del implantado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, opción que complementa con la actualización de las cantidades que fija el indicado Baremo, mediante su incremento conforme a la variación del índice de Precios al Consumo publicado para el año 2019.

15.1.2 Baremo obligatorio

EL ATROPELLO DEL TRABAJADOR POR EL CONDUCTOR DEL VEHICULO ES UN HECHO DE LA CIRCULACION, AUNQUE SE PRODUZCA EN LA

JORNADA LABORAL. BAREMO OBLIGATORIO

SAP ALBACETE (2) N 140/20 DE QUINCE DE JUNIO. PTE: JUAN MANUEL SANCHEZ PURIFICACION

Sobre las 10:00 horas del día 12 de marzo de 2012 el acusado Laureano, mayor de edad (nacido el NUM000 /1954) y sin antecedentes penales, en su condición de conductor de automóviles de la Maestranza Aérea de Albacete, perteneciente al Ministerio de Defensa, circulaba a los mandos de un vehículo tractor de arrastre EINSA MOD. TA-6 matrícula OO…asegurado por el Consorcio de Compensación de Seguros, para el que disponía del permiso administrativo exigido.

En el momento en el que realizaba una aproximación, conforme una de las posibilidades previstas por el fabricante del vehículo, a un avión, para su posterior remolcado, marcha atrás y pese a que se le indicó que frenará, pegó un fuerte acelerón al tractor, arrollando al trabajador Ruperto que se encontraba esperando entre el avión y tractor para realizar el enganche, resultando muerto.

El hecho de que el siniestro tuviera lugar durante la jornada laboral y en el ejercicio de las funciones laborales de la víctima no hace desaparecer que se trató de un "hecho de la circulación", y por tanto es aplicable la Ley de Responsabilidad Civil y del Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (RDL n.º 8/2004), no de modo "orientativo" sino preceptivo y vinculante.

15.1.3 Baremo orientativo

SE APLICA COMO ORIENTATIVO EL BAREMO DE TRAFICO PARA INDEMNIZAR A LOS TRABAJADORES POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ACCIDENTE LABORAL O ENFERMEDAD PROFESIONAL

SAP ALBACETE (2) N 140/20 DE QUINCE DE JUNIO. PTE: JUAN MANUEL SANCHEZ PURIFICACION

Y también es cierto que, además, los trabajadores tienen derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de accidente laboral o enfermedad profesional cuando son consecuencia de incumplimientos empresariales o de terceros responsables en materia de seguridad y salud laboral, incluida su responsabilidad civil, lo que se reconoce en el *artículo 42 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.* Y para reclamar esos daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil empresarial por siniestralidad laboral por falta de medidas de seguridad se utiliza de forma orientativa el baremo de tráfico o Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que pretende indemnizar todos los perjuicios que se deriven del daño corporal padecido a consecuencia del accidente de circulación

La Sentencia del Tribunal Supremo n.º 778/22017, único argumento invocado en pos del carácter exclusivamente orientativo de la norma de tráfico, no dice lo que se argumenta: se limita a indicar dicho carácter orientativo en casos de hechos dolosos, que claramente tampoco es el caso.

BAREMO DE TRÁFICO ORIENTATIVO

SAP BURGOS (1ª) Nº 137/2020, DE 14 DE MAYO. PTE: ROGER REDONDO ARGÜELLES.

Por el apelante se alega la infracción de la Norma Jurídica en cuando a la fijación de la indemnización, al considerar que no se sujeta a las circunstancias previstas en la Ley 30/1995 la cual incorporó a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos a motor un anexo conteniendo un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

En concreto cuestiona el importe de la indemnización a favor de los hijos del fallecido por ser económicamente independientes y la fijada a favor de la madre por la falta de convivencia con aquél.

No debe olvidarse que las reglas establecidas por la Ley 30/1995 y posteriores actualizaciones, no son de aplicación obligatoria para la determinación de la indemnización que pueda corresponder en cada caso por los daños y perjuicios derivados de los **delitos dolosos**, tal como resulta de su propia regulación y de una jurisprudencia consolidada. Pero nada se opone a que su contenido sea tenido en cuenta por los Tribunales como regla orientativa.

Como señala la sentencia del TS de 4-11-2003, nº 1461/2003 “Es claro que de la forma dolosa o culposa de actuar no se deriva una diferenciación del resultado lesivo o de las secuelas causadas por la conducta, por lo que el perjuicio indemnizable puede ser idéntico en uno y otro caso. De manera que en esta materia es posible partir de una consideración inicial en la que se otorgue una valoración similar para los perjuicios sufridos a causa de lesiones y secuelas por las víctimas de delitos dolosos y culposos, de forma que las primeras no resulten injustificadamente de peor condición que las segundas en el aspecto que tratamos.

La STS núm. 130/2000, de 10 de abril “el baremo en cuestión, sin suponer una inflexible limitación en la valoración de los perjuicios, brinda cuando menos criterios objetivos, y generales para todos, introduciendo claridad, precisión y certeza. Por ello su observancia no precisa de una expresa justificación, exigible por el contrario cuando el Tribunal decide separarse de las valoraciones normadas”.

15.2 Cláusulas delimitadoras

RESPONSABILIDAD CIVIL. NO TIENEN CARÁCTER LIMITATIVO DE LOS DERECHOS DEL ASEGURADO LAS CLÁUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO (ES APLICABLE LA FRANQUICIA).

SAP ASTURIAS (3ª) Nº 318/2020, DE 30 DE SEPTIEMBRE. REC: 605/2020. PTE: FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ LUENGOS

Distinta suerte, estimatoria, ha de correr el recurso interpuesto por la aseguradora HDI GLOBAL SE, el cual se basa en que siendo el importe de la responsabilidad civil acordada de 1.941,24 euros inferior al de la franquicia pactada, 10.000 euros, la indemnización queda fuera de la cobertura del seguro, debiendo ser absuelta de su pago.

Un pronunciamiento como el recogido en el Fallo de la sentencia recurrida respecto a la aseguradora apelante, encuentra su fundamento en la doctrina que entiende que no es de aplicación la franquicia a casos como el presente porque afecta a las relaciones entre asegurado y asegurador, pero no a las relaciones con terceros derivadas de la responsabilidad civil en el ámbito penal, sin perjuicio de la facultad de repetición que ostente la compañía aseguradora.

Parecer que no compartimos.

El *art. 117 del CP* dispone que los aseguradores que hubieran asumido el riesgo de explotaciones pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier empresa, industria o actividad cuando como consecuencia de un hecho previsto en este Código se produzca un evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente prevista o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.

Por su parte, el *art. 76 Ley 50/1980 de 8 de octubre, de Contrato de Seguro,* establece que el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones personales que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurador está obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato y su contenido.

La Jurisprudencia de la Sala 1ª del *TS en Sentencias como la de 23 de noviembre de 2011* , que recoge la doctrina anterior de dicho Tribunal como la de 15 de julio de 2008 ó la de 11 de septiembre de 2006 del Pleno de la Sala, recuerda que en ésta última, "dictada con un designio unificador, precisa, invocando la doctrina contenida en las *SSTS 2 de febrero de 2001* , *14 de mayo de 2004* y *17 de marzo de 2006* , que deben excluirse del concepto de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, incluyendo en estas categorías la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la

cuantía asegurada o contratada (*STS de 17 de octubre de 2007, Rec. 3398/2000*).

No tienen pues carácter limitativo de los derechos del asegurado las cláusulas delimitadoras del riesgo, que son, pues, aquellas mediante las cuales se individualiza el riesgo y se establece su base objetiva. Tienen esta naturaleza las que establecen «exclusiones objetivas» (*STS de 9 de noviembre de 1990*) de la póliza o restringen su cobertura en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato (fijado en las cláusulas particulares, en las que figuran en lugar preferente de la póliza o en las disposiciones legales aplicables salvo pacto en contrario) o en coherencia con el uso establecido. No puede tratarse de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza, o de manera no frecuente o inusual (SSTS *de 10 de febrero de 1998* , *17 de abril de 2001* , *29 de octubre de 2004, núm. 1055/2004* , *11 de noviembre de 2004* , *Rec. núm. 3136/1998* , y *23 de noviembre de 2004, núm. 1136/2004*) " recordando además que el *art. 73 de la LCS* establece que: Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.

De esta normativa se deduce que las partes se obligan dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato.

La responsabilidad civil debe entenderse como la obligación contractual o extracontractual que tiene una persona de reparar los daños sufridos por otra, y tal responsabilidad civil es, en sí, un riesgo asegurable, por constituir una expectativa del daño consistente en quedar gravado el patrimonio entero del deudor responsable a la obligación de indemnizar.

Por ello, el seguro de la responsabilidad civil es aquel seguro contratado contra el riesgo de quedar sujeto el patrimonio del tomador por una obligación de indemnizar, derivada de la responsabilidad civil de éste. Por este contrato, el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado el daño patrimonial que éste sufra como consecuencia, a su vez, de su obligación de resarcir los daños y perjuicios causados a un tercero producidos por hechos a los que la Ley apareja una responsabilidad patrimonial".

En aplicación de la anterior doctrina, y de acuerdo con lo que el propio *art. 117 del CP* establece, el asegurador está obligado a responder de manera directa, pero dentro de los límites materiales acordados en el contrato de seguro, sin perjuicio de lo relativo a la excepciones personales del asegurador frente al asegurado, que, como hemos visto no son las relativas a los límites indemnizatorios, dentro de los cuales se encuentra la franquicia pactada, en este caso con la responsable civil subsidiaria por importe de 10.000 euros, por lo que, dado que la cuantía indemnizatoria es inferior al límite mínimo al que la

aseguradora está obligada por el contrato de seguro, y por lo tanto no amparada por dicho contrato, procede dejar sin efecto la responsabilidad civil directa de la entidad aseguradora apelante

15.3 Concurrencia de culpas

CONCURRENCIA DE CULPAS.REDUCE INDEMNIZACION 50%

SAP CACERES (2) N 6/2020 DE DIEZ DE ENERO. PTE: MARIA TENA ARAGON

…en torno a las 12:00 horas del mediodía del día 16 de Julio de 2012, mientras el trabajador, Tomás, con la categoría de peón de desguace, se encontraba ejecutando, en solitario, labores de corte de unos bidones metálicos para su venta como comederos para el ganado (tarea, por lo demás, nada infrecuente en la empresa, habida cuenta de la presencia de otros varios en esa misma ubicación, algunos enteros y otros ya cortados que eran, incluso, utilizados para guardar chatarra más pequeña), se produjo la deflagración de uno de ellos, como consecuencia de la inflamación de vapores que se habían generado en el interior de ese depósito por volatilización de residuos químicos depositados en el mismo a causa de las altas temperaturas ambientales reinantes (pues no en vano esa explanada estaba a pleno sol), de en torno a 40º, que habrían provocado que el bidón, por su alta conductividad térmica, hubiese podido alcanzar los 90º, y después de la aplicación, como herramienta de sección, de un soplete de oxígeno y propano; explosión que alcanzó de lleno al trabajador.

Asimismo se declara acreditado que si bien es cierto que el trabajador siniestrado en el momento de la deflagración estaba realizando esa labor de corte, desarrollando, no tanto una actividad, como un método de trabajo expresamente prohibido por la empresa, en cuanto que estaba ejecutando los cortes en solitario y en día de verano con un intenso calor, no lo es menos que el bidón en cuestión mostraba restos de una etiqueta de señalización de riesgos retirada, al tiempo que la etiqueta de seguridad del producto que contenía en su interior había sido arrancada y cegada con pintura gris, deficiencias de identificación que igualmente presentaban la mayor parte de los que se almacenaban en la indicada explanada de la empresa sin que, eso sí, conste, en cambio, que la manipulación de ese etiquetado de origen hubiese sido realizada por los empresarios acusados o por otras personas a su orden u encargo; pero sí, en cambio, que a pesar de todos esos bidones contenían restos de sustancias químicas, tales como el "estraticol", hallado en uno idéntico el objeto de explosión (y que es un adhesivo industrial con base de disolvente "fácilmente inflamable"), y que no eran limpiados, dichos empresarios acusados no habían evaluado el riesgo derivado de la manipulación de agentes químicos y atmósferas explosivas y, en consonancia con ello, al no estar contemplado este peligro, formado e informado específicamente al trabajador en esas labores, ni le habrían

proporcionado una protección individual integral frente a ese riesgo, proveyéndole, junto con las botas de seguridad de cierre metálico y lengüeta protegida, el pantalón de trabajo de loneta, los guantes de soldador o la pantalla facial de las que efectivamente que disponía y hacía uso en el momento del impacto, de un peto o mandil de soldador.

…Como consecuencia del impacto de la tapa del bidón con el cuerpo del trabajador y de su contacto con los gases incandescentes, se produjo un menoscabo corporal en el mismo

…En el resultado contribuyeron otras causas imputables al trabajador, también está recogido en la sentencia y especificadas, de hecho, se ha reducido por la concurrencia de culpas a un 50% la cuantía de la responsabilidad civil, pero la causa eficiente y determinante de la explosión fue el contenido previo altamente inflamable de la sustancia, y esta absoluta dejadez en estas circunstancias sobre un elemento tan determinante en la producción del evento como es la que reiteradamente hemos venido señalando, no puede quedar eludida por la también culpa a la hora de ejecutar directamente la actividad, por lo que ningún error considera el Tribunal que existe en la valoración de la prueba, sino que la misma está ajustada a una valoración conjunta y plausible con las reglas de la sana crítica que conlleva la desestimación del recurso.

VALORACION DE LA CONDUCTA DEL TRABAJADOR DE NO USAR EL CINTURON CUANDO ADEMAS EL EMPRESARIO HA INCURRIDO EN IMPORTANTES INCUMPLIMIENTOS DE SEGURIDAD. TEORIA DE LA COMPENSACION DE CULPAS EN EL DELITO IMPRUDENTE.

SAP JAEN (3) N81-20 DE VEINTISEIS DE FEBRERO. PTE: MARIA JESUS JURADO CABRERA

Tercero.- No obstante lo anterior, entiende el juzgador acertadamente que la conducta del trabajador de no usar el cinturón, el cual según manifiestan los peritos estaba en perfecto estado de uso, y así se declara probado en el relato fáctico de la sentencia recurrida, que aquí ha sido aceptado en su integridad, ello no puede ser ignorado en la producción del suceso y por tanto tiene su reflejo en el quantum indemnizatorio, considerando esta Sala ajustado a derecho la aminoración de la indemnización en un 40% de culpa del trabajador.

Al respecto, conceptualmente cabe distinguir entre una omisión global de determinadas medidas de protección, incluso concretas, como falta de formación específica en el manejo de la máquina y la particular conducta observada por el trabajador afectado, siendo evaluable las circunstancias de persona, tiempo y actividad que mediaron en la producción del resultado lesivo.

Debe de tenerse en cuenta que la teoría de la imputación objetiva es la que se sigue en la jurisprudencia para explicar la relación que debe mediar entre acción y resultado y vino a reemplazar una relación de causalidad sobre bases

exclusivamente naturales introduciendo consideraciones jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia. En este marco la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado.

Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar, primero, si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; segundo, si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro jurídicamente desaprobado creado por la acción.

El referido segundo requisito exige que el riesgo no permitido creado por la acción sea el que se realiza en el resultado. Es en este condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro, se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la conducta de la propia víctima y si esta ha tenido una intervención decisiva.

En la jurisprudencia esta problemática ha sido considerada en parte a través de la figura de la compensación de culpas, en los delitos imprudentes, estableciendo para calibrar la respectiva relevancia de las conductas intervinientes, habrá de tenerse en cuenta que, si uno de los actores o condiciones se muestra como causa decisiva y eficiente del resultado, habrá de reputarse la actuación de los demás intervinientes como accidental y fortuita.

De acuerdo con ello y a tenor de lo ya razonado, en el presente supuesto, la omisión de las normas precisas y detalladas anteriormente de seguridad, generan la situación de peligro, por el motivo ya dicho de que la falta de previsión, de formación específica y de información del uso y manejo de la referida máquina, generaba el riesgo, y es este riesgo el que en efecto de forma decisiva materializa el resultado, porque en todo caso, no se acredita que haya concurrido una autopuesta en peligro deliberada y consciente del trabajador, ni el grado de falta de diligencia en la realización de su cometido, no pudiendo olvidar que este lo ejecuta en una situación precisamente creada por el acusado, fácilmente evitable.

Es claro, conforme concluye el juzgador de instancia que de acuerdo con el *art. 114 del Código Penal* , el campo de la compensación, moderación opera solo en la materia de fijación de la responsabilidad civil ex delicto, en los casos, como sucede en el presente en los que la contribución de la víctima en el suceso y por tanto a su propia victimización no es causal ni penalmente relevante, ni por tanto debe tener reflejo en los pronunciamientos penales, pero sin embargo puede haber facilitado, la acción del autor de la infracción penal y es en esa situación cuando surge la facultad discrecional a que se refiere el *art. 114 del Código Penal* , para atemperar la cuantía indemnizatoria en atención a la contribución que la propia víctima, en este caso al no usar el cinturón, ha tenido en el

desarrollo de la acción punible, estimándose, como ya hemos indicado, ajustada a derecho los porcentajes de contribución fijados en la sentencia apelada.

COMPENSACION DE CULPAS Y DOCTRINA DE LA IMPUTACION OBJETIVA

SAP ZARAGOZA (3) N 1021/2020 DE NUEVE DE DICIEMBRE. PTE: MARIA JOSEFA ANGELES GIL CORREDERA

En relación con la petición de compensación de culpas que constan en los recursos, tenemos que decir que ,La *sentencia de la AP de Madrid de 21/9/2020,* establece que " la concurrencia de culpas puede valorarse para atemperar la responsabilidad, como establece el *artículo 114 del Código Penal* , que faculta a los tribunales para moderar el importe de las reparaciones e indemnizaciones en los casos en que la víctima contribuye con su conducta a la producción del daño o perjuicio, lo que no se puede interpretar como una forma de compensar las culpas , sino simplemente como una facultad moderadora del juzgador", y también que " La jurisprudencia más reciente del *Tribunal Supremo ha abandonado la doctrina de la compensación de culpas y sitúa la cuestión en el ámbito de la doctrina de la imputación objetiva. Así, en la Sentencia 1611/2000, de 19 de octubre,* se sustenta la atribución de la responsabilidad en el hecho de que el resultado producido es la realización o concreción del peligro creado por el acusado. La posible contribución del perjudicado al resultado deviene irrelevante cuando ha sido el acusado el que ha creado el riesgo que se concreta en el resultado lesivo".

En nuestro caso teniendo en cuenta el informe pericial del inspector de trabajo, entendemos que efectivamente no existían medidas correctoras en la máquina, a pesar del peligro que suponía la limpieza de la misma en movimiento, como de no haberle dado a la trabajadora los cursillos necesarios en inglés de formación sobre los riesgos del puesto, por lo que entendemos que no cabe dicha compensación de culpas.

15.4 Distribución de cuotas

DISTRIBUCIÓN DE CUOTAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

SAP ALICANTE (3ª) Nº 52/2020, DE 7 DE FEBRERO. REC: 34/2020. PTE: MARÍA AMPARO RUBIO LUCAS.

TERCERO. - La representación procesal de Agapito pretende, a través del recurso de apelación interpuesto, que la cuota civil por la que debe responder sea del 10% del principal, porque entiende que su responsabilidad no es la misma que la del empresario. Asimismo, solicita que no se le impongan las

costas de la acusación particular o que se moderen las mismas.

En relación a la distribución de cuotas, la establece la sentencia de forma igualitaria en atención a la contribución objetiva al resultado de los mismos. Considera esta Sala que es correcto. Las condenas a ambos acusados son de la misma intensidad, por conformidad de ambas partes, en una responsabilidad civil ex- delicto. Se toma en consideración lo alegado por el recurrente, pero lo cierto es que la anterior conclusión se extrae tomando como base los hechos declarados probados en la sentencia. Los delitos cometidos se inscribieron, por tanto, en el ejercicio -normal o anormal- de las tareas encomendadas al denunciado como encargado de la obra que estaban realizando, sujeto a las instrucciones de todo tipo del empresario.

Lógicamente por imperativo de lo dispuesto en el *art. 116.2 CP* se mantiene la solidaridad de los coautores

15.5 Hecho de circulación

EL ATROPELLO DEL TRABAJADOR POR EL CONDUCTOR DEL VEHICULO ES UN HECHO DE LA CIRCULACION, AUNQUE SE PRODUZCA EN LA JORNADA LABORAL. BAREMO OBLIGATORIO

SAP ALBACETE (2) N 140/20 DE QUINCE DE JUNIO. PTE: JUAN MANUEL SANCHEZ PURIFICACION

Sobre las 10:00 horas del día 12 de marzo de 2012 el acusado Laureano, mayor de edad (nacido el NUM000 /1954) y sin antecedentes penales, en su condición de conductor de automóviles de la Maestranza Aérea de Albacete, perteneciente al Ministerio de Defensa, circulaba a los mandos de un vehículo tractor de arrastre EINSA MOD. TA-6 matrícula OO…asegurado por el Consorcio de Compensación de Seguros, para el que disponía del permiso administrativo exigido.

En el momento en el que realizaba una aproximación, conforme una de las posibilidades previstas por el fabricante del vehículo, a un avión, para su posterior remolcado, marcha atrás y pese a que se le indicó que frenará, pegó un fuerte acelerón al tractor, arrollando al trabajador Ruperto que se encontraba esperando entre el avión y tractor para realizar el enganche, resultando muerto.

…El hecho de que el siniestro tuviera lugar durante la jornada laboral y en el ejercicio de las funciones laborales de la víctima no hace desaparecer que se trató de un "hecho de la circulación", y por tanto es aplicable la Ley de Responsabilidad Civil y del Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (RDL n.º 8/2004), no de modo "orientativo" sino preceptivo y vinculante.

15.6 Indemnización lesiones imprudentes

NO ES COHERENTE QUE SE CONDENE AL ADMINISTRADOR POR LESIONES IMPRUDENTES Y SE RECHACE ESA IMPRUDENCIA PARA LA ENTIDAD QUE CUBRE LOS DAÑOS A TERCEROS POR IMPRUDENCIA.

SAP SEVILLA (4) N 206/2020, OCHO DE ENERO PTE: MARTIN GOMEZ, ALVAR

TERCERO. - Mayor trascendencia tiene la cuestión relativa a si ese seguro de daños a terceros se extiende a proteger las lesiones concurrentes con el delito contra los derechos de los trabajadores. La sentencia recurrida considera que no hay cobertura, al valorar que la condena lo ha sido por delito doloso, el cometido contra los derechos de los trabajadores, coincidiendo con los razonamientos de la aseguradora, que señala que se especifican como riesgos excluidos los seguidos de actuación dolosa del asegurado o persona de quien éste deba responder (Condiciones generales 1.5).La sala entiende que este planteamiento se aparta de la propia narración de hechos probados, de la calificación jurídica esgrimida y, en cierto modo, de la propia parte dispositiva de la sentencia recurrida. En efecto y comenzando por esta última cuestión, no parece coherente que se condene al Administrador de la empresa empleadora y a la propia empresa, a indemnizar en la suma de 25.000 euros por el resultado lesivo padecido por el trabajador, que tiene calificación de imprudente, pues de haber sido doloso habría dado lugar a un resultado penológico distinto al adoptado, y, al mismo tiempo, se rechace esa imprudencia para la entidad que cubre los daños causados a terceros de manera imprudente por la empresa. Si en la parte dispositiva se fija, de manera pacífica y no discutida por ninguna de las partes, una indemnización por lesiones imprudentes, aunque no se haga expresa referencia a ellas por mor de la aplicación del Art. 8.4 CP, no cabe negar ahora que esas lesiones están presentes.

…Sin embargo, con buen criterio, la sentencia recoge de modo cumplido, el accidente y las lesiones y secuelas que se siguieron del mismo, es decir, junto con la descripción del riesgo abstracto preciso para el concurso del delito del Art. 316 CP, describe una conducta que, a todas luces, es la propia de la causación de lesiones imprudentes del Art. 152 CP. Por tanto, la parte dispositiva de la sentencia recurrida contiene una condena a indemnizar que se basa en los propios hechos declarados probados, que lo son de un delito de lesiones imprudentes que no dolosas.

Tras lo expuesto es claro que la sala no comparte la sentencia en lo relativo a que la condena lo es sólo por un delito contra los derechos de los trabajadores, afirmando, por contra, que concurre una condena por lesiones imprudentes del Art. 152 CP, cuya expresa referencia en la parte dispositiva se omite por aplicación de la norma concursal del Art. 8.4 CP.

A partir de aquí es obvio que despliegan toda su eficacia la póliza de seguros concertada entre la entidad Promotora Gilabert S.L. y la Aseguradora Vitalicio, en la actualidad Generali, la cual versa sobre la cobertura del daño causado a terceros en el desarrollo de la actividad económica de la asegurada, sin que pueda considerarse el resultado lesivo que nos ocupa como provocado de

manera dolosa y, por ende, por aplicación del Art. 117 CP, procede declarar la responsabilidad civil directa de la entidad Seguros Vitalicio, en la actualidad Generali, por las lesiones sufridas por Jesús Domínguez Castilla, con sujeción a los intereses legales aplicables.

15.7 Intereses moratorios

SON IMPROCEDENTES LOS INTERESES MORATORIOS CUANDO HAY DUDAS RELEVANTES SOBRE SI EL HECHO SE INCLUYE EN LA COBERTURA DEL SEGURO POR SER HECHO DE LA CIRCULACION O DERIVADO DE TAREAS INDUSTRIALES

SAP ALBACETE (2) N 140/20 DE QUINCE DE JUNIO. PTE: JUAN MANUEL SANCHEZ PURIFICACION

4.- Respecto a los intereses moratorios a que se refiere el *art 20 de la Ley de Contrato de Seguro* , no es discutible que tienen naturaleza sancionadora, no meramente compensatoria por la demora, de modo que solo la conducta reprochable en el abono de la indemnización sin causa justificadora relevante (entre las que no se encuentra el mero hecho de que exista un litigio sobre el particular) determina su devengo, excluyéndose el mismo y siendo improcedentes los intereses de demora cuando concurra dicha justificación (art 20.8) que permitirían su improcedencia, entre las cuales se encuentra, como bien recuerda la propia Sentencia apelada recordando la jurisprudencia existente como las *Sentencias del Tribunal Supremo de 16.10.2008* o *de 1.07.2008* , cuando concurran "dudas relevantes", bien fácticas, bien jurídicas, de que el siniestro esté "dentro de la cobertura del seguro", lo que desde un principio cuestionó el Consorcio ahora apelante (véase por ejemplo, su Escrito de Defensa), en base a la legislación (española) aplicable en la materia, cuyo *art 2.2 "b" y "c" del Reglamento de Seguro Obligatorio* excluía (e incluso la actual redacción de dichas normas siguen excluyendo) su cobertura por no ser "hechos de la circulación" (jurídicamente hablando) cualquier siniestro que hubiera tenido lugar con ocasión de realizar el vehículo asegurado "tareas industriales", o con ocasión de su "desplazamiento... en aeropuertos", circunstancias claramente concurrentes en el caso y que en principio, en base a dicha legislación (aún vigente por cierto, conviene insistir) excluiría su responsabilidad civil, lo que es sin duda un supuesto (e incluso dos supuestos) de justificación del impago de la indemnización por los hechos litigiosos.

INTERESES MORATORIOS DEL ART. 20 LCS. ANÁLISIS.

SAP BURGOS (1ª) Nº 269/2020, DE DIECINUEVE DE OCTUBRE. PTE: LUIS ANTONIO CABALLERA SIMÓN

Las alegaciones de los recurrentes -principal y adherido- sobre la imposición a la aseguradora de los intereses moratorios del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, nos obligan a recordar que, en nuestro derecho, con independencia de la modalidad de contrato de seguro (hogar, accidentes, de responsabilidad civil, de actividad empresarial, de vida, de decesos, de enfermedad, de asistencia sanitaria…), producido el siniestro objeto de cobertura, nace la obligación de la compañía aseguradora de indemnizar el daño producido o el capital garantizado, dentro de los límites de la cobertura aseguradora. Obligación que nace del propio contrato de seguro y de la ley especial 50/1980 de 8 de octubre reguladora del Contrato de Seguro (LCS en lo sucesivo), tanto para los que son parte de la relación contractual -tomador/asegurado), como para el tercer perjudicado o el beneficiario.

Para descender a la problemática que abordamos, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 18 y 20 de la LCS que establece dicha obligación de indemnizar que pesa sobre el asegurador, así como el plazo temporal para el pago y liquidación del daño, reembolso o pago del capital garantizado o para su consignación en cualquiera de las formas, siendo dos los plazos que conviven: 40 días desde la declaración del siniestro para pagar o consignar al menos el importe de lo que estime que puede deber el asegurado al perjudicado o beneficiario -en el caso de que la cantidad que considere indemnizar o reembolsar sea inferior a la reclamada- y en 3 meses desde la producción del siniestro para cumplir íntegramente la prestación reclamada.

Efectivamente, cuando la compañía aseguradora incumple su obligación de indemnizar y el plazo nace una responsabilidad por mora, prevista legalmente en el apartado tercero del art. 20 de la LCS, es cuando surge el derecho del asegurado, el tomador, el tercer perjudicado o beneficiario, no solo de exigirle el pago de la indemnización derivada del siniestro, sino también a solicitarla una indemnización por morosidad en concepto de intereses.

En esta concreta cuestión, el Tribunal Supremo viene arraigadamente conceptuando la indemnización por intereses de demora del art. 20 de la LCS exigible a las compañías aseguradoras de carácter netamente sancionador, determinando que se trata de unos intereses punitivos, correctivos, de castigo, en base a varios y compatibles argumentos jurisprudenciales: “la indemnización establecida en el art. 20 de la LCS tiene desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución integra del derecho o interés legítimo del perjudicado (STS Sala 1ª, de 14-03-2018); el propósito del artículo 20 LCS es sancionar la falta de pago de la indemnización o de ofrecimiento de una indemnización adecuada (STS, Sala 1ª, de 7-02-2018); “impedir que se utilice el proceso como instrumento para dificultar o retrasar el cumplimiento de la obligación de pago al perjudicado (STS Sala 1ª, 19-12-2017).

Estamos en presencia de unos intereses de demora aplicables "*ope legis*", es decir, por imperativo legal, lo que conlleva la consecuencia jurídico-procesal de ser aplicables de oficio por el Juez o Tribunal, sin necesidad de que el asegurado, tomador, tercer perjudicado o beneficiario lo solicite entre sus pretensiones.

No cabe duda el marcado "carácter sancionador y la finalidad preventiva" de los intereses moratorios del art. 20 LCS, y ello según el criterio de nuestro más alto tribunal (STS 26 de mayo y 20 de septiembre de 2011 entre otras) en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de las obligaciones de la compañía aseguradora, mediante el oportuno pago de la correspondiente indemnización (STS de 22 de mayo de 2014), por lo que la mora únicamente desaparece en los siguientes supuestos:

1.Cuando - de las circunstancias del siniestro o del texto de la póliza- surge incertidumbre sobre la cobertura de la póliza. Y, sobre esta "incertidumbre", también el TS tiene declarado (STS 17 de mayo de 2012) "*que no puede entenderse por tal las meras discrepancias de las cuantías reclamadas".*

Tampoco basta la mera existencia de juicio, salvo que sea necesario para dirimir la incertidumbre de la obligación de indemnizar. Como nos dice la conocida STS del accidente de SPANAIR de 3 de septiembre de 2019 "*No basta la mera existencia de juicio para justificar el retraso salvo que "se aprecie una auténtica necesidad de acudir a Juicio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar. Lo cual no ocurría en el caso de Autos".*

2. Cuando la compañía aseguradora ha hecho al menos una "oferta motivada" como señalan las sentencias del Tribunal Supremo al respecto.

3. Cuando sea notificado el siniestro tardíamente, también habrá intereses moratorios, pero estos comenzarán en el plazo respectivo.

4. Y, por último, lógicamente, cuando es desestimada la demanda.

En efecto, como es bien sabido, el art. 20 LCS castiga al asegurador que se retrasa en el cumplimiento de su obligación principal: el pago de la indemnización derivada del contrato de seguro. El apartado 3º establece que la mora se produce cuando transcurren tres meses desde la producción del siniestro sin que satisfaga la cantidad debida, o si no ha procedido pago del importe mínimo dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro. La sanción consiste en el devengo pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero, incrementado en el 50%, sin necesidad de reclamación judicial.

Ahora bien, el apartado 8º del precepto excluye esta consecuencia cuando el retraso del asegurador está fundado en una causa justificada o que no le es imputable. La STS 743/2012, de 4 de diciembre fija la doctrina de la jurisprudencia sobre la exégesis de esta norma.

Si bien de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.8º de la LCS, la existencia de causa justificada implica la inexistencia de retraso culpable o imputable al asegurador, y le exonera del recargo en qué consisten los intereses de demora,

en la apreciación de esta causa de exoneración la jurisprudencia ha mantenido una interpretación restrictiva en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados.

En atención a esta jurisprudencia, si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso, para que la oposición de la aseguradora se valore como justificada a los efectos de no imponerle intereses ha de examinarse la fundamentación de la misma, partiendo de las apreciaciones realizadas por el tribunal de instancia, al cual corresponde la fijación de los hechos probados y de las circunstancias concurrentes de naturaleza fáctica necesarias para integrar los presupuestos de la norma aplicada.

Esta interpretación descarta que la mera existencia de un proceso, o el hecho de acudir al mismo, constituya causa que justifique por sí el retraso o permita presumir la racionalidad de la oposición. El proceso no es un óbice para imponer a la aseguradora los intereses a no ser que se aprecie 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, hasta el punto de que, en fechas recientes nuestro Alto Tribunal ha venido aplicando esta doctrina fallando que la **mora del asegurador estaba justificada.**

Así, la STS 523/2017, de 27 de octubre, versaba sobre el seguro de responsabilidad civil de un arquitecto que había sido demandado en relación con el proyecto de una vivienda unifamiliar en Vigo. El asegurado fue condenado en primera instancia a indemnizar los daños causados pero la aseguradora se negó a reembolsarle la cantidad pagada en virtud de la exclusión presente en la póliza. Entablada la demanda, la primera instancia condena a pagar a la aseguradora, pero la Audiencia Provincial excluye la aplicación del art. 20 LCS. El TS confirma esa decisión al considerar que las dudas existentes en el caso justificaban el recurso a un procedimiento judicial para determinar si el siniestro constituía un riesgo excluido.

Igual sucede en la STS 26/2018, de 18 de enero. En este caso la incertidumbre afecta al impago de una de las primas consecutivas; es decir, al art- 15.2 LCS. El TS afirma "*que su fallo 357/2015 de 30 de junio sentó la doctrina sobre la exegesis de este precepto. Pero la decisión de la AP es anterior a él, razón por la cual en aquel momento existía una gran incertidumbre sobre las consecuencias del impago de una de las primas siguientes, la que exigió una clarificación de la jurisprudencia al respecto, de tal forma que ahora no apreciamos que haya existido infracción del art. 20 LCS".*

Por tanto, la problemática surge en lo que llamamos aquí los motivos de excepción a la aplicación del art. 20 de la LCS, causas liberatorias y de exclusión de dicha responsabilidad por mora; discusión que viene servida por lo dispuesto en el **apartado 8 del art. 20 LCS** que recordemos viene a establecer que "**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".**

Esta regla de exoneración, por su generalidad e imprecisión en su definición y aplicación, continúa siendo objeto de conflictividad judicial a la hora de apreciar, por parte de los Tribunales, en cada caso concreto si la excusa al pago de intereses legales de mora que alega el asegurador es merecedora o no de considerarse "causa justificada", manteniendo una interpretación restrictiva de la causa de exoneración, por cuanto apreciarse implica la inexistencia de retraso en el pago culpable imputable al asegurador y, en consecuencia, exonera de la mora.

Resulta obvio, y así lo considera la jurisprudencia, que es necesario partir de cada caso concreto en cuanto al condicionado de la póliza, las circunstancias del siniestro, la comunicación de su producción o la forma como se ha efectuado la reclamación de pago, y examinar con precisión la fundamentación de la excusa que alegue el asegurador.

Como señala el TS, en relación con la mayoría de los motivos de oposición o de excusa que alegan las aseguradoras para liberarse de la mora y que han sido tratador jurisprudencialmente para excluirlos de la aplicación de la regla de exclusión debe recordarse que:

1. La mera existencia de un proceso, es decir, el mero hecho de acudir al proceso no constituye por sí sólo el retraso, ni permite presumir la racionalidad de la oposición. Para que así sea, debe apreciarse una auténtica necesidad de acudir al órgano judicial para resolver si debe o no nacer la obligación de indemnizar: bien porque existen serias dudas a la vista de las circunstancias del siniestro sobre su realidad, o porque la mera lectura del condicionado contractual hay dudas sobre la cobertura, siempre que la discusión judicial en torno a la cobertura no sea consecuencia de la oscuridad de las cláusulas de la póliza, en cuyo caso, el hecho de acudir al proceso para aclararlo no excusará a la aseguradora del pago de los intereses de demora, al serle "*ope legis*" perjudicial la confusa redacción dada a la póliza (STS, Sala 1ª, de 05-04-2016).

2. Cuando el hecho controvertido del proceso judicial sea la culpa, bien por negarla completamente o discrepar sobre el grado de responsabilidad que le es atribuible en caso de concurrencia de conductas culposas.

3. Cuando la discrepancia del proceso se centre en la cuantía de la indemnización reclamada, por cuanto en estos casos es la aseguradora la que desatiende su deber de tasación del daño causado, teniendo la obligación legal de pagar o de consignar lo que a su juicio corresponde al reclamante, sin perjuicio de que luego y en el caso de prosperar su oposición al pago de la indemnización reclamada tenga derecho a reclamar la restitución de lo abonado.

4. La liquidez inicial de la indemnización aunque sea cuantificada en la resolución judicial, considerando la doctrina que "(…) la iliquidez inicial de la indemnización que se reclama, cuantificada definitivamente por el órgano judicial en la resolución que pone fin al pleito, no implica valorar ese proceso como causa justificadora del retraso, ya que debe prescindirse del alcance que se venía dando a la regla "*in iliquidis non fit mora*" (tratándose de suma ilíquidas, no se

produce mora), y atender al canon del carácter razonable de la oposición (al que venimos constantemente haciendo referencia) para decidir la procedencia de condenar o no al pago de intereses y concreción del *diez a quo* (día inicial) del devengo, habida cuenta de que la deuda nace con el siniestro y el que la sentencia que la cuantifica definitivamente no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo de un derecho que ya existía y pertenecía al perjudicado" (STS, Sala 1ª, 08-02-2017).

Manteniendo plena congruencia con la jurisprudencia civilista, la Sala 4ª del Tribunal Supremo (que conoce de los litigios por accidentes de trabajo por incumplimiento de medidas de seguridad y/o prevención de riesgos donde se ejercita una acción civil de responsabilidad extracontractual de indemnización de los daños corporales contra la mercantil empleadora y la compañía aseguradora que garantice la responsabilidad civil patronal) también analiza qué es causa exoneradora: la controversia de la inclusión del actor en la póliza -frecuente en siniestros laborales por accidentes o incapacidades, donde son aplicables contratos colectivos -; cuando la discusión se centra en la naturaleza común o profesional de la enfermedad o del accidente; o cuando es controvertida la fecha del hecho causante que determina la vigencia de la póliza y, por tanto, su aplicación (STS, Sala 4ª, de 03-05-2017).

CUARTO.- En el caso examinado, como se menciona en la sentencia recurrida, Allianz Seguros se opone a los intereses del artículo 20 de la LCS con fundamento en el apartado 8 del artículo 20 de la citada ley, alegando que ha existido una causa justificada de no hacer frente al pago de Muprespa ya que se ha discutido la responsabilidad penal a lo largo de todo el procedimiento y sólo, en la primera sesión de la vista oral, se llegó al acuerdo de conformidad, sin olvidar que Allianz ha mostrado su voluntad de atender a la responsabilidad civil ya que ha consignado cantidades a favor del perjudicado. Subsidiariamente, señala que los intereses sólo serían los correspondientes al periodo desde la fecha de alta o estabilización, en 30 de noviembre de 2016, hasta la fecha de la consignación tras solicitar la prestación de fianza y nunca podrían reclamarse desde la fecha del accidente en el año 2104, ya que lo gastos sanitarios fueron generados en 2016.

Por su parte, la juzgadora de instancia, con base en la jurisprudencia aplicable, ahonda en señalar que "*si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso, para que la oposición de la aseguradora se valore como justificada a efectos de no imponerle intereses ha de examinarse la fundamentación de la misma, partiendo de las apreciaciones realizadas por el tribunal de instancia, al cual corresponde la fijación de los hechos probados y de las circunstancias concurrentes de naturaleza fáctica necesarias para integrar los presupuestos de la norma aplicada. Esta interpretación descarta que la mera existencia de un proceso, el mero hecho de acudir al mismo constituya causa que justifique por sí el retraso, o permita presumir la racionalidad de la oposición. El proceso no es un óbice para imponer a la aseguradora los intereses a no ser que se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de*

incertidumbre o duda racional em torno al nacimiento de la obligación misma de indemnizar".

Pues bien, coincidimos con el argumento de la juzgadora de instancia, en cuanto que, efectivamente, la Jurisprudencia reciente del TS **exonera del pago de los intereses moratorios del artículo 20 de la Ley de Contrato de seguro por existir causa justificada.**

Así, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha dictado recientemente cuatro sentencias que exoneran a la compañía aseguradora del pago de los intereses moratorios previsto en el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, por existir causa justificada para ello, de acuerdo con lo previsto en el apartado 8 del citado artículo.

La jurisprudencia del Alto Tribunal sobre la interpretación de la regla contenida en el apartado 8 del citado precepto quedó precisada en su sentencia nº 743/2012, de 4 de diciembre, que se ha reiterado posteriormente, entre otras, en sus sentencias nº 73/2017, de 8 de febrero; nº 36/2017, de 20 de enero, nº 526/2017 y nº 206/2016, de 5 de abril. En ellas se interpreta restrictivamente la existencia de causa justificada en atención al carácter sancionador que cabe atribuir al efecto de evitar que se aluda al proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados.

En atención a esa jurisprudencia, si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso, para poder considerar justificada la oposición de la aseguradora a que se le impongan los intereses, procede examinar la fundamentación efectuada por el tribunal de instancia, partiendo de sus apreciaciones, teniendo en cuenta que le corresponde la fijación de los hechos probados y de las circunstancias concurrentes de naturaleza fáctica para integrar los supuestos de la norma aplicada, no siendo suficiente, por tanto, la mera existencia de un proceso. La aseguradora ha de probar que se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional sobre el nacimiento de la obligación de indemnizar, por ejemplo: sobre la realidad del siniestro o su cobertura.

En el primero de sus pronunciamientos, la sentencia nº 523/2017, de 27 de septiembre, y que ya hemos adelantado, entra a valorar si la oposición de la aseguradora a abonar los intereses estaba justificada en la necesidad de acudir a litigio para determinar la cobertura del siniestro. Los hechos más relevantes tenidos en cuenta por el Tribunal Supremo para resolver la controversia son los siguientes:

1.- El 11 de junio de 2002, años después de la finalización de la obra, un arquitecto comunica un parte de incidencias a su aseguradora haciendo constar en la "descripción de daños", que la reclamación interpuesta por el promotor de la obra lo era por el incumplimiento de la normativa urbanística por parte del arquitecto, tal y como figura en sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

2.- Se inicia la apertura de un expediente en el que se comunica al arquitecto

que se le asesorará y defenderá jurídicamente de las consecuencias que se deriven de los hechos, sin perjuicio de las condiciones generales y/o particulares de la póliza. Además, se le exige la concreción de la presunta infracción cometida.

3.- El 6 de noviembre de 2004 el promotor remite una carta al arquitecto, que a su vez envía a su aseguradora, en la que se le comunica la demanda formulada frente al asegurado ante un Juzgado de Primera Instancia, cuya sentencia de 9 de junio de 2010 condena al arquitecto a pagar al promotor 130.329,79 € La aseguradora decidió no recurrir la sentencia de instancia, mientras que el arquitecto interpuso recurso de apelación en la que se redujo la condena a 109.961,39 €

4.- El 3 de agosto de 2010 la aseguradora comunica al asegurado el rechazo del siniestro por falta de cobertura de la póliza al concurrir la exclusión prevista en la póliza de las responsabilidades derivadas de la infracción o el incumplimiento voluntario, entre otras, de las disposiciones de urbanismo que rigen las actividades profesionales aseguradas.

5.- Con posterioridad, se tramitó juicio ordinario contra la aseguradora iniciado por el arquitecto que finalizó mediante sentencia que condena a aquélla al pago de 109.961,39 € y los intereses previstos en el artículo 20.4 de la LCS El demandante había alegado, principalmente, que la aseguradora no había advertido durante los 8 años que duró la tramitación del siniestro de la existencia de un grave conflicto de intereses entre ambas partes y todo, pese a saber desde el inicio, que al actor se le reclamaba el incumplimiento de la normativa urbanística y que, de declararse dicho incumplimiento de voluntario, procedería a rechazar el siniestro.

6.- Interpuesto recurso de suplicación ante la Audiencia Provincial, en el que la aseguradora alegó la falta de cobertura del siniestro, la Audiencia lo estimó parcialmente, en el sentido de que los intereses a pagar por la aseguradora serán los legales desde el 3 de agosto de 2010 -fecha en que la aseguradora comunicó el rechazo de la cobertura del siniestro- hasta la fecha de la sentencia dictada en primera instancia. No aplicó los intereses de demora por considerar que la posición de la aseguradora no obedece a motivos dilatorios y sin fundamento, sino por tener dudas fundadas sobre si el supuesto estaba o no dentro de la cláusula de exclusión".

El Tribunal Supremo analizando la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida en casación, estima que no procede la exigencia de intereses de demora a la aseguradora al apreciar que "…*no solo es que existiese una auténtica necesidad de acudir a litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda razonable en relación con la obligación a indemnizar, sino que seguido éste, y practicadas las pruebas, el tribunal de instancia abriga dudas sobre si concurre o no el presupuesto fáctico de la cláusula de exclusión de cobertura; y si se inclina por no aplicar la cláusula en cuestión y estima la demanda es por entender que las dudas han de perjudicar a la compañía de*

seguros, que tendría la carga de acreditar cumplidamente los presupuestos de la cláusula de exclusión".

Además, señala que la sentencia recurrida no acoge los presupuestos fácticos en la recurrente funda su recurso, "*pues tras valorar minuciosamente las pruebas practicadas y venidas a autos, no alcanza la convicción de la intervención del arquitecto asegurado en la causa desencadenante de la infracción urbanística".*

En un segundo pronunciamiento, la sentencia nº 660/2017, de 12 de diciembre, examina una controversia que tiene su origen en una reclamación patrimonial dirigida al INSALUD, por negligencia médica, que fue denegada por silencio administrativo, y que dio lugar posteriormente, al recurso contencioso-administrativo ventilado ante la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia contra el Servicio Autonómico de Salud, en la que no se demandó ni personó la aseguradora.

El Alto Tribunal declara que la aseguradora no incurrió en mora en los términos y con las consecuencias previstos en el artículo 20 de la LCS hasta la fecha en que recibió de la asegurada (Servicio de Salud) orden de pago de la indemnización solicitada. Todo ello, porque los demandantes habían mantenido a la aseguradora al margen tanto del expediente administrativo que denegó la reclamación por silencio administrativo dirigida frente al INSALUD, como posteriormente del recurso contencioso-administrativo, pese a tener conocimiento de la existencia del seguro de responsabilidad civil concertado por el INSALUD y siendo hecho probado que la aseguradora nunca tuvo noticia de dichos procedimientos hasta que fue requerida por dicho servicio de salud; circunstancias que fueron valoradas por la Audiencia Provincial como causa justificada para que la aseguradora no indemnizara de inmediato.

En el tercer pronunciamiento, la *sentencia nº 686/2017, de 19 de diciembre de 2017,* los intereses del *artículo 20 de la LCS* traen causa de la sentencia que concede al recurrente la indemnización como consecuencia de las lesiones derivadas de un accidente de tráfico, en el que el conductor de un autobús golpeó con un espejo retrovisor a un peatón que se encontraba al borde de la acera. Se siguieron actuaciones penales que concluyeron mediante sentencia dictada en primera instancia en un juicio de faltas con la condena del conductor del autobús, junto con la propietaria y aseguradora del vehículo, como autor de una falta de lesiones cometida por imprudencia leve. Posteriormente, la Audiencia Provincial revocó la sentencia, al estimar que existe concurrencia de culpas, que se fija en la proporción del 85 por ciento a cargo del conductor del autobús, y un 15 por ciento a cargo del peatón.

El Alto Tribunal vincula la causa justificada a que: *"Existe, sin duda, una situación de incertidumbre o duda razonable sobre la forma de suceder los hechos y consiguiente obligación de indemnizar, mientras estuvieron activas las diligencias penales, que desaparece en el momento en que estas concluyen y se declara la responsabilidad del conductor del autobús... ". Además, tal incertidumbre no puede quedar desvirtuada mediante una descalificación de los términos en que aparece configurado el atestado.*

La incertidumbre se basó en un juicio crítico del atestado que consideró que el conductor del vehículo no era el responsable del siniestro y recogió que fue el peatón quién irrumpió en la calzada precipitadamente y por lugar no habilitado, interponiéndose en la trayectoria del autobús, y que presentaba signos evidentes de haber ingerido alcohol.

En un último pronunciamiento, la *sentencia n.º 26/2018, de 18 de enero*, confirma la sentencia de la Audiencia Provincial que consideraba justificada la oposición de la compañía aseguradora a los efectos de aplicar la causa de exoneración del *art. 20.8 LCS* , al existir una gran incertidumbre sobre las consecuencias derivadas del impago de una de las primas posteriores a la inicial, que exigió una clarificación de la jurisprudencia al respecto, que tuvo lugar con la *sentencia del Pleno 357/2015 de 30 de junio* , de fecha posterior a la de la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida en casación.

En el caso que nos ocupa, se argumenta en la sentencia recurrida que " *la aseguradora Allianz no fundamenta su oposición en causas como la falta de cobertura de la paliza o discrepancias en cuanto a la cuantía de la cantidad reclamada en concepto de indemnización sino que, desde el primer momento, discutieron y centraron la controversia en la ausencia de responsabilidad penal del acusado Bernabé, conductor del camión de la empresa asegurada en ALLIANZ, cuestión que debía ser despejada en el plenario tras el análisis del material probatorio,* por lo que la juzgadora de instancia concluye en que cabe entender que **concurre la causa de justificación que exonera de la inmediata obligación de resarcimiento.**

La misma conclusión debe extraerse por esta Sala en base a las siguientes consideraciones:

1ª/ La controversia a las que alude la juzgadora de instancia se comprueban desde el momento mismo en que, tras 5 años de investigación penal, respecto de un siniestro ocurrido el 12 de diciembre de 2014, no fue hasta el 21 de enero de 2020 cuando definitivamente se llegó a un **acuerdo transaccional extraprocesal,** tal y como consta documentado en el Acontecimiento 411 del Expediente Digital.

2ª/ De hecho, constan dos consignaciones efectuadas a favor de FRATERNIDAD MUPRESPA MATEP, por parte de las Procuradoras Dª Carmen Rebollar González y Dª Diana Romero Villacián, por importe cada una de ellas de 29.273,67 € (Acont n.º 470 y 481, respectivamente), sin que conste que, con posterioridad, dicho acuerdo transaccional fuera impugnado por la Mutua ahora recurrente, ni que devolviera las cantidades que le fueron transferidas en fecha 6 de julio de 2020, tal y como consta documentado en el Acont. n.º 512.

3ª/ Tal acuerdo transaccional fue refrendado en la sentencia ahora recurrida, en la que los acusados aceptaron la condena por un delito de lesiones por imprudencia grave, pero no el inicial objeto de investigación, contra los derechos de los trabajadores , y en la que no se hizo pronunciamiento alguno en materia

de responsabilidad civil, al renunciar Hugo en el acto de la vista, pero, señalando en el fundamento jurídico séptimo, que las indemnizaciones pecuniarias devengarán el interés del *art. 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , lo que, por razones de lógica y congruencia, **impide que la Mutua pueda y pretenda cobrar un interés legal superior al aceptado por el trabajador al que prestó asistencia sanitaria.**

4ª/ Coincidimos con el Ministerio Fiscal cuando señala, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la acción que ejerce la mutualidad, de reclamación del pago de las prestaciones y gastos sanitarios sufragados a su asegurado-, es un derecho propio al no ser una acción subrogatoria, sino una acción que nace ex lege del art 168.3 (antiguo 127) del TRLGSS, es decir una acción de repetición o de reembolso.

Sin embargo, discrepamos cuando también señala que la insólita e inusual **reclamación de intereses moratorios puede efectuarla la Mutua,** puesto que, como con reiteración tiene declarado la jurisprudencia, **tan solo puede verificarla el perjudicado u ofendido directamente por el delito,** es decir, en este caso, **el trabajador lesionado en el siniestro de autos, cuyas prestaciones sanitarias cubre la mutualidad en virtud de un contrato de seguro privado concertado por su empresario.**

En efecto, la indemnización por los daños sufridos ante accidente de trabajo o enfermedad profesional debe ir encaminada a lograr la íntegra compensación de estos, para proporcionar al perjudicado la plena indemnidad por el acto dañoso. Para la jurisprudencia, la función de valorar y cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales, entendiéndose que tal función comprendía tanto la facultad de valorar el daño con arreglo a la prueba practicada (STS *(IV) de 11-2-99 Rec. 2085/1998)*, como el deber de hacerlo de forma fundada, para evitar que la discrecionalidad se convirtiera en arbitrariedad.

La indemnización con base a los *arts. 1101* y *1902 del Código Civil,* deberá ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (los citados daños emergentes, lucro cesante, daños materiales y morales), que, como derivados del accidente de trabajo, se acrediten sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social

Tanto la normativa estatal como la internacional atribuyen al empresario la responsabilidad principal en materia de seguridad y salud de sus trabajadores, hasta el punto de que las sanciones administrativas y el recargo de prestaciones, por haber cometido algún tipo de infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales, se impondrían exclusivamente al mismo. *STSJ Cataluña, Sala de lo Social, nº 5614/2013, de 31/07/2013, Rec. 6334/2012* y *STS 08/10/2001 (R. 1869/1996)*.

El daño, por su parte, tiene distintos aspectos: las lesiones físicas, las psíquicas, las secuelas que dejan unas y otras, los daños morales en toda su extensión, el daño económico emergente (como los mayores gastos a soportar por el lesionado y su familia en transportes, hospedajes, etc.) y el lucro cesante, cuya

manifestación es la pérdida de ingresos de todo tipo, incluso la pérdida de las expectativas de mejora profesional. Si todos esos conceptos deben ser indemnizados y a todos ellos abarca la indemnización total concedida, es claro que la compensación de las diversas indemnizaciones debe ser efectuada entre conceptos homogéneos para una justa y equitativa reparación del daño real (STS *(IV) de 17 de julio de 2007, Rec. 4367/2005)*. Es decir, a pesar de existir varias acciones (reclamación de prestaciones de Seguridad Social, recargo de prestaciones y eventual responsabilidad civil), para evitar enriquecimiento injusto han de acumularse todas las posibles compensaciones, dando lugar a una indemnización, aunque esta se obtenga por diferentes reclamaciones.

En relación con la cuestión planteada por el Ministerio Fiscal, debemos resaltar la *STS de 12 de diciembre de 2017 (659/2017)*, cuando entiende que el art. 127.3 TRLGSS no responde al esquema de un derecho que se ejercita por quedar subrogado quien lo hace en el derecho de otro. Es decir, que las entidades que hayan prestado asistencia sanitaria a la víctima de un accidente y quieren recuperar las cantidades que han tenido que emplear en prestarla, en realidad ejercitan un derecho propio. Es, en fin, una **acción de repetición o reembolso, distinta e independiente de la que el accidentado tenía frente al responsable civil.** Pero, limita la cuantía del crédito indemnizatorio a la que el perjudicado habría podido exigir al causante del daño o a su asegurador, que, conforme al apartado 1.6 del anexo primero de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor entonces vigente (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 octubre, TRLRCSCVM en adelante).

La línea de la jurisprudencia penal al respecto es que **el asegurador y/o la Mutua que presta la asistencia sanitaria no es un perjudicado directo por el delito** , y aunque puede recobrar los gastos en vía penal (como lo hace por ej. en esta Comunidad el SACyL, sin embargo, **no puede repercutir los intereses moratorios del *art. 20 de la LEC*** , por cuanto estos solo están previstos para asegurar los derechos de los lesionados por accidentes de tráfico, laborales etc, evitando que las aseguradoras responsables civiles del daño se hagan las remolonas en el pago.

La *Ley de Accidentes de Trabajo de 1956 (Texto Refundido aprobado por Decreto de 22 de junio) reconoció en su art. 53* lo que después han ido diciendo la totalidad de las leyes dictadas con posterioridad, que quien costeó la asistencia sanitaria a la víctima tiene derecho a participar con condición de parte en los procedimientos civiles o penales que se mantuvieran contra el causante del daño. Así continuó siendo en el *art. 97.3 de la LGSS* (Texto Refundido aprobado por *Decreto 2065/1974, de 30 de mayo), en el art. 127.3* del TRLGSS de 1994 y también en el art. 168.3 del vigente TRLGSS de 2015.

El art. 127 (que era el aplicable al caso) decía, en efecto:

«Cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones,

por la entidad gestora, servicio común o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en su caso, sin perjuicio de aquellas responsabilidades. En estos casos, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente.

Con independencia de las acciones que ejerciten los trabajadores o sus causahabientes, el Instituto Nacional de la Salud y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, tendrán derecho a reclamar al tercero responsable o, en su caso, al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho. Igual derecho asistirá, en su caso, al empresario que colabore en la gestión de la asistencia sanitaria, conforme a lo previsto en la presente Ley.

Para ejercitar el derecho de resarcimiento a que se refiere el párrafo anterior, la Entidad Gestora que en el mismo se señala y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o empresarios, tendrán plena facultad para personarse directamente en el procedimiento penal o civil seguido para hacer efectiva la indemnización, así como para promoverlo directamente, considerándose como terceros perjudicados, al efecto del artículo 104 del Código Penal [léase ahora 113, que es el que figura en el texto vigente de 2015]».

Pues bien, hoy en día, la legitimación de estas entidades es incontestable, al menos para recuperar prestaciones sanitarias -las extrasanitarias presentan mayor complejidad; y a tal efecto, dispone el *art. 82 de la Ley de Contrato de Seguro* que *«en los seguros de personas el asegurador, aun después de pagada la indemnización, no puede subrogarse en los derechos que en su caso correspondan al asegurado contra un tercero como consecuencia del siniestro».*

Pero lo importante se encuentra en el inciso segundo, cuando señala que *«se exceptúa lo dispuesto en el párrafo anterior lo relativo a los gastos de asistencia sanitaria».* De ello, se colige que el propio legislador se encarga de establecer la excepción, distinguiendo entre las indemnizaciones pagadas por el asegurador conforme a las previsiones contenidas en la póliza y los gastos de asistencia sanitaria. Lo cual ha llevado a la doctrina a señalar que, en materia de gastos sanitarios, los seguros «operan como si fueran seguros de daños en sentido estricto, o como seguros de indemnización efectiva (o de concreta cobertura de necesidad)».

Y eso es justo lo que sucede en la mencionada legislación de accidentes de trabajo y Seguridad Social. Las entidades gestoras de la Seguridad Social no tienen por cometido cubrir la responsabilidad de un tercero que dé lugar con su acto dañoso a una enfermedad o a un accidente, sino proteger a los trabajadores en caso de enfermedad o accidente y la ley prevé expresamente la posibilidad para aquéllas de recuperar los gastos de asistencia sanitaria efectuados, hasta el punto de permitir su consideración como tercero a los efectos de la acción civil «ex delicto», de suerte que son terceros perjudicados todas las personas y

entidades que hayan prestado una asistencia a la víctima, tanto si no existía una obligación previa (médicos y sanatorios privados

La jurisprudencia ya desde la *STS de 13 de febrero de 1991* dice que *«terceros sólo son los que han sido directamente perjudicados por el hecho delictivo y no los titulares de una acción de repetición ni los que estén enlazados con la víctima con relaciones contractuales que se ven afectadas por el hecho punible y que, en realidad, no derivan de él sino de la sentencia condenatoria"*

Por su parte, la *STS de 24 de febrero de 2005* dice: *«(...) será perjudicado por el delito, tanto quien haya sufrido los daños consecuencia de este, como aquellas otras personas o entidades que hayan tenido que reparar sus consecuencias civiles, pero dentro siempre del ámbito de la víctima, nunca en la órbita jurídica del autor material del mismo"*

Así, con carácter general, no solamente será perjudicado el directamente afectado por la acción u omisión del sujeto activo del delito, sino todas aquellas personas que, por ese hecho, se vean en la obligación de realizar gastos, prestar servicios o satisfacer indemnizaciones. De ese modo, son terceros perjudicados las entidades de asistencia sanitaria que presten cualquier servicio para solventar la salud del accidentado, o quien afronte las prestaciones económicas de cualquier tipo para aminorar o reparar las consecuencias del ilícito cometido, aunque cosa diferente es que puedan imputar los intereses del *art. 20 de la LCS* , que no es el caso, dado que es distinto el título en el que sustenta la diferente pretensión del lesionado respecto de la mutua asistencial por mor de un contrato privado con su empresario aun cuando sean repercutibles a las cuotas pagadas a la Seguridad Social..

En este sentido, muy claramente también, la *STS de 3 de junio de 1997.* Y en la jurisprudencia menor, la *SAP de Zaragoza de 18 de enero de 2000* dice a las claras que «la *indemnización por asistencia médica y por incapacidad laboral transitoria no deriva, en definitiva, de un contrato de seguro, sino de la ley, y por ello puede repetirse en el responsable civil del accidente».*

La polémica ha sido particularmente destacable en los casos en que la asistencia se prestó por las entidades gestoras de la Seguridad Social o por Mutualidades laborales o patronales, dado que, a diferencia de lo que sucede con las entidades privadas, estas entidades han de asistir al accidentado precisamente porque éste contribuye mensualmente con sus cuotas de Seguridad Social, y entonces no es un tercero sino un segundo. Y eso es algo que se puede mantener cuando se trata de que el empresario, que junto con el trabajador accidentado ha venido contribuyendo a que éste tenga un derecho a recibir asistencia, se encuentra con que la entidad que la prestó, cumpliendo su obligación de prestarla, pretende luego recuperar las cantidades empleadas.

Siguiendo la *Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2017 (659/2017*), a la que venimos aludiendo a las *"cuotas que abonan los propios trabajadores y las empresas, y por ello no pueden ser reclamadas al responsable criminal o civil, salvo en el caso de prestaciones sanitarias que, si las pagó la*

correspondiente entidad de la Seguridad Social, en realidad repercutieron en beneficio del condenado penal o civil, que, en otro caso, habría tenido que atenderlas por sí mismo, y por ello deben ser reembolsadas...».

Pero, desde luego, nada de esto sucede cuando sí existe una situación de plena e inequívoca tercería, como es el supuesto de la sentencia que se analiza aquí, en cuyos antecedentes tenemos a un tercero responsable, a su seguro de responsabilidad civil y a la Mutua de Accidentes que quiere legítimamente recuperar lo que pagó.

De ahí que queramos, no obstante, mostrar, si quiera sea de manera superficial el complicado panorama que en nuestro sistema tiene el derecho al recobro de lo pagado por las entidades que están legalmente obligadas a prestar asistencia sanitaria (y a otras prestaciones extrasanitarias).

No extraña que auténticos especialistas en la materia, como Mercader Uguina, advierta que el problema de la calificación de la Seguridad Social como seguro de daños o seguro de personas es *«demoniaco»,* en cuanto a deslindar si existe "subrogación o derecho propio", lo cual. A la vista de la abigarrada legislación aplicable nos lleva a pensar en la tesis del derecho propio como subterfugio.

En todo caso, la sentencia de 12 de febrero de 2015, dictada por la Sección.5ª de la Audiencia Provincial de Mallorca -que es la que confirmó la sentencia del TS a la que venimos, y que aludiendo desestimó el recurso de apelación, contra la sentencia de instancia, claramente señaló que *"sea una acción de repetición o sea una acción de índole subrogatoria, el asegurador del responsable civil «tiene limitada su responsabilidad en aplicación del anexo primero apartado 6 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor [LRCSCVM, en adelante], tras la redacción dada a dicho apartado por la Ley 21/2.007 de 11 de julio, y la misma no se extiende ya a los gastos de asistencia sanitaria posteriores a la estabilización de las lesiones. (...)*

La Mutua ahora apelante no se convierte en defensor del mutualista accidentado, en sus intereses que son propios a éste, sino que, simple y llanamente, se reclaman los gastos desembolsados por la Mutua a su favor, los que intenta repercutir frente al declarado responsable del siniestro.

Los intereses, derechos y acciones del Sr. Carlos Alberto son distintos a los derechos e intereses de la Mutua apelante al amparo de la aludida norma. La recurrente nada tiene que ver con las competencias y responsabilidades de la aseguradora de siniestros de circulación de vehículos y su funcionamiento difiere mucho de ello.

Pero tal circunstancia consideramos que en modo alguno implica una extensión del ámbito de responsabilidad del culpable y aseguradora responsables civiles del accidente de circulación. Si el legislador ha limitado tal responsabilidad estableciendo unos límites cuantitativos máximos para las indemnizaciones derivadas de accidentes de circulación, en este caso, excluyendo de su ámbito los gastos de asistencia sanitaria habidos tras la estabilidad lesional, consideramos que el artículo 127. 3 del LGSS no implica una extensión de tal

responsabilidad, aunque no establezca limite».

Y concluye la sentencia a la que venimos comentado (*STS de 12 de diciembre de 2017 (659/2017)*, que *«esta sala comparte el planteamiento inicial de la recurrente acerca de la naturaleza de la acción prevista en el art. 127.3 del TRLGSS, en el sentido de que dicha acción responde a una acción de repetición o de reembolso de los gastos sufragados por la mutua. Se trata, por tanto, de una acción distinta e independiente de la que corresponde al trabajador afiliado frente al responsable, civil o criminalmente, del menoscabo de su salud; y su fundamento trae causa de la obligación ex lege que tienen las mutuas de prestar directamente la cobertura sanitaria a sus respectivos afiliados. Por lo que, en puridad, no cabe hablar de una acción de subrogación».*

Dicha sentencia termina señalando que *"la sala no comparte el planteamiento que realiza la recurrente acerca del alcance de esta acción de repetición, o de reembolso, sin otro límite que el importe de lo efectivamente sufragado por la mutua. La razón estriba en que la interpretación normativa del alcance de esta acción de repetición no puede realizarse sólo atendiendo a la mera literalidad o fundamento del citado art. 127.3, esto es, de un modo estanco o autónomo, sino atendiendo a su interpretación armónica y sistemática con el resto de la normativa que resulte de aplicación. En efecto, de igual forma que el ejercicio de la acción de repetición queda condicionado al presupuesto de causalidad e imputación del daño ocasionado, esto es, a que la cobertura sanitaria sea debida a la culpa del tercero causante del accidente de tráfico y del daño producido"*.

En base a todo ello, consideramos que no existen razones para modificar el criterio de la juzgadora de instancia al no aplicar a favor del Actor Civil los intereses moratorios del *art. 20 de la LCS.*, por lo que procede la desestimación de este concreto motivo de recurso

Por lo indicado, procede desestimar el recurso de Apelación interpuesto y la confirmación de la sentencia de instancia en su integridad.

INTERESES MORATORIOS ART. 20 LCS. NO CONCURREN DADA LA NOTORIA COMPLEJIDAD DE LA CAUSA.

SAP GRANADA (1ª) Nº 106/2020, DE TRECE DE MARZO. PTE: MARIO ALONSO ALONSO

Los intereses moratorios del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro tiene un indudable carácter penitencial, para sancionar a las aseguradoras que incumplan su obligación de pago. Las aseguradoras para evitar el pago de los intereses, desde la reforma del art. 9 del RDL 8/2004 operada por la Ley 21/07, debe realizar una "*oferta motivada*" en el plazo de tres meses desde la recepción de la reclamación (art. 7.2), imponiendo este precepto al asegurador el deber de actuar con diligencias "*desde el momento en que conozca por cualquier medio la existencia del siniestro"*.

En este caso consta que la aseguradora abonó al recurrente en los meses de octubre y noviembre de 2014 la cantidad total de cien mil euros, respecto de la que el apelante renunció a la reclamación de intereses. Con relación a los restantes cincuenta mil euros, hasta completar el total importe indemnizatorio de que debe responder la entidad aseguradora AXA, le fue abonado posteriormente en abril de 2016, cuando fueron conocidas con mayor exactitud las consecuencias exactas de las graves lesiones padecidas a causa del siniestro.

Por otra parte, resulta notoria la complejidad de esta causa, en la que se discute la existencia misma de la infracción penal, se ha dirigido acusación contra dos responsables diferentes, cada uno con su correspondiente cobertura de seguro e incluso se ha introducido la posible influencia del proceder del recurrente en la generación del accidente. En este escenario, hay que reconocer que concurren elementos que dificultan cualquier determinación de la indemnización que, previsiblemente, había de asumirse por la aseguradora finalmente condenada, máxime cuando hasta el dictado de la sentencia aquí impugnada, no ha perdido la expectativa cierta de poder compartir esa responsabilidad indemnizatoria con la compañía codemandada.

En este sentido, como apunta la sentencia 717/2019 de 21 de noviembre de la Audiencia Provincial de Madrid, se ha pronunciado la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, declarando" que *la multa penitencial del art. 20 LCS sólo podrá exigirse cuando el impago obedezca a causas no justificadas o que le fuese imputable al asegurador, (condición que encuentra su interpretación auténtica en el último párrafo del art. 38 LCS). A este respecto señala igualmente el Tribunal Supremo que la mora requiere un comportamiento culposo del deudor como indica el art. 1100 CC, de manera que sólo bajo esa perspectiva de contravención al correcto cumplimiento del contrato es posible la exigencia del que podríamos llamar "sobre interés" del 20%".*

Por ello, tanto el Juez a quo, como este Tribunal, estimamos que a aseguradora no ha incurrido en mora, y no se le deben imponer los intereses del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro.

INTERESES MORATORIOS DEL ART. 20 LCS

SAP LOGROÑO (1ª) Nº 164/2020, DE 23 DE DICIEMBRE. REC: 18/2020. PTE: RICARDO MORENO GARCÍA

Respecto de la alegación de error en la aplicación de los intereses del *art. 20 LCS*.

a) Sobre la procedencia de los intereses.

Sostiene la recurrente que existe causa justificativa de la necesidad de acudir a procedimiento judicial para determinar la responsabilidad del pago de la indemnización, siendo que por otra parte que en caso de imposición no deben ser desde la fecha del accidente siendo desde que se tuvo por primera vez conocimiento del asunto que es el 17-9-2016.

En la *sentencia recurrida se recogen concretas referencias a la fecha del siniestro, el 4-9-2013 y al fallecimiento del trabajador el 18-9-2013*, debe resaltarse al respecto la naturaleza y la claridad en el modo de ocurrir el suceso, y en la pieza de responsabilidad civil constan dos afianzamientos de Mapfre uno de 23-6-2017 por 175.000.-euros y otro por 422.890,66 no puesto a disposición de los perjudicados sino avales a requerimiento judicial en el Auto de Apertura de Juicio Oral.

Ya indicó *esta Sala, entre otras, en la SAP La Rioja de 21-11-2011 (Rec.448/2010*) respecto de la procedencia de la imposición de los intereses del *art. 20 Ley del Contrato de Seguro* que:

<< La Ley de Contrato de Seguro impone al asegurador el cumplimiento de una debida diligencia para hacer las comprobaciones necesarias, determinar la cuantía a abonar y cumplir su prestación o consignarla, en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro (apartado 3º del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro); tal deber de diligencia no se incumple si el retraso se debe a causa que no le es imputable o que está justificada (SSTS de 23-1 y 19-9-2003).

La jurisprudencia ha indicado que no puede reputarse justificada para una demora en el pago ni la discrepancia en la cuantía de la indemnización (se pudo consignar por la Compañía de Seguros) ni la simple existencia del proceso judicial, pues ello supondría dejar al arbitrio del asegurador el cumplimiento de la obligación de indemnizar (SSTS, 15-12-2005 y 2-3-2006) y en este sentido Como señala la Tribunal Supremo en su sentencia de 17-9-2008"...En la aplicación del precepto invocado, la jurisprudencia de esta Sala (véanse, entre muchas otras, las Sentencias de 11 de noviembre y de 21 de diciembre de 2007) ha destacado la necesidad de valorar la posición de las partes y la razonabilidad de la oposición o del impago por parte de la compañía aseguradora, sentando la regla de que los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro se deben si no se encuentra una razón justificativa del impago de la indemnización por parte de la compañía aseguradora..." que luego ejemplifica en supuestos como en los casos en que la oposición se declara al menos parcialmente ajustada a Derecho, cuando es necesaria la determinación judicial ante la discrepancia de las partes, o cuando se reclama una indemnización notablemente exagerada, ... >>.

En esta misma línea cabe señalar que la *STS de 16-10-2008* indica que debe descartarse que la mera existencia de un proceso, o el hecho de acudir el mismo, sea, por sí sola, causa justificativa del retraso, ni, en consecuencia, que el proceso constituya un óbice para imponer a la aseguradora los intereses, siempre que no se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional, pues de no entenderlo así -sigue diciendo la Sentencia del Tribunal Supremo antes citada-, se llegaría al absurdo de que la mera oposición procesal de la aseguradora demandada, generadora por sí de la controversia, eximiría de pagar intereses.

De igual manera la *STS de 23-6-2014* que indica:

<< Esta Sala ha venido declarando que la mera discordancia en las cantidades no es motivo de exoneración del pago de los intereses (STS 17 de mayo de 2012, Rec. 1427/2009, entre otras >>.

También en la *STS de 3-3-2014* se indica:

<< Esta Sala ha declarado en SSTS de 13 de junio de 2007, 26 de mayo , 20 de septiembre de 2011 y 7 de junio de 2013 lo siguiente: " Según el artículo 20.8 de la LCS, el recargo de los intereses por mora del asegurador tiene lugar cuando no se produce el pago de la indemnización por causa no justificada o imputable a la aseguradora. En su interpretación, tanto en su primitiva redacción, como en el texto vigente dado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones que la indemnización establecida en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro tiene desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado. La mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial, nada de lo cual se da en el caso" >>.

No se estima, con la sentencia recurrida que concurran tales circunstancias exoneradoras, por lo que debe rechazarse el recurso de apelación interpuesto.

b) Sobre la fecha de imposición desde la del siniestro.

Sostiene la recurrente que el momento de inicio del cómputo de los intereses no debe ser desde la fecha del siniestro sino desde el 17-9-2015 momento en el que sostiene tuvo conocimiento de la existencia del siniestro.

El fallecimiento tuvo lugar el 18-9-2013, el siniestro el 4-9-2013, y en la sentencia recurrida se fija el momento de inicio del cómputo de los intereses desde el fallecimiento.

La apelante está solicitando la aplicación del apartado 6º del art. 20 de la LCS Legislación citada LCS art. 20.6, el cual consagra lo siguiente:

"*Será término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del siniestro.*

No obstante, si por el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario no se ha cumplido el deber de comunicar el siniestro dentro del plazo fijado en la póliza o, subsidiariamente, en el de siete días de haberlo conocido, el término inicial del cómputo será el día de la comunicación del siniestro.

Respecto del tercero perjudicado o sus herederos lo dispuesto en el párrafo primero de este número quedará exceptuado cuando el asegurador pruebe que

no tuvo conocimiento del dinero con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa por el perjudicado o sus herederos, en cuyo caso será término inicial la fecha de dicha reclamación o la del citado ejercicio de la acción directa".

Por consiguiente el devengo de los referidos intereses desde la fecha del siniestro está razonable y legalmente supeditado al oportuno conocimiento que del mismo hubiese tenido la aseguradora y la subsiguiente actitud negligente o pasiva por su parte y es que la entidad aseguradora no incurre en mora en tanto no conoce la existencia de dicho evento y el nacimiento de su obligación de cobertura, si bien y en relación con terceros perjudicados o herederos se establece una carga de prueba del desconocimiento.

Por la compañía de seguro se señala como fecha la del 17-9-2015 que es la fecha en la que se requirió a Grúas y Transporte Garte, S.A aportar la póliza de seguros del vehículo (f.-265) como fecha a partir de la cual existió conocimiento, si bien cabe señalar que siguiendo el mismo criterio tal requerimiento no había sido el primero sino que ya desde prácticamente el principio del procedimiento se había requerido a Grúas y Transporte Garte, S.A para su aportación , cosa que se realizó, y así consta en que ya en fecha 25-10-2013 (f.-44) se aportó la póliza razón por la que debe entenderse que en atención a la naturaleza del siniestro y sus consecuencias existe base para entender que ya para tal fecha existía conocimiento puesto que se había requerido a Grúas y Transporte Garte, S.A cuyo conductor era el productor del siniestro para la aportación de la póliza.

En atención a todo lo cual procede la desestimación del motivo alegado.

INTERESES MORATORIOS DEL ART. 20 LCS. LA ASEGURADORA HA DE PROBAR QUE SE APRECIE UNA AUTÉNTICA NECESIDAD DE ACUDIR AL LITIGIO PARA RESOLVER UNA SITUACIÓN DE INCERTIBUMBRE O DUDA RACIONAL SOBRE EL NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR.

SAP LUGO (2ª) Nº 182/2020, DE 1 DE DICIEMBRE. REC: 123/2020. PTE: EVA ABADES MACÍA.

SEGUNDO. Sostiene la aseguradora apelante que ni la entidad cuya responsabilidad tiene asegurada ni su representante legal reconocieron ningún tipo de responsabilidad en los hechos, siendo en el acto del juicio donde hubo de ventilarse la responsabilidad civil, resultando fijada en una cantidad considerablemente inferior a la solicitada, así ante lo indeterminado de la cantidad que tuvo que ser fijada por el juez no podía consignarse la indemnización hasta su fijación no procediendo por tanto la imposición de los intereses del artículo 20.

Sostiene el Tribunal Supremo que la indemnización por intereses de demora del citado artículo exigible a las compañías aseguradoras es de carácter sancionador, determinando que se trata de unos intereses punitivos o de castigo, así en su *Sentencia de 14 de marzo de 2018* establece que "la indemnización

establecida en el *art. 20 de la LCS* tiene desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado" y según la *Sentencia de 19 de diciembre de 2017* : "impedir que se utilice el proceso como instrumento para dificultar o retrasar el cumplimiento de la obligación de pago al perjudicado".

Sin embargo, en el propio artículo se excluye tal consecuencia cuando el retraso de la aseguradora esté fundado en una causa justificada o que no le sea imputable, causa de exoneración que la jurisprudencia sostiene ha de ser objeto de interpretación restrictiva precisamente por el carácter sancionador de la norma.

Por lo que se refiere a la mera existencia de un proceso no constituye por sí sólo el retraso, ni permite presumir la racionalidad de la oposición. Para que así sea, debe de apreciarse una auténtica necesidad de acudir al órgano judicial para resolver si debe o no nacer la obligación de indemnizar: bien porque existen serias dudas a la vista de las circunstancias del siniestro sobre su realidad, o porque de la mera lectura del condicionado contractual hay dudas sobre la cobertura, siempre que la discusión judicial en torno a la cobertura no sea consecuencia de la oscuridad de las cláusulas de la póliza, en cuyo caso, el hecho de acudir al proceso para aclararlo no excusará a la aseguradora del pago de los intereses de demora, al serle "opes legis" perjudicial la confusa redacción dada a la póliza (en este sentido la *Sentencia del Tribunal supremo de 5 de abril de 2016* , entre otras).

En base a ello la aseguradora ha de probar que se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional sobre el nacimiento de la obligación de indemnizar, por ejemplo: sobre la realidad del siniestro o su cobertura.

Supuestos en los que no se puede englobar el presente, la existencia del siniestro no se discute, ni tampoco la cobertura de la apelante.

En igual sentido se pronuncia la *Audiencia Provincial de Palencia en su sentencia de 23 de septiembre de 2020:* "Concurriendo el siniestro y la cobertura por la aseguradora recurrente, la mera discrepancia sobre los hechos o sobre la indemnización, no impide la mora del deudor, ni el devengo de intereses moratorios, cuando nada se ha ofrecido ni consignado en beneficio del perjudicado en tiempo y forma."

Además la entidad aseguradora consta personada en la causa desde junio de 2014, con lo que tenía conocimiento de las diligencias, pero es que aun admitiendo la comunicación tardía del accidente, tal y como dice la *Audiencia Provincial de A Coruña en su sentencia de 13 de abril de 2010* : "el simple retraso en la comunicación del siniestro a la aseguradora no puede llevar aparejada, sin más, la trascendental consecuencia de la pérdida del asegurado de la

indemnización a que tiene derecho, sino que solamente puede dar origen a que la aseguradora reclame al asegurado los daños y perjuicios que se le hayan podido ocasionar con dicho retraso (*SS TS 19 febrero 1988* , *18 diciembre 1998* y *14 diciembre 2007*), debiendo ser interpretada de modo restrictivo la cláusula o condición general que así lo establezca, por su carácter abusivo y desproporcionado, de manera que no puede llevar en ningún caso a la pérdida por parte del asegurado de su derecho a la indemnización correspondiente (*SS TS 19 febrero 1988* y *18 diciembre 1998*)".

Sostiene también la aseguradora apelante que no fue hasta la celebración del juicio cuando se concretó la cuantía de la indemnización disminuyendo significativamente la interesada por el lesionado, pero como dice el *Tribunal supremo en su Sentencia de 8 de febrero de 2017* : "(...)la iliquidez inicial de la indemnización que se reclama, cuantificada definitivamente por el órgano judicial en la resolución que pone fin al pleito, no implica valorar ese proceso como causa justificadora del retraso, ya que debe prescindirse del alcance que se venía dando a la regla "in iliquidis non fit mora" (tratándose de sumas ilíquidas, no se produce mora), y atender al canon del carácter razonable de la oposición (al que venimos constantemente haciendo referencia) para decidir la procedencia de condenar o no al pago de intereses y concreción del dies a quo (día inicial) del devengo, habida cuenta de que la deuda nace con el siniestro y el que la sentencia que la cuantifica definitivamente no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo de un derecho que ya existía y pertenecía al perjudicado".

15.8 Legitimación activa de la mutua para recurrir

SOBRE LA LEGITIMACIÓN DE LA MUTUA QUE ACTÚA COMO ACTOR CIVIL PARA RECURRIR LA SENTENCIA EN ORDEN A SOLICITAR EL PAGO DE LOS INTERESES MORATORIOS DEL ART. 20 LCS.

SAP BURGOS (1ª) Nº 269/2020, DE DIECINUEVE DE OCTUBRE. PTE: LUIS ANTONIO CABALLERA SIMÓN

Frente a la sentencia de instancia, se impugna por la representación procesal de la mutualidad persona como Actor Civil, el apartado correspondiente a la responsabilidad civil emanada de la condena penal dictada de conformidad por las partes, en este caso, en el apartado correspondientes a los intereses del artículo 20 de la LCS, que considera procedentes desde la fecha del siniestro hasta el pago, dado que -según se dice- no actúa por subrogación del trabajador en el siniestro, sino que tiene legitimación para reclamar el coste de la prestaciones sanitarias, siendo una acción autónoma e independiente de las acciones que puedan corresponder al lesionado, interesando se revoque la sentencia de instancia en concreto el extremo relativo a la condena que se solicita, de Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros SA al pago de los intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde la fecha del siniestro

hasta el pago y sobre el importe total de la indemnización concedida a dicha Mutua dada la solidaridad que al respecto se contiene en la sentencia de instancia.

A dicha pretensión se adhiere el Ministerio Fiscal al entender que la acción que ejerce la Mutua es un derecho propio al no ser una acción subrogatoria sino una acción que nace ex lege del art. 168.3 (antiguo 127) del TRLGGS, por lo que no ve óbice alguno para que en base a este derecho propio pueda reclamar intereses moratorios al amparo del art. 20 de la LCS, debiendo aplicarse desde el 14 de octubre de 2015- fecha en que se personó la mentada mutualidad-, y por el periodo de dos años (hasta el 14 de octubre de 2017), el interés legal vigente que se incrementará en un 50% y desde esta fecha hasta la fecha de la sentencia, 22 de abril de 2020, a la entidad aseguradora ALLIANZ aplicables al principal abonado por la mutualidad MUPRESPA que conforme a los hechos probados ascendió a 58.547,33 euros.

Planteadas así las bases del recurso, y para una mejor comprensión de las cuestiones planteadas en el presente recurso, debe anticiparse el marco jurídico delimitador del marco jurídico aplicable a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, son asociaciones privadas de empresarios sin ánimo de lucro, autorizadas por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Tienen como finalidad colaborar en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y la enfermedad profesional del personal a su servicio, adquiriendo su personalidad jurídica una vez constituidas y, por tanto, tienen capacidad para el cumplimiento de sus fines. En este sentido, el empresario elige libremente asociarse a la mutua que mejor se adapte a sus necesidades y a las de los trabajadores de su plantilla, tanto por razones de calidad en el servicio, como de proximidad.

Las actividades de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social se centran en:

1. La gestión de las prestaciones económicas y de la asistencia sanitaria, incluida la rehabilitación, comprendidas en la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. También se ocupan de las actividades de prevención de estas mismas contingencias.

2. La gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de enfermedad común y accidente no laboral

3. La gestión de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural

4. La gestión de las prestaciones económicas por cese en la actividad de los trabajadores autónomos

5. La gestión de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave

6. Las demás actividades

Algunos aspectos relevantes sobre el funcionamiento de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social son:

1. Asunción de sus asociados de la responsabilidad mancomunada en los supuestos y con el alcance establecidos en la Ley 35/2015.

2. El carácter voluntario por el cual el empresario puede optar entre formalizar por periodos anuales, la cobertura de los accidentes de trabajo con la Mutua o las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (El Instituto Nacional de la Seguridad Social y el Instituto Social de la Marina).

3. La constitución bajo autorización del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y el funcionamiento bajo su vigilancia y tutela.

4. La personalidad jurídica propia que habilita a las mutuas, para adquirir, poseer, gravar o enajenar bienes y realizar toda clase de actos y contratos o ejercitar derechos o acciones.

5. La contabilidad regida por el Plan General de Contabilidad de la Seguridad Social, y la rendición de cuentas de su gestión ante el Tribunal de Cuentas y la Auditoria General de la Seguridad Social.

6. La integración de los presupuestos anuales dentro de los Presupuestos Generales del Estado, en el apartado de la Seguridad Social.

7. La contratación de servicios, suministros y obras articulada por la Ley de Contratos del Sector Público.

La colaboración de las Mutuas en la gestión de las contingencias profesionales se financia por medios de las primas de accidentes de trabajo aportadas exclusivamente por el empresario y recaudadas por la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para realizar esta gestión de los procesos de los procesos de incapacidad temporal (bajas médicas) las mutuas reciben de la Seguridad Social las cotizaciones por accidente de trabajo que paga en exclusiva el empresario por cada trabajador y una fracción de las cuotas que pagan empresarios y trabajadores por contingencias comunes.

Siempre y cuando se trate de una baja laboral de carácter temporal, del pago del sueldo se hará cargo la propia empresa, que tendrá que abonar el salario de la misma forma y con la misma frecuencia con la que se realizaban antes de que el accidente tuviera lugar.

Cuando se produzca un accidente de trabajo o una enfermedad profesional estaremos ante una contingencia profesional, mientras que, cuando se produzca un accidente no laboral o una enfermedad común (gripe, por ejemplo) estaremos ante una contingencia común.

A partir del decimosexto día de baja, la responsabilidad del abono recae en la Seguridad Social o Mutua en su caso, aunque el pago lo siga materializando el

empresario. Es decir, el empresario abona como si fuera una nómina y luego Seguridad Social o Mutua le paga al empresario.

Aunque quien paga directamente al trabajador que está de baja sea la empresa para la que trabaja, no siempre paga el empresario. Entre el cuarto y el 16º día el 60% del sueldo lo pagaría el empresario y a partir de ese día lo pagaría la Seguridad Social o la Mutua que tenga contratada la empresa.

En los procesos originados por contingencias profesionales, el parte médico de alta se expedirá por el facultativo o inspector médico del servicio público de salud o por el inspector médico adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social o al Instituto Social de la Marina si el trabajador está protegido con una…

Pues bien, entre la Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social se encuentra **FRATERNIDAD-MUPRESPA,** registrada con el núm. 275, y a la que es de aplicación lo establecido en el artículo 347 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, y así, el perfil de contratante de Fraternidad-Muprespa, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, nº 275, se integra en la plataforma de Contratación del Sector Público, gestionándose y difundiéndose exclusivamente a través de la misma la actividad de contratación de la Mutua.

15.9 Lucro cesante. Cálculo

LUCRO CESANTE CÁLCULO

SAP LOGROÑO (1ª) Nº 164/2020, DE 23 DE DICIEMBRE. REC: 18/2020. PTE: RICARDO MORENO GARCÍA

Respecto del lucro cesante, en la sentencia recurrida tras analizar el nivel de ingresos del fallecido calculado una proyección de ingresos desde la edad en el momento del fallecimiento hasta la edad de jubilación atendiendo a su salario en Portugal (que a su vez era muy inferior al salario en España donde trabajaba en el momento del accidente) con lo percibido por la viuda en concepto de pensión de viudedad en Portugal durante tal periodo de tiempo se llega a la conclusión de que el factor de corrección de la tabla II arroja un resultado "...*desproporcionadamente inferior*..." al lucro cesante de la viuda, llegando en la sentencia recurrida a fijar el 75% de incremento, arrojando con ello la cantidad a la que llega, si bien señalando en la misma que incluso en este escenario muy alejada al lucro cesante efectivo.

El criterio seguido en la sentencia recurrida es acogido en esencia igualmente en sentencias, además de la citada en el mismo, de *SAP Cádiz de 11-2-2020 (secc. 5ª, Rec. 880/2019*), *SAP Navarra de 23-4-2015 (secc. 4ª, Rec 22/2015*) y a su vez en línea con lo indicado en la *STS nº 1664/2010 de 25-3-2010*.

En tal sentido se acredita atendiendo a los parámetros recogidos en la sentencia

recurrida el grave desajuste entre el factor de corrección y el lucro cesante, desfase no compensado por otros factores, se siguen los criterios del Baremo y se fija en el máximo del 75% alcanzándose un resultado que si bien se encuentra lejos de compensar el lucro cesante es razonable y se muestra conforme con el criterio jurisprudencial indicado.

15.10. No responsabilidad civil de la empresa al no resultar condenado ninguno de sus trabajadores

NO PROCEDE DECLARAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA EMPRESA, POR NO RESULTAR CONDENADO NINGUNO DE SUS REPRESENTANTES O TRABAJADORES.

SAP ALICANTE (3ª) Nº 52/2020, DE 7 DE FEBRERO. REC: 34/2020. PTE: MARÍA AMPARO RUBIO LUCAS.

PRIMERO.- La *sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 5 de Alicante, en fecha 21 de octubre de 2019* , es recurrida por las representaciones procesales de los dos condenados Agapito y Pablo Jesús, y por la representación procesal de Álvaro, coincidiendo los tres recurrentes en un mismo motivo cuál es la exigencia de responsabilidad civil de Iberdrola, pretensión que ha de ser rechazada por no resultar condenado ninguno de sus representantes o trabajadores, faltando así el necesario título de imputación de responsabilidad civil ex delicto. Siempre le quedará al trabajador, si lo estima conveniente, la posibilidad de acudir a la jurisdicción civil para resarcirse sobre la empresa Iberdrola y su aseguradora, en eventual aplicación del *artículo 1902 CC,* en una acción civil que se deja expedita.

15.11 Perjuicios morales a familiares

PERJUICIOS MORALES DE FAMILIARES

SAP BADAJOZ (3ª) Nº 189/2020, DE 21 DE DICIEMBRE. PTE: JOAQUÍN GONZÑALEZ CASO.

En cuanto a los perjuicios morales de familiares se solicita en el recurso la cantidad de 143.363 euros. La cantidad no puede ser concedida ante la total orfandad probatoria de la acusación particular. En la tabla IV está prevista una cantidad por “perjuicios morales familiares, destinados a familiares próximos al incapacitado en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada…”, pudiendo llegar dicha cantidad hasta un máximo de 143.794 euros. Es cierto que el perjudicado necesita de la ayuda de terceros, pero desconocemos quiénes y cuántos son esos terceros y cómo se realiza esa ayuda. En el escrito de acusación no se dice nada y en el recurso se indica que se divorció de su esposa y que son sus hijos los que le atienden. Ni siquiera se molesta el recurrente en decirnos cuantos hijos

tiene. La indemnización lo es a favor de familiares próximos al incapacitado que ven alterada su convivencia, no en favor del propio perjudicado. Como hemos dicho, no existe la más mínima prueba que permita a este Tribunal fijar el importe de la indemnización y el/los favorecido/s por ella.

INDEMNIZACIÓN POR PERJUICIOS MORALES. FALLECIMIENTO DE HERMANO

SAP GRANADA (1ª) Nº 106/2020, DE TRECE DE MARZO. PTE: MARIO ALONSO ALONSO

El citado art. 113 establece que *la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a tercero.* La interpretación jurisprudencial de este precepto, en lo relativo a la afectación moral de los hermanos de la víctima fallecida a causa del deceso de ésta, ha sido la de considerar que el ser humano, resulta ser centro de afectos y sentimientos, y su fallecimiento -como en el supuesto que nos ocupa- naturalmente produce un sentimiento o dolor moral a sus parientes más allegados que debe ser compensado con un equivalente pecuniario, tal y como previene el referido artículo 113 del Código Penal, que al hacer referencia a los *familiares del agraviado,* es obvio que incluye a los hermanos, quienes están por ello legitimados para recibir iure propio la prestación reparatoria, cuando no existen familiares más inmediatos (sentencias TS de 17 de octubre de 2000 y 19 de octubre de 2001, por todas). Doctrina esta matizada en el sentido de entender que el derecho a percibir una indemnización los hermanos o hermanas de las víctimas por perjuicio moral al que ex iure propio podrían tener derecho en concurrencia con familiares más cercanos, pudiera darse en el supuesto que de existir otras circunstancias de carácter extraordinario, tales como la minoría de edad de aquellos, la convivencia o la dependencia económica con la víctima u otras de excepcional trascendencia, que, puestas de manifiesto justificarán la procedencia de apreciar una efectiva afectación moral, susceptible de ser indemnizada. En este sentido se pronuncian, no sólo la sentencia de esta Audiencia provincial de 21 de marzo de 2019, que señala el recurrente, sino también las sentencias 302/2018, de 30 de julio, de la Audiencia Provincial de Málaga; y 182/2017, de 9 de octubre, de la Audiencia Provincial de Murcia, entre otras; esta última con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2003 y 12 de febrero de 2008, que declaran que "*El art. 113 CP habla-como receptores de la indemnización- de quienes hubieran sufrido daños materiales y morales, debiéndose reservar esta segunda eventualidad a quienes, efectiva y realmente, hayan padecido una severa aflicción por el fallecimiento de la víctima derivada de unas especiales relaciones previas de afectividad con ésta y, desde luego, cabe advertir que la mera circunstancia de la consanguineidad no es elemento suficiente para determinar automáticamente la realidad de esa significada afectividad, en ocasiones inexistente y que, sin embargo, se puede*

apreciar en relación a miembros más lejanos de la familia en la línea de consanguineidad o afinidad o, incluso respecto a personas no integradas en el ámbito familiar". Y con referencia concreta a los hermanos "*que los hermanos también pueden ser perjudicados, siempre que a la relación de parentesco se añadan otros daños esenciales como la pérdida de convivencia, la dependencia económica, u otros supuestos de parecida entidad que pierden su fuerza y eficacia en los casos de abandonos prolongados, desentendimiento de obligaciones familiares, rotura de estos vínculos, ignorancia de paradero u otras causas parecidas que suponen la rotura material y moral de aquellos de manera voluntaria y consciente"*. Y el Auto del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2013 recuerda dicha doctrina para inadmitir el recurso de casación contra la Sentencia que había fijado indemnización en un caso en que *"aunque la Audiencia reconoce que los hermanos no convivían ni dependían económicamente de ella, sí advierte que ejercen conjuntamente con el marido la acusación particular y que sin duda sufrieron un daño o perjuicio moral indudable al haberse visto privados de su cariño y compañía por la muerte brusca, violenta y prematura de su hermana".*

En el caso que nos ocupa, el recurrente convivía con el finado hermano en el domicilio de sus padres y trabajaba con él en la empresa que regentaba la acusada, circunstancias de las que cabe desprender, sin duda, una especial y estrecha relación fraternal entre ambos, cuya traumática pérdida deber ser fuente de reparación y sin que a ello obste que el Baremo adoptado como criterios de indemnización no contemple la indemnización de los hermanos de la víctima cuando concurran con los padres, puesto que, como se ha dicho, la utilización del baremo es simplemente orientativa y no excluye que puedan incluirse otros conceptos indemnizatorios al amparo de la normativa penal aplicable, en este caso, el precitado art. 113 del Código Penal.

15.12 Prescripción de la acción civil

NO SE APLICA EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DEL ART. 1968.2 CC.

STS SALA SEGUNDA Nº 670/2020, DE DIEZ DE DICIEMBRE. REC: 663/2019. PTE: VICENTE MAGRO SERVET

Al amparo del *artículo 849.1 LECrim* por infracción de ley, al haberse inaplicado indebidamente el *artículo 1968.2º CC*.

Se parte del error de entender que la derivación de responsabilidad civil lo es por la vía del *art. 1968.2º CC*, lo que en modo alguno se recoge en la sentencia, por lo que no se aplica el plazo de prescripción del año. La acción por responsabilidad civil tiene el plazo de prescripción del delito, y la acción civil contra el partícipe a título lucrativo tiene el plazo de prescripción de las acciones personales, plazo que, hasta la modificación del *artículo 1964 CC* por Ley 42/2015, de 5 de octubre (que entró en vigor el 7 de octubre de 2015), era de 15

años y ahora de cinco años.

Se vuelve a incidir en la falta de legitimación del Fiscal que ya ha sido rechazado por ausencia de renuncia expresa del perjudicado, ya que la falta de personación no equivale en modo alguno a la renuncia expresa.

En la reciente sentencia de esta Sala del *Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 507/2020 de 14 Oct. 2020, Rec. 10575/2018* se ha tratado este tema señalando que: "La *STS 467/2018, de 15 de octubre* se admitía la existencia de jurisprudencia de esta Sala tendente a equiparar el plazo de prescripción de la acción civil -sea directa o subsidiaria- con el del delito -vid *STS 749/2017, de 21-11*-...La responsabilidad civil subsidiaria:

a) Tiene su origen en el propio delito.

b) Se trata de una responsabilidad ex delicto.

c) La obligación de hacer frente a las consecuencias económicas del delito se amplía a personas que no participaron en él a consecuencia de la especial relación que une al responsable penal con el responsable civil en los términos y forma declarados en los *arts. 120* y *121 del C. penal* , que se refiere a casos de culpa in vigilando, una situación de dependencia, una culpa in eligendo, un beneficio para el responsable civil de lo efectuado por el responsable de la infracción o un mal funcionamiento defectuoso de los servicios públicos.

d) Su extensión es coincidente con la declarada para el responsable penal.

e) Su naturaleza es subsidiaria, es decir, en caso de impago por parte del responsable penal."

No se ha tratado de una responsabilidad a título de culpa, sino ex *art. 120.4 CP*, por lo que no se aplica el postulado plazo de un año que reclama el recurrente.

El motivo se desestima.

15.13 Renuncia al ejercicio de la acción civil

RENUNCIA A LA ACCIÓN CIVIL: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

STS SALA SEGUNDA Nº 670/2020, DE DIEZ DE DICIEMBRE. REC: 663/2019. PTE: VICENTE MAGRO SERVET

No existe, en primer lugar, vulneración alguna del derecho de defensa, por cuanto la responsabilidad civil subsidiaria se reclama por el Fiscal en su escrito de acusación, y lo es ex lege 120 CP por la relación de dependencia con el condenado que actúa y su directa relación con el recurrente y su actuación relacionada con la obra en la propia sede, habiendo comparecido, como consta en las actuaciones, por lo que formulado escrito de acusación por el Fiscal en el que insta la declaración de responsabilidad civil subsidiaria del recurrente ex *art. 120 CP* ha podido ejercitar en debida forma el derecho de defensa, oponerse y

formular alegaciones.

Se plantea, también, que como el Ayuntamiento no reclamó no puede reconocerse la responsabilidad civil. Sin embargo, hay que recordar que en esta materia se exige la renuncia expresa para no detentar el Fiscal la legitimación activa en este punto.

Con respecto a este tema hemos señalado en sentencia del *Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 109/2020 de 11 Mar. 2020, Rec. 2381/2018* que:

"Como ya expusimos en la *sentencia de esta Sala 63/2019 de 26 Mar. 2019, Rec. 2263/2017* "Para que sea operativa una renuncia de indemnización debe ser esta expresa, no tácita. Solo la renuncia expresa del perjudicado veta al Fiscal para reclamar una responsabilidad civil y en este caso, esto no se ha producido".

Señala en este punto esta Sala del *Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1126/2006 de 15 Nov. 2006, Rec. 10241/2006* que:

"Una cosa es que la ausencia de personación del perjudicado en la causa penal no suponga que renuncia a la indemnización e, incluso, que la renuncia se haya de efectuar de forma expresa y terminante, como establece el artículo 110 del texto legal, y otra bien distinta y determinante que, en cualquier caso, deba existir siempre una pretensión formulada por perjudicado o Fiscal, para poder ofrecer al Tribunal la posibilidad de pronunciarse".

Señala, también, esta Sala del *Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 252/2017 de 6 Abr. 2017, Rec. 1382/2016* que:

"Olvida que, si bien aquellos principios imponen no dar más de lo que ha sido pedido, en este caso se reconoce que no se dio más de lo pedido por el Ministerio Fiscal. De ahí que la cuestión a debatir sea la de la legitimación del Ministerio Fiscal para formular tal pretensión indemnizatoria. Al respecto debemos señalar que el *artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* obliga al Ministerio Fiscal a entablar, juntamente con la penal, la acción civil y ello con independencia de que "haya o no en el proceso acusador particular".

La única excepción prevista es la de que el "ofendido renunciare EXPRESAMENTE su derecho". Es evidente que el mayor o menor acierto de ese ofendido actuando en el proceso, no supone renuncia expresa a ser indemnizado en ninguna medida. Ni en la cuantía ni en las personas que deban indemnizarle.

No cabe admitir que se vulnera el derecho de defensa al incluir a esos ofendidos entre los que deben ser indemnizados. Ejercitada la acción civil por el Ministerio Fiscal ninguna otra defensa sería concebible por el mero hecho de que el número de los que formulan esa misma petición sea mayor".

Hay que recordar que el *artículo 108 LECRIM* señala que: "La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el

proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables. Y el *artículo 112 LECRIM* señala que: Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar".

Recordemos, como señala la *sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 1125/2011 de 2 Nov. 2011, Rec. 972/2011* que "la acción civil es contingente tanto en un sentido sustancial como procesal. Substancialmente porque, como es sabido, no todos los ilícitos penales producen un perjuicio evaluable económicamente a persona o personas determinadas. Procesalmente, porque el ejercicio de la acción civil en el proceso penal puede resultar exceptuado bien por la renuncia de su titular, bien por la reserva de las acciones correspondientes para ejercitarlas ante la jurisdicción civil".

Pero *es solo la renuncia del perjudicado la que extingue la acción civil,* que, desde ese momento, no podían ya ser ejercidas en su nombre por el Ministerio Fiscal (STS *13/2009 de 20-1)*.

Por ello, y pese al alegato del recurrente de que no puede operar la expresa renuncia del perjudicado, como incide la sentencia antes citada, la renuncia al ejercicio de la acción civil en el proceso penal debe observar las exigencias marcadas por la *Ley Procesal penal, en concreto por el art. 108* , que requiere que el ofendido renuncie "expresamente" a su derecho de restitución, reparación o indemnización, insistiendo en el art. 110 en que es menester de este derecho se haga en su caso de una manera "expresa y terminante", lo que no acontece en el presente caso por una mera referencia al concepto concreto que reclama."

Y en la reciente sentencia de esta Sala del *Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 507/2020 de 14 Oct. 2020, Rec. 10575/2018* se recoge que

"Por lo que respecta a las acciones civiles, cualquiera que sea la naturaleza del delito del que procedan, la renuncia del ofendido extingue las mismas que, desde ese momento, no podrán ser ya ejercidas en su nombre por el Ministerio Fiscal (*STS. 13/2009 de 20.1*). La renuncia por el perjudicado a esta clase de acciones tendrá los mismos límites que aparecen impuestos por el ordenamiento privado (perjuicio de terceros, orden público) *art. 62. C.Civil* (*STS. 29/2007 de 15.1*).

En definitiva -como precisa la *STS. 1045/2005 de 29.9*- debe significarse que así como la acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia del perjudicado, sí se extinguen como consecuencia de la renuncia a las acciones civiles cualquiera que sea el delito o falta de que proceden (*art. 106.1 L.ECr* .).

Del mismo modo, el *art. 109.2º C.P*. contempla la posibilidad de la renuncia al ejercicio de la acción civil "ex delicto" en el curso del proceso penal, en armonía con el criterio doctrinal de que, aun ejercitada dentro del proceso penal, la pretensión civil no pierde su naturaleza y se rige por los principios propios de esta rama procesal, entre los que se encuentra el dispositivo y los que son

consecuencia del mismo, como el de renunciabilidad que establecen los *artículos 106 y siguientes L.E.Cr* . y el de reserva para ejercitarla en un procedimiento civil una vez concluido el de naturaleza penal, que previene el *art. 112 L.E.Cr* .

Ahora bien, la renuncia al ejercicio de la acción civil en el proceso penal debe observar las exigencias marcadas por la *Ley Procesal penal, en concreto por el art. 108* , que requiere que el ofendido renuncie "expresamente" a su derecho de restitución, reparación o indemnización, insistiendo el art. 110 en que es menester que la renuncia de este derecho se haga en su caso de una manera "expresa y terminante", lo que no acontece en casos de no ratificación judicial de renuncias en sede policial e incomparecencia al acto del juicio oral no puede equivaler necesaria y automáticamente a la renuncia al ejercicio de la acción civil, renuncia que debe ser expresa y terminante (*STS. 1045/2005 de 29.9)*. Por ello los actos de renuncia deben entenderse de un modo absolutamente restrictivo.

En definitiva, para que sea operativa una renuncia de indemnización debe ser expresa, no tácita. Solo la renuncia expresa del perjudicado veta al Fiscal para reclamar una responsabilidad civil y en este caso, no se ha producido (*STS 163/2019, de 26 de marzo*), en caso de entidades locales como Ayuntamientos ha de estar sometida a diversas formalidades, como acuerdo del Pleno.

La *STS 252/2017, de 6 de abril*, señala: "Olvida que, si bien aquellos principios imponen no dar más de lo que ha sido pedido, en este caso se reconoce que no se dio más de lo pedido por el Fiscal.

De ahí que la cuestión a debatir sea la de la legitimación del Ministerio Fiscal para formular tal pretensión indemnizatoria. Al respecto debemos señalar que el *artículo 108 LECrim* obliga al Fiscal a entablar juntamente con la penal, la acción civil y ello con independencia de que "haya o no en el proceso acusador particular". La única excepción prevista es la de que "el ofendido renunciare expresamente un derecho". Es evidente que el mayor o menor acierto de ese ofendido actuando en el proceso, no supone renuncia expresa a ser indemnizado en ninguna medida".

Con ello, no existiendo renuncia expresa a la acción civil la legitimación del Fiscal es incontestable.

NO CABE ASIMILAR LA RENUNCIA EXPRESA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CON LA RESERVA, Y PUEDE SER OBJETO DE PETICION ANTES DE DICTARSE SENTENCIA SIEMPRE QUE LA DEFENSA DEL RESPONSABLE CIVIL TENGA LA PETICION INDEMNIZATORIA CONCRETADA

SAP SEVILLA (1) N 166-2020 DE VEINTIOCHO DE MAYO. PTE: PURIFICACION HERNANDEZ PEÑA

C.- En el presente caso no hubo una renuncia expresa clara y terminante, única posibilidad para evitar que se pudiera incorporar a lo largo del proceso, antes del dictado de la sentencia, la resolución de la petición civil del perjudicado en el proceso penal.

En su escrito de conclusiones la acusación particular en su quinto otrosí digo se reserva expresamente la acción civil que le pudiera corresponder por los hechos enjuiciados contra el Ayuntamiento de Sevilla y su entidad aseguradora.

En la redacción de hechos se refleja la persona que aparece responsable de los daños y perjuicios y determina la razón por la que nace la responsabilidad derivada de esos daños causados. Mencionando tanto al investigado como al Ayuntamiento de Sevilla en el tema de responsabilidad que civilmente se reserva expresamente.

En el acto del juicio al elevar a definitivas sus conclusiones introduce en las provisionales una modificación en el sentido de interesar la condena como responsable civil subsidiario al Ayuntamiento de Sevilla, y a que indemnicen a las Sras. Aurelia Esther en la cantidad de 165.474,22 euros, a repartir en partes iguales.

De este modo, por el hecho de que la acusación particular introduzca una modificación en sus conclusiones en el plenario cuando ésta encuentra respaldo en los hechos previamente informados a las partes no se aprecia infracción alguna. Si además fue traído a juicio en calidad de responsable civil subsidiaria al Ayuntamiento de Sevilla que estuvo instruido de todos los pormenores de la petición realizada por la acusación particular que había efectuado anteriormente el Ministerio Fiscal y la acusación popular, ninguna indefensión se le causó a la responsable civil subsidiaria e incluso pudo haber pedido la suspensión para defenderse de esa petición introducida a última hora, cosa que no hizo.

No puede asimilarse el efecto jurídico de la renuncia de las acciones civiles a la reserva expresa de acciones civiles, que no supone una renuncia de éstas, y por tanto, antes del dictado de la sentencia firme pueden ser objeto de petición de nuevo, siempre y cuando, la defensa del acusado o responsable civil tenga la petición indemnizatoria concretada a efectos fácticos a fin de poder arbitrar los medios de defensa necesarios para la desestimación de esa petición indemnizatoria.

Es más, aun cuando no se hubiera ejercitado la acción civil por el perjudicado, pero al elevar a definitivas sus conclusiones en el plenario se solicite en dicho acto, es viable, aun cuando no se hubiera ejercitado con anterioridad, pues las conclusiones definitivas se llevan a efecto en el plenario. No puede olvidarse que las conclusiones provisionales definen los términos del debate, pero el objeto del proceso es delimitado por las conclusiones definitivas. En este sentido la *STS 123/2014, de 20 de febrero,* que indica *"resulta de reiterada jurisprudencia que, siendo cierto que los hechos objeto de acusación deben quedar fijados con claridad en la calificación definitiva, también lo es que esta es de formación progresiva a partir de la provisional, pues está abierta a la eventual incorporación*

de nuevos elementos, a partir del resultado de la prueba. Es claro que, si estos llevasen consigo una alteración relevante de los términos de la imputación, podrían plantear algún problema desde el punto de la eficacia del derecho de defensa “.

El Ministerio Fiscal en su impugnación trae a colación la jurisprudencia que dio origen a la incorporación de una acusación particular con plenitud de derechos en el acto del plenario, siempre y cuando no se plantean acusaciones sorpresivas y sin perjudicar el derecho de defensa.

En el caso sometido a nuestra consideración, si bien las hijas de la fallecida no efectuaron petición indemnizatoria alguna como acusaciones particulares en su escrito de acusación debido a que se reservaron las acciones civiles, pero nunca renunciaron a ellas. Con posterioridad a evacuar su escrito de acusación la defensa de las Sras. Aurelia Esther mostraron su interés en pedir la indemnización en el proceso penal al adherirse a lo solicitado por la representación procesal de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Andalucía, que independiente de la relevancia procesal que tenga esa adhesión, sí que expresa la voluntad de no seguir reservándose las acciones civiles contra el Ayuntamiento.

Para el caso que la acusación particular hubiere renunciado expresamente al ejercicio de las acciones civiles en su escrito de conclusiones y ratificada judicialmente esa renuncia por la parte perjudicada, se habrían extinguido aquéllas sin que pudiera rehabilitarse la acción civil en el trámite de conclusiones definitivas, pues en el supuesto de renuncia de las acciones, a diferencia de la reserva de acciones, el perjudicado no puede unilateralmente cambiar de opinión en un momento procesal posterior reanudando el ejercicio de una acción civil que se extinguió por la renuncia expresa.

Eliminándose cualquier indefensión a la responsable civil subsidiaria al tener conocimiento ésta de los términos del hecho y de las peticiones que no habían variado de las que venían pidiendo en la causa hasta ese momento en las conclusiones provisionales otras acusaciones. Así, le constaba las circunstancias en qué se produce el accidente con consecuencias mortales para la madre de las perjudicadas. Además, le constaba que se habían sólo reservado el ejercicio de las acciones civiles las mismas, por lo que en cualquier momento podían ejercitarlas antes de la finalización del juicio oral, cosa que hicieron.

Otra cuestión hubiera sido si la acusación particular no hubiera relacionado el siniestro ocurrido con el Ayuntamiento de Sevilla en su relato de hechos, en cuyo caso, si hubiéramos tenido por desistida de la acción civil contra el Ayuntamiento a las perjudicadas, en base a la doctrina jurisprudencial, entre las que son exponentes, las *STS 353/2014, de 8 de mayo* y *la 304/2014 de 16 de abril* , que recuerdan " en cuanto a la variación de los elementos fácticos, como primer criterio de carácter general y pacífico, puede afirmarse que no es posible la alteración subjetiva, entendida como la introducción de nuevos responsables penales o civiles".

15.14 Responsabilidad civil de la aseguradora. Supuestos

CONDENA A LA ASEGURADORA POR EL ACCIDENTE ACAECIDO A UN CAMARERO AL COLOCAR UNA PASARELA DE ACCESO A UN BARCO RESTAURANTE, POR CONSIDERAR ESTA ACTIVIDAD RELACIONADA CON LA HOSTELERIA.

SAP MALAGA (9) N 103/20, DE DIECINUEVE DE MARZO. PTE: RUIZ RICO, JULIO.

El recurso interpuesto por la representación procesal de la Compañía de Seguros Caser solicita la absolución de dicha mercantil por haberse producido el siniestro en una actividad diferente a la asegurada, que además estaba expresamente excluida de la cobertura, y también porque resulta de aplicación la exclusión general n 4 de las previstas en el contrato de seguro.

La póliza de seguros suscrita es una póliza de responsabilidad civil general de hostelería, con relación a la actividad de restaurante, museo y sala de fiestas que Eurodoblon S.L. realizaría en el buque Santísima Trinidad en el Puerto de Málaga. A la hora de detallar las coberturas del contrato se enumeran la responsabilidad civil de explotación derivada de la actividad asegurada, los daños a vehículos confiados, a prendas en guardarropas, por incendio y por agua, y también a responsabilidad civil patronal por accidentes de trabajo.

Como se expone en los hechos de la sentencia recurrida , el siniestro enjuiciado se produjo un día antes de la fecha prevista para la inauguración del establecimiento, cuando el Sr Gómez, administrador de Eurodoblon S.L. decidió dotar al navío de otro acceso desde el muelle en concreto una pasarela , y para su colocación dio órdenes a los trabajadores que se encontraban a bordo del barco , acudiendo a instalarla siete de ellos, que habían sido contratados como camareros , produciéndose poco después la caída de la pasarela, con la fatal consecuencia de la muerte de uno de los operarios, resultando otro lesionado.

La vigencia del contrato de seguro había comenzado el día 26 de julio anterior, es decir, 17 días antes del accidente, lo que permite concluir que la intención de las partes era que desde esa fecha el seguro desplegase sus efectos, aun sin haberse inaugurado el negocio. Las personas que llevaron a cabo la instalación eran las trabajadoras de la empresa, camareros, que es fácil deducir que si se encontraban en la nave era porque estaban llevando a cabo los últimos preparativos necesarios para la apertura de puertas, al día siguiente.

Por otro lado, interpretar que una actividad como la hostelería comienza cuando se inaugura el negocio es desconocer la realidad del funcionamiento de este tipo de empresas, que exigen la realización de trabajos preparatorios necesarios para su comienzo, y desde esta perspectiva se puede afirmar que, aunque la inauguración del restaurante y demás instalaciones aún no se había producido, la actividad si se había iniciado.

La colocación de una pasarela no es , en principio, una labor propia de los camareros , y mucho menos en las condiciones en que decidió llevarla a cabo

Sr Gomez, pero la perspectiva de la actividad de hostelería , la apertura de un nuevo acceso al barco sí debe considerarse una actividad íntimamente relacionada con el negocio asegurado , pues su finalidad no era otra que los futuros clientes pudieran entrar al navío con más fluidez, no tratándose de una actividad de construcción , como entiende el apelante, pues los trabajos de construcción del barco habían finalizado por completo tiempo antes.

Además, la póliza suscrita con Caser, incluía la responsabilidad civil patronal por accidente de trabajo por accidente de trabajo, en virtud de la cuál (folio 424) el asegurador garantizaba al tomador del seguro las indemnizaciones que este viniera obligado a satisfacer por sentencia firme, en caso de reclamaciones efectuadas por sus, asalariados o los derechohabientes de estos, a causa de daños corporales o muerte que fueran consecuencia de accidente de trabajo en el ejercicio de sus funciones al servicio del asegurado , que es lo que acontece en el presente caso.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ASEGURADORA. LA ACTIVIDAD REALIZADA ES DE CARÁCTER MIXTO, DE CIRCULACIÓN E INDUSTRIAL.

SAP LOGROÑO (1ª) Nº 164/2020, DE 23 DE DICIEMBRE. REC: 18/2020. PTE: RICARDO MORENO GARCÍA

Se desprende de todo ello que se estaba realizando una actividad de naturaleza mixta, de circulación en cuanto que el vehículo estaba desplazándose, así como industrial en cuanto que estaba realizando una labor propia del mismo de descarga del material que portaba con la grúa incorporada al mismo vehículo, por lo que esa naturaleza mixta debe encontrar igualmente reflejo en la responsabilidad civil correspondiente derivada en parte de siniestro de circulación y en parte de actividad industrial.

Tal posibilidad aparece reflejada en diversas resoluciones de Audiencias Provinciales, como es el caso de la citada por la propia sentencia recurrida de la *SAP Madrid de 22-5-2013 (secc. 12ª, Rec. 652/2011*, FD 4º) en la que se indica:

<< *La sentencia de instancia califica el accidente como mixta, puesto que por una parte tiene un evidente carácter in itinere, pues circula el vehículo por una vía, y por otra se trata de un vehículo especial propio de una actividad industrial, enmarcado en una tarea de carga y descarga en instalaciones industriales, durante horario laboral y en un trayecto dirigido a la realización de una actividad industrial.*

Deben compartirse los argumentos expuestos por el Juzgador de Instancia, en cuanto no nos encontramos en el presente caso ante un hecho de la circulación exclusivamente, ya que es incuestionable que si bien la Pala se dirigía circulando por un camino, el siniestro en sí se origina, cuando habiéndose quedado atascada dicha Pala en un montículo, se realizaban operaciones para sacar el vehículo de dicho lugar. Siendo cierto que los daños se ocasionan durante la realización de las labores de descarga, que iba a efectuar al vehículo del

demandante, dentro del recinto de la empresa. En el artículo 2.2 b) del Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto 1.507/2.008, de 12 de septiembre, se establece que "no se entenderán hechos de la circulación los derivados de la realización de tareas industriales o agrícolas por vehículos a motor especialmente destinados para ello, sin perjuicio de la aplicación del apartado 1 en caso de desplazamiento de esos vehículos por las vías o terrenos mencionados en dicho apartado cuando no estuvieren realizando las tareas industriales o agrícolas que le fueren propias". Por tanto, si bien, no podemos ignorar que el vehículo especial se desplazaba en un corto trayecto dentro del recinto industrial cuando se atasca, no es menos cierto que dicho desplazamiento, lo efectuaba como consecuencia de esa actividad industrial de descarga del vehículo, por lo que dicho desplazamiento formaba parte de la tarea industrial que estaba realizando, incidiendo las características del propio vehículo industrial, en la causación del daño, no pudiendo sostenerse que se trate de un hecho exclusivamente de la circulación.

De tal modo que confluyen dos circunstancias, que deben ser tenidas en cuenta en la causación del evento dañoso, por un lado que se produce al circular el vehículo, pero este vehículo reviste unas condiciones especiales que repetimos, inciden en el resultado accidental, como es el tratarse de un vehículo industrial, en el que dadas sus especiales características técnicas, determina una anómala maniobra de la pala, que aprisiona la pierna del actor.

Además de que debemos tener en cuenta, que se desarrolla el accidente, como hemos expuesto en el ámbito de una actividad industrial, de carga y descarga en un lugar propio de dicha actividad, pero sin olvidar que el vehículo tiene un percance mientras circula.

Por ello, no podemos considerar que el siniestro sea incardinable como un accidente exclusivamente de circulación, ni exclusivamente industrial, pues ambos riesgos se integran y confluyen, con sus propios elementos en la causación del resultado lesivo, lo que determina que se confirme la naturaleza mixta del hecho causal, >>

En sentido similar la *SAP Valencia de 28-7-2009 (secc. 7ª, Rec. 332/2009,* Civil) al señalar esa naturaleza mixta en relación con el supuesto examinado, indicando:

<< En este contexto no se duda de que el hecho origen del daño es tal como lo califica el juez de instancia, un hecho de naturaleza mixta, en el que concurren dos conductas, por un lado, la colocación defectuosa de la carga o estiba del camión, y por otro su conducción descuidada. Por ello surge la obligación de responder tanto para la aseguradora que cubría los riesgos derivados de la circulación Seguros Mercurio S.A., como para la aseguradora apelante la Estrella S.A. que cubría los riesgos derivados de la actividad industrial.>>

También la *SAP Navarra de 28-12-2017 (secc. 1ª, rec 672/2017*, Penal)

<< ...Así las cosas, en todo caso, no puede entenderse que lo acaecido debe

excluirse de la calificación de hecho de la circulación, toda vez que el vehículo o maquinaria, como lo denomina la recurrente Mapfre S.A., se encontraba en la vía pública, no había iniciado todavía la descarga y estaba llevando a cabo maniobras para comenzar la misma. Por ello no puede mantenerse la interpretación que realiza Mapfre S.A. del artículo 2 párrafo 2 del Real Decreto 1507/2008 de 12 de septiembre , por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, para concluir que el accidente está excluido de la cobertura de dicho seguro, a mayor abundamiento tal interpretación restrictiva respecto a la cobertura de seguro obligatorio, como exhaustivamente analiza la sentencia de instancia, vulnera el principio de protección del perjudicado contraviniendo lo expuesto en la STJUE de 4 de septiembre de 2014, en cuanto se refiere a que debe entenderse por circulación de vehículo, incluyendo la utilización de un vehículo que es conforme con la función habitual del mismo, en este caso la circulación del vehículo-máquina en la vía pública y las maniobras que en la misma realizó, dado que se efectuaron dentro de su uso y utilización habitual. No puede compartirse que la interpretación llevada a cabo en la resolución impugnada vacíe de contenido lo expuesto en el párrafo 2 del artículo 2 del Reglamento de Seguro Obligatorio, debiendo tenerse en cuenta distintas variables, como lugar en que ocurren los hechos, si la utilización del vehículo-máquina y si esta era la habitual, entre otras.

La circunstancia de que concurriera en los hechos acaecidos la realización de una actividad empresarial, que a su vez había sido objeto de aseguramiento por Segurcaixa, lleva a la declaración de responsabilidad directa y solidaria de ambas aseguradoras, ...>>.

Esta naturaleza mixta hace que concurran de la misma Compañía Mapfre dos pólizas en relación con su asegurado en actividades diferentes, por un lado en lo derivado del siniestro de circulación la Póliza de Seguro de Automóviles nº NUM000 (f.-45 y ss así como 270 y ss) que se atendía por parte de Mapfre Familiar, y en cuanto que se desarrollaba una tarea propia del trabajo del empleado de Grúas y Transporte Garte, S.A con la Mapfre Empresas con póliza nº NUM002, en cuanto que se cubría " *La responsabilidad civil que, directa o subsidiariamente , le sea exigida al Asegurado, en su condición de titular de las actividades referidas por los actos y omisiones propios o de sus empleados (...) con ocasión del desempeño de las funciones o cometidos encomendados en razón de sus empleos o cargos* " sin que opere la exclusión de " *Responsabilidades por daños causados con motivo del uso y circulación de vehículos a motor, cuando dichos daños sean objeto de regulación por la normativa sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor* " en tanto que la indicada naturaleza mixta hace que concurran ambas.

En atención a todo lo cual procede la desestimación del motivo alegado.

15.15 Responsabilidad civil. Delito de riesgo

SAP MURCIA (5) N 185-20 DE VEINTICUATRO DE NOVIEMBRE PTE: JOSE FRANCISCO LOPEZ PUJANTE

Fecha de hechos :5 julio 2010

Fecha de ST Juzgado Penal: 6 abril 2020

Hechos probados: SI

CABE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE UN DELITO DE PELIGRO CUANDO EXISTE RELACION DE CAUSALIDAD CON EL RESULTADO LESIVO

SAP MURCIA (5) N 185-20 DE VEINTICUATRO DE NOVIEMBRE PTE: JOSE FRANCISCO LOPEZ PUJANTE

El 5 de julio de 2010, encontrándose la trabajadora en las instalaciones de la empresa, que tenía cubiertos los riesgos con la aseguradora Catalana Occidente, S.A., de Seguros y Reaseguros, sobre las 20:15 horas procedió, junto a otras compañeras, a dirigirse desde el comedor hasta una zona de fumadores que la empresa, por decisión de Jesús Luis, que era el gerente de la misma y además tenía capacidad de decisión en materia de riesgos laborales, había habilitado en el exterior, lo cual suponía un evidente riesgo para la seguridad de todos los trabajadores, que, tanto para el acceso a ese fumadero como para el acceso al comedor, tenían que invadir la zona de circulación de vehículos, sin señalización alguna que delimitase el tránsito de unos y otros, aceras, pasos de peatones o barreras de protección que impidieran o limitaran a los peatones atravesar esa zona eminentemente de tránsito de vehículos, riesgo que, a pesar de estar incluso identificado por la empresa desde mayo de 2010, no había sido eliminado mediante la implementación de medidas, teniendo Jesús Luis la capacidad de hacerlo.

En ese momento se encontraba allí Juan Manuel para realizar una carga, conduciendo el tractor camión Renault, matrícula ....-ZBQ, quien, arrancó su vehículo para maniobrar y dirigirse a los muelles, sin maniobra anómala alguna por su parte, ni desatención en la conducción, o infracción de señalización, que no existía, y atropelló a Amelia, realizando el mismo dos movimientos con el vehículo, sin que conste, dada la altura y envergadura del tractor camión que conducía, que esta persona se percatara de los gritos del resto de trabajadores cuando realizó el segundo movimiento. Como consecuencia del atropello Amelia sufrió lesiones

Segundo**:** En el fallo de dicha resolución se condenaba, entre otros, a D. Jesús Luis como autor de un delito un delito contra los derechos de los trabajadores previsto y penado en el *artículo 316 del CP,* concurriendo la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas del 21.6 del CP. También se

absolvía a D. Juan Manuel del delito de lesiones imprudentes del que se le acusaba, y a Catalana Occidente, Seguros y Reaseguros, S.A., SAT nº 9994 Camposeven, Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. y Man Suit, S.L, de los pedimentos en materia de responsabilidad civil que se habían suscitado contra los mismos.

Cuarto: se plantea si es posible que la condena por un delito de riesgo o de mera actividad lleve aparejada también la de la responsabilidad civil por el resultado lesivo producido cuando, como aquí es el caso, la relación de causalidad entre dicho delito y el resultado lesivo está perfectamente establecida en los hechos probados de la sentencia. Al respecto, aunque de la lectura de la sentencia apelada pudiera parecer que la cuestión no plantea dudas, resulta que sí existe una tendencia jurisprudencial proclive a reconocer responsabilidad civil derivada de un delito de mera actividad o peligro, así ocurría de forma prácticamente unánime y reiterada con relación a la antigua falta del *art. 631 del Código Penal* (anterior a la reforma operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo que suprimió las faltas), que se refería a "los dueños o encargados de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en condiciones de causar un mal", entendiendo tal jurisprudencia, primero, que de los *artículos 109 y ss. del Código Penal* no existe razón alguna para excluir de los delitos de riesgo la indemnización de los daños y perjuicios y, segundo, por razones de economía procesal, en este sentido, vid. v. gr. Stcia. de la Audiencia Provincial de Tarragona de 13 de junio de 2000 ó Stcia. de la AP de Lérida de 31 de enero de 2011, entre otras). En este sentido, cuando el citado *art. 109.1 del CP* señalar que " *La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados* ", nótese que no incluye ni identifica el hecho que produce estos daños y perjuicios (el atropello, en nuestro caso) con el " *hecho descrito en la ley como delito* ", sino que se limita a exigir que exista una relación de causalidad entre tal hecho delictivo y el daño, relación que -como se ha dicho- aquí está perfectamente establecida en la sentencia apelada.

Consecuencia de lo anterior, es la condena del acusado Jesús Luis al pago de la responsabilidad civil reclamada (*art. 116.1 CP)*, así como de SAT Camposeven como responsable civil subsidiaria (art. *120.3 CP)* y de Catalana Occidente como responsable civil directa (art. *117 CP).*

15.16. Responsabilidad civil directa

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ASEGURADORA ES DIRECTA EX ART 117 CP.

SAP CASTELLON (1) N 155/2020 DE DOS JUNIO 2020 PTE: RAQUEL ALCACER MATEU

El recurso de la Cía. Bilbao se dirige a impugnar la responsabilidad civil directa

declarada en sentencia como aseguradora de la actividad constructiva que se asegurada, AVANT SL, desarrollaba en el edificio donde se producto el accidente...

La responsabilidad civil directa de la compañía aseguradora "Bilbao Seguros y Reaseguros, S.A.." deviene de lo dispuesto en el *artículo 117 CP* que dispone que los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código , se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.

El Código penal declara el carácter directo de la acción civil que los perjudicados por el delito pueden ejercer contra la aseguradora y es una consecuencia de la naturaleza de los seguros de responsabilidad civil tal y como los concibe el *art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro.*

No puede prosperar el argumento de la recurrente al afirmar que el hecho quedaría fuera de la cobertura de la póliza por cuanto solo cubría el riesgo de la responsabilidad civil del asegurado derivada de su actividad como propietario y promotor de la obra, porque justamente la responsabilidad civil de AVANT SL deriva de su actividad como promotor de la obra e incumplimiento de sus obligaciones en tal condición. Y participes en la ocurrencia del siniestro, cada uno es juzgado por su participación sin que se excluya la actividad imprudente de AVANT SL.

15.17 Responsabilidad civil del propietario de la obra

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PROPIETARIO DE LA OBRA: NO EXISTE CUANDO LA OBRA SE ENCARGA A UN CONTRATISTA INDEPENDIENTE, SALVO QUE HAYA UNA RELACIÓN DE SUBORDINACIÓN O DEPENDENCIA ENTRE LA EMPRESA PROMOTORA Y LA CONTRATISTA

SAP ALICANTE (3ª) Nº 52/2020, DE 7 DE FEBRERO. REC: 34/2020. PTE: MARÍA AMPARO RUBIO LUCAS.

SEGUNDO. - La representación procesal de Álvaro interesa se declare la responsabilidad civil de Ceferino, propietario del invernadero sito en el camino de acceso a la DIRECCION002 " y que contrató la reparación del mismo con la mercantil "INVERHORADADA S.L.", que se dedica a la construcción y mantenimiento de estructuras de invernaderos. El Sr Ceferino es un agricultor que encargó la reforma de su invernadero a una empresa especializada. Y esta actuación tiene perfecto encaje en el *artículo 1.903 del CC.* en el sentido de que, en los casos en los que la realización de la obra se encarga a un contratista, la responsabilidad corresponde exclusivamente a éste, como contratista independiente, siempre que dicho contrato no sea determinante de una relación

de subordinación o dependencia entre la empresa promotora y la contratista, asumiendo de manera exclusiva sus propios riesgos (*SSTS de 4 de enero de 1982* ; *8 de mayo de 1999*), dependencia que se produce cuando el contratista no actúa formalmente como autónomo si, de hecho, está sujeto al control de la propiedad o promotora de la obra o se encuentra incardinado en su organización correspondiéndole el control, vigilancia y dirección de las labores encargadas. También puede incorporarse al vínculo de responsabilidad extracontractual a la empresa comitente en aquellos supuestos en los cuales se demuestre la existencia de culpa en la elección, cuya concurrencia depende de que las características de la empresa contratada para la realización de la obra no sean las adecuadas para las debidas garantías de seguridad, caso en el que podrá apreciarse la existencia de responsabilidad, que la doctrina y jurisprudencia no consideran como una responsabilidad por hecho de otro amparada en el *artículo 1903 CC* , sino como una responsabilidad derivada del *artículo 1902 CC* por incumplimiento del deber de diligencia en la selección del contratista (*SSTS de 18 de julio de 2005* ; *3 de abril* y *7 diciembre de 2006* ; *25 de enero 2007*).

De lo dicho se extrae la conclusión de la ausencia de responsabilidad de Ceferino, dado que el mismo, cuya profesión no tiene nada que ver con la reforma de invernaderos, contrató con una empresa especializada para la reforma de su invernadero y en modo alguno se reservó ninguna función de control, vigilancia y dirección de las labores encargadas.

15.18 Responsabilidad civil de la promotora

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA PROMOTORA

AUTO AP BIZKAIA (1ª) Nº 90233/20, DE 8 DE JULIO. PTE: REYES GOENAGA OLAIZOLA

Analizando ya la cuestión de fondo que plantea el recurrente I…, lo que se está cuestionando es la responsabilidad civil subsidiaria de esta empresa que el auto recurrido fundamenta en el art. 120.4 CP y en que, según dice la Juez de instancia, no resulta controvertido que la cubierta del pabellón industrial donde se produjo el accidente es propiedad de I… Aclaramos esto porque, de una forma confusa, el recurrente hace referencia en su escrito de recurso a que “siguiendo la teoría alegada por la jueza, todo padre de familia que realice una obra en su casa es responsable penalmente de todos los accidentes laborales que ocurran en la misma, sin tener en cuenta sus acciones u omisiones”, insistiendo a continuación en que no toda acción u omisión tiene la consideración de ilícito penal.

Ninguno de estos argumentos debe ser valorados, puesto que la decisión no resuelve sobre los indicios de responsabilidad penal, ni afecta al principio de presunción de inocencia, ni al derecho de defensa, ni es adecuada la cita jurisprudencial que realiza el recurrente de la AP de Barcelona que se refiere a

la responsabilidad penal del representante de una empresa de ascensores. Los argumentos deben orientarse, como bien hace la resolución recurrida, hacia el fundamento de la responsabilidad civil prevista en el art. 120.4 CP.

Y en este sentido tampoco procede hacer referencia alguna a la comisión de delito o falta alguna ni a la infracción expresa de ningún reglamento o normas de autoridad por parte de algún empleado o administrador de I…, pues en su caso esas consideraciones nos situarían en otro de los supuestos de responsabilidad civil subsidiaria del art. 120 CP, la prevista en el apartado 3º, que no es la que ha fundamentado la decisión que aquí se recurre.

Centrada la cuestión, poco más puede hacer esta Sala que confirmar la resolución recurrida. El auto que estamos analizando explica que decide continuar contra I…, como responsable civil subsidiario por el art. 120.4 del CP, porque era el promotor de la obra y en tal sentido debe hacerse responsable de los realizado por los gestores que haya utilizado para la ejecución de la obra, por los delitos cometidos por aquellos en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

La Sala comparte esta consideración.

Debemos partir de la existencia de una evolución jurisprudencial en el contenido de la responsabilidad del art. 120.4 del CP, es decir de la derivada de empleadores, hasta el punto que se ha pasado de una responsabilidad por culpa a una responsabilidad vicaria o cuasi objetiva, y que además no exige una relación entre la empresa y el causante del hecho del que surge la responsabilidad contractual, basta que exista una relación en la cual haya obtenido un beneficio la empresa.

Así la reciente sentencia del STS de 6 de abril de 2017 que analiza la responsabilidad civil por hecho ajeno, que señala: “En el caso de la responsabilidad de la empresa por el hecho de los empleados del art. 120.4 CP, siendo vicaria y de carácter objetivo, pues no admite, como hace el CC, ninguna prueba liberatoria del empresario fundada en su comportamiento diligente. La empresa atrae formas de responsabilidad objetiva, en cuanto es capaz de influir sobre las grandes cifras del riesgo a través de múltiples decisiones de gestión de sus elementos personales y materiales que, además, adoptará bajo los principios de optimización o máximo beneficio propios de la empresa”. La sentencia explica claramente cómo evoluciona la responsabilidad, de forma que basta con que el infractor sea dependiente del principal, para que podamos hablar de responsabilidad civil en el empresario “para que proceda declarar la responsabilidad subsidiaria en el caso del *art. 120.4 CP* , es preciso, de un lado que el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallan ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vinculo, en virtud del cual el primero se halle bajo su dependencia onerosa o gratuita, duradera o puramente circunstancial y esporádica, de su principal o, al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario”.

La claridad de esta sentencia nos lleva a remitirnos a su contenido para descartar este argumento del recurso. Resulta evidente que I…contrató los servicios de la empresa El…para la realización de la obra en la que se produjo el siniestro y es esa relación jurídica que les unía la que fundamenta la responsabilidad civil subsidiaria a la que nos estamos refiriendo. Todo ello, claro está, sin perjuicio de lo que se decida en el acto de la vista. La argumentación que contiene el auto recurrido se basa en esta misma doctrina, y los argumentos expuestos por la juez de instancia son compartidos por esta Sala.

15.19 Responsabilidad civil subsidiaria

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL AYUNTAMIENTO AL SER BENEFICIADO DEL TRABAJO DE LOS NARANJEROS, ESTABLECER EL PROCEDIMIENTO DE TRABAJO Y SUPERVISION.

SAP SEVILLA (1) N 166-2020 DE VEINTIOCHO DE MAYO. PTE: PURIFICACION HERNANDEZ PEÑA

C.- Llegados a este punto debemos recordar que estamos ante una responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento por el fallecimiento de la empleada de su "contratado" Teodulfo, al darse los requisitos establecidos para que surja dicha responsabilidad, que recordemos, son: 1) que una persona declarada penalmente responsable por delito doloso o culposo haya de responder por la causación de daños; 2) que esa persona sea autoridad, agente, contratado de la administración o funcionario público; 3) que esa persona al actuar estuviese en el ejercicio de su cargo o función; 4) que la lesión sea consecuencia directa de los servicios públicos que le estuviesen encomendados.

El Tribunal Supremo ha evolucionado a una tendencia flexible y genérica, desde una responsabilidad basada en la culpa in eligendo o in vigilando, a la cuasi objetiva responsabilidad acudiendo a la *progresiva doctrina de la creación del riesgo, y el principio que de él se derivan siempre que exista una relación de dependencia entre el acusado y la administración municipal,* en este caso. de (STS *16 de junio de 2004)*.

Doctrina que recoge de nuevo la *STS 865/15, de 19 de enero de 2016 (Caso Prestige*) y vuelve a insistir que "La jurisprudencia de esta Sala ha experimentado una evolución que progresivamente ha ensanchado este tipo de responsabilidad y postulado la interpretación de estos parámetros de imputación con amplitud, no solo según los criterios de la culpa in eligendo y la culpa in vigilando, sino también, y muy especialmente, *conforme a la teoría de la creación del riesgo, de manera que quien se beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros debe soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando resultan perjudicados*

(entre otras muchas *SSTS 1491/2000 de 2 de octubre* ; *948/2005 de 19 de julio* , o *más recientemente 348/2014 de 1 de abril* y *413/2015 de 30 de junio*)".

Lo que, en nuestro caso, resulta de aplicación al condenado por los delitos imprudentes causados mientras desempeñaba la función de la recogida de naranjas en el transcurso de la cual se ocasionó el accidente.

De tal forma que el Ayuntamiento concedió al acusado una licencia de uso común especial autorizándole para la recogida y aprovechamiento del fruto de los naranjos amargos de la vía pública del distrito Triana-Los Remedios, que solicitó el 10 de noviembre de 2010, y le autoriza el 16 de diciembre de 2010, ingresando la fianza de 1.800 euros el 22 de diciembre de 2010, a continuación alquila las escaleras que utilizará para su recogida a la entidad Hermanos García, S.L., en fecha 20 de enero de 2011. Además, contrata el acusado para la recogida diversos trabajadores.

...De todos estos datos debemos concluir que el Ayuntamiento resultaba beneficiado por el hecho de la concesión a los naranjeros de la referida licencia, y así cubriría la carencia de una recogida de la que carecía la infraestructura para hacerlo, pero que resultaba beneficiosa al Ayuntamiento, pues se recogerían las naranjas de los árboles en la época de la caída, y era una competencia obligatoria de la Corporación. El mutuo beneficio de ambas partes resulta evidente, los naranjeros por los beneficios que le supondría hacerse con las naranjas amargas y su ulterior venta y el Ayuntamiento porque recogerían las naranjas sin gasto alguno para el Ayuntamiento, y daba solución al grave problema que se le presentaba al no tener para ese año personal que le recogiera las naranjas.

Añadiendo que el Ayuntamiento con esa "contratación en forma de licencia" se ahorró el coste económico que un contrato de servicio le hubiera supuesto hacer, tal como le supuso el servicio adjudicado por contrato en fecha 2 de febrero de 2012 a la empresa Agrorubsan, S.L. para la recogida de la naranja en la ciudad por importe de 351.990,06 euros.

Carecería de sentido que, si el Ayuntamiento quedaba ajeno a todo tipo de actuación de los naranjeros y de la recogida que pretendía realizar, redactara una serie de condiciones técnicas de la recogida, como medidas materiales y auxiliares, el procedimiento de recogida y coordinación con el Servicio de Parques y Jardines, las condiciones respecto a la seguridad. Convirtiéndose ese Pliego de condiciones, redactado por orden de la Jefa de Servicio administrativo del Ayuntamiento en verdaderas cláusulas contractuales. Pliego de condiciones que caso de incumplirlos conlleva la revocación de la licencia. Dicho Pliego de condiciones se le hizo entrega al acusado el 2 de diciembre de 2010 para su conocimiento y cumplimiento.

No sólo impartió esas normas el Ayuntamiento al acusado en la labor que desempeñaría, sino que como confirmaron los testigos en el plenario (Sr. Jose Ignacio) cada día se llamaba por teléfono a los naranjeros para que informaran en qué calles estaban trabajando y cuáles iban a trabajar al día siguiente.

Además, se le impuso tres condiciones esenciales de carácter técnico a los naranjeros: que los procedimientos de recogida no ocasionaran ningún daño a los naranjos; que se recogieran todas las naranjas de cada árbol; que las calles debían quedar todas limpias.

Por otro lado, el Ayuntamiento supervisaba las labores de recogida de las naranjas por medio de dos empleadas laborales del Ayuntamiento, la Sra. Celia y la Sra. Dulce, quienes acudían cada día a las calles donde habían trabajado los naranjeros para verificar que se habían cumplido las condiciones impuestas sin que las funciones de las empleadas se extiendan a comprobar las medidas de seguridad empleadas por los naranjeros.

No obstante, le era exigida por el Ayuntamiento a los naranjeros que debían de disponer de todos los medios necesarios para realizar los trabajos de recogida de la naranja amarga en cantidad suficiente y de proporción al número de personas que realicen los trabajos. Al igual, que los operarios deberán de disponer de los equipos de protección necesarios al efecto, debiendo de disponer como mínimo de ropa y calzados adecuados y chaleco reflectante. Las escaleras y otros medios auxiliares que se utilicen deberán de estar homologadas y en buenas condiciones de uso.

D.- De lo anterior expuesto, procede la condena como responsable civil subsidiario del Ayuntamiento en atención a esa dependencia funcional entre el autor del ilícito penal bajo cuya dependencia se encontraba realizando la recogida de las naranjas, prestando con ello, un servicio a aquél dado que era una competencia que le correspondía obligatoriamente mantener la vía pública libre de obstáculos excesivos o acumulación de residuos, por el riesgo que ello conlleva, y por ello, fue aprovechado por parte de la Corporación las ventajas del servicio prestado por parte del acusado en la recogida de las naranjas, por lo que debe soportar las cargas que de él deriva la existencia de la dependencia entre el acusado encargado de la recogida de las naranjas -aún después de concluida la licencia- y el Ayuntamiento de Sevilla por medio de Servicio de Parques y Jardines.

REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ART. 120.4 CP.

STS SALA SEGUNDA Nº 670/2020, DE DIEZ DE DICIEMBRE. REC: 663/2019. PTE: VICENTE MAGRO SERVET

Existe, pues, conformidad en los hechos por el responsable penal que atrae la responsabilidad subsidiaria ex *art. 120.4 CP*.

Pues bien, dentro del marco de la responsabilidad subsidiaria ex *art. 120.4 CP* hay que recordar que la sentencia de esta Sala del *Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 298/2019 de 7 Jun. 2019, Rec. 2554/2018* señala que:

"En la *sentencia de esta Sala 526/2018, de 5 de noviembre* , *que a su vez se remite a la 260/2017, de 6 abril* , recogiendo y sintetizando la doctrina de *este mismo Tribunal (SSTS 569/2012* , de 27- 6; 213/2013, de 14-3; *532/2014, de 28-5* ; *811/2014, de 3-12* ; y *413/2015, de 30-6* , entre otras), se interpreta el *art. 120.4º del C. Penal* en el sentido de que "...debe descartarse una interpretación estricta del precepto, de tal manera que cualquier extralimitación o desobediencia del empleado pueda considerarse que rompe la conexión con el empresario.

Son muy frecuentes las resoluciones jurisprudenciales que contemplan casos en los que la actuación del condenado penal se ha producido excediéndose de los mandatos expresos o tácitos del titular de la empresa acusada como responsable civil subsidiaria. Y esto es así porque el requisito exigido para la aplicación del art. 120.4º, nada tiene que ser con el apartamiento o no del obrar del acusado respecto de lo ordenado por su principal. La condición exigida es que el acusado ha de haber actuado con cierta dependencia en relación con la empresa, dependencia que no se rompe con tales extralimitaciones" (*STS. 47/2006, de 26.1*).

Pero también debe excluirse -prosigue diciendo la *sentencia 260/2017* - que el empresario responda de todos los actos del empleado, sin atender a que los mismos tengan alguna relación con su trabajo.

Relación que según los casos habría que atender al dato espacial (el hecho delictivo tiene lugar en las instalaciones de la empresa); temporal (en el horario o tiempo de trabajo); instrumental (con medios de la empresa); formal (con el informe de la empresa); o final.

Por ello, tratándose de una responsabilidad objetiva, en clara línea aperturista, habrá que analizar especialmente si la organización de los medios personales y materiales de la empresa tiene o no alguna influencia sobre el hecho delictivo, si lo favorece. Según la doctrina de esta Sala, para que proceda declarar la responsabilidad subsidiaria en el caso del *art. 120.4º CP* es preciso, de un lado, que el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallen ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se encuentre bajo su dependencia onerosa o gratuita, duradera o puramente circunstancial y esporádica, de su principal, o al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario; y de otro lado, que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas en el seno de la actividad o cometido confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de aplicación.

Estos requisitos, dada la naturaleza jurídico-privada de la responsabilidad civil, admite una interpretación extensiva que no aparece limitada por los principios "in dubio pro reo" ni por la presunción de inocencia propias de las normas sancionadoras, admitiéndose que en la configuración del primer requisito -la dependencia- se integran situaciones de amistad, liberalidad, aquiescencia o

beneplácito-, y en el segundo -la funcionalidad- se inserta la potencial utilización del acto para la empresa, organismo a cuyo servicio se encontrara el dependiente. Se incluyen las extralimitaciones en el servicio, pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente todas sus tareas, siempre que éste no extravase el ámbito o esfera de actuación que constituye la relación entre el responsable penal y el civil subsidiario (*SSTS. 89/2007, de 9.2*; y *51/2008, de 6.2*). Aun más, como precisa la *STS. 28 de mayo de 2014*, es obvio que debe existir una extralimitación en el ejercicio de las funciones encomendadas, pero ello no excluye la responsabilidad subsidiaria, pues el ejercicio normal de las obligaciones o servicios encomendados a los dependientes de una empresa no incluye ordinariamente la realización de acciones delictivas, por lo que, como señala entre otras muchas la *STS 1557/2002*, extralimitaciones siempre hay cuando se cometen acciones penales.

Lo relevante -señala la *STS 260/2017* - es que la persona elegida para desempeñar una determinada función actúe delictivamente en el ejercicio de dichas funciones (culpa in eligendo), y las desarrolle con infracción de las normas penales sin que los sistemas ordinarios de control interno de la empresa los detecte (culpa in vigilando).

Por ello, la interpretación de aquellos requisitos debe efectuarse con amplitud, apoyándose la fundamentación de tal responsabilidad civil subsidiaria no solo "en los pilares tradicionales de la culpa in eligendo y la culpa in vigilando", sino también y sobre todo en la teoría del riesgo, conforme al principio qui sentire commodum, debet sentire incomodum " (*Sentencias 525/2005, de 27.4* ; y *948/2005, de 19.7*); de manera que quien se beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros debe soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando resultan perjudicados.

La *STS 1987/2000, de 14 de julio* , admite incluso la aplicación de esta clase de responsabilidad civil en los casos en que la actividad desarrollada por el autor del delito no produce ningún beneficio en su principal, "bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentre sujeta tal actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener éste la posibilidad de incidir sobre la misma", lo que constituye una versión inequívoca de la teoría de creación del riesgo antes mencionada (*STS. 47/2007, de 26-1)*".

En la sentencia del *Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 239/2010 de 24 Mar. 2010, Rec. 705/2009* se añade que:

"La jurisprudencia de *esta Sala a propósito de esta responsabilidad, por ejemplo STS. 1096/2003*, señala que su razón de ser se encuentra en el principio de derecho según el cual quien obtiene beneficios de un servicio que se le presta por otro debe soportar también los daños ocasionados por el mismo (principio "cuius commoda, eius est incommoda"), subrayando la evolución de dicho fundamento desde la culpa "in vigilando" o "in eligendo" hasta una suerte de responsabilidad objetiva, siempre que concurran los siguientes elementos:

a) existencia de una relación de dependencia entre el autor del ilícito penal y el principal, ya sea persona jurídica o física, bajo cuya dependencia se encuentre, sin que sea preciso que la misma tenga carácter jurídico, sea retribuida o permanente, bastando que la actividad así desarrollada cuente con la anuencia o conformidad del principal, sin que por tanto la dependencia se identifique con la jerárquica u orgánica siendo suficiente la meramente funcional; y

b) que el delito que genera la responsabilidad se haya inscrito dentro del ejercicio, normal o anormal, de las funciones así desarrolladas por el infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación (*S.S.T.S., entre muchas, 2422/01* o *1033* y *1185/02)*".

No se ha tratado de una responsabilidad a modo de partícipe a título lucrativo ex *art. 122 CP*, sino la del *art. 120.4 CP*, con independencia de la existencia del evidente beneficio que se desprende del hecho probado en cuanto al pago por tercero de la factura.

Queda constatada la relación de dependencia del condenado en este caso, su relación directa con el recurrente, y es más la conexidad de la conducta desplegada en el desempeño de su cargo, y, además, el destino de la cantidad empleada con cargo al erario público. Resulta ajustado al canon de derivación de responsabilidad civil ex *art. 120.4 CP* la condena al recurrente.

15.20 . Revisión de la responsabilidad civil de las sentencias

RESPONSABILIDAD CIVIL: REVISIÓN DE LA MISMA POR VÍA DE RECURSO.

SAP BURGOS (1ª) N.º 36/2020, DE VEINTIDOS DE ENERO. PTE: LUIS ANTONIO CARBALLERA SIMÓN

Para resolver las distintas cuestiones planteada, todas ellas en el apartado de las responsabilidades civiles establecidas en la sentencia de instancia -previa conformidad con la responsabilidad penal-, debe tenerse en cuenta, que la obligación de motivas las sentencias se extiende también a la determinación de las consecuencias civiles del delito, de forma que debe ser posible reconocer en la resolución judicial los criterios utilizados en ese concreto aspecto.

En este sentido, el artículo 115 del Código Penal dispone que los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente en sus resoluciones las bases en las que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones. Así lo han recordado, con unas u otras palabras, numerosas sentencias de esta Sala, entre ellas las STS núm. 1139/2000, de 27 de junio; STS núm. 2092/2001, de 12 de noviembre, y STS núm. 1541/2002, de 24 de septiembre.

Respecto a la fijación de la indemnización, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2010 declara que la cuantificación concreta de la indemnización es competencia ponderadamente discrecional del Tribunal de instancia dentro

de los parámetros máximos determinados por las peticiones acusatorias y del principio de razonabilidad (Sentencias de 23 de marzo de 1987, 27 de mayo de 1994, 28 de noviembre y 20 de diciembre de 1996, 16 de mayo de 1998 y 23 de marzo de 1999, entre otras).

Según la doctrina del Alto Tribunal, aunque el montante de las indemnizaciones es cuestión reservada al prudente arbitrio de los Tribunales sin que su decisión pueda someterse a recurso de casación, sí pueden ser revisadas las bases determinantes de la cuantía, siempre que quede patente una evidente discordancia entre esas bases y la cantidad señalada para la indemnización (STS de 25 de febrero y 5 de marzo de 1992).

Como con reiteración ja declarado esta Sala, haciéndose eco de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia de 19 de noviembre de 2019, dictada en el rollo de Apelación nº 125/19 al señalar que la indemnización de daños y perjuicios derivados de un ilícito penal que realice el Tribunal Penal de instancia, fijando el alcance material del "*quantum*" de las responsabilidades civiles por tratarse de un criterio valorativo soberano, más que objetivo o reglado, atendiendo a las circunstancias personales, necesidades generadas y daños y perjuicios realmente causados, en daño emergente y lucro cesante, no puede ser sometida a censura de una segunda instancia, por actuar como una cuestión totalmente autónoma y de la discrecional facultad del órgano sentenciador, como ha venido a señalar la constante jurisprudencial del TS, que únicamente permite el control en el supuesto que se ponga en discusión las bases o diferentes conceptos en que se apoya la fijación de la cifra respectiva, o lo que es igual, el supuesto de precisar si existe razón o causa bastante para indemnizar, pero nunca el alcance cuantitativo del concepto por el que se indemniza (sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1975, 5 de noviembre de 1977, 16 de mayo de 1978, 30 de abril de 1986, 21 de mayo de 1991, 5 de junio de 1998 y 1 de septiembre de 1999).

Es decir, que la cantidad indemnizatoria únicamente será objeto de fiscalización en segunda o ulteriores instancias cuando: a) exista error en la valoración de las pruebas que hubieran determinado la fijación del "*quantum indemnizatorio*", indemnizando conceptos no susceptibles de indemnización o por cuantía superior a la acreditada por la correspondiente prueba de parte y b) que se indemnice por cuantía superior a la solicitada por las partes, en virtud del principio acusatorio que rige nuestro derecho procesal penal y del principio de rogación y vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de parte que rige en el ejercicio de acciones civiles, bien independientes, bien acumuladas a las penales correspondientes. Dichas cuantías indemnizatorias serán fijadas sin sujeción a las normas e indemnizaciones que en sentido estricto fijan las normas laborales, civiles o de otra índole no penal, siendo perfectamente compatibles con las concedidas y disfrutadas en dicho ámbito.

SUPUESTO EN QUE PUEDE REVISAR POR EL ÓRGANO "AD QUEM" LA INDEMNIZACIÓN FIJADA EN LA INSTANCIA.

SAP BURGOS (1ª) Nº 137/2020, DE 14 DE MAYO. PTE: ROGER REDONDO ARGÜELLES.

Debemos tener en cuenta, como órgano “ad quem” en qué supuestos la fijación de la indemnización por el Juez “a quo” puede ser revisada en apelación, ya que, en principio es soberano para, conforme al art. 101 y ss. Código Penal, cuantificar la indemnización de los daños y perjuicios, tanto materiales como morales, que se hubieren producido por razón del delito o de la falta (SSTS 29-5-74, 9-12-75 y 24-12-80, entre otras). Podrá ser revisada en los siguientes casos de; 1º) Error en la fijación de los conceptos integrantes de la indemnización o en las bases tomadas para fijarla (SSTS 17-10-58, 24-9-59 y 30-4-68); 2º) Error aritmético (SSTS 16-2-76). Si bien este supuesto podría encontrar adecuada solución por el cauce y mecanismo establecido en el art. 161 LECr. 3º) Cuando se rebase lo solicitado por las partes (SSTS 9-12-75, 10-2-76, entre otras); y 4º) a los anteriores puede añadirse también el caso en que el juez “a quo” ni siquiera hubiera razonado ni fijado las bases, que hubiera tomado en cuenta para la cuantificación de los daños y perjuicios, ya que si bien es soberano , en principio, para fijar el “quantum” indemnizatorio, también tiene como contrapartida la obligación de expresar aquellas de tal modo que pueda permitir la revisión de su criterio en la alzada y comprobar que no ha sido arbitrario su otorgamiento sino que obedece a razones expresadas y fundadas. Debiendo, en todo caso, ajustarse a los parámetros legalmente establecidos para cada supuesto.

16.-COVID-19

DESESTIMACIÓN DE LA QUERELLA INTERPUESTA POR FALTA DE EQUIPOS DE PROTECCIÓN Y DEFECTUOSIDAD DE LOS MISMOS.

AUTO TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA LEÓN Nº 25/2020, DE 3 DE JULIO. REC: 20/2020. PTE: IGNACIO MARIA DE LAS RIVAS ARAMBURU.

DÉCIMO .- A la hora de efectuar una valoración penal de la actuación de la Consejera de Sanidad, resulta ineludible poner en relación la obligación de proteger a sus trabajadores y, de dotarles de los medios preventivos necesarios para que realicen su trabajo en las mínimas condiciones de seguridad, con el escenario en el que dicha actuación se llevó a cabo expuesto de manera resumida en los anteriores apartados y perfectamente conocido por el querellante, como se demuestra a través de la documentación que, con una estimable lealtad procesal ha puesto a disposición de la Sala, denunciando, no obstante, como se ha dicho, que la entrega de mascarillas, sin haber obtenido

su previa homologación por Centro Nacional de Medios de Protección Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo dependiente del Ministerio de Trabajo Economía y Seguridad Social, es constitutiva del delito tipificado en los *artículos 316* y *317 del Código Penal* en relación con los *artículos 14* , *17 y siguientes de la Ley de Protección de Riesgos Laborales nº 31/1995 8 de noviembre* .

UNDÉCIMO. - Con el trasfondo de la amenaza que representa el COVID-19, es innegable que el personal sanitario se encontraba, con ocasión de su trabajo expuesto a una situación de riesgo, grave e inminente, en el que se imponen al empresario obligaciones en orden a preservar su salud e integridad personal que se enuncian, junto a los derechos correlativos de los trabajadores, el *artículo 21 de la citad LPRL* que autoriza incluso a interrumpir su actividad y abandonar su lugar de trabajo sin que el empresario pueda obligarles a reanudarlo, escenario, que referido al personal que presta un servicio público esencial, resulta impensable, por impedirlo, además del carácter irrenunciable del servicio público de salud, inherente a su propia naturaleza, la altísima exigencia del código deontológico de dicho personal que le prohíbe *negar la asistencia por temor a que la enfermedad o las circunstancias del paciente le supongan un riesgo personal* (*artículo 5 del Código de Deontología Médica*), exigencia que no ha dudado en asumir, sin excepción la totalidad del personal, hasta sus últimas consecuencias y que ha merecido el respeto y la admiración, hasta el aplauso, de toda la ciudadanía.

DUODÉCIMO. -Contraída en este caso, la obligación del empresario conforme lo dispuesto en el apartado 1º de dicho artículo en relación con el citado artículo 17 a informar de la existencia de dicho riesgo y de las medidas adoptadas o que, en su caso, deban adoptarse en materia de protección, y, al tiempo, dotarles de los equipos de protección individual que la inminencia del contagio y su gravedad requerían, con sujeción a lo dispuesto en los *artículos 5* y *6 del Real Decreto 773/1997, de 30 de mayo* , sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual, se trata de establecer si existen indicios que permiten atribuir a la Consejera de Sanidad responsabilidad penal por haber incumplido dichas normas, cuando ordenó la adquisición y posterior distribución de dicho material en las circunstancias descritas en su informe, poniendo en peligro serio e inminente la integridad física y la vida de los trabajadores integrados en el servicio público de salud de Castilla y León.

DECIMOTERCERO. -Tanto de la documentación aportada por el querellante como de la normativa emanada de las instancias europea y estatal regulando la emergencia sanitaria provocada por el COVID 19 se desprende que las recomendaciones de la Comisión de la UE, y la normativa del Ministerio de Sanidad, dictada en fechas inmediatamente anteriores y posteriores a las órdenes de adquisición y distribución de las mascarillas, le autorizaban a adquirir el material sin atender a las normas de homologación europeas, describiéndose en el informe transcrito, con total transparencia, el procedimiento de adquisición, en el que primó por encima de consideraciones de otra índole, la preservación

de la salud y la integridad física del personal sanitario, aceptando como suficiente, dada la urgencia, la homologación efectuada en el país de procedencia (China), en consonancia con el artículo 2º de la Resolución, de la Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, sobre especificaciones alternativas a las mascarillas EPI, asimismo transcrita, hasta que, como consecuencia de las quejas recibidas fueron enviadas al Centro Nacional de Medidas de Protección, ya que el Ministerio permitía desde el día 24 que se hiciera esta comprobación, según manifestó la propia Consejera.

DECIMOCUARTO. - El delito que se imputa a la Consejera castigado en el *artículo 316 del Código Penal* (y 317 en su modalidad imprudente), se caracteriza con varios elementos que obligan, para la integración del mismo, a tener en cuenta lo dispuesto fuera de la propia norma penal, en la reguladora de prevención de riesgos laborales (STS *nº 1360/1998 de 12 de noviembre)*. Ante todo, el sujeto activo del delito tiene que ser la persona legalmente obligada a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las adecuadas medidas de seguridad e higiene. Estas personas, cuando los hechos se atribuyan a una persona jurídica, en este caso la Junta de Castilla y León, son los administradores y encargados del servicio (la Consejera de Sanidad) que, conociendo el riesgo existente en una determinada situación, no hubieren adoptado las medidas necesarias para evitarlo mediante la observancia de las normas de prevención atinentes al caso. En segundo lugar, se trata de un tipo de omisión que consiste en no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas y esta omisión debe suponer, en sí misma, el incumplimiento de las normas de cuidado expresamente establecidas en la legislación laboral, a lo que en la descripción legal del tipo se alude en su comienzo diciendo "con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales" sin olvidar que en las mismas se tipifican una serie de infracciones y sanciones de naturaleza administrativa, (*artículos 16 y siguientes de la LPRL*). Y, por último, es preciso, para la integración del tipo que, con la infracción de aquellas normas de cuidado y la omisión del cumplimiento del deber de facilitar los medios necesarios para el desempeño del trabajo en las debidas condiciones de seguridad e higiene, se ponga en peligro grave la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores, sin que sea necesario que el peligro se concrete en una lesión efectiva puesto que el delito en cuestión es un tipo de riesgo.

DECIMOQUINTO .- Definido así el alcance del delito que se imputa a la Consejera en la querella no cabe tachar su actuación de conducta tipificada en los *artículos 316* y *317 del Código Penal* citados, ya que, no ha quedado acreditado, ni de forma indiciaria, atendida la versión de los hechos recogida en la querella, que no cumpliera con la obligación de proveer de los equipos de protección individual al personal sanitario a su cargo, en la medida de sus posibilidades, y tampoco cabe reprochar que no se contrastara debidamente la adecuación de dichos medios para preservar del riesgo de contagio, pues estaban amparados por una homologación (GB2626-2006) reconocida como válida por el Ministerio de Industria Comercio y Turismo, lo que en principio podía estimarse suficiente para su inmediata entrega, habida cuenta la imperiosa

necesidad de dotar al personal sanitario de dichos equipos y las dificultades para proveerse de los mismos, circunstancias reconocidas tanto a nivel europeo, como nacional, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que pudieran derivarse al amparo de dicha LPRL.

En virtud de los anteriores fundamentos jurídicos, con la competencia ordinaria para conocer de los hechos a que la misma se contrae, esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Ignacio de las Rivas Aramburu

ACUERDA:

No haber lugar a la admisión de la querella presentada por el sindicato médico CESM CASTILLA Y LEON - CESMCYL contra la Consejera de Sanidad de Castilla y León Dª Paloma, archivando las mismas sin más trámites.

LA AP, EN CONSONANCIA CON EL CRITERIO MANTENIDO POR EL MINISTERIO FISCAL EN SU RECURSO, ACUERDA EL SOBRESEIMIENTO DE LAS ACTUACIONES POR DENUNCIA COVID 19 ANTE LA INCONCRECIÓN DE LOS HECHOS DESCRITOS EN LA DENUNCIA.

AAP VALENCIA (2ª) Nº 1185/2020, DE DIECISEIS DE DICIEMBRE DE 2020. REC: 1441/2020. PTE: PEDRO ANTONIO CASAS COBO.

Para abordar la primera cuestión planteada por el recurso de apelación, debemos tener en cuenta que, a tenor del *art. 277 Lecr* , toda querella debe contener una relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se ejecute, si se supieren; y que, con arreglo al *art. 313 del mismo texto legal* , la querella debe ser desestimada cuando los hechos en que se funde no constituyan delito. Por tanto, para iniciar la investigación, la querella debe contener un relato concreto ("relación circunstanciada del hecho") que sea subsumible en el tipo penal que se pretende investigar.

Los *autos del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2020 (ROJ: ATS 7770/2020)*, *de 24 de septiembre de 2020 (ROJ: ATS 8438/2020)* y *de 9 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5754/2020)*, entre otros, nos ofrecen pautas para decidir sobre la admisión de las querellas. El Tribunal Supremo declara que, a los efectos del *art. 313 Lecr.* ha de considerarse que los hechos no son constitutivos de delito en aquellos casos en que: a) Los hechos contenidos en el relato fáctico de la querella, tal y como esta viene redactada, no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente. En estos casos, carece de justificación alguna la apertura de un proceso penal para comprobar unos hechos que, de ser acreditados, en ningún modo serían constitutivos de delito. b) Cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querella, no se ofrezca en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante a afirmar su existencia, sin ningún apoyo objetivo atinente a los propios hechos. En este segundo

supuesto, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos meramente sospechosos, por si los mismos pudiesen ser constitutivos de delito, es decir, una investigación prospectiva, sin aportar un indicio objetivo de su realidad de conocimiento propio del querellante. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia. En realidad, se trata de aplicar el mismo principio que es exigible cuando se trata de restringir los derechos fundamentales del *artículo 18 C.E*., en este caso los derechos a la libertad personal y a la seguridad del artículo 17.1 del Texto Constitucional.

El Tribunal Supremo también declara que la presentación de una querella no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal, sino que se precisa la realización de una inicial valoración jurídica de la misma, de conformidad con las consideraciones expuestas, que puede conducir a su inadmisión a trámite sin más. Y tal inadmisión no vulnera la tutela judicial efectiva del querellante en su vertiente de acceso a la jurisdicción, dado que es doctrina constitucional reiterada la que señala que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación (*STC núm. 31/1996, de 27 de febrero* , que se hace eco de las *SSTC núm. 111/1995, de 4 de julio*; *157/1990, de 18 de octubre*; *148/1987, de 28 de septiembre*; y *108/1983, de 29 de noviembre*).

En el caso debatido, la querella contiene, en síntesis, el siguiente relato:

-El 31 de diciembre de 2019, la Comisión Municipal de Salud y Sanidad de Wuhan landa la primera alerta por la nueva enfermedad.

-El 7 de enero de 2020 se identifica el virus SARS-CoV-2.

-El 30 de enero, el Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional declara el brote del nuevo coronavirus emergencia de salud pública de importancia internacional.

-El 31 de enero, ante la falta de información a los profesionales por parte de la Consellería de Sanidad de la Generalitat Valenciana, la Central Sindical Independiente y de Funcionarios dirige un escrito a la Consellera de Sanidad exigiendo que se informe y forme adecuadamente a los profesionales, y se suministren los EPIs que correspondan.

-El 2 de febrero, el Centro Europeo para la Prevención y Control de Enfermedades emite un informe técnico dirigido a los Gerentes de Hospitales y facultativos de los servicios de salud o centros de atención primaria de los países miembros de la Unión Europea para la prevención y control de los casos COVID-19.

-El 7 de febrero, el ECDC emite otro informe técnico dirigido a las autoridades de

salud pública y a los gerentes de hospitales con una guía para la planificación de la preparación en relación con los equipos de protección individual de los profesionales sanitarios.

-El 24 de febrero, el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, Ministerio de Sanidad del Gobierno de España emite un comunicado sobre la posibilidad de que lleguen a España personas infectadas por el virus.

-El 28 de febrero, la OMS elevó la alerta sanitaria a nivel muy alto en todo el mundo.

-El 2 de marzo, el Consejo de la Unión Europea pasa el Dispositivo de Respuesta Política Integrada a las Crisis al modo de activación plena.

-El mismo día, el ECDC emite nuevo informe técnico, con una guía sobre los modos de transmisión del COVID-19 y una serie de medidas apropiadas y proporcionadas a cada fase de la pandemia que tienen que ser inmediatamente adoptadas en los países de la Unión Europea, entre las que se encuentra una comunicación apropiada del riesgo y el suministro de adecuados equipamientos de protección individual para los profesionales sanitarios.

-El 3 de marzo, la OMS exhorta a la industria y a los gobiernos a que aumenten la producción de equipos de protección personal, por la grave y creciente interrupción del suministro mundial, causada por el aumento de la demanda y por las compras, el acaparamiento y el uso indebido de esos productos como consecuencia del pánico.

-El mismo día, el Sindicato de Enfermería cancela las clases presenciales de su plan formativo, siguiendo las instrucciones emitidas por la Directora General de Recursos Humanos de la Consellería de la Generalitat Universal i Salut Pública, por las que se suspende cualquier reunión científica, clínica, jornadas, congresos y similares.

-El 5 de marzo, el Ministerio de Sanidad publica el documento Procedimiento de Actuación para los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la Exposición al nuevo Coronavirus.

-El 14 de marzo, el Gobierno d España decreta el Estado de Alarma mediante RD 463/2020, de 14 de marzo, que es prorrogado por el RD 476/2020, de 27 de marzo.

-El 24 de marzo, el Consejo de Médicos Valencianos emite un comunicado solicitando rectificación de las declaraciones de la Consellera de Sanitat Universal i Salut Pública, Doña Joaquina y exigiendo las medidas adecuadas de protección personal y las pruebas diagnósticas al personal sanitario de forma prioritaria.

-El 3 de abril, la Central Sindical Independiente y de Funcionarios emite una nota de prensa exigiendo test masivos al personal de sanidad para romper la cadena

de contagios, frente al protocolo que obliga al personal sanitario a volver al trabajo a los siete días de la cuarentena si no tienen síntomas.

-El 4 de abril, los Consejos Generales de Dentistas, Enfermeros, Farmacéuticos, Médicos y Veterinarios emiten un comunicado conjunto expresando el rechazo a las medidas y recomendaciones del protocolo de actuación frente al coronavirus aprobado el 31 de marzo por el Ministerio de Sanidad. Se denuncia la ausencia de test suficientes y de equipos de protección adecuados.

-El 6 de abril, el responsable de Acción Sindical de Intersindical Salud solicita a la Directora General de Recursos Humanos de la Consellería de Sanitat Universal i Salud Pública que informe si, en relación con el personal confirmado de contagio por COVID-19 en el Hospital General de Alicante, se ha puesto en contacto con Gerencia del Hospital y que explique el elevado número de casos en ese departamento, solicitando que se abra una investigación.

-El mismo día, el referido responsable sindical solicita al Gerente del Hospital General Universitario de Alicante que explique el elevado porcentaje del personal infectado, porque es la cifra más alta de todos los departamentos de la Comunidad Valenciana. Máxime cuando el propio personal ha hecho patente de un modo constante, que la dotación de material de protección puesto a su disposición era claramente insuficiente.

-El mismo día, la Sociedad Valenciana de Seguridad y Salud en el Trabajo emite un comunicado acerca de la situación médico laboral de los sanitarios en el que denuncia las deficientes condiciones de trabajo de equipos de protección individual y material necesarios para realizar su trabajo con unas mínimas condiciones de seguridad.

-El 15 de abril, Intersindical Salut facilita los datos del personal sanitario afectado por COVID-19.

-El 16 de abril, el responsable de acción sindical de Intesindical Salut manifiesta a la Consellería de Sanitat Universal i Salut Publica la necesidad de multiplicar la capacidad diagnóstica precoz realizando test PCR a todo el personal del sistema sanitario que se sospecha pueda estar infectado.

La parte querellante califica los hechos como delito del *art. 316 CP,* o subsidiariamente delito del *art. 317 CP,* que es la modalidad imprudente de la misma conducta. Como subraya la jurisprudencia, se trata de un delito de omisión de las medidas de seguridad e higiene adecuadas, con la exigencia causal de que se produzca un peligro grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. Esa omisión debe ser -en expresa remisión a la normativa laboral- de normas de prevención de riesgos laborales. Solo afecta a los legalmente obligados a facilitarlas. Por tanto, los elementos del tipo son: 1º) infracción por su parte de normas de prevención de riesgos; 2º) omisión de facilitar medios necesarios para el desempeño del trabajo; 3º) en condiciones de seguridad adecuadas, conforme a las normas reguladoras de esa protección frente a riesgos laborales; 4º) efecto de poner en peligro la vida o integridad física de los trabajadores.

Pues bien, como puede verse, el relato de la querella se limita a una serie de disposiciones, comunicados y solicitudes de diferentes organismos, entidades y corporaciones, expresadas en términos genéricos, en relación con las medidas necesarias para afrontar la crisis sanitaria originada por la irrupción de la pandemia que estamos sufriendo. Este relato no cumple con la exigencia legal de una relación circunstanciada de hechos que incluya los requisitos de los *arts. 316* y *317 CP;* ni ofrece elementos o datos que puedan considerarse indicios objetivos del delito que se pretende investigar. Ni siquiera se basa en el conocimiento personal o directo de los querellantes respecto de las medidas de prevención efectivamente adoptadas u omitidas en el mundo sanitario. Incluso, aunque la estadística de contagios del personal sanitario pueda resultar sospechosa para los querellantes, el Tribunal Supremo ha dejado sentado que la mera afirmación de una sospecha no basta para iniciar un proceso penal. Es necesario, en este caso, concretar las medidas de seguridad e higiene omitidas, o los medios no facilitados a los trabajadores, el día o período en que se produjo el hecho, el centro de trabajo o servicio del hospital o centro médico donde se produjo la omisión, los trabajadores que desempeñaron su función sin los medios necesarios y en qué medida se vieron expuestos al riesgo para su salud e integridad física.

Además, solo hay dos referencias a los querellados: en el punto 18, donde se menciona una solicitud a la Directora General de Recursos Humanos para que informe si se ha puesto en contacto con la Gerencia del Hospital General de Alicante y si existe algún motivo que explique e investigue el elevado número de contagios en el personal; y en el punto 19, otra solicitud del mismo día al Gerente del Hospital para que explique el elevado porcentaje de personal infectado, manifestándole que el personal ha hecho patente que la dotación de material de protección era claramente insuficiente. Siguiendo la misma línea de indefinición, la querella solamente les atribuye que no hubo contestación.

Partiendo de estas referencias, puede entenderse que la infracción de las normas de seguridad e higiene se habría producido en el Hospital de Alicante (en cuyo caso, cabría sostener la competencia territorial de los Juzgados de Alicante). Pero la narración de la querella sirve igualmente para investigar cualquier hospital o centro médico de la Comunidad Valenciana. Es decir, se utiliza un planteamiento que permitiría fiscalizar la actuación en general de la Administración en el sector sanitario. Lo cual propicia una investigación que por su carácter prospectivo excede del objeto del proceso penal, sometiendo a los querellados a una limitación injustificada de sus derechos a la libertad y seguridad (art. *17.1 CE)*.

La jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional (así, por ejemplo, la *STC 184/2003, de 29 de octubre)* ha venido manteniendo que la relación entre la persona y el delito investigado se expresa en la sospecha, pero las sospechas precisan, "para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse

que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona". Se trata, por consiguiente, de cualquier tipo de dato fáctico o "buenas razones o fuertes presunciones" de que se ha cometido o se va a cometer la infracción (Sentencias *del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978, caso Klass*, y *de 5 de junio de 1992, caso Lüdi*).

En conclusión, en el caso que nos ocupa, la simple relación de normas, disposiciones, comunicados y solicitudes genéricas de diferentes entidades y corporaciones, a propósito de las medidas de seguridad necesarias para prevenir el contagio por COVID-19, no integra los requisitos del delito que se pretende investigar ni de la participación que pudieran tener los querellados.

El relato de la querella es tan insuficiente que no permite abrir una causa penal, por lo que debe estimarse la petición de sobreseimiento provisional del Ministerio Fiscal y de los querellados. Sin embargo, la investigación podría reabrirse si se aportan datos más concretos que puedan ser valorados como indicios de los delitos cuya investigación se pretende.

REQUISITOS PARA LA ADMISIÓN DE UNA QUERELLA O PARA LA INCOACIÓN DE DILIGENCIAS PREVIAS CON MOTIVO DE UNA DENUNCIA, CUANDO VAYAN REFERIDAS A PERSONA CONCRETA

ATSJ ANDALUCÍA Nº 38/2020, DE 16 DE JUNIO. REC: 3/2020. PTE: MIGUEL PASQUAU LIAÑO.

La propia entidad denunciante se dice consciente del principio de intervención mínima del Derecho Penal, pero justifica la denuncia en vía penal por la imposibilidad de acudir a otras instancias, al no haberse obtenido resultados positivos de "reuniones, escritos, comunicados propios o en conjunto con otras profesiones sanitarias", y ante el agravamiento progresivo de la situación en la fecha en que se interpuso la denuncia (31 marzo 2020).

No se detallan, sin embargo, cuáles fueron esas reuniones, qué respuesta se recibió de esos escritos, ni qué intervención concreta reprochan a cada uno de los denunciados, que lo son, por tanto, únicamente por el lugar que ocupan en el organigrama de la Administración sanitaria.

Es importante repetir lo que tantas veces ha indicado esta Sala, en línea con el criterio seguido en numerosos autos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: que el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye la obligación de los tribunales de abrir una investigación penal cada vez que alguien lo solicite, sino sólo a considerar su petición, debiendo valorarse tanto la verosimilitud inicial de los hechos expuestos en la denuncia o querella, como su relevancia jurídico-penal *prima facie* , de tal modo que cuando la denuncia o querella no presenten conductas susceptibles de corroboración en una instrucción, o de antemano no se tengan elementos para permitir una tipificación penal de los mismos, el órgano judicial no sólo puede, sino que debe inadmitir a trámite la querella o archivar la denuncia, por cuanto también existe el derecho a no ser incriminado o sujeto de

una investigación penal en vano, máxime cuando se puede acudir a otras vías jurisdiccionales más adecuadas en principio, según la naturaleza del asunto concernido, como la civil, laboral o contencioso-administrativa. Dicho de otro modo, existe y es necesario un control judicial *a limine* en el proceso penal.

El principio de intervención mínima, cuyo fundamento es evitar la criminalización de conductas o conflictos que pueden encontrar respuestas idóneas y adecuadas que no requieren el ejercicio del *ius puniendi* , está emparentado, en su vertiente procesal, con otro principio que no puede obviarse: la interdicción de las investigaciones *prospectivas* , es decir, aquellas en las que, sin existir *noticia concreta* de un hecho criminal que les sea atribuible, despliegan diligencias averiguatorias contra personas concretas en busca de indicios que de entrada no se tienen.

En este sentido, para la admisión a trámite de una querella, o para la incoación de diligencias previas con motivo de una denuncia, cuando vayan referidas a una persona concreta, será preciso indicar conductas que permitan la apreciación inicial sobre su verosimilitud y relevancia penal.

Esto es aún más necesario en las denuncias o querellas contra personas aforadas. No a modo de privilegio, sino por la razón siguiente: se puede incoar una investigación penal contra persona indeterminada cuando haya constancia de un delito, pero es obvio que ello sólo podrá hacerse en el Juzgado de Instrucción competente territorialmente. Pero en un órgano cuya competencia para instruir no viene dada legalmente por el delito, sino por el aforamiento de su supuesto autor, es imprescindible un juicio preliminar sobre la participación *concreta* de esa persona aforada.

<u>Cuarto</u>.- Sobre la responsabilidad *prima facie* del Consejero de Salud y Familias de la Junta de Andalucía.

En el presente caso, se trata de una denuncia de daños sufridos por personal sanitario, y de una genérica afirmación de un nexo de causalidad con deficiencias genéricas de la Administración sanitaria: descoordinación, incompetencia, incapacidad de coordinación e insuficiencia de medios hospitalarios, humanos y de material de protección. No se concreta sin embargo un comportamiento personal del único aforado ante esta Sala, que revelase que, *teniendo el dominio del hecho* (es decir, teniendo la posibilidad cierta de comportamientos alternativos acordes con la norma penal), hubiese infringido dolosa o imprudentemente la normativa de prevención de riesgos laborales.

Es obvio que no basta con decir que no se contó con prontitud con los más perfeccionados equipos de protección individual para los sanitarios, como personas expuestas a un especial riesgo de contagio. De esa constatación podrán deducirse consecuencias jurídicas como la responsabilidad laboral o civil, cuando se haya constatado el padecimiento de un daño (contagio, dolencias o muerte) típicamente ligado al incremento de riesgo derivado de una insuficiencia de medios adecuados de protección. Pero para que exista responsabilidad por los tipos penales indicados sería preciso identificar, al menos indiciariamente,

una infracción (generalmente mediante un acta de inspección laboral) determinada por la decisión consciente del (en nuestro caso) Consejero de Salud y Familias, de no hacer lo que debía y podía hacer, o por una desatención o descuido que pudiera calificarse como gravemente imprudente, evitable con la diligencia exigible según las circunstancias.

Nada de esto aparece en la denuncia. Es obvio que las invocadas insuficiencias estructurales del sistema público de salud en Andalucía no pueden imputarse, ni a título de dolo ni al de imprudencia, al actual Consejero de Salud. Y respecto de la insuficiencia o falta de prontitud en la adquisición y distribución de material, siendo así que fue un fenómeno generalizado en toda España, y que es notoria la dificultad con la que se tropezaron en aquellos momentos las diferentes autoridades competentes para adquirir los referidos medios, no puede invocarse como indicio, ni siquiera preliminar, de una conducta incumplidora del Consejero respecto de normas concretas vinculantes que tuviera no sólo la obligación, sino también la posibilidad de cumplir.

Ello comporta, como interesa el Ministerio Fiscal, el archivo de esta Causa Especial.

AUTORÍA EN EL CASO DE AFORADOS: HAY QUE INDIVIDUALIZAR DE FORMA PRECISA LA ACCIÓN CONCRETA QUE PUDIERA SER CONSTITUTIVA DE DELITO.

ATSJ MADRID 65/2020, DE 16 DE DICIEMBRE. REC:132/2020. PTE: CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

A propósito de esta visión de la posible coautoría del delito que se imputa podríamos recordar que esta Sala en anteriores ocasiones (por ejemplo, recientemente en Auto de 7 de julio de 2020, dictado en las DP 160/20), se ha hecho eco de la doctrina sentada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en cuanto a la necesaria concreción de la imputación que se formula contra personas aforadas a la hora de promover querella contra éstas. Señalábamos entonces que: "dado el carácter excepcional de las normas que atribuyen competencia en virtud de aforamiento, en la medida en que encierran una derogación singular de las reglas ordinarias de competencia objetiva y funcional, es importante que, cuando se imputen actuaciones criminales a un grupo de personas y alguna de ellas tenga la condición de aforada, se individualice de forma precisa la acción concreta que respecto de ese aforado pudiera ser constitutiva de delito, expresando los indicios incriminatorios que pudieran servir de apoyo a tal imputación" (*AATS 2ª, causas especiales, de 27 enero 1998* , *6 de abril 2010* , *6 septiembre 2002* , *2 enero 2000* , *4 de julio de 2013* , *18 de febrero* y *5 de mayo de 2015*) y que "no basta, por tanto, con la constatación puramente nominal de que un determinado hecho delictivo ha sido atribuido a un aforado" (*ATS 2ª, de 5 de mayo de 2015 y 8 de febrero de 2018*).

No es acorde a las exigencias propias del carácter eminentemente personal del Derecho penal la realización de una imputación difusa, indiscriminada y global,

ajena a la concreta intervención en unos hechos determinados y claramente delimitados. Ello supondría tanto como una atribución de responsabilidad criminal de naturaleza objetiva, realizada en exclusiva atención al resultado y al margen de la concreta intervención de cada uno de los querellados en los hechos que se consideran delictivos, y por tanto, con manifiesta infracción del principio de culpabilidad.

UNA QUERELLA NO PUEDE SUSTENTARSE EN LO QUE SE CONOCE COMO INVESTIGACIONES PROSPECTIVAS.

ATSJ MADRID 65/2020, DE 16 DE DICIEMBRE. REC:132/2020. PTE: CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

Y aún más: dentro de los límites de aplicación inicial del Derecho Penal, lo que no puede sustentarse mediante el planteamiento de cualquier querella es lo que se conoce como investigaciones prospectivas. Recordemos, a título de ejemplo, lo señalado al respecto en la *STS de 13 de octubre de 2015 (ROJ: STS 4342/2015*), que desarrolla con particular detalle la doctrina de las causas generales a la luz del derecho al proceso con todas las garantías. Leemos en esta sentencia que "la pretensión de que desde el mismo acto judicial de incoación del procedimiento instructor queden perfectamente definidos los hechos sometidos a investigación, e incluso las calificaciones jurídicas de los delitos que pudieran constituir tales hechos, no es aceptable. La ley podría establecerlo así, impidiendo que los Juzgados de Instrucción instruyeran causas que no fueran planteadas mediante querella; pero lo cierto es que la ley vigente permite incoar diligencias a partir de una mera denuncia, y tanto uno como otro de estos sistemas es compatible con los derechos del *art. 24C.E*. (*SSTC 173/1987*, *145/1988*, *186/1990*, *32/1994)*. Sólo cuando los hechos van siendo esclarecidos, en el curso de la investigación, es posible, y exigible, que la acusación quede claramente perfilada, tanto fáctica como jurídicamente (*SSTC 135/1989,* y *41/1997)*". Y prosigue la resolución señalando en torno al riesgo de convertir un proceso en una causa general que: "El riesgo a que nos referimos es algo que ha sido destacado por el Tribunal Constitucional. Así en la *STC. 41/98 de 24.2,* se señalaba que: "...acotar el campo de la instrucción, esencial para evitar el riesgo de una investigación generalizada sobre la totalidad de la vida de una persona", y también que el ámbito de la que el ámbito de la investigación judicial no puede alcanzar genéricamente a todas las actividades del impugnado, sino que ha de precisarse "qué concretos actos quedan sujetos a la instrucción judicial". Tampoco le es ajena al Tribunal Constitucional la conexión que existe entre una causa general y los requisitos que deben concurrir en los hechos sobre los que descansa la incoación y subsistencia de un proceso penal, pues a su juicio no hay "inquisitio generalis" allí donde el proceso descansa "en una sospecha inicial seria, basada en unos hechos concretos constitutivos de delito grave, y no en una pretendida búsqueda sin más, de posibles hechos que hubiera podido cometer el acusado" (ver *STS.12.1.2006* y

STS. 3.12.2002)".

En términos de la citada *STS de 13 de octubre de 2015:* "Hablar de causa general es referirse a un proceso penal incoado como tal para dar cobertura a una investigación ilimitada, para investigar cualquier hecho delictivo no particularizado; o a una persona sin tener noticia de ningún hecho concreto (fishing *expedition*). Las coordenadas en que se inician y progresan estas indagaciones hasta acabar por alumbrar un proceso penal nada tienen que ver con eso".

No adolece la querella de la que hoy conocemos de tamaña desproporción. Pero no es menos cierto que en las diligencias de investigación que se suplican por la asociación querellante sí se advierte un exceso al extender la indagación a extremos como "la totalidad de las comunicaciones e informes recibidos del Ministerio de Sanidad, de la Organización Mundial de la Salud y del Centro Europeo para la Prevención y el Control de Enfermedades, en relación a las medidas a adoptar para la gestión de la crisis sanitaria por COVID-19, desde el 1 de noviembre hasta el 14 de marzo de 2020".