INDICE

1. **INTRODUCCIÓN** (pág. 3)
2. **GENERALIDADES QUE AFECTAN A LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE RIESGO DEL ART. 316 CP.** (pág.4)

2.1. El principio de intervención mínima. (pág. 4)
2.2. Principio de la insignificancia. (pág. 6)
2.3. Norma penal en blanco. (pág. 7)
2.4. Estructura. (pág. 8)
2.5. Infracción de las normas de prevención. (pág. 10)
2.6. Interpretación de la expresión no facilitar medios. (pág. 11)
2.7. Gravedad de la infracción de la normativa preventivo-laboral. (pág. 21)
2.8. Elemento subjetivo del injusto. (pág. 28)
2.9. Plan de Seguridad y Salud. (pág. 32)
2.10 La coordinación de las actividades empresariales: supuestos (pág. 33)
2.11 Las condiciones de vida no son equiparables a las condiciones laborales. (pág. 36)

3. **LA DETERMINACIÓN DEL SUJETO ACTIVO DEL TIPO DEL ART. 316 CP. INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN "LOS LEGALMENTE OBLIGADOS".** (pág. 37)

3.1. Doctrina general. (pág. 37)
3.2. El empresario como primer y principal obligado. (pág. 38)
3.3. Representante legal. (pág. 40)
3.4. Alcance del art. 318 CP. Delimitación de la autoría de los administradores. (pág. 41)
3.5. Encargado de servicio: jefe de taller, director comercial, jefe del almacén. (pág. 48)
3.6. Los Servicios de Prevención. (pág. 50)
3.7. Los sujetos activos en el ámbito de la construcción: (pág. 53)
3.7.1. El promotor. (pág. 53)
3.7.2. El subcontratista. (pág. 55)
3.7.3. El arquitecto. (pág. 56)
3.7.4. El arquitecto técnico. (pág. 56)
3.7.5. El coordinador de seguridad. (pág. 58)
3.7.6. Dirección facultativa. (pág. 64)
3.7.7. Director de ejecución. (pág. 66)
3.7.8. Jefe de Obra. (pág. 67)
3.7.9. Encargado de obra. (pág. 68)
3.7.10. Recurso preventivo. (pág. 70)

4. **EL DOLO EN EL DELITO DE RIESGO.** (pág. 73)
5. **ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DELITO IMPRUDENTE DE RIESGO DEL ART. 317 CP.** (pág. 74)
6. **HOMOGENEIDAD O HETEROGENEIDAD DE LOS DELITOS DE RIESGO DE LOS ARTS. 316 Y 317 CP. (**pág. 79)
7. **CONCURSO DE NORMAS ENTRE EL DELITO DE RIESGO DEL ART. 316 CP Y LOS DELITOS DE RESULTADO LESIVO DE LOS ARTS. 142 Y 152 CP.** (pág. 85)

8. **CONCURSO IDEAL DE DELITOS ENTRE LOS DELITOS DE RIESGO DEL ART. 316 CP Y LOS DELITOS DE RESULTADO LESIVO DE LOS ARTS. 142 Y 152 CP.** (pág. 88)
9. **DIVERSAS CUESTONES ACERCA DE LAS INFRACCIONES DE RESULTADO LESIVO** (pág.91)
   9.1 Diversa gravedad según el sujeto interviniente. (pág. 91)
   9.2 Gravedad de la imprudencia. (pág. 91)
   9.3 Amputación de dedos y pérdida de la funcionalidad de la mano. (pág. 97)
   9.4 Sanidad legal y salud laboral. (pág. 98)
   9.5 Responsabilidad en caso de dependencia jerárquica. (pág. 98)
   9.6 Incapacidad permanente. (pág. 99)
   9.7 Imprudencia profesional. (pág. 99)

10. **VALORACIÓN DE LA IMPRUDENCIA DEL TRABAJADOR EN EL DELITO DE RIESGO Y EN EL DELITO DE RESULTADO LESIVO.** (pág. 104)
11. **DIVERSOS SUPUESTOS EN LOS QUE SE VALORA LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DELITOS.** (pág. 124)
12. **EL PRINCIPIO DE DESCONFIANZA VIGENTE EN MATERIA DE SEGURIDAD LABORAL. (**pág. 131)
13. **APLICACIÓN DE LA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS.** (pág. 132)
14. **APLICACIÓN DE LA ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO.** (pág. 134)
15. **APLICACIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN PROFESIONAL PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN, OFICIO O CARGO COMO PENA ACCESORIA.** (pág. 135)
16. **DISTINTAS CUESTIONES PROCESALES TRATADAS POR LAS AUDIENCIAS.** (pág. 136)
   16.1 Alcance del auto de apertura del juicio oral. (pág. 136)
   16.2 Citación a juicio del responsable civil. (pág. 137)
   16.3 Costas. (pág. 138)
   16.4 Falta de notificación del auto de procedimiento abreviado. (pág. 139)
   16.5 Indefensión. (pág. 141)
   16.6 Irrecurribilidad de las sentencias absolutoria: doctrina general. (pág. 142)
   16.7 Legitimación activa de la acusación particular. (pág. 148)
   16.8 Non bis in idem. (pág. 148)
   16.9 Nulidad de la sentencia de conformidad. (pág. 149)
   16.10 Nulidad del juicio oral: prescripción, no se oye a las partes. (pág. 153)
   16.11 Práctica de prueba en segunda instancia. (pág. 157)
   16.12 Principio acusatorio. (pág. 158)
   16.13 Recurso de apelación adhesivo. (pág. 159)
   16.14 Renuncia de la acción: perdón del ofendido. (pág. 159)
   16.15 Existencia de sanción administrativa. (pág. 161)
   16.16 Valoración de las sentencias dictadas en otros órdenes jurisdiccionales. (pág. 162)
   16.17 Valoración del informe de la Inspección de Trabajo. (pág. 163)
   16.18 Valoración de la Inspección ocular y fotografías. (pág. 164)

17. **LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS ACCIDENTES LABORALES.** (pág. 164)

17.1 Ausencia de legitimación de las Compañías de Seguros: diversos supuestos. (pág. 164)
17.2 Ausencia de legitimación del acusado para determinar quien debe asumir la responsabilidad civil de sus actos. (pág. 168)
17.3 Ausencia de legitimación para reclamar por el cónyuge. (pág. 168)
17.4 Baremo: aplicación. (pág. 169)
17.5 Cláusula claim made. (pág. 183)
17.6 Cláusulas limitativas de los derechos en los contratos de seguro. (pág. 185)
17.7 Cláusulas delimitadoras del riesgo en los contratos de seguro. (pág. 194)
17.8 Compatibilidad de prestaciones de la Seguridad Social e indemnizaciones. (pág. 195)
17.9 Compatibilidad de seguros. (pág. 207)
17.10 Factor de corrección. (pág. 208)
17.11 Intereses moratorios. (pág. 208)
17.12 Incapacidad permanente ¿qué indemniza? (pág. 221)
17.13 Incremento de las indemnizaciones. (pág. 222)
17.14 La esposa del lesionado no es parte en el proceso. (pág. 224)
17.15 La prohibición de modificar las sentencias absolutorias dictadas en primera instancia, no afecta a la responsabilidad civil. (pág. 224)
17.16 Límites indemnizatorios. (pág. 225)
17.17 Moderación del quantum indemnizatorio. (pág. 225)
17.18 Póliza de seguro. (pág. 228)
17.19 Responsabilidad civil de la empresa contratante. (pág. 231)
17.20 Responsabilidad civil de la compañía de seguros. (pág. 237)
17.20.1 Absolución. (pág. 237)
17.20.2 Se excluye la responsabilidad de la compañía de seguros ya que no se está ante un accidente de circulación. (pág. 238)
17.20.3 La compañía de seguros sólo responde hasta el límite de la póliza. (pág. 239)
17.20. 4 La responsabilidad civil de las Compañías de seguros es una responsabilidad civil contractual, no *ex delicto.* (pág. 239)
17.20.5 La responsabilidad de la Compañía de Seguros es directa. (pág. 240)
17.20.6 La Compañía de Seguros es responsable civil subsidiaria. (pág. 241)
17.20. 7 Supuesto de responsabilidad de la Compañía aseguradora en el caso de que un no esté dado de alta en el seguro obligatorio de accidentes. (pág. 241).

1. INTRODUCCIÓN

Como en años anteriores, hay que comenzar señalando que se han recogido la totalidad o la mayor parte de las Sentencias dictadas por las Audiencias, o al menos de las publicadas en las bases de datos y de las que están en poder de los Fiscales de Siniestralidad. También hay que reiterar la gran divergencia que existe entre las sentencias a la hora de abordar asuntos cuyo tratamiento podría ser aparentemente similar, lo que determina, por un lado, que se eche en falta una jurisprudencia

unificadora por parte del Tribunal Supremo, al que no pueden acceder estos asuntos por razón de la pena que resulta imponible a los tipos penales en juego y, por otro, que se resalte la importancia que, en cuanto a la unificación de la doctrina jurisprudencial, puede tener la actuación, esta sí uniforme, del Ministerio Fiscal, especialmente a través de la rigurosa aplicación de los criterios contenidos en la Circular 4/2011 de la FGE.

La presente recopilación pretende servir de apoyo y ayuda a todos los Fiscales encargados del despacho de asuntos de siniestralidad laboral. Para facilitar su utilización se incorpora un índice por materias en el que trata de ubicarse de forma sistemática las sentencias, de tal forma que se convierta en una herramienta de trabajo de fácil manejo.

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

2.1. Principio de intervención mínima.

ANTE LA INVOCACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA, LA AP ENTIENDE QUE LA APLICACIÓN DEL PRECEPTO ESTÁ INSPIRADO EN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, EL CUAL NO PERMITE DEJAR DE APLICAR LA LEY PENAL PORQUE HAYA OTROS ÓRDENES JURISDICCIONALES EN LOS QUE SE PUEDAN EJERCITAR OTRAS ACCIONES.
EDJ 2013/198004
SAP CORUÑA (2ª) Nº 545/2013, DE 26 DE SEPTIEMBRE. REC: 531/2013. PTE: MARTÍN CATAÑEDA, GUSTAVO ADOLFO.

En cuanto a la alegación de los principios de intervención mínima. Entendemos que en el presente supuesto enjuiciado no se ha incurrido en ningún momento en la vulneración que invoca el recurrente, toda vez que la conducta del acusado está tipificada como delito, por lo que la aplicación judicial del precepto está inspirado en el principio de legalidad y dicho principio no permite dejar de aplicar la ley penal por el hecho que existan otras órdenes jurisdiccionales en los que se puedan ejercitar otras acciones, y en el caso de autos nos encontramos con una conducta subsumible en el tipo penal, ya que se trata de un delito contra los derechos de los trabajadores y otro delito de lesiones por imprudencia grave. Son motivos bastantes para que dicha alegación no puede acogerse.

RECHAZA LA AP QUE SE HAYA VULNERADO EL PRINCIPIO DE INTERENCIÓN MÍNIMA DEL DERECHO PENAL.
SAP CÁDIZ (ALGECIRAS) Nº 312/2013, DE 16 DE SEPTIEMBRE. PTE: GUTIERREZ LUNA, MANUEL.

Esta reflexión no es sino la plasmación de un principio de indudable relevancia en el ámbito penal, el principio de intervención mínima, pues si bien ese principio es de indudable arraigo en nuestro derecho penal, ha de tenerse en cuenta, que su interpretación encuentra su natural límite en el principio de legalidad, de suerte que aquel principio no puede llevarse hasta el extremo de negar significación penal a conductas que revistan claros ribetes criminales. Así lo viene declarando la

Jurisprudencia cuando en sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 2001, y en relación al principio de intervención mínima proclama:
"reducir la intervención del derecho penal, como "ultima ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y de las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal.
El elemento normativo del tipo del art. 316 y 318 CP se refiere a "…la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales..", lo que permite calificar el delito como un tipo penal en blanco- en este sentido STS nº 1360/98, de 12 de noviembre- de suerte que es la infracción de la normativa laboral la que completa el tipo, bien entendido que no bastaría 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".
Como contrapartida el principio de intervención mínima del Derecho Penal no autoriza a castigar conductas que ni siquiera se consideran susceptibles de sanción mínima por parte de la propia autoridad administrativa, mucho menos en un tipo penal con la consideración de ley penal en blanco.
Dicho lo anterior, no estimamos en modo alguno una falta de concreción en los tipos penales que ahora nos ocupan, sino que, a la vista de la múltiple normativa, tanto general como sectorial, que le es o le puede ser de aplicación, es de ver una imposible concreción casuística, lo que no se concluye con una indefinición del tipo, sino que, como es nota común a los tipos penales en blanco, existe una remisión en bloque a la normativa en cuestión, en el caso que ahora nos ocupa la laboral.

EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA NO FORMA PARTE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD QUE DEBE DE SER TENIDO EN CUENTA, PRIMORDIALMENTE POR EL LEGISLADOR.
EDJ 2013/ 203139
SAP SEVILLA (4ª) Nº 394/2013, DE 5 DE SEPTIEMBRE. REC: 5076/2012. PTE: LLEDÓ GONZÁLEZ, CARLOS L

En realidad, casi todos esos motivos son lugares comunes en esta materia atinente a la seguridad en el trabajo, que han recibido ya contundente respuesta en doctrina y jurisprudencia. Por comenzar por esa última cuestión, el principio de intervención mínima, baste recordar que el mismo no forma parte del principio de legalidad ni se deduce de él, amén de que reducir la intervención del derecho penal, como última "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de la política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio precisamente con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y la penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal (cfr. SSTS 7/2002 de 19 de enero EDJ 2002/533 , y 96/2002 de 30 de enero EDJ 2002/4278), es decir, estamos ante un "principio de política criminal llamado idealmente a inspirar la actividad legislativa,

siendo así, los tribunales deben partir de la opción que haya hecho el legislador" (STS 690/2003, de 14 de mayo EDJ 2003/30158), y por tanto "no es un principio de la interpretación del derecho penal, sino de la política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador", lo que hace sin más superflua y rechazable su invocación en los presentes recursos, máxime cuando la dicción actual del artículo 316 ya no habla de "infracción grave de las normas reglamentarias" como el antiguo artículo 348 bis a) del Código Penal de 1973 EDL 1973/1704 , sino que precisamente ha suprimido el término "grave".

2.2. Principio de la insignificancia.

VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA, EN BASE AL CUAL, AUN CUANDO SE HAYA INCURRIDO EN INFRACCIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD, LAS MISMAS CARECEN DE LA RELEVANCIA SUFICIENTE PARA PROVOCAR EL RESULTADO. EN EL SUPUESTO ENJUICIADO EL ADMINISTRADOR DEL ESTABLECIMIENTO DIO ORDEN TERMINANTE DE NO UTILIZAR EL HUECO DEL ENTRETECHO DEL ALMACÉN, LO QUE HACE INSIGNIFICANTE EL HECHO DE QUE LA ESCALERA QUE SE UTILIZARA CUANDO CAYÓ LA EMPLEADA AL PRETENDER ALCANZAR OBJETOS DEPOSITADOS EN DICHO ENTRETECHO, CARECIERA DE BARANDILLA
SAP Madrid (3ª) 388/2013, de 5 de septiembre. Recurso de apelación 296/2013, dimanante del juicio oral 473/2012, del Juzgado de lo penal número 3 de Madrid.

"En estas circunstancias, consta que el acusado ordenó que dejara de utilizarse con destino a almacén el hueco de las conducciones del aire acondicionado; tal uso no había sido ordenado en ningún momento por el representante legal de la firma, y se venía llevando a cabo por iniciativa personal de los empleados del establecimiento. El testigo S.E. retiró personalmente la mercancía en días anteriores al suceso, de manera que ulterior utilización indebida de dicho hueco, expresamente en contra de las indicaciones del acusado y la ausencia de escalerillas con barandilla, como sostiene la parte recurrente era necesario disponer, no puede sustentar una imputación naturaleza penal, que resultaría absolutamente desproporcionada. La conducta comprendida en el apartado de hechos de la sentencia no alcanza un grado de antijuridicidad material bastante como para dar lugar a una condena en el ámbito penal.
El ámbito objetivo de los tipos no puede ampliarse de forma desmesurada de manera que alcance a cualquier situación hipotéticamente inscribible en los mismos, aunque no atente a los bienes jurídicos que les sirven de fundamento; en estos supuestos, estaría ausente la necesaria antijuridicidad material.
En este sentido, la doctrina ha venido reconociendo la operabilidad del llamado principio de la insignificancia, con aceptación por parte de la jurisprudencia, principalmente en aquellos tipos que presentan una dualidad de sanción según su gravedad o levedad, por tanto como constitutivos de delito de falta, en los que las formas levísimas residuales deben considerarse atípicas. Se trata de supuestos que ofrecen un mínimo desvalor objetivo del acto, como sucede en el caso que nos ocupa; desde esta perspectiva, puede citarse la doctrina sentada en el Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Criterios de 24 de enero de 2003 en relación al tráfico de drogas, aún no siendo figura penal que admita leves formas de comisión, y también la extensa jurisprudencia en relación a la falsedad inocua, entre las más recientes, sentencias de 17

de octubre de 1998, 17 de junio de 2000, 27 de mayo de 2002, 6 de mayo de 2003 y 5 de julio de 2004. En segundo lugar, también se reconoce en los casos de insignificante desvalor del resultado (hurtos o daños de cosa de mínimo valor: sentencia 8 de abril de 2002), o incluso por el insignificante desvalor subjetivo de la acción en caso de la culpa o imprudencia levísima, que se advierte en este caso.
No pueden ser penalmente típicas las acciones que, aunque en principio encajen formalmente en una descripción típica y contengan algún desvalor jurídico y que por tanto no están justificadas y no son lícitas, cuando en el caso concreto su grado de injusto es mínimo, pues conforme al carácter fragmentario del derecho penal, las conductas penalmente típicas sólo deben estar constituidas por acciones relevantemente antijurídicas, y no por hechos cuya gravedad sea insignificante."

2.3. Norma penal en blanco.

CUANDO EL LEGISLADOR RECURRE A LA TÉCNICA DE LA NORMA PENAL EN BLANCO, LA NORMA A QUE SE REMITE ES CONDICIÓN NECESARIA, PERO NO SUFICIENTE PARA LA COMPLETA DEFINICIÓN DEL TIPO.
SAP ÁLAVA (2ª) Nº 372/2013 DE 5 DE NOVIEMBRE. PTE: TAPIA PARREÑO JÁIME.

El elemento normativo del tipo que sirve para distinguir el ilícito penal del puramente administrativo-laboral es la "gravedad" de la puesta en peligro, 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 aquellas infracciones penales.
Los artículos 316 y 317 CP exigen la confluencia de un doble desvalor: en primer lugar, el desvalor de la 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 CP, se sustancia mediante la exigencia de una puesta en "peligro grave" de la vida, la salud o la integridad física del trabajador.

LA SALA DESESTIMA EL RECURSO DEL CONDENADO, QUE ALEGABA EL NO HABERSE COMPLETADO LA NORMA PENAL EN BLANCO CON LA REFERENCIA A LA NORMATIVA LABORAL INFRINGIDA.
SAP BALEARES (1ª) Nº 211/2013, DE 5 DE SEPTIEMBRE. PTE. MARTÍN HERNANDEZ, ROCIO

En cuanto al segundo motivo del recurso, esto es, la indebida aplicación del art. 316 CP por cuanto hallándonos ante una ley penal en blanco la sentencia no señala la normativa laboral infringida aplicable al caso, tampoco puede ser estimado.

Al respecto, el motivo tampoco puede ser acogido. La Sentencia, en su Fundamento de Derecho Tercero, explica y motiva que no sólo la ausencia de Plan de Prevención sino también la ausencia de formación concreta del perjudicado respecto de la maquinaria que tenía que utilizar y que, a la postre, generó el accidente, por lo que no puede compartirse con el recurrente que no se haya recogido en la sentencia la normativa laboral infringida. El hecho de haber facilitado al trabajador ciertos medios de protección (botas, guantes y gafas) sin embargo, no realizó la información necesaria sobre el motocultor como exige el art. 41.1 Ley 31/1995. Si se ha infringido la mayor, no es necesario descender a mayor especificación.

2.4. Estructura del delito del art. 316 CP.

ANALIZA LA AP LA ESTRUCTURA DEL DELITO DEL ART. 316 CP.
SAP CÓRDOBA (3ª) Nº 284/2013, DE 4 DE NOVIEMBRE. PTE: SÁNCHEZ ZAMORANO, FRANCISCO DE PAULA.

Como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 3 de junio de 2003, el artículo 316 del Código Penal EDL 1995/16398 , cuyo antecedente inmediato era el artículo 348 bis a) del anterior Código, que fue introducido en el anterior Código por la reforma de 25 de junio de 1983, y que forma parte del Título XV que sanciona los "delitos contra los derechos de los trabajadores", "protege la seguridad en el trabajo, entendida como la ausencia de riesgos para la vida y la salud del trabajador dimanante de las condiciones materiales de prestación del trabajo. Este bien jurídico de carácter autónomo tiene una clara dimensión colectiva, en la que están presentes intereses supraindividuales de rango constitucional, que tiene su punto de arranque en el artículo 40.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , el cual proclama que los poderes públicos 'velarán por la seguridad e higiene en el trabajo'. Desde el punto de vista de la conducta típica nos encontramos ante un delito de omisión impropia, ya que al comportamiento esencialmente omisivo, consistente en 'no facilitar' los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, se conecta causalmente un resultado de peligro concreto, puesto que la no facilitación de los medios expresados ha de poner en "peligro grave" la vida, salud e integridad física de los trabajadores, debiendo contemplarse esa relación causal, entre la omisión de las medidas de seguridad e higiene adecuadas y el resultado de peligro concreto, bajo las reglas de la imputación objetiva. Al Derecho administrativo le corresponde sancionar el incumplimiento de la obligación de facilitar medios generadora de un peligro abstracto de lesión del bien jurídico, y al Derecho Penal la generación de un peligro concreto derivado de dicho incumplimiento, de modo que el primero impone una obligación de medios y el segundo una obligación de resultado". Y es que el tipo del artículo 316 del Código Penal EDL 1995/16398 tiene la estructura de una ley penal en blanco, desde le momento en que la referida conducta omisiva debe suponer en sí misma una "infracción de las normas de prevención de riesgos laborales", que nos remite básicamente a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995. Es preciso que se produzca la infracción de las obligaciones preventivas establecidas en esta normativa siempre que tengan directamente como finalidad evitar riesgos a los trabajadores, sin que sea necesario que el incumplimiento sea grave, a diferencia del peligro así creado. Sin embargo, el delito no puede considerarse cometido a través de cualquier infracción de las normas de prevención de

riesgos laborales, sino exclusivamente de aquellos deberes que tengan relevancia material para la seguridad de los trabajadores y que, además, pongan en concreto y grave peligro sus vida, salud o integridad física, pues de lo contrario estaríamos ante un simple ilícito administrativo (así, las ss. del Tribunal Supremo de 12 noviembre de 1998, 26 julio de 2000 y 29 julio de 2002). La exigencia típica de que se produzca un grave peligro para la vida y la salud de los trabajadores dota de contenido material al tipo, más allá de una concepción puramente formal que suponga la mera criminalización del ilícito laboral, de acuerdo con un criterio de antijuricidad material que atiende al bien jurídico protegido. Por un lado, ha de ser un peligro concreto y definible, sin que baste la generalidad o abstracción de una cierta contingencia dañosa, y, por otro, ha de ser relevante y de trascendencia para la vida o la salud, debiendo valorarse conjuntamente, para calificar su gravedad, tanto la probabilidad de que se produzca el daño como la severidad del mismo (artículo 4.2 L.P.R.L.). Estamos, finalmente, ante un delito especial propio, cuyo sujeto activo sólo puede ser quien esté "legalmente obligado" a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desarrollen su tarea en las adecuadas condiciones de seguridad, lo que obliga a acudir a la citada normativa extrapenal a fin de delimitar el ámbito de los deberes generadores de una posición de garante y, por consiguiente, de la autoría. De acuerdo con los artículos 14 y ss., 42 y concordantes, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el empresario es la persona obligada al cumplimiento de los deberes impuestos en esta normativa, y, por ello, a garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con la prestación laboral, teniendo un específico deber de protección eficaz del trabajador en materia preventivo-laboral, que se materializa en una obligación activa o de hacer dirigida a evitar tales riesgos, ofreciendo unas condiciones de trabajo seguras, con previsión de los riesgos razonablemente posibles y, una vez conocidos, aplicación de las medidas de protección adecuadas a cada ocasión o circunstancia. El deber del empresario de garantizar la seguridad o protección eficaz de los trabajadores exige una diligencia adicional que rebasa la mera adopción de las medidas necesarias en relación con los riesgos presentes, ya que ha de llevar a cabo una acción preventiva permanente, con respecto a los nuevos riesgos que puedan surgir y sean racionalmente previsibles, a fin de perfeccionar los niveles de protección existentes y alcanzar los que sean óptimos en cada momento (art. 14.2 LPRL). Por otro lado, personas legalmente obligadas a facilitar dichos medios y las condiciones de seguridad necesarias son, tanto el empresario, como las personas con facultades directivas o de organización que dependan del mismo y gocen de competencia en materia de seguridad e higiene en el trabajo, a través del control funcional de las condiciones en las que se desarrolla la actividad laboral, teniendo, en definitiva, capacidad decisoria sobre la fuente de peligro y su concreta actuación. Cabe, por lo demás, la concurrencia de varias personas a la producción del hecho típico, distinguiendo entre el autor, en cuya esfera de competencia se encuentra la evitación del riesgo y el control inmediato de la fuente de peligro, y el partícipe, en cuya esfera de competencia o actuación se encuentra la posibilidad de instar la evitación del hecho.

ESTABLECE LA AP LOS REQUISITOS DEL DELITO DEL ARTÍCULO 316 CP.
SAP MÁLAGA (1ª) Nº 486/2013, DE 31 DE JULIO. PTE: ONTIVEROS RODRÍGUEZ, FRANCISCO.

Por lo demás en lo que al delito contra la seguridad de los trabajadores del art. 316 CP se refiere (pues el art. 317 hace referencia a la modalidad imprudente), hemos de recordar que sus elementos configuradores son: a) la infracción de una norma de prevención (que como establece el art. 1 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, puede estas incluida en dicha ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas normas legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito); b) la omisión de prevenciones (pues se trata de un delito de comisión por omisión), que comprende no solo la falta de medios de protección personal (como cascos o protectores auditivos), sino también los de carácter estructural u objetivos (como la falta de protección de máquinas, resistencia de andamios o de materiales, e incluso, la omisión de medidas higiénicas sobre iluminación, ruidos, ventilación, humedad, temperatura y emanación de gases) pues el art. 316 CP habla de los "medios necesarios"; c) la generación de una situación de peligro y d) la relación de causalidad entre la infracción u omisión preventiva cometida y la creación de la situación de riesgo, ya que la infracción ha de ser causante de que se produzca el delito, pues si sólo se produce un mero incumplimiento de las medidas preventivas sin que aparezca ese nexo causal, la actuación del empresario responsable únicamente puede ser sancionada administrativamente; y e) que la infracción sea cometida por el responsable legal de la acción (con carácter general el sujeto activo del delito será el empresario, esto es, todas las personas físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas.

2. 5. Infracción de las normas de prevención.

LA INTEGRACIÓN DEL TIPO PENAL SÓLO DEBE PRODUCIRSE CON RESPECTO A LA INFRACCIÓN DE LOS MÁS GRAVES PRECEPTOS DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN.
SAP ÁLAVA (2ª) Nº 372/2013 DE 5 DE NOVIEMBRE. PTE: TAPIA PARREÑO JÁIME.

En igual sentido, el TS (STS 1233/02, de 29 de julio) ha sentado 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 comisión es capaz de generar un "grave peligro".
Para determinar esa gravedad, según el TS, no hay que atender a la norma infringida sino a la relevancia de la omisión con respecto a la salud y seguridad de los trabajadores. Tiene declarado el TS que la gravedad ha de medirse de acuerdo con una doble pauta: la gravedad del peligro (elevada probabilidad de producción del daño) y la gravedad del resultado probable (STS 1232/02, de 29 de julio; 1036, de 4 de junio; 1355/2000, de 26 de julio y 1360/1998, de 12 de noviembre).
En el caso presente, en cuanto a la gravedad de la infracción resulta significativa y orientadora la calificación de la infracción cometida por la empresa como muy grave por parte de la Inspección de Trabajo, imponiendo una multa de 164.000 euros. Es obvio que tal catalogación no nos vincula pero puede ser un elemento a tener en cuenta para valorar la propia entidad de la infracción de la normativa de riesgos laborales.

Igualmente, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 4 de mayo de 2010, en lo que aquí concierne, aunque tampoco nos vincule, supone un fuerte respaldo a la tesis de la grave vulneración de normas de prevención de riesgos laborales, no siendo coherente (coherencia que se pide también a la Administración de Justicia y que está vinculada con el derecho a la tutela judicial efectiva) que el orden jurisdiccional penal declara que se han cumplido aquellas.

2.6. Interpretación de la expresión "no facilitar medios".

LOS MEDIOS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS, NO SON SÓLO LOS ESTRICTAMENTE MATERIALES, SINO TAMBIÉN LOS PERSONALES, INTELECTUALES Y ORGANIZATIVOS, ENTRE LOS QUE DESTACA MUY ESPECIALMENTE EL DEBER DE INFORMACIÓN SOBRE EL RIESGO.
SAP CORUÑA (2ª) Nº 20/2013, DE 14 DE ENERO. PTE: TABOADA CASEIRO, MARÍA DEL CARMEN.
SAP CORUÑA (2ª) Nº 20/2013, DE 14 DE ENERO. PTE: TABOADA CASEIRO, MARÍA DEL CARMEN.

Así la referencia al art. 19 de la Ley 31/1195 es plenamente aplicable puesto que no se consideraba que recibiese la adecuada formación, ello ha de entenderse en sentido amplio, y además debe considerarse la doctrina mayoritaria.
La mayor parte de la doctrina científica ha considerado que los medios de prevención de riesgos en el trabajo no han de ser sólo los estrictamente materiales, sino también los personales, intelectuales y organizativos entre los que destacan muy especialmente el deber de información sobre el riesgo, puesto que dicha información resulta un medio imprescindible para que el trabajo pueda realizarse bajo parámetros adecuados de protección, información que debe facilitarse en términos de adecuación a cada riesgo concreto y de forma que resulta comprensible a los trabajadores.

EL VERBO "FACILITAR" ES UN DEBER AMPLIO, COMPRENSIVO DE TODAS AQUELLAS ACTIVIDADES QUE POSIBILITAN LA ELIMINACIÓN DEL RIESGO, ENTRE ELLAS, LA VIGILANCIA.
SAP PALMA DE MALLORCA (1ª) Nº 266/2013, DE 24 DE OCTUBRE. PTE: DIAZ SASTRE, CRISTINA.

Se produce pues la falta de control de la fuente de peligro que está en su ámbito de dominio, ahora bien no se ha de olvidar que de acuerdo con lo establecido en el art. 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales –que contempla el derecho de los trabajadores a una protección eficaz e integra- el verbo facilitar que emplea el legislador en el artículo 316 debe entenderse, tal y como expresa la resolución citada, en un deber más amplio 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.

LA DEUDA DE SEGURIDAD DE LA EMPRESA CON SUS TRABAJADORES NO SE AGOTA CON FACILITAR LOS MEDIOS NECESARIOS DE PROTECCIÓN, SINO QUE AQUELLA VIENE OBLIGADA A LA ADECUADA VIGILANCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS INSTRUCCIONES.
SAP CÁCERES (2ª) Nº 591/2013, DE 26 DE DICIEMBRE. REC: 1182/2013. PTE: ESTAFANI LÓPEZ, Mº ROSARIO.

Por último en cuanto a la infracción penal y no administrativa como se aduce por los recurrentes el Juez a quo da cumplida contestación en la resolución al establecer, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de Audiencias Provinciales, que la deuda de seguridad de la empresa con sus trabajadores no se agota con facilitar los medios necesarios de protección, como alegan los recurrentes, sino que aquella viene obligada a la adecuada vigilancia del cumplimiento de sus instrucciones en cuanto deben tender a la finalidad de proteger a los trabajadores del riesgo genérico que crea o exige el servicio encomendado, de modo que, en contrapartida a la facultad organizadora de la empresa por su titular, recae sobre ésta la escrupulosa observancia de las medidas preventivas en la seguridad del trabajador; distinguiendo el Juzgador entre la inexistencia de medidas (delito doloso) e insuficiencia de medidas o defectuosas medidas (delito imprudente), considerando la jurisprudencia en este último caso que si es grave estaremos ante un delito; debiendo acudirse, para determinar ante qué tipo penal nos encontramos, a la normativa laboral o administrativa, no bastando con cualquier infracción, pues para dar vida al tipo penal es necesario un nexo de causalidad de forma que la norma infringida ponga en peligro general su vida o salud o integridad física; entendiendo el Juzgador que los hechos que dieron lugar a la causa constituyen una infracción grave de la normativa laboral si bien ha afectado solo a un trabajador, el que finalmente resultó lesionado ya que este era el único expuesto al riesgo pues el otro trabajador que lo hacía en altura estaba realizando dicho trabajo en la plataforma elevadora; por consiguiente es exclusivamente en este trabajador donde se realiza el incumplimiento, de ahí que se considere que deviene adecuado aplicar el concurso de leyes, absorbiendo el delito de peligro del art. 317 del Código Penal por el delito de resultado lesivo.

EL DELITO DEL ART. 316 CP ES UN DELITO DE PELIGRO CONCRETO SOBRE BIENES JURÍDICOS LO CUAL OBLIGA, NO SÓLO A PONER A DISPOSICIÓN DE LOS TRABAJADORES LOS MEDIOS DE PROTECCIÓN, SINO A DESARROLLAR UNA ACTIVIDAD PREVENTIVA DILIGENTE Y CONSTANTE, QUE IMPLICA LA PERMANENTE SUPERVISIÓN Y CONTROL DEL USO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EXISTENTES.
SAP CÓRDOBA (3ª) Nº 284/2013, DE 4 DE NOVIEMBRE. PTE: SÁNCHEZ ZAMORANO, FRANCISCO DE PAULA.

Este alegato no puede ser acogido, pues como ya se ha dicho no estamos ante el incumplimiento de una obligación de medios, sino de una obligación de resultado, consistente en procurar una protección eficaz de la vida y la salud de los trabajadores en el desempeño de su labor, evitando la producción, no de un riesgo genérico o abstracto, a través de la mera disponibilidad material de los medios de prevención adecuados, sino de un peligro concreto sobre estos bienes jurídicos, lo cual obliga, no sólo a poner a disposición de los trabajadores dichos medios, sino a desarrollar una actividad preventiva diligente y constante, que implica la permanente supervisión y control del uso de las medidas de seguridad existentes, así como su perfección o adecuación hasta

alcanzar un nivel óptimo de protección que garantice la seguridad y evite la actualización del riesgo en cada momento. La normativa reguladora de la prevención de riesgos laborales, en los preceptos citados, impone al empresario el deber de controlar y verificar el cumplimiento efectivo de las medidas de seguridad o el uso adecuado de los medios instrumentales puestos a disposición de los trabajadores, así como evaluar los riesgos laborales, previendo la posible conducta negligente u omisiva ordinaria de éstos, de manera que el empresario se constituye en auténtico garante de la vida y salud de los trabajadores en el ámbito laboral, sin que la presencia de obligaciones específicas de los trabajadores en materia de seguridad e higiene enerve el deber empresarial de vigilancia (artículos 4, 14.2 y 15.4 LPRL.). De ahí que el deber de autoprotección de dichos bienes jurídicos y la autopuesta en peligro de los mismos por parte del titular tengan una relevancia no excluyente de la responsabilidad del empresario, aunque en determinados casos de contribución causal de la víctima a la protección del daño puedan degradar o atenuar su gravedad.

_

En el presente caso, no puede decirse que el grave peligro creado, y el posterior resultado dañoso, haya obedecido a un mal uso de los medios puestos a su alcance por el trabajador lesionado o que éste hubiese rechazado su utilización, por lo que no se ha acreditado la concurrencia de una contribución causal eficaz de la víctima a la creación o incremento del riesgo producido, susceptible de excluir o atemperar la responsabilidad del acusado. La omisión del deber de cuidado producida no se ha generado en el ámbito de la utilización de los instrumentos de trabajo o del uso efectivo de medidas de seguridad puestas a su disposición por parte del trabajador, sino en la esfera del poder de dirección y organización que compete exclusivamente al empresario apelante, ante la ausencia de concretas medidas de protección colectivas.

NO BASTA LA MERA INACTIVIDAD –DEJAR DE FACILITAR LOS MEDIOS PREVENTIVOS LEGALMENTE DEBIDOS- SINO QUE ENTRE ELLA Y LA SITUACIÓN DE PELIGRO EXISTA UNA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y DE IMPUTACIÓN OBJETIVA.
AUDIENCIA PROVINCIAL DE JAÉN (2ª) Nº 71/2013, DE 29 DE ABRIL, Pte. ORTEGA MORALES, RAFAEL

Y es también doctrina unánime por lo que aquí ahora concretamente interesa (STS de 12-11-98, 26-7-00, 26-11-01 y 29-7-02) la que declara no obstante lo anterior, que no basta la mera inactividad (esto es, dejar de facilitar los medios preventivos legalmente debidos) sino que entre ella y la situación de peligro exista una relación de causalidad y de imputación objetiva. Como lo fundamental es la creación de un estado tal que las condiciones efectivas de trabajo resulten gravemente peligrosas para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores porque no se les facilitan las medidas necesarias de seguridad e higiene, tal resultado puede derivar de una omisión en sentido estricto o, a mayor abundamiento, de una obstrucción del acceso a donde se encuentran. Debiendo recordar, eso si que la expresión "los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad…", merece una interpretación desde luego no literal que conduzca a restringir el ámbito del comportamiento típico a la negativa de equipamiento personal (cascos, mascarillas, anclajes, etc.) y colectivos (mecanismos de seguridad en la maquinaria, sistemas de protección mediante cercado de huecos o colocación de redes en prevención de caídas y otros semejantes), sino comprensiva del conjunto de deberes cuya infracción se considera delictiva, es decir no sólo los materiales y tangibles como

se resalta en la instancia sino además todos aquellos que conforman e integran el genérico deber de prevención y de tutela a la salud, vida e integridad personal del trabajador inherente a la condición de empresario, a saber, deber general de prevención, evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva, acondicionamiento de los lugares de trabajo, control periódico de la salud de los trabajadores, obligación de proporcionar información y formación, etc.

A la luz de dicha doctrina pues, habremos de coincidir con el Magistrado a quo en el argumento esencial apoyo del pronunciamiento absolutoria dictado y es realmente la inexistencia del nexo de causalidad imprescindible entre la conducta omisiva que se imputa al acusado y que su representación insiste en negar, esto es, la falta de formación y el riesgo creado para la integridad física y la vida del trabajador accidentado, que finalmente se concretó, toda vez que el desafortunado accidente traía claramente causa de la insuficiencia de medidas de seguridad para impedir que por el registro existente en el suelo bajo el que se encontraba el tornillo sinfín donde trabajaba José ayudando en el mantenimiento y engrasado de las máquinas y donde introdujo el pie, al estar cubierto sólo por una alfombrilla de goma a la que según F, maestro de molino y F trabajador de la almazara y usualmente por una espuerta para recoger la suciedad que caía y que además ese día no estaba colocada…..y es así que la Cooperativa de la que el acusado era presidente desde el 2007 tenía contratados los servicios en materia de prevención de riesgos con empresa especializada, concretamente H , que no detectó, ni puso en conocimiento esa grave deficiencia de seguridad, sólo solventada ya con posterioridad al accidente con la colocación en el hueco de registro de una chapa metálica lo suficientemente resistente como aconsejan los informes, luego no se puede afirmar que ni siquiera a título de dolo eventual se pueda imputar objetivamente al acusado tal omisión, cuando la empresa se había preocupado en contratar a otra especializada y con conocimientos específicos en la materia. Pero es más, no se puede obviar que el trabajador contaba con el equipo de prevención individual y de seguro que ello evitó un resultado más grave y tampoco por más que se diga, que a la fecha del accidentes estaba contratado, habiéndose comunicado su alta a la Tesorería General de la Seguridad Social con efectos del propio día 7-12-09, esto es, un mes antes de producirse el accidente como resulta de la resolución sobre reconocimiento de alta obrante al f 37, luego incluso ni tan siquiera podemos compartir por más que el acusado como Presidente de la Cooperativa, representante de la misma y miembro del Consejo Rector, tuviera competencias sobre el control de la gestión de aquella y de personal, interviniendo en la contratación de trabajadores –art. 32 L 27/1999- no hubiera comunicado a H la nueva contratación a los efectos de complementar la formación dada ya en el mes de octubre, cuando además como resulta no sólo de su declaración sino de la de F y F, eran estos los que tenían encomendada la labor de impartir los cursos y entregar el material de prevención, manifestando además F que se encontraba trabajando con José el día del accidente, que él le había explicado lo más esencial de la almazara aunque no le dijo nada sobre el registro porque estaba tapado el sinfín.

Así pues y como resalta la STS de 29-12-98 o la de 27-10-97 que cita “la omisión es causal cuando el hacer obligado hubiese evitado el resultado…” y en este supuesto en cualquier caso el curso impartido no lo hubiere evitado, pues si la empresa contratada n siquiera avisó del riesgo concretado poco podía informar sobre el mismo, de modo pues que aunque el art. 14.1 de la Ley especial 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales se refiera genéricamente al empresario como garante de la prevención de riesgos, y el art. 31 CP y específicamente el art. 318, en los supuestos de que se trate de personas jurídicas impute a los administradores, además de los encargados del servicio que hayan sido responsables del riesgo causado, es evidente que en cualquier caso para ello es

preciso que tuvieran a su cargo la competencia en materia de seguridad e higiene en el trabajo y por ello debieran tener conocimiento de la omisión de las medidas preventivas de riesgos laborales y de la situación de peligro que aquella produce, como exige el principio general de la culpabilidad, otra cosa es que el acusado como presidente hubiese dispuesto o intervenido en la mecánica o funcionamiento de la almazara y el trabajo en ella desarrollado, lo que no se acredita que hiciese, porque como hemos expuesto recientemente en sentencia de 10-4-13, es constante la doctrina jurisprudencial que requiere para ser autor del delito del art. 316, no sólo el simple hecho de ser administrador de una sociedad –en este caso el presidente de una cooperativa- sino que es preciso además que realice alguna acción u omisión siempre que ocupe la posición de garante y se den los restante aspectos del art. 11 CP, pues lo relevante no es sólo la denominación del cargo, sino como venimos exponiendo la concreta función que desempeñen en el funcionamiento de la empresa –STS 23-7-09-, ya que como además resalta el apelado de no ser así estaríamos incurriendo en la exigencia sin más de una responsabilidad objetiva proscrita en el ámbito en el que nos encontramos.

LA EXPRESIÓN "MEDIOS NECESARIOS PARA QUE LOS TRABAJADORES DESEMPEÑEN SU ACTIVIDAD…", MERECE UNA INTERPRETACIÓN, DESDE LUEGO, NO LITERAL QUE CONDUZCA A RESTRINGIR EL ÁMBITO DEL COMPORTAMIENTO TÍPICO.
AUDIENCIA PROVINCIAL DE JAÉN (2ª) Nº 71/2013, DE 29 DE ABRIL, Pte. ORTEGA MORALES, RAFAEL

Debiendo recordar, eso si que la expresión "los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad…", merece una interpretación desde luego no literal que conduzca a restringir el ámbito del comportamiento típico a la negativa de equipamiento personal (cascos, mascarillas, anclajes, etc.) y colectivos (mecanismos de seguridad en la maquinaria, sistemas de protección mediante cercado de huecos o colocación de redes en prevención de caídas y otros semejantes), sino comprensiva del conjunto de deberes cuya infracción se considera delictiva, es decir no sólo los materiales y tangibles como se resalta en la instancia sino además todos aquellos que conforman e integran el genérico deber de prevención y de tutela a la salud, vida e integridad personal del trabajador inherente a la condición de empresario, a saber, deber general de prevención, evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva, acondicionamiento de los lugares de trabajo, control periódico de la salud de los trabajadores, obligación de proporcionar información y formación, etc.

NO FACILITAR LOS MEDIOS, SUPONE TAMBIÉN NO EXIGIR CONFORME A LAS NORMAS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES SU EFECTIVO CUMPLIMIENTO.
SAP PALENCIA Nº 67/2013, DE DOS DE OCTUBRE. PTE. DONIS CARRACEDO, MIGUEL

De dicha prueba se acreditan los elementos del delito por el que fue condenado, pues respecto a los objetivos la acción típica consiste en "…no facilitar…"los medios necesarios, entendiéndose esta expresión en un sentido amplio y comprensivo no solo de no procurarles materialmente, como concretamente fue el caso, también no exigir conforme a las normas de prevención de riesgos laborales su efectivo cumplimiento. Lo

anterior pues, conforme a la LPRL 31/1995 (arts. 14, 15, 21 y demás concordantes) y resto de la legislación complementaria aplicable al caso, quienes dirigen una obra o se hallan al frente de si iter ejecutivo deben impartir diligentemente las órdenes oportunas ("…cumplir y hacer cumplir…"), no bastando para ello con advertencias generales pero sí pudiendo y debiendo exigir a los operarios, imperativamente si fuera preciso (STS 9-5-1977) o incluso paralizando la obra (art. 14.1, párrafo 3º de la LPRL), el cumplimiento exacto de las necesarias cautelas y prevenciones establecidas en las concretas normas a las que el art. 316 CP se remite. En definitiva y gráficamente, como expresó la ya aneja STS de 21-2-1979, "…el trabajador debe ser protegido hasta de su propia imprudencia profesional…", criterio jurisprudencial del que se hizo eco posteriormente referida legislación laboral (art. 15.4).

SI BIEN ADMITE LA AP QUE NI EL EMPRESARIO NI NINGÚN TÉCNICO PUEDEN ESTAR PENDIENTES DE FORMA PERMANENTE DEL FUNCIONAMIENTO Y BUEN ESTADO DE UNA MÁQUINA, EN EL CASO CONCRETO, EL ESTADO DE LA MAQUINA HACEN INVIABLE DICHO ARGUMENTO PARA DESVIRTUAR LA CONDENA.

EDJ 2013/78943 SAP SEVILLA (1ª) Nº 89/2013, DE 15 DE FEBRERO. REC: 102372012, PTE. SÁNCHEZ UGENA, JOAQUÍN

El cuarto de los motivos del recurso nos explica que el empresario no puede controlar todo lo que pasa en el trabajo, en todo momento y en todos sus aspectos. Este alegato es sumamente razonable, pero no tiene entidad para desvirtuar la condena. Si volvemos a la máquina en cuestión, admitimos que ni el empresario ni ningún técnico puede estar de forma permanente pendiente su funcionamiento y de su buen estado.

Pero esto es una cosa, y otra muy distinta la realidad de lo que aquí ha sucedido. La víspera del accidente se alquila la plataforma en la que se produce el siniestro, y se pone a funcionar sin comprobar el estado altamente defectuoso en que se encuentra.

El cuadro de mandos no es visible por el desgaste, el freno no funciona -o por mejor decir, funciona cuando ya es tarde- y el manual de instrucciones corresponde a otra máquina. Ante este panorama sí es obligado afirmar que ha habido dejación de funciones, y absoluta falta del control más elemental antes de poner la máquina a trabajar.

POR MEDIOS NECESARIOS NO PUEDE HACERSE UNA SIMPLISTA REDUCCIÓN A MEDIOS MATERIALES COMO SERÍAN LOS EQUIPOS DE PROTECCIÓN INDIVIDUAL.
SAP SEVILLA (3ª) Nº 130/2013, DE 25 DE FEBRERO, PTE: JURADO HORTELANO, INMACULADA.

…respecto de la expresión "no faciliten los medios necesarios", introducida precisamente para sustituir la anterior "no exijan", no puede hacerse una simplista reducción a medios materiales como serían los equipos de protección individual, pues claramente la Ley de Prevención de Riesgos Laborales considera como tales todos los instrumentos de la acción preventiva, en los que pueden incluirse desde la formación hasta la coordinación, pasando por la constitución de los servicios correspondientes, la identificación y evaluación de riesgos, la planificación, etc.

EXISTE UNA MANIFIESTA FALTA DE VIGILANCIA, CONTROL Y SUPERVISIÓN. LA AP ENTIENDE QUE LA VIGILANCIA ES UNA DE LAS OBLIGACIONES DE LOS LEGALMENTE OBLIGADOS.
SAP SEVILLA (3ª) Nº 130/2013, DE 25 DE FEBRERO, PTE: JURADO HORTELANO, INMACULADA.

En cualquier caso, siendo inconcuso que el desafortunado accidente que sufrió FM sobrevino por precipitación al caerse desde un andamio y que nadie le impidió ascender al mismo cuando no tenía el deber laboral de hacerlo, habida cuenta que por ser peón sus tareas se circunscribían al acopio y recogida del material y herramientas en apoyo al trabajo de sus compañeros, tales vicisitudes revelan una manifiesta falta de vigilancia, control y supervisión por parte de la empresa hacia su empleado, antojándose harto sugestiva la ausencia al unísono del encarado de obras ese día…y del jefe e obras y responsable de seguridad…,queriendo hacer asumir en el oficial de 1ª…la insólita función de dirigir y controlar a FM en lo atinente a la seguridad en que este desempeñaba su trabajo, que por demás no correspondía con el montaje de andamios.
Por añadidura, extendiéndose la responsabilidad del empresario a posibles imprudencias del trabajador, conforme proclama el art. 15-4 LPRL, aún en la hipótesis no confirmada de que el Sr. M desoyera órdenes del oficial con el que trabajaba, que supuestamente le dijo que se estuviera quieto mientras él iba a buscar unas tijeras, resulta incontestable que nadie le impidió subirse al andamio, sin un cinturón de seguridad, ni ninguna otra medida de protección de caídas, pese al peligro evidente para su integridad física que reportaba tal, por lo que la infracción imputada seguiría resultando aplicable al no haber observado e empresario el complejo deber de seguridad exigible, exigiendo del trabajador la utilización de los dispositivos preventivos, vigilando su cumplimiento, impidiendo su actividad laboral si se incumplían tales medidas e incluso ejercitando la potestad disciplinaria.

EL ART. 316 CP NO CASTIGA AL AUTOR POR NO VIGILAR O CONTROLAR QUE LOS TRABAJADORES UTLICEN LOS MEDIOS DE SEGURIDAD, SINO SÓLO EL NO FACILITAR LOS MEDIOS.
EDJ 2013/193832
SAP ALICANTE (10ª) Nº 267/2013, DE 28 DE JUNIO. REC: 15/2013. PTE: GÓMEZ –ANGULO RODRÍGUEZ, JESÚS.

No obstante, a pesar de que, en efecto, personas ajenas a los empresarios de la construcción y que sólo ostenten la condición de técnicos o facultativos de la obra pueden incurrir en la conducta delictiva prevista en el art. 316 del C. Penal EDL 1995/16398 por la vía de la participación necesaria omisiva -obviándose así los problemas de subsunción que se plantean con respecto a la autoría en los delitos especiales propios-, entendemos que para que ello sea factible se precisa que el partícipe coopere en sentido normativo- material con su omisión en la conducta descrita específicamente para el autor en el tipo penal. Y desde luego al autor no se le está puniendo por no vigilar o controlar que los trabajadores utilicen los medios que se le proporcionan, sino que el delito de riesgo del art. 316 (distinto sería si se tratara de un delito imprudente de resultado material) sólo contempla como conducta punible el no facilitar los medios necesarios para garantizar las medidas de seguridad e higiene, pero no el evitar, mediante la vigilancia y el control, que los trabajadores no los utilicen en su

labor diaria; vigilancia o control que en caso de ser omitidos habrían de ser sancionados en el ámbito administrativo-laboral, al quedar extra muros tales comportamientos del perímetro fáctico descrito en el art. 316 del C. Penal EDL 1995/16398 ."

LA NO FACILITACIÓN DE LAS GAFAS ES LA CAUSA RELEVANTE TANTO DE LA CREACIÓN DEL RIESGO PARA LOS OJOS, COMO DE LA GRAVE LESIÓN SUFRIDA EN LOS MISMOS PARA EL TRABAJADOR
EDJ 2013/189756 SAP Las Palmas de 31 julio 2013. Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 6ª, S 31-7-2013, nº 148/2013, rec. 466/2013. Pte: Moya Valdés, Emilio J.J.

"Tercero: En aplicación de la doctrina legal y jurisprudencial mencionada, desde luego, se estima que los hechos son constitutivos de los delitos por los que ha sido condenado, debiendo apuntarse, antes que nada, que ni siquiera sería necesario que el trabajador hubiera sufrido lesión alguna para perfeccionarse el tipo penal del 316. Tal resultado no es exigible para entender concurrente el tipo, sino que basta con el riesgo que, lamentablemente, en este caso se materializó en resultado lesivo. El 316 solo exige que el no facilitar los medios necesarios por el empresario (obligado legalmente), ponga en peligro grave su vida, salud o integridad física, como ocurrió en el presente caso, en que precisamente por no facilitarle al trabajador las gafas protectoras y no por otra causa, como veremos, se produjo el accidente. El acusado cometió una patente infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, no sólo de la obligación genérica establecida en el art. 14.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995, sino también del deber de evaluar los riesgos y establecer un plan de seguridad para su evitación (art. 16), del deber de información a los trabajadores (art. 18) y del deber de formación (art. 19). Y esos hechos han sido acreditados en virtud de las declaraciones de los trabajadores y, significadamente, de la Inspectora de Trabajo. Como se expresa en la sentencia recurrida, la carencia de las gafas protectoras, fue lo que le llevó al trabajador a utilizar el destornillador, sin que quepa duda alguna que si el acusado hubiere cumplido sus obligaciones legales y le hubiere facilitado las gafas, el resultado no se habría producido, pues el trabajador habría utilizado la radial en las debidas condiciones de seguridad, lo que no pudo hacer, además de que no existía evaluación de riesgos laborales, ni tampoco tenía, como es exigible legalmente, formación alguna, incumpliendo la normativa administrativa y llenándose la ley penal en blanco."

FACILITAR LOS MEDIOS INCLUYE EXIGIR Y VIGILAR SU USO POR EL LEGALMENTE OBLIGADO
EDJ 2013/9717. Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 2ª, S 23-1-2013, nº 15/2013, rec. 1037/2012. Pte: Cimadevila Cea, Rosario.

"SEGUNDO.- 1.- Error de derecho por la aplicación del tipo del artículo 316 CP. EDL 1995/16398
Bajo este motivo considera el recurrente que no puede encajarse en este delito, aquella conducta en la que no ha existido una ausencia total de facilitación de medios ni aquella que se reprocha la falta de vigilancia o control de los trabajadores en la utilización de dichos medios, que sólo la ausencia total y no la insuficiencia daría lugar al encaje penal. Que también deben quedar excluidas del ámbito penal todas aquellas obligaciones que relacionadas con la prevención de riesgos laborales tengan solo

carácter accesorio (de documentación, información a la Administración.) y debe constituir una infracción de las normas laborales de carácter grave, con creación de grave riesgo para los trabajadores.
Como anteriormente hemos referido, las acreditadas infracciones recogidas en la sentencia de instancia como causas del siniestro, esencialmente, falta de medidas materiales individuales de protección; falta de medidas personales, formación e información del trabajador en materia de riesgos laborales así como control por la empresa para la utilización de medidas de seguridad y protección por parte de sus trabajadores, constituyen graves omisiones en el ámbito de las normas de seguridad e higiene en el trabajo, art 47.16.f de la ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales EDL 1995/16211, en relación con el RD 1215/1997 EDL 1997/24268 ANEXO II -apartado 4.3- que ocasionaban un grave riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores.
Se dice que el trabajador efectuó una autopuesta en peligro toda vez que la empresa le había entregado medios individuales de protección (arnés y casco) siendo el propio trabajador quien pese a su experiencia con un exceso de confianza o negligencia decidió no usarlo. Que no es obligación del empresario el "ponerle el casco o el arnés" lo que afecta a la imputación objetiva en relación con el delito.
Aun partiendo, hipotéticamente, de que la empresa hubiera dotado de arnés a sus trabajadores, -lo que la juzgadora de instancia cuestiona pues su existencia no se constató objetivamente ni por los informes de los técnicos referidos-, mal puede entenderse cumplida la medida de seguridad si el propio responsable de la empresa considera que era imposible su utilización en ese tipo de trabajo, por tanto, difícilmente habría exigido su utilización a los trabajadores.
La puesta a disposición de las medidas de seguridad no es algo formal, es fundamentalmente y ante todo una obligación integral dirigida a la obtención de un resultado: el mitigar o eliminar los riesgos laborales para la salud de los trabajadores, lo que inexorablemente requiere una actuación integral del empresario. Esta actuación permanente obliga a dotar de los medios materiales y personales y a exigir y vigilar su utilización, así como a dotar al trabajador de la necesaria formación en materia de prevención de riesgos laborales, a fin de que tome consciencia de ellos, de cómo prevenirlos y evitarlos.
Reiteradamente hemos dicho, baste citar la Sentencia de esta misma Sección de la Audiencia (Rec. 497/07) Secc 2ª APP núm. 18 de 8-01-2008 EDJ 2008/12205 que: (...."ha de partirse de que como recoge la propia Exposición de Motivos de la Ley 31/1995 de Seguridad e Higiene en el Trabajo EDL 1995/16211" la protección del trabajador frente a los riesgos laborales exige una actuación en la empresa que desborda el mero cumplimiento formal de un conjunto predeterminado, más o menos amplio, de deberes y obligaciones empresariales y, más aún, la simple corrección "a posteriori" de situaciones de riesgo ya manifestadas.. (..)... su acción obligatoria no se agota en la dotación de equipos o medios materiales para prevención de riesgos, sino que con la misma esencialidad se extiende a su efectivo uso o aplicación y por ello a la adopción de los instrumentos precisos para que ello tenga lugar, como resulta de toda la regulación que inspira la Ley 31/1995 EDL 1995/16211 ..(...).....la normativa laboral exige al empresario la protección del trabajador incluso frente a sus propias imprudencias, porque es el empresario que se beneficia de la explotación de una determinada actividad cuya realización comporta un riesgo para los trabajadores, quien debe garantizar su seguridad, lógicamente previendo las propias imprudencias de éstos..(...)

La normativa laboral en materia de seguridad e higiene en el trabajo impone al empresario un deber de vigilancia, una acción permanente, que fácilmente se comprende esencial dentro de la obligación de "facilitación de medios" para garantizar la seguridad de los trabajadores, pues la experiencia da cuenta de una alta siniestralidad laboral, debida en gran medida a la dejación de esa obligación legal de proteger al trabajador frente a su propia relajación en el uso de las medias de protección de su seguridad, en particular las de carácter individual..").”

LOS NEUMÁTICOS DE UN CAMIÓN SON ELEMENTOS RELEVANTES DE LA SEGURIDAD DE UN VEHÍCULO.
EDJ 2013/159152
SAP MURCIA (3ª) Nº 391/2013, DE 22 DE JULIO, REC: 147/2013, PTE. OLMO GÁLVEZ, JUAN

En el presente caso, y sin perjuicio de las previsiones generales contenidas en el propio Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 (artículos 4, 5, 19) y en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995 (artículos 14 - Derecho a la protección frente a los riesgos laborales -, 17 - Equipos de trabajo y medios de protección - y 29 - Obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos -), que conforman el sustrato jurídico básico, las concretas normas laborales cuya infracción se imputa a efectos de integrar la norma penal en blanco, tal y como se recogen en la Sentencia de instancia, se contienen en el Real Decreto 1215/1997 de 18 de julio EDL 1997/24268 por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo y el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero EDL 1997/22016 , por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención, todo ello en combinación con la normativa de seguridad vial (por tratarse el instrumento de trabajo de un vehículo a motor), atribuyendo al acusado de todo ello una evidente dejación de su deber de controlar, supervisar y conjurar de forma efectiva el grave peligro existente.

No puede olvidarse que se estaba utilizando un camión de las características mencionadas en la sentencia de instancia, llevando éste una carga de chatarra (significativa por su peso, distribución y riesgo generado por su transporte), por lo que los elementos de seguridad del vehículo constituyen premisa inexcusable para una circulación y conducción que garantice la vida e integridad física no sólo del conductor del camión, sino del resto de usuarios de la vía. Y entre esos elementos de seguridad se encuentran obviamente, y de modo relevante, los neumáticos (al constituir el factor de adherencia del vehículo a la calzada proyección del sistema de conducción, dirección, control y frenado del vehículo).

Y de esas exigencias y obligaciones era responsable el acusado, tal y como con detalle ha expuesto y razonado la sentencia de instancia, al ser el administrador de facto de la mercantil, y ser él el que revisaba y controlaba el camión.

Esa concreción normativa, acogida en la sentencia de instancia, ampara la tipificación penal de la conducta del acusado y finalmente condenado, apreciándose que por parte del mismo se ha incurrido en una relevante omisión de sus obligaciones, generando por ello un grave riesgo para la salud e integridad física del trabajador/conductor del camión, que finalmente ha llevado a la muerte de éste.

Esas omisiones ocasionaron el peligro concreto exigido por el tipo penal aplicado, sin que sea necesaria la producción de ningún resultado lesivo que incida directamente en ningún trabajador para entender consumado ese delito.

Que el riesgo o peligro se hiciese realidad en los términos reflejados en la sentencia de instancia, como fue el caso, y en el único trabajador que utilizaba el instrumento de trabajo brindado por la empresa (el conductor del camión siniestrado), no desvirtúa la precisa tipificación de la conducta realizada en la sentencia de instancia.

2.7. Gravedad de la infracción de la normativa preventivo-laboral

PARA DETERMINAR LA GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN RESULTA ORIENTADORA LA CALIFICACIÓN REALIZADA POR LA INSPECCIÓN DE TRABAJO.
SAP ÁLAVA (2ª) Nº 372/2013 DE 5 DE NOVIEMBRE. PTE: TAPIA PARREÑO JÁIME.

Para determinar esa gravedad, según el TS, no hay que atender a la norma infringida sino a la relevancia de la omisión con respecto a la salud y seguridad de los trabajadores. Tiene declarado el TS que la gravedad ha de medirse de acuerdo con una doble pauta: la gravedad del peligro (elevada probabilidad de producción del daño) y la gravedad del resultado probable (STS 1232/02, de 29 de julio; 1036, de 4 de junio; 1355/2000, de 26 de julio y 1360/1998, de 12 de noviembre).
En el caso presente, en cuanto a la gravedad de la infracción resulta significativa y orientadora la calificación de la infracción cometida por la empresa como muy grave por parte de la Inspección de Trabajo, imponiendo una multa de 164.000 euros. Es obvio que tal catalogación no nos vincula pero puede ser un elemento a tener en cuenta para valorar la propia entidad de la infracción de la normativa de riesgos laborales.
Igualmente, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 4 de mayo de 2010, en lo que aquí concierne, aunque tampoco nos vincule, supone un fuerte respaldo a la tesis de la grave vulneración de normas de prevención de riesgos laborales, no siendo coherente (coherencia que se pide también a la Administración de Justicia y que está vinculada con el derecho a la tutela judicial efectiva) que el orden jurisdiccional penal declara que se han cumplido aquellas.

CON INDEPENDENCIA DE LA FALTA DE CUIDADO DEL LESIONADO, LA FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE SEGURIDAD DETERMINÓ LA EXPOSICIÓN DEL TRABAJADOR A UN RIESGO GRAVE E INICIÓ CAUSALMENTE LA SUCESIÓN DE HECHOS QUE DETERMINÓ EL SEPULTAMIENTO.
EDJ 2013/293286
SAP CORUÑA (6ª) Nº 333/2013, DE 30 DE DICIEMBRE. REC: 302/2013. PTE: PANTIN REIGADA, ÁNGEL.

La sentencia reconoce, expresamente, que concurrió una imprudencia de la víctima -quien, como se ha expresado, según la sentencia sí había recibido información sobre los riesgos de su puesto de trabajo y para el cual resultaba "bastante elemental" la previsibilidad del riesgo de derrumbe de los taludes-, que contribuyó causalmente a la producción del desenlace lesivo, y precisamente por ello considera que la infracción de resultado ha de ser castigada como falta y no como delito.

Desde luego no es discutible la posibilidad de que, en un ejercicio de ponderación casuística, se llegue a considerar que pese a concurrir la producción dolosa de un riesgo grave para la integridad del trabajador, como exige el art. 316 CP. EDL 1995/16398 , en el desenlace lesivo en que cristaliza tal riesgo se aprecie que la imprudencia que lo generó no es grave, sino leve, pues en tal dinámica concretamente causante del resultado dañoso pueden concurrir factores distintos a la propia conducta del responsable de que el trabajo se preste en las debidas condiciones de seguridad. Por ello, en principio la falta de cuidado del propio trabajador, aunque sea intensa, no excluye la apreciación de los elementos previstos en el art. 316 CP. EDL 1995/16398

La infracción del deber normativo de presencia no se discute, siendo preciso valorar si se produjo una puesta en grave peligro, como exige el tipo, del trabajador. Para tal ponderación ha de tenerse en cuenta que la necesidad de la presencia del responsable se produce por tratarse de un trabajo con riesgo de sepultamiento, por lo que sin duda estamos ante un peligro de máxima entidad, frente al cual se omitió el deber de cuidado legalmente previsto. Por otra parte, ha de valorarse si el incumplimiento determinó una probabilidad racional de que tal mal pudiera llegarse a producir, si la exposición al grave riesgo fue real y justifica la aplicación de esta tutela penal, que no se extiende a incumplimientos de la normativa de seguridad laboral que no hayan producido tal compromiso intenso de la vida o integridad física de los trabajadores.

En el caso los hechos probados refieren que el trabajador estaba auxiliando, usando una pala, la tarea de cierre de la zanja que llevaba a cabo la máquina excavadora, constando por la grabación del juicio que dijo que estaba lanzando sobre el hueco tierra que estaba depositada en la carretera o camino adyacente a la zanja. Lo que la prueba reveló es que las normas de seguridad proscriben que cuando se está llevando a cabo esta tarea de rellenado de la zanja con la máquina, simultáneamente en sus proximidades se lleve a cabo la tarea de rellenado con una pala, que según el propio acusado sólo puede tener lugar cuando ya ha concluido el cierre de la zanja por la máquina y como labor meramente complementaria para hacer desaparecer los restos de la excavación.

En consecuencia, lo ocurrido es que ante la falta de control y vigilancia del proceso causada por la ausencia del recurrente, se simultanearon indebidamente tales tareas -se aludió a prisas derivadas de la finalización de la jornada-, lo que determinó que el lesionado estuviera trabajando al borde de la zanja -pues de otra forma no podría llevar a cabo el rellenado manual referido- y, por tanto estuviera en un lugar donde no debía estar, desprotegido (se habían retirado las vallas) y por tanto concretamente expuesto a que por cualquier circunstancia -voluntaria o involuntaria- el lesionado pudiera caer a la zanja, donde las vibraciones emitidas por la máquina generaban un riesgo concreto de desmoronamiento del talud sobre quien pudiera introducirse en aquélla. En consecuencia ha de estimarse que, con independencia de la falta de cuidado del lesionado, la falta de cumplimiento de la normativa de seguridad determinó directamente en esta exposición a un riesgo grave e indició causalmente en la sucesión de hechos (caída de la herramienta e intento de recuperarla) que determinó el sepultamiento.

DADA LA IMPOSIBILIDAD DE VALORAR EN ALZADA EL MATERIAL PROBATORIO OBRANTE EN LOS AUTOS Y DADA LA ESCASA ALTURA A LA QUE TRABAJABA EL TRABAJADOR, DIFICILMENTE PUEDE COLEGIRSE QUE LA FALTA DE CONTROL DE LA UTILIZACIÓN DE LOS

MEDIOS DE PROTECCIÓN INDIVIDUAL FACILITADOS ADQUIERA LOS TINTES DE PUESTA EN PELIGRO "GRAVE".
SAP ALBACETE (2ª) Nº 58/2013, DE 21 DE FEBRERO. PTE: GONZALEZ CARRASCO, MARÍA DEL CARMEN.

La negativa del trabajador a la utilización de las medidas nos obliga a plantearnos si la puesta en peligro grave cabe plantearse en función del deber de control de la utilización de las medidas de protección. Como la propia sentencia reconoce en su Fd. 1º con cita de la jurisprudencia de la Sala 2ª del TS en tal sentido, en el delito de peligro previsto y penado en el art. 317 CO el consentimiento del trabajador o la aceptación fáctica o explícita del riesgo por su parte son irrelevantes. Esto es, el obligado por la normativa laboral debe proporcionar al sujeto las medidas apropiadas aunque éste se niegue a utilizarlas. Por lo tanto, para determinar si, a partir del relato de hechos probados que la sala ha de respetar en esta alzada, cabe condenar al acusado por un ilícito penal contra la seguridad de los trabajadores por la razón de que aunque entregó las medidas de seguridad no supervisó su utilización, y no prohibió la actividad tras verificar que estaba prescindiendo el trabajador, siquiera fuera voluntariamente, de las mismas. O si, por el contrario una vez dichas medidas de seguridad han sido facilitadas, y aceptadas por el trabajador (como considera probado la sentencia recurrida, a pesar de no haber sido documentada la entrega por la confianza existente entre las partes, y sobre eso no cabe ya discutir), el hecho de no usarlas voluntariamente excluye la responsabilidad penal del obligado a proporcionarlas. Esto es, la Sala ha de pronunciarse sobre si la falta de control sobre el cumplimiento de las medidas de seguridad (recogida en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales), una vez facilitados los medios de protección individual es una omisión relevante del obligado generadora de una situación de riesgo que impide considerar (y esto si es una revisión de aspectos jurídicos) que la culpa del trabajador consistente en no utilizarlos exime al responsable de dicha supervisión de responsabilidad penal. Pues bien: aun partiendo de que la jurisprudencia refiere que el empresario debe facilitar los medios de protección personal al trabajador, sino también vigilar que hagan uso de los mismos, llegando incluso a señalar que ha de protegerse el trabajador incluso de su propia imprudencia, esta última tesis ha sido matizada por el propio TS en vía penal, al señalar que no se puede llevar a sus últimas consecuencias dicha protección (SAP Jaén 21.2.2012). Es cierto que es doctrina de nuestro más alto tribunal que el trabajador debe ser protegido "hasta de su propia imprudencia profesional" (Sentencia de 21-2-1979 (RJ 1979, 60)), y ello es reiterado por la doctrina legal, expresada en STS –Sala 2ª- de 22 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 4433) que señala "… el deber de cuidado que los acusados asumen en cuanto garantes de la indemnidad del trabajador, no sólo en su actuación ordinaria, sino incluso cuando ésta llega a ser descuidada por la confianza y la rutina.", resultando más expresiva la STS –Sala 2ª- de 18 de marzo de 2002 (RJ 2002, 6691) cuando afirmaba que " El trabajador debe ser protegido de su propia imprudencia". Tal y como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de marzo de 2002 (RJ 2002, 6691) "En estos casos de alegación de concurrencia culposa de la propia víctima el Derecho Penal, en principio, no tiene en cuenta el comportamiento del ofendido, sino que mide la responsabilidad criminal del autor por la propia conducta de éste, es decir, por la antijuricidad y por la culpabilidad de su propia acción u omisión. No obstante, a partir de 1970 se abrió camino una jurisprudencia de esta Sala, muy insistente y razonada (Ss 22.12.70, 4-6-71, 4.12.71, 29.12.72, 5.1.73, 18.2.73, 16.5.74, 18.3.75, 31.7.82, 10.12.82 (RJ 1982, 7400) y otras muchas), construida fundamentalmente sobre la relación de causalidad, de modo que habría de medirse la incidencia de cada conducta en el resultado para atribuir éste al

sobreviviente y a la víctima en proporción a la diferente contribución de cada una en la producción del daño. Si había mayor contribución en la conducta del acusado y se reputaba irrelevante a efectos penales la aportación causal de la víctima, o se podía rebajar aquella, rebaja que habría de producirse cuando esas contribuciones fueran equiparables, o, incluso en casos extremos de desigualdad se llegaba a eliminar la responsabilidad criminal del imputado en el proceso cuando se podía considerar la de este como irrelevante, con el criterio preponderante de medición de una y otra conducta en cuanto a su aportación causal. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2005 (RJ 2006, 1980), si bien se hace eco de la aludida doctrina jurisprudencial sobre la incidencia de la concurrencia culposa a los solos efectos de la moderación de la responsabilidad civil, también alude a esa posibilidad de degradación o exclusión de la responsabilidad penal siempre y cuando se constate plenamente que el riesgo creado por la conducta de la acusada se vio incrementado por la conducta de la víctima. Dependiendo de la gravedad de tal imprudencia, la culpa del perjudicado puede dar lugar a tres situaciones (descritas de forma muy clara en una sentencia de la AP de Guipúzcoa de 21 de octubre de 2004), entre las cuales, la autopuesta en peligro relevante que se da cuando la culpa del trabajador es de tal influencia en la producción del accidente que de no haber existido, el accidente no hubiera concurrido, puede dar lugar a la exoneración de responsabilidad penal de los inicialmente imputados, puesto que "el sistema penal no puede proteger a quien no se protege a sí mismo" (SAP Barcelona de 2 de septiembre de 2003). En el presente caso, compartamos o no los hechos probados que no podemos entrar a revisar, en la sentencia recurrida se afirma rotundamente que la causa del accidente se debió a que el trabajador no utilizó las medidas que le fueron facilitadas tras (hecho trasladado a los fundamentos de derecho pero integrador de la anterior afirmación) retirar voluntariamente y sin orden del empresario la barandilla de seguridad, dando credibilidad a la entrega de casco y arnés (no documentada por la confianza) y resaltando la suficiencia la formación acreditada en prevención de riesgos laborales recibida por el trabajador (cuya falta de reiteración periódica no fue objeto de sanción, siéndolo únicamente la referente al testigo Sr…) y el carácter mínimo de la sanción impuesta a la falta de revisión del estado de salud del trabajador, por haber sido encomendada dicha función al servicio de prevención cuya cobertura había sido recientemente ampliada a dicho fin sin que dicho servicio hubiera procedido a realizar el examen médico oportuno, sin que haya sido probado con la certeza que requiere el Derecho Penal que la falta de revisión médica pusiera en peligro grave al trabajador). Por otra parte, nada existe en los hechos declarados probados en la sentencia que nos indique que el Plan de Seguridad de la obra no existía. Así las cosas, dada la imposibilidad de valorar en esta alzada el material probatorio obrante en los autos y dada la escasa altura a la que trabajaba el trabajador, difícilmente puede colegirse que la falta de control de la utilización de los medios de protección individual facilitados adquiera los tintes de puesta en peligro "grave" (requerido tanto para el tipo doloso como para el imprudente) a fin de reconocerle relevancia penal.

LA AP ENTIENDE QUE AUNQUE LOS HECHOS PUDEN REVESTIR CIERTA GRAVEDAD, LA MISMA NO PUEDE ENTENDERSE COMO UN PELIGRO GRAVE PARA LA SU VIDA (parece olvidar la Sala que el delito de riesgo protege no solo la vida, sino también la salud e integridad física del trabajador)
SAP ÁVILA (1ª) Nº 131/2003, DE VEINTIDOS DE JULIO. PTE., CALLEJO SÁNCHEZ MIGUEL ÁNGEL

Lo importante en este supuesto a tener en cuenta, y en primer lugar, es conocer si ha existido el denominado peligro grave para la vida, salud o integridad física. Se trata por otro lado de una puesta en peligro sin que sea preciso que el peligro se concrete en una lesión efectiva al tratarse de un delito de riesgo y cuando la infracción de las normas de prevención de los riesgos laborales de produzca, el resultado que se pretendía evitar con ella (la muerte o lesiones del trabajador), el delito de resultado absorberá el de peligro como una manifestación lógica de la progresión delictiva.
Hay que comenzar diciendo que el obrero lesionado se ha conformado con la sentencia dictada, no habiendo tampoco ejercitado acusación. Ya señala la sentencia recurrida que el perjudicado no ha reclamado tampoco cantidad alguna, por haber sido indemnizado, y que ha tenido como secuelas una limitación de la flexo extensión de los dedos 2-5 de la mano izquierda de José Ángel, habiéndole sido reconocida una incapacidad permanente parcial para sus ocupaciones habituales.
Con lo anterior lo que se quiere señalar es que si bien los hechos pueden revestir cierta gravedad, la misma ha de entenderse de modo relativo pues nunca puede entenderse como un peligro grave para su vida, entendiendo la Sala que en ningún caso se produce en el presente supuesto la gravedad a que alude el Ministerio Fiscal.

AFIRMA LA SALA QUE SI EXISTIÓ PELIGRO GRAVE PARA LA VIDA E INTEGRIDAD FÍSICA DEL TRABAJADOR.
SAP BALEARES (1ª) Nº 211/2013, DE 5 DE SEPTIEMBRE. PTE. MARTÍN HERNANDEZ, ROCIO

El tercer motivo del recurso se basa en la inexistencia de peligro grave para la vida o integridad física del trabajador derivado de la conducta del Sr. G. Al respecto alega el recurrente que no ha existido peligro para la vida e integridad física del lesionado por el hecho de no existir Plan de Prevención de Riesgos Laborales pues el encargado M, desempeñaba funciones en la finca del acusado como encargado, sin Plan de Prevención, y no se ha anudado a esa conducta consecuencia penal alguna.
Al respecto de este motivo deben destacarse dos cuestiones. En primer lugar, el Sr. M, conforme a los hechos probados, realizaba funciones de encargado de la finca del recurrente. En segundo lugar, el Sr. D desempeñaba funciones de oficial de primera, y era quien tenía que utilizar el motocultor. Atendiendo a que son funciones distintas, el argumento del recurrente carece de consistencia. Pero en todo caso, no ha de olvidarse que fue la falta de formación del Sr. D lo que provocó que éste no utilizara correctamente el motocultor; formación a la que venía obligado el ahora recurrente. Desconociéndose, en todo caso, cual era la formación del Sr. M.
De otro lado, el motocultor objeto de autos, sin duda se trata de una maquinaria peligrosa que puede poner en peligro la vida e integridad de quien lo utiliza, como también recoge la sentencia de instancia. Peligro que, obviamente, será mayor cuanto menos formado esté la persona que la haya de utilizar.

CONFIRMA LA AP LA CONDENA POR EL DELITO DEL ART. 316 CP, YA QUE NO SE ESTÁ ANTE UN SUPUESTO DE MERAS FALTAS DE CUIDADO O DE CAUTELA E INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE VIGILANCIA, DANDO ÓRDENES PRECISAS Y REALIZANDO SEGUIMIENTO DEL TRABAJO PARA ADVERTIR AL TRABAJADOR DEL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD, INFRACCIÓN QUE TAMBIÉN SE

PRODUJO Y QUE SUPONDRÍA LA APLICACIÓN DEL TIPO IMPRUDENTE PREVISTO EN EL ART. 317 CP.
SAP BALEARES (2ª) Nº 63/2013 DE 27 DE FEBRERO. PTE: GÓMEZ-REINO DELGADO, DIEGO JESÚS.

Era el acusado y ahora recurrente, quien en su doble condición de empresario y encargado del centro de trabajo, venía legalmente obligado a facilitar que el trabajo del obrero se desempeñase con las debidas garantías de seguridad, y en este caso no estamos ante un supuesto de meras falta de cuidado y cautela e incumplimiento del deber de vigilancia, dando órdenes precisas y realizando seguimiento del trabajo para advertir al trabajador del cumplimiento de la medidas de seguridad, infracción que también se produjo y que supondría la aplicación del tipo imprudente previsto en el artículo 317 del CP, sino que estamos ante un supuesto en el que el acusado, con su consciente conducta omisiva, -que no puede calificarse de otro modo dado que atendida la antigüedad de la máquina, la reutilización de la misma sin comprobar si cumplía o no las medidas de seguridad exigibles, lo que era fácilmente verificable de haber comunicado el uso de dicha máquina al servicio de prevención o consultando al fabricante; y el que el trabajador no hubiera sido expresamente formado en su uso y menos aun en situaciones arriesgadas para realizar el ajuste de la sonda de nivel de hormigón, en cuya operación se produjo el atrapamiento y fallecimiento, por mucho que realizase consultas telefónicas con el fabricante…., no puso a disposición del trabajador las medidas de seguridad reglamentariamente exigidas y cuya observancia puso en concreto y manifiesto peligro la vida del trabajador, tal que así la no facilitación de dichas medidas tuvo incidencia causal y determinante en su fallecimiento, de ahí que consideremos correcta y acertada la subsunción de los hechos declarados probados en la modalidad dolosa prevista en el artículo 316 del CP.

CONFIRMA AL AP LA ABSOLUCIÓN DE INSTANCIA AL ENTENDER QUE NO EXISTIÓ PELIGRO GRAVE PARA LA VIDA E INTEGRIDAD DEL TRABAJADOR.
SAP BALEARES (2ª) Nº 235/2013, DE 30 DE SEPTIEMBRE. PTE. JIMÉNEZ VIDAL, JUAN

Unos de los requisitos del tipo del artículo 316 CP para que exista delito (también en la modalidad imprudente del 317) es que la falta de medidas adecuadas a que da lugar la omisión ponga en peligro grave la vida, salud o integridad física de los trabajadores. En este caso existía el hueco y el tablón que lo tapaba, pero no estaba debidamente anclado. Ello no supone peligro grave para la vida o integridad física de nadie. Constituye una vulneración de la normativa administrativa y como tal ha sido sancionada. El trabajador tendrá derecho a las prestaciones derivadas de la acción protectora de la Seguridad Social y, en su caso, a las que correspondan por la posible responsabilidad contractual de las empresas. En todo caso, es competencia de otros órdenes jurisdiccionales. No existiendo delito, la sentencia debe ser confirmada.

LA NEGLIGENCIA ES GRAVE, YA QUE LA INFRACCIÓN DE LAS NORMAS DE PREVENCIÓN Y SEGURIDAD DE TRABAJOS EN ALTRA SUPONE LA CREACIÓN DE UN RIESGO MUY ELEVADO.

SAP CÁCERES (2ª) Nº 591/2013, DE 26 DE DICIEMBRE. REC: 1182/2013. PTE: ESTAFANI LÓPEZ, Mº ROSARIO.

En cuanto a la consideración de la degradación a falta de los hechos, alegada en vía de informe, es rechazada de plano, pues como se dijo con anterioridad estamos ante una negligencia grave tal como fue calificada la infracción por la Inspección de Trabajo, ya que la infracción de normas de prevención y seguridad de trabajos en altura supone la creación de un riesgo muy elevado y ello debe incidir en la caracterización del hecho. Conforme con todo lo expuesto no procede acoger este motivo de recurso alegado por ambos recurrentes.

EL ELEMENTO NORMATIVO DEL ART. 316 NOS DERIVA A LA MÁS GRAVES INFRACCIONES DE LA NORMATIVA LABORAL.
EDJ 2013/250200
SAP TARRAGONA (2ª) Nº 490/2013, DE 11 DE NOVIEMBRE. REC: 69172013. PTE: UCEDA SALES, SARA

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.

EL ELEMENTO NORMATIVO DEL ART. 316 CP, CONSISTENTE EN LA INFRACCIÓN DE LAS NORMAS DE PREVENCIÓN NO EXIGE LEGALMENTE GRAVEDAD ALGUNA, A DIFERENCIA DEL PELIGRO Y DE LA COMISIÓN POR IMPRUDENCIA.
SAP TOLEDO (2ª) Nº 89/2013, DE 21 DE NOVIEMBRE. PTE: CARRIÓN MATAMOROS, ALFONSO.

El art.316 del CP se configura como una conducta de omisión en la que, junto al aspecto básico de contenido normativo, consistente en la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, es preciso que concurran otras dos exigencias que están referidas, por una parte, a la materialización de aquella conducta infractora, y por otra, a la

producción de un riesgo concreto y determinado. La conducta típica estriba en no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen en cada caso su específica actividad laboral con las medidas de seguridad e higiene que sean adecuadas, teniendo en cuenta que tal conducta omisiva ha de producir, en correspondencia causal, una situación de peligro grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores en el desempeño de sus trabajos. La exigencia de peligro grave para esos bienes jurídicos, tal y como expresa el citado art.316 del CP, no consiste en la posibilidad de algún resultado lesivo que pudiera derivarse de un incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales, sino en que la no facilitación de los medios necesarios para realizar el trabajo de que se trate, genere un peligro concreto en el desempeño del mismo.

Debe tenerse igualmente en cuenta, que el elemento normativo consistente en la infracción de las normas de prevención no exige legalmente gravedad alguna , a diferencia del peligro y de la comisión por imprudencia, y precisamente por ello una cosa es la falta de prevención del riesgo equivalente a la omisión de las medidas necesarias y adecuadas exigidas conforme a la legislación laboral, y otra distinta su insuficiencia o defectuosidad, lo que debe dar lugar a los dos tipos de comisión previstos, radicando su diferencia en el elemento subjetivo: conciencia de peligro cuando se trata del tipo doloso, y a pesar de ello se omiten las medidas adecuadas y necesarias e infracción del deber de cuidado por ausencia de todas las previsiones exigibles al garante de la seguridad y salud de los trabajadores conforme a lo que expone el art.14,2 de la Ley 31/1995.

RIESGO GRAVE PARA LA VIDA DE LOS TRABAJADORES GENERADO POR MÉTODO DE TRABAJO INSEGURO

SAP Vizcaya (1ª) 03/04/2013, rollo 235/2012, dimanante de PA 142/2011, del J. de lo Penal nº 4 de Bilbao.

"En definitiva, tal y como señala el Ministerio Fiscal, la precipitación que produjo la muerte del trabajador, nunca se hubiera producido si los acusados hubieran estableció un método de trabajo seguro de acceso distinto a la plataforma de madera sobre el ascensor; si hubieran vigilado la correcta colocación de los entablados y su enclavamiento; si hubieran ordenado el tapado de los huecos inferiores que se encontraban desprotegidos o si hubieran colocado bajo el hueco o redes o mallazos que frenara la caída en caso de rotura; en definitiva si los acusados hubieran cumplido con su obligación de velar por la seguridad de los trabajadores.

Y, con respecto a la situación de creación de un grave peligro para la seguridad de los trabajadores, elemento esencial del tipo de peligro, la rotura del cabrío, queda totalmente oculta, ante la evidencia de un sistema evidentemente peligroso, no previsto en plan de seguridad alguno, no supervisado, antes, durante, ni después de su establecimiento por técnico alguno o responsable alguno de seguridad, y no corregido o mitigado por elemento de protección precaviera el evidente riesgo de caída en altura, inherente al propio sistema o mecanismo en el que se fundían el acceso a plantas superiores con la inexistencia absoluta de resortes de seguridad."

2.8. Elemento subjetivo del injusto.

CONTENIDO DEL ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO EN EL DELITO DEL ART. 316CP.

Además precisará de un elemento subjetivo del injusto, construido tanto por la conciencia en el sujeto activo que, a través de su acción omisiva, se infringen referidas normas laborales; como su consciencia de existencia de grave peligro para los trabajadores, a través de las omisiones anteriores.

DELITO DOLOSO DE RIESGO Y NO DELITO IMPRUDENTE. EN EL DELITO DE RIESGO, EL DOLO SE REMITE A LA CONCIENCIA DE LA INFRACCIÓN DE LA NORMA DE PREVENCIÓN, ASÍ COMO A LA CREACIÓN DEL GRAVE RIESGO PARA LA VIDA O SALUD DEL TRABAJADOR Y A LA DECISIÓN DEL OBLIGADO DE NO EVITAR ESE PELIGRO
EDJ 2013/250820 SAP Madrid de 16 septiembre 2013. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 16-9-2013, nº 372/2013, rec. 265/2012. Pte: Esteban Meilán, Mª del Rosario.

"En cuanto a la calificación jurídica realizada de los hechos.
La sentencia razona con claridad palmaria como, los hechos declarados probados son constitutivos en primer lugar de un delito contra los derechos de los trabajadores, del artículo 316 en relación con el artículo 318 del código Penal; y explica perfectamente como se trata de una conducta dolosa que incluye el dolo eventual.
El elemento subjetivo no se limita a la intencionalidad de la conducta, voluntad de que el trabajador se ampute los dedos, sino a la conciencia de la infracción de la norma de prevención, creación de grave peligro y decisión del sujeto de no evitar ese peligro.
De la prueba practicada se advirtió que, el peligro era grave a la vista de la probabilidad del resultado, pues, casi todos los trabajadores que acudieron como testigos habían sufrido algún corte o amputación, entre ellos Gracia, es decir, eran conscientes de la probabilidad de accidentes y de las graves lesiones consecuencia de los mismos. Los acusados estaban legalmente obligados a facilitar los medios necesarios por su posición de garantes. La maquinaria no contaba en el momento de los hechos con las medidas de protección con anuencia de los acusados pues al parecer era la forma de manejar la maquinaria según declararon los testigos.
La sentencia justifica la calificación explicando cómo los acusados, en su respectiva condición de representante legal de la mercantil empleadora y de gerente de hecho de la empresa y de encargado del taller, estaban legalmente obligados a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñasen su actividad con las adecuadas medidas de seguridad e higiene y a controlar que dicha actividad laboral se desarrollará con todas las garantías
Así señala la sentencia como " la máquina cizalla en la que ocurrió el accidente no contaba en el momento de su uso con un correcto sistema de protección o con los adecuados dispositivos de seguridad precisamente porque, con la anuencia de los acusados, habían sido retirados, todo ello con infracción del deber genérico de cuidado establecido en el artículo 14. 2 y 3 y en el 17 de la Ley 31/95 EDL 1995/16211 en los que se recoge que el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo y cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales, así como de la previsión contemplada en el artículo 3 del Real Decreto 1215/1996 el 18

julio por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo...". "También resulta infringido lo establecido en el ordinal 8 de la Observación Preliminar del Anexo I de dicho Real Decreto, en que se dispone que "cuando los elementos móviles de un equipo de trabajo pueden entrañar riesgos de accidente por contacto mecánico, deberán ir equipados con resguardos dispositivos que impidan el acceso a las zonas peligrosas o que detengan las maniobras peligrosas antes del acceso a dichas zonas". Se afirma como " todas estas infracciones son calificadas como graves en el artículo 12. 16 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 agosto".

Por lo tanto, la sentencia justifica el elemento normativo del tipo, es decir la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales justificando la aplicación del tipo penal aludido.

Igualmente se individualiza por el juzgador con acertado criterio, la participación en los hechos, en el comportamiento omisivo en relación con Martin, encargado del taller cuyo perfil profesional era el idóneo para evitar el peligro, al ocupar en relación al sujeto activo la posición de garante de su seguridad y en Everardo, en la medida en la que en su condición de administrador y gerente de la empres, resulta clara su posición de garante, en relación con las condiciones de seguridad de la misma, al no evitar la situación de peligro, no proporcionando como empresario o asegurándose suficientemente de que al trabajador lesionado le fuera proporcionada formación con relación a su puesto concreto y a las medidas de seguridad necesarias para desempeñarlo.

Así pues, el sujeto activo del delito tiene que ser la persona legalmente obligada a facilitar los medios necesarios para qué los trabajadores desempeñen su actividad con las adecuadas medidas de seguridad e higiene, ocupando los legalmente obligados 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 noviembre en su artículo 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", resultando incontestable que los empresarios titulares de la empresa son los posibles sujetos activos del delito pero no sólo ellos sino también desde una perspectiva penal, los administradores encargados del servicio a los que se refiere el artículo 318 del código Penal.

Se trata de un tipo penal de estructura omisiva 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 de los trabajadores, dimanantes 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, como se ha producido en el caso de autos.

La lesión, por tanto, del trabajador accidentado constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad. Pues, en la misma situación de peligro se encontraban cualquiera los trabajadores que desempeñaban sus funciones en la citada máquina, a lo que hay que añadir la escasa formación de los mismos para su manejo.

Lo expuesto impide la calificación como delito de imprudencia al que alude el recurrente, artículo 317 del código Penal, al resultar claramente inadecuado dado que

vendría constituido por el desconocimiento negligente de las circunstancias que fundamentan su deber de actuar, no siendo el caso, por las razones expuestas."

DELITO DOLOSO DE RIESGO Y NO IMPRUDENTE. EN EL DOLO DE RIESGO NO ES NECESARIO ACEPTAR LA PRODUCCIÓN DEL RESULTADO, SINO MERAMENTE DEL RIESGO, SIENDO SUFICIENTE CON QUE EL SUJETO CONOZCA LA POSIBILIDAD DE QUE EL RIESGO GRAVE EXISTA COMO CONSECUENCIA DE LA OMISIÓN DE LAS NORMAS DE PREVENCIÓN

EDJ 2013/144272 SAP Madrid de 17 junio 2013. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 17-6-2013, nº 799/2013, rec. 175/2013. Pte: Coronado Buitrago, María Jesús.

"Se ha alegado en definitiva por el recurrente la falta de gravedad de la infracción de la norma de prevención de riesgos laborales que había resultado infringida y así la falta de previsibilidad del riesgo que se producía con dicha infracción, lo que haría los hechos atípicos por falta de subsunción en el tipo penal del artículo 316 del Código Penal EDL 1995/16398 y subsidiariamente al no haberse tratado de una omisión de la normativa laboral sino de una dilación en su cumplimiento, la posibilidad de que se apreciase que los hechos se habrían producido a titulo de culpa y que se aplicase por tanto el tipo del artículo 317 del Código Penal EDL 1995/16398.

El recurso no merece su estimación.

Es cierto que el tipo penal previsto en el artículo 316 del Código Penal EDL 1995/16398 exige, como señala la resolución recurrida, la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales por quien está obligado a su cumplimiento, de forma que ponga en peligro grave la vida, salud o integridad física de los trabajadores. Y es precisamente la gravedad del peligro lo que hace traspasar el ámbito puramente laboral de la infracción al punitivo penal.

Como delito de peligro que es la infracción no precisa de un resultado lesivo, pero en este caso concreto y al objeto de valorar la gravedad de la infracción laboral no se puede dejar de tener en consideración que como consecuencia de la falta de dispositivos de protección de los elementos móviles de la maquina conocida como tren de encuadernación se produjo el accidente y en consecuencia el fallecimiento del trabajador don Ernesto.

No constituye la previsibilidad del riesgo un elemento típico de la conducta prevista en el delito del artículo 316 del Código Penal EDL 1995/16398 como argumento de que siendo tan remoto la antijuridicidad se excluiría, sino que a pesar de tratarse, efectivamente, de una norma en blanco a integrarse por la legislación laboral, el precepto es claro en cuanto que es necesaria la concurrencia de la infracción de la normativa laboral y que ella ponga en peligro la vida o salud de los trabajadores, de tal manera que se establece una relación natural entre la gravedad de la infracción y el peligro.

No se trata en este caso que se resuelve de que el acusado, gerente de la empresa en la que se produjeron los hechos, tuviese que prever el resultado dañoso, que en todo caso efectivamente tenía que hacerlo, sino que lo que sin duda tenía la obligación de hacer, con independencia de posibles resultados, era cumplir la normativa laboral en cuanto que conocía la falta de dotación de los resguardos en la maquina como el mismo manifestó en su declaración en la vista oral. Este incumplimiento de la norma de prevención de riesgos laborales y en este caso el resultado producido acreditan que el

peligro ciertamente era grave y que no hubiese existido de haber contado la máquina tren de alambre, con los dispositivos de protección que habían sido puestos de manifiesto por la Auditoría y el Servicio de Riesgos Laborales de Ibermutuamur, por lo que no se trataba de una deficiente o incompleta dotación de la maquina sino de la carencia de las medidas de protección que consta que habían sido detectadas.
Existió por lo demás un nexo causal entre la infracción de la norma laboral y el peligro concreto que además se reveló que era grave dado el resultado finalmente producido.
En cuanto a la cuestión de la apreciación del delito en su modalidad culposa y así a titulo de imprudencia, no cabe en modo alguno que sea apreciado en este caso porque no se trata de valorar si concurrió en la conducta del acusado la previsibilidad del resultado lesivo y la omisión del deber de cuidado, sino que estando clara la infracción de la normativa aun conocida y habiendo resultado acreditado la gravedad del riesgo, el encaje de los hechos en la modalidad dolosa en los términos en los que perfectamente se explica en la sentencia combatida, en modo alguno aquella conducta puede degradarse a la consideración de delito imprudente."

2.9. Plan de seguridad.

RATIFICA LA CONDENA LA AP, AL AFIRMAR QUELA CARENCIA DE PLAN DE SEGURIDAD HACE QUE EL ESTUDIO DE SEGURIDAD CAREZCA DE VIRTUALIDAD ALGUNA.
SAP TOLEDO (2ª) Nº 89/2013, DE 21 DE NOVIEMBRE. PTE: CARRIÓN MATAMOROS, ALFONSO
Y es evidente, que conforme a la prueba practicada en el plenario queda acreditado la construcción de viviendas unifamiliares de autos se estaba ejecutando en base a un proyecto de obra elaborado por el Arquitecto. Tal proyecto presentaba adjunto el llamado estudio de seguridad y salud para la obra, dado que en caso contrario no hubiera obtenido el necesario visado. Pero lo importante, en el caso de autos, es que normativamente el contratista viene obligado a desarrollar dicho estudio de seguridad y salud para la ejecución de la obra, mediante un plan de seguridad y salud que compete a dicho titular de la obra. Y tal plan tiene que ser específicamente elaborado para prever concretos riesgos que pueden ir surgiendo en las diferentes fases de la ejecución de la obra, de forma que se pueda prever los diferentes mecanismos de prevención de riesgos en las diferentes fases de ejecución (art.7 del RD 1627/1997, de 24 de octubre). En conclusión, sin el adecuado desarrollo del plan correspondiente, el mismo carece virtualidad alguna, por cuanto recoge normas genéricas de seguridad en las obras de construcción con carácter básico, y así lo manifestó en la vista el Arquitecto que elaboró el proyecto.
Y lo cierto es, que conforme a la prueba practicada, los acusados, permitieron que la obra se iniciara en tales condiciones y prueba de ello es que la misma carecía de barandillas que obstaculizaran el acceso a los huecos que estaban por toda la obra y existía una total ausencia de arneses para anclarse a un punto fijo seguro, conforme a la declaración del Inspector de Trabajo y la declaración de los trabajadores.
Es por ello, que tales infracciones son susceptibles de generar un grave peligro para la vida e integridad de los trabajadores , por cuanto que las personas que tengan encomendada la vigilancia y supervisión de las condiciones en las que se desarrollaba la actividad laboral, debe prever o tener clara conciencia del peligro que genera si no se adoptan las medidas de protección para conjurar riesgos del tipo como el que se enjuicia

en autos, esto es la caída desde una altura, y al omitir tales medidas , infringen el deber de cuidado por ausencia de las más elementales cautelas exigibles a dichos garantes de la seguridad y salud de los trabajadores, de forma que en el presente caso concurre en los acusados el elemento subjetivo que caracteriza el delito doloso contra los derechos de los trabajadores.

SAP VALLADADOLID (2ª) Nº 249/2013, DE 21 DE JUNIO, PTE: DE LA TORRE APARICIO MIGUEL ÁNGEL
EL QUE EL PLAN DE SEGURIDAD NO SEA COMPLETO O SEA ESCUETO NO TIENE ENTIDAD SUFICIENTE PARA CONFIGURAR EL DELITO DEL ARTÍCULO 316 CP.
Es cierto que en las actas de infracción de la inspección de trabajo se indica que el plan de seguridad es muy escueto, aludiendo a lo que en principio recibió el inspector, al margen de la documentación posterior y de los planos. Ahora bien, el que se pudiera reprochar a ese plan de prevención existente que no fuera completo por no haberse hecho de forma independiente al de la construcción (lo que se cuestiona por el Colegio de aparejadores y arquitectos técnicos en el informe al folio 1387) o adoleciese de mayor precisión, en aras de comprender y agotar todas las situaciones de integridad del riesgo; ello no tendría entidad suficiente para configurar el delito indicado, sin perjuicio de constituir una infracción en el orden laboral, al no acreditarse de forma inequívoca que ese plan de prevención (donde se incluye las operaciones, procedimiento, evaluación de riesgos y medidas preventivas específicas, según aparece en los folios 391 a 393 y las condiciones que obran en el plano al folio 872) tuviere una carencias tan notorias y tan graves para la seguridad de los trabajadores, como para reconocer la presencia de una intencionalidad o dolo de peligro por parte de…requisito que es necesario para integrar el tipo del artículo 316 del Código Penal objeto de acusación.

2.10. La coordinación de las actividades empresariales. Supuestos.

LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD, RESPECTO DEL TITULAR DEL CENTRO DE TRABAJO, NO ES SÓLO PARA CON SUS TRABAJADORES, SINO TAMBIÉN CON RESPECTO A LOS RESTANTES EMPRESARIOS QUE ALLÍ CONCURRAN Y SUS TRABAJADORES.
EDJ 2013/ 203139
SAP SEVILLA (4ª) Nº 394/2013, DE 5 DE SEPTIEMBRE. REC: 5076/2012. PTE: LLEDÓ GONZÁLEZ, CARLOS L

Por tanto, el empresario es el primer deudor de seguridad, cualidad que el propio Sr. Isidoro admite que concurre en él como Consejero Delegado de la mercantil titular del centro de trabajo en que ocurrieron los hechos, responsabilidad que en nada se desdibuja por la intervención de una tercera empresa en las obras de esa segunda planta, pues por más que efectivamente no sea aplicable la normativa específica sobre subcontratación de la Ley 32/2006, de 18 de octubre EDL 2006/269767 , y concordantes, sí que rige el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales cuando dispone que "cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de

riesgos laborales" y aclara que "a tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores... El empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores"; es decir, en supuestos como el presente el empresario no sólo conserva ese deber de seguridad respecto de sus propios trabajadores, sino que incluso se incrementa y se extiende en cuanto al titular del centro de trabajo con respecto a los restantes empresarios que allí concurran y a los trabajadores de éstos.

RESPONSABILIDAD DE TRABAJADORES DE EMPRESA CONTRATISTA Y SUBCONTRATISTA, ASÍ COMO DEL ADMINISTRADOR DE LA SUBCONTRATISTA SEGUNDA, EN RELACIÓN CON EL ACCIDENTE MORTAL DE UN TRABAJADOR DE ESTA ÚLTIMA, SIN EMBARGO SE CONSIDERA QUE LA CALIFICACIÓN DE LA IMPRUDENCIA DE AQUÉLLOS DEBE DEGRADARSE A FALTA.
SAP Lugo (2ª) 62/2013, de 25 de marzo. Rollo 13/13, dimanante de PA 376/2010 del J. de lo Penal nº 1 de Lugo.

RESUMEN: el supuesto de hecho es muy particular. Una empresa suministradora de electricidad contrata a otra empresa para que tale o pode los árboles próximos a una determinada línea eléctrica. Esta segunda empresa subcontrata a otra, sin ningún tipo de preparación o conocimiento en materia de electricidad, que destina a varios trabajadores, dirigidos por su propio administrador a la labor de tala y poda de árboles, produciéndose la electrocución de un trabajador durante dicha actividad laboral. La sentencia considera que la empresa suministradora de electricidad y la contratada por ésta, debían haberse asegurado de que la segunda empresa tenía que tener conocimientos de electricidad para llevar a cabo su labor y ello le lleva a declarar su responsabilidad penal, pero únicamente en relación con la infracción imprudente, y considerando que la imprudencia de los trabajadores de ambas empresas lo es a título de imprudencia leve y no de imprudencia grave, como sí lo es la del administrador de la segunda empresa subcontratista. La audiencia considera que la relación entre ambas empresas debe regirse por el art. 24.3 LPRL, es decir, de empresas que realizan la misma actividad, cuando en realidad, no es la misma actividad, aunque el criterio para resolver la cuestión sea acertado, pues ante la carencia de conocimientos eléctricos de la empresa que lleva a cabo la poda, se imponía una vigilancia por parte de expertos de la empresa suministradora de electricidad, en cuyo centro de trabajo –aunque fuera al aire libre- se desarrollaba la actividad, y asimismo la de la primera empresa contratada por aquélla.
“Quinto.- Pero esta misma calificación no estima la Sala que pueda aplicarse a la conducta de los otros coacusados pues su intervención no puede compararse a aquella desplegada por L.F., pero tampoco puede concluirse que la misma sea irrelevante o inocua o que no haya tenido relación con el resultado. Para que se excluyese la responsabilidad de quienes ahora recurren, habría de haberse desplegado, no la denominada imprudencia profesional en este caso desplegada por GAINETE en su

representante y en su trabajador, sino lo que según distinción consagrada por el Tribunal Supremo se pudiese tildar de imprudencia temeraria que por ser imprevisible rompiese el nexo causal, pues la denominada profesional habría de ser prevista por el empresario en atención al plus que exige este tipo penal a los empresarios para garanticar la seguridad de sus trabajadores.

De lo actuado se desprende que la contratación de GAINETE, inicialmente por JECSA como empresa contratista, y de UNIÓN FENOSA como empresa principal, autorizándolo conforme disponen los folios 60 y 61 de Autos no podía hacerse, y no puede aludirse al principio de confianza como hace la defensa de G.R. en el recurso que interpone, ya que la norma de cuidado en el ámbito laboral no se rige por este principio, sino que responde precisamente al principio contrario, de desconfianza, según el cual el empresario que ostenta el poder de dirección y control debe prever las omisiones de los trabajadores, y en el presente caso no se acreditó la solvencia de la empresa subcontratista para llevar a cabo actividades con riesgo eléctrico, y ello porque no estaban autorizados ni cualificados, mitigando esta contratación, pero no suprimiendo su culpa en el elección, el hecho de uqe ya hubiese trabajador para UNIÓN FENOSA en los dos años anteriores, e incluso que lo hubiese hecho con anterioridad para Unión Eléctrica. La empresa principal y la contratista habrían de haber extremado las medidas y no haberse guiado por el principio de confianza que no opera a este nivel, así se colige del art. 15.4 LPRL y art. 24.3 que amplía a empresas principales, contratistas o subcontratistas. Es por lo expuesto, que en la línea argumental que se viene manteniendo, la puesta en peligro evidente que permitió GAINETE respecto a su trabajador no excluye en principio la contribución causal de la falta de diligencia de quienes ahora recurren, cada uno en la función que ya viene explicitada en la Sentencia impugnada, y que de haber extremado las precauciones respecto a las medidas preventivas el resultado podría no haberse producido o ser de menor entidad.

Sexto.- Todos los recurrentes refieren que la labore encomendada a GAINETE era la tala de los árboles de la finca en la que se encontraba, y no la poda, señalando el titular de la finca, que aun cuando la misma pertenecía a su mujer, M.B y él habían hablado de señalar los árboles, refiriendo en principio que para limpiar su finca y concluyendo más tarde que sería para cortar porque después cortaron. Esta manifestación no apoya la tesis de que se tratase de tala y no de poda, como tampoco el propio encargo del servicio, folios 327 y 328 de las actuaciones, que salvo los empleados de UNION FENOSA, nadie supo concretar a que se referían, ni arrojó luz sobre tal extremo el técnico de seguridad y salud, J.P., que lo centraba en el matorral que también se plasma en la referida nota. No obstante, tal discusión resulta superflua toda vez que esa orden de servicio no consta que hubiese llegado a GAINETE, sino que éste hacía aquellos trabajos que de palabra le encomendaba M.B., sin órdenes por escrito ni de éste ni de JECSA, y sin que conste tampoco de manera fehaciente que la normas de prevención suscritas por JECSA de UNIÓN FENOSA, hubiesen sido trasladadas a L.G.L.

Los informes emitidos por la Inspección de Trabajo y por el Centro de Seguridade e Saude Laboral son concluyentes sobre la responsabilidad de entidad principal y de la contratada por ella. El propio responsable de seguridad de JECSA, L.C.D. establece al folio 1072, en el informe que elabora sobre las causas del accidente, el control que habrían de realizar UNION FENOSA y la propia empresa JECSA, como contratista, sobre la capacidad de quienes llevan a cabo tales trabajos, incluso una vez contratados y durante el desarrollo de la actividad, y sobre la forma de llevar a cabo tales trabajos, labores de vigilancia que en el presente caso no existieron, y no solo por la falta de acreditación de la capacitación, sino por la falta de inspecciones no sólo documentadas, sino incluso como refieren los propios trabajadores encargados “visuales”, pues no

fueron capaces de advertir la situación de riesgo en que GAINETE ponía a sus trabajadores como se evidencia no solo de la forma de trabajar, sino del material inadecuado para la labor que venían desarrollando. No es posible escudarse en que era día festivo para el sector, ya que existió una llamada en la que L.F. comunica que va a trabajar y dónde va a trabajar, y es al COR, centro perteneciente a UNIÓN FENOSA y que alerta cuando es llamado más tarde a JECSA.
Es por lo expuesto que no existe duda de la condena de GAINETE en la persona de representante legal, que ya no recurre, y tampoco de los trabajadores de UNIÓN FENOSA que resultan condenados y en los administradores de JECSA que vienen igualmente condenados, aun cuando se excluye que su conducta integre el tipo del art. 316, ni siquiera el que recoge la comisión por imprudencia plasmado en el art. 317, pero sí que son autores de una falta de imprudencia leve con resultado de muerte del art. 621 nº 2 del C.P., ya que no extremaron ese plus que tienen encomendado, rebajando su incidencia en el resultado final en atención a la conducta desarrollada por L.F."

2.11. Las condiciones de vida no son equiparables a las condiciones laborales.

LAS DEFICIENCIA DESCRITAS POR EL MINISTERIO FISCAL NO ALUDEN A LAS CONDICIONES DE TRABAJO, SINO A LAS CONDICIONES DE VIDA.
EDJ 2013/177291
SAP SEVILLA (3ª) Nº 336/2013, DE 4 DE JUNIO, REC: 7525/2012, PTE: GONZAGA DE ORO-PULIDO SANZ, LUIS.

No se puede sino dar la razón al Juez de instancia. Las deficiencias que se recogen por el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación no afectan a las condiciones o circunstancias en las que desarrollan la actividad laboral los trabajadores, que es precisamente lo que protege el art. 316 CP. EDL 1995/16398, sino que se refiere a las condiciones de vida (lugares donde dormían, comían o cuidaban de su higiene) que quedan al margen del referido tipo penal. El precepto mencionado castiga la no facilitación de los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, y es evidente que las deficiencias denunciadas nada tienen que ver con las condiciones facilitadas para que los trabajadores desempeñaran sus trabajos (construcción de un muro de piedra, de una vivienda con piscina, jardines y locales para oficinas y de una pérgola de madera). No se cuestiona en ningún momento la ausencia de elementos de seguridad adecuados para la realización del trabajo que tenían encomendado los trabajadores de ahí que no sea aplicable el tipo penal.

_
En consecuencia y con independencia de que algunas de las deficiencias denunciadas no resultaran acreditadas y que no conste acreditado que hubiera existido una situación de peligro concreto para la vida o la integridad física de los trabajadores procede la absolución por el delito del artículo 316 del Código Penal EDL 1995/16398 , confirmando la sentencia de instancia, toda vez que no consta que no se facilitara a los trabajadores los medios necesarios para desempeñar su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas.

3. LA DETERMINACIÓN DEL SUJETO ACTIVO DEL TIPO DEL SUJETO ACTIVO DEL ART. 316 CP. INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN "LOS LEGALMENTE OBLIGADOS".

3.1. Doctrina general.

DOCTRINA REFERENTE A LOS POSIBLES SUJETOS ACTIVOS DEL DELITO DEL ART. 316 CP.
EDJ 2013/250200
SAP TARRAGONA (2ª) Nº 490/2013, DE 11 DE NOVIEMBRE. REC: 69172013. PTE: UCEDA SALES, SARA

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 EDL 1995/16211 - 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. EDL 1995/16398

_
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.

3.2. El empresario como primer y principal obligado.

EL MÁXIMO RESPONSABLE DE LA SEGURIDAD DE LOS TRABAJADORES ES EL EMPRESARIO.
SAP PALMA DE MALLORCA (1ª) Nº 266/2013, DE 24 DE OCTUBRE. PTE: DIAZ SASTRE, CRISTINA.

Cuando el peligro generado en el trabajo se encuentra entre los riesgos que trata de prevenir la normativa laboral y que los sujetos obligados estén obligados a controlar, éste adquiere la condición de garante respecto de la salud e integridad de los trabajadores. De este modo, la normativa de seguridad de riesgos laborales se tendrá en cuenta, no sólo como hemos señalado, en la determinación del deber e cuidado, sino también para localizar al destinatario de las obligaciones, y, por ende, al sujeto activo.
La garantía de seguridad e higiene en el trabajo es obligación, pues, del empresario, siendo éste en el orden laboral el que tiene el dominio del riesgo, y el que está legalmente obligado a exigir y a facilitar los medios y procurar las condiciones para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles.
Cuando se trata de un empresario persona jurídica, sujeto activo puede ser el administrador o encargado de servicio, y todos aquellos que ejerzan de hecho facultades de dirección y organización sobre la prestación laboral. Ciertamente, la posición de garante no se deriva de una relación jerarquizada entre sujetos, sino de su relación objetiva con los hechos: quien tiene posibilidad fáctica de evitar la situación de peligro y estando jurídico –laboralmente obligado a hacerlo, no lo hace, es autor.
El empresario tiene un deber de controlar los riesgos que se deriven del conjunto de su actividad y ese deber de control se traduce en una serie de deberes de actuación relacionados en una estricta normativa administrativa que concreta las medidas de prevención de los riesgos laborales que debe adoptar para que el peligro genérico no dé lugar a situaciones concretas de peligro, o se traduzca en resultados lesivos. Por consiguiente, hay un sujeto que ostenta una posición de garante –por una obligación legal a tenor del 316- y concurre una situación típica, en la que dicho sujeto tiene el deber de controlar una fuente de peligro que opera en su ámbito de dominio, referido precisamente a la actividad cuya organización y decisiones principales le han sido encomendadas.

LAS OBLIGACINES EN MATERIA DE SEGURIDAD DEL EMPRESARIO SON ESPECIALMENTE INTENSAS.
EDJ 2013/149045
SAP BARCELONA (10ª) Nº 549/2013, DE 3 DE JUNIO. REC: 43/2013, PTE. PLANCHAT TERUEL, JOSE MARÍA.

La posición de garantía del empleador en materia de seguridad laboral, sin llegar a determinar una suerte de responsabilidad penal objetiva (escasamente compatible con el principio de culpabilidad) ni tampoco negar la autorresponsabilidad del trabajador, es especialmente intensa, como así se desprende meridianamente de la citada Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales EDL 1995/16211 , cuando su art. 15.4 (rotulado como "Principios de la acción preventiva") establece que "la

efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador". El mero hecho, pues, que el trabajador se sitúe en situación de riesgo por su propio proceder no exime indefectiblemente la responsabilidad empresarial.

_
De ello se desprende, razonablemente, la obligación empresarial de velar por la seguridad (auspiciada además por las sanciones que puede imponer el empleador) no sólo en situaciones de normalidad en la actividad laboral, sino en aquellas circunstancias de relativa o acentuada anomalía consustanciales al trabajo por cuenta ajena (rutina, reiteración de actos, cansancio o abatimiento físico, sin descartar el exceso de confianza o de pericia), pero tal obligación no puede indefectiblemente alcanzar todos los supuestos imaginables. La realización de actividades de riesgo comporta necesariamente la obligación de una actuación prudente por quien las lleva a cabo pues, en la medida en que así actúa, no acrecienta el riesgo preexistente (y socialmente permitido); en otros términos, es indudable que debe exigirse la adopción de las cautelas derivadas de la autoprotección.

EL EMPRESARIO ES EL MÁXIMO RESPONSABLE DE LA SEGURIDAD DE SUS TRABAJADORES. DESCARTA LA AUTOPUESTA EN PELIGRO DEL TRABAJADOR.
SAP MÁLAGA (1ª) Nº 523/2013, 16 DE JULIO, PTE. LINARES ARANDA, RAFAEL.

El apelante, en su calidad de empresario, en cuanto administrador de la empresa de construcción R, asume por ésta las funciones de control del desarrollo de la obra tanto en su ejecución material como en lo referente a la adopción y respeto de las medidas de seguridad previstas. Es el principal garante de la salud e integridad de los trabajadores –entre ellos el fallecido-, por ser la persona que dirige la actividad empresarial en la cual surge la situación de peligro y, por lo tanto, es el primer obligado a emplear la diligencia que evite resultados lesivos para dichos trabajadores, cuidando de que éstos presten sus servicios en las condiciones necesarias de protección.
Es sabido como nuestra jurisprudencia viene señalando que incluso el trabajador ha de ser protegido hasta de su propia "imprudencia profesional" (STS de 13 de febrero de 1997). Ahí radica el fundamento de la exigencia legal que se impone a los responsables de la labor constructiva, dirigida a que éstos a su vez exigen a los trabajadores que cumplan con las medidas de seguridad establecidas. El cumplimiento de esta obligación legal no se deja nunca en manos de los trabajadores, sino que se deriva por elevación hacia los responsables de la construcción, en tanto en cuanto se presupone que en éstos hay una mayor racionalidad y una mejor visión de las cosas, imponiéndoles en todo caso el deber legal de cumplir con todas las exigencias de seguridad laboral, aun cuando le trabajador afectado sea muy experimentado. Sólo si, pese a constar los requerimientos de los responsables de la construcción, se advierte que el trabajador ha actuado intencionadamente, saltándose las indicaciones de los responsables de la seguridad, cabría hablar de una concurrencia de culpas o de una responsabilidad exclusiva.

LA CONTRATACIÓN DE UN SERVICIO DE PREVENCIÓN AJENO NO EXIME DE RESPONSABILIDAD AL EMPRESARIO EN CUANTO A LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

EDJ 2013/171290 SAP Pontevedra de 10 septiembre 2013. Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 4ª, S 10-9-2013, nº 134/2013, rec. 393/2013. Pte: Montenegro Vieitez, Celso.

"Quinto.- Se afirma por la recurrente, en primer lugar y ya se reseñó ut supra, que se preocupó de respetar la normativa laboral en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, limitándose su responsabilidad a la fabricación y venta de pan, puesto que de la prevención y salud laboral se encargaba la empresa contratada a tal objeto. Pero, de seguirse esta línea argumental, sería entonces suficiente para aceptar la exoneración de toda responsabilidad del titular de la explotación -en este caso, un negocio de panadería- con la contratación de una tercera empresa a la que se encomendase la evaluación y supervisión de los riesgos laborales, permitiéndose así aquél, con ello, el desentenderse de la cuestión, con interesado olvido de preceptos como, entre otros, el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales cuando afirma, en su apartado segundo, 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. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el capítulo IV de esta Ley.
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 que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo".

3**.3. El representante legal.**

ABSUELVE LA AP YA QUE NO SE CONCRETARON CUÁLES ERAN LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE SEGURIDAD, NO BASTA SER REPRESENTANTE LEGAL.
EDJ 2013/250200
SAP TARRAGONA (2ª) Nº 490/2013, DE 11 DE NOVIEMBRE. REC: 69172013. PTE: UCEDA SALES, SARA

Como ya ha expuesto esta Sección en anteriores ocasiones, la responsabilidad penal, debe, necesariamente, referirse a una actuación dolosa o imprudente, actuación, que en los hechos probados, respecto al Sr. Gabino, en modo alguno se describe o concreta, pues contratar a un trabajador, o que la promotora-constructora HABITAT GAIÀ S.L subcontratara los trabajos de albañilería a la mercantil subcontratista MARSÓ GAIÀ S.L o ser el legal representante de esta última, inicialmente, no es constitutivo de infracción penal alguna, pues debe recordarse que no cabe declarar una responsabilidad objetiva por razón del cargo ocupado sin determinar materialmente, no solo formalmente, quién realmente tenía la competencia y podía ejercerla en materia de

seguridad. Resulta obvio que la actividad laboral está bajo la supervisión última de los representantes de la empresa pero también es evidente que la responsabilidad penal no puede fundarse en criterios objetivos de imputación derivados de la mera vinculación societaria o directiva de determinadas personas con la empresa en cuyo giro de actividad se produce el siniestro. Como ya hemos declarado en anteriores ocasiones, la responsabilidad penal es incompatible con juicios de imputación en cascada y menos aún con fórmulas de objetivización propias de otras jurisdicciones.

EL APELANTE, NO SÓLO ERA EL REPRESENTANTE LEGAL DE LA EMPRESA, SINO QUE EN LA PRÁCTICA ES QUIEN LLEVA EL DÍA A DÍA DE LA MISMA, ORGANIZANDO SU ACTIVIDAD.
SAP TARRAGONA (2ª) Nº 201/2013, DE 18 DE ABRIL. PTE: MARTINEZ SAEZ, ÁNGEL.

…que por otra parte el Sr. Julio es el legal representante de la empresa donde prestaba sus servicios el trabajador accidentado, desarrollando en dicha empresa las tareas propias del empresario, puesto que tal como se desprende no tan solo desarrolla las tareas de representación de la empresa que requiere la ley, sino que en la práctica es quien lleva el día a día de la empresa, organizando la actividad global y concreta de la empresa por lo cual venía desarrollando también las tareas propias de encargado de la obra donde sucedió el accidente. Era pues el Sr. Julio como empresario y a la vez como encargado de la obra de una forma directa, quien tenía 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, por lo que no es ni tan siquiera suficiente con los advertimientos verbales por parte del empleador de que los trabajadores no puedan acceder a una zona o actuación peligrosa 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 directo de la obra a ser quien además procedió a ordenar al trabajador accidentado la tarea que tenía que realizar y que le comportó sufrir el accidente con las secuelas que el mismo le acarreó, es por lo que procede desestimar las alegaciones realizadas por el recurrente. Se debe desestimar pues esta primera alegación.

3.4. Alcance del art. 318 CP. Delimitación de la autoría de los administradores.

LA AP CONFIRMA LA CONDENA DEL ADMINISTRADOR DE LA EMPRESA CONTRATISTA Y EL COORDINADOR DE SEGRIDAD, YA QUE

ANTE UNA MODIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA OBRA, NO SE MODIFICÓ EL PLAN DE SEGURIDAD.
SAP CASTELLÓN (2ª) Nº 70/2013, DE DIECIOCHO DE FEBRERO, PTE: GÓMEZ SANTANA, ELOISA

En virtud de las consideraciones precedentes el motivo del recurso ha de ser desestimado, pues partiendo de lo expuesto es ajustada a derecho la incardinación de la conducta de los acusados en el art. 316 del CP. Al concurrir en los mismos los requisitos configuradores de las referidas figuras delictivas, saber: la conducta omisiva en virtud de lo ya expuesto, las puesta en peligro grave de la vida, habida cuenta del desenlace de los hechos, la infracción de las normas laborales al respecto tal y como expone la Inspección de Trabajo y la sentencia de instancia y la conciencia del peligro, siendo de destacar que con pleno conocimiento de la propiedad y del coordinador de seguridad no se descargaba en la forma prevista en el Plan de seguridad, y en este aspecto también comparte la Sala el razonamiento que contiene la sentencia de instancia cuando dice: *Ese dolo aparece aquí porque, como se ha dicho, al haberse introducido una modificación en el desarrollo de la obra, como fue la sustitución de la grúa-torre por camiones grúa, el Coordinador de Seguridad y Salud debió modificar el Plan de Seguridad de acuerdo con la decisión adoptada por la constructora con su consentimiento, adatándolo a las nuevas circunstancias de la obra y no lo hizo. Esto es, no sólo no adoptó nuevas medidas de seguridad, sino que no impartió nuevas órdenes a los trabajadores para que realizaran las tareas de descarga con las garantías exigidas legalmente, ni se acondicionó el nuevo lugar/es de trabajo. De ello se deriva un incumplimiento tanto por parte del administrador de la constructora o contratista…, como por parte del Coordinador de Seguridad y Salud, derivado de lo expuesto y justificado en los incumplimientos de la normativa anteriormente citada".*
En el mismo orden de cosas y como argumenta la sentencia: "La falta de instalación de la grúa torre y del resto de elementos que debían ubicarse en la zona de acopio, como bien dice la sentencia, motivó que los materiales suministrados, en lugar de descargarse en un punto fijo alejado de las líneas eléctricas, se dejarán a pie de obra siendo izados desde fuera de la edificación, a los distintos niveles de la nave, haciéndolo por cualquiera de sus lados accesibles, pero sin la existencia de medidas colectivas de protección que impidieran el acceso a la zona de la nave, próxima a las líneas eléctricas, de equipos de elevación de cargas dotados de grúas y brazos hidráulicos, que pudieran entrar en contacto con las citadas líneas, o cuanto menos, la colocación de señales visuales que advirtieran a este tipo de vehículos de la proximidad de las líneas, o simplemente, la prohibición de trabajar en aquella fachada con grúas y mecanismo de elevación de cargas a la que se podía llegar con camiones y vehículos de todo tipo, sin dificultad e impedimento alguno".

PARA SER AUTOR DEL DELITO DEL ART. 316 CP, NO BASTA EL SIMPLE HECHO DE SER ADMINISTRADOR, ES NECESARIO QUE EL MISMO OCUPE UNA POSICIÓN DE GARANTE.
SAP JAÉN (2ª) Nº 54/2013, DE DIEZ DE ABRIL. PTE: CÓRDOBA GARCÍA, JOSÉ ANTONIO.

No obstante la anterior alegación, es reiterada la corriente jurisprudencial que se requiere para ser autor del delito del art. 316 no sólo el simple hecho de ser administrador de una sociedad, sino que es preciso que el acusado realice alguna acción

u omisión, siempre que en este caso ocupe la posición de garante y se den los restantes aspectos que recoge el art. 11 del C. Penal, pues lo importante no es solo la denominación del cargo, sino la concreta función que desempeñen en el funcionamiento de la empresa (S. 23-7-2009) y en tal sentido el sujeto activo del delito tipificado en el art. 316 ha de ser la persona legalmente obligada a facilitar a los trabajadores los medios necesarios para que desempeñen su actividad en las condiciones debidas de seguridad.

PARA SER AUTOR DEL DELITO DEL ART. 316 CP SE REQUIERE NO SÓLO EL SIMPLE HECHO DE SER ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD, SINO QUE ADEMÁS ES PRECISO QUE SE REALICE UNA ACCIÓN U OMIISÓN SIEMPRE QUE OCUPE LA POSICIÓN DE GARANTE.
AUDIENCIA PROVINCIAL DE JAÉN (2ª) Nº 71/2013, DE 29 DE ABRIL, Pte. ORTEGA MORALES, RAFAEL

Así pues y como resalta la STS de 29-12-98 o la de 27-10-97 que cita "la omisión es causal cuando el hacer obligado hubiese evitado el resultado…" y en este supuesto en cualquier caso el curso impartido no lo hubiere evitado, pues si la empresa contratada n siquiera avisó del riesgo concretado poco podía informar sobre el mismo, de modo pues que aunque el art. 14.1 de la Ley especial 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales se refiera genéricamente al empresario como garante de la prevención de riesgos, y el art. 31 CP y específicamente el art. 318, en los supuestos de que se trate de personas jurídicas impute a los administradores, además de los encargados del servicio que hayan sido responsables del riesgo causado, es evidente que en cualquier caso para ello es preciso que tuvieran a su cargo la competencia en materia de seguridad e higiene en el trabajo y por ello debieran tener conocimiento de la omisión de las medidas preventivas de riesgos laborales y de la situación de peligro que aquella produce, como exige el principio general de la culpabilidad, otra cosa es que el acusado como presidente hubiese dispuesto o intervenido en la mecánica o funcionamiento de la almazara y el trabajo en ella desarrollado, lo que no se acredita que hiciese, porque como hemos expuesto recientemente en sentencia de 10-4-13, es constante la doctrina jurisprudencial que requiere para ser autor del delito del art. 316, no sólo el simple hecho de ser administrador de una sociedad –en este caso el presidente de una cooperativa- sino que es preciso además que realice alguna acción u omisión siempre que ocupe la posición de garante y se den los restante aspectos del art. 11 CP, pues lo relevante no es sólo la denominación del cargo, sino como venimos exponiendo la concreta función que desempeñen en el funcionamiento de la empresa –STS 23-7-09-, ya que como además resalta el apelado de no ser así estaríamos incurriendo en la exigencia sin más de una responsabilidad objetiva proscrita en el ámbito en el que nos encontramos.

LA AP REVOCA PARCIALMENTE LA SENTENCIA Y ABSUELVE AL ADMINISTRADOR, CONFORME AL CRITERIO DEL MF, AL NO CONSTAR UNA CLARA Y NITIDA ATRIBUCIÓN DE FUNCIONES EN EL ADMINISRTRADOR DE HECHO.
EDJ 2013/175225
SAP SEVILLA (7ª) Nº 272/2013, 8 DE JULIO, REC: 2832/2012, PTE: GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, JAVIER.

Cuarto.- Sin embargo, es cuestionable la atribución de responsabilidad penal al sr. Jesús Luis, respecto de quien el Ministerio Fiscal retiró en el juicio la inicial acusación.

En efecto, el propio juzgador afirma en su sentencia, en el cuarto Fundamento, que, aun siendo administrador de hecho de la sociedad, "no consta una clara y nítida atribución de funciones en la gestión de la entidad entre el Sr. Luis Manuel y el Sr. Jesús Luis ". Que asumiera este acusado en el juicio -tal como igualmente refleja la sentencia- ser "la persona que buscaba las obras y hacía negocio para la entidad" lo acerca más a un "comercial" que a un "planificador" de las condiciones de trabajo.

En definitiva, la duda así planteada debe resolverse a favor de este segundo acusado, absolviéndole libremente de los delitos por los que fue condenado.

SE RATIFICA LA CONDENA DEL EMPRESARIO Y DEL ENCARGADO DE LA SUBCONTRATISTA AL EXISTIR UNA DEJACIÓN EN LA COLOCACIÓN Y EXIGENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN INDIVIDUALES.
EDJ 2103/287091
SAP SEVILLA (7ª) Nº 525/2013, DE 27 DE DICIEMBRE. REC: 7644/2012. PTE: JIMÉNEZ MANTECÓN ESPERANZA.

Lo que hubo en este caso por parte de los apelantes fue una dejación en la colocación y exigencia de cumplimiento de las medidas de protección individuales que sí les correspondía, máxime cuando no se habían instalado las colectivas, que pudieron y debieron además ser reclamadas, y este relajo vino porque los trabajos se estaban realizando a una altura que no era llamativamente alarmante (algo menos de tres metros).
Sí que se cometió el delito que se menciona y que del mismo fueron responsables tanto D. Carlos María en cuanto empresario como D. Alexis como encargado de la obra.
Los intentos de su defensa de negar la responsabilidad atribuyendo la causa del accidente a las deficiencias de los materiales y a la ausencia de medidas colectivas que quedaban fuera de las atribuciones de DIRECCION000, o incluso y de pasada sobre el propio trabajador accidentado no pueden prosperar. Bastaría aludir al artículo 11 del RD 1627/1997 EDL 1997/24683 para rechazarlo (en cuanto obligación de contratistas y subcontratista de cumplir y hacer cumplir la normativa en materia de seguridad a su personal y "... responsables de la ejecución correcta de las medidas preventivas fijadas en el plan de seguridad y salud en lo relativo a las obligaciones que les correspondan a ellos directamente o, en su caso, a los trabajadores autónomos por ellos contratados."), sin que meros pacto contractuales puedan excluir el deber que les compete de velar por la seguridad de sus concretos trabajadores ante la posible desidia, desinterés o abierto incumplimiento de la contraparte en la proporción de las medidas de seguridad, o haciendo recaer, como es el caso, la responsabilidad del accidente en la exclusiva negligencia del trabajador accidentado siendo sabedores de las condiciones en que efectuaba el trabajo en el concreto caso en que se produjo el percance.

ADMINISTRADOR DE CONTRATISTA QUE NO ADOPTA MEDIDAS EN LA OBRA DESPUÉS DE APRECIAR QUE POR EL MAQUINISTA SE HABÍA EXCAVADO EL HUECO SIN DEJAR BATACHES PARA EVITAR EL DERRUMBRE, CUMPLE LOS REQUISITOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA RESPECTO DE LOS RESULTADOS PRODUCIDOS

SAP Córdoba (1ª) 407/2013, 8 de noviembre. Rollo apelación 416/2013, dimanante de juicio oral 507/2011 del Juzgado de lo penal número uno de Córdoba.

"En una reciente sentencia (de 14 de marzo de 2013, ROJ: SAP B 2147/2013) la Audiencia Provincial de Barcelona concluye, refiriéndose a quien, como el apelante, era administrador de la empresa, que le incumbe la obligación, no solo de facilitar las medidas de seguridad en el trabajo, sino también la de exigir a los trabajadores su cumplimiento, incurriendo, pues, en nuestro caso, en una conducta dolosa por la mera conciencia de la infracción de la norma de seguridad laboral que en el Estudio elaborado se contenía, por la continuación de los trabajos en el interior de una zanja que no estaba realizada por el sistema de bataches. Porque, según tiene señalado el Tribunal Supremo, en la Sentencia 19 de octubre de 2000 (ROJ: STS 7544/2000), quienes se hallan al cuidado de una obra, deben impartir diligentemente las instrucciones oportunas, de acuerdo con las ordenanzas legales de Seguridad e Higiene en el Trabajo a fin de que el trabajo se realice con las adecuadas medidas de seguridad, como garantes de la salvaguardia de la integridad física, y no hay que decir que con mayor razón de la vida, de cuantos trabajadores participen en la ejecución de los diversos trabajos, sujetos a riesgos que es preciso evitar, poniendo a contribución cuantas previsiones y experiencias técnicas sean concurrentes a tal fin, sin que puedan bastar advertencias generales, sino atendiendo a cada situación con el debido cuidado.

No cabe duda de que está acreditada la infracción, por parte del Sr. G.C. de dicho precepto penal, pues, conocedor de la grave situación de inseguridad e ignorando medidas que anteriormente había respetado, consintió la continuación de las tareas, pero también fue responsable criminal de los fallecimientos, lesiones y daños materiales, junto a los perjuicios de toda índole de ellos derivados, con arreglo a la prueba en el mismo practicada, que con todo detalle se ha valorado en la sentencia. Aunque tan solo nos quedáramos con el reconocimiento que efectúa en el recurso (folio 490, tomo XI) del dato de que "cuando A.G. regresó ese día 20 de febrero de 2007 a la obra sobre las 17 horas, el maquinista J.D. … ya había excavado un frente de anchura de 9,20 metros", el que se hubiera quedado, siendo como era la máxima autoridad de la obra, indiferente ante tal situación, sin ordenar de inmediato la realización de medidas que procuraran paliar el peligro de desplome, ni advertir a sus subordinados o a los habitantes de la casa contigua, es suficiente para imputarle objetivamente la responsabilidad, por la grave imprudencia en que en ese momento incurrió, en las consecuencias del derrumbamiento que pocas horas después se produjo.

El Tribunal Supremo, ya en su sentencia de 27 de abril de 1984 (EDJ 1984/2587), consideraba que al excavar una zanja, a pie de muro, de profundidad de tres metros cincuenta centímetros, en una longitud de ocho metros largos, casi nueve estando trabajando en la zanja dos obreros, sin estibar, reforzar o fortalecer el muro, es evidente que la mente más grosera y despreocupada, debe prever la posibilidad de un derrumbamiento, previsión que nace no sólo de las disposiciones legales, sino de la más elemental prudencia. Es difícil expresar con nitidez mayor la gravedad de la infracción del deber de cuidado en la que incurrió el Sr. G. C. y el juicio desfavorable que merece su conducta en un en un caso en el que hasta las medidas de la excavación coinciden por desgracia, con las que concurrieron en la obra con anterioridad al desplome del edificio colindante, permitiendo con ellas desestimar la protesta que en el recurso se efectúa en cuanto a la pretendida ignorancia del riesgo por su parte.

Buena parte de las subsiguientes alegaciones del apelante están encaminadas a socavar la valoración de la prueba que la Sentencia efectúa en cuanto a la imputación al mismo de la responsabilidad criminal por las consecuencias de dicho desplome. Es por

completo secundario, en este punto, que las manifestaciones del Sr. D. y del Sr. S no fueren concordantes en relación con la oposición de este último a las órdenes recibidas por el administrador de la empresa, puesto que, con independencia de que la arqueóloga Sra. Ortiz respalde las del segundo, según admite el recurrente, lo esencial es que debiera haber percibido la existencia del peligro inminente de derrumbe, en las circunstancias que él mismo reconoce. Hasta el punto de que hemos de partir de lo que en el recurso (folio 492, tomo XI) se deja constancia: "A. reconoce al final de su declaración en plenario que el problema es que se había excavado más de la cuenta".
La teoría de la imputación objetiva impone para que un resultado sea jurídicamente reprochado a una persona que su acción u omisión consista en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se concrete en el resultado y mal podemos encontrar un caso en el que con mayor claridad se haya producido esta relación causal. Pues si el "problema" (debemos entender que se refiere a la causa de que se produjera el derrumbamiento) radica en que se había excavado más de la cuenta, aunque no estuviéramos de acuerdo (que sí lo estamos, porque la valoración que de la prueba practicada en su presencia es del todo razonable) con el hecho de considerar probado que la orden de efectuar la zanja en la incorrecta forma en que se ejecutó proviniera directamente del apelante, en cualquier caso le incumbía a quien ostentaba la máxima responsabilidad por parte de la empresa contratista en la obra hacer todo lo que estuviera en su mano para remediar una ostensible situación de peligro. El cual él mismo habría constatado al reprocharle (caso de que, según sostiene el recurso, así lo hiciera), al Sr. S. que hubiera permitido "que se excavara una zanja con un frente de anchura de 9,20 metros".
…
Arguye en otro orden de cosas, la relevancia que el estado del muro preexistente, por su antigüedad, o por la acción de la lluvia, pudiera haber tenido, más allá de la acción del recurrente, para el derrumbamiento, pero la ausencia de cualquier respaldo técnico de su pretensión se encuentra con toda claridad expresada en las conclusiones del perito judicial Sr. M. J., que, tras convenir con los demás técnicos en que el derrumbe del muro medianero fue, sin duda, la falta de bataches que arriostrasen la cimentación de la vivienda siniestrada señala que "podría argumentarse que el muro estaba en mal estado, pero incluso aunque hubiera estado recién ejecutado, dada la excavación que se realizó en su lateral, el muro se hubiera desplomado en cualquier caso" (así consta en F. 1066)."

ARTÍCULO 318: LA RESPONSABILIDAD RECAE EN QUIEN REALMENTE EJERCE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD Y NO EN QUIEN OSTENTA EL CARGO FORMAL DE ADMINISTRADOR

SAP Huelva (2ª) 18/01/2013. Rollo apelación 1/2013, dimanante de PA 276/08, del J. de lo Penal nº 3 de Huelva.

"1.- Se impugna en ambos recursos la declaración que se hace en la sentencia, como bse para imputar la responsabilidad por omisión de las medidas de seguridad exigibles en el trbajo, de que uno y otro condenado eran administradores de hecho de la sociedad MOTISUR ARCILLA S.L.U., cuyo administrador formal era F., que únicamente se ocupaba de firmar la documentación que se le presentaba a tal fin, empresa que tenía dos actividades, una de montaje de andamios y la cantera (f. 106, 168 y 196). Es cierto que ninguno de ellos era apoderado legalmente, pues el apoderamiento a favor de R. se otorgó con posterioridad al accidente, y por ello se acude a la condición de

administradores de hecho, con apoyo en pruebas no documentales. Es dedestacar que no se interrogó a la víctima en ningún momento de la instrucción sobre las personas a cargo de la dirección (f. 22, 40 y 79).
2.- R.C.C. es señalado en a comparecencia ante la guardia civil de la hermana de la víctima como el jefe de ésta (f.3), así como por declaraciones de los técnicos de Pregvisegur Servicios de Prevención S.L., Sres. B.P. y P.G., como quien contactó para el plan de previsión de accidentes laborales días antes del accidente (f. 196 y 198, aportado al f. 290). Según el encargado de la actividad de andamios, I.M., eran R. y su padre los que se encargaban de vigilar la ejecución de los trabajos.
3.- L.C.M. alega en esencia que por las disensiones con su hijo –el otro condenado- se había desvinculado de él y de la mercantil hacía un año y se ausentaba con frecuencia al extranjero, todo ello por razón de un nuevo matrimonio con una nacional rumana, de manera que las declaraciones en que se funda la sentencia son interesadas movidas por afán exculpatorio y por enemistad. No llega a negar la relación anterior con rotundidad ni en el escrito ni en el juicio, ya en su declaración ante el instructor manifestó que colaboraba en la empresa familiar, buscaba trabajo y gente, percibía gasoil y comida (f. 122). De manera que cuando I., R., F. y el mismo trabajador en el juicio indican que participaba en la dirección de los trabajos como expresa la juzgadora no hay motivos para no dar crédito a tales afirmaciones. Por otro lado, siendo un delito no de resultado sino de omisión, la omisión ya se produjo desde el propio inicio de los trabajos y es irrelevante a estos efectos que en época reciente no participara o lo hiciera en menor medida."

ADMINISTRADTOR DE CANTERA RESPONSABLE AL NO DOTAR A LOS TRABAJADORES DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INDIVIDUAL (GAFAS) PARA EVITAR IMPACTOS MECÁNICOS EN EL OJO
EDJ 2013/81985 SAP Lugo de 17 abril 2013. Audiencia Provincial de Lugo, sec. 2ª, S 17-4-2013, nº 80/2013, rec. 56/2013. Pte: Sandar Picado, Mª Luisa.

"PRIMERO.-.- Recurre el condenado la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal aludiendo en primer lugar al principio de intervención mínima que rige el derecho penal, señalando que la conducta examinada tiene mejor acomodo en el ámbito laboral o incluso en el civil.
No comparte la Sala el argumento expuesto por el recurrente, ya que la conducta que despliega el empresario es constitutiva de delito y reprochable penalmente. El delito por el que resulta condenado el apelante 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. Y requiere asimismo 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, aun cuando en el presente caso el daño es irrefutable.
La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/1995 de 8 de noviembre, en su art. 14.2 EDL 1995/16211 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...el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas...".
En el presente caso el Plan de Prevención de riesgos Laborales efectuado por Fremap, ya establecía la necesidad de dotar a los trabajadores, dentro de los equipos de Protección individual, gafas de protección frente a impactos mecánicos, lo que ocurrió en el presente caso en donde una esquirla impactó en el ojo del trabajador, llevando a cabo éste un trabajo que entrañaba un riesgo evidente frente a tal daño. Por otro lado en relación con el trabajo que desempeñaba no se llevó a cabo ningún curso de formación frete a los riesgos específicos de su puesto de trabajo.
No existe por tanto duda alguna de la responsabilidad del recurrente quien tenía encomendada la labor de garante frente al trabajador, mostrando una despreocupación y desidia evidentes."

3.5. Encargado de servicio: jefe de taller, director comercial, jefe de almacén.

LA AP CONFIRMA LA CONDENA DEL JEFE DE TALLER Y DEL JEFE DE CHAPA Y PINTURA, AL SER LA PERSONAS EN QUIEN HABIA DELEGADO EL GERENTE DE LA EMPRESA.
EDJ 2013/99404
SAP VALLADOLID (2ª) Nº 156/2013, DE 8 DE MAYO, REC. 18372013, PTE: SOL RODRÍGUEZ LOURDES

Por tanto, la valoración que hace la resolución de instancia respecto a que tanto el Sr. Fructuoso como el Sr. Felipe eran conocedores de la avería del elevador es ajustada al resultado de las pruebas practicadas, como es también correcta la calificación jurídica que realiza, incluida la aplicación del artículo 318 del Código Penal EDL 1995/16398 , puesto que la referencia del precepto a "administradores o encargados del servicio" que conociendo -los hechos previstos en los artículos de ese título- y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello" implica la inclusión en el ámbito de responsabilidad en concepto de autor de que cualquiera que ostente funciones de mando o dirección y que pueden ser tanto superiores, intermedias o de mera ejecución, respondiendo en función de sus atribuciones en relación con la seguridad, atendiendo a su posición de garante en relación con este hecho concreto, de tal forma que se incrimina a las personas concretas que pueden tener a su cargo el deber de garantizar la seguridad y la salud en el trabajo que pesa sobre la empresa, como son los Sres. Felipe y Fructuoso en quienes el Sr. Mateo, gerente de la empresa y que resultó absuelto en la sentencia de instancia, había delegado y que eran quienes tenían la posibilidad de controlar que el mantenimiento del elevador ser hiciera en la forma indicada por el fabricante en sus instrucciones así como parar la actividad del elevador ante el supuesto de una avería, por lo que respecto de los Sres. Felipe y Fructuoso se considera ajustada a Derecho también la calificación jurídica realizada por la sentencia de instancia

LA AP CONFIRMA LA CONDENA DEL DIRECTOR COMERCIAL O FINANCIERO DE LA EMPRESA, AL NO CUMPLIR CON LOS DEBERES DE CUIDADO EN LA SEGURIDAD DE SUS TRABAJADORES, AL NO DIPONER QUE LA EMPRESA TUVIERA UN SERVICIO DE PREVENCIÓN AJENO.

SAP ALAVA (2ª) Nº 194/2013, DE 13 DE JUNIO DE 2013, PTE: VIÑEZ ARGUESO, SILVIA.

El segundo motivo de apelación niega que el apelante fuera responsable de la supervisión y vigilancia de las medidas de seguridad en el taller. Pero tal y como establece la Sentencia apelada, aun admitiendo que el apelante actuara como director comercial o financiero de la empresa, lo relevante es que, además, era el máximo directivo responsable de la empresa, por lo que en todo caso y cuanto menos le correspondía el control y la supervisión de las funciones de dirección y seguridad del taller que hubiera delegado, y también era propietario del 70 por ciento del capital de la empresa, aparte de ingeniero y, por tanto, conocedor de los procesos productivos, todo lo cual no hace sino reforzar su posición de garante en cuanto a su relación objetiva con los hechos. Pero es que, aun en su estricta actuación como director comercial o financiero, el apelante, en contra de lo que sostiene el recurso, tampoco cumplió sus deberes de cuidado de la seguridad de sus trabajadores disponiendo de los medios para que la empresa tuviera un servicio de prevención ajeno especializado que elaborara un plan de prevención y realizara la oportuna evaluación de riesgos pues, como se ha visto, de poco podía servir el plan y la evaluación frente el concreto riesgo del que traemos causa, si quienes los elaboraron no habían sido informados por la empresa sobre los viradores el no incluirlos en el listado (folios 3093 a 3106, 3114 y 3118) que le pidieron previamente, de la maquinaria y equipos de la empresa. Y, de lo hasta ahora expuesto y razonado ya de colige que la Sala comparte la calificación que de los hechos realiza la sentencia apelada, considerándose que estamos ante un supuesto en el que excede el título de imputación por imprudencia grave en función de la cual el art. 317 CP prevé una modalidad atenuada del tipo básico del art. 316 CP.

EL JEFE DE ALMACÉN DEBIÓ DE ADOPTAR UNA POSTURA ACTIVA, EVITANDO QUE EL TRABAJADOR EJERCIERA UNA CONCRETA ACTIVIDAD.
EDJ 2013/ 203139
SAP SEVILLA (4ª) Nº 394/2013, DE 5 DE SEPTIEMBRE. REC: 5076/2012. PTE: LLEDÓ GONZÁLEZ, CARLOS L

Y en cuanto al coacusado Sr. Gerardo, basta atender a su propia descripción de las competencias propias como jefe de almacén ("controlar y registrar las entradas y salidas de equipos-productos... solicitar y tramitar los medios o elementos necesarios para carga y descarga de productos y otros bienes..."), y su presencia en el momento de los hechos como máximo responsable no empresario del almacén, para concluir que efectivamente es su negligente o descuidada omisión y falta de atención a las circunstancias en que el empleado hubo de acudir a la segunda planta para retirar un producto la que determinó que éste pisara sobre una plancha no debidamente apoyada y cayera a la planta inferior, al punto de que la absoluta falta de seguridad en esa segunda planta en tanto no se instalaran las barandillas y se retirara la plancha en cuestión debió incluso llevarle a prohibir el acceso a la misma en tanto no se solventara esa situación y, por ello, a no atender pedidos de productos que estuvieran almacenados en ese lugar; por tanto, es cierto que no dio concretas instrucciones al trabajador para que subiera a retirar un determinado producto, pero eso es precisamente lo que cabe reprocharle, pues como quiera que esa era la función habitual y natural del trabajador luego lesionado, lo que sí debió como jefe de almacén es precisamente adoptar una postura activa en orden a

evitar que ejerciera esa concreta actividad y que subiera a esa segunda planta en tanto no estuviera la misma dotada de las necesarias medidas de seguridad, es decir, debió conjurar el riesgo que le era conocido y no simplemente confiar en que no se materializara.

3.6. Los servicios de prevención.

EL ART. 31.3 LPRL DESCRIBE UN CATALOGO DE FUNCIONES PROPIAS DE LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN, QUE PRACTICAMENTE AGOTAN LA TAREA PREVENTIVA Y QUE EXCEDEN DE LA MERA LABORA DE ASESORAMIENTO Y APOYO AL EMPRESARIO.
EDJ 2013/130167
SAP A CORUÑA (2ª) Nº 373/2013, DE 12 DE JUNIO. REC: 553/2013, PTE. BARRIENTOS MONGE, LUIS

El tercer motivo del recurso se dirige a alegar la concurrencia de culpa del propio perjudicado, motivo que debe ser rechazado, pues, en primer lugar, no consta del relato fáctico de la sentencia que aquí se ha dado por reproducido, que se establezca que el perjudicado haya contribuido a disponer la colocación de la superficie que cubriría el hueco del ascensor, y que daría lugar al accidente. Ni tampoco consta en las actuaciones que el trabajador siniestrado tuviera conferidas funciones para el control y ejecución de la prevención de riesgos laborales. Nada debe llevarnos a deducir que el accidentado, aún siendo un trabajador, tuviera la capacitación y dotación técnica para tal prevención, posibilidad que sería factible con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del RSP. El artículo 31.3 LPRL describe un catálogo de funciones propias de los servicios de prevención, que prácticamente agotan la tarea preventiva y que exceden de la mera labor de asesoramiento y apoyo del empresario; por eso, el artículo 15 establece que los integrantes del servicio de prevención propio se dedicarán a esta tarea de forma exclusiva, mientras que los trabajadores designados lo harán por el tiempo que sea necesario (artículo 13.2 RSP). No consta, repetimos, que el trabajador accidentado fuera encargado, siquiera temporalmente, de tareas de prevención y control que determinaran que le pudiera ser exigida, en su caso, responsabilidad penal. Deducir una culpa del trabajador por no apercibirse de la nula condición de la plataforma sobre la que trabajaba, cuando, como se ha dicho, no consta que el mismo esté dotado de especial capacitación, ni, sobre todo, de facultades de decisión en la ejecución de la obra, por lo que no le es dable atribuirle contribución decisiva en el resultado lesivo producido.

LA AP CONFIRMA LA CONDENA DEL TÉCNICO DE PREVENCIÓN DE RIESGOS (SERVICIO AJENO), YA NI EL RIESGO ESTABA EVALUADO NI EL ANÁLISIS DEL EQUIPO DE TRABAJO ERA COMPLETO.
EDJ 2013/99404
SAP VALLADOLID (2ª) Nº 156/2013, DE 8 DE MAYO, REC. 18372013, PTE: SOL RODRÍGUEZ LOURDES

En relación con el Sr. Florencio, que era el técnico en materia de prevención de accidentes designado por FREMAP, servicio de prevención ajeno contratado por el gerente de VEPISA, se insiste por su Defensa en el escrito de recurso en que entre la documental aportada con el escrito presentado el 26 de enero de 2010 ante el Juzgado de Instrucción, se encuentra el análisis del riesgo de este equipo de trabajo así como sus medias correctoras. Efectivamente consta en los folios 591 y siguientes el escrito

presentado por esa representación al que se adjuntaron unos documentos, en primer lugar, el "Análisis y Evaluación de la Condiciones del Puesto de Trabajo" para el puesto de Mecánico- Electricista, evaluación realizada el 6 de agosto de 2001, en el que en relación con los "equipos de trabajo utilizados" se indica entre los "Factores de riesgo" en su punto 3 la "caída de objetos y desplome en la utilización de los equipos elevadores", proponiéndose una serie de medidas que se refieren fundamentalmente a la información y formación de los trabajadores, con entrega a éstos del manual de uso de los equipos de trabajo, así como una serie de medidas para un correcto uso de los equipos. Se indica en ese escrito que como documento numero dos se adjunta el "cambio de formato, en la evaluación" de fecha 7 de marzo de 2005 en el que "se refunde el plan inicial de 2001 y se refunden los factores de riesgo, con un formato actual".

_

Consta en los folios 362 y siguientes el Plan de Prevención elaborado por FREMAP (Sr. Florencio) el 2 de junio de 2004 que, en el apartado de "evaluación de riesgos" en relación con el análisis de riesgos de los equipos de trabajo (que es donde en la evaluación de 2001 se hacía referencia al riesgo de desplome de aparatos elevadores) se indica que su implantación corresponde al S.P.A. (Servicio de Prevención Ajeno) y que se encuentra "en curso", y consta en los folios 177 y siguientes el Plan de Prevención elaborado pro FREMAP (Sr. Florencio) el 7 de septiembre de 2005 (que según indica corresponde al periodo 2005/2007) en el que, en el apartado de "evaluación de riesgos" en relación con el análisis de riesgos de los equipos de trabajo se indica que su implantación corresponde al S.P.A. (Servicio de Prevención Ajeno) y que se encuentra "en curso", por lo que la revisión anual del Plan no modifica la de 2004, y en cuanto al análisis de riesgo de los equipos de trabajo (entre los que se encontraban los elevadores según la evaluación de 2001), no hay por tanto evaluación en el Plan de Prevención ya que ésta se encuentra "en curso".

_

El análisis y evaluación del puesto de trabajo de mecánico electricista realizada en marzo de 2005 (folio 594 a 597) en relación con los equipos de trabajo y las "condiciones peligrosas de los equipos a utilizar" si bien se indica en "equipos auxiliares" que se hace uso de elevadores mecánicos, no se contempla ningún riesgo derivado de la posible caída en el uso de aparatos elevadores, ni se propone por tanto ninguna medida de protección de los trabajadores al no contemplarse el riesgo.

_

En relación con el "Análisis de riesgos en Equipos de Trabajo", que se refiere al "Elevador 2C 2,5 TM" con número de inventario 220045, que consta en el folio 599 y que se aportó como documento D por la Defensa del Sr. Florencio ante el Juzgado de Instrucción, y que dicha representación estima que es el que acredita que sí que se había realizado dicha evaluación, debe tenerse en cuenta que el mismo constaba ya en el folio 83 en original, en el que constan no solamente la firma del Sr. Florencio y el sello de FREMAP sino también el sello de la empresa (que no constaba en la copia aportada al folio 599), que es el destinatario natural de dicho documento, precisamente para que la empresa pueda tomar conocimiento de las medidas que el técnico propone que se realicen, habida cuanta de que la valoración del equipo se marca como "deficiente", y se estima que la empresa debe realizar en relación con el mismo tanto modificaciones mecánicas en los pulsadores, como las modificaciones para su adecuación al R.D. 1215/97 EDL 1997/24268 . Este análisis no se incluyó en el plan de prevención ni en la evaluación de riesgos del puesto de trabajo ni en la de los equipos de trabajo realizada en marzo de 2005, así se recoge además en el Acta de la Inspección de Trabajo que obra

en los folios 43 y siguientes y en la que consta que en la visita girada por la Inspectora se encontraba el Sr. Florencio presente.

_

En el folio 95 consta el informe emitido por el Servicio de Prevención Ajeno en relación con el accidente que es objeto de enjuiciamiento y que ha sido realizado por el Sr. Florencio, y se señala como "medidas preventivas para evitar su repetición" el realizar un mantenimiento adecuado de los equipos de trabajo, formar e informar a los trabajadores sobre los riesgos de su puesto de trabajo así como de lo recogido en el manual de instrucciones de las máquinas. De ello se deriva que es a partir del momento en el que se produce el accidente cuando el técnico estima que hacen falta medidas preventivas correcta para evitar que vuelva a repetirse el mismo siniestro, lo que no incluyó en el la evaluación de riesgos, ni en el análisis de riesgos del puesto de trabajo ni tampoco en el análisis de riesgos en el equipo de trabajo que aportó y consta en el folio 599 y 83 en original. Si hay una referencia en la Evaluación de riesgos por Secciones (condiciones materiales) de VEPISA realizada por FREMAP el 7 de marzo de 2005, que en el folio 81 vuelto hace una referencia a los "aparatos y equipos de elevación", indicando como factor de riesgo que "alguno de los elevadores de vehículo carece de la protección de las partes móviles de las columnas de elevación", recibiendo la calificación de "deficiente" y proponiéndose como media el "revisar y proteger todos los elevadores para que no quede al descubierto ninguna zona de posible atropamiento", sin que se haga ninguna referencia al riesgo derivado del mantenimiento y conservación del propio aparato elevador ni a la precisa formación de los trabajadores en este punto.

_

Por tanto, ni el riesgo estaba evaluado cuando ocurrió el accidente ni el análisis del equipo de trabajo era completo, puesto que ninguna referencia se hizo a la necesidad de unas medidas de mantenimiento adecuado del equipo elevador, ni tampoco se hizo referencia a que los trabajadores recibieran formación e información sobre esta máquina, y por ello, aunque hayan recibido, según consta en la documental obrante en autos y se asume en la sentencia, formación e información, éstas no pudieron recaer sobre riesgos que no estaban evaluados ni sobre aspectos de los equipos que no habían sido tampoco valorados.

_

El artículo 4.1 del Real Decreto 39/1997 EDL 1997/22016 por el que se aprueba el reglamento de los servicios de prevención, exige que se haga una evaluación suficiente y adecuada, entendiendo por tal la que se extiende a cada uno de los puestos de trabajo, sin que sean admisibles evaluaciones genéricas, ya que deben estar referidas al proceso productivo de cada empresario en particular, de tal forma que el servicio de prevención debe hacer las advertencias necesarias para que se modifique el método de trabajo en el supuesto de que de éste se derive algún riesgo para los trabajadores. Esta falta de evaluación del riesgo ha llevado a que las medidas que tras el accidente se consideraron necesarias para evitar que una situación igual pudiera repetirse no fueran adoptadas con anterioridad, y éstas tienen relación directa con la producción del siniestro, puesto que abarcan un aspecto que se ha estimado fundamental para el accidente, el defecto en su mantenimiento, así como una deficiente formación e información del trabajador que no pudo serlo respecto de este riesgo al no haber sido el mismo evaluado, por ello se estima que la sentencia de instancia es correcta

_

Indica la representación del Sr. Florencio y FREMAP que la referencia que se hace en el Fundamento de Derecho Quinto a la condición de cooperador necesario del Sr. Florencio no es correcta, impugnación que sí debe ser estimada en esta resolución

porque la conducta del Sr. Florencio es autónoma respecto de la llevada a cabo por los Sres. Felipe y Fructuoso, se trata de acciones diferentes que infringen obligaciones diversas y que nace de posiciones distintas en relación con el trabajador y con las causas del siniestro, por lo que ha de estimarse que los tres condenados lo son como autores materiales del hecho.

3.7. Los sujetos activos en el ámbito de la construcción:

3.7.1. El promotor.

EL PROMOTOR NO TENÍA RESPONSABILIDAD ALGUNA EN ESTABLECER UN SISTEMA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES, Y MUCHO MENOS DE CONTROLAR DE ALGUNA MANERA LA EJECUCIÓN, AL TRATARSE DE UN OBRA MENOR.

SAP MADRID (1ª) Nº 479/2013, DE 25 DE OCTUBRE. PTE: PORRES ORTIZ DE URBINA, EDUARDO.

Un repaso de la normativa mencionada nos lleva a considerar que en la obra a que se refieren las presentes actuaciones no era necesario un proyecto constructivo y, por lo mismo, tampoco era necesario un estudio básico de seguridad y salud. El promotor no tenía responsabilidad alguna en establecer un sistema de prevención de riesgos laborales y, mucho menos, de controlar de alguna manera su ejecución. Se trataba de una obra menor en la que el único responsable del cumplimiento de las normas sobre prevención de riesgos laborales era el constructor por lo que tampoco en este ámbito puede establecer una responsabilidad compartida o una relación de dependencia entre constructor y promotor.

ABSUELVE A LOS ADMINISTRADORES DE LA PROMOTORA, PUES AL PROMOTOR LE INCUMBE ENCARGAR EL ESTUDIO DE SEGURIDAD Y DESIGNAR EL COORDINADOR DE SEGURIDAD Y SALUD Y NO VIGILAR EL USO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LA OBRA: SAP Almería (1ª) 126/2013, de 13 de mayo. Recurso 164/2013, dimanante de procedimiento abreviado 532/2011, del juzgado de lo penal número 4 de Almería.

"Ahora bien, como se señala en la SAP Almería de 23/10/2006 no se puede pretender derivar de este precepto la imposición de una responsabilidad penal por el mero hecho de ser empresario. Una tal comprensión sería contraria a los principios de un derecho penal de hecho y nos colocaría, indefectiblmente, en la senda de un inaceptable Derecho penal de autor. Es por ello que hay que concretar la operatividad de mecanismos tales como la delegación de competencias, o la existencia de terceras personas que contractual y/o materialmente se abroguen estas competencias, lo que podría fundamentar la responsabilidad penal de éstos y diluir la responsabilidad originaria del empresario. En este mismo sentido las SSAP de Almería 24/10/2006 y 20/12/2005 de esta misma sección en que se señala "Dada la naturaleza del art. 316 del Código Penal EDL 1995/16398 como norma precisada de completar su contenido con las obligaciones concretas impuestas en la legislación laboral en materia de prevención de riesgos en el

trabajo, disposiciones laborales que antes hemos afirmado respecto del tipo penal en estudio, hemos de examinar las concretas obligaciones que impone la normativa vigente al promotor de una edificación, normativa que está básicamente integrada por el Real Decreto 1627/1997 de 24 de octubre sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción y EDL 1997/24683, en cuanto resulte aplicable, por la Ordenanza de Trabajo de la Construcción aprobada por Orden Ministerial de 28 de agosto de 1970. Así, el Real Decreto 1627/1997 EDL 1997/24683 define al promotor en su art. 2 apartado 1 c) como "cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice una obra", y le impone como obligaciones encargar que en la fase de redacción del proyecto se elabore un estudio de seguridad y salud, de carácter básico u ordinario según la entidad de la obra (art. 4.1), estudio que debe ser elaborado por el técnico competente que el propio promotor designe (arts. 5 y 6), y además exige el art. 7 que cada contratista elabore un plan de seguridad y salud en el trabajo en el que se analicen, desarrollen y complementen las previsiones contenidas en el estudio de seguridad y salud, obligación cuyo cumplimiento debe ser exigido por el promotor y, por otra parte, cuando en la ejecución de la obra intervenga más de una empresa, o una empresa y trabajadores autónomos o diversos trabajadores autónomos, el promotor debe designar un coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra (art. 3.2). Ahora bien, es claro que quien tiene la obligación diaria, continua y concreta de aplicar sobre el terreno los medios de seguridad materiales que procedan es el empleador, es decir, el contratista o los contratistas bajo cuya dependencia operan los trabajadores, conforme a lo previsto en el art. 11 del Real Decreto 1627/1997 EDL 1997/24683, no siendo exigible al promotor que mantenga una actuación de presencia física en la obra y de vigilancia sobre la instalación y uso de los medios de seguridad".

Dando por reproducida la valoración de la sentencia y en la inmediación diferida que permite la reproducción de las dos sesiones del juicio y declaraciones ratificadas desde la perspectiva limitada que representa la alzada en los términos expuestos, si bien los administradores de la promotora, son sujetos "legalmente obligados", cumplieron sus obligaciones desde la perspectiva del derecho penal con el encargo de un profesional del plan y estudio de seguridad, nombramiento de coordinador y asegurarse la imposición a la contratista Revestimientos de Fachadas, S.L., con constancia escrita de designación de supervisor (folio 250 de las actuaciones) que la sentencia declara probado que realmente no existía –hecho no combatido- y si bien, ello no exime de obligaciones de control y vigilancia, tampoco se le puede exigir desde la perspectiva del dolo consciente y la necesidad de "conocimiento" del art. 318, así como desde su posición de garante se encuentren en "situación fáctica de evitar", que a los administradores que se encargan de las ventas –así se desprende de su declaración en juicio y ratificación de las declaraciones de instrucción-, desciendan a "pie de obra a revisar la colocación de un andamio, cuando como promotores han contratado profesionales específicos para ese control y vigilancia y se han asegurado de exigírselo al contratista. Es más, como alega su defensa y en una mera revisión de datos objetivos del pronunciamiento de instancia, en la fecha de los hechos 29 de noviembre de 2004, no estaba en vigor la norma a que aluden tanto el Fiscal como la acusación particular, pues la adicional única del RD 1627/97 por el que se establecen medidas mínimas de seguridad y salud en la construcción se introdujo por el RD 604/2006; en la redacción vigente a la fecha de siniestro (noviembre 2004) del RD 171/2004 de 30 de enero por el que se desarrolla el art. 24 de Prevención de Riesgos Laborales en materia de coordinación de actividades empresariales (BOE 31/01/2004) no existía ese recurso preventivo a que aluden las partes y las exigencias de la disposición adicional primera "Aplicación del Real decreto a obras de construcción" en cuanto a promotores eran más flexibles en materia de

seguridad y salud, flexibilidad que desde luego en el campo del derecho penal y sus principios no se puede interpretar en contra del reo.
En definitiva, la sala desde la perspectiva limitada que permite la presente y teniendo en cuenta la normativa laboral vigente, los datos objetivos obrantes, las exigencias del tipo del art. 316 y art. 318 del Código Penal en conexión con el hecho causal sometido a enjuiciamiento, comparte la valoración del órgano a quo, confirmando la absolución de los dos administradores y de la entidad que representan en el campo civil, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que en su caso hubiera lugar."

3.7.2. El subcontratista.

EL SUBCONTRATISTA SE HALLA SOMETIDO A LAS PREVISIONES DEL PLAN DE SEGURIDAD ELABORADO POR EL CONTRATISTA, PERO, A SU VEZ, ES RESPONSABLE DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS RESPECTO A SUS PROPIOS TRABAJADORES.
SAP GRANADA (2ª) Nº 579/2013, DE 15 DE NOVIEMBRE. REC: 35/2013. PTE: SAENZ SOUBRIER, JOSÉ JUAN.

Pues bien, expuesto lo anterior, no se vislumbra dónde radica la no facilitación de los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad adecuadas que exige el artículo 316 del Código Penal para conformar el delito que la sentencia recurrida estima cometido. No ha de olvidarse que la facilitación de dichos medios -entre los que se incluía, sin duda, una adecuada formación de los trabajadores- competía primordialmente al personal responsable de "Felca-Mar, S.L.", por ser ésta una empresa especializada en el montaje y desmontaje de complejas estructuras auxiliares en el ámbito de la construcción, cualidad por la que precisamente fue contratada por "Construcciones Guada-Solana, S.L.", contratista principal de las obras y propietaria de la plataforma elevadora (claramente se dice en la sentencia que "Construcciones Guada-Solana, S.L." y "Felca-Mar, S.L." formalizaron un contrato de arrendamiento de servicios "por la experiencia y la capacitación de los empleados de Felcamar S.L. en las operaciones de montaje y desmontaje de este tipo de andamios móviles"). Pero el Juzgado ha invertido los términos de este planteamiento, argumentando que al administrador de "Felca-Mar, S.L." sólo le competía designar los operarios que debían proceder al montaje y desmontaje de dicha plataforma. La Sala no comparte este parecer, por cuanto el artículo 2.2 del R.D. 1.627/1.997, de 24 de octubre , por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción, dispone que "el contratista y el subcontratista a los que se refiere el presente Real Decreto tendrán la consideración de empresario a los efectos previstos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales", lo que significa que el subcontratista se halla sometido a las previsiones del plan de seguridad elaborado por el contratista (v. art. 7.1 del propio R.D.), pero, a su vez, es responsable de la prevención de riesgos respecto de sus propios trabajadores. Es verdad que la sentencia recurrida insiste mucho en que "Felca-Mar, S.L." no era una subcontratista de "Construcciones Guada-Solana, S.L.", sino una mera arrendataria de servicios (aunque el contrato suscrito entre ambas habla justamente de "subcontrata" -folios 75 y ss.-); pero desde el punto de vista que aquí interesa debe atribuirse a "Felca-Mar, S.L." la condición de verdadera subcontratista: en primer lugar, porque el artículo 2.1,i) del R.D. 1.627/1.997 denomina como tal a "la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista, empresario principal, el compromiso de realizar determinadas partes o

instalaciones de la obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución"; y en segundo lugar porque mientras ejecutara las tareas contratadas, se hallaba sometida a la disciplina del coordinador de seguridad, según lo establecido en el artículo 9,b) del R.D. de referencia, y debía cumplir por tanto las obligaciones impuestas por el artículo 11 de la misma norma , entre ellas las de "cumplir la normativa en materia de prevención de riesgos laborales" y "atender las indicaciones y cumplir las instrucciones del coordinador en materia de seguridad". Es por eso que el coordinador de seguridad debió ser informado por la contratista principal y por la misma subcontratista de las tareas que ésta iba a desempeñar en relación con la plataforma elevadora. Ahora bien, una cosa es que esta prevención no se cumpliera, y otra muy distinta que ello, por sí mismo, señale la comisión del delito previsto en el artículo 316 del Código Penal por el aquí recurrente. En cuanto a esto hemos de reiterar nuestra opinión de que los trabajadores accidentados eran capaces, gozaban de suficiente formación y contaban con los necesarios medios de seguridad (así lo proclama una y otra vez la sentencia apelada, que nadie combate en ese punto); pero por un exceso de confianza dejaron de adoptar sencillas medidas a su alcance para evitar que la plataforma monomástil se desestabilizara una vez retirada la única sujeción prevista, la cual fue anclada a la cornisa del tejado en condicionales tales que a cualquier observador prudente le habrían hecho temer un riesgo de caída tan pronto como el mástil quedara libre de dicha sujeción.

3.7.3. El arquitecto.

LA AUDIENCIA CONSIDERA QUE EL ARQUITECTO ABSUELTO, AUNQUE LE INCUMBE UNA SUPERIOR VIGILANCIA DE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA, NO TIENE LA OBLIGACIÓN DE SUPERVISAR EL MONTAJE DE UN ANDAMIO QUE PROVOCÓ EL ACCIDENTE LABORAL: SAP Almería (1ª) 126/2013, de 13 de mayo. Recurso 164/2013, dimanante de procedimiento abreviado 532/2011, del juzgado de lo penal número 4 de Almería.

"En el concreto caso, es indiscutible la superior vigilancia de la ejecución, pero coincidimos con el órgano a quo que en materia de seguridad y formación de riesgos y, en concreto, en cuanto a supervisión de montaje de andamios donde se aprecia el riesgo objeto de enjuiciamiento y que tuvo lugar el viernes anterior al siniestro, D. P. carecía de funciones más allá de las genéricas de todo profesional, sin que en el marco del art. 8 y 12 de la Ley de Ordenación de la Edificación, pueda exigirse obligaciones en la materia que excedan de las previstas en el proyecto a modo de principios generales a terno del RD 1627/97 (art. 8 y art. 10), así como las de superior dirección, pues se insiste no era coordinador de seguridad y es un hecho no combatido que existía un coordinador de seguridad en la obra, lo que enlaza con el siguiente recurso."

3.7.4. El arquitecto técnico.

EL ARQUITECTO TÉCNICO DEBE TOMAR UNA ACTITUD ACTIVA Y COMPROBAR PERSONALMENTE QUE LA OBRA SE DESAROLLA EN CONDICIONES DE SEGURIDAD.
SAP MÁLAGA (1ª) Nº 119/2013, DE DOCE DE MAYO. PTE: LINARES ARANDA, RAFAEL.

El Decreto 265/1971 de 19 de febrero, que regula las facultades y competencias profesionales de los Arquitectos Técnicos, dispone en su artículo 1ª 3 que corresponde al aparejador: "Controlar las instalaciones provisionales, los medios auxiliares de la construcción y los sistemas de protección, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la seguridad en el trabajo".

Esto significa que el arquitecto técnico debe tomar una actitud activa y comprobar personalmente que la obra se desarrolla en condiciones de seguridad. Confiar en otra persona, sin su misma cualificación técnica, no es aceptable. Es lo que la sentencia del Tribunal Supremo de veintiséis de septiembre de 2001 define como la obligación del arquitecto técnico o aparejador "de estar a pie de obra y obligado 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 empresario, sólo mediante su control y comprobaciones se puede evitar la omisión del empresario".

Los acusados E…. -como arquitecto técnico- y J… -como empresario de la empresa subcontratada- hicieron dejación de sus funciones al dejar en manos de unos trabajadores que carecían de conocimientos de montaje del andamio sin supervisión, de ninguna especie o ni siquiera dar instrucciones sobre como hacerlo, asuntos ambos de su competencia. También era su obligación verificar la estabilidad y solidez del andamio y sus elementos de fijación una vez instalado y previamente a su uso. Si hubiesen hecho esta comprobación, habrían descubierto que no ofrecía garantías suficientes, como certificó el Inspector de Trabajo al examinar las condiciones de trabajo al día siguiente de la caída. No se ocuparon de asegurarse periódicamente de que no estaba anclado al muro y de que estaba mal calzado y apoyado, lo que producía un desplazamiento constante e involuntario, máxime cuando existía un movimiento transmitido al andamio, tanto por la fuerza ejercida por el trabajador al aplicar la pistola de clavos perpendicularmente contra el muro, como la producida al disparar aquella para hincar los clavos que permitían fijar la lámina drenante sobre el muro, como así fue y dio lugar a la pérdida de equilibrio y caída que tuvo lugar el día de los hechos.

No existía un plan de seguridad de la obra que hubiera fijado la obligación de revisar los andamios diariamente al inicio de la jornada laboral y realizar una prueba de carga, ya que la empresa PCCM S.L., presentó un Plan de Seguridad y Salud en el trabajo, relativo a la obra en cuestión, 5 días después del accidente, en fecha 16 de febrero de 2004, sellado en el Colegio de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Málaga, en fecha 24 de febrero de 2004. Todo el sistema de protección del trabajador ideado por la Ley 31/1995 de 8 de noviembre falla, porque el plan de prevención de riesgos es inexistente y esa es la primera omisión grave por parte de los acusados en el cumplimiento de su obligación de garantizar la seguridad en el trabajo de los trabajadores.

Si los acusados hubieran atendido esas prescripciones y además visitado la obra, habrían podido darse cuenta de que los obreros no disponían de sujeciones independientes del propio andamio, es decir, cinturones de seguridad con anclaje u otros medios de protección equivalente. No cumplieron ninguna de esas obligaciones y por tanto son responsables de la infracción de normas básicas de seguridad en la obra.

La conducta alcanza la gravedad suficiente como para justificar la aplicación de la Ley Penal porque omitieron el control necesario sobre las condiciones de seguridad, tanto las legalmente establecidas como las más elementales que deben tenerse en cuenta cuando unos trabajadores han de moverse en un andamiaje situado, sin anclar, junto a un muro de cuatro metros de altura, con evidente riesgo de poder precipitarse (en este mismo sentido, sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, S 26-9-2001, nº 1654/2001, rec. 4513/1999. Pte: Martín Canivell, Joaquín).

3.7.5. El coordinador de seguridad.

LOS DEBERES DEL COORDINADOR DE SEGURIDAD NO SE RELAJAN POR EL HECHO DE QUE SE HAYA DESIGNADO SERVICIO DE PREVENCIÓN PROPIO DE LA EMPRESA.
SAP CORUÑA (2ª) Nº 20/2013, DE 14 DE ENERO. PTE: TABOADA CASEIRO, MARÍA DEL CARMEN.

Asimismo se alude al art. 9 del R.D. 1627/97 de 24 de Octubre que establece las obligaciones del coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra.
En definitiva vuelve a reiterar que no ha incumplido sus obligaciones en base al análisis de la prueba que la recurrente viene exponiendo; pero que ya hemos considerado que es razonable.
Por tanto en cuanto a esa coordinación que le impone el art. 9 no puede entenderse debidamente cumplida como pretende puesto que no es de carácter tan genérico, ni puede ser tan inconcreta o relajada por el hecho de que se haya designado servicio de prevención propio de la empresa.

ENTIENDE LA AP QUE EL COORDINADOR DE SEGURIDAD TIENE LA OBLIGACIÓN DE VIGILAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.
EDJ 2013/130167
SAP A CORUÑA (2ª) Nº 373/2013, DE 12 DE JUNIO. REC: 553/2013, PTE. BARRIENTOS MONGE, LUIS

Alega el recurrente que a él no le correspondía supervisar directamente la marcha de la obra, sino que ello le correspondía al empresario, que era a quine incumbía que se observaran las reglas y medidas de seguridad. Pero ello debe ser rechazado, asumiendo lo que al respecto se razona por la sentencia de instancia. Hemos de decir que con anterioridad a la existencia del RD 1627/1997 EDL 1997/24683, la jurisprudencia contemplaba a todos los técnicos y auxiliares de la construcción bajo la circunstancia común del ejercicio de un mando: "... la vigilancia acerca de que se cumplan todas las medidas de seguridad reglamentariamente establecidas viene impuesta con carácter general a todos los que ejercen cargos de mando, desde el arquitecto al simple encargado (STS del 11 de julio de 1980). Por ello exigía indistintamente el cumplimiento del deber de cuidado en relación con la seguridad laboral a "cuantos dirigen y se hallan al cuidado de una obra" (STS del 15 de julio de 1992). Consecuentemente postulaba "una responsabilidad en cascada en virtud de la cual conjuntamente sin exclusiones incompatibles distintos técnicos en mayor o menor competencia profesional coadyuvan al resultado" (STS del 3 de febrero de 1992). Concretamente, en relación con los arquitectos y aparejadores la jurisprudencia objetivaba el deber de cuidado sin reparar en atribuciones formales de rango reglamentario, teniendo por no exclusiva la competencia de los segundos en materia laboral. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo del 18 de enero de 1995 señalaba que al arquitecto: "... incumbe como máximo responsable velar por el cumplimiento de las normas relativas a la seguridad de las personas que allí desarrollan

sus tareas sin que pueda servir de excusa el que haya una reglamentación (Decreto 265/1971 EDL 1971/941) que específicamente encomiende esta función al aparejador o arquitecto técnico. Tal obligación específica del aparejador no excusa la genérica del arquitecto superior...". Y no hay motivo para que esta trayectoria jurisprudencial haya cambiado con el RD 1627/1997 EDL 1997/24683, pues el mismo confiere al coordinador en materia de seguridad y salud y a la dirección facultativa tales obligaciones, que los convierten en garantes de particulares de la seguridad de los trabajadores. Obligación que no se acaba con la elaboración de los estudios y planes de seguridad, sino que su presencia en la obra aparece reforzada desde el momento en que tienen obligación de vigilar el cumplimiento de las medidas de seguridad, advirtiendo en caso contrario al contratista. Este deber de vigilancia y control posterior por parte del arquitecto técnico está sancionado, entre otras, por la sentencia del Tribunal Supremo del 5 de septiembre de 2001. Se afirma que no se especifica cual es la relación de causalidad que pueda fundar esta obligación del recurrente, pero tal defecto no es apreciable en la sentencia de instancia, cuando se observa del relato fáctico y de su fundamentación que, siendo la causa del accidente, la colocación de una plataforma que carecía de la solidez necesaria para soportar el peso de las laboras que se realizaban sobre la misma, cubriendo el hueco del ascensor, colocación que no puede reputarse que haya sido algo ocasional y puntual, sino que su empleo y colocación tenía una permanencia, que tenía que haber sido apreciado por el recurrente, en sus expuestas obligaciones de presencia en la obra, para controlar que el trabajo se realizaba en condiciones de seguridad.

LA AP CONFIRMA LA CONDENA DEL ADMINISTRADOR DE LA EMPRESA CONTRATISTA Y EL COORDINADOR DE SEGRIDAD, YA QUE ANTE UNA MODIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA OBRA, NO SE MODIFICÓ EL PLAN DE SEGURIDAD.
SAP CASTELLÓN (2ª) Nº 70/2013, DE DIECIOCHO DE FEBRERO, PTE: GÓMEZ SANTANA, ELOISA

En virtud de las consideraciones precedentes el motivo del recurso ha de ser desestimado, pues partiendo de lo expuesto es ajustada a derecho la incardinación de la conducta de los acusados en el art. 316 del CP. Al concurrir en los mismos los requisitos configuradores de las referidas figuras delictivas, saber: la conducta omisiva en virtud de lo ya expuesto, las puesta en peligro grave de la vida, habida cuenta del desenlace de los hechos, la infracción de las normas laborales al respecto tal y como expone la Inspección de Trabajo y la sentencia de instancia y la conciencia del peligro, siendo de destacar que con pleno conocimiento de la propiedad y del coordinador de seguridad no se descargaba en la forma prevista en el Plan de seguridad, y en este aspecto también comparte la Sala el razonamiento que contiene la sentencia de instancia cuando dice: *Ese dolo aparece aquí porque, como se ha dicho, al haberse introducido una modificación en el desarrollo de la obra, como fue la sustitución de la grúa-torre por camiones grúa, el Coordinador de Seguridad y Salud debió modificar el Plan de Seguridad de acuerdo con la decisión adoptada por la constructora con su consentimiento, adatándolo a las nuevas circunstancias de la obra y no lo hizo. Esto es, no sólo no adoptó nuevas medidas de seguridad, sino que no impartió nuevas órdenes a los trabajadores para que realizaran las tareas de descarga con las garantías exigidas legalmente, ni se acondicionó el nuevo lugar/es de trabajo. De ello se deriva*

un incumplimiento tanto por parte del administrador de la constructora o contratista…, como por parte del Coordinador de Seguridad y Salud, derivado de lo expuesto y justificado en los incumplimientos de la normativa anteriormente citada".
En el mismo orden de cosas y como argumenta la sentencia: "La falta de instalación de la grúa torre y del resto de elementos que debían ubicarse en la zona de acopio, como bien dice la sentencia, motivó que los materiales suministrados, en lugar de descargarse en un punto fijo alejado de las líneas eléctricas, se dejarán a pie de obra siendo izados desde fuera de la edificación, a los distintos niveles de la nave, haciéndolo por cualquiera de sus lados accesibles, pero sin la existencia de medidas colectivas de protección que impidieran el acceso a la zona de la nave, próxima a las líneas eléctricas, de equipos de elevación de cargas dotados de grúas y brazos hidráulicos, que pudieran entrar en contacto con las citadas líneas, o cuanto menos, la colocación de señales visuales que advirtieran a este tipo de vehículos de la proximidad de las líneas, o simplemente, la prohibición de trabajar en aquella fachada con grúas y mecanismo de elevación de cargas a la que se podía llegar con camiones y vehículos de todo tipo, sin dificultad e impedimento alguno".

EL COORDINADOR DE SEGURIDAD TENÍA LA MISIÓN DE ASEGURARSE DE QUE LA OBRA CONTABA CON LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD SUFICIENTES PARA GARANTIZAR LA INTEGRIDAD DE LOS TRABAJADORES.
SAP JAÉN (2ª) Nº 54/2013, DE DIEZ DE ABRIL. PTE: CÓRDOBA GARCÍA, JOSÉ ANTONIO.

Continua el apelante su discurso impugnatorio de la sentencia de instancia alegando violación de la normativa que regula la figura del coordinador en materia de Seguridad y Salud y contenida en el art. 9 del RD 1627/97. El motivo no puede estimarse, pues si bien en la obra no existía más que una empresa constructora, ello no determina que el coordinador no tuviera más función que la de coordinar las distintas empresas, sino que tal y como señala la resolución recurrida tenía la misión de asegurarse de que la obra contaba con las medidas de seguridad suficientes para garantizar la integridad de los trabajadores, amén de que como promotor y Arquitecto Técnico formaba parte del equipo facultativo de la construcción, por lo que conforme a lo dispuesto en el RD citado por el apelante no se conculca la normativa contenida en el mismo por la resolución de instancia que debe mantenerse con perecimiento del motivo de recurso alegado.

CONFIRMA LA CONDENA DEL COORDINADOR DE SEGURIDAD, YA QUE ÉSTE NO CUMPLIÓ SU COMETIDO DE CONTROL DEL PROCEDIMIENTO DE TRABAJO. SU FUNCIÓN NO ES SOLO LA DE COORDINAR, COMO PODRÍA PENSARSE POR EL TÍTULO DE SU CARGO, SINO LA DE CONTROLAR Y VIGILAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD QUE DEBEN APROBAR EN EL PLAN DE SEGURIDAD.
SAP MÁLAGA (1ª) Nº 523/2013, 16 DE JULIO, PTE. LINARES ARANDA, RAFAEL.

Es nuestro parecer que el acusado como coordinador de seguridad de la obra no cumplió adecuadamente su cometido de control del procedimiento de trabajo que nos ocupa, tal y como se desprende del contundente informe pericial, analizado anteriormente. No consta que el acusado verificase que los trabajos de estructura se ejecutaran sin la

adopción de medidas de protección colectiva (redes de encofrados) que eviten el riesgo de caída al vacío de los operarios que intervienen en el proceso constructivo. Tampoco de comprobar si se habían instalado otros medios alternativos y eficaces de protección colectiva (redes adecuadas) ni si se había dotado a los trabajadores de medios de protección individual. No efectuó ningún control, ni dio las instrucciones oportunas, para el efectivo cumplimiento de las medidas previstas en el Plan de Seguridad previamente diseñado. El artículo 14.1 del Real Decreto 265/1971, de 19 de febrero EDL1971/941 ya disponía que "cuando el coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra o cualquier otra persona integrada en la dirección facultativa observase incumplimiento de las medidas de seguridad y salud, advertirá al contratista de ello, dejando constancia de tal incumplimiento en el libro de incidencias, cuando éste exista de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del art. 13 y quedando facultado para, en circunstancias de riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores disponer la paralización de los tajos o, en su caso de la totalidad de la obra.
Como recuerda la Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 25-1-2012, nºº 43/2012, rec. 172/2010. Pte: Parragón i Bregolat, Miguel Ángel, que se cita la SS AP Vizcaya Secc. 1ª de 13-9-2007 EDJ2007/273851, SAP Alicante Secc. 2ª de 14-7-2010 EDJ 2010/164009, SAP Tarragona (secc. 2ª) de 15-6-2007 EDJ2007/164920 o la de SAP Granada (secc 2ª) de 31-10-08 EDJ2008/357731, su función no es solo la de coordinar, como podía pensarse por el título de su cargo, sino la de controlar, y vigilar el cumplimiento de las medidas de seguridad que deben aprobar en el plan de seguridad, y que de otro modo serían inútiles, de manera que también responde criminalmente de dicha dejaciones.
(La referencia el RD 265/1971, de 19 de febrero es erróneo, ya que l referencia era del RD 1627/1997).

CONFIRMA LA AP LA CONDENA DE LOS DIRECTORES DE EJECUCIÓN DE LA OBRA Y COORDINADORES DE SEGURIDAD, YA QUE TENÍAN LA OBLIGACIÓN DE VELAR POR EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA VIGENTE EN MATERAI DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.
SAP MÁLAGA (3ª) Nº 730/2013, DE 27 DE DICIEMBRE. PTE: GARCÍA GUITIEREZ, FRANCISCO JAVIER.

Y tal responsabilidad también ha de abarcar a los otros dos acusados…..que eran directores de la ejecución de la obra, cuyas funciones y responsabilidades vienen determinadas en el art. 13 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, siendo estos igualmente los que aprobaron el Plan de Seguridad y Salud de "….." asumiendo ambos acusados por esa doble condición, y como coordinadores de seguridad, la obligación de velar por el cumplimiento de la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales y de las medidas de seguridad precisas para cada actividad, sin que ni uno ni otro adoptaran la medidas necesarias de prevención para evitar que el trabajador cayera, pudiera caer por el hueco u ojo de patio existente en la cubierta en la que estaba trabajando, en la que no existía medida de protección colectiva que la evitara.

LA AUDIENCIA ABSUELVE EL COORDINADOR DE SEGURIDAD YA QUE LA IMPRUDENCIA DEL MISMO NO TIENE INTENSIDAD BASTANTE

PARA CONCLUIR QUE SU ACTUACIÓN FUERA CONSTITUTIVA DE DOS DELITOS DE HOMICIDIO IMPRUDENTE.
SAP TERUEL (1ª) Nº 40/2013, DE 13 DE NOVIEMBRE. PTE: RIVERA BLASCO, MARÍA TERESA.

El Tribunal Supremo "viene repitiendo con reiteración que la existencia de la culpa requiere, en primer lugar, el desprecio del cuidado que las circunstancias exigen y, en segundo lugar, que el hecho sobrevenido pudiera ser previsto, y en estas condiciones, y especialmente cuando se trata de imprudencias de orden técnico o profesional en el ramo de la construcción, ha de determinarse previamente y con la mayor atención, cuáles fueron las facultades y deberes que podía ejecutar y estaba obligado a cumplir quien dirigía las operaciones u otras en el curso de las cuales se produjo el accidente para decidir si olvidó las precauciones necesarias para impedirlo en el caso de que fuera consecuencia de dichas operaciones u otras, y si pudo ser previsto" (STS de 24 de abril 1980, entre otras).
Aun partiendo del hecho del convencimiento por parte del Sr. Grada de que la retirada del tapón que había ordenado requería descender por el pozo de registro ya instalado, pues ésta era la vía de acceso natural ya que realizarlo en espacio abierto suponía la apertura de una zanja alrededor del pozo con la consiguiente demolición de baldosas, excavación, etc, correspondía al Jefe de Obra de la empresa contratista decidir la metodología del trabajo para llevar a cabo esta concreta unidad de obra, la retirada del tapón, y haber proporcionado a los dos trabajadores los equipos de protección necesarios y adecuados frente al riesgo de asfixia en espacio confinado. Al Sr. G…, en su condición de coordinador de seguridad y salud, no le era exigible la realización de advertencias o instrucciones pertinentes a los trabajadores de E…, o al jefe de obra para dicha misión concreta y neutralizar así el riesgo, ni advertir sobre el procedimiento de trabajo adecuado para la realización de dicha tarea en aquél momento preciso. Y puesto que el plan de seguridad y salud únicamente contemplaba trabajos en espacio abierto, ante la necesidad de introducirse los trabajadores en un espacio confinado debió el Jefe de Obra contemplarlo expresamente, y conforme al artículo 7.4 del RD 1627/1997, modificarlo ante dicha incidencia y presentarlo al director de la obra para su aprobación expresa.
Por ello esta sala entiende que la posible imprudencia e que pudo incurrir el recurrente no tiene entidad bastante para incardinar el tipo penal que se le imputa. La moderna doctrina sobre culpa establece una distinción esencial entre la culpa penal y culpa civil, exigiendo el tratamiento jurídico penal de la imprudencia de una estricta observancia de los principios que rige el proceso penal y, por tanto, de la concluyente prueba de la efectiva omisión del deber de cuidado, rechazándose cualquier construcción objetiva o presuntiva de la culpa deducida del resultado, propia del ámbito civil. La interpretación de las diferencias ente la culpa penal y la civil se ha de llevar a cabo en directa relación con la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que proclama la intervención mínima del Derecho Penal para la resolución de conflictos humanos, porque en caso contrario se estarían criminalizando conductas que no son encuadrables en el ámbito del derecho punitivo, atribuyéndosele a éste un carácter extensivo que es contrario al que asigna un estado de derecho como el definido en nuestra Constitución. Para configurar la imprudencia penal, aparte de los elementos comunes a ambas –acción u omisión voluntaria pero no dolosa, daño, nexo causal y falta de previsión debida, factor psicológico o subjetivo y eje de la conducta imprudente, en cuanto propiciador del riesgo –es imprescindible la concurrencia de un factor normativo o externo, representado por la infracción del deber de cuidado, ya traducido en normas

convivenciales o experienciales , tácitamente aconsejadas y observadas en la vida social en evitación de perjuicios de terceros, ya en normas específicas reguladoras de determinadas actividades, que por fuera de su incidencia social, han merecido una normativa reglamentaria o de otra índole, en cuyo escrupuloso cumplimiento cifra la el comunidad el peligro dimanante de las actividades referidas (STS 22 septiembre 1995 y 14 febrero 1997).

COORDINADOR DE SEGURIDAD AUTOR (COOPERADOR NECESARIO) DEL DELITO DE RIESGO: SAP Almería (1ª) 126/2013, de 13 de mayo. Recurso 164/2013, dimanante de procedimiento abreviado 532/2011, del juzgado de lo penal número 4 de Almería.

"Desde el punto de vista penal a los efectos del art. 316 del Código y en cuanto al objeto de enjuiciamiento se considera esencial su condición objetiva y no combatida, de coordinador de seguridad cuyas funciones se describen en el art. 9 del RD 1627/1997, así como el art. 14 del RD 171/2004 ya citados. La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2001, ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. En ella se argumenta que el art. 316 presenta algunas diferencias de redacción con la que tenía en el Código precedente (artículo 348 bis, a) EDL 1973/1704 en el que, junto al verbo facilitar se incluía la omisión de "exigir" las condiciones de seguridad. El tipo penal que incorpora el actual artículo 316 del Código Penal EDL 1995/16398 es un delito de omisión -de las medidas de seguridad e higiene adecuadas-, pero al que se añade la exigencia de que, en conexión causal, 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 y solo afecta a los legalmente obligados a facilitarlas. Sin embargo la mera redacción no se interpreta inadecuadamente como excluyendo de obligación legal a quien, por sus funciones de arquitecto técnico, ha de estar a pié de obra y obligado 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 empresario, solo mediante su control y comprobaciones se puede evitar la omisión del empresario, de tal modo que la omisión del actual recurrente constituyó una cooperación necesaria a la comisión del delito y, por ello, ha de entendérsele sin lugar a dudas como autor también del mismo delito. Por consiguiente, el Tribunal Supremo ha estimado en esa resolución que si bien el calificativo de autor en sentido estricto no puede aplicarse a los técnicos de una obra por no estar obligados a facilitar o proporcionar los medios idóneos para garantizar la seguridad de los trabajadores, sí pueden estos sujetos ser condenados como cooperadores necesarios en su modalidad omisiva, con la correspondiente equiparación punitiva (art. 28 del CP), en los casos en que con su intervención pudieran evitar las omisiones del empresario en la facilitación de los medios, si bien creemos necesario aclarar que desde luego al autor no se le está puniendo por no vigilar o controlar que los trabajadores utilicen los medios que se le proporcionan, sino que el delito de riego del art. 316 sólo contempla como conducta punible el no facilitar los medios necesarios para garantizar las medidas de seguridad e higiene, pero no el evitar , mediante la vigilancia y el control, que los trabajadores no los utilicen en su labor diaria.

…

Sin lugar a duda, además de los graves incumplimientos del plan de seguridad en esa concreta obra objetivados por el acta de la inspección, coincidimos en que en esa obra el acusado no coordinó –omitió pese a su obligación legal- las distintas actividades y sujetos en la correcta instalación del andamio de características distintas al riesgo

contemplado en su plan que se descuelga antes de iniciar su uso, y ni adoptó medidas para garantizar el uso de los medios adecuados por parte de los trabajadores para minorar riesgos y de que estos estaban capacitados y formados para ese montaje específico, ni se cercioró de la "real existencia" del propio supervisor de seguridad "formalmente designado (Folio 520) –D. F.- con su firma como exterioriza la sentencia en su fundamento tercero, motivando como ante ese "conocimiento" actuó, singularmente ante el contratista–constructor en cuestión, permitiendo a los trabajadores y no solo a D. I. desempeñar en ese marco de grave riesgo su trabajo, sin la existencia de vigilante de seguridad, ni mero encargado de obra."

3.7.6. La dirección facultativa.

LA ACTUACIÓN DE LA DIRECCIÓN FACULTATIVA PODRÁ REVESTIR TIPICIDAD EN TANTO QUE CONSTE, POR UNA PARTE SU CONOCIMIENTO DE LAS INFRACCIONES DEL PLAN DE SEGURIDAD Y QUE PESE A ESE CONOCIMIENTO HAYA OMITIDO ADVERTIR DE SU CUMPLIMIENTO.
EDJ 2013/141898
SAP ALICANTE (3ª) Nº 149/2013, DE 14 DE MARZO. REC: 9/2013, PTE: MIRA-PERCEVAL VERDÚ, JOSÉ.

El delito contra la seguridad de los trabajadores previsto en el art. 316 CP EDL 1995/16398 , y en el caso presente 317, es un delito especial, del que solo puede ser sujetos activos los que están legalmente obligados a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con arreglo a las medidas de seguridad e higiene adecuadas, según la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en caso de construcción el RD 1627/97 de 24 de octubre. En un primer análisis, el responsable de la infracción de las medidas de seguridad es el empresario. Sin embargo, dentro de la empresa, y en orden a esa responsabilidad, el deber de seguridad no compete sólo al empresario. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (art. 30 y siguientes) y la normativa concordante configuran todo un tejido de seguridad que, sin eximir de responsabilidad a la cúspide empresarial, constituye en eventuales garantes también a los escalones más próximos a la ejecución misma de los diferentes trabajos.

La fórmula legal es, pues, lo suficientemente amplia como para permitir declarar al Tribunal Supremo que "todas aquellas personas que desempeñen funciones de dirección o de mando en una empresa y, por tanto, sean estas superioresintermedias 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".

En el caso presente, no hay discusión alguna de que los coordinadores en materia de seguridad eran los arquitectos técnicos D. Ezequias y Dª Laureano, por lo que la responsabilidad de arquitecto superior director se limitaba a la establecida en el RD 1627/97 EDL 1997/24683 , que como tal dirección facultativa se resume en tener a su disposición el Plan de Seguridad y Salud (art. 7.5) y otorgarle facultades de advertir al contratista de la infracción de medidas de seguridad, y de llegar incluso a la paralización de la obra (art. 14.1). Es decir que la actividad encomendada a la dirección facultativa, excluida su actuación como coordinador de seguridad se limita a una posición básicamente reactiva, esto es la de advertir al contratista de la infracción de las medidas de seguridad; por lo que su actuación podrá revestir tipicidad en tanto conste por una

parte el conocimiento por el mismo de las infracciones del plan de seguridad y con ello de la normativa de seguridad en el trabajo, y que pese a ese conocimiento haya omitido advertir de su cumplimiento.

Como bien dice la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de La Coruña num. 104/2006 EDJ 2006/38256 "la jurisprudencia ha venido considerando que pese a que conforme el R. D. 1627/97 no tenga el cargo de coordinador, específico nombramiento en materia de seguridad y salud durante la obra, no ha de servir para exonerar su responsabilidad a quién por su pertenencia a la Dirección facultativa durante la ejecución como arquitectosuperior, no puede desentenderse de la falta de las adecuadas medidas de seguridad escudándose en que la competencia al respecto esté atribuida al aparejador y al coordinador. Por ello puede deducirse razonablemente que dada su formación profesional, su pertenencia a la dirección facultativa omitió dar las instrucciones oportunas para la adopción de las medidas necesarias y adecuadas con relación al perímetro de la obra que, efectivamente, tenía un nivel inferior al de la calle".

Como dice la Sentencia recurrida "hubo un incumplimiento u omisión de normas de prevención de riesgos laborales, en este caso especialmente aquéllas que se preveían de modo expreso en el Plan de Seguridad y Salud Laboral (folio 668), tanto la falta de medios de contención del terreno más seguros y ajustados a las circunstancias existentes en esa concreta excavación (entre las que cabe tener en cuenta las vibraciones derivadas de la proximidad de esa pared de la excavación con una avenida con cierta intensidad de tráfico rodado, como se pone de manifiesto por los peritos), como la falta de medidas de vigilancia dirigidas a evitar la presencia de trabajadores en esa zona, factor de riesgo que también se contemplaba en el Plan". Esta conclusión es alcanzada en virtud de las declaraciones de los dos peritos informantes - Inspector de Trabajo y Técnico del Gabinete de Seguridad -. Así el primero afirma que "debían haberse adoptado otras medidas de seguridad, había que cumplir lo que el plan de seguridad decía para proteger los bataches, aunque si están bien calculados no hace falta entibación y depende de la consistencia del terreno. Se considera que una de las medidas era el control de paredes ataluzadas. También pone de relieve que El Plan también recogía las "caídas al mismo nivel" como riesgo más frecuente en la fase de ejecución de movimiento de tierras". El Técnico del Gabinete de Seguridad aseguró que "no se adoptaron medidas, y dada la vibración, la existencia de tubería, y presencia de trabajadores, se produjo el accidente. No hubo método de entibado, y se hicieron bataches pero "aquí no era útil", la entibación es la forma más segura pero es más cara, y apunta que no era segura la mera adopción de bataches porque de hecho hubo un accidente que se podría haber evitado, la anchura del vano también debe estar recogida en el Plan, no había entibación en todo el perímetro".

Planteada en los términos expuesto la cuestión, y dado que el arquitecto superior no puede exonerarse, sin más, de la posible responsabilidad de los accidentes que puedan suceder, es necesario determinar el grado de conocimiento que de los hechos pudiera tener y, en su caso, valorar la conducta que adoptó.

A esta última cuestión da cumplida respuesta la propia resolución recurrida cuando señala que el arquitecto superior, por su parte, conocía dicho plan y debía atenderlo, ya que en sus palabras, lo dio por bueno, pero no lo leyó, y sostiene como lógico en cualquier caso que la excavación se hiciera por bataches, asumiendo con ello el estado de la obra que existía en el momento del desprendimiento, añadiendo que la arquitecto técnico iba casi diariamente a la obra y que los tres miembros de la dirección facultativa de la obra en definitiva, se reunían con un frecuencia semanal.

En definitiva, conocía del estado de la obra así como de la existencia de un plan de prevención, y a pesar de ello consintió en que se efectuase incorrectamente
Por lo expuesto, y dada la posición de garante superior que ostentaba y a pesar de lo cual no exigió el cumplimiento de las normas de prevención, los hechos se le deben atribuir de igual forma que a los arquitectos técnicos, por lo que el recurso debe ser desestimado.

LAS PERSONAS AJENAS A LOS EMPRESARIOS DE LA CONSTRUCCIÓN Y QUE SÓLO OSTENTEN LA CONDICIÓN DE TÉCNICOS O FACULTATIVOS PUEDEN INCURRIR EN LA CONDUCTA DESCRITA EN EL ART. 316 CP.
EDJ 2013/193832
SAP ALICANTE (10ª) Nº 267/2013, DE 28 DE JUNIO. REC: 15/2013. PTE: GÓMEZ –ANGULO RODRÍGUEZ, JESÚS.

No obstante, a pesar de que, en efecto, personas ajenas a los empresarios de la construcción y que sólo ostenten la condición de técnicos o facultativos de la obra pueden incurrir en la conducta delictiva prevista en el art. 316 del C. Penal EDL 1995/16398 por la vía de la participación necesaria omisiva -obviándose así los problemas de subsunción que se plantean con respecto a la autoría en los delitos especiales propios-, entendemos que para que ello sea factible se precisa que el partícipe coopere en sentido normativo- material con su omisión en la conducta descrita específicamente para el autor en el tipo penal. Y desde luego al autor no se le está puniendo por no vigilar o controlar que los trabajadores utilicen los medios que se le proporcionan, sino que el delito de riesgo del art. 316 (distinto sería si se tratara de un delito imprudente de resultado material) sólo contempla como conducta punible el no facilitar los medios necesarios para garantizar las medidas de seguridad e higiene, pero no el evitar, mediante la vigilancia y el control, que los trabajadores no los utilicen en su labor diaria; vigilancia o control que en caso de ser omitidos habrían de ser sancionados en el ámbito administrativo-laboral, al quedar extra muros tales comportamientos del perímetro fáctico descrito en el art. 316 del C. Penal EDL 1995/16398 ."

3.7.7. El director de ejecución.

CONFIRMA LA AP LA CONDENA DE LOS DIRECTORES DE EJECUCIÓN DE LA OBRA Y COORDINADORES DE SEGURIDAD, YA QUE TENÍAN LA OBLIGACIÓN DE VELAR POR EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA VIGENTE EN MATERAI DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.
SAP MÁLAGA (3ª) Nº 730/2013, DE 27 DE DICIEMBRE. PTE: GARCÍA GUITIEREZ, FRANCISCO JAVIER.

Y tal responsabilidad también ha de abarcar a los otros dos acusados…..que eran directores de la ejecución de la obra, cuyas funciones y responsabilidades vienen determinadas en el art. 13 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, siendo estos igualmente los que aprobaron el Plan de Seguridad y Salud de "….." asumiendo ambos acusados por esa doble condición, y como coordinadores de seguridad, la obligación de velar por el cumplimiento de la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales y de las medidas de seguridad precisas para cada actividad, sin que ni uno ni otro adoptaran la medidas necesarias de prevención para evitar que el trabajador cayera, pudiera caer por el hueco u ojo de patio existente en

la cubierta en la que estaba trabajando, en la que no existía medida de protección colectiva que la evitara.

3.7.8. El jefe de obra.

LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO NO EXIME DE LA MISMA AL JEFE DE OBRA.
SAP JAÉN (2ª) Nº 54/2013, DE DIEZ DE ABRIL. PTE: CÓRDOBA GARCÍA, JOSÉ ANTONIO.

Dicho motivo no puede tener favorable acogida en alzada, pues no cabe duda de que el acusado….en su condición de jefe de obra era la persona encargada de controlar que se cumplieran las medidas de seguridad, sin que la responsabilidad del empresario, tal y como pretende el apelante, pueda eximir la del jefe de obra, el Sr. A…quien dio la orden de montar el andamio, jefe de obra que asume la función de garante de la seguridad de quienes trabajan en ella, incurriendo por tanto en la infracción de normas sobre prevención de riesgos laborales, no facilitando los medios necesarios para preservar la seguridad y salud de los trabajadores, sin que pueda servir de excusa absolutoria ni la existencia de medios de protección como arneses y líneas de vida que ordenó el Sr. C…que se pusieran los trabajadores antes de montar el andamio, ni el hecho de que el Sr. A..no estuviera presente cuando se montó el andamio.
Continúa el apelante su impugnación de la sentencia alegando infracción del art. 142 del C. Penal. El motivo ha de seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior, pues con su incumplimiento de las normas de prevención el Sr. A…puso en concreto peligro la vida y la integridad física de los trabajadores, con el luctuoso suceso de la muerte del Sr. E…, no en vano el citado acusado no sabía si el trabajador fallecido tenía medidas de protección individual, careciendo de medidas colectivas, conociendo que no existía línea de vida, sin inspeccionar previamente el andamio antes de que el trabajador fallecido se subiera al mismo, datos todos ellos que sin duda suponen una omisión voluntaria que crea una situación de riesgo previsible y evitable, lo que constituye el fundamento de la imprudencia en los términos exigidos, por la jurisprudencia (S del TS de 22/02/2005).

JEFE DE OBRA Y ENCARGADO DE OBRA DE EMPRESA CONTRATISTA PRINCIPAL RESPONSABLES AL CONTAR CON CAPACIDAD PARA IMPEDIR LA SITUACIÓN DE RIESGO QUE DIO LUGAR AL ACCIDENTE
SAP Vizcaya (1ª) 03/04/2013, rollo 235/2012, dimanante de PA 142/2011, del J. de lo Penal nº 4 de Bilbao.

"Frente a la alegación de que no conocían la situación de riesgo, se comparte por completo la deducción o inferencia lógica y racional, realizada por el magistrado de instancia, en cuanto a que un sistema no previsto, tan chapucero, de acceso de unas plantas a otras, utilizado de manera continuada, con ausencia total de medidas de estabilidad o fijación de la estructura, visible para cualquier técnico, y con ausencia total de medidas de protección para el supuesto de riesgo de caída, era perceptible para cualquier responsable de cualquiera de las empresas, ya la contrata, ya la subcontrata que trabajara en la obra y que tuviera mando, lo cual concurre en todos los recurrentes.

En cuanto a la pretensión de reducir tota la causalidad del fallecimiento al estado de uno de los cabríos, insistir de nuevo en que, por un lado, no afecta en absoluto a la multiplicidad y gravedad de las omisiones desencadenantes de la situación de peligro patente y continuado para los trabajadores intervinientes en la obra, y, por otro, que tal y como se ha indicado, el cumplimiento de alguna o algunas de las conductas esperadas y obligadas conforme a la normativa específica laboral, hubieran convertido la rotura del cabrío en una circunstancia anecdótica.

En similar sentido la circunstancia de que el montaje de la plataforma y estructura de madera hubiera sido delegada, no dispensa a los recurrentes en función de sus cargados, de su permanencia en la obra, y de su evidente capacidad de acción y dominio del hecho, de haber evitado o corregido las graves deficiencias del sistema elegido.

Se alega que existía un plan de seguridad en cuya realización los recurrentes no habían intervenido, y que existían servicios de prevención ajenos y específicos, pero tal y como informa adecuadamente el Ministerio Fiscal la jurisprudencia atribuye a los técnicos de prevención, ya sean propios, ya sean ajenos, una mera labor de asesoramiento, no ostentando funciones ejecutivas que les otorgue una posición de mando, por lo cual no son alguno de los legalmente obligados por el tipo de peligro, y, en cuanto a los recursos preventivos, ejercen una labor de vigilancia de las medidas de seguridad, a salvo de efectiva prueba, carecen en principio de una capacidad de decisión en cuanto a la adopción de medidas en materia de seguridad y prevención de riesgos laborales. En todo caso, coincidimos con el Ministerio Fiscal y con lo indicado en la sentencia con respecto a que en el plan de seguridad en absoluto se había establecido un medio de acceso a través del hueco del ascensor, hecho peligroso que si no fue ordenado, fue evidentemente permitido de una manera continuada por los condenados en general y por los recurrentes en particular, no olvidemos que J.R. era el jefe de obra, con lo cual su capacidad de acción y dominio del hecho en tomar decisiones efectivas de impedir la existencia de situaciones de grave riesgo para los trabajadores son incuestionables y ello independientemente de que, se encontrara de vacaciones cuando se produo el hech, o de que hubiera sustituido a un jefe de obra anterior a él, ya que es indudable que conocía de modo concreto continuado y permanente el pernicioso sistema de acceso a plantas, la inobservancia del plan de seguridad, y la absoluta ausencia de elementos de seguridad externos a dicho entramado de madera que pudiera precaver los riesgos de evidente caída en altura.

Con respecto a las alegaciones de S.B., encargado de la obra de la contratista principal, ya se ha explicado que el hecho de que FONORTE tuviera sus propios técnicos de seguridad, en absoluto le dispensaba del cumplimiento de sus obligaciones profesionales y legales, y todo lo relativo a que la plataforma la hizo la empresa subcontratada, supone de nuevo un reduccionismo absurdo de lo acontecido obviando que, como encargado de obra del contratista principal, por tanto empresa que tenía una situación de superioridad contractual y legal sobre la empresa subcontratada, tenía no sólo la capacidad, sino la obligación de vigilar el concreto mecanismo de acceso entre plantas, que dicho sistema fuera sólido y que en el caso de fallara, existiera alguna medida precautoria para el supuesto de caída."

3.7.9. El encargado de obra.

LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO NO EXIME DE LA MISMA AL JEFE DE OBRA.

SAP JAÉN (2ª) Nº 54/2013, DE DIEZ DE ABRIL. PTE: CÓRDOBA GARCÍA, JOSÉ ANTONIO.

Dicho motivo no puede tener favorable acogida en alzada, pues no cabe duda de que el acusado….en su condición de jefe de obra era la persona encargada de controlar que se cumplieran las medidas de seguridad, sin que la responsabilidad del empresario, tal y como pretende el apelante, pueda eximir la del jefe de obra, el Sr. A…quien dio la orden de montar el andamio, jefe de obra que asume la función de garante de la seguridad de quienes trabajan en ella, incurriendo por tanto en la infracción de normas sobre prevención de riesgos laborales, no facilitando los medios necesarios para preservar la seguridad y salud de los trabajadores, sin que pueda servir de excusa absolutoria ni la existencia de medios de protección como arneses y líneas de vida que ordenó el Sr. C…que se pusieran los trabajadores antes de montar el andamio, ni el hecho de que el Sr. A..no estuviera presente cuando se montó el andamio.
Continúa el apelante su impugnación de la sentencia alegando infracción del art. 142 del C. Penal. El motivo ha de seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior, pues con su incumplimiento de las normas de prevención el Sr. A…puso en concreto peligro la vida y la integridad física de los trabajadores, con el luctuoso suceso de la muerte del Sr. E…, no en vano el citado acusado no sabía si el trabajador fallecido tenía medidas de protección individual, careciendo de medidas colectivas, conociendo que no existía línea de vida, sin inspeccionar previamente el andamio antes de que el trabajador fallecido se subiera al mismo, datos todos ellos que sin duda suponen una omisión voluntaria que crea una situación de riesgo previsible y evitable, lo que constituye el fundamento de la imprudencia en los términos exigidos, por la jurisprudencia (S del TS de 22/02/2005).

JEFE DE OBRA Y ENCARGADO DE OBRA DE EMPRESA CONTRATISTA PRINCIPAL RESPONSABLES AL CONTAR CON CAPACIDAD PARA IMPEDIR LA SITUACIÓN DE RIESGO QUE DIO LUGAR AL ACCIDENTE
SAP Vizcaya (1ª) 03/04/2013, rollo 235/2012, dimanante de PA 142/2011, del J. de lo Penal nº 4 de Bilbao.
"Frente a la alegación de que no conocían la situación de riesgo, se comparte por completo la deducción o inferencia lógica y racional, realizada por el magistrado de instancia, en cuanto a que un sistema no previsto, tan chapucero, de acceso de unas plantas a otras, utilizado de manera continuada, con ausencia total de medidas de estabilidad o fijación de la estructura, visible para cualquier técnico, y con ausencia total de medidas de protección para el supuesto de riesgo de caída, era perceptible para cualquier responsable de cualquiera de las empresas, ya la contrata, ya la subcontrata que trabajara en la obra y que tuviera mando, lo cual concurre en todos los recurrentes.
En cuanto a la pretensión de reducir tota la causalidad del fallecimiento al estado de uno de los cabríos, insistir de nuevo en que, por un lado, no afecta en absoluto a la multiplicidad y gravedad de las omisiones desencadenantes de la situación de peligro patente y continuado para los trabajadores intervinientes en la obra, y, por otro, que tal y como se ha indicado, el cumplimiento de alguna o algunas de las conductas esperadas y obligadas conforme a la normativa específica laboral, hubieran convertido la rotura del cabrío en una circunstancia anecdótica.
En similar sentido la circunstancia de que el montaje de la plataforma y estructura de madera hubiera sido delegada, no dispensa a los recurrentes en función de sus cargados, de su permanencia en la obra, y de su evidente capacidad de acción y dominio del hecho, de haber evitado o corregido las graves deficiencias del sistema elegido.

Se alega que existía un plan de seguridad en cuya realización los recurrentes no habían intervenido, y que existían servicios de prevención ajenos y específicos, pero tal y como informa adecuadamente el Ministerio Fiscal la jurisprudencia atribuye a los técnicos de prevención, ya sean propios, ya sean ajenos, una mera labor de asesoramiento, no ostentando funciones ejecutivas que les otorgue una posición de mando, por lo cual no son alguno de los legalmente obligados por el tipo de peligro, y, en cuanto a los recursos preventivos, ejercen una labor de vigilancia de las medidas de seguridad, a salvo de efectiva prueba, carecen en principio de una capacidad de decisión en cuanto a la adopción de medidas en materia de seguridad y prevención de riesgos laborales. En todo caso, coincidimos con el Ministerio Fiscal y con lo indicado en la sentencia con respecto a que en el plan de seguridad en absoluto se había establecido un medio de acceso a través del hueco del ascensor, hecho peligroso que si no fue ordenado, fue evidentemente permitido de una manera continuada por los condenados en general y por los recurrentes en particular, no olvidemos que J.R. era el jefe de obra, con lo cual su capacidad de acción y dominio del hecho en tomar decisiones efectivas de impedir la existencia de situaciones de grave riesgo para los trabajadores son incuestionables y ello independientemente de que, se encontrara de vacaciones cuando se produo el hech, o de que hubiera sustituido a un jefe de obra anterior a él, ya que es indudable que conocía de modo concreto continuado y permanente el pernicioso sistema de acceso a plantas, la inobservancia del plan de seguridad, y la absoluta ausencia de elementos de seguridad externos a dicho entramado de madera que pudiera precaver los riesgos de evidente caída en altura.
Con respecto a las alegaciones de S.B., encargado de la obra de la contratista principal, ya se ha explicado que el hecho de que FONORTE tuviera sus propios técnicos de seguridad, en absoluto le dispensaba del cumplimiento de sus obligaciones profesionales y legales, y todo lo relativo a que la plataforma la hizo la empresa subcontratada, supone de nuevo un reduccionismo absurdo de lo acontecido obviando que, como encargado de obra del contratista principal, por tanto empresa que tenía una situación de superioridad contractual y legal sobre la empresa subcontratada, tenía no sólo la capacidad, sino la obligación de vigilar el concreto mecanismo de acceso entre plantas, que dicho sistema fuera sólido y que en el caso de fallara, existiera alguna medida precautoria para el supuesto de caída.”

3.7.10. El recurso preventivo.

EL RECURRENTE OSTENTABA LA CUALIDAD DE RECURSO PREVENTIVO DE LA SUBCONTRATISTA ADEMÁS DE SER GERENTE DE LA MISMA. LA CUALIDAD DE RECURSO PREVENTIVO LE HACE MERECEDOR DE SER IMPUTADO POR VÍA DEL ART. 318 CP.
SAP CÁCERES (2ª) Nº 591/2013, DE 26 DE DICIEMBRE. REC: 1182/2013. PTE: ESTAFANI LÓPEZ, Mº ROSARIO.

TERCERO.- Como puede desprenderse de ambos recursos a pesar de sus peticiones revocatorias, ninguno de los apelantes considera que existe una valoración errónea, arbitraria o que ésta resulte ilógica al determinar los elementos fácticos que han conducido al Juez a quo a la condena de ambos recurrentes, antes bien las razones son fundamentalmente jurídica en cuanto a la no posibilidad de aplicación del tipo penal aplicado a sus representados y para ello lo que hacen es exponer un relato de hechos

acomodado a su particular y subjetiva versión de los hechos que tienen difícil encuadre en el resultado de la prueba practicada en el juicio oral, sometida a contradicción y respetándose todas las garantías legales y procesales. En primer lugar, el recurrente Sr. Roque además de ser gerente de la subcontrata era recurso preventivo tal como declaró en el acto del juicio; en consecuencia tanto él como el otro acusado tenían la responsabilidad de velar que se cumplieran el plan de seguridad y de facilitar a los trabajadores los medios adecuados para ello, máxime en trabajos como el que estaba realizando el lesionado, que requería una plataforma elevadora, según ha manifestado el personal técnico en el juicio oral, tal como se contiene en el plan de seguridad que presentó la empresa principal y al que se acogió la empresa subcontratista a la que pertenecía el trabajador y que consistía en utilizar la plataforma elevadora para trabajos en altura, sin que el hecho de existir una en la obra suponga dar por cumplida las normas de seguridad como pretende la representación procesal del Sr. Roque , pues como afirmó la Inspectora de trabajo en su declaración en el acto del juicio cuando se realizan trabajos de este tipo por más de un trabajador se hace necesario tener más de una y consta acreditado que en la obra existía solo la que manejaba Torcuato ; es más en cuanto a la labor de vigilancia por los recursos de prevención se ha puesto de manifiesto por la inspectora que si existían trabajos de riesgo que requerían la participación de más de un recurso preventivo, tal como así aconteció el día de los hechos, no basta con la existencia en la obra de un solo recurso preventivo como ocurrió ese día; pues según las propias declaraciones del Sr. Roque él solo estuvo a principios de la mañana, es decir, cuando se establece el trabajo a realizar y en consecuencia impartiendo órdenes sobre cómo realizarlos y después se marchó, manifestando expresamente que en el momento de los hechos no se encontraba en la obra; cuestión que en modo alguno puede suponer, como pretende el recurrente, que no fue el Sr. Roque el que ordenó al trabajador que hiciese un trabajo contraviniendo el plan de prevención y en consecuencia, en opinión del apelante, no se dan los elementos ni objetivo ni subjetivo del tipo por el que ha sido condenado; sin embargo, omite que el Sr. Roque declaró en el acto del plenario haber estado esa mañana impartiendo órdenes sobre el trabajo a realizar, como se hace siempre dijo. En cuanto a la cuestión jurídica que plantea el recurrente, ff. 1143 a 1156, sobre la no aplicación de los arts. 316 y 317 del Código Penal en relación con el art. 318 del C. Penal a su representado, tales argumentos han sido debidamente contestados en la sentencia cuya revocación se insta y no contradichos en los recursos; ya que el hecho de que existiera un recurso preventivo de la contrata principal, que es quien en opinión de la representación del Sr. Roque debe asumir toda la responsabilidad por los hechos enjuiciados, ello no lo exime de su responsabilidad por no encontrarse él en la obra, como hemos dicho con anterioridad, ya que según sus propias manifestaciones ese día planifico el trabajo con sus trabajadores (todos afirman que quien daba las órdenes era su jefe el Sr. Roque); en consecuencia era conocedor de las labores que se iban a realizar en el tajo ese día y que éstas requerían que más de un trabajador estuviera trabajando en altura por lo que debió instar al recurso preventivo Sr. Luis María que facilitara a sus trabajadores más de una plataforma elevadora, toda vez que en su experiencia debió representarse no solo que de no hacerlo así infringía las normas del Plan de prevención de riesgo sino que debió representarse y conocer, como dice el Juez a quo, que con ello se estaba generando, amén de consentir, un peligro grave para la vida e integridad física de sus trabajadores. En conclusión, el recurrente pretende atacar los hechos probados de la resolución, sin alegar el error en la valoración de la prueba, al menos expresamente; decimos esto por cuanto el recurrente Sr. Roque obvia en su recurso el primer hecho probado de la resolución donde consta que ostentaba la cualidad de recurso preventivo de la subcontratista además de ser gerente de Forjados,

planteando todo el recurso con fundamento en el carácter de gerente que tiene pero omitiendo cualquier alusión al de recurso preventivo, cualidad que le hace merecedor de ser imputado vía art. 318 del Código Penal
EDJ 2013/52298

ENTIENDE LA AP QUE EL RECURSO PREVENTIVO DEBIERA SER RESPONSABLE DE UNA FALTA DEL ART. 621.2, VISTA LA RELEVANTE PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL ACCIDENTE.
SAP HUESCA (1ª) Nº 47/2013, DE 18 DE MARZO. REC: 4/2013. PTE: GUTIERREZ CELMA GONZALO.

En cualquier caso, lo cierto es que los trabajadores decidieron que les convenía mejor otra distribución y el Sr. Hermenegildo autorizó la división dando por supuesto que el andamio sería partido en el suelo, siguiendo el manual del fabricante, y no en el aire, lo que habría requerido un plan específico de trabajo dirigido por persona con formación universitaria, aparte de que el procedimiento decidido por el fallecido habría requerido, en todo caso, el uso de un arnés, que habría podido anclarse a un puntal o a cualquier pilar de la estructura pues, al quedar anulada la protección colectiva anticaída con la específica operación realizada (se estaba desmontando el andamio en altura operando desde el propio andamio) el equipo de protección individual era indispensable y no fue usado no porque no existieran suficientes arneses en la obra, o no hubiera donde atarlo, sino porque el trabajador, que tenía formación y experiencia suficiente, decidió no cogerlo y utilizarlo, lo que no habría evitado el desplome del andamio desmontado, pero habría impedido la caída del trabajador al cual, no obstante, no se le puede tampoco reprochar la culpa exclusiva del siniestro pues, pese a su grave imprudencia, impulsada por el noble y fatídico deseo de trabajar más rápidamente, concurre la omisión del propio Sr. Hermenegildo quien, como recurso preventivo que era, debió cumplir el plan de seguridad y asegurarse, como marca el plan, de que el andamio iba a ser desmontado siguiendo las instrucciones del fabricante, en el suelo, cosa que no la impedía la caseta, como tampoco impidió el montaje, aparte de que la caseta siempre habría podido retirarse en caso necesario. Para el desmontaje en el suelo el trabajador accidentado tenía suficiente formación y experiencia, tal y como lo tiene dicho el Juzgado, pero el Sr. Hermenegildo, en lugar de dar por supuesto que el desmontaje se iba a realizar en el suelo, en cumplimiento del plan de seguridad, sabiendo como sabía que se iba a proceder a la división del andamio por haberlo autorizado él mismo instantes antes, debió asegurarse, como recurso preventivo que era, de que la operación de desmontaje se realizaba conforme a las instrucciones del fabricante, en el suelo, pues así lo requería expresamente el plan de seguridad al folio tres en el que, precisamente para asegurarse que se hacía correctamente, se exigía su presencia, la del recurso preventivo, el Sr. Hermenegildo, en el montaje, desmontaje y transformación de andamios, tal y como lo tiene dicho el juzgado en su muy elaborada resolución, de impecable factura, por más que este tribunal discrepe de su criterio en varios aspectos sustanciales. Por otra parte, el Sr. Hermenegildo en ningún momento pretendió deliberamente negar medida de seguridad alguna, ni poner en peligro la seguridad de ningún trabajador, ni mucho menos de modo grave, y su imprudencia, atendida la relevante participación de la propia víctima, que tenía suficiente experiencia y formación, merece el calificativo de leve, por lo que la conducta del repetido acusado únicamente puede quedar subsumida en la falta del artículo 621.2 del Código Penal EDL 1995/16398 , con lo que quedan fuera de lugar todas las quejas en torno al principio acusatorio en relación con el artículo 316. De la indicada falta del artículo 621.2, por lo ya expuesto, es autor voluntario, responsable

material y directo el repetido Sr Hermenegildo, al que, en cumplimiento del artículo 638 (siempre del Código Penal EDL 1995/16398), le deberíamos imponer la pena mínima legalmente prevista en dicho precepto pero, sin embargo, el mismo debe ser absuelto pues las faltas, conforme al artículo 131.2, prescriben a los seis meses y en la causa hay al menos una paralización superior a dicho plazo pues desde el 7 de julio de 2011 (folio 1177) en el que se tuvo por recibido el procedimiento en el juzgado de lo penal, quedando pendiente de señalamiento, no se hizo actuación alguna hasta el 14 de mayo de 2012 (folio 1180), que se señaló el juicio para dos meses después. Y, como razonábamos en nuestro auto de 10 de noviembre de 2011 y en la sentencia de 15 de noviembre de 2011, los hechos han sido reputados falta, lo que determina que si un hecho es falta, siempre lo ha sido, que es el principio que anima el acuerdo adoptado en Sala general, por el Pleno de la Sala Segunda, en su reunión de 26 de octubre de 2010 EDJ 2010/269495 en el que se dispone que "Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado". En similar sentido nuestras sentencias de 10 de julio de 2012 y 13 de marzo de 2013.

4. EL DOLO EN EL DELITO DE RIESGO

REVOCA L AP LA CONDENA POR EL DELITO DEL ART. 316 CP. AL ENTENDER QUE NO QUEDA ACREDITADA LA EXISTENCIA DE DOLO.
EDJ 2013/181513
SAP VALLADOLID (2ª) Nº 309/2013, DE 9 DE SEPTIEMBRE, REC: 21/2013, PTE. TREBOLLE FERNÁNDEZ, FELICIANO.

La zanja abierta, era realmente una pequeña excavación de unos 40 centímetros de profundidad. No se trataba pues de un vaciado o excavación importante que hubiese podido afectar de forma clara y notoria la seguridad de las edificaciones colindantes. Además la zanja había sido ya realizada, sin problema alguno y al tiempo de los hechos, el trabajo consistía en la instalación de las tuberías dentro de la zanja. El trabajador lesionado allanaba y limpiaba el suelo de ésta última para la colocación de un tubo.
Las circunstancias climatológicas en relación a la zanja no permitían esperar riesgos determinantes de derrumbe. Las paredes de la zanja pese a la lluvia ofrecían seguridad, manteniéndose en buen estado. Las zanjas habían sido ya realizadas en fechas anteriores y no se había producido problema alguno.
La unión de todo lo expuesto, no nos permite observar la presencia de dolo en la conducta de los acusados apelantes, o al menos nos surge la duda sobre su existencia, lo que nos lleva al dictado de una sentencia absolutoria. Se entregó a los trabajadores materiales de seguridad, las zanjas fueron abiertas sin problema alguno, las lluvias no

afectaron a la pared de la zanja, ésta era de escasa profundidad. La pared que se derrumbo en su parte superior y no en la inferior, presentaba buen estado, sin grietas, ni fisuras, nunca había sido reparada. Estaba a un metro de la zanja. Por todo ello los acusados apelantes, no vieron la necesidad de vallar la pared ni colocar apeos. La señalización de la zanja no era necesario a los efectos que nos ocupa. Ignoraban por otra parte los apelantes, ya que no eran visibles al estar en la parte interior, la existencia de bloques de hormigón apoyados sobre la pared precisamente en la parte que se cayó, que presionaban al exterior, la misma. La lluvia pudo influir en el peso contra la tapia de dichos bloques. Ello pudo haber sido la causa del desplome que solo se produjo en la zona donde estaban los bloques de hormigón. La tapia permaneció en su parte inferior, derribándose la superior, y solo en la zona donde estaban los bloques, que quedaron así al descubierto, manteniéndose el resto de la tapia en su longitud.
Reiteramos, no consideramos probada la existencia del dolo en la conducta de los ahora apelantes ni tampoco el elemento objetivo del art. 316 del Código Penal EDL 1995/16398 , sin perjuicio de la existencia de la infracción laboral administrativa.

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

RECHAZA LA AP LAS ALEGACIONES DE LA PARTE RECURRENTE DE QUE SE APLIQUE EL TIPO IMPRUDENTE RECOGIDO EN EL ARTÍCULO 317 CP, YA QUE HUBO AUSENCIA TOTAL DE MEDIDAS DE SEGURIDAD. SAP ALBACETE (1ª) Nº 237/2013, DOS DE SEPTIEMBRE, PTE. MATEOS RODRIGUEZ, MANUEL

En segundo lugar, entiende el apelante que en cualquier caso habría que haberle condenado por el tipo imprudente del art. 317 del Código Penal, y no por la modalidad dolosa. Basa su argumentación en que en el párrafo final del Fundamento Segundo de la sentencia recurrida se califica a su conducta de negligente, pero omite que a continuación se dice que también fue infractora de las normas de seguridad, de donde se infiere que el primero de los adjetivos va referido a la posibilidad de acaecimiento de siniestros como el ocurrido y de otros posibles, habida cuenta de la ausencia total de medidas de seguridad, ausencia que por su importancia debe considerarse necesariamente consciente.

EL DELITO QUE SANCIONA EL ART. 317 CP SANCIONA LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE VIGILANCIA Y CONTROL EN LA EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES (2ª) Nº 324/2013, DE 17 DE DICIEMBRE. PTE: GÓMEZ-REINO DELGADO, JESÚS

Para empezar y antes de entrar en el análisis del recurso, conviene precisar con base en la Jurisprudencia aplicable (a modo precedente se pueden citar las STS 355/2000 de 26 de julio; 2445/2001 de 22 de diciembre y 537/2005 de 25 de abril) que el delito que sanciona al artículo 317 del CP es un delito de peligro y de omisión impropia, en el que se castiga no solo una obligación de medios –no facilitación de las medidas de seguridad-, sino también la infracción del deber de vigilancia y de control en la ejecución y cumplimiento de las medidas de seguridad necesarias en el ámbito de la

actividad laboral…..El sujeto activo de este delito está constituido, en consecuencia, por todas aquellas personas que se hallan legalmente obligadas a facilitar a los trabajadores los medios necesarios para que ejecuten su actividad con las adecuadas medidas de seguridad e higiene, conducta que no se circunscribe exclusivamente a una obligación de medios, como se ha dicho anteriormente, entendida esta como de facilitar medidas de seguridad colectiva e individuales en las obras, sino que abarca también del deber de control y de vigilancia en la utilización de tales medidas o en la falta de las mismas e incluso acudiendo si fuera preciso, para que tenga lugar su observancia, a su exigencia coactiva al trabajador y si conllevase un peligro manifiesto grave, a la paralización de las obras.

ANALIZA LA AP LA ESTRUCTURA DEL DELITO DEL ART. 317 CP. AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES (2ª) Nº 324/2013, DE 17 DE DICIEMBRE. PTE: GÓMEZ-REINO DELGADO, JESÚS

Para la comisión del tipo penal, dado que se trata de un delito de peligro imprudente, se exige que la infracción de las normas de seguridad no se produzca de modo consciente y deliberado o con conocimiento de la situación de riesgo generado (culpa consciente), sino por culpa inconsciente, radicando el elemento subjetivo sobre el deber y posibilidad de prevenir y de evitar el resultado a partir del conocimiento sobre los factores de riesgo y que administrativamente la ausencia de tales medidas esté sancionada también con el carácter de grave o muy grave en la normativa laboral reguladora, más no es suficiente con que exista objetivamente infracción grave para colmar los presupuestos del tipo, sino que es imprescindible que examinada en función de las circunstancias concurrentes y en un análisis realizado ex antes, permita deducir que la ausencia de las medidas que hubieran sido adecuadas, genera un riesgo jurídicamente desaprobado por la norma de cuidado y que ponga en concreto peligro la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores, o lo que es igual, que la inexistencia o insuficiencia de las medidas de seguridad que serían adecuadas y necesarias, y cuya omisión esta conceptuada por la normativa aplicable como susceptible de ser objetivamente peligrosa, que no es igual a generadora de peligro o de riesgo concreto, comporte una probabilidad real y posible de causación de un accidente laboral con resultado de muerte o de lesiones para los trabajadores afectados, siendo indiferente si finalmente el resultado lesivo se produce o no, ya que como se ha dicho anteriormente se trata de un delito de peligro imprudente y no de resultado, el cual si finalmente se produce puede dar lugar a situaciones de concurso ideal a solucionar por la vía del artículo 77 del CP EDL 1995/16398 o de Concurso de Leyes, cuando el peligro generado para la seguridad de los trabajadores y el resultado producido únicamente se proyecta en el trabajador accidentado y sea solamente uno de los resultados posibles, en cuyo caso habrá que acudir al criterio de la absorción del artículo 8.3 del CP EDL 1995/16398 :" El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél" y el delito de resultado absorberá al de peligro, por razón de la progresión delictiva (STS de 14 de junio de 1999,; 1036/02, 4-6 y 537/2005, de 25-4)).
El tipo del artículo 317 precisa, según se ha expuesto más arriba, que la omisión de las medidas de seguridad generadoras de peligro para la salud o integridad física de los trabajadores se produzca por imprudencia grave. Y como nos enseña la Jurisprudencia del TS (por todas STS de 27/10/09, Roj 6867/2009 y 88/2010, de 19 de enero Roj 665/2010), 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 (o de la cantidad de riesgo generado) en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado 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. El nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado, a su vez, por el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo). 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. La exigencia del conocimiento de la situación de riesgo dependerá de la presencia de factores de riesgo que adviertan del peligro y por tanto de la exigibilidad de evitarlo mediante una conducta alternativa.

_

A estos requisitos en los comportamientos omisivos habrá de operarse con el criterio hipotético de imputación centrado en dilucidar si la conducta omitida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, la lesión o el menoscabo del bien jurídico que tutela la norma penal. (En este caso, la integridad física del trabajador).

DESESTIMA LA AP LA EXISTENCIA DEL DELITO DEL ART. 317 CP, YA QUE LA SITUACIÓN DE RIESGO QUE PROVOCABA LA OMISIÓN DE LAS EXPRESADAS MEDIDAS DE SEGURIDAD SE HA VISTO ATENUADA POR UN CIERTO MARGEN DE PERMISIVIDAD DEL RIESGO O DE AMPLIACIÓN DEL RIESGO PERMITIDO MOTIVADO PORQUE EL TRABAJADOR ACCIDENTADO ERA PRECISAMENTE EL ENCARGADO DE MANTENIMIENTO.
AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES (2ª) Nº 324/2013, DE 17 DE DICIEMBRE. PTE: GÓMEZ-REINO DELGADO, JESÚS

Pues bien, expuesto cuanto antecede la Sala tras examen de las alegaciones realizadas por el Ministerio Fiscal no ve motivos para considerar que la sentencia apelada haya incurrido en error de derecho al no aplicar el tipo penal del artículo 317 del CP. EDL 1995/16398 Y ello en primer lugar porque la entidad de la imprudencia cometida por la acusada a la hora de incumplir su obligación de medios: facilitación de equipo de protección individual, pero no específicamente destinado a evitar riesgos en tensión sin que hubiera recibido formación específica en esa materia; no puede considerarse grave, puesto que tomando en consideración la teoría de la imputación objetiva la infracción de la norma de cuidado y el riesgo generado por la misma, la situación de riesgo que provocaba la omisión de las expresadas medidas de seguridad se ha visto atenuada por un cierto margen de permisividad del riesgo o de ampliación del riesgo permitido motivado porque el trabajador accidentado era precisamente en encargado de mantenimiento del Hotel y por consiguiente quien por su posición de garante venía

obligado a velar por la observancia de las medidas de seguridad, de modo tal que la acusada podía actuar confiada en que si a la hora de proceder a la reparación del armario caliente el trabajador precisaba para su cometido de guantes especiales, pantalla facial y alfombrilla, o bien no se encontraba capacitado para llevar a cabo dicha reparación, hubiera solicitado o recabado de la acusada la facilitación de dichos guantes o solicitado que dicha reparación fuera realizada por un electricista u otra persona experta.

ANALIZA LA AP LOS ELEMENTOS DEL DELITO IMPRUDENTE.
EDJ 2013/149045
SAP BARCELONA (10ª) Nº 549/2013, DE 3 DE JUNIO. REC: 43/2013, PTE. PLANCHAT TERUEL, JOSE MARÍA.

Finalmente, y dentro del mismo epígrafe del recurso, se aduce, como queda antes indicado y anunciada su posposición de tratamiento en la presente, la ausencia de dolo en el proceder de los condenados recurrentes. El alegato obvia cuanto desarrolla cumplidamente la Sentencia de instancia mediante la alusión y transcripción al art. 317 CP EDL 1995/16398 , esto es, que la condena por el delito contra la libertad de los trabajadores se apoya en el reproche por imprudencia, lo que obliga a deslindar lo que cabe estimar como sus tres elementos esenciales, a saber: a) que exista ese actuar imprudente; b) que lo sea omisivo ("no facilitar"); y c) que la imprudencia sea grave.

_
Respecto del primer factor, el reproche en la imprudencia descansa en la ausencia de la diligencia debida para prevenir y evitar la producción de un resultado (si en el actuar doloso existe conocimiento y voluntad referidos a la situación típica objetiva en el negligente únicamente se exige la inobservancia del cuidado debido, esto es, infracción de la norma de cuidado), sin que quepa, como se insiste "ut supra", en ningún caso la responsabilidad objetiva (es decir, la que vendría determinada por la simple constatación de la persona obligada y la producción del resultado). Cerrando uniforme trayectoria de doctrina de casación señalaba en su día la STS de 18 de septiembre de 2001 que "las infracciones culposas o por imprudencia, sean delito o falta, están constituidas por los siguientes elementos: a) La producción de un resultado que sea la parte objetiva de un tipo doloso. b) La infracción de una norma de cuidado, cuyo aspecto interno es del deber de advertir la presencia del peligro, y cuyo aspecto externo es el deber de comportarse conforme a las normas de cuidado previamente advertido. c) Que se haya querido la conducta descuidada, con conocimiento del peligro o sin él, pero no el hecho resultante de tal conducta. Mientras que en la infracción de la norma de cuidado se contiene el desvalor de la acción, es en la resultancia de la acción imprudente donde reside el desvalor del resultado".

_
En lo tocante al segundo de los elementos enunciados, la jurisprudencia desde años atrás ha configurado la denominada culpa "in omitiendo" (STS de 15 de octubre de 1987) como "modalidad eminentemente normativa, la cual se caracteriza por la inacción, por la pasividad o por la abstención o inactividad de quien, para conjurar o evitar un evento dañoso, estaba obligado a actuar y a adoptar determinadas cautelas o precauciones, merced a imponérselo así preceptos de rango legal o reglamentario o, al menos, el principio "neminen laedere" o "altarum non laedere", el cual preside, eminentemente, la vida humana y comunitaria y las relaciones intersubjetivas que se dan en el desempeño de las diferentes tareas y en el seno de la vida social. Dicha omisión ha de ser voluntaria aunque no maliciosa, haber producido un resultado lesivo o dañoso, teniendo necesariamente, que mediar una relación de causalidad o nexo causal

entre la omisión y el resultado, de tal forma que sea aquélla la generante o determinante de éste. Por lo demás, el mismo fundamento que, en general, legitima la punición de las infracciones culposas y la distinción entre el elemento normativo y el psicológico, son aplicables a esta categoría culposa".

_

Y sobre el tercero de ellos (gravedad) en el Código penal EDL 1995/16398 desaparece la división tripartita de la legislación derogada para pasar a dos categorías: la imprudencia grave y la leve. La graduación no atiende en modo alguno (ni lo hacía con el Texto de 1973) a la gravedad del resultado sino a la calidad y cantidad de de los deberes de atención y cuidado infringidos, lo que puede entenderse también aplicable al Código de 1995 para distinguir la gravedad de la levedad. Si la imprudencia temeraria se significaba en el Código derogado, a tenor de la STS de 21 de julio de 1995, por la "actuación omisiva de las cautelas o precauciones más elementales para prevenir un mal previsible en circunstancias normales", añadiendo que "será temeraria si la conciencia del peligro es tan palmaria que éste resulta previsible a cualquiera sin exigencias de extraordinarias dotes o atención y si las precauciones a tomar eran también evidentes a la mayoría de las personas y realizables normalmente, por lo que su omisión resulta indisculpable a la consideración social", la imprudencia grave en la actualidad puede ser considerada bajo idénticos parámetros (es "equivalente a la antigua imprudencia temeraria" puntualizaba la STS de 22 de marzo de 2001 o la posterior STS de 26 de noviembre de 2001 al repetir que merece tal calificación "la omisión de las más elementales cautelas exigibles al hombre medio").

_

Aunque un concreto hecho que la Sentencia recurrida sienta como demostrado, por otro lado no discutido, cual es la existencia de un plan de seguridad y salud esto, por sí solo, no entraña observancia de la diligencia debida, sino por el contrario debería propiciarla, lo que no ha acontecido en el supuesto de autos con la ausencia específica de plasmación de las concretas medidas de seguridad obligadas para la tarea específicamente encomendada

LA INSUFICIENCIA DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS, FRUTO DE LA FALTA DE PREVISIÓN TOTAL DEL RIESGO CREADO POR LA ACTIVIDAD DESARROLLADA POR LA VÍCTIMA, CONFIGURA EN PRINCIPIO EL TIPO DE COMISIÓN POR IMPRUDENCIA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 317 CP.

SAP VIZCAYA (6ª) Nº /2013, DE 10 DE OCTUBRE. PTE: SAN MIGUEL BERGARETXE, MIREN NEKANE.

De este modo, la insuficiencia de las medidas adoptadas, fruto de la falta de previsión total del riesgo creado por la actividad desarrollada por la víctima, configura en principio el tipo de comisión por imprudencia previsto en el artículo 317 CP, que la doctrina y la jurisprudencia consideran precisamente añadido para evitar la posible falta de tipicidad de la imprudencia, habida cuenta su nuevo sistema de incriminación establecido con carácter general en el Código Penal, y recordando que también se admitía la modalidad culposa en el C. Penal anterior.

En ambos casos, el delito se consuma con la existencia del peligro en si mismo, sin necesidad de resultados lesivos, que de producirse conllevarían el régimen del concurso ideal (TS 1335/2000, 26-7), como sucede con la falta de imprudencia leve (AP Teruel 22/2002, 27-9). Mientras que en el tipo doloso existe conciencia del peligro, y a pesar

de ello se omiten las medidas adecuadas y necesarias, *en el imprudente concurre infracción del deber de cuidado por ausencia de todas las previsiones exigibles al garante de seguridad y salud de los trabajadores* (AP, Teruel, 13/2002, 13-6).

CONDENA AL ENCARGADO DE LA EMPRESA POR EL DELITO DEL ART. 317 CP, YA QUE EL MISMO CONFIÓ EN QUE ESA ACTUACIÓN DE INFORMAR ERA SUFICIENTE, NO CONSIDERANDO QUE SE ESTÉ ANTE UNA REPRESENTACIÓN CONSCIENTE DEL RIESGO QUE CONLLEVABA SU INCOMPLETA INFORMACIÓN.
SAP VIZCAYA (6ª) Nº /2013, DE 10 DE OCTUBRE. PTE: SAN MIGUEL BERGARETXE, MIREN NEKANE.

Se expresa en la sentencia que la técnica de seguridad y prevención considera que, dadas las específicas condiciones de la máquina, era necesario que le diera la formación por escrito, sin que sea posible establecer qué plus se añade el dar esa información por escrito a una persona a la que su compañero de trabajo informó en su idioma (árabe) del modo de trabajo, de las condiciones de la máquina y de la prohibición de que trabajara como lo hizo (a pedal). Explica la sentencia que se le dio información pero no formación, que exige otro "ritmo", y no el que se constata en este caso, en que, contratado, pasa de inmediato a prestar trabajo; sin embargo, en ese modo de funcionar, desgraciadamente habitual, se aprecia más imprudencia que dolo, en el sentido de actuación negligente por falta de previsión del riesgo, considerando que sus explicaciones, las de su compañero y las advertencias de que no utilizara ese modo, eran suficientes para que, en ese primer día, la persona se sujetara a tales indicaciones. Resulta difícil apreciar el dolo eventual (cierto que la frontera entre la imprudencia grave y el dolo eventual es difusa en múltiples ocasiones) puesto que siendo cierto que se infringió el deber objetivo de cuidado, traducido en específicas normas reguladoras de esa determinada actividad, contenidas en normas reglamentarias en cuya observancia confía la comunidad en la evitación del riesgo, confió este acusado que esa actuación de informar era suficiente, no considerando que estemos ante una representación consciente del riesgo que conlleva su incompleta información. Por ello más parece negligente la conducta del Encargado y no tanto dolosa, por lo que, en este punto, se estimará en parte el recurso.

6. HOMOGENEIDAD O HETEROGENEIDAD DE LOS DELITOS DE RIESGO DE LOS ARTS. 316 Y 317 CP.

ENTIDEN LA AP QUE LOS DELITOS DEL ART. 316 CP Y 317 CP SON HETEROGÉNEOS.
SAP CORUÑA (1ª) Nº 121/2013, DE 7 DE MARZO. PTE: LAMAZARES LÓPEZ LUCÍA.

Atendiendo a la voluntad impugnativa del recurrente Juan, este Tribunal se ha planteado la cuestión que trata la sentencia apelada de la homogeneidad del delito doloso del art. 316 del C. Penal por el que aquél venía acusado y el delito culposo del art. 317 del C. Penal por el cual ha sido condenado.

Tal como resulta de las actuaciones y se recoge en el Antecedente de Hecho Segundo de la sentencia apelada la única acusación que se mantuvo, el Ministerio Fiscal, solicitó la aplicación del referido delito recogido en los citados arts. 316 y 318 del C. Penal y coherentemente con dicha imputación al relatar la base fáctica de la imputación precisa que " Abel no había recibido un curso de formación de empresa, ni genérico ni específico para montar andamios, el andamio utilizado carecía de barandillas interiores, no había instalada una línea de vida que protegiera a los trabajadores, que lo hacían en ese momentos in anclaje de cinturones ni ningún tipo de sujeción, y sin casco". La relación de Hechos Probados de la sentencia apelada no contiene una descripción similar referida al elemento subjetivo del delito recogido en el art. 317 sin perjuicio de que en los Fundamentos de Derecho se argumenta sobradamente sobre los diferentes elementos de ambas infracciones así como sobre los motivos por los que se entiende que, de la prueba practicada en el acto de la vista oral, en el presente caso no se dan los requisitos típicos exigidos por el art. 316 dándose los propios del art. 317 del C. Penal .
En relación con la cuestión planteada, cabe indicar que nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el carácter heterogéneo de dichas infracciones siendo suficiente reproducir literalmente lo expuesto por dicho Tribunal en su sentencia de 26 de julio de 2000 en lo que interesa a la presente resolución: "Es cierto que el elemento normativo consistente en la infracción de las normas de prevención no exige legalmente dosis de gravedad alguna, a diferencia del peligro y de la comisión por imprudencia y precisamente por ello una cosa es la falta de prevención del riesgo equivalente a la omisión de las medidas necesarias y adecuadas exigidas conforme a la legislación laboral y otra distinta su insuficiencia o defectuosidad, lo que debe dar lugar a los dos tipos de comisión previstos, radicando su diferencia en el elemento subjetivo: conciencia del peligro cuando se trata del tipo doloso, y a pesar de ello se omiten las medidas adecuadas y necesarias, e infracción del deber de cuidado por ausencia de todas las previsiones exigibles al garante de la seguridad y salud de los trabajadores (artículo 14.2 Ley 31/1995)." En el mismo sentido cabe citar la sentencia 75/2003 de 23 de abril del T.C . en la que si bien se analiza un caso en que se acusa por la comisión del tipo penal recogido en el art. 317 y se condena por la comisión del recogido en el art. 316, dicho Tribunal tiene oportunidad de destacar la diferente naturaleza de ambas figuras reproduciéndose igualmente en la parte que afecta a dicha cuestión: "Ciertamente, hemos afirmado que el Juez puede condenar por un delito distinto que el sostenido por la acusación o acusaciones siempre y cuando se trate de un delito homogéneo con el que fue objeto de acusación y siempre y cuando no implique una pena de superior gravedad. Por lo tanto, la condena por delito distinto de aquel o aquellos que se formularon en la pretensión acusatoria sólo es constitucionalmente posible si se dan dos circunstancias: una es la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la Sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación declarada en la sentencia condenatoria. La segunda condición es que ambos delitos, el que sustentó la acusación y el considerado como más correcto por el Tribunal sentenciador en la Sentencia sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo o, en palabras de la STC 134/1986, de 29 de octubre (FJ 1), porque exista "identidad del bien o interés protegido en cuanto hay una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y en la de la sentencia" (en este mismo sentido, SSTC 43/1997, de 10 de marzo, FJ 3 ; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2 ; 118/2001, de 21 de mayo, FJ 4 ; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3 ; y 228/2002, de 9 de diciembre , FJ 5). En todo caso, como límite infranqueable en el momento de dictar Sentencia, al Juez le está

vedado calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, ni imponer una pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria fijada en las conclusiones definitivas, dado que se trata de una pretensión de la que no pudo defenderse el acusado...

Tal como sostiene el Ministerio Fiscal, no puede predicarse la homogeneidad de los tipos delictivos, en tanto en cuanto, situados desde la perspectiva del derecho de defensa, el recurrente no podía defenderse de modo contradictorio ni de los elementos fácticos, ni de los elementos jurídicos del tipo delictivo si la acusación le imputaba una participación a título culposo y no doloso, por lo que al calificarse por la Sala los hechos de modo distinto introdujo respecto del recurrente tanto un elemento fáctico fundamental (no facilitar conscientemente los medios de seguridad necesarios), como una calificación jurídica distinta (la imputación por delito doloso). Además, como consecuencia de esta calificación legal de la que el recurrente no pudo defenderse, le impuso las penas de seis meses de prisión y seis meses de multa, mínima asignada al delito tipificado en el art. 316 CP , pero superior a la prevista en el art. 317 CP ya que, tratándose de un delito culposo, el Código penal asigna a este último la pena inferior en grado, con lo cual pese a imponer la pena en su mínima extensión, estaba superando palmariamente el máximo de la pena solicitada por la única acusación."

Aplicadas las anteriores consideraciones al caso de autos bien es cierto que los hechos relativos a la responsabilidad del imputado Juan en orden al cumplimiento de las medidas de seguridad como los relativos a las infracciones cometidas que se declaran como probados se corresponden sustancialmente con los que fueron objeto de acusación y lo es igualmente que la pena impuesta es inferior a la solicitada tal como se corresponde con la diferente gravedad de las penas legalmente previstas en atención a su también diferente naturaleza pero ambos delitos siguen siendo heterogéneos. Así, como ya se explica en la sentencia, en ambos casos se trata de dos tipos en forma omisiva, de peligro concreto que alcanza su consumación por la existencia del peligro en si mismo y de normas en blanco al remitirse genéricamente a las normas de prevención de riesgos laborales pero en el caso de art. 316 debe concurrir la conciencia de la infracción de la norma de seguridad y de la situación de peligro así como la decisión de no evitar dicho peligro bastando a tales efectos el dolo eventual, mientras que en el caso del art. 317 la omisión del deber de cuidado se produce por una imprudencia grave, es decir, dejando de prestar la atención indispensable elemental en la ejecución del hecho.

En consecuencia, y por un elemental respeto al principio acusatorio, manifestación del derecho de defensa, procede decretar la absolución de Juan de dicho delito.

LA AP CONSIDERA QUE LOS DELITOS DEL ART, 316 Y 317 CP SON HETEROGÉNEOS Y, POR TANTO, ABSUELVE AL ENTENDER VULNERADO EL PRINCIPIO ACUSATORIO.

EDJ 2013/130167

SAP A CORUÑA (2ª) Nº 373/2013, DE 12 DE JUNIO. REC: 553/2013, PTE. BARRIENTOS MONGE, LUIS

Se trata de una cuestión nada pacífica, que ha dado lugar a una discrepancia dentro de las Audiencias Provinciales, a la hora de resolver los recursos en los que se planteaban motivos similares al ahora analizado. Es cierto que existen posturas que entienden que ha de rechazarse la vulneración del meritado principio (CFR, por ejemplo, SSAAPP de Barcelona del 11 de octubre de 2006, de Zaragoza del 3 de octubre de 2008, de Granada

del 23 de julio de 2010, de Valencia del 14 de octubre de 2010, de Valladolid del 27 de junio de 2011 o de Guadalajara del 2 de diciembre de 2011), existe igualmente un amplio sector que estima producida tal vulneración, por negar la homogeneidad entre ambos tipos (CFR, por ejemplo, SSAAPP de Baleares, del 30 de junio de 2003; de Sevilla, del 28 de julio de 2006; de Teruel, del 27 de noviembre de 2008; de Cádiz, del 5 de diciembre de 2008; de Valencia, del 4 de septiembre de 2012, o de Barcelona, del 18 de octubre de 2012). Hemos de mantener el criterio de considerar la heterogeneidad entre los tipos del artículos 316 y 317, de la misma manera que se viene afirmando la falta de homogeneidad entre el homicidio doloso y culposo. Como señala al respecto la sentencia del Tribunal Supremo, del 10 de noviembre de 2005, que afirma que si bien existe "una corriente minoritaria que mantiene la homogeneidad del delito doloso y del culposo en casos como el homicidio, atendiendo a la estructura de los tipos penales objetivos, en virtud de la cual se sostiene no sólo la homogeneidad, sino también la identidad fáctica, dado que uno y otro tipos, objetivamente considerados, consisten en la producción de la muerte de otra persona (STS de 28 de enero de 1.992 y la de 7 de marzo de 1.989). Sin embargo, el criterio ampliamente mayoritario de esta Sala que rechaza La homogeneidad en estos casos, se fundamenta no en las características dogmáticas de los delitos, sino en el derecho de defensa del acusado como garantía constitucional, lo que exige necesariamente, nos dice la STS. 528/99 de 12 de abril, que: "... el acusado y su Defensa hayan podido conocer todos los elementos del delito en los que se apoya la pretensión de la acusación con suficiente base como para poder preparar la prueba y la defensa jurídica contra la pretensión ejercida por la acusación. De ello se deduce que la Defensa no tiene el deber procesal de suponer todas las calificaciones alternativas posibles a la expresada por la acusación. Como se dijo en la STS 1608/94, de 20 de septiembre, la Defensa se vería, de otra forma, no sólo obligada a responder frente a la acusación conocida, sino también frente a la desconocida, dado que debería suponer todas las acusaciones alternativas posibles. Una obligación procesal de esta magnitud implicaría una ventaja injustificada para la Acusación, pues obligaría a la Defensa a cubrir bajo su propia responsabilidad las omisiones del acusador" (STS de 29 de enero de 1.997).

_

En síntesis, el principio acusatorio se basa en la necesidad de asegurar la imparcialidad del Tribunal y su contenido debe limitarse al contenido fáctico de la acusación, hechos atribuidos a un inculpado, pues la aplicación del efecto jurídico compete al Tribunal como titular ius puniendi. El principio acusatorio integra un doble aspecto de derecho a conocer la acusación (artículo 24.2 C.E. EDL 1978/3879) y de derecho a no sufrir indefensión (artículo 24.1, también C.E.), presuponiendo el derecho de defensa y su posibilidad de contestación o rechazo de la acusación, provocando la aplicación de la contradicción (STC 53/87, de 7 de mayo y STS del 19 de junio de 2000)".

_

Ante esta doctrina del Tribunal Supremo, se ha de estimar el motivo del recurso, y dado que ninguna acusación pidió la condena por el delito tipificado en el artículo 317 del Código Penal EDL 1995/16398, procede absolver del delito que fue objeto de acusación, esto es, del delito del artículo 316 del Código Penal EDL 1995/16398 , lo que alcanzará también al otro condenado penalmente, aunque ello no se traduzca en ninguna modificación respecto de la penalidad a imponer.

LOS DELITOS TIPIFICADOS EN LOS ARTÍCULOS 316 Y 317 DEL CÓDIGO PENAL SON HOMOGÉNEOS.
EDJ 2013/141898

SAP ALICANTE (3ª) Nº 149/2013, DE 14 DE MARZO. REC: 9/2013, PTE: MIRA-PERCEVAL VERDÚ, JOSÉ.

Es cierto, tal como afirman los apelantes, que existe una consolidada doctrina jurisprudencial que no permite la condena por delito imprudente cuando el objeto de acusación ha sido un delito doloso, y ello por quebrantar el principio acusatorio. Pero también es cierto que se va abriendo otra corriente jurisprudencial que, en sentido contrario, matiza dicha imposibilidad admitiéndolo en algunos casos. Así el Ministerio Fiscal cita las STS de 12/11/2001 EDJ 2001/40339 y 14/04/2011 EDJ 2011/34701 .

Más recientemente la STS de 24/09/2012, num. 706/2012 EDJ 2012/209071 , afirma que en materia de principio acusatorio y de homogeneidad, o no, de delitos no puede partirse de soluciones apriorísticas. Se trata de comprobar si en el caso concreto la variación del título de imputación ha supuesto una alteración sustancial de los hechos frente a la que no haya podido defenderse el acusado o la introducción de nuevos elementos en el debate que no estaban antes presentes y que por tanto no tuvo ocasión de rebatir el acusado. La homogeneidad o heterogeneidad de delitos no es campo propicio para sentar dogmas. Es una materia que ha de resolverse casuísticamente: comprobando cada asunto concreto y huyendo de generalizaciones no matizables. Las circunstancias singulares de cada supuesto condicionarán la solución. El criterio orientador básico será dilucidar si en el supuesto contemplado la variación del titulus condemnationis implica indefensión; si supone haber privado a las partes de alguna posibilidad de defensa. Cuando in casuse puede sostener con rotundidad que no existe disminución alguna ni del derecho a ser informado de la acusación ni de las posibilidades de haberse defendido, habrá que afirmar la legitimidad de esa modificación, lejos de fórmulas sacramentales o apriorísticas."

En el caso presente no se observa que exista heterogeneidad entre ambos títulos de imputación. El artículo 317 se remite al artículo 316 del CP. EDL 1995/16398 No existe ningún dato contemplado en la norma distinto entre uno y otro - infracción de normas de prevención de riesgos laborales, no facilitación de medios a los trabajadores, puesta en peligro de su salud o integridad física...- de tal modo que el artículo 317 del CP EDL 1995/16398 se limita a decir que "cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado".

La única diferencia entre uno y otro delito es la percepción del peligro por parte de quien está obligado a suministrar los medios para evitarlo. Es una cuestión meramente subjetiva que el juzgador extrae de las pruebas que se practican en la vista oral. El acusado o acusados son preguntados por idénticos hechos en ambos casos siendo la diferencia la representación del peligro.

Por lo expuesto, no se desprende que, en el caso presente, la condena por el título imprudente haya supuesto una indefensión a los acusados.

EL DELITO DOLOSO DEL ART. 316 CP Y EL DELITO IMPRUDENTE DEL ART. 317 CP SON HOMOGÉNEOS

SAP Madrid (7ª) 579/2013, de 24 de junio. Rollo de apelación 257/2012, dimanante de PA 307/2011, del J. de lo Penal nº 29 de Madrid.

"Respecto al alcance del principio acusatorio recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2013 la doctrina del Tribunal Constitucional recogida, entre otras, en Sentencia 225/1997, de 15 de diciembre que señalaba que "so pena de frustrar la solución más adecuada al conflicto que se ventila en el proceso, la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial

modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio. No existe infracción constitucional si el Juez valora los hechos <<y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo (STC 204/1986, recogiendo doctrina anterior), siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso>> (STC 10/1988, fundamento jurídico 2). En este sentido, <<el órgano judicial, si así lo considera, no está vinculado por la tipificación o la imputación>> que en la acusación se verifique (STC 11/1992, fundamento jurídico 3)".

En el presente supuesto, ni se aprecia que el cambio de calificación jurídica efectuada por la juzgadora, al considerar que sobre la base de los hechos objeto de imputación, la conducta de la acusada debía calificarse al amparo del tipo imprudente del art. 317 frente al delito doloso del artículo 316 del Código Penal, ni la defensa es capaz de concretar la situación de indefensión que le habría ocasionado tal circunstancia.

Tampoco reprochan que se haya producido un cambio relevante o sustancial en los hechos probados en relación con los que eran objeto de acusación, por de hecho no se ha producido, ni que se haya impuesto pena superior a la solicitada por las acusaciones.

Si bien es cierto que, como señala la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2003, "el delito doloso contra la seguridad de os trabajadores no es homogéneo respecto de la modalidad imprudente", no podemos llegar a la conclusión que existe heterogeneidad cando se acusad de la modalidad imprudente, a diferencia del supuesto analizado por el Tribunal constitucional en que se formuló acusación por la modalidad imprudente y se condenó por el tipo doloso imponiendo una pena superior a la solicitada por las acusaciones.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2000 se señala: "Es cierto que el elemento normativo consistente en la infracción de las normas de prevención no exige legalmente dosis de gravedad alguna, a diferencia del peligro y de la comisión por imprudencia, y precisamente por ello una cosa es la falta de prevención del riesgo equivalente a la omisión de las medidas necesarias y adecuadas exigidas conforme a la legislación laboral y otra distinta su insuficiencia o defectuosidad, lo que debe dar lugar a los dos tipos de comisión previstos, radicando su diferencia en el elemento subjetivo: conciencia del peligro cuando se trata del tipo doloso, y a pesar de ello se omiten las medidas adecuadas y necesarias, e infracción del deber de cuidado por ausencia de todas las previsibles exigibles al garante de la seguridad y salud de los trabajadores (artículo 14.2 Ley 31/1995).

Por su parte y partiendo de esa diferenciación, es de interés al respecto y es compartido íntegramente por este Tribunal lo que señala la sección segunda de la Audiencia Provincial de Valencia en su Sentencia de fecha 14 de octubre de 2010: "no es extraño encontrar supuestos en los que las acusaciones en sus respectivos escritos de acusación, sostienen hechos comprensibles tanto si concurre dolo directo, como si concurre dolo eventual, culpa consciente o culpa inconsciente. Si las eventuales representaciones lógicas posibles de la omisión de normas de cuidado, de la previsión del riesgo de accidente y de la representación y aceptación de éste –una dolosa, otra culposa-, son compatibles para explicar una misma dinámica fáctica, los acusados al defenderse de los hechos punibles que soportan la acusación tienen ocasión de defenderse de todas esas representaciones y cabe considerar sometida a debate la alternativa de comisión del delito por imprudencia ya que, como antes se ha expuesto, el fundamento de la comisión del delito del art. 317 del Código Penal estriba en la falta de cumplimiento de las normas de prevención, por falta de previsión o representación de la entidad del

riesgo que conlleva la no adopción de medidas que garantizan la exclusión del riesgo en la actividad laboral correspondiente".
Por todo ello, teniendo en cuenta la propia redacción de los dos tipos, puesto que el propio artículo 317 se remite al mismo hecho contemplado en el artículo 316 del Código Penal, y a la sutil diferencia que separa el dolo eventual, forma característica de comisión del 316, frente a la culpa consciente del 317, no podemos sino llegar a la conclusión, que en el caso concreto que nos ocupa no se vulneró el principio acusatorio ni el derecho de defensa de la acusada, por lo que también este motivo tiene que ser desestimado."

7. CONCURSO DE NORMAS ENTRE EL DELITO DE RIESGO DEL ART. 316 CP Y LOS DELITOS DE RESULTADO LESIVO DE LOS ARTS. 142 Y 152 CP.

EN CASO DE EXISTENCIA DE UN DELITO DE RIESGO DEL ART. 316 CON UNA FALTA DE HOMICIDIO POR IMPRUDENCIA LEVE DEL ART. 621.2 EN CONCURSO DE LEYES, SE PENA POR EL DELITO DE RIESGO AL SER LA PENA MÁS GRAVE.
SAP BALEARES (2ª) Nº 63/2013 DE 27 DE FEBRERO. PTE: GÓMEZ-REINO DELGADO, DIEGO JESÚS.

La degradación del delito de homicidio por imprudencia a una falta del artículo 621.2 del CP, hace que por aplicación del concurso de leyes –ya que la situación de peligro creado por el incumplimiento de las medidas de seguridad en la obra era el único resultado posible al ser el acusado el único trabajador que utilizaba la máquina -, al ser el delito de peligro más grave que la falta de resultado, opera la condena por el primero y no por la segunda.

SE APLICA EL PRINCIPIO DE CONSUNCIÓN, AL SER EL TRABAAJDOR FALLECIDO EL ÚNICO QUE UTILIZABA EL CAMIÓN.
EDJ 2013/159152
SAP MURCIA (3ª) Nº 391/2013, DE 22 DE JULIO, REC: 147/2013, PTE. OLMO GÁLVEZ, JUAN

Que el riesgo o peligro se hiciese realidad en los términos reflejados en la sentencia de instancia, como fue el caso, y en el único trabajador que utilizaba el instrumento de trabajo brindado por la empresa (el conductor del camión siniestrado), no desvirtúa la precisa tipificación de la conducta realizada en la sentencia de instancia.

Sobre esta cuestión jurídica procede reseñar la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2005 (Pte. Granados Pérez), que recogía lo siguiente en un supuesto de concurso entre un delito contra los derechos de los trabajadores (redacción del Código Penal de 1973 EDL 1973/1704) y una falta de imprudencia (en este caso la calificación de la infracción imprudente lo es de delito, sin que afecte al criterio jurídico de aplicación): 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.

Así se ha pronunciado esta Sala, como es exponente la sentencia 1036/2002, de 4 de junio, en la que se declara que el CP de 1995 EDL 1995/16398 ha mantenido, en lo esencial, la regulación del art. 348 bis a) del CP de 1973 EDL 1973/1704 procedente de la reforma de 1983. Responde a la idea de adelantar la línea de intervención punitiva y 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, aplicándose como regla general el principio de consunción del artículo 8.3º del vigente CP EDL 1995/16398 . Así lo estableció esta Sala en la sentencia 1188/1999, de 14 de julio, al afirmar que si a consecuencia de la infracción de normas laborales se produce el resultado que se pretendía evitar (muerte o lesiones del trabajador) el delito de resultado absorberá al de peligro (art. 8.3º CP EDL 1995/16398), como una manifestación lógica de la progresión delictiva, aunque se podría aplicar el concurso ideal de delitos cuando el resultado producido constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad, y esto último es lo que ha sucedido en el supuesto que examinamos en el presente recurso, ya que la situación de peligro que caracteriza el delito contra la seguridad de los trabajadores ha progresado hasta producir lesiones en los trabajadores cuya protección se pretendía adelantar a través del delito de peligro mencionado, sin embargo, ha existido otros trabajadores cuya situación de grave peligro no se ha concretado en resultado alguno, por lo que no procede apreciar la consunción manteniéndose ambas conductas delictivas con autonomía, en concurso ideal, cuyo castigo por separado es más favorable a los acusados, acorde con lo que se dispone en el artículo 71 del Código Penal de 1973 EDL 1973/1704 . (El resaltado en negrita es de la Sala)

Sobre esta cuestión también se ha pronunciado la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia mencionada, de 31 de enero de 2012 (Pte. Poza Cisneros): La última de las cuestiones que se refieren a la calificación de la conducta alude a una supuesta mención incorrecta de los delitos contra los derechos de los trabajadores y de lesiones imprudentes, que sería incompatible con la mención del artículo 8.3 del Código Penal EDL 1995/16398 que consagra el principio de absorción o consunción delictiva que aplica la sentencia apelada, invocando la sentencia del Tribunal Supremo de 14 julio 1999, pero sin valorar expresamente la posible aplicación de la regla de concurso ideal del artículo 77 que había referido la acusación en sus conclusiones, y en la que insiste en su impugnación del recurso, (...). Sin embargo, en atención a que el artículo 8 se refiere al castigo con arreglo a determinadas reglas, no resulta incorrecta la mención de los dos tipos con arreglo a los cuales pueden ser calificados los hechos, en cuanto ello resulta conveniente, en los casos de concurso entre delito doloso de riesgo e imprudente de resultado, para evitar que, a efectos profesionales o de reincidencia, resulte privilegiado aquél que, además de cometer el delito de riesgo doloso, (...), como es el caso contra los derechos de los trabajadores, avanza hasta la producción de un resultado imprudente en el que se materializa el riesgo, beneficiándose de la calificación única como delito imprudente, omitiendo la efectiva calificación en concurso de normas del delito doloso, (...). (...) prosperar la calificación más correcta, (...), concurso ideal entre el delito de riesgo y el de resultado, en cuanto el concreto resultado producido era sólo uno de los posibles resultados de la conducta omisiva, por afectar la situación de riesgo al menos a otro trabajador distinto del lesionado (SSTS 26- 9-01, 22-12-01, 4-6-02 y 25.4.05). En este último punto, debe insistirse en que se trata de una doctrina consolidada, ampliada, incluso, por el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de julio de 2002, en la que llega a afirmar que la absorción no sólo puede no ser completa, sino que nunca lo es, al declarar "obiter dicta", en

relación con la ausencia de riesgos para la vida y salud del trabajador, que constituye "un bien jurídico autónomo y por tanto independiente de la efectiva lesión que en todo caso merecería calificación independiente". Ha sido asumida, también, esta tesis, por la Fiscalía General del Estado (Instrucción 1/2001 de 9 de mayo) y por la práctica totalidad de las Audiencias Provinciales, entre ellas las de Murcia (Sentencia Sección Primera de 5-7- 00); Baleares (Sentencias 17-5-00 y 30-6-03, Sección 1ª); Jaén (Sentencia 3-11-00, Sección 2ª), Cuenca (Sentencia 21-2-01); La Coruña (Sentencia 15-10-01, Sección 5ª); Guipúzcoa (Sentencia 13-12-01 Sección 1ª); Barcelona (Sentencias 18-2-02, Sección 3 ª, y 27-1-03, Sección 10ª); Vizcaya (Sentencia 26-11-02, Sección 6ª); La Rioja (Sentencia 21-1-03); Sevilla (Sentencia 23-12- 03, Sección 7ª); Madrid (Sentencia 23-02-04, Sección 15ª); Cantabria (Sentencia 31-3-04, Sección 4ª); Huelva (Sentencia 28-4- 04, Sección 1ª); Zaragoza (Sentencia 30-4-03, Sección 3 ª) o Álava (Sentencia 28-7-04, Sección 2ª).

De lo anteriormente expuesto se aprecia que el acusado incumplió la concreta y precisa normativa en materia de seguridad en el trabajo mencionada, que su incumplimiento cabe entenderlo como grave, y que frente al mismo no existe factor que excluya o debilite el grado de reproche penal formulado, que atiende, se insiste, a un incumplimiento grave de la normativa laboral y de seguridad vial aplicable. Y esa gravedad cabe cifrarla no sólo atendiendo al estricto resultado mortal ocasionando, sino a la grave infracción de la norma de cuidado o factor normativo.

Ante la dualidad penal mencionada (delito contra los derechos de los trabajadores y delito de muerte por imprudencia del único trabajador que utilizaba el instrumento de trabajo), el criterio acogido por la sentencia de instancia es el correcto, tal y como ampliamente se ha analizado con anterioridad, por cuanto la absorción o consunción acogida, según la Jurisprudencia reseñada, es la procedente, al ser el resultado mortal una proyección de un previo incumplimiento de la normativa laboral que ha afectado al único trabajador/conductor que utilizaba el camión de la empresa. Sólo cuando se proyectase el incumplimiento de la normativa de seguridad en el trabajo sobre varios trabajadores y el resultado lesivo se causase en uno o algunos de ellos, la figura penal aplicable no sería el artículo 8.3 del Código Penal EDL 1995/16398 (tal y como la Juzgadora ha efectuado correctamente en la instancia), sino el artículo 77 del Código Penal EDL 1995/1639 .

LA AP ENTIENDE QUE PROCEDE APLICAR EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DEL ART. 8.2 CP ENTRE EL DELITO DEL ART. 316 Y 142 CP.

EDJ 2013/19575

SAP PALENCIA (1ª) Nº 2/2013, DE 14 DE ENERO, REC: 79/2012. PTE: GÓMEZ TORMILLO, MANUEL

Como se desprende de lo expuesto, dos son las figuras delictivas que resultan de aplicación al caso. Por una parte, la contenida en el artículo 316 del Código Penal EDL 1995/16398 , dentro del Título que el Código dedica a los delitos contra los derechos de los trabajadores. Por otra, el homicidio imprudente del artículo 142 del mismo cuerpo normativo. Entre ambas debe entenderse que hay una relación de concurso aparente de normas penales, donde el segundo delito desplaza al primero, en virtud del principio de subsidiariedad del artículo 8.2 CP EDL 1995/16398 (más que del principio de consunción del artículo 8.3 que opera en concreto y requiere una

comparación de hechos y no de normas; vid., no obstante, STS de 25 de abril de 2005 EDJ 2005/131407 .Ciertamente, en ocasiones la jurisprudencia ha admitido el concurso de delitos, en las hipótesis en que la situación de riesgo derivada de la omisión de las normas de seguridad afectó a trabajadores diversos de que resultaron lesionados o muertos (vid. la misma STS de 25 de abril de 2005. Sin embargo, inequívocamente, ése no es el caso. En esos términos, y considerando que el recurso de apelación se centra en combatir la presencia del delito de homicidio imprudente y no el delito contra los derechos de los trabajadores, procede examinar exclusivamente si concurren los elementos del primero. Anunciamos desde este momento que el recurso debe ser desestimado, por lo que carece de sentido ocuparnos del delito del artículo 316.

8. CONCURSO IDEAL DE DELITOS ENTRE LOS DELITOS DE RIESGO DEL ART. 316 CP Y LOS DELITOS DE RESULTADO LESIVO DE LOS ARTS. 142 Y 152 CP.

ESTIMA LA AP EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL MF, RELATIVO A LA PUNICIÓN EN CASO DE CONCURSO IDEAL DE DELITOS.
SAP CÁDIZ (4ª) Nº 279/2013, DE 8 DE OCTUBRE. PTE: FELIZ Y MARTÍNEZ, MIGUEL ÁNGEL.

La sentencia recurrida incurre en error, pues declara que los hechos probados son constitutivos de un Delito contra los Derechos de los Trabajadores en concurso ideal con un Delito de Lesiones causadas por Imprudencia Grave, de los artículos 316 y 152.1.2 del Código Penal, y al imponer la pena, lo hace con arreglo al artículo 316 del Código Penal, fijándola en 1 año de prisión y multa de 9 meses con una cuota diaria de 6 euros. Es claro que con arreglo al artículo 77 del mismo Código, que regula el denominado concurso ideal, si se impone una sola pena esa no podrá ser inferior a la mínima de la mitad superior de la pena de prisión establecida por el artículo 316, que sería de 21 meses y 1 día y multa de 9 meses. Sin embargo, como señala el Ministerio Fiscal, la punición de ambos delitos por separado no podrá ser inferior a los seis meses de prisión y multa de seis meses con una cuota de seis euros por el delito contra la seguridad de los trabajadores del artículo 316, y de un año de prisión por el artículo 152.1.2, lo que permiten los apartados 2 y 3 del artículo 77, que al regular el concurso ideal dice que se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones, y que cuando la pena así computada exceda de ese límite, se sancionarán las infracciones por separado.
Por ello, procede imponer a los acusados la pena de seis meses de prisión y multa de seis meses con una cuota diaria de seis euros por el delito contra la seguridad de los trabajadores, y de un año de prisión por el artículo 152.1.2º, al no existir en la sentencia motivos para imponerla en mayor extensión y siguiendo el criterio de la propia sentencia, procediendo en consecuencia la revocación parcial de la misma en el sentido dicho, y confirmando los restantes pronunciamientos de la misma.

EXISTE CONCURSO IDEAL DE DELITOS, YA QUE HUBO MÁS TRABAJADORES EN SITUACIÓN DE RIESGO.

EDJ 2013/200021
SAP GRANADA (2ª) Nº 348/2013, DE 7 DE JUNIO. REC: 243/2012. PTE: SAENZ SOUBRIER, JOSÉ JUAN

La S.TS. núm. 1.188/1.999 de 14 julio EDJ 1999/16747 , argumenta que "cuando como consecuencia de la infracción de normas de prevención de los riesgos laborales se produzca el resultado que se pretendía evitar con ellas (la muerte o las lesiones del trabajador), el delito de resultado absorberá al de peligro (art. 8.3º CP EDL 1995/16398), 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 encontraba trabajando la generalidad de los que desempeñaban sus funciones en la obra), debe estimarse correcta la tesis... (de) que ha existido un concurso ideal de delitos".

EXISTE CONCURSO IDEAL DE DELITOS AL HABER MÁS TRABAJADORES EN SITUACIÓN DE RIESGO.
EDJ 2013/ 203139
SAP SEVILLA (4ª) Nº 394/2013, DE 5 DE SEPTIEMBRE. REC: 5076/2012. PTE: LLEDÓ GONZÁLEZ, CARLOS L

El recurso del Sr. Isidoro presenta cierta confusión en orden a la apreciación en su conducta de dos distintos delitos en concurso ideal, cuestión que aparece explicada suficientemente en la sentencia de instancia y que no obstante puede tratar de esclarecerse aún más; en principio, cuando como consecuencia de la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales se produzcan efectivamente muerte o lesiones, deberá acudirse a los correspondientes tipos genéricos de resultado (homicidio o lesiones por imprudencia), pero como dice el Tribunal Supremo "si bien la lesión del bien jurídico consume en todo caso el peligro, procederá el concurso (ideal) de delitos, siempre que la situación de peligro haya afectado además a trabajadores en quienes no ha recaído la lesión efectiva de la vida, salud o integridad física", es decir, será de aplicación el art. 77 del Código Penal EDL 1995/16398 .; en este sentido se ha pronunciado, por ejemplo, la Sala de lo Penal del TS en sentencia de 14.7.1999 EDJ 1999/16747 , al analizar la pretendida infracción de ley "por vulnerar la sentencia recurrida el art. 8.3 del vigente Código Penal EDL 1995/16398 , al no apreciar absorción o consunción delictiva del delito contra los derechos de los trabajadores por el de homicidio imprudente" sobre la base de que "el delito de peligro, seguido de otro de resultado de igual o mayor rango penal queda subsumido en este último y absorbido por él..."; constata el Alto Tribunal que el resultado producido no agotó la posible producción de otros resultados lesivos derivados de las situaciones de peligro creadas, afectantes a la generalidad de los trabajadores, y concluye que "cuando como consecuencia de la infracción de normas de prevención de los riesgos laborales se produzca el resultado que se pretendía evitar con ellas (la muerte o las lesiones del trabajador), el delito de resultado absorberá al de peligro (art. 8.31 CP EDL 1995/16398), como una manifestación lógica de la progresión delictiva; mas cuando -como es el caso de autos- el resultado producido (la muerte de uno de los trabajadores) constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad (ya que -como dice el Tribunal de instancia- en la misma situación de peligro se encontraba trabajando la generalidad de los que desempeñaban sus funciones en la obra), debe estimarse correcta la tesis

asumida por dicho Tribunal de instancia al entender que ha existido un concurso ideal de delitos". Así pues, es correcta también la apreciación que se contiene en la sentencia de instancia del referido concurso ideal entre ambos delitos, pues hasta la saciedad se insiste en la sentencia que junto al trabajador lesionado existieron otros varios trabajadores, que incluso declararon como testigos, sometidos hipotéticamente a ese mismo riesgo para su integridad física e incluso la vida.

NO CABE APLICAR EL CONCURSO DE NORMAS, YA QUE HUBO OTRO TRABAJADOR EN SITUACION DE RIESGO.
EDJ 2013/250200
SAP TARRAGONA (2ª) Nº 490/2013, DE 11 DE NOVIEMBRE. REC: 69172013. PTE: UCEDA SALES, SARA

Así pues, debe confirmarse la condena por ambos delitos, no resultando de aplicación la consunción del artículo 8.3º del C.P EDL 1995/16398 pues, ciertamente, cuando como consecuencia de la infracción de normas de prevención de los riesgos laborales se produzca el resultado que se pretendía evitar con ellas (la muerte o las lesiones del trabajador), el delito de resultado absorberá al de peligro como una manifestación lógica de la progresión delictiva, por aplicación del principio de consunción del artículo 8.3º del Código Penal EDL 1995/16398 (SSTS de 4 de junio de 2002 y de 14 de julio de 1999), pero en el presente supuesto no podemos considerar que el delito de peligro quedó consumido por el de resultado pues se generó peligro para otro trabajador y no sólo para el accidentado, pues en las labores de desmontaje del andamio estaban trabajando dos trabajadores, por lo que el concurso ideal de delitos debe ser confirmado, observando que ambos delitos se han sancionado por separado por tratarse de la opción más favorable al recurrente.

PARA APRECIAR QUE HAY CONCURSO DE DELITOS ENTRE DELITO DE RIESGO Y DELITO DE RESULTADO LESIVO, DEBE ACREDITARSE QUE EL TRABAJADOR QUE NO RESULTÓ LESIONADO ESTUVO EN AFECTADO DE MODO DIRECTO POR EL RIESGO QUE DERIVÓ EN EL RESULTADO LESIVO DEL OTRO TRABAJADOR
EDJ 2013/159098 SAP León de 22 julio 2013. Audiencia Provincial de León, sec. 3ª, S 22-7-2013, nº 562/2013, rec. 578/2013. Pte: Amez Martínez, Miguel Angel.

"2º.- Error en la valoración de la prueba que conduce a apreciar el concurso de leyes del art. 8.3 del C.P. EDL 1995/16398, en lugar del concurso ideal de delitos del art. 77 del C.P. EDL 1995/16398 Y al que se ha adherido el Ministerio Fiscal. Mencionado motivo ha de rechazarse, pues viene a ser correcta la calificación de la sentencia apelada en orden apreciar la existencia de un concurso de normas, y no de un concurso ideal, absorbiendo el delito de resultado al de peligro. Y, ello, al no quedar suficientemente acreditado en qué momento concreto y preciso se utilizó la controvertida escalera por el segundo trabajador no accidentado que participaba en la reparación, y ante todo si el uso de la escalera en dicho momento, cierta y realmente, afectó y conllevó un peligro grave para dicho segundo trabajador."

9. DIVERSAS CUESTIONES ACERCA DE LAS INFRACCIONES DE RESULTADO LESIVO.

9.1. Diversa gravedad según el sujeto interviniente.

CUANDO EN LA CAUSACIÓN DE UN ACCIDENTE HAYAN CONCURRIDO VARIAS CONDUCTAS IMPRUDENTES, NADA OBSTA PARA QUE EN CADA UNA DE ELLAS EXISTA UN DIFERENTE GRADO DE GRAVEDAD.
EDJ 2013/250200
SAP TARRAGONA (2ª) Nº 490/2013, DE 11 DE NOVIEMBRE. REC: 69172013. PTE: UCEDA SALES, SARA

Debe recordarse que no se han llegado a concretar criterios claros en la determinación de los grados de la imprudencia y suele atenderse a la inobservancia, mayor o menor, de deberes elementales de cuidado que deben ser exigidos al hombre menos diligente (STS 2011/2000, de 20 de diciembre). Por ello se ha declarado que es grave cuando se ha actuado con un olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado. En todo caso, como indica la STS núm. 860/2001, de 17 de mayo: «... nada obsta para que, cuando en la causación de un resultado hayan concurrido varias conductas culposas de distintos agentes, la gravedad de cada una de ellas pueda ser de distinto grado y gravedad. Por lo tanto la concurrencia de plurales imprudencias no puede determinar automáticamente la degradación de todas para tener que calificarlas de leves sino que, sin perjuicio de la concurrencia de varias para el resultado, unas pueden ser graves y otras menos graves o leves, según la entidad del descuido de expectativas socialmente exigibles y la del deber objetivo de cuidado omitidos».

9.2. Gravedad de la imprudencia.

LA IMPRUDENCIA HAY QUE CALIFICARLA COMO GRAVE, YA QUE PERMITIR EL TRABAJO EN ALTURA EN ESAS CONDICIONES ENTRAÑA UNA ELEVADA RELAJACIÓN DE LA OBSERVANCIA DE LAS NORMAS DE SEGURIDAD.
EDJ 2013/130167
SAP A CORUÑA (2ª) Nº 373/2013, DE 12 DE JUNIO. REC: 553/2013, PTE. BARRIENTOS MONGE, LUIS

Cuestiona este recurrente, asimismo, que esta negligencia deba ser reputada grave, pero ello debe ser igualmente rechazado. Es cierto que en la sentencia de instancia no se hace especial mención de las circunstancias que llevan a calificar la imprudencia en su modalidad más gravosa, y si esta delimitación entre los distintos tipos de negligencia constituye un problema constante en la doctrina, estimamos que en el caso que nos ocupa, el hecho de permitir que se realicen trabajos de altura, en una obra, empleando unos medios rudimentarios y peligrosos para trabajar en el hueco del ascensor, como es la colocación de plataformas de nula solidez, con un grosor el tablón empleado para trabajar sobre el hueco de la escalera de 2,5 cm (así se recoge, por ejemplo, en el informe de Inspección de Trabajo), y sobre el que se permitía trabajar a los operarios de la obra, que, lógicamente, acarrearían material consigo, lo que contribuía a forzar más la resistencia del tablón, ello, estimamos, entraña una elevada relajación en la observancia

de normas de seguridad para la integridad de los trabajadores, que nos lleva a no considerar infundada la calificación de grave la negligencia declarada por la sentencia de instancia. La endeblez de la plataforma utilizada, determinaba y aumentaba la inminencia del daño, si sobre el mismo se permitía el paso y permanencia de trabajadores y material, se incrementaba la probabilidad del daño, por lo que ello debe llevar a incrementar correlativamente la gravedad de la omisión o negligencia.

DESESTIMA LA AP EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL MF, ENTENDIENDO QUE LA IMPRUDENCIA NO ES GRAVE, AFIRMANDO, ENTRE OTROS MOTIVOS, QUE LA PROPIA CONDUCTA DEL PERJUDICADO, RENUNCIANDO A LAS ACCIONES QUE PUDIERAN CORRESPONDERLE, VIENE A ESTIMAR QUE EL PROPIO PERJUDICADO ASUME UNA MENOR ENTIDAD DE LA NEGLIGENCIA DESENCADENANTE DEL ACCIDENTE SUFRIDO.
SAP CORUÑA (2ª) Nº 450/2013, DE 28 DE JUNIO. PTE: BARRIENTOS MONGE, LUIS.

Se afirma, como hemos dicho, por la representación del Ministerio Público que esta omisión debe ser reputada grave, para dar lugar a la calificación por el delito que se venía sosteniendo por dicho parte, que hace alusión al propio informe de la Conselleria de Trabajo, que reputa como grave la infracción cometida (ausencia de condiciones de seguridad, por un defectuoso montaje del tablón (filio 47 de las actuaciones). No obstante, esta circunstancia no debe ser decisiva a la hora de determinar la aplicación de la calificación interesada por la parte recurrente, pues es evidente que el ámbito laboral responde a un principio pro operario básico, mientras que el orden penal responde el principio básico de la presunción de inocencia. Como dice la sentencia del Tribunal Suprema de 29 de julio de 2002, en relación con el tipo penal del artículo 316 del Código Penal, no basta para la integración de este tipo penal cualquier infracción de normas de seguridad, porque esto extendería indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con el principio de intervención mínima y de seguridad jurídica. 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 un grave peligro. Estimamos que no se trata de discutir la relevancia del fenómeno de la siniestralidad laboral, ni mucho menos subestimar a las víctimas de los accidentes laborales, pero se trata de evitar lo que pueda ser una "huida al Derecho Penal" ante cualquier siniestro laboral. No podemos negar que en el caso presente el peligro que generaba la deficiente colocación del tablón o andamio, se llegó a concretar en un resultado lesivo para persona determinada, pero estimamos que, sobre la base de la propia situación del tablón, a la altura de 1,5 metros, no estimamos que quepa apreciar una situación de grave negligencia que afecte a la seguridad colectiva de los trabajadores. Por otra parte, la propia conducta del perjudicado, renunciando a las acciones que le pudieran haber correspondido, por haber sido indemnizado, viene a estimar que el propio perjudicado asume una menor entidad de la negligencia desencadenante del accidente sufrido. No se trata de admitir que la posible transacción entre las partes haga posible introducir un principio de disponibilidad sobre el delito, algo que sería extraño en nuestro derecho, pero si sirve para valorar el grado de seguridad con el que se desenvolvían los trabajadores en la obra en la que se produce el accidente, y que no estemos ante una infracción de una norma de seguridad generadora de mayor lesividad para los trabajadores en cuestión. Y ello sería igualmente imputable

respecto de la imprudencia que se imputaba, por lo que debe concluirse con que se considera acertada la calificación jurídica efectuada por la sentencia de instancia.

LA AP REVOCE LA CONDENA POR EL DELITO DE LESIONES DEL ART. 152 CP Y CONDENA POR LA FALTA DEL ART. 621-3, PORQUE LA SENTENCIA DE INSTANCIA NO DA JUSTIFICACIÓN DE LA CALIFICACIÓN DE LA IMPRUDENCIA COMO GRAVE.

SAP BARCELONA (6ª) Nº…, 14 DE MARZO DE 2013, PTE: NAVARRO BLASCO, EDUARDO

Con carácter subsidiario, y para el caso de no prosperar el resto de sus tesis, en opinión del recurrente la conducta atribuida a su representado en el relato de hechos probados debe ser considerada como constitutiva de una falta de imprudencia leve del art. 621.3 del CP y no como imprudencia grave del art. 152 tal y como ha sido valorada por la juzgadora de instancia. De hecho y la acusación particular ya se pronunció en tal sentido en sus conclusiones definitivas, también con carácter subsidiario, y ha vuelto a hacerlo en su escrito de impugnación al recurso. Invoca por ello, entre otros argumentos, la circunstancia de que el Sr. R…ayudó a la víctima desde el primer momento y llevó a cabo todo lo necesario para socorrerle. El motivo, a diferencia de los anteriores, merece prosperar por la sencilla razón de que la sentencia impugnada no da cumplida justificación de la calificación de la imprudencia enjuiciada como grave, pues de la simple lectura de la misma se desprende que ni el relato de hechos probados ni del cuerpo de la misma pueden deducirse cuáles son los motivos que han llevado a la convicción de la juzgadora de que tal imprudencia fue de la suficiente entidad como para incardinarla en el tipo del art. 152. Es por ello que en aplicación del principio "in dubio pro reo", tal imprudencia sólo puede ser calificada como leve y el tipo delictivo reconducido a la falta prevista en el art. 621, 3 CP.

ANALIZA LA AP LA DIFERENCIA ENTRE EL DELITO DE IMPRUDENCIA Y LA FALTA DE IMPRUDENCIA.
SAP CÁDIZ (ALGECIRAS) Nº 312/2013, DE 16 DE SEPTIEMBRE. PTE: GUTIERREZ LUNA, MANUEL.

Con carácter general debemos poner de manifiesto que la diferencia entre el delito de imprudencia y la falta de imprudencia, depende de la entidad de la infracción del deber de diligencia exigido; así el propio Código Penal establece la distinción entre, la imprudencia grave y la imprudencia leve. Es grave la inobservancia de las más elementales normas de conducta (STS 25 de mayo de 1999), o no haber adoptado los cuidados más elementales (STS 10 de mayo de 2001); en otro caso será leve y podrá constituir la falta del artículo 621.2 del Código Penal (STS 5 de septiembre de 2001).
La gravedad de la imprudencia se ha de medir por la entidad de la infracción del deber de cuidado, y no, en principio, por la gravedad del resultado (STS 10 de octubre de 2000). Así la propia jurisprudencia ha establecido los criterios de diferenciación entre la imprudencia grave y leve:
La mayor o menor previsibilidad del riesgo (STS 1 de diciembre de 2001).
Inobservancia, mayor o menor, de los deberes de cuidado; por ello, es grave cuando el olvido es total y absoluto de la más elementales normas de cuidado (STS 15 de marzo de 2001). En un contexto de riesgo -la circulación lo es- la previsibilidad del evento es mayor, y, por ello, más grave la culpa, al no evitarlo.

LA AP CONSIDERA QUE LA IMPRUDENCIA DEL CONDENADO HAY QUE CATALOGARLA DE GRAVE.
EDJ 2013/159152
SAP MURCIA (3ª) Nº 391/2013, DE 22 DE JULIO, REC: 147/2013, PTE. OLMO GÁLVEZ, JUAN

CUARTO.- Viene a referirse también por la parte recurrente que el trabajador/conductor del camión no adoptó las medidas de seguridad exigidas, pese a ser el único usuario del camión, dado que era él quien mejor conocía el estado del vehículo y evidentemente de los neumáticos, sin que conste que hubiera formulado reclamación o queja alguna al respecto.

En cuanto a ello procede estar a lo ya previamente expuesto y analizado sobre la valoración probatoria y al relato fáctico que se acoge en la sentencia de instancia, así como a las consideraciones expuestas por la Juzgadora en su sentencia, en el sentido que nada de ello exoneraría o debilitaría el juicio de reproche del acusado (al margen que nada de ello se habría acreditado válidamente), y en ningún caso se excluiría la gravedad de la conducta imprudente atribuida al mismo.

Procede en este momento retomar la acertada Sentencia de la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial de Murcia, de 31 de enero de 2012 (Pte. Poza Cisneros), que analiza así la cuestión de la imprudencia (aunque cifrada en lesiones imprudentes, siendo el caso actual de muerte): A su vez, esta conclusión, extraída de la entidad de la omisión del empresario, no se ve afectada por una supuesta culpa exclusiva de la víctima, argumentada, (...), tanto en sede de calificación como delito contra los derechos de los trabajadores, como en sede de imprudencia y, finalmente, de responsabilidad civil. La conducta del trabajador, (...), no integra un supuesto de concurrencia de culpa que excluya la responsabilidad del acusado, ni en el delito de riesgo, ni en el de resultado propiamente dicho, ni en la cuantificación de la indemnización. (...) ninguna duda cabe de que la omisión de las medidas de seguridad y la creación del peligro, que nada tiene que ver con el resultado lesivo, fue fruto de una conducta dolosa, bastando, a tales efectos, (...), el dolo eventual para colmar las exigencias de tipicidad subjetiva del artículo 316 del Código Penal EDL 1995/16398 que representa uno de los títulos de condena. A su vez, los hechos han sido también correctamente calificados como delito de lesiones imprudentes del artículo 152. 1 º y 3º del Código Penal EDL 1995/16398 . En efecto, el grave resultado lesivo producido, se encuentra obviamente conectado con la omisión de las medidas de seguridad que han sido relacionadas y, en definitiva, con una conducta imprudente. Como señala, entre otras, la Sentencia de 25-5-99, en la actualidad, (...), sólo son punibles las acciones u omisiones imprudentes cuando son expresamente castigadas por la Ley (art. 12 del Código Penal EDL 1995/16398). El Tribunal Supremo ha elaborado una consolidada doctrina, condensada en la Sentencia de 15 de abril de 2002, en relación con la imprudencia (...) que señala, como requisitos comunes a toda infracción imprudente, los siguientes: 1º) existencia de una acción u omisión voluntaria, pero no maliciosa; 2º) un elemento psicológico consistente en el poder o facultad del agente de poder conocer y prevenir un riesgo o peligro susceptible de determinar un daño; 3º) un factor normativo que consiste en la infracción de un deber objetivo de cuidado o en el incumplimiento de reglas sociales establecidas para la protección de bienes social o individualmente valorados, y que es la base de la antijuridicidad de la conducta imprudente (...); 4º) causación de un daño y 5º) relación

de causalidad entre la conducta descuidada e inobservante de la norma objetiva de cuidado, como originario y determinante del resultado lesivo sobrevenido (...). La relación de causalidad a que se ha hecho mención ha de ser directa, completa e inmediata, así como eficiente y sin interferencias (...). El deber de cuidado, que está en la base de toda imprudencia, puede provenir de un precepto jurídico o de la norma de la común experiencia general, admitida en el desenvolvimiento ordinario de la vida (...). Comprobada la concurrencia de los requisitos comunes señalados y contrastada, previamente, en atención al resultado, la tipificación expresa, procederá la valoración de la imprudencia, seguida de un nuevo contraste de tipicidad, habida cuenta de que, ante un mismo resultado, puede existir tipificación expresa de su causación o no, en función de la entidad de la imprudencia. Respecto de la clasificación de la imprudencia, el legislador ha sustituido, en el Código Penal de 1995 EDL 1995/16398 , las anteriores referencias legales que calificaban la imprudencia de temeraria y simple, por las de grave y leve, atribuyendo a la primera, con carácter general y con excepciones, como la representada por el art. 621.1 del Código, el rango de delito y reservando para la forma leve la sanción de falta, cuando no su despenalización.

En este sentido la Sala, reforzando el criterio expuesto, insiste en la gravedad de la imprudencia atendiendo a la Sentencia de la Sala de lo Penal del Cargando documento.....

_

Tribunal Supremo de 25 de enero de 2010 (Pte. Colmenero Menéndez de Luarca) que recuerda: (...), como se ha señalado por esta Sala, la imprudencia requiere "los siguientes elementos: a) la producción de un resultado que sea la parte objetiva de un tipo doloso; b) la infracción de una norma de cuidado cuyo aspecto interno es el deber de advertir el peligro y cuyo aspecto externo es el deber de comportarse conforme a las normas de cuidado previamente advertido; y c) que se haya querido la misma conducta descuidada, con conocimiento del peligro, o sin él, pero no el hecho resultante de tal conducta" (STS num. 181/2009).

La diferencia entre la imprudencia grave y la simple ha sido establecida por esta Sala en alguna ocasión en atención a la entidad del bien jurídico puesto en riesgo por la conducta. Así, en la STS num. 211/2007, citando la STS num. 2235/2001, se decía que "la gravedad de la imprudencia está directamente en relación con la jerarquía de los bienes jurídicos que se ponen en peligro y con la posibilidad concreta de la producción del resultado lesivo. En otros términos: cuando la acción del autor genera un peligro para un bien jurídico importante en condiciones en las que la posibilidad de producción del resultado son considerables, la imprudencia debe ser calificada de grave".

En otros casos, sin embargo, se ha atendido más directamente a la entidad de la infracción del deber de cuidado. En la STS num. 1111/2004, se afirmaba que "La imprudencia será grave, y por ello constitutiva de delito, o leve, siendo una falta, en función de la calificación que merezca la entidad de la infracción del deber objetivo de cuidado". En la STS num. 186/2009 señala, con cita de la STS 665/2004, de 30 de junio "que el criterio fundamental para distinguir ambas clase de imprudencia ha de estar en la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido".

Y en la STS num. 181/2009, antes citada, se argumentaba que "la imprudencia es grave, equivalente a la temeraria del Código Penal derogado EDL 1973/1704 , cuando supone dejar de prestar la atención indispensable o elemental, comprendiendo tanto la culpa consciente como la inconsciente, ya que no es precisa una representación mental de la infracción por parte del sujeto. Se configura así por la ausencia de las más elementales medidas de cuidado causante de un efecto fácilmente previsible y el incumplimiento de un deber exigido a toda persona en el desarrollo de la actividad que

ejercita (SS 1082/1999, de 28 de junio; 1111/2004, de 13 de octubre). Los criterios para su medición son la mayor o menor falta de diligencia de la actividad, es decir en la omisión del cuidado exigible en el concreto actuar, la mayor o menor previsibilidad del evento en esa actividad, y el mayor o menor grado de infracción que reporte el incumplimiento del deber que exige la norma socio-cultural y la específica que reglamenta ciertas y concretas actividades (SS 413/1999, de 18 de marzo; 966/2003, de 4 de julio). Y bien entendido que igualmente que la culpa consciente puede ser normativamente leve, la grave psicológicamente puede responder a la categoría de inconsciente. Esta distinción psicológica solo tiene que ver con el deslinde de la frontera con el dolo eventual, y lo verdaderamente sustancial para la calificación de grave o leve es el grado de reproche normativo (SS 720/2003, de 21 de mayo; 966/2003, de 4 de julio; y 665/2004, de 30 de junio)".

Esa gravedad de la conducta del acusado condenado en este caso es recogida con claridad en la sentencia de instancia, donde se aprecia una absoluta desatención a las medidas de seguridad que debía asegurar y adoptar respecto a las actividades de alto riesgo que entrañaba el mal estado de los neumáticos del camión (nadie mejor que el acusado conocía, por razón de su labor empresarial, el peligro que suponía hacer circular un camión con las bandas de rodadura de los neumáticos en mal estado, dado que la carga del camión era chatarra -lo que por las características de depósito de la misma en la caja abierta del camión, su peso en relación con su densidad y circunstancias del transporte por carretera de elevada densidad circulatoria, por tratarse de un autovía, generaba un elevadísimo riesgo de accidente, que no sólo podía afectar a su trabajador, sino al resto de usuarios de la vía-). Ese desprecio se ha demostrado absoluto, incluso desde la perspectiva de, pese a tener conocimiento del estado de los neumáticos, como señala la Juzgadora de instancia en su sentencia, facilitar otros para así poder superar la revisión de la I.T.V., y tras ello volver a utilizar en el camión neumáticos en mal estado. Incluso en la vista oral el acusado ha señalado que diariamente revisaba el camión, lo cual refuerza aún más el fundamento de gravedad de la conducta desplegada por el acusado.

Por lo tanto, el grado de reproche que cabe inferir es el que califica la infracción imprudente como grave.

LA AP REVOCA LA SENTENCIA DE INSTANCIA QUE CONDENABA POR FALTA DE HOMICIDIO Y FALTA DE LESIONES Y CONDENA POR DELITO DE HOMICIDO Y LESIONES IMPRUDENTES.
EDJ 2013/175202
SAP SEVILLA (7ª) Nº 254/2013, DE 28 DE JUNIO, REC: 519/2013, PTE: ROMEO LAGUNA, JUAN

Sienta la sentencia de 15 d e marzo de 2002 sobre la imprudencia punible:

_
"La doctrina de esta Sala ha repetido en infinidad de ocasiones -véanse, entre muchas, las SS. de 16-6-87, 24-10-94 - que la comisión de un delito de imprudencia supone, en primer lugar, una acción u omisión voluntaria que crea una situación de riesgo previsible y evitable si fuese previsto, en segundo lugar, la infracción de una norma de cuidado y, por último, la producción de un resultado dañoso derivado de la descuidada conducta en una adecuada relación de causalidad. La estructura dogmática del delito de imprudencia es, pues, la siguiente:

_

A) El tipo objetivo está integrado, de un lado, por un acción u omisión cuyo desvalor radica en la infracción de una norma social de cuidado que obliga, bien a advertir el riesgo que se crea con la acción u omisión, bien a evitar que el riesgo se concrete en una efectiva lesión; y de otro, por un resultado susceptible de ser subsumido en un tipo delictivo que admita, en virtud de una expresa norma legal, la forma culposa.

_

B) El tipo subjetivo, por su parte, está integrado también por dos elementos, uno de los cuales es la ausencia de voluntariedad con respecto al resultado dañoso, en tanto el otro es la índole voluntaria de la infracción de la norma de cuidado. Esta infracción, a su vez, se puede realizar de dos formas que dan lugar a las que la doctrina clásica llamó culpa consciente y culpa inconsciente; en la primera se omite voluntariamente el cumplimiento del deber de evitar el riesgo advertido y en la segunda se omite, también voluntariamente, el cumplimiento del deber de advertir el riesgo.

_

Todos los antedichos elementos concurrieron en el hecho enjuiciado por la Sentencia recurrida. Ante todo, el acusado realizó una acción voluntaria, cual es la de manipular una carretilla con una carga de más d 780 kilos, que produjo el resultado típico previsto en los artículos 142 y 151.1del C.P., resultado no cuestionado por parte alguna. Por otra parte, el giro a la izquierda de la carga ya elevada -admitida por el acusado-, creaba evidentemente para las víctimas una situación de riesgo por lo que suponía la incuestionable infracción de una norma de cuidado. Si esta norma existe, aun no formulada legalmente, para cualquier supuesto en que sea utilizada una carretilla con la carga elevada, máxime en el supuesto que nos ocupa, en el que el acusado asume que sabía que no podía girar la carga una vez elevada la misma, lo que significa que el mismo no se comportó con la congruencia y proporcionalidad que la situación exigía y que infringió la norma legal de cuidado, máxime si se tiene en cuenta que era conocedor de la presencia en la zona en la que manipulaba la carretilla de las víctimas, ya que instantes antes de volcarse la carretilla y la carga tuvo que sobrepasar o adelantar a esas víctimas en el mismo pasillo en el que tuvo lugar el resultado lesivo que nos ocupa.

_

La diferenciación entre el delito y la falta de imprudencia radica en el grado o intensidad de la falta de cuidado. Por las razones expuestas más arriba, estimamos que el grado de intensidad en la falta de cuidado es evidente, ya que el acusado había recibido formación en la manipulación de la carretilla, sabiendo que no podía girar la carga si estaba elevada como era el caso, no percató de la presencia de terceras persona en el área de acción de la carretilla, a pesar de que segundos antes había sobrepasado a las víctimas en el mismo pasillo donde ocurrieron los hechos enjuiciados. A mayor abundamiento, del video de las cámaras de la empresa se observa que una vez elevada la carga podía haber visto a las víctimas puesto que estaban de frente a su vista, no observando su presencia por una clamorosa falta de atención y cuidado en función de las circunstancias descritas.

_

En suma, los hechos son constitutivos de un delito de homicidio por imprudencia del artículo 142 y otro de lesiones por imprudencia del artículo 152.1.1 del C.P. EDL 1995/16398 , del que debe responder en concepto de autor D. Hermenegildo por haber ejecutado los hechos que lo configuran, por lo ya expuesto.

_

9.3. Amputación de dedos y pérdida de funcionalidad de la mano.

LA AMPUTACIÓN DE TRES DEDOS Y LA LIMITACIÓN DE FLEXIÓN DE LOS OTROS DOS SUPONE DE HECHO UNA PÉRDIDA DE FUNCIONALIDAD DE LA MANO, LO QUE NOS LLEVA A LA CALIFICACIÓN DE LESIONES CONSTITUTIVAS DEL ART. 149 CP POR INUTILIDAD DE MIEMBRO PRINCIPAL

EDJ 2013/250820 SAP Madrid de 16 septiembre 2013. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 16-9-2013, nº 372/2013, rec. 265/2012. Pte: Esteban Meilán, Mª del Rosario.

"En cuanto a la aplicación del artículo 152. 1. 2 del código Penal. La calificación es claramente ajustada a derecho, al tratarse de la pérdida de miembro principal. Para la consideración de órgano o miembro o principal. Debe estimarse la función que desempeña considerándose como principal la extremidad u órgano que posea relevante actuación funcional para la vida, la salud o el desenvolvimiento normal del individuo. Son principales aquellos que tienen autonomía funcional y son no principales los que carecen de tal autonomía, sirviendo tan sólo para facilitar el funcionamiento de los principales como acontece con los dedos respecto de la mano.No obstante, cuando se produce la abolición de la capacidad de flexión de los dedos, es incuestionable que tal limitación implica una pérdida casi total de la función de la mano (STS 517/2002 de 8 marzo). En el presente supuesto la limitación ha de considerarse como órgano principal no sólo por la pérdida de varios dedos de la misma sino además por haber quedado como secuela la limitación de dos de dichos dedos, por lo que tal limitación supone una merma casi total del empleo de la mano."

9.4. Sanidad legal y salud laboral.

EL CONCEPTO DE SANIDAD LEGAL NO TIENE QUE SER COINCIDENTE CON EL DE SALUD LABORAL.

SAP CORUÑA (2ª) Nº 243/2013, DE 10 DE ABRIL. PTE: FERNÁNDEZ GALIÑO, MARÍA DOLORES.

Por lo demás, el concepto de sanidad legal no tiene que ser coincidente con el de salud laboral ni con la sanidad médica y ello ponderando que el concepto de incapacidad temporal implica de un lado la provisionalidad temporal y de otra la posibilidad de curación o mejoría, de modo que ni se considera tal cuando las lesiones, por estar estabilizadas, adquieren la categoría de secuela y en el caso de autos el alta médica se produce por agotamiento del plazo de incapacidad temporal.

9.5. Responsabilidad en caso de dependencia jerárquica.

LA MERA DEPENDENCIA JERÁRQUCA EN EL ORDEN LABORAL, SIN NINGÚN OTRO ATRIBUTO NO HACE A UN SUJETO RESPONSABLE DE LAS LESIONES SUFRIDAS POR OTRO.

SAP CÓRDOBA (3ª) Nº 284/2013, DE 4 DE NOVIEMBRE. PTE: SÁNCHEZ ZAMORANO, FRANCISCO DE PAULA.

Mejor suerte ha de correr, en cambio, el recurso sostenido por don Baltasar mediante el que impetra su absolución del delito de lesiones imprudentes que se le imputa. Y es que del relato de hechos probados, en modo alguno puede predicarse del mismo una

posición de garante que le haga responsable de las lesiones sufridas por el trabajador. Del simple aserto de que " Epifanio ayudaba al oficial de carpintería, el ahora acusado Baltasar, (...) a retirar las piezas de madera del corte, de un trozo de 2 por 1 metro y 16 milímetros de grosor, que éste estaba haciendo" en la máquina, no es de recibo deducir la responsabilidad criminal que le imputan las acusaciones a este recurrente. La mera cualificación profesional de "oficial de carpintería" sin ningún atributo complementario, tal como una posición de preeminencia o encomienda en el control de las normas de seguridad en el trabajo, más allá de la simple jerárquica de orden laboral (peón uno y oficial otro), nada aporta a la responsabilidad criminal del Sr. Baltasar en orden a considerarle contraventor de las más elementales normas de cuidado para integrar una posición de garante a la que se pueda apelar para imputarle objetivamente el resultado lesivo sufrido por quien no era sino un compañero de trabajo, en la misma posición que él respecto del empresario.

9.6. Incapacidad permanente.

EDJ 2013/293286
SAP CORUÑA (6ª) Nº 333/2013, DE 30 DE DICIEMBRE. REC: 302/2013. PTE: PANTIN REIGADA, ÁNGEL.

NO ES PRECISO QUE LA INCAPACIDAD PERMANENTE SE ACREDITE CON RECONOCIMIENTOS ADMINSRTATIVOS DE INVALIDEZ.
De igual modo, también debe estimarse el recurso en cuanto a la concurrencia del factor de corrección por incapacidad permanente. No es preciso que la incapacidad permanente se acredite con reconocimientos administrativos de invalidez y el hecho de que durante un tiempo el lesionado volviera a trabajar para su antigua empresa no puede desligarse de las manifestaciones del propio acusado sobre que el lesionado refería quejas sobre su estado físico y que dejó la obra. Ante ello, el criterio de la médico-forense fue claro sobre la incidencia negativa que el cuadro secuelar supone sobre las tareas que supongan el levantamiento de pesos propias de la profesión de albañil que desempeñaba el lesionado, sin que exista prueba en contrario que lo refute.

La afirmación del informe forense del folio 460 relativa a la incapacidad para tal profesión incide en que se trate de una incapacidad total, y aunque en el acto del juicio la forense pareció asentir a las propuestas de las defensas sobre que podría ser una incapacidad permanente parcial, en la que con sobreesfuerzos podrían realizarse las actividades fundamentales de la profesión, ello ha de integrarse con que se aludió a tales sobreesfuerzos como mucho mayores o extraordinarios y a que se consideraba que tales labores de mover pesos eran parte del trabajo de albañil.

El análisis lógico de estos datos lleva a estimar que estamos ante una incapacidad total, pero que ha de ser valorada con moderación, dadas tales matizaciones, aunque no en su extensión mínima dado que la deducible falta de cualificación incrementa la trascendencia de esta limitación respecto de profesiones con requerimientos físicos, por lo que se considera adecuada una cuantía que se sitúe en la cuarta parte de la franja delimitada en los baremos, en torno a los 35.000 euros, lo que, añadido al anterior incremento, determina que el resultado final de estas alegaciones del perjudicado sea que el importe en que se valoren sus lesiones duplique el concedido en la instancia.

9.7. Imprudencia profesional.

ANÁLISIS DE LA DOCTRINA RELATIVA A LA IMPRUDENCIA PROFESIONAL.
SAP ÁLAVA (2ª) Nº 372/2013 DE 5 DE NOVIEMBRE. PTE: TAPIA PARREÑO JÁIME.

En cuanto a la inhabilitación especial, la primera duda que nos suscita la sentencia es si realmente se ha aplicado de manera efectiva el art. 142.3 CP.
En efecto, aunque la sentencia se menciona tal apartado 3 del art. 142 CP y entre paréntesis se realiza una breve reseña a dicho apartado, la imprudencia profesional contemplada en tal norma es una categoría de imprudencia diferente y más grave que la imprudencia del profesional, y la apreciación de aquella requiere una valoración y motivación específica en la sentencia que no se ha verificado en ninguno de los fundamentos de la sentencia, en particular en el fundamento tercero, con una mínima suficiencia.
Así, se indica en el fundamento tercero que se aplica el apartado 3 porque "eran profesionales de la dirección de empresas del ramo en que se produjo el siniestro", lo que no satisface el canon de motivación del juicio de tipicidad, teniendo en cuenta que estamos ante una imprudencia diferente, porque el hecho de ser profesionales de la dirección no supone que se cometa tal imprudencia.
Por otro lado, resultaría incoherente, si realmente se ha incardinado la conducta en dicho apartado 3, que no se aplique el art. 152.3 CP, que precisamente refleja la imprudencia profesional para las lesiones, puesto que diáfanamente se incardina la conducta en el art. 152.1.1º CP y 147 CP sin citar el apartado 3.
Finalmente, en el fundamento de derecho sexto, en una clara contradicción con la posible aplicación de aquel precepto especial, se afirma que se aplica la pena accesoria prevista en el art. 56 CP, por lo que debemos deducir que no se ha aplicado realmente esa especial agravación.
La jurisprudencia ha conceptuado la imprudencia profesional (contemplada en el art. 143.3 CP) como un plus de antijuricidad consecutivo a la infracción de la "lex artis" y de las precauciones y cautelas más elementales, imperdonables e indisculpables a personas, que, perteneciendo a una actividad profesional, deben tener unos conocimientos especiales propios de esta actividad profesional (STS 1606/99, de 8 de noviembre, 547/02, de 27 de marzo y 307/06, de 13 de marzo).
Según reiterada jurisprudencia, se distingue entre la culpa del profesional, que es una culpa o negligencia común en el ejercicio del arte u oficio, y la culpa profesional propia, que es un subtipo agravado y que la caracteriza por una dejación inexcusable de los presupuestos de la "lex artis" de su profesión, que le conducen a una situación de inaptitud manifiesta, produciéndose una especial trasgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen y que convierten su acción en especialmente peligrosa o incompatible con el ejercicio de su profesión (STS 726/98, de 22 de enero y 1823/02 de 7 de noviembre).
Analizando la sentencia, no se menciona en modo alguno que los acusados hayan vulnerado alguno de los deberes "específicos" de su labor de gestores de la sociedad, ni tampoco se explica que aquéllos incumplieran las cautelas más elementales.
Si tenemos en cuenta esa jurisprudencia, esa insuficiente y contradictoria motivación, y que efectivamente, dentro de nuestra labor de control y en el ámbito impugnativo del motivo del recurso, en la conducta de los acusados, se puede apreciar más una imprudencia de empresarios pero no una culpa empresarial, es por lo que más bien consideramos que se ha aplicado la pena accesoria contemplada en el art. 56.2º y 3º CP,

y por ello que se haya vinculado la duración de la pena de inhabilitación a la de las penas de prisión.

ENTIENDE LA AP QUE CONCURRE LA AGRAVACIÓN DE LA IMPRUDENCIA PROFESIONAL DEL Nº 3 DEL ARTÍCULO 142 CP, YA QUE LA INEXISTENCIA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD ENLA OBRA SUPONE UNA IMPRUDENCIA PROFESIONAL EN LOS TÉRMINOS DEL CITADO ART. 142.2 CP.
SAP JAÉN (2ª) Nº 54/2013, DE DIEZ DE ABRIL. PTE: CÓRDOBA GARCÍA, JOSÉ ANTONIO.

De forma subsidiaria hace alusión el apelante en la suspensión de la inhabilitación que contiene la sentencia para el ejercicio de la profesión de coordinador de su representado. El motivo no puede estimarse pues el párrafo 3º del art. 142 hace referencia a la comisión del delito por imprudencia profesional y en el caso presente no cabe duda de que la inexistencia de la medida de seguridad en la obra en cuestión supone una imprudencia profesional en los términos del citado art. 142.3 del CP.

LA PENA ACCESORIA DE INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DEBE DE ESTAR MOTIVADO.
SAP SEVILLA (7ª) Nº 432/2013, DE 11 DE NOVIEMBRE. PTE: GARCÍA LÓPEZ-CORCHADO, ENRIQUE

Contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, que condena a R…y a M….por un delito contra los derechos de los trabajadores en concurso normativo con un delito de lesiones, su representación procesal interpone recurso de apelación en el que, alegando en primer término infracción de los artículos 45 y 56.1.3º del Código Penal, argumenta que en la sentencia no se motiva la condena de un año de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión y oficio, ni se determina expresamente la vinculación entre dicho derecho y los delitos enjuiciados.
La alegación ciertamente debe prosperar. Como premisa y por lo que respecta a dicha pena de inhabilitación especial, conviene significar que la Sra. Magistrada de instancia califica jurídicamente los hechos como delito de lesiones imprudentes del artículo 152.1.1 del Código Penal; infracción que no conlleva preceptivamente la referida pena, reservada a la imprudencia profesional tipificada en el apartado 3 de dicho artículo. Por otra parte, el delito contra los derechos de los trabajadores tampoco se encuentra sancionado con la cuestionada pena.
Ello implica que la pena impuesta de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión y oficio se ha impuesto como pena accesoria conforme al artículo 56.1.3º del Código Penal, como de hecho interesaba la acusación particular en sus conclusiones provisionales (f 351-352) elevadas a definitivas durante el juicio oral. En estas circunstancias, debe convenirse con la defensa del apelante en que, conforme a su regulación legal, la imposición de dicha pena "*ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia"* (artículo 45 del Código Penal), debiendo además "*determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación"*o relación directa de los derechos cuya privación se acuerda con el delito cometido (artículo 56 del Código

Penal). En idéntico sentido se pronuncia la jurisprudencia del tribunal Supremo, que en sentencias como la 58/2013, de 31 de enero (citada en el recurso), señala:
"En los motivos quinto y sexto se queja de absoluta falta de motivación de la pena de inhabilitación especial impuesta en la sentencia, a pesar de la exigencia expresa contenida en el artículo 45 del Código Penal, lo cual, según entiende, es incluso más exigible dado el extenso tiempo transcurrido entre los hechos y la sentencia condenatoria.

1. El artículo 45 del Código Penal dispone respecto de la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, que éstos han de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia. Al tiempo, el artículo 56, en la redacción vigente al tiempo de los hechos, disponía que, como accesoria, la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho es posible si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación. Se exige, pues, que se concrete expresa y motivadamente cuál o cuáles son las profesiones, oficios, industrias, comercio o derechos afectados por la inhabilitación que se acuerda; y que se determine expresamente en la sentencia la vinculación entre ellos y el delito cometido, como justificación de la pena que se impone.
Esta Sala ha señalado respecto de la motivación en esta cuestión concreta, que (STS 1171/2006), "...el Código Penal no solo exige que la vinculación se determine «expresamente» en la sentencia, lo que supone una mayor exigencia de motivación, sino que además prevé que la elección entre las distintas penas accesorias se realice por el Tribunal discrecionalmente, pero atendiendo a la gravedad del delito, lo cual asimismo supone una exigencia especial de motivación en relación a los aspectos concretos del caso".
Por otra parte, hemos señalado en ocasiones que la exigencia de motivación no pretende satisfacer necesidades de orden puramente formal, sino permitir a los directamente interesados y a la sociedad en general conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, así como facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por parte del Tribunal que revise la resolución en vía de recurso.
Motivar, es, en definitiva, explicar de forma comprensible las razones que avalan las decisiones que se hayan adoptado en la resolución jurisdiccional, tanto en lo que afecta al hecho como a la aplicación del derecho. Por lo que incluso una motivación escueta puede ser suficiente si hace inteligible la decisión para una persona media. Igualmente hemos señalado que la ausencia de motivación de algo tan obvio que resulta sin dificultad del resto de la argumentación no determina necesariamente la nulidad de la resolución jurisdiccional."

LA AP DEJA SIN EFECTO UNA DE LAS DOS PENAS DE INHABILITACIÓN, AL APLICAR EL PRINCIPIO "NONBIS IN IDEM"
SAP VALLADOLID (2ª) Nº 139/2013, DE 30 DE ABRIL, PTE: TREBOLLE FERNÁNDEZ, FELICIANO.

Sin embargo el recurso de S…, debe ser estimado en el apartado relativo a la pena de inhabilitación. Se le imponen efectivamente dos penas de inhabilitación, una relativa a su profesión de arquitecto técnico y la otra para la función de coordinador de seguridad. Por aplicación del principio "non bis in idem", dejamos sin efecto la primera de ellas, manteniendo la pena de inhabilitación para la función de coordinador de seguridad, en

cuanto la omisión del las medidas de seguridad en tal concepto, determinó la condena impuesta al mismo.

IMPRUDENCIA GRAVE PROFESIONAL CONCURRE EN EL ÁMBITO DE LA CONSTRUCCIÓN, CUANDO LOS OLBIGADOS POR SU CARGO O PROFESIÓN A ADOPTAR MEDIDAS DE SEGURIDAD NO LAS ADOPTAN
EDJ 2013/34081. Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 2ª, S 21-2-2013, nº 49/2013, rec. 941/2012. Pte: Rey Sanfiz, Luis Carlos.

"En cuanto al delito de homicidio imprudente del art. 142 CP EDL 1995/16398 , éste exige no cualquier tipo de imprudencia, sino que ésta sea grave. La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo no 537/2005, de 25 de abril EDJ 2005/131407 , con cita de la jurisprudencia del mismo Tribunal, al delimitar entre imprudencia grave e imprudente simple indica que es importante atender a si "la situación de riesgo creado con el comportamiento imprudente afecta a bienes de primer interés, como es la vida de las personas, y cuando se está creando un peligro elevado para dichos bienes sin la adopción de las necesarias medidas de cuidado y control".
Y en el presente caso nos encontramos ante una imprudencia grave, de tipo profesional. Las actividades profesionales a las que se ha aplicado en la práctica judicial el subtipo de imprudencia profesional se pueden dividir, principalmente, en cuatro sectores: 1) la medicina, 2) la construcción, 3) tráfico viario, 4) profesionales que emplean armas de fuego. Desde la STS 30-9-1959 se distingue entre la imprudencia profesional (subtipo agravado) de la imprudencia del profesional (imprudencia común). En el sentido de esta jurisprudencia, se entiende por imprudencia profesional "la negligencia profesional, como tramo más acentuado de la imprudencia temeraria, en la que se detecta una especial trasgresión de deberes jurídicos que sólo al profesional competen, estén o no reflejados en el estatuto que rige su actividad, inatenciones que convierten la acción u omisión del profesional en extremadamente peligrosas e incompatibles con el ejercicio de aquélla profesión" (SSTS 1-12-1989 EDJ 1989/10793 , 29-3-1988, 27-5-1988 EDJ 1988/4521 , 5-7-1989 EDJ 1989/6864 , 25-4-2005 EDJ 2005/131407). Tal negligencia implica obrar, respecto a tales deberes jurídicos profesionales, "con abandono, descuido, apatía, abulia, falta de estudio del caso concreto, omisión de precauciones, falta de interés o diligencia" (STS 21-6- 1974). La STS 5-11-1990 EDJ 1990/10013 la define como una "imprudencia funcional" que choca "frontalmente con las formas y maneras atinentes a una concreta actividad profesional en un supuesto determinado" (STS 18-11-1991 EDJ 1991/10895). La diferencia con la imprudencia del profesional radica, por tanto, en la mayor o menor vinculación del descuido con el cumplimiento de una regla técnica de la profesión. Al respecto, cada profesión exige al que la desempeña una serie de obligaciones que debe asumir. En el ámbito de la construcción, la empresa y sus responsables están obligados a cumplir de forma escrupulosa la normativa de riesgos laborales, con lo cual el accidente consecuencia de este incumplimiento podrá determinar su condena como imprudencia profesional, tal y como sucede en el caso que nos ocupa, y ello aunque los responsables no seas técnicos en prevención de riesgos laborales, puesto que su profesión le impone especial diligencia en esta materia (responsabilidad que ni siquiera "en modo alguno está condicionada a (...) un título académico para desarrollar la industria" de que sea titular, STS 25-4-2005). En el presente caso, la grave imprudencia de los acusados ya ha sido explicitada anteriormente."

10. VALORACIÓN DE LA IMPRUDENCIA DEL TRABAJADOR EN EL DELITO DE RIESGO Y EN EL DE RESULATO LESIVO.

LA CONDUCTA DEL TRABAJADOR, CON VARIOS AÑOS DE EXPERIENCIA, AL NO UTILIZAR LOS ARNESES, COADYUVO EN EL ACCIDENTE, LA AP DEGRADA EL DELITO DE LESIONES POR IMPRUDENCIA A FALTA.

SAP CORUÑA (1ª) Nº 121/2013, DE 7 DE MARZO. PTE: LAMAZARES LÓPEZ LUCÍA.

Abona la tesis de esta Sala la percepción a través del acervo probatorio de que en la génesis del evento lesivo que nos ocupa incidieron dos conductas de similar eficacia desencadenante del resultado: de un lado, la del acusado Juan , al no vigilar que sus trabajadores empleasen los medios de seguridad que tenían a su disposición en una actividad peligrosa como es el trabajo en andamios o en montaje de andamios, como ya se ha dejado dicho; y, de otro lado, la propia conducta del trabajador accidentado, pues se trataba de un operario con varios años de experiencia en su cometido que sabía que en la obra había arneses y no los utilizó en su labor. Por tanto, el perjudicado, aun sabedor del riesgo que entrañaba estar en un andamio a cuatro o seis metros de altura sin sujeción alguna, actuó coadyuvando en el accidente.

Tal situación, sin llegar a minimizar la conducta imprudente atribuible al acusado, debe conducir a degradar la entidad de la negligencia imputable a éste último hasta reconducirla a la imprudencia leve constitutiva de aquella falta. Desde un punto de vista técnico y jurisprudencial se ha considerado en numerosas ocasiones el influjo que, en el curso causal de las imprudencias y en la gradación de las mismas, puede tener la conducta de la víctima. La concurrencia de esta última circunstancia, puede llegar a exonerar de responsabilidad al autor del hecho culposo, cuando la naturaleza de la misma sea de tal entidad que minimice la causalidad de la conducta desencadenante del resultado. En otros casos, puede hacer descender la culpa del agente, hasta derivarla hacia una falta de imprudencia.

En este sentido la sentencia del mismo Alto Tribunal de fecha 24-05-1991 refiere que "Es criterio jurisprudencial compartido el de que la influencia o incidencia de la conducta del sujeto pasivo, contribuyendo poderosamente a la producción o desencadenamiento del resultado, puede llevar a los Tribunales a hacer descender la culpa del agente uno o dos peldaños en la escala imprudente, así como determinar una disminución del "quantum" de la indemnización, mayor o menor según la influencia más o menos poderosa y decisiva que la referida culpa del sujeto pasivo haya tenido en la génesis de la resultancia dañosa (cfr. Sentencias de 24 de marzo de 1983 , 2 de junio y 25 de septiembre de 1986 , 6 de febrero de 1987 , 15 de abril y 16 de mayo de 1988)".

NO SE PUEDE ACEPTAR UNA IMPRUDENCIA DEL TRABAJADOR, EN LA MEDIDA EN QUE SE LIMITÓ A EJECUTAR LO ORDENADO USANDO DE LOS MEDIOS DE QUE DISPONÍA.

EDJ 2013/270007

SAP CORUÑA (1ª) Nº 608/2013, DE 26 DE DICIEMBRE. REC: 516/2013. PTE: PICATOESTE SUEIRA, IGNACIO ALFREDO.

La otra alegación, referida a la inadecuación de la calificación del hecho como imprudencia grave en los términos contemplados en el artículo 152 CP, tampoco puede prosperar. No se puede afirmar que la actuación del apelante no superó el margen de la normalidad o que como mucho integraría una imprudencia simple, en tanto que impartir una orden para realizar una tarea sin cumplir las correspondientes obligaciones de comprobar previamente las circunstancias específicas en las que se tenía que llevar a cabo para dar las instrucciones oportunas en esa concreta situación, omitiendo también las puramente generales asignadas a su puesto, no solamente es imprudente, en cuanto que supone un abandono de las obligaciones que le corresponden, sino que además tiene la condición de grave dado que afecta al carácter básico de aquellas y genera un riesgo susceptible de causar un daño de gran entidad, como pone de relieve el resultado finalmente producido, que pudo ser de mayor entidad. Y no se puede aceptar una imprudencia del trabajador, en la medida en que se limitó a ejecutar lo ordenado usando los medios de los que disponía; en este sentido la remisión a algunas declaraciones sobre el estado del andamio carecen de la eficacia buscada, ya que se hicieron por personas que lo vieron después del accidente.

LA IMPRUDENCIA DEL TRABAJADOR, DADA SU INTENSIDAD, HACE MINORAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN UN 50%.
EDJ 2013/293286
SAP CORUÑA (6ª) Nº 333/2013, DE 30 DE DICIEMBRE. REC: 302/2013. PTE: PANTIN REIGADA, ÁNGEL.

Estamos ante un supuesto por entero incardinable en el art. 114 CP. EDL 1995/16398 que establece que si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los jueces o tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización, lo que no es sino reflejo positivo de la doctrina de ponderación en el resultado indemnizatorio final de la concurrencia de una conducta imprudente de la propia víctima (STS 29-10-1994, 24-9-96, 3-10-2000).

_
La falta de cuidado de la víctima es intensa y también lo es su condición determinante respecto del resultado final, pues si no se hubiera introducido voluntariamente el perjudicado en la situación concreta de riesgo, el siniestro no se habría producido. La intensidad causal de tal conducta ha de considerarse de no menor entidad que el incumplimiento imputable al empresario, por lo que procede minorar la indemnización en su mitad y, en consecuencia, mantener la cantidad reconocida en la instancia.

MANTIENE LA SALA LA CONCURENCIA DE CULPA APRECIADA EN LA SENTENCIA DE INSTANCIA, Y POR ENDE, LA DEGRACIÓN A FALTA.
SAP ALBACETE (2ª) Nº 257/2013, DE 23 DE JULIO PTE. NEBOT DE LA CONCHA, ANTONIO

Pues bien: aun partiendo de que la jurisprudencia refiere que el empresario debe facilitar los medios de protección personal al trabajador, sino también vigilar que hagan uso de los mismos, llegando incluso a señalar que ha de protegerse el trabajador incluso de su propia imprudencia, esta última tesis ha sido matizada por el propio TS en vía penal, al señalar que no se puede llevar a sus últimas consecuencias dicha protección (SAP Jaén

21.2.2012). Es cierto que es doctrina de nuestro más alto tribunal que el trabajador debe ser protegido "hasta de su propia imprudencia profesional" (Sentencia de 21-2-1979 (RJ 1979, 60)), y ello es reiterado por la doctrina legal, expresada en STS –Sala 2ª- de 22 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 4433) que señala "… el deber de cuidado que los acusados asumen en cuanto garantes de la indemnidad del trabajador, no sólo en su actuación ordinaria, sino incluso cuando ésta llega a ser descuidada por la confianza y la rutina.", resultando más expresiva la STS –Sala 2ª- de 18 de marzo de 2002 (RJ 2002, 6691) cuando afirmaba que " El trabajador debe ser protegido de su propia imprudencia". Tal y como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de marzo de 2002 (RJ 2002, 6691) "En estos casos de alegación de concurrencia culposa de la propia víctima el Derecho Penal, en principio, no tiene en cuenta el comportamiento del ofendido, sino que mide la responsabilidad criminal del autor por la propia conducta de éste, es decir, por la antijuricidad y por la culpabilidad de su propia acción u omisión. No obstante, a partir de 1970 se abrió camino una jurisprudencia de esta Sala, muy insistente y razonada (Ss 22.12.70, 4-6-71, 4.12.71, 29.12.72, 5.1.73, 18.2.73, 16.5.74, 18.3.75, 31.7.82, 10.12.82 (RJ 1982, 7400) y otras muchas), construida fundamentalmente sobre la relación de causalidad, de modo que habría de medirse la incidencia de cada conducta en el resultado para atribuir éste al sobreviviente y a la víctima en proporción a la diferente contribución de cada una en la producción del daño. Si había mayor contribución en la conducta del acusado y se reputaba irrelevante a efectos penales la aportación causal de la víctima, o se podía rebajar aquella, rebaja que habría de producirse cuando esas contribuciones fueran equiparables, o, incluso en casos extremos de desigualdad se llegaba a eliminar la responsabilidad criminal del imputado en el proceso cuando se podía considerar la de este como irrelevante, con el criterio preponderante de medición de una y otra conducta en cuanto a su aportación causal. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2005 (RJ 2006, 1980), si bien se hace eco de la aludida doctrina jurisprudencial sobre la incidencia de la concurrencia culposa a los solos efectos de la moderación de la responsabilidad civil, también alude a esa posibilidad de degradación o exclusión de la responsabilidad penal siempre y cuando se constate plenamente que el riesgo creado por la conducta de la acusada se vio incrementado por la conducta de la víctima. Dependiendo de la gravedad de tal imprudencia, la culpa del perjudicado puede dar lugar a tres situaciones (descritas de forma muy clara en una sentencia de la AP de Guipúzcoa de 21 de octubre de 2004), entre las cuales, la autopuesta en peligro relevante que se da cuando la culpa del trabajador es de tal influencia en la producción del accidente que de no haber existido, el accidente no hubiera concurrido, puede dar lugar a la exoneración de responsabilidad penal de los inicialmente imputados, puesto que "el sistema penal no puede proteger a quien no se protege a sí mismo" (SAP Barcelona de 2 de septiembre de 2003).

DESTIMA LA AP LA MINORACIÓN DEL MONTANTE INDEMNIZATORIO QUE TRAERÍA COMO CAUSA LA CONTRIBUCIÓN DEL FINADO A LA PRODUCCIÓN DEL SINIESTRO.
SAP ÁVILA (1ª) Nº 76/2013, DE 26 DE ABRIL. PTE. RODRÍGUEZ DUPLA, MARÍA JOSÉ

A propósito de la pretendida minoración del resarcimiento que traería por causa la contribución del finado Sr. S…a la producción del siniestro, como solicita la Defensa de P y E…S.L., téngase en cuenta que la letra y el espíritu del artículo 14 del Código Penal no exigen a rajatabla una moderación del importe de la reparación o indemnización, y

antes bien se establece como una facultad de Jueces y Tribunales esa mengua, y prueba de ello es que el texto incluye la locución "podrán", resultando que en el presente supuesto la aportación etiológica por conducta imprudente del trabajador se ignora qué concreta incidencia pudo tener en el curso causal, y si verdaderamente una indumentaria distinta o conducta diferente le hubiera salvaguardado de la electrocución, y las pruebas sugieren una simple mitigación de efectos. Pro otro lado las dejaciones e incumplimientos por parte de la empresa recurrente fueron muy graves, por lo que, en suma, entendemos inoportuna la pretendida moderación.

DESCARTA LA AP LA AUTOPUESTA EN PELIGRO DEL TRABAJADOR, YA QUE EL MISMO CARECÁI DE FORMACIÓN PARA REALIZAR LA TAREA ASIGNADA.
SAP BALEARES (1ª) Nº 211/2013, DE 5 DE SEPTIEMBRE. PTE. MARTÍN HERNANDEZ, ROCIO

En los hechos probados, segundo y tercero, se plasma que el Sr. D no había recibido formación del motocultor y que, debido a una falta de conocimientos suficientes sobre el manejo del motocultor, "quiso dar marcha atrás dándoles con el pie a la palanca de cambio de marchas estando embragado el vehículo, en vez de poner punto muerto, lo que provocó que las aspas metálicas del aparato se viniesen encima de la pierna derecha…". Atendiendo a que esta conclusión fáctica no se combate como motivo del recurso del recurso no se alega error en la valoración de la prueba), conviene, en todo caso, exponer que es acorde con el resultado de las pruebas practicadas, siendo lógico y racional.
Y, partiendo de la intangibilidad de los hechos probados, el motivo del recurso ha de ser desestimado pues en los mismos no se describe que el trabajador fuera quien se pusiera en situación de peligro y que ésta causara las lesiones, sino que la ausencia de formación por parte del acusado provocó que el Sr. D utilizara el motocultor el modo descrito en los hechos probados.

DESESTIMA LA AP LAS ALEGACIONES RESPECTO A LA AUTOPUESTA EN PELIGRO DEL TRABAJADOR.
SAP PALMA DE MALLORCA (1ª) Nº 266/2013, DE 24 DE OCTUBRE. PTE: DIAZ SASTRE, CRISTINA.

Y en cuanto a la autopuesta en peligro por parte del trabajador lesionado, invocado por el recurrente, la misma no puede ser atendida por lo expuesto precedentemente, esto es, no se parte de una situación de igualdad, el empresario garantiza su seguridad y por tanto a él le es exigible la diligencia debida. Reflejo normativo de esta obligación la encontramos en el artículo 15.4 de la LPRL cuando deja constancia de que "la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador". La autopuesta en peligro, por lo demás, no exime al empresario, cuyo deber de seguridad se extiende hasta controlar y evitar esos riesgos generados por la víctima.

DEGRADA LA AP E DELITO DE HOMICIDIO IMPRUDENTE –ART. 142 CP- A QUE HABÍA SIDO CONDENADO EL RECURRENTE A UNA FALTA DEL ART. 621.1, YA QUE LA INGESTA DEL ALCOHOL SUPONÍA UNA AFECTACIÓN, AUN DE MDO LEVE DE SUS FACULTADES.

SAP BALEARES (2ª) Nº 63/2013 DE 27 DE FEBRERO. PTE: GÓMEZ-REINO DELGADO, DIEGO JESÚS.

Dicho esto, asiste sin embargo razón a la parte apelante en lo referido a que el fallecido fue también corresponsable de su propio accidente –corresponsabilidad que no es predicable respecto del delito de peligro cuyo sujeto activo solo puede ser el empresario y el resto de las personas encargadas de garantizar que el trabajo se realiza en condiciones de seguridad- al desprenderse del resultado de la analítica que se le realizó al fallecido que su organismo contenía la cantidad de 0,66 gramos de alcohol por litro de sangre –equivalente a 0,33 miligramos por litro de aire-. Con tal grado de alcohol en sangre no cabe duda de que el fallecido tenía que tener afectadas siquiera de modo leve sus facultades físico-psíquicas para el manejo de la máquina por haber ingerido previamente alcohol y ello hubo de contribuir a la maniobra arriesgada que realizó el finado al haber procedido a colocarse bajo la prense para, sin accionar el sistema de mando de emergencia, ni cambiar la máquina a modo automático, ni haber accedido a la zona de trabajo para el manejo por un lateral, realizar el ajuste de la sonda de nivel, ello hace que al existir culpa del fallecido en su propio accidente la responsabilidad del acusado M.. deba ser degradada y calificada como una falta del artículo 621.2 del CP, degradación que ha de afectar, asimismo, a la cuantificación de la indemnización por su fallecimiento fijando su contribución causal en un 35% del total, por cuando desde una perspectiva ex ante es mucho mayor y más grave la responsabilidad del empresario y acusado en el evento dañoso, que la del trabajador fallecido al haber omitido el primero, por venir obligado, las medidas de seguridad prioritarias para asegurar que el trabajador realizase su trabajo en condiciones de seguridad, al carecer la máquina del mecanismo de protección específico que hubiera impedido, con seguridad rayana en la certeza, el accidente de autos, e impedido la realización por el trabajador de la maniobra arriesgada que realizó y que era previsible y evitable que hiciera atendido a que en materia de accidentes laborales rige siempre el principio de desconfianza, ya que los operarios por razón de un exceso de confianza en la realización de su actividad laboral diaria acaban por relajarse en el cumplimiento de las medidas de seguridad y de autoprotección, mecanismo de seguridad que el acusado hubiera colocado si hubiera evaluado el estado y antigüedad de la máquina bien informándose sobre las medidas de seguridad exigibles cuando se dispuso a reutilizar la máquina después de que la misma hubiera estado inutilizada por la situación de suspensión de pagos de la empresa propietaria o solicitando a la empresa encargada del servicio de prevención externa la evaluación del riesgo que generaba la utilización de dicha máquina, cosa que no verificó, como tampoco impartió instrucciones precisas al operario con respecto al modo seguro en que debía de realizar la utilización de la máquina compactadora cuando tuviera que proceder al ajuste de la sonda de nivel.

SOLO CABRÍA ENTENDER QUE EXISTE CONCURRENCIA DE CULPA O RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DEL TRABAJADOR CUANDO CONSTE QUE LOS RESPONSABLES LE REQUIERIERON PARA CUMPLIR LAS NORMAS DE SEGURIDAD Y EL OPERARIO HIZO CASO OMISO DE LAS MISMAS.
SAP CÁCERES (2ª) Nº 591/2013, DE 26 DE DICIEMBRE. REC: 1182/2013. PTE: ESTAFANI LÓPEZ, Mº ROSARIO.

En consecuencia, solo podrá entenderse que existe una concurrencia de culpa o una responsabilidad exclusiva del trabajador cuando conste que los responsables de la

construcción requirieron a aquel a cumplir con dichas medidas de seguridad y el operario hizo caso omiso de sus indicaciones de forma intencionada; circunstancia que no han quedado acreditada en el caso enjuiciado, de ahí que el Juzgador considere y este Tribunal comparte sus argumentos que no es posible apreciar la concurrencia de culpas.

LA NEGLIGENCIA DEL TRABAJADOR HA DE SER EXCLUIDA, YA QUE LA CAUSA FUNDAMENTAL DEL ACCIDENTE FUE LA MÍNIMA SEGURIDAD EXISTENTE.
EDJ 2013/200021
SAP GRANADA (2ª) Nº 348/2013, DE 7 DE JUNIO. REC: 243/2012. PTE: SAENZ SOUBRIER, JOSÉ JUAN

En cuanto al posible concurso de negligencia del trabajador, debe ser excluido. En primer lugar, porque no están bien descritas las exactas circunstancias bajo las que cayó al suelo; y en segundo lugar porque la causa fundamental del accidente fue sin duda la mínima seguridad que ofrecían los costales de andamio dispuestos a modo de escalera, que hacía recaer sobre cada trabajador una sobrecarga preventiva que legalmente le correspondía soportar al empresario, de manera que si se acogiera la pretensión del recurrente en este punto, la omisión de su obligación de prevención operaría en su propio beneficio, lo que resulta claramente inadmisible.

ENTIENDE LA AP QUE EL RECURSO PREVENTIVO DEBIERA SER RESPONSABLE DE UNA FALTA DEL ART. 621.2, VISTA LA RELEVANTE PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL ACCIDENTE.
SAP HUESCA (1ª) Nº 47/2013, DE 18 DE MARZO. REC: 4/2013. PTE: GUTIERREZ CELMA GONZALO.

En cualquier caso, lo cierto es que los trabajadores decidieron que les convenía mejor otra distribución y el Sr. Hermenegildo autorizó la división dando por supuesto que el andamio sería partido en el suelo, siguiendo el manual del fabricante, y no en el aire, lo que habría requerido un plan específico de trabajo dirigido por persona con formación universitaria, aparte de que el procedimiento decidido por el fallecido habría requerido, en todo caso, el uso de un arnés, que habría podido anclarse a un puntal o a cualquier pilar de la estructura pues, al quedar anulada la protección colectiva anticaída con la específica operación realizada (se estaba desmontando el andamio en altura operando desde el propio andamio) el equipo de protección individual era indispensable y no fue usado no porque no existieran suficientes arneses en la obra, o no hubiera donde atarlo, sino porque el trabajador, que tenía formación y experiencia suficiente, decidió no cogerlo y utilizarlo, lo que no habría evitado el desplome del andamio desmontado, pero habría impedido la caída del trabajador al cual, no obstante, no se le puede tampoco reprochar la culpa exclusiva del siniestro pues, pese a su grave imprudencia, impulsada por el noble y fatídico deseo de trabajar más rápidamente, concurre la omisión del propio Sr. Hermenegildo quien, como recurso preventivo que era, debió cumplir el plan de seguridad y asegurarse, como marca el plan, de que el andamio iba a ser desmontado siguiendo las instrucciones del fabricante, en el suelo, cosa que no la impedía la caseta, como tampoco impidió el montaje, aparte de que la caseta siempre habría podido retirarse en caso necesario. Para el desmontaje en el suelo el trabajador accidentado tenía suficiente formación y experiencia, tal y como lo tiene dicho el Juzgado, pero el

Sr. Hermenegildo, en lugar de dar por supuesto que el desmontaje se iba a realizar en el suelo, en cumplimiento del plan de seguridad, sabiendo como sabía que se iba a proceder a la división del andamio por haberlo autorizado él mismo instantes antes, debió asegurarse, como recurso preventivo que era, de que la operación de desmontaje se realizaba conforme a las instrucciones del fabricante, en el suelo, pues así lo requería expresamente el plan de seguridad al folio tres en el que, precisamente para asegurarse que se hacía correctamente, se exigía su presencia, la del recurso preventivo, el Sr. Hermenegildo, en el montaje, desmontaje y transformación de andamios, tal y como lo tiene dicho el juzgado en su muy elaborada resolución, de impecable factura, por más que este tribunal discrepe de su criterio en varios aspectos sustanciales. Por otra parte, el Sr. Hermenegildo en ningún momento pretendió deliberamente negar medida de seguridad alguna, ni poner en peligro la seguridad de ningún trabajador, ni mucho menos de modo grave, y su imprudencia, atendida la relevante participación de la propia víctima, que tenía suficiente experiencia y formación, merece el calificativo de leve, por lo que la conducta del repetido acusado únicamente puede quedar subsumida en la falta del artículo 621.2 del Código Penal EDL 1995/16398 , con lo que quedan fuera de lugar todas las quejas en torno al principio acusatorio en relación con el artículo 316. De la indicada falta del artículo 621.2, por lo ya expuesto, es autor voluntario, responsable material y directo el repetido Sr Hermenegildo, al que, en cumplimiento del artículo 638 (siempre del Código Penal EDL 1995/16398), le deberíamos imponer la pena mínima legalmente prevista en dicho precepto pero, sin embargo, el mismo debe ser absuelto pues las faltas, conforme al artículo 131.2, prescriben a los seis meses y en la causa hay al menos una paralización superior a dicho plazo pues desde el 7 de julio de 2011 (folio 1177) en el que se tuvo por recibido el procedimiento en el juzgado de lo penal, quedando pendiente de señalamiento, no se hizo actuación alguna hasta el 14 de mayo de 2012 (folio 1180), que se señaló el juicio para dos meses después. Y, como razonábamos en nuestro auto de 10 de noviembre de 2011 y en la sentencia de 15 de noviembre de 2011, los hechos han sido reputados falta, lo que determina que si un hecho es falta, siempre lo ha sido, que es el principio que anima el acuerdo adoptado en Sala general, por el Pleno de la Sala Segunda, en su reunión de 26 de octubre de 2010 EDJ 2010/269495 en el que se dispone que "Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado". En similar sentido nuestras sentencias de 10 de julio de 2012 y 13 de marzo de 2013.

_

VALORA AL AP LA CONDUCTA DEL TRABAJADOR EN LA PRODUCCIÓN DEL ACCIDENTE.

SAP MÁLAGA (1ª) Nº 119/2013, DE DOCE DE MAYO. PTE: LINARES ARANDA, RAFAEL.

Es cierto que el trabajador lesionado, aunque estaba formado como gruísta, aceptó trabajar subiéndose a un andamio que carecía de varias medidas de seguridad y no

estaba anclado, pero es sabido como nuestra jurisprudencia viene señalando que incluso el trabajador ha de ser protegido hasta de su propia "imprudencia profesional" (STS de 13 de febrero de 1997). Ahí radica el fundamento de la exigencia legal que se impone a los responsables de la labor constructiva, dirigida a que éstos a su vez exijan a los trabajadores que cumplan con las medidas de seguridad establecidas. El cumplimiento de esta obligación legal no se deja nunca en manos de los trabajadores, sino que se deriva por elevación hacia los responsables de la construcción, en tanto en cuanto e presupone que en éstos hay una mayor racionalidad y una mejor visión de las cosas, imponiéndoseles en todo caso el deber legal de cumplir con todas las exigencias de seguridad laboral, aun cuando el trabajador afectado sea muy experimentado. Sólo si, pese a constar los requerimientos de los responsables de la construcción, se advierte que el trabajador ha actuado intencionadamente, saltándose las indicaciones de los responsables de la seguridad, cabría hablar de una concurrencia de culpas o de una responsabilidad exclusiva.

La sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla, de 14.nov-03, viene a significar tanto como que "…la deuda de seguridad de la empresa con sus trabajadores no se agota con darles los medios de protección sino que viene además obligada a la adecuada vigilancia del cumplimiento de sus instrucciones que debe tender no sólo a la finalidad de proteger a los trabajadores del riesgo genérico que crea o exigen el servicio encomendado, sino además a la prevención de las ordinarias imprudencias profesionales del mismo".

Las normas que regulan la relación laboral y tratan de garantizar la seguridad en el trabajo, limitan la aplicabilidad de la doctrina de la imputación del lado de la víctima, modificando los términos del riesgo permitido y del funcionamiento del principio de confianza. Y en este sentido hay que recordar ya la antigua STS de 24.11.89 que establecía: "Que en el marco de las relaciones laborales la responsabilidad por falta de cuidado frente a riesgos extraordinarios no queda excluida por el simple traspaso tácito de la misma a los trabajadores. Si fuera sí es indudable que ello importaría una práctica liberación de todo deber de cuidado para el empleador, que, como es lógico, siempre se podría amparar en la tácita renuncia del trabajador para justificar su incumplimiento"…

…"En el origen de la caída del trabajador, incidieron dos conductas de similar eficacia desencadenante del resultado: de un lado, la de los acusados al no procurar que existiesen las medidas de seguridad colectivas –anclajes al muro, línea de seguridad para enganchar el arnés que como protección individual debe tener el trabajador- así como vigila que los trabajadores empleasen los medios de seguridad que tenían a su disposición, en una actividad peligrosa como es el trabajo en andamios como ya se ha dejado dicho; y, de otro lado, la propia conducta del trabajador accidentado, pues se trataba de un operario con varios años de experiencia en su cometido que sabía que en la obra había arneses y no los utilizó en su labor. Por tanto, el perjudicado, aun sabedor del riesgo que entrañaba estar en un andamio a dos metros de altura sin sujeción alguna, y mal calzado, actuó coadyuvando en el accidente.

Tal situación, sin llegar a minimizar la conducta imprudente atribuible a los acusados, debe conducir a degradar la entidad de la negligencia imputable a ellos hasta reconducirla a l imprudencia leve constitutiva de falta. Desde un punto de vista técnico y jurisprudencial se ha considerado en numerosas ocasiones influjo que, en el curso causal de las imprudencias y en la gradación de las mismas, puede tener la conducta de la víctima. La concurrencia de esta última circunstancia, puede llegar a exonerar de responsabilidad al autor del hecho culposo, cuando la naturaleza de la misma sea de tal entidad que minimice la causalidad de la conducta desencadenante del resultado. En otros casos, puede hacer descender la culpa del agente, hasta derivarla hacia una falta de

imprudencia. En este sentido la sentencia del mismo Alto Tribunal de fecha 24-05-1991 refiere que "Es criterio jurisprudencial compartido el de que la influencia o incidencia de la conducta del sujeto pasivo, contribuyendo poderosamente a la producción o desencadenamiento del resultado, puede llevar a los Tribunales a hacer descender la culpa del agente uno o dos peldaños en la escala imprudente, así como determinar una disminución del "quantum" de la indemnización, mayor o menor según la influencia más o menos poderosa y decisiva que la referida culpa del sujeto pasivo haya tenido en la génesis de la resultancia dañosa (cfr. Sentencias de 24 de marzo de 1983, 2 de junio y 25 de septiembre de 1986, 6 de febrero de 1987, 15 de abril y 16 de mayo de 1988)".
Con tales consideraciones, procederá la degradación de la imprudencia condenando al empresario y al arquitecto técnico como responsables de una falta de imprudencia leve del art. 621.3 del C. Penal EDL1995/16398.
Consecuencia de lo dicho es que la indemnización que se determine a favor de A…, se reducirá en un 40% por la concurrencia de responsabilidades.

EL EMPRESARIO ES EL MÁXIMO RESPONSABLE DE LA SEGURIDAD DE SUS TRABAJADORES. DESCARTA LA AUTOPUESTA EN PELIGRO DEL TRABAJADOR.
SAP MÁLAGA (1ª) Nº 523/2013, 16 DE JULIO, PTE. LINARES ARANDA, RAFAEL.

El apelante, en su calidad de empresario, en cuanto administrador de la empresa de construcción R, asume por ésta las funciones de control del desarrollo de la obra tanto en su ejecución material como en lo referente a la adopción y respeto de las medidas de seguridad previstas. Es el principal garante de la salud e integridad de los trabajadores –entre ellos el fallecido-, por ser la persona que dirige la actividad empresarial en la cual surge la situación de peligro y, por lo tanto, es el primer obligado a emplear la diligencia que evite resultados lesivos para dichos trabajadores, cuidando de que éstos presten sus servicios en las condiciones necesarias de protección.
Es sabido como nuestra jurisprudencia viene señalando que incluso el trabajador ha de ser protegido hasta de su propia "imprudencia profesional" (STS de 13 de febrero de 1997). Ahí radica el fundamento de la exigencia legal que se impone a los responsables de la labor constructiva, dirigida a que éstos a su vez exigen a los trabajadores que cumplan con las medidas de seguridad establecidas. El cumplimiento de esta obligación legal no se deja nunca en manos de los trabajadores, sino que se deriva por elevación hacia los responsables de la construcción, en tanto en cuanto se presupone que en éstos hay una mayor racionalidad y una mejor visión de las cosas, imponiéndoles en todo caso el deber legal de cumplir con todas las exigencias de seguridad laboral, aun cuando le trabajador afectado sea muy experimentado. Sólo si, pese a constar los requerimientos de los responsables de la construcción, se advierte que el trabajador ha actuado intencionadamente, saltándose las indicaciones de los responsables de la seguridad, cabría hablar de una concurrencia de culpas o de una responsabilidad exclusiva.

LA AP REVOCA LA CONDENA POR HOMICIDIO IMPRUDENTE Y CONDENA POR FALTA, YA QUE EN LA CAÍDA DEL TRABAJADOR INCIDIERON DOS CONDUCTAS DE SIMILAR EFICACIA DESENCADENANTE DEL RESULTADO, DE UN LADO LA DE LOS ACUSADOS Y DE OTRA LA DEL TRABAJADOR ACCIDENTADO.

SAP MÁLAGA (1ª) Nº 523/2013, 16 DE JULIO, PTE. LINARES ARANDA, RAFAEL.

En el origen de la caída del trabajador, incidieron dos conductas de similar eficacia desencadenante del resultado: de un lado, la de los acusados al no procurar que existiesen las medidas de seguridad colectivas –redes horizontales o redes de protección para forjados, línea de seguridad para enganchar el arnés que como protección individual debe tener el trabajador –así como vigilar que el trabajador emplease los medios de seguridad que tenía a su disposición, en una actividad peligrosa como es el trabajo en forjados, como ya se ha dejado dicho; y, de otro lado, la propia conducta del trabajador accidentado, pues se trataba de un operario con varios años de experiencia en su cometido que sabía que en la obra había arneses y no los utilizó en su labor. Por tanto, el fallecido, aun sabedor del riesgo que entrañaba estar en forjado, a doce metros de altura, sin sujeción alguna, actuó coadyuvando en el accidente.
Tal situación, sin llegar a minimizar la conducta imprudente atribuible a los acusados, debe conducir a degradar la entidad de la negligencia imputable a ellos hasta reconducirla a la imprudencia leve constitutiva de falta. Desde un punto de vista técnico y jurisprudencial se ha considerado en numerosas ocasiones el influjo que, en el curso causal de las imprudencias y en la gradación de las mismas, puede tener la conducta de la víctima. La concurrencia de esta última circunstancia, puede legar a exonerar de responsabilidad al autor del hecho culposo, cuando la naturaleza de la misma sea de tal entidad que minimice la causalidad de la conducta desencadenante el resultado. En otros casos, puede hacer descender la culpa del agente, hasta derivarla hacia una falta de imprudencia. En este sentido la sentencia del mismo Alto Tribunal de fecha 24-05-1991 refiere que "Es criterio jurisprudencial compartido el de que la influencia o incidencia de la conducta del sujeto pasivo, contribuyendo poderosamente a la producción o desencadenamiento del resultado, puede llevar a los Tribunales a hacer descender la culpa del agente uno o dos peldaños en la escala imprudente, así como determinar una disminución del "quantum" de la indemnización, mayor o menor según la influencia más o menos poderosa y decisiva que la referida culpa del sujeto pasivo haya tenido en la génesis de la resultancia dañosa (cfr. Sentencias de 24 de marzo de 1983, 2 de junio y 25 de septiembre de 1986, 6 de febrero de 1987, 15 de abril y 16 de mayo de 1988)".
Por tales consideraciones, procederá la degradación de la imprudencia condenando al empresario y al coordinador de seguridad de la obra como autores de una falta de imprudencia leve del artículo 621.3 del c. Penal EDL195/16398.
Consecuencia de lo dicho es que la indemnización que se determine a favor de los herederos del fallecido se reducirá en un 30% por la concurrencia de responsabilidades.

EN CUANTO A LA OBLIGACIÓN DEL TRABAJADOR DE CONTRIBUIR A SU PROPIA SEGURIDAD CUMPLIENDO LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD, VIENE REFERIDA A LA OBLIGACIÓN DE CUMPLIR LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD ADOPTADAS POR OTROS, DE MODO CARACTERÍSTICO EL EMPRESARIO.
EDJ 2013/159152
SAP MURCIA (3ª) Nº 391/2013, DE 22 DE JULIO, REC: 147/2013, PTE. OLMO GÁLVEZ, JUAN

Es el momento, siguiendo la meritada Sentencia de la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial, de rechazar el alegato de concurrencia de actuación negligente o descuidada por parte del trabajador fallecido (tal y como es analizada y rechazada en el

Fundamento de Derecho Séptimo de la sentencia recurrida). Brillantemente recoge la sentencia de la Sección Segunda de esta Audiencia de Murcia: En relación con la alegada contribución del trabajador a la producción del resultado, debe comenzarse por admitir que aquél debe contribuir, ciertamente, a su propia seguridad. El art. 29 LPRL establece en este sentido que "corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario" Obsérvese, sin embargo, que se refiere una obligación de cumplimiento de medidas adoptadas por otros y, de modo característico, por el empresario. Por ello, también, sigue diciendo el mismo artículo que las obligaciones de contribución del trabajador a su propia seguridad se harán "con arreglo a su formación y siguiendo las instrucciones del empresario": En esta medida y condiciones, deberán, como se detalla, "1°) usar adecuadamente, de acuerdo con su naturaleza y los riesgos previsibles, las máquinas, aparatos, herramientas, sustancias peligrosas, equipos de transporte y, en general, cualesquiera otros medios con los que desarrollen su actividad; 2°) utilizar correctamente los medios y equipos de protección facilitados por el empresario, de acuerdo con las instrucciones recibidas de éste; 3°) no poner fuera de funcionamiento y utilizar correctamente los dispositivos de seguridad existentes o que se instalen en los medios relacionados con su actividad o en los lugares de trabajo en los que ésta tenga lugar; 4°) Informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores; 5°) contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Autoridad competente con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo; 6°) cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores". Pero no parece que esas obligaciones sean exigibles cuando, previamente, el empresario no facilita el equipo adecuado (...). Para continuar señalando: En general, aunque el trabajador deba cooperar a su propia seguridad, ello no significa que la primera actuación, informativa, formativa e instructiva y, especialmente, la dotación de medios, no corresponda al empresario, llegando a afirmar la Jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1979), que "el trabajador debe ser protegido hasta de su propia imprudencia profesional", declarando la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1990, la no aplicación del principio de confianza. En principio, el problema de la intervención de la víctima fue abordado por la jurisprudencia mediante la doctrina de la concurrencia o concurso de culpas o de conductas. Aunque se declaraba que en el ámbito penal la compensación de culpas no era aplicable, en la práctica se venía a valorar el comportamiento del ofendido para negarle la protección penal. Para ello, se proponía un juicio de ponderación en el plano causal para decidir si alguna de las conductas implicadas había tenido "eficacia preponderante, análoga o de inferioridad" considerando "principales o prevalentes en el campo penal las reputadas como originarias o propulsoras inicialmente de los sucesos, teniendo carácter secundario las que meramente sean favorecedoras de los mismos." (STS 25.2.1991). De acuerdo a esos parámetros, de difícil concreción, la mayor virtualidad de la conducta de la víctima, "la posible interferencia de culpa de la víctima al resultado común", permitiría la degradación de la imprudencia del autor, incluso su eliminación total. En esta línea, la STS de fecha 24-05-1991 refería que «Es criterio jurisprudencial

compartido el de que la influencia o incidencia de la conducta del sujeto pasivo, contribuyendo poderosamente a la producción o desencadenamiento del resultado, puede llevar a los Tribunales a hacer descender la culpa del agente uno o dos peldaños en la escala imprudente, así como determinar una disminución del "quantum" de la indemnización, mayor o menor según la influencia más o menos poderosa y decisiva que la referida culpa del sujeto pasivo haya tenido en la génesis de la resultancia dañosa (cfr. Sentencias de 24 de marzo de 1983, 2 de junio y 25 de septiembre de 1986, 6 de febrero de 1987, 15 de abril y 16 de mayo de 1988 ». Más recientemente, la sentencia núm. 1153/2000, de 30-06-2000 proclamó que «Tal situación debe producir importantes consecuencias jurídicas, al estar en presencia de una posible compensación de culpas en el ámbito penal que se traduce fundamentalmente en una degradación de la responsabilidad civil a cargo del inculpado. Desde un punto de vista técnico y jurisprudencial se ha considerado en numerosas ocasiones el influjo que, en el curso causal de las imprudencias y en la gradación de las mismas, puede tener la llamada culpa de la víctima. La concurrencia de esta última circunstancia, puede llegar a exonerar de responsabilidad al autor del hecho culposo, cuando la naturaleza de la misma sea de tal entidad que minimice la causalidad de la conducta desencadenante del resultado. En otros casos, puede hacer descender la culpa del agente, hasta derivarla hacia una falta de imprudencia leve». Como la ponderación carecía de pautas o criterios claros y en algunos casos, incluso, se acudía a la previsibilidad del resultado, se denunció, por algún sector de la doctrina, que propiciaba el voluntarismo judicial o la puesta en práctica de soluciones de equidad o de puro arbitrio. Aunque no puede olvidarse alguna llamada de atención de la jurisprudencia que venía a matizar esa solución: "en el marco de las relaciones laborales la responsabilidad por la falta de cuidado frente a riesgos extraordinarios no queda excluida por el simple traspaso tácito de la misma a los trabajadores. Si fuera así es indudable que ello importaría una práctica liberación de todo deber de cuidado para el empleador, que, como es lógico, siempre se podría amparar en la tácita renuncia del trabajador para justificar su incumplimiento" (STS 24.11.1989). Con posterioridad, se ha acudido también al principio de autorresponsabilidad para justificar una hipotética autopuesta en peligro por parte del trabajador. Se sustenta esta doctrina en la autonomía de la libertad de la persona, en el reconocimiento de un ámbito propio de auto organización y su correspondiente responsabilidad. La técnica de la autorresponsabilidad permite resolver conflictos en los que esté cuestionada la libertad de las personas frente a injerencias externas. No debe olvidarse, sin embargo, que las normas que regulan la relación laboral y tratan de garantizar la seguridad en el trabajo, limitan la aplicabilidad de la doctrina de la imputación al lado de la víctima, denominada autorresponsabilidad, y modifican los términos del riesgo permitido y del funcionamiento del principio de confianza. Y concluir de la siguiente forma: (...), los intentos de desplazamiento de la responsabilidad en el accidente al trabajador encuentran, en general, progresivas dificultades, (...). En este caso, no es a la víctima, sino al acusado apelante a quien se le debe imputar el resultado, cuando aquélla se ha limitado a ejecutar el trabajo encomendado, de la única forma posible, (...). Ni la víctima ha contribuido con una negligencia decisiva a la producción del resultado, ni le puede ser aplicable el principio de la autopuesta en peligro, ni de la propia responsabilidad. En este sentido, la STS 1853/2001 señala que "la pretendida concurrencia de culpas, cuando existe, tiene su incidencia en el orden civil de la responsabilidad, pero rara vez en el orden penal, ya que cada uno de los culpables concurrentes han de ser juzgados por separado según su participación en el hecho y su nivel de responsabilidad. En todo caso y ciñéndonos a lo aquí enjuiciado no se aprecia de modo alguno la existencia de culpa de la víctima, ni, por consecuencia, la

disminución de responsabilidad del acusado, ya que no se puede hacer depender, ni en todo ni en parte, su evidente falta de cuidado de la posible solicitud que podría haber hecho el obrero para evitar el accidente, pues el cuidado debido le venía impuesto ope legis a él sólo por las propias normas de protección laboral" (en similar sentido, SSAP Madrid, sec 15ª, 26.4.2004 y Navarra Sección 3ª de 26.3.09). En definitiva, en esta línea de razonamiento rigurosamente exigente en el cumplimiento de las obligaciones del empresario en materia de seguridad en el trabajo, incluso en previsión de eventuales descuidos del trabajador, (...), no puede concluirse que, frente a omisiones de normas de seguridad tan elementales sobre planificación y equipos, como las que han quedado descritas, el resultado fuera otra cosa que la realización del concreto peligro creado con estas omisiones, no siendo, desde luego, fruto de una negligencia decisiva de la víctima, que no ha de afectar, tampoco, a la gravedad de la imprudencia, (...).

No debe olvidarse que en este caso el accidente se produjo en tramo recto, a nivel, y que el tacógrafo ha permitido fijar que la velocidad del camión no sobrepasaba el límite legalmente establecido de 90 km/h al circular, por lo que ni por las circunstancias de la conducción, ni por otra actuación atribuible exclusivamente al trabajador/conductor fallecido (como pudiera ser un exceso de velocidad que elevara el riesgo), puede obtenerse una disminución del grado de reproche atribuible al acusado.

Todo lo cual justifica desestimar en su integridad el recurso de apelación interpuesto.

ANALIZA LA AP LA ESTRUCTURA DEL DELITO DE HOMICIDIO IMPRUDENTE, ENTENDIENDO QUE SÍ EXISTIÓ UNA CONDUCTA IMPRUDENTE DEL RECURRENTE QUE DETERMINÓ LA PRODUCCIÓN DEL RESULTADO.

EDJ 2013/19575

SAP PALENCIA (1ª) Nº 2/2013, DE 14 DE ENERO, REC: 79/2012. PTE: GÓMEZ TORMILLO, MANUEL

Por lo que respecta, pues, al tipo objetivo del delito de homicidio imprudente, requiere la posibilidad de imputar objetivamente el resultado lesivo al autor, de aceptar la hoy dominante teoría de la imputación objetiva del resultado, la cual reclama una acción peligrosa, jurídicamente desaprobada que se traduzca progresivamente en el resultado típico (vid., por muchas, las STS 84/2010 de 18 de febrero, especialmente Fto. Jco. 16 EDJ 2010/13510 , con cita de ulterior jurisprudencia en la misma línea).

En consecuencia, como primer elemento se requeriría una conexión de causalidad entre la conducta del autor y el resultado lesivo. Ésta puede ser fijada conforme a la fórmula de la conditio sine qua non, si se quiere matizada por la idea de la causa adecuada conforme a las leyes de la naturaleza. Se requeriría, de esta manera, que suprimida mentalmente la acción del sujeto desapareciese el resultado en su configuración concreta conformación.

En el caso que nos ocupa, resulta central dirimir si el acusado determinó con su conducta que la víctima se subiera al tejado. La conclusión a la que se llega es que resulta diáfano que D. Isidro promovió el resultado materialmente, que suprimida su intervención en los hechos el resultado desaparecería. Dicho con otras palabras, parece claro que fue aquél el que ordenó a la víctima subirse al tejado, le ayudó utilizando a tal efecto el tractor y la pala de éste, y que, finalmente, la Uralita se quebró por lo que el trabajador se precipitó al suelo y murió por el impacto en órganos vitales……

Los otros dos requisitos para proceder a imputar objetivamente el resultado serían la peligrosidad de la acción, traducida progresivamente en el resultado típico, y que tal acción se encontrase dentro del ámbito de prohibición de la norma. Ninguno de tales elementos se cuestiona por parte del apelante, probablemente porque no resulta posible ponerlos en duda. Aceptada la conexión de causalidad entre la acción del autor y el resultado típico, en este caso, ni es discutible que para un espectador objetivo desde una perspectiva ex ante existían elevadas probabilidades de que se produjera el resultado típico, ni aparece ningún otro foco de riesgo del que pudiera proceder el resultado típico. Tampoco es controvertido que la conducta del autor es de las que, precisamente, trata de reprimir el ordenamiento jurídico penal.
En definitiva, no cabe la más mínima duda de que están presentes todos y cada uno de los elementos que permiten imputar objetivamente el resultado típico al acusado. El debate, pues, debe transitar al marco subjetivo.
TERCERO.- Subjetivamente, el tipo del artículo 142, reclama la presencia de imprudencia grave. Como es conocido, la imprudencia, desde el punto de vista de la tipicidad, requiere la vulneración del deber objetivo de cuidado. En la medida en que la culpa es un elemento constitutivo del tipo de la infracción junto con el resto de elementos integrantes del tipo, deben ser acreditados, para desvirtuar la presunción de inocencia. Sería, evidentemente, inaceptable una presunción de imprudencia. En tal sentido, dentro de la jurisprudencia penal, resulta particularmente expresiva la STS, Sala 2ª, 1226/2006 de 15 diciembre, F. 11º EDJ 2006/345602 en la que se lee que «... en el relato de hechos probados de la sentencia penal deben constar todos los elementos de la conducta que son relevantes para la subsunción de un determinado tipo penal, incluso los de carácter subjetivo, pues lo que se enjuicia es una conducta humana compuesta de aspectos objetivos y subjetivos, sin perjuicio de los razonamientos que, en los Fundamentos jurídicos, han de dedicarse a explicar por qué razones se declaran probados unos y otros». No obstante lo expresado, debe subrayarse que la culpa o imprudencia resulta ser un concepto valorativo, no precisado legislativamente, y no susceptible de matematización, por lo que más bien debe afirmarse que corresponde al Juez determinar si concurre o no, lo que exige la constatación de los hechos sobre los que se basa y la fundamentación razonada de su existencia. Así, en la STC 164/2005, de 20 de junio EDJ 2005/118933 , afirma el Tribunal que «En efecto, no se puede por el mero resultado y mediante razonamientos apodícticos sancionar, siendo imprescindible una motivación específica en torno a la culpabilidad o negligencia y las pruebas de las que ésta se infiere» (F. 6º in fine; cursiva nuestra).

Pues bien, en el caso que nos ocupa, los datos que apoyan la conclusión de que se actuó con una absoluta falta de previsión, descuido y hasta temeridad se acumulan nítidamente en el juicio oral y en la sentencia sin que se hayan podido rebatir (a salvo de la cuestión de la iniciativa para actuar de la forma en que se actuó). En efecto, es incuestionable que la víctima en los términos ya expresados se subió a un tejado de uralita, de altura considerable (si se tiene en cuenta no sólo el resultado final, sino el procedimiento utilizado), sin que se adoptase ni la más mínima medida de seguridad, en un día de lluvia, cuando las instalaciones de la nave estaban muy deterioradas sin reparaciones desde hacía sesenta años y con goteras (vid., al respecto, el testimonio del propio hijo del acusado). En semejantes condiciones, incluso un hombre poco atento, cuidadoso o diligente colocado en la posición del autor en el momento de los hechos, esto es, desde una perspectiva ex ante, podría haber percibido los indudables riesgos que la maniobra entrañaba y que, lamentablemente, corroboró la realidad. Como hemos destacado, la afirmación o negación de la imprudencia y de su gravedad o levedad

requieren de un juicio que responde a una lógica difusa no compatible con razonamientos aritméticos. Sin embargo, valorativamente, pocos casos puede haber más inequívocos, atendidas las circunstancias en las que cursan los hechos.
No se ha cuestionado en el caso que nos ocupa la inexistencia de una vulneración del deber subjetivo de cuidado. Este último, no obstante, se trata de un elemento que, residiendo en la culpabilidad, concierne su acreditación a quien lo alega, por lo que no hay obstáculo alguno para mantener el pronunciamiento condenatorio.

DOCTRINA GENERAL DE LA AUTOPUESTA EN PELIGRO DEL TRABAJADOR.
EDJ 2013/ 203139
SAP SEVILLA (4ª) Nº 394/2013, DE 5 DE SEPTIEMBRE. REC: 5076/2012. PTE: LLEDÓ GONZÁLEZ, CARLOS L

Descritas las responsabilidades y principales omisiones de ambos acusados, cumple ahora analizar la pretendida autopuesta en peligro del trabajador que se invoca con sustento en el informe pericial del Sr. Sixto. Es uno de los alegatos mas recurrentes en esta materia, y ciertamente no puede negarse que en ocasiones el propio trabajador concurre con su propia conducta, sea de forma exclusiva o sea al menos concomitante con otras causas o factores, llegando a veces a rechazar las medidas individuales y/o colectivas de protección por razones que ahora no vienen al caso; y es cierto también que esa doctrina de la autopuesta en peligro como excluyente de la responsabilidad de terceros ha sido aceptada sin duda por el Tribunal Supremo, bien que en muy escasos supuestos, pero en torno a la misma no pueden olvidarse las siguientes pautas:

_
1) La relación del empresario y el trabajador no es horizontal sino vertical, ostentando el primero un completo poder de dirección e incluso disciplinario respecto del 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.

_
2) El bien jurídico protegido en los delitos de puesta en peligro no es la propia vida, salud o integridad física del concreto trabajador sino un valor previo enunciado como la seguridad, que es un valor de titularidad colectiva y no individual, de tal modo que no cabe la renuncia anticipada por el trabajador a ese bien de carácter supraindividual que no le pertenece, al menos no en exclusiva.

_
3) Que la obligación del empresario de facilitar los medios necesarios no tiene sólo un alcance material y entre esos otros medios intangibles o no físicos se encuentran sin duda la formación y la transmisión adecuada de instrucciones en modo o manera que puedan ser fácilmente entendidas por el destinatario, de tal modo que si detrás de la autopuesta en peligro del trabajador se esconde verdaderamente una falta de la adecuada formación o de instrucciones precisas e inteligibles, tampoco parece razonable eximir a dicho empresario o a sus delegados de la responsabilidad por aquella conducta.

_
Así las cosas, el trabajador en cuestión se limitó a acceder como hacía habitualmente a la segunda planta para preparar un concreto pedido; tal y como ya hemos afirmado en el terreno fáctico, nadie le advirtió de que no lo hiciera así, ninguna señalización idónea

encontró que le informara del riesgo existente, nada se les había comunicado respecto a la obra de ampliación que se realizaba en esa segunda planta ni en qué modo ello habría de afectarles a su normal desenvolvimiento y nada ni nadie le advirtió tampoco de que esa plancha que se encontraba en el suelo no era practicable en la medida en que carecía de apoyo en uno de sus extremos.

CONTRIBUCIÓN DE LA VÍCTIMA A LA PRODUCIÓN DEL ACCIDENTE. SUPUESTOS.
EDJ 2013/250200
SAP TARRAGONA (2ª) Nº 490/2013, DE 11 DE NOVIEMBRE. REC: 69172013. PTE: UCEDA SALES, SARA

Se plantea pues el problema de la contribución de la víctima en la producción del accidente, cuestión sobre la que esta Sala ya ha declarado que deben tenerse en consideración los siguientes extremos:

_
Primero.-Que si el deber de cuidado infringido por la víctima con su intervención, es consecuencia de la orden recibida por el empresario o encargado, ello no tiene relevancia a la hora de afirmar la responsabilidad de éstos.

_
Segundo.-Que si el deber de cuidado que el trabajador infringe con su intervención es una consecuencia de su habituación al riesgo (imprudencia profesional) que comporta el trabajo que desarrolla, ha de afirmarse que no cabe hablar de compensación de culpas en el ámbito penal, pero lo que si vale, es valorar la conducta de los distintos intervinientes, incluida la de la propia víctima, desplazando así el tema de la culpabilidad al de la causalidad, que le es propio, con la inevitable repercusión en la adecuación del grado de culpa, determinando incluso una moderación en la cuantía de la indemnización.

LA FALTA DE CAPACITACIÓN Y FORMACIÓN DEL TRABAJO HACE QUE SU FALTA DE DILIGENCIA SÓLO TENGA REFLEJO EN LA RESPONSABILIAD PENAL.
EDJ 2013/250200
SAP TARRAGONA (2ª) Nº 490/2013, DE 11 DE NOVIEMBRE. REC: 69172013. PTE: UCEDA SALES, SARA

En el supuesto de autos, resulta acreditado que el trabajador vulneró su obligación de utilizar los medios de protección individuales que tenía a su alcance, pero tampoco nadie le exigió o comprobó que los utilizara ni nadie le advirtió que no debía realizar dicho trabajo por su falta de capacitación y formación, ni tampoco se le dieron las instrucciones necesarias para realizarlo sin peligro para su propia integridad física, al contrario, se le ordenó que lo hiciera y sin supervisión alguna, por ello, su falta de diligencia no puede considerarse de tal entidad como para interrumpir el nexo causal en relación con el resultado producido, pues su caída no se produce por su propia falta de diligencia, sino por causas ajenas a su propia voluntad, por lo que no procede una degradación o exoneración de la responsabilidad penal del recurrente, pues la contribución del trabajador debe considerarse secundaria y su culpa no desplaza la responsabilidad penal del acusado, sino que únicamente debe dar lugar a una moderación de la responsabilidad civil, plano en el que su conducta no resulta

irrelevante, moderación que ha sido establecida por la juzgadora a quo en un 20 % y que esta Sala considera adecuada a las concretas circunstancias concurrentes.

NO EXISTE CONCURRENCIA DE CONDUCTAS, YA QUE LAS VÍCTIMAS SE VIERON OBLIGADAS A CUMPLIR LAS ÓRDENES DEL JEFE DE OBRA Y REPRESENTANTE LEGAL DE LA EMPRESA.
EDJ 2013/201697
SAP VALLADOLID (4ª) Nº 390/2013, DE 17 DE OCTUBRE. REC: 804/2013. PTE: MARTÍNEZ GARCÍA, ÁNGEL SANTIAGO

Dice el art. 114 del Código Penal EDL 1995/16398 que si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización.

Más que una "concurrencia de culpas", el precepto lo que contempla es una concurrencia de causas o de conductas, y de lo que se trata es de valorar, junto con la conducta delictiva, la incidencia que ha tenido en la producción del resultado dañoso la conducta también imprudente de la víctima.

En este caso resulta claro que no hubo culpa de las víctimas, que se vieron obligadas a cumplir las órdenes e instrucciones que les había dado el Jefe de Obras y legal representante de la empresa para la que trabajaban, que expresamente les dio la orden de trabajar en las condiciones que les imponía, sin que previamente se hubiera procedido a nivelar el terreno, e indicándoles que procedieran a salvar los desniveles calzando la máquina con tacos o tablones de madera, lo que era a todas luces muy peligroso, sin que los lesionados tomaran la iniciativa en ningún momento en realizar actuaciones potencialmente peligrosas, antes al contrario, venían advirtiendo al acusado de la necesidad de que se procediera a la nivelación del terreno, lo que no se había hecho cuando el acusado les ordenó que trabajaran en esas condiciones.

DESCARTA LA AP QUE HAYA AUTOPUESTA EN PELIGRO DEL TRABAJADOR CON REPERCUSIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVI.
SAP VIZCAYA (6ª) Nº /2013, DE 10 DE OCTUBRE. PTE: SAN MIGUEL BERGARETXE, MIREN NEKANE.

Por lo que respecta a la intervención de la conducta del trabajador en el resultado producido, esta problemática ha sido considerada en parte a través de la figura de la "compensación de culpas" en los delitos imprudentes. En este sentido la STS de 5-11-90 establece que "para calibrar la respectiva relevancia de las conductas intervinientes (…) habrá de tenerse en cuenta que si uno de los factores o condiciones se muestra como causa decisiva y eficiente del resultado, habrá de reputarse la actuación de los demás intervinientes como accidental y fortuita. Como resulta evidente que en los casos de autopuesta en peligro y, por consiguiente, de autorresponsabilidad del lesionado, la participación de un tercero no debe ser punible. Ni una cosa ni otra puede afirmarse en el caso que examinamos y muy al contrario se presenta con evidencia que el resultado producido –lesiones del trabajador a sus órdenes- es la realización del peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la conducta de los acusados.

No es la víctima la que se introduce voluntariamente, asumiendo el riesgo existente, en el peligro ya creado previamente por los acusados al ordenarle a trabajar en una máquina sin protección y con formación insuficiente. Son los acusados quienes crean un peligro que, si hubieran adoptado las medidas de precaución y cautela exigibles,

hubieran evitado el resultado, porque este joven, al parecer sin experiencia en trabajo alguno, no fue informado adecuadamente del riesgo que corría al realizar el trabajo encomendado en modo no indicado, por lo que el motivo para reducir el importe de la indemnización, por consiguiente, no puede ser estimado.

NO HAY CONCURRENCIA DE CULPAS EN UN SUPUESTO EN QUE LA CAUSA DETERMINANTE DEL ACCIDENTE ES LA AUSENCIA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

EDJ 2013/34081. Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 2ª, S 21-2-2013, nº 49/2013, rec. 941/2012. Pte: Rey Sanfiz, Luis Carlos.

"Una vez sentada la existencia de responsabilidad por parte de los acusados, en cuanto al hecho de que el trabajador accidentado traspasó la zona de la barandilla, y a efectos de un posible reparto de responsabilidades por el siniestro, que analizaremos seguidamente, establece la STS de 5 de noviembre de 1.990 EDJ 1990/10013 que "para calibrar la respectiva relevancia de las conductas intervinientes (...) habrá de tenerse en cuenta que si uno de los factores o condiciones se muestra como causa decisiva y eficiente del resultado, habrá de reputarse la actuación de los demás intervinientes como accidental y fortuita (...)". Y al respecto hay que tener en cuenta lo que ya indicábamos en Sentencia de esta misma Sección de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Rec. 497/07) de 8-01-2008 EDJ 2008/12205, entre otras:

"Ha de partirse de que como recoge la propia Exposición de Motivos de la Ley 31/1995 de Seguridad e Higiene en el Trabajo EDL 1995/16211 "la protección del trabajador frente a los riesgos laborales exige una actuación en la empresa que desborda el mero cumplimiento formal de un conjunto predeterminado, más o menos amplio, de deberes y obligaciones empresariales y, más aún, la simple corrección "a posteriori" de situaciones de riesgo ya manifestadas (...) su acción obligatoria no se agota en la dotación de equipos o medios materiales para prevención de riesgos, sino que con la misma esencialidad se extiende a su efectivo uso o aplicación y por ello a la adopción de los instrumentos precisos para que ello tenga lugar, como resulta de toda la regulación que inspira la Ley 31/1995 EDL 1995/16211 (...) la normativa laboral exige al empresario la protección del trabajador incluso frente a sus propias imprudencias, porque es el empresario quien se beneficia de la explotación de una determinada actividad cuya realización comporta un riesgo para los trabajadores, quien debe garantizar su seguridad, lógicamente previendo las propias imprudencias de éstos(...).

La normativa laboral en materia de seguridad e higiene en el trabajo impone al empresario un deber de vigilancia, una acción permanente, que fácilmente se comprende esencial dentro de la obligación de "facilitación de medios" para garantizar la seguridad de los trabajadores, pues la experiencia da cuenta de una alta siniestralidad laboral, debida en gran medida a la dejación de esa obligación legal de proteger al trabajador frente a su propia relajación en el uso de las medias de protección de su seguridad, en particular las de carácter individual".

La obligación de "facilitar los medios necesarios" con la extensión establecida en la norma y acogida por la jurisprudencia, comprende no solamente a los medios materiales o técnicos de protección individual y colectiva, sino también las medidas, métodos, procedimientos de trabajo, medios personales y organizativos; pues no ofrece duda que la deficiencia u omisión en cualquiera de ellos puede suponer, según el tipo de tarea y circunstancias, una equiparable gravedad en el riesgo ocasionado a la seguridad y salud de los trabajadores.

En el presente caso, y en cuanto al contexto de producción de los hechos, el dato de que el trabajador pasó por encima de la barandilla no puede valorarse adecuadamente sin atender al conjunto de las circunstancias concurrentes, esto es, al contexto fáctico y normativo. Indica el Acta de la Inspección de Trabajo (f. 163): "tal y como se apreció durante la visita, sobre la parte del encofrado que no se desmoronó con la caída del trabajador había materiales como un saco con separadores de hormigón, situación que pudo determinar que el trabajador, confiando en la estabilidad del encofrado, accediera al mismo para recogerlos".

Asimismo, el Técnico de Trabajo y Seguridad Social de la Xunta indica en su informe al f. 242: "Encima del encofrado donde se produjo el accidente había restos de materiales de cuando se realizó el forjado como trozos de viguetas, bastante escombro y al menos un saco con separadores de hormigón, piezas utilizadas para la ejecución del forjado y que se tendrían que utilizar en el siguiente forjado (saco que se aprecia en las fotografías medio caído hacia el hueco por donde cayó el trabajador)", y al f. 243: "El material situado encima del encofrado en la zona del accidente, trozos de viguetas, escombros y el saco con los separadores de hormigón deberían haber sido retirados de la zona antes de convertirla en inestable. Cualquier trabajador que los vea puede pensar en recogerlos para que, primero, no se caigan encima de los que están realizando el desencofrado y después, en el caso que sean necesarios para trabajar, como los separadores, tener que ir a recogerlos dos plantas más abajo". El propio coordinador de seguridad, Justino, reconoce que encima de los tableros de la zona circundada por la barandilla había determinados restos y sacos de separadores de cemento.

Frente a ello, Marisa, perito propuesto por el acusado Severiano, recurso preventivo de EXISA, indica en el plenario que el riesgo fue exclusivamente del trabajador por cuanto existía una barandilla en la zona del hueco de las escaleras, sin embargo, la citada perito de parte -al contrario que los inspectores de trabajo- no inspeccionó el lugar del accidente, y el en plenario se limita a atribuir la plena responsabilidad al trabajador sin entrar a analizar las circunstancias que detalladamente exponen los informes de los inspectores, salvo el hecho de que los encofradores estaban avisados de que en el piso de abajo se estaba procediendo al desencofrado debido a la existencia de carteles que de ello avisaban, circunstancia que, por lo demás y con razón, no da por probada la sentencia de instancia, por cuanto, si bien existen referencias de la posible existencia de dichos carteles en la planta primera, se desconoce si tales carteles estuvieron a la vista del trabajador fallecido en algún momento, puesto que no tenían que pasar por dicha planta para acceder a su puesto de trabajo, y ello sin perjuicio de que el Técnico de la Xunta, que accedió a la obra después del accidente, sobre las 11.00 a.m., después de que lo hiciese la Inspectora de Trabajo -que lo hizo sobre las 10:00 a.m. y si vio las citadas indicaciones de desencofrado en la planta primera-, no localizó ningún tipo de señalización de la existencia de desencofrado, confirmando en el plenario que si lo hubiese visto lo hubiese consignado en el informe, con lo cual no puede acreditarse que en el momento del accidente -a las 8:00 am- el trabajo de desencofrado estuviese debidamente anunciado, ni tampoco cuando, poco después, acudió el Técnico de la Xunta -a las 10.00 am-, aunque sí parece que estaban debidamente acreditadas cuando llegó la Inspectora de Trabajo -a las 11.00 am-.

Los informes de la Inspectora de Trabajo y del Técnico de la Xunta de Galicia son absolutamente concluyentes y esencialmente coincidentes en atribuir las causas del accidente al ámbito de las empresas constructoras. En el plenario, el Técnico de la Xunta llamado a declarar, se ratificó en su informe, reiterando que, si bien estaba la barandilla delimitando la zona que iba a ser destinada a hueco de las escaleras: 1º) el encofrado estaba igual que el día anterior, pero inestable al carecer del "carro" que

permitía sostener el peso de un hombre, dato que no fue comunicado a ninguno de los encofradores, pero además, la zona en la que pisó el encofrador fallecido, soportaba elementos que debían ser retirados, ya sea para su uso, ya para que no accidentasen a los desencofradores al retirar dichos tablones. Con lo cual todo parecía indicar que, si bien ya se había colocado la barandilla en torno al hueco de la escalera, a falta de información adicional, el encofrado seguía estable -el desencofrador que quitó el "carro" en cuestión declaró que nunca informaba a nadie del trabajo realizado cuando acababa la jornada ni tampoco se lo exigían sus jefes y que a nadie informó del estado de inestabilidad en que dejó el tablero; y los acusados, por su parte, declararon no haber inspeccionado los trabajos de desencofrado ni haberse informado del estado de los mismos ni haber avisado en modo alguno a los encofradores-; 2º) el encofrado había sido estable el día anterior, seguía soportando material que no debía de estar ahí de haberse vuelto inestable la zona, material que en parte convenía retirar para que al desencofrar no cayese sobre los desencofradores y que, también en parte, eran necesarios para trabajar; 3º) como indica el Técnico de la Xunta, la única forma de retirar esos materiales era accediendo a la zona inestable, circundada por la barandilla, pues introduciendo el brazo en la barandilla no era posible.
En tales circunstancias, la barandilla existía en torno al hueco destinado a las futuras escaleras, pero había sido montada sin retirar, de las tablas del encofrado de dicha zona, material cuya presencia era parcialmente peligrosa si se procedía a hacer el desencofrado sin retirarlo y que, además, soportaba otro material necesario para otros nuevos trabajos (separadores de hormigón), circunstancias todas ellas que, a falta de las debidas indicaciones, coordinación e información por los responsables encargados de la obra, ya detalladamente analizadas, podían inducir a que, si bien ya estaba dispuesta la barandilla para delimitar el futuro hueco de las escaleras, el riesgo "en el encofrado" no existía todavía. En conclusión, ninguna imprudencia relevante puede considerarse imputable al trabajador accidentado, con lo que, como indica la citada STS de 5 de noviembre de 1.990 EDJ 1990/10013, identificada una causa como decisiva y eficiente del resultado "habrá de reputarse la actuación de los demás intervinientes como accidental y fortuita (...)". Por lo mismo, tampoco procede reducir en porcentaje alguno la indemnización debida a los perjudicados, esposa e hijas del finado."

NO EXISTE CULPA DE LA VÍCTIMA EN UN SUPUESTO EN QUE ÉSTA NO HABÍA RECIBIDO FORMACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD Y ADEMÁS LA MÁQUINA QUE ORIGINÓ EL ATRAPAMIENTO NO DISPONÍA DE ELEMENTOS DE PROTECCIÓN PARA EVITARLOS
EDJ 2013/171290 SAP Pontevedra de 10 septiembre 2013. Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 4ª, S 10-9-2013, nº 134/2013, rec. 393/2013. Pte: Montenegro Vieitez, Celso.

"Séptimo.- En último lugar, se alude a la conducta de la propia trabajadora, que fue -se alega- la originadora del accidente, hallándonos ante un claro supuesto de culpa exclusiva de la víctima.

Realmente el argumento ya cae de pleno con lo expuesto en el fundamento precedente. No obstante se ha de añadir, a mayor abundamiento, que difícilmente se puede hablar de falta de diligencia debida por parte de la trabajadora accidentada, pues no sólo no había recibido la formación adecuada para la manipulación de la máquina causante del daño, sino que, además, no puede afirmarse que no utilizase las medidas de protección cuando aquella, como ya se mencionó, carecía del adecuado dispositivo protector."

11. DIVERSOS SUPUESTOS EN LOS QUE SE VALORA LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DELITOS.

NO EXISTE PRESCRIPCIÓN YA QUE LA ACUSACIÓN LO HABÍA SIDO POR EL ART. 152.3 Y LA CONDENA LO HA SIDO POR DICHO PRECEPTO, CON LO QUE EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN ES DE 5 AÑOS.
SAP CORUÑA (2ª) Nº 20/2013, DE 14 DE ENERO. PTE: TABOADA CASEIRO, MARÍA DEL CARMEN.

El tercer motivo del recurso planteado a mayor abundamiento y al margen de las alegaciones ya planteadas, reitera la prescripción de los delitos, rechazada en la sentencia de instancia.
La prescripción ha sido analizada de manera concreta y detallada en la sentencia de instancia con relación a la doctrina y a las alegaciones concretas en que se fundamenta.
Señalar que el accidente laboral se produjo el día 26 de abril de 2.004 y Fernando no declara como imputado hasta el 17 de Octubre de 2.007, por lo que efectivamente han transcurrido más de tres años, si bien en este caso el plazo de prescripción aplicable es el de 5 años.
Así hay que considerar que el art. 152.3 del C. Penal establece la pena de inhabilitación especial por un período de 1 a 4 años, y es que la condena se ha producido por el art. 152.1, párrafo 2º y 3º, y la acusación se había formulado en base a dicho precepto y apartados, por tanto el plazo de prescripción es el de 5 años.

LA SALA ACOGIENDO LA NUEVA DOCTRINA QUE SOBRE LA PRESCRIPCIÓN ADOPTÓ EL TRIBUNAL SUPREMO EN 2010 DECLARA PRESCRITA LA FALTA.
SAP ALBACETE (2ª) Nº 257/2013, DE 23 DE JULIO PTE. NEBOT DE LA CONCHA, ANTONIO

Este Tribunal en diversas ocasiones y también en Pleno no jurisdiccional de esta Audiencia venía estableciendo que en supuestos como el de autos el tiempo de prescripción venía siendo el del delito enjuiciado con independencia de la infracción por la que se condenara. Ahora bien este criterio no puede ser mantenido a la luz de la doctrina sentada por nuestro Tribunal Supremo en virtud de su acuerdo del año 2010 en que en definitiva viene a señalar que lo que hay que tener en cuenta es la infracción por la que se condena y en autos condenándose por falta el plazo prescriptito es el propio de la misma.

ENTIENDE LA AP QUE EL DELITO SE ENCUENTRA PRESCRITO, YA QUE DESDE LA FECHA DE LOS HECHOS, LA ÚNICA RESOLUCIÓN MOTIVADA HA SIDO LA SENTENCIA DICTADA EN INSTANCIA, POR LO QUE HAN TRANSCURRIDO MÁS DE 5 AÑOS.
EDJ 2013/33199
SAP MURCIA (2ª) Nº 33/2013, DE 11 DE FEBRERO. REC: 108/2012, PTE. MORALES LIMIA, AUGUSTO.

SEGUNDO.- Constituye doctrina consagrada la de que la prescripción debe ser estimada concurrentes los presupuestos sobre que se asiente - paralización del procedimiento y lapso de tiempo correspondiente -, aunque la solicitud no se inserte en el cauce procesal adecuado y dejen de observarse las exigencias procesales formales concebidas al efecto, en aras de evitar que resulte condenada una persona que, por especial previsión y expresa voluntad de la Ley, tiene extinguida la posible responsabilidad penal contraída; pudiendo ser proclamada de oficio en cualquier estado del procedimiento en que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan. Parecer que alientan, entre otras, en sentencias de 31 de mayo de 1976, 27 de junio de 1986 EDJ 1986/4494 , 14 de diciembre de 1988 y 31 de octubre de 1990 EDJ 1990/9919 ... "La doctrina jurisprudencial más actual viene sosteniendo que sólo tienen virtud interruptora de la prescripción aquellas resoluciones que ofrecen un contenido sustancial, propio de una puesta en marcha y prosecución del procedimiento, en definitiva reveladoras de que la investigación avanza y se amplía, que el proceso persevera consumando sus sucesivas etapas, superando la inactividad y parálisis que le aquejaba. Únicamente cuando los actos procesales están dotados de auténtico contenido material, puede entenderse interrumpida la prescripción..." (Sentencias de 8 de febrero EDJ 1995/214 y 22 de septiembre de 1995 EDJ 1995/4567 , entre otras).

Y desde luego no cabe duda de que puede y debe ser examinada de oficio, por ser de naturaleza sustantiva, de legalidad ordinaria y próxima al instituto de la caducidad y por responder a principios de orden público y de interés general, y ello en cualquier estado del procedimiento en que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan (SSTS. de 8-7-2011, num. 793/11, rec. num. 1142/10 EDJ 2011/155227 ; 387/2007, de 10 de mayo EDJ 2007/36082 ; 25/2007, de 26 de enero EDJ 2007/2699 ; 1224/2006, de 7 de diciembre EDJ 2006/331140 ; 839/2002, de 6 de mayo EDJ 2002/19875 ; entre otras muchas)

Como señala la STS. de 28 de septiembre de 2002, núm. 1580/2002, rec. 519/2001 EDJ 2002/37193 "los diferentes fundamentos que pueden barajarse a propósito del instituto de la prescripción, en especial el de su utilidad ante las exigencias propias de la seguridad jurídica, avalan (el) criterio (seguido por la sala de instancia), ya que el reinicio, de nuevo, de la tramitación de la causa once años después, pugna sin duda con tal principio de seguridad e, incluso, con la eficacia de los fines a que se debe la existencia misma del sistema penal".

En este sentido, no debe olvidarse como el propio Tribunal Constitucional tiene proclamado (STC. 195/2009, de 28 de septiembre EDJ 2009/216689 ; entre otras) que "la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del estado al iuspuniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal; a lo que añadíamos que dicho instituto 'en general encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica', si bien por tratarse de una institución de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso Stubbings, & 46 y ss. EDJ 1996/12128), ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar - delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial del cómputo del plazo o causas de

interrupción del mismo - afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados"

La misma Sala 2ª del Tribunal Supremo ha dicho que las causas que justifican la existencia de la prescripción, principios o razones de orden público, de interés general o de política criminal, "... pueden ser conducidas al principio de necesidad de la pena, que se inserta en el más amplio de intervención mínima: el derecho del Estado a penar justamente, el ius puniendi, depende de que la pena sea necesaria para la existencia y pervivencia del orden jurídico. Y es obvio que transcurrido un tiempo razonable desde la comisión del delito, la pena ya no cumple sus finalidades" (STS de 23 de noviembre de 1989). O que "... cuando el tiempo fijado por la Ley ha transcurrido con paralización del proceso, cualquiera que sean sus motivos, la sociedad ha perdido ya la autoridad moral para castigar y, por consiguiente -y ésta es la filosofía que inspira la prescripción penal-, no puede hacerlo" (STS de 10 de febrero de 1993)..".

Ya más recientemente la STS. de 21 de noviembre de 2011, num. 1.294/2011, rec. 346/2011 EDJ 2011/280481 , también nos dice (fto. 4º) que "...la prescripción del delito, regulada como causa de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.5 CP EDL 1995/16398) tiene su fundamento, una vez rechazado ampliamente el planteamiento seguido por aquellos autores que la vinculaban a motivos procesales relacionados con la desaparición de las pruebas por el transcurso del tiempo, en aspectos directamente relacionados con la teoría de la pena. Es decir, la fundamentación de la prescripción será diversa en función de cuál sea la teoría de la pena por la que se opte. Conforme a este planteamiento, el fundamento de la prescripción deberá encontrarse en la falta de necesidad reeducativa - resocializadora de la pena por el hecho cometido a causa del transcurso del tiempo, si se considera que la pena tiene una función estrictamente preventivo-especial; en la falta de necesidad preventivo-general, pues el transcurso del tiempo impediría que la imposición y ejecución de la pena pudiera llegar a producir efecto disuasorio alguno (prevención general negativa); o en la falta de necesidad de estabilización normativa (prevención general positiva), a causa del propio transcurso del tiempo.

Fruto de esa posición favorable a la apreciación de la prescripción cuando concurran sus presupuestos, sin tener que forzar jurídicamente el mantenimiento del proceso o sus consecuencias punitivas, lo tenemos también en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2010 EDJ 2010/269495 , en el que se establecía, modificando una doctrina anterior, que "para la aplicación del instituto de la prescripción se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así lo pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos, como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado". Y este Acuerdo ha sido ya seguido, por ejemplo, en la STS. de 26 de abril de 2012, num. 311/2012, rec. 1925/2011 EDJ 2012/88254 , donde también se proclama que "el plazo de prescripción ha de venir referido al delito por el que fue condenado el acusado".

Y sobre esta misma materia pero ya valorando la nueva regulación legal de la prescripción traemos otra vez a colación la ya mentada STS. de 21 de noviembre de 2011 EDJ 2011/280481 :

Dicho esto, para computar el "dies ad quem", es decir, cuándo se interrumpe la prescripción, el principio general es que ésta se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena (art. 132.2).

Conforme a la nueva regulación de la prescripción, se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta (art. 132.2.1ª).

La Audiencia de instancia parece seguir la tesis del Tribunal Constitucional, en el sentido de requerirse un acto judicial material de inmediación, o bien de interposición judicial (STC. 63/2005 EDJ 2005/29886), aunque tal Alto Tribunal no aclaró exactamente en qué consistía el mismo, si en la resolución judicial de admisión de la querella o denuncia, en la citación del querellado o denunciado, o en su propia toma de declaración, detención o bien con la adopción de otras medidas cautelares, etc. De cualquier forma, la mencionada STC. 63/2005, ha sido seguida por otras muchas (STC. 147/2009, de 15 de junio EDJ 2009/150173 , STC. 195/2009, de 28 de septiembre EDJ 2009/216689 , STC. 206/2009, de 23 de noviembre EDJ 2009/275635 , etc.).

Aunque parezca que la nueva regulación normativa (LO 5/2010 EDL 2010/101204) se refiere a la admisión a trámite de la querella o denuncia, en realidad no dice exactamente eso, porque previamente pueden adoptarse otras resoluciones judiciales diversas, como el dictado de un Auto de intervención telefónica, o un registro domiciliario, o un mandamiento de detención, etc. Y tales actos judiciales han de ser potencialmente actos para interrumpir la prescripción, en tanto que manifiestan una resolución judicial motivada en la que se atribuye a un sospechoso su presunta participación en el hecho delictivo que se encuentra siendo investigado. Es decir, en tales supuestos, ya existe una resolución judicial, ésta ha de ser motivada, o lo que es lo mismo ha de atribuir al sospechoso la presunta comisión de un delito que proceda investigar por tales medios, se encuentra aquél nominalmente determinado, y el hecho, ha sido inicialmente calificado, por lo que concurren todos los elementos que exige la norma, esto es, la existencia de una resolución judicial motivada por la que se atribuya (al indiciariamente responsable) su presunta participación en un hecho delictivo. Quiere decirse que tal resolución judicial no es equivalente a un acto judicial estricto de imputación, o lo que es lo mismo, la atribución de la condición de sujeto pasivo de una pretensión punitiva, que aún no se ha ejercitado formalmente, sino la atribución indiciaria de su presunta participación en un hecho, que se está investigando o que se comienza a investigar en tal momento, y por eso, la ley se refiere en otros apartados al contenido de la admisión a trámite de una querella o una denuncia, como igualmente otro acto formal de interrupción de la prescripción. En segundo lugar, que tal resolución judicial, al poderse dictar en fase de investigación sumarial secreta, no tiene por qué notificarse a dicha persona. Ni, correlativamente, que tenga que tomarse inmediatamente declaración a tal persona frente a la que se interrumpe, por la resolución judicial motivada, la prescripción.

Fuera de ello, no interrumpe la prescripción la actuación investigadora del Ministerio Fiscal extramuros del proceso, pero esto ya se había declarado expresamente en la STS. 672/2006, de 19 de junio EDJ 2006/98715 , que trata específicamente de esta materia. Y en lo relativo a los hechos denunciados, la STS. 1807/2001, de 30 de octubre EDJ 2001/37191 , ya declaró que la denuncia o imputación genérica, o inconcreta, no puede interrumpir la prescripción. Se exige alguna determinación de la comisión

delictiva, siquiera sea muy general, pero de donde pueda deducirse de qué infracción penal se trata....

Y esta misma sentencia es la que nos mete de lleno en la vigente regulación legal de la prescripción. La regla general relativa a los plazos prescriptivos de cada delito o falta queda supeditada, por imperativo legal, a que el procedimiento se dirija efectivamente contra la persona indiciariamente responsable de la infracción penal correspondiente (en la redacción vigente de la L.O. 5/2010, de 22 de junio EDL 2010/101204 , que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010), tal como se desprende de lo dispuesto en el número 2 del art. 132 CP EDL 1995/16398 , lo que a su vez establece una serie de requisitos o pautas sustanciales en sus reglas 1ª, 2ª y 3ª que son las que sirven para perfilar o concretar en qué consiste "dirigir el procedimiento contra una persona determinada" a fin de poder entender interrumpido el cómputo de la prescripción.

Y entre dichas pautas sustanciales se exige ahora, imperativamente, el que se dicte o haya dictado " resolución judicialmotivad a (contra una persona determinada) en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta" (regla 1ª del número 2 del art. 132 CP EDL 1995/16398) y que ello se haga en el plazo de seis meses para el delito y de dos meses para las faltas a contar desde la presentación de la denuncia o querella, de modo que esa resolución judicial motivada, la que sea, se dicte bien al incoarse el procedimiento bien por otra resolución judicial sustancial posterior.

Y si bien es cierto que la presentación de querella o denuncia ante el órgano judicial puede servir para interrumpir provisionalmente el cómputo de la prescripción ello viene condicionado a que, efectivamente, se dicte después esa resolución judicial " motivada " a que se refiere dicha regla 1ª (regla 2ª, párrafos primero y segundo) en aquellos plazos legales, o sea, aquella que concrete o explique contra qué persona en particular se dirige el procedimiento y lógicamente las razones que asisten al juez de instrucción para entender, al menos indiciariamente, que la misma pudiera haber tenido participación en el hecho objeto de denuncia o querella que pudiera ser constitutivo de infracción penal. Pero en cualquier caso, si no llega a dictarse esa resolución judicial " motivada" que concrete un mínimo indiciario contra el presunto responsable no puede entenderse que el procedimiento se haya dirigido contra éste, se haya o no presentado en plazo la denuncia o la querella, y, consiguientemente no se interrumpe o suspende el cómputo de la prescripción. Y ello por aplicación de lo dispuesto en el último inciso del último párrafo de la regla 2ª del art. 132.2 CP. EDL 1995/16398

_

Desde otra perspectiva parece que esta nueva regulación sustantiva de la prescripción de delitos y faltas introducida por la L.O. 5/2010 sobre lo que significadirigir el procedimiento contra la persona indiciariamente responsable de un hecho presuntamente constitutivo de delito o falta a fin de evitar la continuación del cómputo de la prescripción EDL 2010/101204 , sería, en principio, más favorable para los posibles imputados o acusados, cualquiera que fueren éstos, que la antigua regulación legal de esta institución siempre y cuando que también computemos los plazos de prescripción con arreglo a la nueva legislación, plazos ciertamente más largos - 5 años para la inmensa mayoría de delitos, en concreto para aquellos con una pena que no supere los cinco años de prisión o de inhabilitación -, específicamente si en su momento no se cumplió con el requisito del dictado de resolución judicialmotivada, conforme a la regla 1ª del número 2 del art. 132 CP EDL 1995/16398 dentro de aquellos seis meses, puesto que la hipotética condena siempre implicará la imposición de una sanción penal, aunque fuese leve, con lo que la aplicación de la retroactividad penal favorable al reo (art. 2.2 CP EDL 1995/16398) - principio esencial del Derecho Penal - para llegar a la

aplicación de la nueva regulación de la prescripción del delito o falta no sólo es ajustada a derecho sino que resulta obligada en esta jurisdicción, aplicable incluso de oficio, sin que puedan prevalecer sobre la misma otros intereses añadidos y accesorios a la propia jurisdicción penal como, por ejemplo, la realización de la correspondiente responsabilidad civil puesto que esta última siempre está condicionada a que exista responsabilidad penal, o lo que es igual, a que no se haya extinguido la misma. Y ocurre que la prescripción del delito o falta extingue dicha responsabilidad penal (art. 130.6 CP EDL 1995/16398).

Y es de señalar que dicho principio de la retroactividad penal más favorable al reo prevalece incluso sobre el principio de conservación de los actos procesales por cuanto que se trata de una aplicación normativa más favorable, lo mismo que ocurre, por ejemplo, cuando se despenaliza una conducta típica o se suaviza o rebaja la pena a imponer, o ya impuesta, de una determinada infracción penal como consecuencia de esa reforma legal más favorable. En estos casos es obligada la revisión de la sentencia o de los autos sustanciales no favorables al reo, si se hubieren dictado, incluso siendo resoluciones judiciales firmes, con lo cual es evidente que no caben en esta materia de la retroactividad penal de la norma más favorable interpretaciones restrictivas contra reo que impidan, indirectamente, la aplicación de la nueva regulación de la prescripción a partir de la localización en autos de esa resolución judicial motivada que habría de estar dictada en su momento dentro de aquellos seis que se exigen para el delito.

Por lo demás, esta aplicación retroactiva favorable de los requisitos sustantivos y procesales de la nueva prescripción penal del delito o falta nunca debiera interpretarse como sorpresiva para las partes puesto que ya desde la fecha de la entrada en vigor de nuestra Constitución, para el caso de las sentencias, se exigía expresamente el dictado de resoluciones judiciales debidamente motivadas (art. 120.3 CE EDL 1978/3879), o, para los autos, desde la fecha de entrada en vigor de la primera (y sostenida en este punto) Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio EDL 1985/8754 , al requerirse que "los autos serán siempre fundados" (art. 248.2 LOPJ EDL 1985/8754), por otra parte pronunciamientos absolutamente en consonancia con lo que establece nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 (ars. 141 y 142). Por tanto, si las partes siempre conocieron la existencia de tales preceptos, que consagran el principio general del derecho a la debida motivación judicial como emanación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE EDL 1978/3879 , es evidente que, caso de no haber existido dicha motivación judicial en determinadas resoluciones que así lo requirieran en su momento, siempre pudieron haberla exigido por la vía de los recursos correspondientes; si en su caso no lo hubieran hecho no podrían quejarse ahora de aquella omisión sustancial en este tipo de resoluciones clave para decidir si se interrumpió o no el cómputo de la prescripción.

Y esta interpretación es la más razonable de las posibles. Lo mismo que a las partes les está vedado el planteamiento de "peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal" (art. 11.2 LOPJ EDL 1985/8754), los jueces y tribunales, como autoridades y poderes públicos que son, se rigen, entre otros, por el principio de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE EDL 1978/3879). Por eso no parece haber excusas para aplicar la norma penal más favorable al reo incluso en los casos de una posible prescripción del delito o falta cometidos, que lo sería con arreglo a la nueva regulación de esta institución y con todos sus requisitos sustantivos y/o procesales.

TERCERO.- En el caso concreto, pese a la importancia de la causa de que se trataba, el Juzgado de Instrucción nunca dictó resolución judicial motivada en relación a este asunto y sólo fue el Juzgado de lo Penal el que lo hizo cuando procedió a dictar la

sentencia de instancia, pero ello ya cuando habían transcurrido muy en exceso los cinco años de plazo para la prescripción que hoy están legalmente previstos tanto para el delito contra los derechos de los trabajadores del art. 316 CP EDL 1995/16398 como para el delito de imprudencia grave con resultado de lesiones del art. 152 CP. EDL 1995/16398

En efecto, el primer auto que se dicta en el procedimiento es el de 26 de febrero de 2004, de incoación de diligencias previas, que es un simple impreso estereotipado (folio 10). El siguiente auto, de incoación de procedimiento abreviado de 11 de septiembre de 2007 (folio 224) vuelve a ser otro impreso sin ningún tipo de motivación. Existe otro auto de 15 de noviembre de 2007 (f.235) por el que se estima un recurso de reforma del Ministerio Fiscal y se deja sin efecto el auto antes reseñado de 11 de septiembre de 2007, que no hace alusión a ningún tipo de indicios sino a la necesidad genérica de practicar diligencias. En fecha 24 de noviembre de 2008 se vuelve a dictar auto de incoación del procedimiento abreviado, que vuelve a ser otro formulario impreso sin ningún tipo de motivación judicial aplicable al caso (folio 349). Y a continuación se dicta el auto de 11 de marzo de 2009, que dice aclarar el auto de 24 de noviembre de 2008, que no contiene ningún tipo de motivación específica y que se limita a reseñar en su parte dispositiva los nombres de los posibles responsables de los hechos, del responsable civil y la mención a la posible comisión de un delito contra los derechos de los trabajadores y otro de imprudencia grave con resultado de lesiones, sin más datos. Este último auto tampoco cumplía las exigencias de la debida motivación pero en cualquier caso cuando se dicta ya habían transcurrido más de 5 años desde la fecha de los hechos con lo que los posibles delitos estaban más que prescritos. Y así llegamos, hasta la sentencia del Juzgado de lo Penal que es la única resolución en que ya se motiva sobre la conducta de los posibles responsables, pero estar resolución de 11 de noviembre de 2011 no interrumpe la prescripción porque los posibles delitos ya estaban prescritos.

_

En consecuencia, el abuso de la utilización de impresos y la ausencia generalizada de resoluciones judiciales motivadas capaces de interrumpir la prescripción han llevado a que esta causa estuviera prescrita desde el día siguiente al cumplimiento del plazo legal de prescripción vigente hoy en día, más gravoso para la aplicación de la prescripción pero no obstante sobradamente rebasado, es decir, los delitos a que se refiere esta causa están legalmente prescritos desde el día 3 de mayo de 2008 haciendo uso de la retroactividad más favorable a los reos en relación a la nueva regulación legal de la prescripción.

GOZA DE EFECTO INTERRUPTIVO LA DILIGENCIA DE ORDENACIÓN DICTADA POR EL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN, DESPUÉS DE LA PRESENTACIÓN DEL ESCRITO DE DEFENSA, ACORDANDO ELEVAR LAS ACTUACIONES AL JUZGADO DE LO PENAL.

SAP TARRAGONA (2ª) Nº /2013, DE 24 DE ENERO. PTE: MARTINES SAEZ, ÁNGEL.

No obstante y con independencia de ello tenemos que indicar que efectivamente por esta Sección nos hemos pronunciado en el sentido de indicar que goza de efecto interruptivo la diligencia de ordenación dictada por el Juzgado Instructor en fase de Procedimiento Abreviado, inmediatamente a continuación de la presentación del escrito de defensa, proveyendo dicho escrito en el sentido de elevar las actuaciones al órgano que debe de conocer del enjuiciamiento e implicando que tiene por avanzado el procedimiento una vez evacuado el traslado para calificación y por terminada la fase intermedia, lo que debe entenderse como acto procesal dotado de auténtico contenido material por constituir efectiva prosecución contra el presunto culpable.

12. PRINCIPIO DE DESCONFIANZA VIGENTE EN MATERIA DE SEGURIDAD LABORAL.

EN LAS RELACIONES LABORALES RIGE EL PRINCIPIO DE DESCONFIANZA.
AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES (2ª) Nº 324/2013, DE 17 DE DICIEMBRE. PTE: GÓMEZ-REINO DELGADO, JESÚS

El delito que contempla el artículo 317 del CP, se trata de un delito de omisión impropia 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 si misma, el incumplimiento imprudente y por imprudencia grave de 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". Y por último, es preciso, para la integración del tipo que, con infracción de aquellas normas de cuidado 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 concreto peligro grave la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores, sin que sea preciso que el peligro se materialice en una lesión efectiva puesto que el delito en cuestión es un tipo de riesgo o de mera actividad (ver STS de 12 de noviembre de 1998),
No basta, por consiguiente, para eludir la aplicación del tipo penal con que las empresas cumplan formalmente con la adopción de las medidas exigibles y en concreto con la obligación de facilitar o dotar a los trabajadores a su servicio de medios o medidas de seguridad, tanto individuales como colectivas, sino que su actuación preventiva y de los distintos encargados de garantizar, dentro de la cadena de mando existente en las empresas involucradas, debe ir dirigida a que el trabajo se realice en condiciones de seguridad y esa obligación debe ser examinada desde un punto de vista dinámico o activo, porque se hace preciso comprobar que en el desarrollo de los trabajos dichas medidas, efectiva y materialmente se cumplen. Y especialmente en un ámbito de actividad como el laboral en el que conforme nos enseña la doctrina y Jurisprudencia rige entre los trabajadores y responsables de las obras y de la Dirección Técnica, el principio de desconfianza en el trabajador y de imprudencia profesional, porque la misma es inherente y habitual a los trabajadores, pues se ha aceptado comúnmente que la habitualidad y constante práctica del trabajo crea 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 estar acostumbrado al riesgo, incumplirán las medidas de seguridad. Esa desconfianza que rige la actividad se extiende también a la afirmación

del trabajador que al ser contratado dice poseer experiencia en el sector o ramo de que se trate y aceptación del riesgo que comporta la tarea o puesto de trabajo asignado, pues el consentimiento así prestado, al estar sustentado en la necesidad de obtener un puesto de trabajo, se presenta muchas veces viciado y no excusa del deber de vigilancia que incumbe a los responsables de la empresa.

13. APLICACIÓN DE LA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS.

LA SALA APRECIA LA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS COMO MUY CUALIFICADA.
SAP MÁLAGA (1ª) Nº 637/2013, DE 11 DE NOVIEMBRE, PTE: SANTOS GARCÍA-LEÓN, AURORA.

…la Sala sin embargo considera, de acuerdo con lo mantenido por los apelantes, que la atenuante de dilaciones indebidas ha de ser aplicada como muy cualificada, y tener una mayor incidencia en la individualización de la pena realizada por el juzgador, pues realmente ha sido totalmente desproporcionado el tiempo transcurrido desde la iniciación del procedimiento, mayo de 2003 hasta la celebración del juicio oral, que han transcurrido casi 10 años y si tenemos en cuenta el momento actual, habrían transcurrido más de diez años, plazo que aún teniendo en cuenta la complejidad y el número de acusados en la causa, es realmente injustificado, no siendo procedente hacer recaer el peso de la carga que soportan los juzgados en general, y los de Instrucción y Penal de esta Audiencia en los ciudadanos que han tenido que esperar este dilatado espacio de tiempo, para ver resuelto finalmente su enjuiciamiento, debiendo en consecuencia procederse a la rebaja de la pena impuesta, individualizando como ha hecho el juzgador los distintos papeles desempeñados por cada uno de los acusados, considerando que los empleados o responsables de la entidad P…, empresa para la que trabajaba directamente el fallecido, deben tener un mayor reproche punitivo que los acusados pertenecientes a la entidad G…, imponiéndoseles a éstos últimos la pena de 9 meses de prisión por el delito de homicidio imprudente y de 4 meses de prisión y multa de 4 meses por el delito contra el derecho de los trabajadores, y a los acusados…las penas de un año de prisión por el delito de homicidio imprudente y 7 meses de prisión y multa de 7 meses, por el delito contra el derecho de los trabajadores, ratificándose el resto de las penas accesorias impuestas, así como el importe de la cuota de multa señalada por el Juzgador.

SE APRECIA LA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS PORQUE LA CAUSA ESTUVO PARALIZADA DURANTE UN AÑO.
EDJ 2013/225165
SAP SEGOVIA (1ª) Nº 83/2013, DE 22 DE OCTUBRE. REC: 83/2013. PTE: HERRERO PINILLA, Mª FELISA.

También ha de estimarse el recurso en cuanto a la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas esgrimida por el apelante.
Interpretando la acertada doctrina jurisprudencial a que se hace referencia en la sentencia de la instancia, y conforme hemos relatado en los hechos probados de la presente resolución, nos encontramos con que el procedimiento estuvo paralizado un

año de forma injustificada y por causa exclusivamente imputable al Juzgado. Desde que el Juzgado de lo Penal recibió la causa (marzo de 2012), hasta que acordó señalar el juicio oral (febrero de 2013) para cuatro meses después (mayo 2013), no hubo trámite ni actuación judicial de algún tipo que explicase tal retraso.
Es por ello que debe aplicarse la circunstancia 6ª del art. 21 CP EDL 1995/16398 , con los efectos penológicos regulados en el art. 66.1 CP. EDL 1995/16398
La pena por el delito del art. 316 CP EDL 1995/16398 se reduce a 6 meses de prisión y 6 meses de multa, en la cuota y condiciones fijadas en la instancia.
La pena por la falta de lesiones del art. 621.1 CP EDL 1995/16398 será de un mes multa con igual cuota y condiciones que las anteriormente referidas.

DESESTIMA LA AP LAS ALEGACIONES RESPECTO A LA EXISTENCIA DE DILACIONES INDEBIDAS, YA QUE NO EXISTEN RETRASOS QUE JUSTIFIQUE SUN APRECIACIÓN.
EDJ 2013/201697
SAP VALLADOLID (4ª) Nº 390/2013, DE 17 DE OCTUBRE. REC: 804/2013. PTE: MARTÍNEZ GARCÍA, ÁNGEL SANTIAGO

Se discute en el recurso la gravedad de la pena impuesta en la sentencia recurrida, vinculándola con la alegación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del Código Penal.
La realidad es que se trata de un asunto complejo, en el que si bien el accidente se produjo el día 19 de marzo de 2007, la emisión de la sanidad de Sergio se prolongó en el tiempo, constando dos informes del médico forense (folios 219y 348), el último de fecha 22 de marzo de 2010, por lo que ya solo por esto, la causa necesariamente habría de dilatarse. Ciertamente después se produjeron algunas incidencias que retrasaron el señalamiento del Juicio oral, incluida la interposición de un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial por la defensa de Eloy, llevándose su tiempo el dar traslado a todas las partes para que calificaran. No se aprecia que haya habido un abandono de la actividad por parte del Instructor, ni un retraso en el señalamiento por parte del Juzgado de lo Penal que sea apreciable a efectos de justificar el acogimiento de la citada circunstancia atenuante.

DILACIONES INDEBIDAS NO APLICABLES AL ENJUCIARSE EL HECHO EN UN PLAZO SUPERIOR A TRES AÑOS, TENIENDO EN CUENTA LAS PERICIALES Y EL TIEMPO DE SANIDAD DEL LESIONADO
EDJ 2013/9717. Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 2ª, S 23-1-2013, nº 15/2013, rec. 1037/2012. Pte: Cimadevila Cea, Rosario.

"3.- No aplicación de la atenuante analógica de dilaciones indebidas.
Considera el recurrente que debió aplicarse la atenuante de dilaciones indebidas al amparo del artículo 21.6 del CP EDL 1995/16398 porque el accidente tuvo lugar el 28-10-2008 y la vista no se celebró hasta el pasado 2-07-2012; es decir transcurridos tres años y ocho meses, tiempo que considera excesivo en atención a que no se trataría de un proceso de extrema complejidad en su instrucción y resolución.
No se considera la aplicación de la atenuante por falta de concurrencia de las circunstancias que la justifiquen.

Únicamente se apela por la recurrente al criterio de un plazo, a su juicio desproporcionado, para la resolución de la causa sin que concrete periodo alguno de inactividad procesal injustificada en el curso del procedimiento.
Pues bien, el plazo referido no se considera excesivo atendido el volumen de las actuaciones, que no se trata, de una causa de instrucción sencilla a la vista de los dictámenes periciales emitidos, además del tiempo empleado en la sanidad del lesionado."

DILACIONES INDEBIDAS APRECIABLE COMO ATENUANTE GENÉRICA. MÁS DE CUATRO AÑOS DE INSTRUCCIÓN Y DURANTE LA MISMA, ACREDITADOS DOS PERÍODOS DE MÁS DE CINCO MESES DE INACTIVIDAD PROCESAL, SIN QUE SE APRECIE UNA EXCESIVA COMPLEJIDAD DE LA CAUSA SON SUFICIENTES PARA APRECIAR LAS DILACIONES INDEBIDAS
SAP Vizcaya (1ª) 04 abril de 2013. Rollo apelación 263/2012, dimanante de PA 274/2011, del J. de lo Penal nº 6 de Bilbao.

"a partir de lo expuesto, valorando que el hecho lesivo que dio lugar a la iniciación del procedimiento tuvo lugar el 29 de mayo de 2007, que la sentencia de primera instancia es de fecha 14 de mayo de 2012, que en la fase de instrucción se advierte la existencia de dos períodos de paralización absoluta del procedimiento (el primero, entre el 26 de junio de 2009 y el 13 de noviembre del mismo año, en el que se requiere a la representación de los imputados que aporten cierta documental, a los folios 132 a 440; el segundo, entre el uno de julio de 2010 y el 10 de enero de 2011, en el que se acuerda el traslado al Ministerio Fiscal, a los folios 542 a 544, en total un período de aproximadamente 10 meses) a lo que se une que se observa en esta fase, una considerable dependencia de las diversas diligencias solicitadas por el Ministerio Fiscal, fácilmente deducibles y susceptibles de ser acordadas de oficio y que, en definitiva, no se aprecian circunstancias de acusada complejidad en la tramitación de la causa, en la cual hay dos imputados por un delito contra los derechos de los trabajadores y un posible delito de lesiones por imprudencia grave, que justifiquen un periodo de instrucción hasta el auto de incoación de procedimiento abreviado, de fecha 4 de febrero de 2011, de casi cuatro años, por lo cual, a pesar de que no se ha especificado por el recurrente períodos específicos de paralización, requisito no exigido por el artículo 21.6 del código, consideramos que es suficiente la alegación genérica relativa al periodo de cinco años de la tramitación total de la causa, para, en conjunto con el resto de antecedentes, apreciar la atenuante con el carácter genérico."

14. APLICACIÓN DE LA ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO.

RECHAZA LA APLICACIÓN DE REPARACIÓN DEL DAÑO, AL HABER SIDO LA COMPAÑÍA DE SEGUROS QUIEN HA PROCEDIDO A SATISFACER LA INDEMNIZACIÓN.
EDJ 2013/225165
SAP SEGOVIA (1ª) Nº 83/2013, DE 22 DE OCTUBRE. REC: 83/2013. PTE: HERRERO PINILLA, Mª FELISA.

Menos suerte ha de correr la pretensión del recurrente de que el tribunal aprecie también la atenuante que contempla el art. 21.5ª CP EDL 1995/16398 , por cuanto no ha sido él como autor o culpable del ilícito, sino la compañía de seguros la que ha procedido a indemnizar al perjudicado.

15. APLICACIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN PROFESIONAL PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN, OFICIO O CARGO COMO PENA ACCESORIA.

INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE PROFESIÓN U OFICIO, COMO ACCESORIA, AL EXISTIR UNA RELACIÓN DIRECTA ENTRE EL EJERCICIO DE UN DETERMINADO EMPLEO Y EL DELITO DEL ART. 316 CP

SAP Vizcaya (1ª) 04 abril de 2013. Rollo apelación 263/2012, dimanante de PA 274/2011, del J. de lo Penal nº 6 de Bilbao.

"En contra de lo alegado por I.S. con respecto a la improcedencia de la imposición de la pena de inhabilitación especial para su oficio o cargo, la sala considera que de conformidad con lo dispuesto en el art. 56.1.3º del código, existe una relación directa entre el ejercicio de un determinado empleo o función con el delito cometido que está vinculado, como indica acertadamente el Ministerio Fiscal, con una determinada profesión u oficio ya que sólo responden de los mismos los legalmente obligados, que son precisamente los que han incumplido obligaciones profesionales específicas establecidas en el ámbito de las normas de seguridad e higiene en el trabajo".

LA PENA ACCESORIA DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN U OFICIO NO RESULTA PROCEDENTE AL NO MOTIVARSE SUFICIENTEMENTE LA RELACIÓN DE DICHA PROFESIÓN CON EL DELITO DE RIESGO DEL ART. 316 CP

SAP Vizcaya (1ª) 19 de abril de 2013. Rollo abreviado nº 299/2012-1ª. Dimanante de PA 240/2012, del J. de lo Penal nº 1 de Bilbao.

"Únicamente se va a estimar el recuro en lo relativo a las penas accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio de los puestos respectivos de director y jefe de producción de empresas, ya que se infringe en la sentencia lo dispuesto en el art. 56 del Código Penal, (que exige que estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación), vinculación que para el Ministerio Fiscal es evidente, dada la naturaleza de la relación de ambos acusados con los hechos, de carácter profesional, ya que sus obligaciones de actuar les vienen dadas, precisamente por su calidad de responsables en la empresa; ya que en la sentencia no se advierte en el fundamento jurídico tercero, relativo a las penas impuestas, una determinación expresa de esa relación directa con el delito cometido, y si bien a lo largo de los fundamentos jurídicos anteriores se alude expresamente a que el Sr. V. estaba en condiciones de proveer los adecuados medios y también las condiciones de seguridad laboral de conocer la situación de las máquinas de centro de trabajo y actuar en consecuencia, lo que no efectuó hasta el día del siniestro que dio origen a esta causa, la sala considera que no se cumplen las exigencias de motivación expresa sobre este punto en los términos previstos por el precepto antecitado y la jurisprudencia".

16. DISTINTAS CUESTIONES PROCESALES TRATADAS POR LAS AUDIENCIAS.

16.1. Alcance de la apertura del auto de juicio oral.

RATIFICA LA CONDENA DEL JUZGADO DE LO PENAL POR DELITO DE HOMICIDIO IMPRUDENTE EN UN SUPUESTO EN QUE EL AUTO DE APERTURA DEL JUICIO ORAL SÓLO MENCIONA EL ART. 316. CP AL CONSIDERAR QUE EL DELITO VENÍA RECOGIDO EN EL ESCRITO DE ACUSACIÓN Y EL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NO ACORDÓ EL SOBRESEIMIENTO DE NINGUNO DE LOS HECHOS Y DELITOS CONTENIDOS EN EL MISMO
EDJ 2013/223688 SAP Cantabria de 2 septiembre 2013. Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 1ª, S 2-9-2013, nº 334/2013, rec. 450/2013. Pte: Sagüillo Tejerina, Ernesto.

"TERCERO.- El recurso señala que no sería posible la condena por delito de homicidio imprudente puesto que únicamente se citaba en el auto de apertura de juicio oral el delito contra los derechos de los trabajadores y lo mismo sucedía en el auto de la Audiencia Provincial en que se ratificaba el dictado por el Juzgado de Instrucción para seguir las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado. Como señala la STS 1532/2000, de 9 de octubre, la falta de inclusión expresa de un delito en el auto de transformación no impide que pueda ser objeto de acusación, siempre que el hecho correspondiente hubiera formado parte de la imputación formulada en su momento, de modo que el afectado por ella hubiese podido alegar al respecto y solicitar la práctica de las diligencias que pudieran interesarle. La calificación jurídica se fija exclusivamente en los escritos acusatorios, no en la imputación judicial inicial, y ni siquiera necesariamente en el Auto de transformación del procedimiento a que se refiere el num. 4 del art. 779.1 de la LECriminal EDL 1882/1, pues la motivación que sustenta este auto debe ceñirse a la valoración jurídica de los hechos a efectos del procedimiento a seguir, sin que sea legalmente posible siquiera establecer una calificación concreta de los hechos, que prejuzgaría la acusación a efectuar por las partes acusadoras a quienes les está reservada esa función (STS 24 de octubre de 2000) (STS 25/3/2011).
El auto del artículo 779.1.4º de la LECriminal EDL 1882/1, el que determina la continuación de las Diligencias Previas por los trámites del procedimiento abreviado, del tenor de dicho precepto y de la interpretación jurisprudencial del mismo se concluye que el contenido del mismo debe concretar los hechos indiciariamente delictivos, es decir, aquellos que determinan la continuación de la tramitación de la causa pero sin afectar a la calificación jurídica de los mismos puesto esta es una cuestión propia del enjuiciamiento. En similares términos debe resolverse en relación con el contenido del auto de apertura del juicio oral; en este, lo que se hace es reflejar el contenido de aquellos hechos e imputaciones por los que se va a proceder a celebrar el juicio y deben ser coherentes con lo pedido por las acusaciones y ello sin perjuicio de que el Juzgado de Instrucción decida sobreseer todos o parte de los hechos por los que se pretenda formular acusación; pero una vez esto no sucede -y en el presente caso, el Juzgado de Instrucción no decretó el archivo total o parcial de las actuaciones tras la solicitud de apertura del juicio oral-, no puede sino entenderse que el juicio se abre por todos los hechos e imputaciones contenidos en los escritos de acusación de las partes acusadoras

y respecto de los cuales la calificación jurídica definitiva, como ya se ha dicho, corresponde al momento del enjuiciamiento."

16.2. Citación a juicio del responsable civil.

NO PUEDE CONDENARSE A LA EMPRESA COMO RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIA SI NO HA SIDO CITADA AL JUICIO ORAL.
SAP CANTABRIA (1ª) Nº 334/2013, DE DOS DE SEPTIEMBRE. PTE: SAGUILLO TEJERINA, ERNESTO.

Entrando en los diversos motivos del recurso, debe comenzarse por aquellos que impedirían entrar en el examen de la cuestión de fondo bien por suponer la nulidad de las actuaciones bien por requerir la previa práctica de prueba. Empezando por la impugnación de la condena a "Hergulán, S.L." pese a no ser citada a juicio, la condena se produce en concepto de responsable civil subsidiaria. La declaración de responsabilidad civil deriva de la necesaria existencia de una solicitud de parte, en el caso del proceso penal, de alguna de las acusaciones, que pida que se produzca tal condena. Es decir, no cabe una condena de oficio al pago de una responsabilidad civil sino que la misma debe venir solicitada por alguna de las acusaciones.
La contrapartida necesaria de tal solicitud, solicitud obrante en el presente caso en los escritos de acusación, es la posibilidad de que el responsable civil comparezca en juicio y pueda alegar cuanto a su derecho convenga a los efectos de defenderse de la petición formulada contra el mismo y ello como requisito primero y básico del ejercicio del derecho de defensa de los intereses propios que tiene cualquier que sea o deba ser parte de un procedimiento.
En el presente caso, consta que no se ha producido tal citación a juicio del responsable civil. Pero ello debe enlazarse con la posición defendida en juicio -una vez la defensa planteó tal cuestión al inicio del juicio oral- por las acusaciones y por la juzgadora de instancia según la cual no era precisa la intervención en el juicio de la responsable civil. Efectivamente ello es cierto entendido en el sentido de que la ausencia del responsable civil debidamente citado no es causa de suspensión del juicio pero también lo es que ello exige que el responsable civil esté "citado en debida forma", según la expresión literal del artículo 786.1.Tercer párrafo de la LECriminal.
Ahora bien, la cuestión es qué sucede si, como ha ocurrido en el presente caso, la responsable civil no sólo no es citada sino que las partes acusadoras y la juez sostienen la innecesariedad de su citación. La consecuencia -en aras de evitar la indefensión y en coherencia que la postura de las acusaciones- no puede ser otra que considerar que no es posible la condena de dicha sociedad como responsable civil subsidiaria ya que ello habría exigido permitir su presencia en juicio y, de esa forma, concederle la oportunidad de defender sus intereses y ello es especialmente visible en el presente caso cuando, al haberse limitado la responsabilidad civil exigible a la entidad aseguradora, la responsable civil podría tener que hacer frente a una serie de indemnizaciones por encima del límite reconocido a la aseguradora y ello pese a no haber tenido oportunidad de defenderse de las acciones civiles ejercitadas en su contra en el acto del juicio.
A lo expuesto no es óbice que la responsable civil pudiese tener intervención durante distintos momentos de la fase de instrucción o que el abogado y procurador intervinientes en defensa de la aseguradora pudiesen en algún momento personarse también por tal responsable civil puesto que lo cierto es que en el juicio no sólo no se produjo la citación de la responsable civil ni se inquirió -bien a los acusados bien a la

aseguradora- para que pudiesen actuar en nombre y defensa de tal entidad o para tenerles por personados o por citados en nombre de aquella sino que, al sostenerse directamente la innecesariedad de su presencia en juicio, se vino a admitir que la misma no estaba presente ni representada en el acto del juicio por lo que, como se acaba de exponer, no era posible su condena. En este sentido, debe prosperar el motivo del recurso.

16.3. Costas.

ABSUELVE LA SALA A LOS CONDENADOS DEL ABONO DE LAS COSTAS RELATIVAS AL DELITO DE LESIONES, CONDENÁNDOLES ÚNICAMENTE AL ABONO DE LAS CORRESPONDIENTES A UN JUICIO DE FALTAS.
SAP PALENCIA (1ª) Nº 41/2013, DE 13 DE MAYO, PTE. MEDERUELO GARCÍA, JOSÉ ALBERTO

Sobre la condena en costas. Se plantea a la Sala que habiendo sido absueltos del delito de lesiones del artículo 152.1.2ª del CP, por el que se siguió la causa y del que fueron acusados tanto por el Fiscal como por la Acusación Particular tras adherirse a la calificación del Ministerio Público, finalmente se les condenó por una falta de imprudencia leve del apartado 3º del art. 621 del CP, lo que debió tenerse en cuenta por el juzgador a quo, quien debería de haber declarado de oficio las costas correspondientes al delito de lesiones y en todo caso de mantener la condena por la falta de lesiones ceñir la condena a las correspondientes a un juicio de faltas de las que "quedarían excluidas las de la acusación particular al o ser preceptiva la intervención de Abogado y Procurador", tal y como viene declarando la constante doctrina jurisprudencial en esta materia.
Este particular del recurso debe ser estimado por lo que se dirá a continuación. Concebida la condena en costas como resarcimiento de gastos procesales y no como sanción (STS 634/2002, de 15 de abril), el tenor literal de los artículos 109 CP 1973 y 123 CP vigente, sólo se deriva el carácter preceptivo de la imposición de costas a los responsables de delito o falta es decir que el criterio regulador en concreto de tal responsabilidad queda abierto y obviamente a la determinación en función de las particularidades del caso siendo que el estándar interpretativo consagrado por conocida y reiterada jurisprudencia establece que el reparto de las costas debe establecerse, en primer lugar, mediante una distribución conforme al número de delitos enjuiciados, para dividir luego la parte correspondiente entre distintos condenados y declarando de oficio la porción de costas relativa a los delitos o acusados que resultaren absueltos (STS 2250/2001, de 13 de marzo), y en todo caso, ha de estarse a las acusaciones mantenidas en conclusiones definitivas (STS 1525/2002, de 26 de septiembre). Descendiendo la anterior doctrina al caso que examinamos, puesto que tal absolución no se debió a que en conclusiones definitivas el Ministerio Fiscal o la Acusación Particular retirasen la acusación por el delito de lesiones, sino por apreciar el juzgador menor grado de culpa en los acusados, la sentencia debió recoger un pronunciamiento absolutorio respecto del delito de lesiones imprudentes del artículo 152.1.2º en relación con el Art. 149.1 ambos del CP con su reflejo en materia de costas que debieron declararse de oficio las correspondientes al delito y responder únicamente por la falta de lesiones por la que fueron condenados, incluidas las de la acusación particular, pues su comparecencia en la causa con abogado y procurador fue necesaria al mantener el Ministerio Fiscal su acusación por delito, eso si limitadas a las que se hubieren causado en un juicio de faltas, criterio que es avalado y así lo declara la STS 385/2000, de 14 de marzo, al

establecer que cuando hay alguna condena y además absoluciones por delitos o respecto de varias personas a las que se acusó, el precepto del artículo 123 del CP vigente, lo mismo que su equivalente artículo 109 del CP de 1973, obliga a entender que la preceptiva condena en costas que tales normas disponen, ha de referirse sólo a la parte a la que alcanzó la condena a fin de poder declarar de oficio aquella otra parte correspondiente a las absoluciones pronunciadas. Sólo así se podrán tener cumplimiento al mismo tiempo lo dispuesto en tales artículos de la ley penal sustantiva y además lo mandado por el artículo 240.1º.2 LECr., que impide imponer el pago de las costas a los acusados que fueron absueltos.

NO PROCEDE LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS A LA ACUSACIÓN PARTICULAR EN UN SUPUESTO EN QUE SUS POSICIONES FUERON SIMILARES A LAS MANTENIDAS POR EL MINISTERIO FISCAL, SIN QUE PUEDA DEDUCIRSE LA EXISTENCIA DE MALA FE O TEMERIDAD
SAP Cuenca (1ª) 58/2013, de 14 de mayo. Apelación penal 84/2012, juicio oral 94/2010, dimanante de PA 56/2007, del J. de I. nº 1 de Cuenca.

"1. La Sala 2ª del Tribunal Supremo ha señalado en Sentencia de 30.05.2007, recurso 1761/2006, que "…En realidad, a falta de una definición legal y jurisprudencial de lo que debe entenderse por actuación temeraria o de mala fe en el proceso, que en la práctica son conceptos equivalentes, habrá de estarse a lo que resulte en cada caso concreto de la propia consistencia o sustento de la pretensión formulada por la acusación, su incidencia perturbadora o no o lo largo de aquél y, sustancialmente, su confrontación con las tesis mantenidas por el Ministerio Fiscal, criterio este último que funcionalmente tiende a sobreponerse como definitivo. …".
2. Pues bien, si el criterio que funcionalmente viene a imponerse como definitivo es el de la confrontación o no con las tesis mantenidas por el Ministerio Público, (como acaba de decirse), y si resulta que la tesis mantenida por la acusación particular fue idéntica a la sostenida por el Ministerio Público, (como se comprueba en las actuaciones y en la grabación del juicio); es evidente que no puede decirse que la acusación particular haya actuado con temeridad o mala fe; máxime teniendo en cuenta que en el caso que nos ocupa la correspondiente documentación se presentó en el mismo momento del inicio del juicio, lo que, evidentemente, dificultó un análisis minucioso de la misma y de su exacto alcance.
En consecuencia, se estimará tanto el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Don J.S. como la adhesión al mismo planteada por el Ministerio Fiscal; lo que comportará la revocación de la Sentencia de instancia sobre el particular y la consiguiente declaración de oficio de las costas causadas a Mutua General de Seguros".

16.4. Falta de notificación del auto de procedimiento abreviado.

NO HAY INDEFENSIÓN MATERIAL CUANDO LA REPRESENTACION DEL ACUSADO NO DENUNCIA LA FALTA DE NOTIFICACIÓN DEL AUTO DE INCOACIÓN DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN EL MOMENTO EN QUE TIENE CONOCIMIENTO DE LA FALTA Y PONE DE MANIFIESTO LAS DILIGENCIAS IMPRESCINDIBLES QUE HUBIERA PEDIDO DE HABER SIDO NOTIFICADO A TENOR DEL ART. 780 DE LA LECRIM.

EDJ 2013/111707 SAP Pontevedra de 31 mayo 2013. Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 2ª, S 31-5-2013, nº 153/2013, rec. 360/2013. Pte: Cimadevila Cea, Rosario.

"A2.-En cuanto a la falta de notificación de resoluciones judiciales que el recurrente concreta al auto de sobreseimiento provisional (folio 893) y al auto mandando continuar por los trámites del procedimiento abreviado (folio 932), tampoco se aprecia indefensión que determine la nulidad de actuaciones.

Como dijimos, el imputado desde el mismo momento de su declaración como tal, es parte material en las actuaciones, por tanto, deben serle notificadas aquellas resoluciones que deciden sobre el curso del proceso como el auto de 12-11-2008 que acordaba el sobreseimiento provisional de las actuaciones, decisión luego revocada, y el de fecha 20-02-2009 (f 932 y ss) por el que se manda continuar por los trámites del procedimiento abreviado; autos que sin embargo no constan notificados al recurrente. Ahora bien, tampoco expresa éste si pretendía presentar recurso contra ellos, y menos aún el fundamento de la impugnación de la que se le hubiera privado, teniendo en cuenta que el auto de 20-02-2009 mandando continuar por los trámites del procedimiento abreviado, fue recurrido por el coimputado Secundino y confirmado por la Audiencia Provincial.

Por otra parte, cuando se le dio traslado de la calificación de las acusaciones y del auto de apertura de juicio oral, (en fecha 27-02-2012 folio 1376)se personó en la causa con el Procurador Sr. Barral Vila y un Letrado diferente, el Letrado Sr. Estévez Vila, (el 1-03-2012 folio 1377) habiendo podido tomar desde entonces conocimiento de las actuaciones, sin que pese a ello ejercitara pretensión alguna en relación con estas incidencias procesales, dirigida a ejercitar su defensa, limitándose a invocar la nulidad al evacuar el escrito de defensa un mes más tarde, el 3- 04-2012.

La falta de notificación que constituye infracción procesal no conlleva en todo caso la nulidad de actuaciones, pues como venimos diciendo ha de acreditarse la indefensión material y también que quien la proclama no hubiera tenido oportunidad anterior a esa alegación, para denunciar la falta y poder reparar la lesión.

La STS, Penal sección 1 del 28 de octubre del 2009 (ROJ: STS 6860/2009) Recurso: 402/2009 en relación con la falta de notificación del auto incoando procedimiento abreviado, recoge lo siguiente: ("....Formaliza un primer motivo en el que denuncia la vulneración de su derecho fundamental al proceso debido, solicitando la nulidad de actuaciones, porque no se notificó a la recurrente la incoación del procedimiento abreviado, produciéndose indefensión pues el mencionado Auto de transformación de las diligencias previas en las del procedimiento abreviado es susceptible de recurso del que ha sido privado al no habérsele notificado personalmente.

La cuestión fue objeto de planteamiento al inicio del juicio oral y desestimada la pretensión por la sentencia recurrida con una argumentación que debe ser reproducida con su corrección. En la sentencia impugnada se admite la irregularidad derivada de la falta de notificación del Auto de incoación del procedimiento abreviado, pero esa irregularidad pudo ser subsanada en los actos procesales posteriores, la apertura del juicio oral o la calificación de la defensa, sin que en esos actos procesales, debidamente notificados, se hiciera objeción alguna o se planteara la cuestión expuesta. Consta en el procedimiento que la hoy recurrente conoció la existencia de la causa y fue tenida como imputado en la causa, prestando declaración asistida de Letrado. Al tiempo de la apertura del juicio oral la defensa de la imputada calificó los hechos sin expresar queja alguna por la omisión de la notificación ni, lo que es más relevante, solicitar diligencia alguna dirigida a preparar la defensa con alguna actuación propia de la investigación. En

este sentido, los medios de defensa propuestos fueron los que obraban en las diligencias previas.
De acuerdo a nuestra jurisprudencia, por todas STS 236/2004, de 26 de febrero, la indefensión se produce si se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos "(SS.TC. 145/1990, 106/1993 / 2815 y 366/1993, entre varias), pues "para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, es necesario que con la infracción formal se produzca un efecto material de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa" (SS.TC., también entre otras, 149/1987, 155/1988 y 290/1993); y la misma doctrina ha sido reiteradamente recordada por la jurisprudencia de esta Sala, entre otras muchas, en las SS.TS. 1913/1994, de 3 de noviembre, y 276/1996, de 2 de abril.
La irregularidad producida, por incumplimiento de lo preceptuado en el art. 780, último párrafo, no conlleva, sin más, la nulidad del proceso, en la medida en que la misma, de acuerdo a la jurisprudencia expuesta, requiere efectiva indefensión y esa no se ha producido cuando la recurrente tuvo conocimiento de la causa con anterioridad al juicio oral y nada opuso ni alegó para remediar el defecto procedimental que ahora denuncia.")
En este sentido como se dice en la sentencia apelada, el recurrente ya emplazado y por tanto con conocimiento de lo actuado, no alegó la falta de notificación de dichos autos interesando la misma con fundamento a la práctica de alguna diligencia de investigación a su instancia dirigida a contrarrestar los indicios de criminalidad, ni promovió recurso en cuanto tuvo conocimiento de los autos referidos.
En fin, como antes dijimos, se desconoce porque el recurrente no lo precisa en modo alguno, qué indefensión le ha ocasionado la no intervención en la práctica de las diligencias de investigación y la falta de notificación de los autos referidos, cuestión esencial para justificar la nulidad por este motivo. Más aún, sus alegaciones y la "designación" de hasta tres letrados diferentes, - con muy escasa o casi nula actuación procesal, salvo el último de ellos- corroboran la conclusión anteriormente alcanzada, de que el Sr. Isidoro adoptó una voluntaria posición de desinterés procesal, siendo achacable a esta conducta la inactividad de su defensa.”

16.5. Indefensión.

DESESTIMA LA AP LAS ALEGACIONES DE LA DEFENSA RELATIVAS A LA INDEFENSIÓN, YA QUE LA PÓLIZA DE SEGUIR PUDO SER APORTADA POR EL RECURRENTE DURANTE LA INSTRUCCÓN.
SAP CÁDIZ (ALGECIRAS) Nº 453/2013, DE 19 DE DICIEMBRE. PTE: HERNÁNDEZ OLIVEROS, JUAN CARLOS.

E igualmente entendemos que no cabe alegar indefensión o vulneración de derechos fundamentales porque no le fuera requerida al imputado la aportación de la hipotética póliza de seguros durante la instrucción, sino que, muy al contrario, bien pudo el propio Sr…aportar la póliza mucho antes del acto del juicio, sobre todo puesto que estaba personado mediante Letrado y Procuradora desde el 6 de junio de 2008 –folio 81-, con lo que la parte o partes acusadoras habrían valorado la posibilidad de pedir la responsabilidad civil subsidiaria o directa , de ASEPYO, y, en este último caso, se la habría llamado.

LA AUDIENCIA PROVINCIAL ESTIMA QUE NO SE PRODUCE INDEFENSIÓN EN UN SUPUESTO EN EL QUE AUNQUE A LA DEFENSA DEL CONDENADO NO SE LE ADMITIÓ LAS DECLARACIONES DE TESTIGOS QUE HABÍA PEDIDO DURANTE LA INSTRUCCIÓN DE LA CAUSA, NO RECURRIÓ LA PROVIDENCIA EN LA QUE SE LE DENEGABA DICHA PRUEBA Y ADEMÁS DESPUÉS DICHA TESTIFICAL FUE ADMITIDA Y PRACTICA EN EL JUICIO

SAP Almería (1ª) 326/2013, de 21 de octubre. Rollo apelación 351/2013, dimanante del Procedimiento Abreviado 354/2011, del J. de lo penal nº 5 de Almería.

Presupuesto lo anterior y examinadas las actuaciones, resulta que el auto de procedimiento abreviado de 7/10/2008 (folio 228) –una de cuyas finalidades es precisamente dar traslado a las partes para la posible práctica de diligencias complementarias-, se notifica al hoy recurrente el 27/11/2008, sin que formule recurso alguno; la denegación de las diligencias interesadas por la parte en sendos escritos de 31/10/2008 y de 26/02/2009 se efectúa por providencia de 22/04/2009 (folio 246) frente a la que la parte no formula el correspondiente recurso, deviniendo firme, por lo que luego no se admite a trámite la nulidad de actuaciones en una providencia que tras el recurso de reforma y apelación, devino firme; como ya exponía el propio auto de la Audiencia que desestimó el recurso frente a la inadmisión a trámite del incidente planteado por la parte, la función judicial instructora es la de llevar a cabo la práctica de las diligencias de investigación necesarias, con las garantías constitucionales correspondientes, que acrediten o puedan acreditar la existencia de indicios suficientes de la comisión de un hecho penal y autoría del mismo para la prosecución del correspondiente procedimiento penal, sin que sea obligatoria practicar todas aquellas diligencias que las partes soliciten, sino solamente las que el instructor estime conveniente (STC 351/1993).

Al margen de que el señalamiento de las declaraciones testificales de los trabajadores constan notificadas al procurador de la defensa con fecha 24/07/2007 (folio188 vuelto) tras reiterados requerimientos al imputado (cuatro) para que facilitase sus datos al objeto de ser oídos en declaración como testigos (folios 197, 180, 181, 183), respecto de la denegación de diligencias en fase instructora, no solo no se constata infracción procesal alguna, pues la parte no acudió a los recursos previstos en la ley frente a la denegación, ni frente al propio auto de procedimiento abreviado si entendía que las practicadas no eran suficientes a esos efectos, sino que lo verdaderamente relevante, es que no existe atisbo de indefensión alguna, cuando todas esas diligencias meramente "instructoras" denegadas por el juzgado y si recurso alguno, se han practicado como auténticas pruebas en el acto de plenario bajo las estrictas garantías de defensa, contradicción e inmediación judicial, como valora la sentencia de instancia, ya que todas ellas (documental y testificales) fueron admitidas por el auto de 09/01/2013 y practicadas en el juicio tal y como se comprueba en el soporte videográfico. Por lo tanto, se desestima la nulidad interesada, confirmando el pronunciamiento de instancia.

16.6. Irrecurribilidad de las sentencias absolutorias: doctrina general.

DOCTRINA GENERAL SOBRE LA IRRECURRIBILIDAD DE LAS SENTENCIAS ABSOLUTORIAS DICTADAS EN PRIMERA INSTANCIA.

EDJ 2013/56581
SAP VALENCIA (2ª) Nº /2013, DE 23 DE ENERO. REC: 315/2012. PTE: TOMÁS TÍO, JOSÉ MARÍA

El esfuerzo argumentativo que el Ministerio Público realiza, no llega a producir el efecto pretendido, en base a la doctrina resumida por esta Sala y contenida en resoluciones anteriores respecto de supuestos como el presente, pues lo que pretende es una nueva valoración de la prueba sobre todo la de carácter personal, incluida la pericial, que refiere la compatibilidad de los testimonios con la realidad soportada, y que estructuramos del siguiente modo:

_
A).- Pudiera considerarse que la pretensión de la celebración de vista en esta alzada responde al compromiso asumido por España sin reserva alguna al suscribir el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en cuyo artículo 14 se recoge el derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un Tribunal superior conforme a la ley; también derivado del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1984, aunque no haya sido ratificado por España. La condena dirigida a nuestro país en los Dictámenes emitidos por el Comité de Derechos Humanos de la ONU de 20 de julio de 2000 y 7 de agosto de 2003, cuya fuerza vinculante fue reconocida por el Tribunal Supremo en 13 de septiembre de 2000, constituida la Sala Penal en Sala General; el modelo constitucional de Estado Autonómico y el respeto a los Estatutos de Autonomía, que establecen por regla general el agotamiento de las instancias y grados jurisdiccionales en los Tribunales Superiores de Justicia de la propia Comunidad Autónoma, excepto la casación y revisión, tal como se descubre de lo dispuesto en el artículo 152.1 de la Constitución EDL 1978/3879 ; así lo sugieren.

_
B).- Cabe, por tanto, destacar que el derecho a la doble instancia admite diversos significados según se configure su objeto procesal, bien como una nueva primera instancia con plenitud de facultades para la revisión completa de lo acontecido en ella, bien como una revisión o control de lo decidido y resuelto en la primera instancia con las limitaciones que otros principios esenciales del ordenamiento le imponen. La jurisprudencia constitucional, siguiendo el criterio tradicional de nuestro Tribunal Supremo del respeto a los principios de contradicción e inmediación, ha venido a establecer la imposibilidad de revisar la práctica de pruebas personales, modificando la valoración que de las mismas efectúe el órgano que las presencia en contradicción. El último párrafo del fundamento jurídico primero de la sentencia del Tribunal Constitucional en Pleno 167/2002 EDJ 2002/35653 establece que el aspecto nuclear de esa doctrina no es otro que el Tribunal de apelación no pueda revisar la valoración de las pruebas practicadas en primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción. Dicha doctrina se reitera en las sentencias posteriores del mismo Tribunal 170 EDJ 2002/44856 , 197 EDJ 2002/44866 , 198 EDJ 2002/44865 , 200 EDJ 2002/44863 , 212 EDJ 2002/50338 ó 230 de 2002 EDJ 2002/55509 .

_
C).- Sin embargo, en la referida fundamentación jurídica de la sentencia 167 de 2002 EDJ 2002/35653 se establece que, "en caso de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquella 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." Debe destacarse que lo único que establece el Tribunal Constitucional, a pesar de las dudas suscitadas en algunos Tribunales de la jurisdicción ordinaria, es una limitación de las facultades de los Tribunales de apelación para la revisión fáctica en perjuicio del reo, lo cual no permite deducir que los Tribunales de apelación puedan establecer por su cuenta un trámite de revisión probatoria en segunda instancia, que no contempla el modelo procesal de que disponemos, precisamente porque nuestro sistema de apelación es limitado y no permite la reproducción de la prueba, impidiendo al Tribunal de apelación modificar los hechos en perjuicio del reo, salvo que dicha modificación se produzca sin afectar a las pruebas valoradas con inmediación. Lo que el Tribunal Constitucional afirma es que las facultades de valoración de la prueba por el Tribunal "ad quem" no son idénticas a las del Tribunal "a quo" porque lo impide la carencia de inmediación. Solo debe aceptarse que los Tribunales de apelación tienen sus facultades de revisión fáctica en contra del reo limitadas, puesto que la valoración probatoria está condicionada por la inmediación y la contradicción cuando se trate de pruebas personales, si bien les cabe revisar el relato fáctico fundado en otro tipo de pruebas que no requieran aquellas. Practicar de nuevo en la segunda instancia pruebas personales implica introducirse en un bosque peligroso, en el que ninguna garantía existe de que las pruebas reproducidas en esta segunda instancia resulten más fiables, creíbles y veraces que las de la primera, además de no ser legalmente posible, a la vista de las restricciones que impone el artículo 790.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , a lo que debe sumarse, según José Daniel, que el acusado no tendría obligación de someterse a un segundo procedimiento sin un precepto que así se lo imponga.

_

D).- Esa doctrina, emanada del Tribunal Constitucional, viene a revisar la que hasta ahora sostenía el mismo Tribunal, configurando el recurso de apelación penal como un recurso ilimitado que atribuye al órgano de apelación la absoluta competencia para el "nuevo juicio." No obstante, en el razonamiento de la misma sentencia se incorporan algunos párrafos generadores de confusión, que se refieren a la necesidad de oír personalmente a los acusados, requiriendo su convocatoria para la práctica de una nueva prueba. Sin embargo, no es ésta ni la doctrina que emana del cuerpo principal de la sentencia constitucional, ni de la reiterada doctrina producida por el Tribunal Supremo, para quien el Tribunal de apelación no puede revisar la valoración de las pruebas practicadas en la primera instancia cuando sea exigible la inmediación y la contradicción. Así lo recogía la sentencia de 8 de julio de 1992 EDJ 1992/7532 , afirmando que el principio de libre valoración de la prueba, consecuencia directa de los principios de inmediación y oralidad, tiene su contrapeso en la obligación de motivación de la sentencia, que permite la revisión, demostrando el sometimiento del órgano judicial a la ley. En sentencia de 24 de octubre de 2000 de la Sala Segunda del Supremo EDJ 2000/35481 también se recoge que "el Tribunal de apelación extravasa su función de control cuando realiza una nueva valoración, legalmente inadmisible, de una actividad probatoria que no ha percibido directamente", debiendo concluirse que no puede suplantarse la percepción del juzgador "a quo" por la percepción del Secretario, que es en realidad lo que sucintamente se refleja en el acta, en tanto no alcancemos el privilegio de la sesión grabada. Tal como establece la sentencia 172/97 del Tribunal Constitucional EDJ 1997/6342 , una sentencia absolutoria fundada en la falta de credibilidad para el juzgador "a quo" del testimonio acusatorio no puede revocarse en apelación, sobre la base de una distinta valoración de dicho testimonio efectuada por un Tribunal que ha carecido de inmediación, doctrina esta que solamente se recogía en el

voto particular que el Magistrado Ruiz Vadillo incorporó a la misma y que ha obtenido finalmente la consagración en la sentencia primeramente citada.

_

E).- Las consecuencias de dicha doctrina no pueden retrasarse, partiendo de que los Tribunales de apelación deben aceptar que sus facultades de revisión fáctica en contra del reo son limitadas y no pueden suplantar la valoración de las pruebas realizada por el juzgador de instancia cuando exija la inmediación y la contradicción, esto es, cuando se trate esencialmente de pruebas personales, si bien podrá revisar el relato fáctico cuando se trate de la valoración de otras pruebas, como documentales, periciales o inferencias. Ello implica que la prueba producida en el juicio es inmune a la revisión en vía de recurso si depende de la inmediación, pero es revisable en lo que concierne a la estructura racional del discurso valorativo, sin que pueda confundirse la inmediación como principio de la inmediación como pretexto.

_

F).- En ningún caso pueden admitirse prácticas contra legem, como un nuevo interrogatorio del acusado o la reproducción de la prueba en segunda instancia, que se utilice como coartada para reponer o traer de nuevo a la valoración una prueba que a la parte le saliera mal. Ello no impide la presencia del acusado en la vista de apelación, ni siquiera la conveniencia de celebrar la vista cuando lo estime necesario, a tenor de lo previsto en el artículo 791, convocando al acusado, más sin repetir prueba realizada. Las únicas pruebas que pueden practicarse en la segunda instancia son las que expresamente autoriza el artículo 790.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , sin que la Audiencia pueda ni a instancia de parte ni de oficio practicar otras o reproducir las practicadas.

_

G).- Sin perjuicio de todo lo anterior, es posible revisar sentencias absolutorias, pues de lo contrario se convertirían en irrecurribles, impidiendo el derecho de una de las partes a obtener la revisión. La misma podrá producirse: a) por infracción de ley, al advertir errores de subsunción del relato fáctico en la norma penal o doctrina jurisprudencial; b) por quebrantamiento de forma, por vicios in procedendo o vicios in iudicando, motivando la devolución de la causa al juzgador de instancia; c) cuando la absolución se fundamente en la falta de valoración de una prueba que el Juez penal estimó erróneamente que había sido inconstitucionalmente obtenida o ilegalmente practicada, pues la determinación de la validez constitucional de su obtención constituye más bien una valoración jurídica, tal como acordó la Sala Segunda del Tribunal Supremo, constituida en Sala General el 27 de febrero de 1998; d) porque el órgano sentenciador no motive suficientemente el por qué la prueba de cargo no le ha convencido de la culpabilidad, lo que debe determinar su anulación, tal como acordó la Sala Segunda, constituida en Sala General el 11 de julio de 2003; e) por el error en la apreciación de la prueba, cuando pueda ser acreditado sin necesidad de valorar las pruebas practicadas en la primera instancia que hayan exigido la inmediación y la contradicción; f) cuando el error valorativo se produzca concurriendo los requisitos que reiteradamente viene señalando la Sala Segunda del Tribunal Supremo (24-1-91 EDJ 1991/615 , 21-11-96 EDJ 1996/8249 , 11-11-97 EDJ 1997/7857 , 13-2-2001 EDJ 2001/3062 , entre otras), cuales son: que se funde en una prueba documental, que de la misma se evidencie el error por su propio poder demostrativo directo, que no esté en contradicción con otros elementos de prueba y que el dato contradictorio documentalmente acreditado sea relevante para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo; g) en cuanto se produzca la presencia eficaz de una prueba pericial que modifique el relato fáctico, lo que ocurre cuando se presenta un dictamen o varios coincidentes, sin disponer de otras

pruebas contradictorias, o cuando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes se pueda llegar a conclusiones divergentes sin explicar las razones que lo justifiquen; y h) cabe, por fin, la revisión de la sentencia de instancia, en lo que concierne a la estructura racional del discurso valorativo, a través de lo que el Tribunal Supremo denomina juicios de inferencia (sentencia de 26-7-2000 EDJ 2000/27670), equivalentes a las proposiciones en que se afirma, o eventualmente se niega, la concurrencia de un hecho subjetivo, es decir, de un hecho de conciencia, que por su propia naturaleza no es perceptible u observable de manera inmediata o directa. El relato de hechos probados de una sentencia de instancia es vinculante cuando expresa hechos, acontecimientos o sucesos, pero no cuando contiene juicios de inferencia, pues ésta no depende ordinariamente de la inmediación sino de un juicio de razonabilidad, lo que determina que pueda ser modificado por la vía del recurso.

_

H).- Las conclusiones de todo lo anterior podrían concretarse en que el Tribunal de apelación no puede revisar la valoración de las pruebas practicadas en la instancia cuando sea exigible la inmediación o la contradicción; que los Tribunales de apelación debemos de aceptar que tenemos limitadas las facultades de revisión fáctica en contra del reo; que ello no autoriza a los Tribunales de apelación a establecer un trámite de vista oral para reiteración en segunda instancia de pruebas ya practicadas; pero que todo ello no impide la apelación de sentencias absolutorias, siempre que no queden afectadas las percepciones derivadas de la inmediación y la contradicción.

_

4.- Para completar la doctrina anterior, no pueden dejar de citarse las dos primeras Sentencias que en el año 2010 dictó la Sección 4ª del Tribunal Constitucional, donde se recoge de manera inequívoca la doctrina de que quedan vulnerados los derechos a un proceso con todas las garantías y la presunción de inocencia, tanto en los supuestos en los que se produjera una modificación de los hechos probados sin celebración de nueva vista, en la primera, como en el supuesto de que se estimara un recurso de apelación condenando al recurrente inicialmente absuelto sin celebrar la misma, ni siquiera reproduciendo el acto de aquélla recogido en un soporte informático, en la segunda.

_

Para ello bastaría con transcribir la parte determinante de la Sentencia 1/2010 EDJ 2010/2564 , que afirma: "Nuestra doctrina sobre las condenas penales en segunda instancia previa revocación de un pronunciamiento absolutorio, que se inicia en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11 EDJ 2002/35653), y ha sido reiterada en numerosas Sentencias posteriores (entre las más recientes SSTC 21/2009, de 26 de enero, FJ 2 EDJ 2009/11720 ; 24/2009, de 26 de enero, FJ 2 EDJ 2009/11704 ; y 118/2009, de 18 de mayo, FJ 3 EDJ 2009/101501), señala que "el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE EDL 1978/3879), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción".

_

En aplicación de esta doctrina hemos dicho que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia. Habiéndose enfatizado que el órgano de apelación no puede operar una modificación de

los hechos probados que conduzca a la condena del acusado si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 170/2005, de 20 de junio, FJ 2 EDJ 2005/118938 , 164/2007, de 2 julio, FJ 2 EDJ 2007/100171 , y 60/2008, de 26 de mayo, FJ 5 EDJ 2008/81836).

_

De acuerdo con esa misma jurisprudencia la constatación por las indicadas razones de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE EDL 1978/3879) determina también la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE EDL 1978/3879), si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamenta la condena (SSTC 90/2006, de 27 de marzo, FJ 3 EDJ 2006/42710 ; 95/2006, de 27 de marzo, FJ 1 EDJ 2006/42703 ; 217/2006, de 3 de julio, FJ 1 EDJ 2006/105178 ; 309/2006, de 23 de octubre, FJ 2 EDJ 2006/288124 ; 360/2006, de 18 de diciembre, FFJJ 3 y 4 EDJ 2006/337244)".

_

5.- En el presente se pretende una modificación esencial y determinante de los hechos, para que de su valoración se alcance el convencimiento de la culpabilidad con la consiguiente condena a los acusados; más, no se pide ni hay razón para efectuar tal modificación más allá de la que pudiera resultar de una valoración diferente de la prueba de la que no se ha tenido relación directa, lo que no sólo vulneraría la regla de juicio de la apreciación conjunta del artículo 741 de la LECrim EDL 1882/1 , sino que tendría que soportarse sobre una valoración de prueba practicada sin las debidas garantías en el plenario, pues la falta de una nueva vista o audiencia en apelación llevaría necesariamente a una valoración de la prueba personal necesaria para la condena, con la vulneración del proceso con todas las garantías que describe el artículo 24 de nuestra Constitución Española EDL 1978/3879 .

_

a) Se podría entender que en el documentado y extenso recurso del Ministerio Fiscal se está poniendo de manifiesto que en la sentencia recurrida se ha producido una infracción de ley, al advertir errores de subsunción del relato fáctico en la norma penal o doctrina jurisprudencial. La duda pudiera surgir de la afirmación que en el relato de hechos probados se realiza sobre la desprotección en el hueco de los descansillos de la cota donde se encontraba y los inferiores, cuya desprotección la sustenta también en declaraciones de varios de los testigos, aun cuando no pueda atribuirse a ninguno de los acusados, en tanto que del examen de la prueba no aparece que así resulte.

_

b) Se podría deducir que el ámbito de la tutela judicial desatendida según el Ministerio Fiscal, se produjo porque el órgano sentenciador no motivara suficientemente el por qué la prueba de cargo no le ha convencido de la culpabilidad, lo que debe determinar su anulación. Sin embargo, se detiene la juzgadora de instancia en la exposición de la valoración puntual de cada uno de los intervinientes como testigos o peritos, otorgándoles muy particularmente o con alguna generalidad el valor que aparece en los fundamentos de la sentencia dictada, razón por la cual tampoco puede propiciar causa para su anulación o revocación.

_

c) Aun cuando no se recoge expresamente, advierte uno de los impugnantes que la intención del Ministerio Público parece más bien dirigida a denunciar un error en la apreciación de la prueba, que podría merecer la revocación de aquella cuando pueda ser acreditado sin necesidad de valorar las pruebas practicadas en la primera instancia que

hayan exigido la inmediación y la contradicción, como se ha dicho; no constando de la prueba pericial recogida en los informes sobre los que sustenta la fortaleza de su acusación que pudieran contener valor superior al resto de la prueba practicada, ni siquiera que, tras la celebración del juicio y la información contradictoria en él ofrecida, se alcanzara un grado de certeza suficiente para poder prescindir del resto de la prueba.

16.7. Legitimación activa de la acusación particular.

LA ACUSACION PARTICULAR NO TIENE LEGITIMACIÓN, YA QUE EL SUJETO PASIVO DEL DELITO DEL ART. 316 CP ES EL TRABAJADOR.
EDJ 2013/175202
SAP SEVILLA (7ª) Nº 254/2013, DE 28 DE JUNIO, REC: 519/2013, PTE: ROMEO LAGUNA, JUAN

Pues bien, el sujeto pasivo de este delito no es otro que el trabajador como se infiere de la propia dicción del artículo 316 del C.P EDL 1995/16398, por lo que la acusación particular, que no tiene la condición de trabajador de la empresa que administran, no está legitimada para en ejercitar la acción penal por este delito. A mayor abundamiento, la empresa contaba con un Plan de Prevención de Riesgos Laborales que en el apartado relativo a las instrucciones de trabajo en relación a la carretillas contempla como prohibiciones en el uso de carretillas "Circular con la carga elevada, amenos que la carretilla esté expresamente diseñada para ello", asimismo, frente a lo afirmado por el Sr. letrado apelante el trabajador, también acusado, tenía formación para manipular la carretilla, como se ha acreditado de la prueba documental y de la testifical del responsable de la empresa en la que recibió dicha formación.
(la acusación particular lo era por los clientes lesionados)

16.8. Non bis in idem.

NO EXISTE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM, YA QUE NO EXISTEN LAS TRES IDENTIDADES, NI EL MISMO FUNDAMENTO DE LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS.
SAP MÁLAGA (1ª) Nº 523/2013, 16 DE JULIO, PTE. LINARES ARANDA, RAFAEL.

El motivo debe desestimarse. El principio “non bis in idem” implícito en el artículo 25-1º de Constitución, aparece vinculado al principio de legalidad y tipicidad de las infracciones, y así ha tenido el Tribunal Constitucional la oportunidad de pronunciarse sobre ello en numerosas sentencias señalando en qué consiste: es la prohibición de que por la Autoridades del mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancionase repetidamente la misma conducta (sentencias del TC 94/86 EDJ1896/94 ó 154/90 EDJ1990/9350, entre otras muchas) imponiéndose el “ne bis in idem” como auténtico límite al ius puniendi del Estado.

Sigue diciendo el Alto Tribunal que la triple identidad del sujeto, hecho y fundamento, constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en "bis in idem", sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE EDL1978/3879, ya que estos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no poder padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento. Lo que no ocurre en este caso, no existen esas identidades, ni el mismo fundamento, por los bienes jurídicos afectados, como destacan el Ministerio Fiscal y la parte apelada.

NO SE PRODUCE BIS IN IDEM ENTRE LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA Y LA INFRACCIÓN PENAL, ÉSTA ES MÁS AMPLIA QUE AQUÉLLA
EDJ 2013/126047. Audiencia Provincial de Zamora, sec. 1ª, S 7-6-2013, nº 55/2013, rec. 88/2012. Pte: Pérez Serna, Jesús.

"Denuncia en primer lugar, la vulneración que se ha producido del principio non bis in ídem, por previa sanción en vía administrativa, ratificada posteriormente por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Zamora. Al respecto, reiterada jurisprudencia reconoce, como excepción al principio general de non bis in ídem, que se traduce en la afirmación del derecho de todo ciudadano a que sobre él no se ejerza mas de una vez, por un mismo hecho, el ius puniendi del Estado, la posibilidad y compatibilidad de las sanciones penales y disciplinarias derivadas de unos mismos hechos iniciales, por razón de la diversidad de bienes jurídicos tutelados por los ordenamientos penal y disciplinario.
Pues bien, tal es lo que acontece en el caso presente; el tipo penal considerado, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, tiene como finalidad esencial proteger la seguridad e higiene en el trabajo, entendidas como la ausencia de riesgos para la vida y la salud de los trabajadores en el desarrollo de su actividad, derivados de las condiciones materiales en que se desempeña el trabajo. Su espectro es, pues, más amplio que el previsto en la norma administrativa, lo que conlleva, sin necesidad de mayores consideraciones, el rechazo de la alegación tratada."

16.9. Nulidad de la sentencia de conformidad.

LA AP DECLARA LA NULIDAD DE LA SENTENCIA DE INSTANCIA Y ESTIMA EL RECURSO DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGURO, AFIRMANDO QUE AUNQUE HAYA CONFORMIDAD DE LOS ACUSADOS CON LOS HECHOS, SI SE ENTRA A DISCUTIR LA RESPONSABILIDAD CIVIL, HAY QUE FUNDAMENTAR AQUELLOS ASPECTOS DE LOS HECHOS PROBADOS QUE INCIDAN EN SU CUANTÍA, EN CONCRETO, LA EXISTENCIA DE CULPA DEL TRABAJADOR.
EDJ 2013/277077
SAP DE CORDOBA (2ª) Nº 303/2013, DE DOCE DE NOVIEMBRE, REC: 508/2013. PTE: Carnerero Parra, José Antonio.

La justificación del contenido del antecedente de hecho tercero de esta resolución, que se para sólo en algunos de los motivos de impugnación de los recursos de apelación interpuestos, es que alegándose en éstos por las partes recurrentes incongruencia omisiva en la sentencia respecto de cuestiones planteadas (de forma expresa así lo denuncian los escritos de Caser y Fiatc), en la medida en que han de estimarse sus razones, la única opción que le queda a esta Sala es la de declarar su nulidad para que se integre debidamente la misma, tornando innecesario recoger en ésta los restantes extremos impugnados.

_

Es decir, a la hora de fijar la cuantía de la indemnización con la que debe ser resarcido Fausto por las lesiones y perjuicios que sufrió, las partes apelantes alegan que no se ha analizado la parte de culpa que tuvo este trabajador en su propio accidente, centrándolo fundamentalmente en el extremo de que, teniendo a su disposición un arnés de seguridad, no lo tenía anclado a un sitio seguro; y aunque esta circunstancia se resuelve en el apartado de hechos probados de la sentencia, al afirmarse que se debió a la carencia en el lugar de una línea de vida donde hacerlo, lo que se denuncia es que no se motiva esta conclusión fáctica, que se ampara exclusivamente en el reconocimiento de hechos realizado por los dos acusados en la conformidad penal llevada a cabo al inicio del juicio. El mismo planteamiento se podría dar a la ausencia de valoración alguna en cuanto a las cuotas de participación por vía de la omisión de la diligencia debida por cada uno de esos inculpados, que atraería por su responsabilidad civil, la de las entidades condenadas como tales de forma directa o subsidiaria.

_

De forma sencilla la cuestión puede plantearse en términos de si esa conformidad parcial reducida a la esfera de la responsabilidad penal, en la medida en que supone la asunción de unos hechos que delimitan la responsabilidad civil, puede vincular en esta materia a las restantes partes que son traídas al juicio. Por supuesto que deslegitima la actitud adoptada en esta alzada por parte de las Defensas de los coacusados. Si Blas y Edmundo, así como sus Letrados, tras lectura escrupulosa por la juzgadora de los hechos que se sometían a su consideración, aceptaron expresamente no sólo su falta de cumplimiento en las obligaciones que derivaban de sus cargos y funciones respecto de la seguridad del trabajador, sino también que éste carecía de posibilidades de anclar a sitio seguro el arnés, no decimos que no pueda modificarse esta conclusión fáctica a su favor, pero que precisamente ellos no son los que pueden que combatir este extremo.

_

Pero a quien sí les cabía la posibilidad de introducir en el debate estas cuestiones es a las diferentes sociedades que fueron parte en el juicio en calidad de responsables civiles, dado que ni prestaron conformidad con el relato fáctico del escrito de conclusiones del Ministerio Fiscal, no quedando vinculados por la prestada por los imputados, ni se puede afirmar que las cuestiones omitidas de valoración no afecten a la responsabilidad civil, a lo que quedó reducido el juicio celebrado. La concurrencia de causas entre la conducta de los coimputados y la de la propia víctima tiene incidencia en la determinación de la responsabilidad civil, pues así lo prevé expresamente el artículo 114 del Código penal EDL 1995/16398 , cuando el legislador introduce la facultad judicial de moderación del importe de la reparación o indemnización. Lo mismo puede afirmarse si se concluye mucha mayor relevancia en la producción del daño por parte de uno u otro de los responsables criminales.

_

La resolución de esta Audiencia Provincial que se alude en el recurso de apelación de la entidad Caser Seguros, Sentencia de 24 de julio de 2.000, da argumentos jurídicos a la

posibilidad de una aseguradora de defender, pese a la postura de su asegurado, la irresponsabilidad de éste en la medida en que de ello depende la propia defensa de sus intereses. Así, se afirma en su fundamento de derecho duodécimo:

_

" Sin embargo aunque el propio TS no lo reconozca como tal se ha producido, en cierto modo, un cambio en esta doctrina jurisprudencial representado por la sentencia de 7-5-1993, en la cual, frente a la causa de inadmisión aducida por el M. F., fundada en la anterior doctrina, el Alto Tribunal admite la legitimación del Abogado del Estado, condenado como responsable civil, para recurrir en casación la condena penal dictada contra un funcionario que se aquietó con la sentencia condenatoria.

_

El Tribunal Supremo parte de la base de que «toda parte en un juicio tiene acción legal para defender sus derechos e intereses, con independencia del libre desistimiento de las demás, cuyas razones pragmáticas no tiene por qué compartir», y continúa afirmando la legitimación del Estado como responsable civil en la defensa contra lo que llama «fallo penal estricto» al cual no es ajeno el responsable civil, ya que es obvio que si prospera la postulación de una causa de justificación (que es lo que en esa ocasión alegaba el Estado) se disipará con la responsabilidad penal, la civil de ella derivada y con la directa la subsidiaria. Y termina diciendo que «es pues la más eficaz defensa de sus intereses por lo que no se le puede privar de ser oído sobre este tema». De hecho no sólo se oye sino que se estima el recurso, casa la sentencia condenatoria y absuelve al funcionario de Policía que había sido condenado por imprudencia.

_

Parece evidente que esta mínima argumentación que, por otra parte, es la que más satisface el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, conocido en el art. 24 CE EDL 1978/3879 , puede ser aplicable a los supuestos en que la aseguradora cuestione la calificación penal de la conducta de sus asegurados, pues su propia responsabilidad civil estaría ligada a la de éste y carecería de todo apoyo jurídico y ético admite la legitimación del responsable civil cuando se trata del estado y negarla en los demás casos;..."

_

Y ello, con más razón en este caso en que a estas partes responsables civiles no se les pregunta en relación a la conformidad penal alcanzada entre las partes acusadoras y las defensas de los acusados; y cuando, en la medida en que están cuestionando la propia culpa de la víctima en la producción del accidente, puede tener relevancia en la reducción de la indemnización que se acuerde a su favor, aunque incluso no tuviese consecuencias en la calificación y reproche de la conducta penal de los conformados.

_

Si analizamos los antecedentes de este procedimiento, comprobamos que las cuatro entidades recurrentes, en el trámite de sus conclusiones provisionales interesan se les absuelva de cualquier pronunciamiento de responsabilidad civil (salvo la aseguradora HDI, que no fue emplazada en instrucción, y que formuló directamente las definitivas en ese sentido), no se les da entrada en la conformidad penal, se celebra el juicio exclusivamente para resolver la responsabilidad civil, con total amplitud del objeto en la prueba admitida y el contenido de los interrogatorios, abarcando la diferente cuota de participación de los dos acusados en la producción del evento, así como la causa concurrente de la posible culpa de la víctima, y en trámite de conclusiones definitivas elevan las provisionales absolutorias, en algunas de las cuales se formulaban de manera expresa, sin ser necesario, esas cuestiones.

_

Por eso, no podemos compartir el contenido del fundamento de derecho segundo de la sentencia de instancia, que zanja el problema con el argumento de que "sin que en modo alguno proceda entrar a analizarse como pretendieron las defensas de las entidades citadas como responsables civiles directas y subsidiarias la existencia de concurrencia de culpa por el perjudicado Sr. Fausto, por cuanto los Hechos objeto de acusación y respecto de los que los acusados mostraron su expresa conformidad, son los reflejados en los Hechos Probados de la presente sentencia, sin que en los citados estuviese recogida ninguna participación del perjudicado en la producción del evento dañoso." Por el contrario, tendría que haber entrado a analizar la prueba cuya práctica admitió y motivar el resultado de apreciación de la misma, que puede coincidir o no con lo declarado probado, pero con análisis de aquélla, para no vulnerar el derecho de defensa de las partes.

_

Deben aceptarse, por tanto, los motivos de impugnación de las cuatro partes recurrentes (excluimos expresamente por razón de incongruencia a los dos acusados) estudiados en esta alzada, pero con diferentes consecuencias a las pretendidas por aquéllos, pues esa incongruencia omisiva no nos permite entrar a valorar el resultado de la prueba practicada en el juicio penal, pues no se efectuó ante nosotros, careciendo la Sala de la necesaria inmediación, principio fundamental del proceso penal. Es más, la función de la segunda instancia es la de revisar las razones por las que la resolución apelada llega a los pronunciamientos que resultan recurridos, lo que conduce al deber de motivación de las resoluciones judiciales, siendo interés del justiciable que tiene el derecho de saber el porqué se le da o se le quita la razón, para poder acudir a la alzada, que es la vía donde se puede controlar la certeza de la resolución recurrida. En esta situación, si este Tribunal estudia y resuelve todas estas cuestiones, no lo haría por la confrontación de las razones recogidas en la primera instancia y las alegaciones de las partes recurrentes, sino por un examen directo del material probatorio empleado, tratando de encajarlo en las peticiones de las partes, labor ésta reservada a la primera instancia y que conlleva se prive al justiciable del derecho a la doble instancia que le asiste y del que se vería privado.

_

Por lo tanto, la única solución posible es la de decretar la nulidad de la sentencia sometida a revisión, si bien la circunstancia de que durante el procedimiento y la celebración del juicio no se cercenase o restringiese en forma alguna la proposición o práctica de medios de prueba, lo que no denuncia ninguna de las partes, permite salvar el juicio celebrado, sin necesidad de su repetición y sin que dé lugar a un cambio de la Jueza competente para el dictado de la resolución, que tiene que ser quien dirigió aquel acto de plenario.

_

Así ha resuelto el Tribunal Supremo en supuestos análogos en que apreció inconcreción y falta de claridad de los hechos probados, Sentencias de 22 de octubre de 2.003 o de 15 de diciembre de 2.006, en ambos casos traduciendo esa falta de concreción o claridad en los hechos probados en declaración de nulidad, "...para devolver las actuaciones a la sala de instancia (art. 901 bis a) LECrim) a fin de que haga una nueva sentencia en la que se redacte un relato de hechos probados claro y completo de lo ocurrido, insertando en el mismo todo aquello que haya de tener valor fáctico como antecedente de los posteriores razonamientos que luego han de contenerse en los fundamentos de derecho para aplicar la norma jurídica a esos hechos previamente determinados con la debida concreción y claridad."

_

En consonancia con lo razonado, procede la declaración de nulidad de la sentencia, para que por la misma juzgadora se dicte nueva resolución salvando las omisiones de fundamentación sufridas; todo ello sin necesidad de celebrar nuevo juicio, al haberse practicado el mismo de manera válida y con todos las garantías legales.

_

16.10. Nulidad del juicio oral: prescripción, so se escucha a las partes.

LA AUDIENCIA DECLARA LA NULIDAD DEL JUICIO ORAL EN UN SUPUESTO EN EL QUE POR LA DEFENSA, EN EL TRÁMITE DE CONCLUSIONES DEFINITIVAS SE ALEGA LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO Y EL JUEZ DA POR CONCLUIDO EL JUICIO SIN OÍR A LAS PARTES SOBRE ESTE EXTREMO, ASÍ COMO DAR EL TRÁMITE DE INFORME A LAS PARTES, Y, SOBRE TODO POR NO DAR LA ÚLTIMA PALABRA AL ACUSADO:
EDJ 2013/263986 SAP Burgos de 17 diciembre 2013. Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-12-2013, nº 559/2013, rec. 181/2013. Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel.

"PRIMERO.- Recaída sentencia absolutoria con los pronunciamientos recogidos en los antecedentes de hecho de la presente sentencia, se interpuso contra la misma recurso de apelación por el Ministerio Fiscal, fundamentado en la concurrencia de causas de nulidad: a) no haberse dado al Ministerio Fiscal y defensas el trámite de informes, pues el Juicio Oral terminó "súbitamente" tras las conclusiones definitivas; b) no haberse otorgado a los acusados el derecho a la última palabra; y c) incongruencia omisiva respecto a los acusados Pelayo y Ernesto.
SEGUNDO.- El artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 establece que "los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 3º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión", indicando el artículo 240.2 del mismo texto legal que "en ningún caso podrá el Juzgado o Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese Tribunal".
En el presente caso el Ministerio Fiscal solicita en su recurso de apelación expresamente la declaración de nulidad del Juicio Oral y su correspondiente sentencia al haber apreciado la concurrencia de vicios procesales que determinan la nulidad por causarle indefensión.
En trámite previo a la práctica de las pruebas propuestas por las partes del artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1, los letrados de la defensa ninguna cuestión previa plantearon (momentos 02:38 y siguientes de la grabación V2-M2 en DVD. del Juicio Oral que como acta audiovisual del mismo se incorpora a las actuaciones), momento establecido por la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 para alegar cuestiones como la prescripción, permitiendo así que las mismas puedan ser objeto de debate y prueba a lo largo del Juicio Oral. Sin embargo, una vez practicada las pruebas presentadas o solicitadas por las partes, y tras modificar sus conclusiones el Ministerio Fiscal, el letrado que ostenta la defensa de Iván y de Pelayo, en su trámite de calificación definitiva, alegó sorpresivamente la concurrencia de prescripción para su defendido Iván (momentos 05:58 y siguientes de la grabación V2-M4 en DVD.). Otorgada la palabra al Ministerio Fiscal se opuso a su presentación por ser realizada ex novo y de forma extemporánea.

Ante ello, la Juzgadora de instancia manifiesta que no va resolver en el acto del Juicio el alegato realizado, sino que indica se resolverá en su momento y declara el Juicio Visto para sentencia (momentos 10:38 y siguientes de la grabación en DVD.)., y ello sin dar trámite a los informes correspondientes, tanto del Ministerio Fiscal en apoyo de su acusación y para oponerse a la prescripción, no por su presentación extemporánea sino por el fondo de su existencia o no, como a los restantes abogados para que justifiquen sus alegatos de defensa y la existencia de la prescripción que en ese momento se esgrime.

Tampoco se dio a los acusados la última palabra, terminando la Vista de forma tan atípica y con vulneración de lo previsto en el artículo 788.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 ("terminada la práctica de la prueba, el Juez o Presidente del Tribunal requerirá a la acusación y a la defensa para que manifiesten si ratifican o modifican las conclusiones de los escritos inicialmente presentados y para que expongan oralmente cuanto estimen procedente sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos. El requerimiento podrá extenderse a solicitar del Ministerio Fiscal y de los letrados un mayor esclarecimiento de hechos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sometiéndoles a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados").

Alegada la prescripción, lo que debió hacer la Jueza "a quo" es permitir el trámite de informe al Ministerio Fiscal y los letrados de las defensas, concederle la última palabra a los acusados y declarar el Juicio "visto para sentencia", resolviendo en la misma en primer lugar sobre la prescripción o no de los hechos y tipos penales imputados y entrando en el fondo de la acusación y defensa si no estimase la existencia de la prescripción. La interrupción de forma tan abrupta del proceso causó indefensión primero al Ministerio Fiscal que nada pudo argumentar sobre la inexistencia de prescripción alguna en sus informe, inexistente por voluntad judicial, y luego a los acusados y sus letrado que no pudieron mostrar la existencia de la inactividad judicial que pudiera haber producido prescripción.

La cuestión de la última palabra al acusado es abordada por sentencia de 2 de octubre de 2.007 de esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos en la que decíamos que "la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de noviembre de 2.001 establece que "A) La primera queja consiste en la infracción del art. 739 de la L.E.Cr EDL 1882/1 que establece que terminados los informes de la acusación y la defensa, el Presidente preguntará a los procesados si tienen algo que manifestar al Tribunal concediéndole la palabra al que contestara afirmativamente y reiterándola en caso necesario. Se refuerza sin duda, con esta norma las garantías de defensa del acusado, enraizada en el principio de contradicción, que puede suministrar al órgano jurisdiccional algún dato de interés relacionado con el thema decidenci que la defensa hubiera omitido y que va más allá del contenido técnico de ésta, que se ejerce, por su carácter personal "de viva voz" por el acusado.

En el acta del juicio oral no figura el ofrecimiento presidencial a la última palabra pero esa omisión, por sí sola, no puede generar la lesión a la tutela como estableció la sentencia del Tribunal Constitucional 181/94, de 20 de junio, al desestimar recurso de amparo contra sentencia de esta Sala 2ª del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1.984 en caso próximo al aquí contemplado.

Las actas dan fe de lo que se ha dicho pero no necesariamente de todo lo que se ha dicho. Pudo ser omisión del Presidente, que no lo dijera, o del Secretario que por apresuramiento o cualquier otra circunstancia no lo hiciera constar, pero es de destacar, en todo caso, que la defensa ninguna manifestación hizo al respecto y firmó el acta, a pesar del olvido, sin expresar su protesta.

Como observa acertadamente el Ministerio Fiscal para considerar la posibilidad de lesión sería necesario que constara en el acta que el Presidente negó de manera explícita la última palabra al acusado, lo que no se constata en absoluto en el presente caso, pues ni siquiera en el recurso de casación se afirma así, limitándose a recordar la omisión formal sin alegar una sola palabra, ni un solo argumento, para explicar y justificar que se había producido indefensión y sabido es, por jurisprudencia reiterada, que una cosa es una simple irregularidad o defecto formal y otra la indefensión constitucionalmente relevante.
Desde esta primera perspectiva el motivo no puede prosperar".
Sin embargo la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de julio de 2.004 es demoledora al resolver la cuestión planteada y establecer que "la protesta del recurrente proviene del hecho patente de no habérsele concedido la última palabra para hacer las manifestaciones que tuviera por conveniente, al término del juicio oral, prescindiendo de la aplicación del artículo 739 L.E.Criminal EDL 1882/1 con repercusión en derechos fundamentales de naturaleza procesal.
La atribución de tal derecho al acusado, que en tiempos pretéritos pudo tener un valor ritual y formulario, en la actual etapa constitucional constituye un derecho fundamental, con contenido y cometido bien definidos, que no puede confundirse con el derecho de asistencia letrada, pues dentro del genérico derecho de defensa se incluye como una posibilidad procesal más la autodefensa del acusado. También debe diferenciarse del derecho a ser oído que a aquél le compete, y que generalmente lo habrá sido al inicio del juicio con ocasión de su interrogatorio. Pero amén de que en el interrogatorio no posee la iniciativa el acusado, tampoco en tal momento conoce el desarrollo del juicio, con todas las incidencias. Con el derecho a la última palabra puede matizar, completar o rectificar, todo lo que tenga por conveniente, y que no suple su abogado defensor. A través de la última palabra tiene la posibilidad de que el Tribunal incorpore a los elementos de juicio, para apreciar en conciencia, lo manifestado por éste, conforme establece el artículo 741 L.E.Criminal EDL 1882/1.
2. Esta Sala viene siguiendo un criterio firme en orden al cumplimiento de tal trámite procesal, atribuyendo la importancia que nuestra Constitución y los Convenios Internacionales suscritos por España le conceden en orden a una completa y adecuada defensa del inculpado.
A título de ejemplo, resulta oportuno recordar los argumentos que recoge la línea decisoria seguida por esta Sala. Véanse, entre otras, sentencias del Tribunal Supremo num.. 745, de 10 de junio de 2.004; num.. 1786 de 28 de octubre de 2.002; num.. 866 de 16 de mayo de 2.002; num.. 843 de 10 de mayo de 2.001; num.. 566 de 5 de abril de 2.000 y num.. 1.505 de 9 de octubre de 1.997.
Los criterios que se extraen de dichas resoluciones podemos resumirlos del modo siguiente: el derecho a la defensa comprende no sólo la asistencia de letrado libremente elegido o nombrado de oficio, sino también a defenderse personalmente en la medida en que lo regulen las leyes procesales de cada país configuradoras del derecho. Así resulta del artículo 6.3, c), del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1.950 y del artículo 14.3, d), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1.966. Y es así, que dos sentencias del Tribunal Constitucional, las 181/94, de 20 de junio y 29/95, de 6 de febrero, destacan que, en nuestro Derecho, el artículo 739 de la L.E.Criminal EDL 1882/1 ofrece al acusado el "derecho a la última palabra", no como una mera formalidad, sino por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de sus coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera. La raíz

profunda de todo ello no es sino el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído, audiencia personal que, aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio. De lo que se trata en el fondo, con independencia de que no se excluya la defensa letrada, es que quede garantizado también el derecho de la defensa por sí mismo, particularmente a la vista de las circunstancias subyacentes del delito debatido. Las normas que rigen el proceso permiten el derecho a expresar, directamente y sin mediación alguna, cuantas alegaciones estime el acusado puedan contribuir al ejercicio y reforzamiento de ese derecho. Estamos ante una nueva garantía del derecho de defensa entroncada con el principio constitucional de contradicción, que permitirá, a la vez, suministrar al Tribunal elementos dignos de advertencia y reflexión que los defensores hubieren omitido.
3. La consecuencia de todo lo dicho es la anulación del juicio, aunque tal decisión nos conduzca a la indeseable consecuencia de tener que repetir los testimonios de las hijas menores del perjudicado. Lo que no puede admitirse, es que, en evitación del nuevo interrogatorio, se prescinda y anule un derecho fundamental del acusado. No resultan estimables, en este punto, las argumentaciones de la acusación particular, en el sentido de que "el transcurso de la prueba y el interrogatorio dejaban poco lugar a la última intervención, por resultar demoledor el testimonio de la hija", o "que el ofrecimiento de un último alegato..... resultaba un imposible, pues hablar en último lugar en aquel momento, podía haber sido algo más que una gran falta de oportunidad".
Tampoco constituye argumento en contra, que el letrado defensor o el propio acusado no advirtieran la omisión haciendo la correspondiente protesta, pues también pudo la parte acusadora recordar al Tribunal la obligación que la ley le imponía y que fue injustificadamente incumplida. No hay que olvidar que la subsistencia de un derecho de defensa, por su trascendencia y autonomía, no está a merced de una especial diligencia reclamatoria del letrado que asista al acusado.
No constituye, pues, la repetición del juicio un efecto de la sentencia anulatoria que este Tribunal de casación dicta, si la situación pudo haberse evitado en la instancia, y no se hizo.

4. Por todo lo expuesto procede decretar la nulidad del juicio, procediéndose a la nueva y urgente celebración del mismo por Tribunal diferente, ya que el que dictó la sentencia combatida ha formado criterio sobre la causa y las pretensiones argüidas por las partes".
En la misma línea se manifiesta nuestra jurisprudencia menor y así a título de ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 18 de marzo de 2.003 al decir que "la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2.002 establece que "en esta norma procesal se establece el deber del Presidente del Tribunal de preguntar a los procesados, terminados los informes de las acusaciones y defensas, si tienen algo más que manifestar y, a continuación, el deber de conceder la palabra al procesado que contestare afirmativamente. De acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala en las sentencias de 9 de diciembre de 1.997 y 5 de abril de 2.000, este último trámite del plenario no puede ser suprimido sin lesionar gravemente el derecho fundamental a la defensa que garantiza a todos el artículo 24.2 CE. EDL 1978/3879 Debe tenerse en cuenta que el derecho a la defensa es uno y el derecho a la asistencia de letrado otro, de suerte que la efectividad del segundo no deja sin contenido al primero. Así deben ser interpretados en nuestro ordenamiento jurídico los artículos 14.2,d), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6.3,c), del Convenio Europeo de Derechos Humanos que proclaman el derecho de todo acusado de defenderse personalmente -por sí mismo- o ser asistido por un defensor. Y constituye un rasgo

significativo de nuestra vieja y venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 - un rasgo revelador, por cierto, de la sensibilidad de sus autores para los valores liberales que inspiran el moderno proceso penal- que se anticipase en muchas décadas a la normativa que hoy refuerza el derecho a la defensa no considerándolo agotado con la intervención del Abogado defensor. El artículo 739 L.E.Criminal EDL 1882/1 abre para el acusado la posibilidad de expresar, directamente y sin mediación alguna, las alegaciones que estime pueden contribuir al más eficaz ejercicio del derecho de defensa, matizando, completando o rectificando, en su caso, los hechos y los argumentos expuestos por su Letrado; y al mismo tiempo, permite eventualmente que el Tribunal incorpore, a los elementos que debe apreciar en conciencia según el artículo 741 de la misma Ordenanza Procesal, algunos que, siendo dignos de advertencia y reflexión, hubiesen sido omitidos en la actuación del Letrado. Es por ello por lo que el derecho reconocido al acusado en el artículo 739 L.E.Criminal EDL 1882/1 se inscribe plenamente en el derecho de defensa y por lo que privar al mismo de la posibilidad de decir la última palabra en el proceso penal debe ser considerado lesivo de dicho derecho fundamental y motivo suficiente para casar y anular la Sentencia que se haya dictado tras producirse tal infracción constitucional. En principio, la casación de una sentencia por el quebrantamiento que hemos apreciado sólo debería llevar consigo, por aplicación analógica del artículo 901, bis, a), L.E.Criminal EDL 1882/1, la reposición de los autos al momento en que se omitió el cumplimiento de lo dispuesto en el mencionado artículo 739. No obstante, la importancia que revisten en el proceso penal los principios de concentración y unidad de acto nos obligan a anular el juicio oral desde su comienzo y a ordenar la reposición de las actuaciones al momento mismo de su inicio para que, en el más breve plazo posible habida cuenta del tiempo que llevan los justiciables esperando una respuesta penal definitiva, se celebre de nuevo ante un Tribunal integrado por Magistrados distintos de los que dictaron la Sentencia recurrida para eliminar, frente a las partes, toda sombra o sospecha de prejuicio. La estimación de este primer motivo del recurso no permite que continuemos conociendo del resto del mismo".

Por lo indicado y concurriendo los dos vicios procesales indicados y que causan efectiva indefensión, procede declarar la nulidad del Juicio Oral y reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su señalamiento, para que por juzgadora distinta de la que presidió el Juicio que ahora se declara nulo y emitió la sentencia objeto de apelación, se señale nueva Vista Oral y emita nueva sentencia, sin perjuicio de que pudiera pronunciarse previamente, tras oír al Ministerio Fiscal y partes personadas, mediante auto con respecto a la prescripción de los hechos o de los ilícitos penales objeto de acusación.

Finalmente indicar que se aprecia otro motivo de nulidad, éste de la sentencia al incurrir la misma en incongruencia omisiva, pues tras recoger en su encabezamiento que aparecen como imputados en la causa Ernesto, Iván, Pelayo y Carlos José, ningún pronunciamiento recoge el fallo de la sentencia dictada con respecto a Ernesto y a Pelayo. Si se retiró la acusación con respecto a los mismos debió recogerse sus efectos en la fundamentación jurídica y absolverlos en el fallo, ninguna de ambas cosas fueron realizadas por la Juzgadora de instancia".”

16.11. Práctica de la prueba en segunda instancia.

CONFIRMA LA AP LA SENTENCIA ABSOLUTORIA DICTADA EN INSTANCIA, YA QUE NO QUEDA ACREDITADA LA INFRACCIÓN DE NORMAS POR PARTE DEL ACUSADO.

LA AP ADMITE LA PRÁCTICA DE PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA SOLICITADA POR EL APELANTE.
SAP JAÉN (1ª) Nº 103/2013, DE 30 DE ABRIL, Pte. JURADO CABRERA Mª JESÚS.

Como la parte apelante solicitó la práctica de prueba en esta alzada consistente en documental, al encontrarnos en presencia de una sentencia absolutoria, y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en la sentencia nº 167/2002, de 18 de septiembre y reiterada en otras posteriores, así se acordó por esta Sala en el auto de fecha 9 de abril de 2013, en el que se dispuso el examen del acusado.

16.12. Principio acusatorio.

LA INCLUSIÓN POR EL MINISTERIO FISCAL DE DATOS QUE NO RECOGE EL AUTO DE TRANSFORMACIÓN EN PROCEDIMIENTO ABREVIADO NO SUPONE VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO ACUSATORIO, SIN QUE EN EL CASO EN CUESTIÓN SE HAYA VIOLADO EL PRINCIPIO DE DEFENSA EN UN SUPUESTO EN QUE A LO LARGO DE LA INSTRUCCIÓN SE HABÍA VENIDO IMPUTANDO DETERMINADAS OMISIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD A LOS HOY CONDENADOS
SAP Vizcaya (1ª) 19 de abril de 2013. Rollo abreviado nº 299/2012-1ª. Dimanante de PA 240/2012, del J. de lo Penal nº 1 de Bilbao.

"SEGUNDO.- Los recurrentes, alegan que en el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento penal abreviado, no se reflejaba un hecho esencial, que sí es incorporado en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, cual es que la carencia de medidas de protección en la prensa que utilizaba el trabajador, habían sido retiradas años atrás, siendo este hecho sobradamente conocido y permitido por ambos acusados, inclusión que supone, por un lado, una causación de indefensión para las personas imputadas, y, por otro lado, se alega la infracción del principio acusatorio; asimismo se indica que dicho auto no está suficientemente motivado en cuanto a la conducta de la que responden los acusados, por lo cual, implícitamente, se está produciendo un sobreseimiento tácito frente a aquellos, interpretación que es totalmente inasumible para la sala, ya que el auto antes citado claramente señala en el apartado dispositivo como únicos responsables penales de los hechos reflejados, a los recurrentes.
Este Tribunal ha consolidad una doctrina sobre el principio acusatorio, que, en relación con la exigencia de la congruencia entre acusación y fallo, y, por tanto, de la vinculación a que se ve sometido el órgano judicial a los términos de la acusación, se concreta en que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se ha acusado, entendiendo por "cosa" en este contexto no únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica (por todas SSTC 170/2002…….)
…..
A partir de lo expuesto, la sala considera que la inclusión de la frase antes cuitada y subrayada, si incorporaba con respecto a los hechos del auto de transformación, un

hecho o un comportamiento esencial relevante para la imputación subjetiva de los hechos a los recurrentres, que no supone infracción del acusatorio el cual se produce en la correlación entre el delito objeto de acusación y de condena, pero, aun de ser así, debía haber determinado una reacción, planteando una cuestión previa en el acto del juicio oral, cosa que no consta. En todo caso, no se aprecia en absoluto, una infracción del derecho de defensa, ya que, aparte de que a lo largo de toda la instrucción quedó bien claro que la responsabilidad que se imputaba a los recurrentes no era por lo habían hecho, sino por lo que no habían hecho, (es decir permitir la perpetuación de la situación de carencia de medidas de protección frente al riesgo de atrapamiento en el manejo de la troqueladora) a la hora de presentar el escrito de defensa, los recurrentes se jurídica, las penas solicitadas y las pruebas propuestas, por lo que cual pudieron accionar jurídicamente frente a los mismos con toda libertad y conocimiento, no apreciándose atisbo de indefensión conforme a lo dispuesto en los arts. 238.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24.2 de la Constitución."

16.13. Recurso de apelación adhesivo.

LA SUPERVIVENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN ADHESIVO ESTÁ SUPEDITADA A LA DEL RECURSO PRINCIPAL.
SAP MADRID (1ª) Nº 563/2013, DE 16 DE DICIEMBRE. PTE: AGUEDA HOLGUERAS, CARLOS.

Lo expuesto impide que analicemos la pretensión que eleva el Ministerio Fiscal, quien no interpone en tiempo y forma recurso de apelación y, en trámite de alegaciones, se adhirió al recurso interpuesto por M..
El Acuerdo de Unificación de Criterios del Orden Penal adoptado por esta Audiencia Provincial el 26 de mayo de 2006, relativo a la adhesión al recurso de apelación con pretensiones distintas al apelante principal, se centra en la admisibilidad en la regulación procesal actual de la adhesión al recurso de apelación con pretensiones diferentes opuestas a las del apelante principal, y establece que "el contenido de la impugnación adhesiva debe ser reconducido en la actualidad a su naturaleza accesoria, coadyuvante y carente de autonomía sustantiva propia, con lo que se quiere indicar que la pervivencia de la adhesión no sólo está supeditada a la del recurso principal –de modo que el decaimiento de éste por desistimiento, extemporaneidad en su interposición u otro motivo procesal lleva consigo el perecimiento de la adhesión-, sino también que no pueda convertirse en una suerte de contrarrecurso, habiendo de presentar, por el contrario, un contenido en sintonía con las pretensiones del recurrente principal."
La aplicación del criterio adoptado por el acuerdo indicado al presente caso lleva a a hacer decaer la pretensión del Ministerio Fiscal y, por tanto, a la desestimación del recurso interpuesto.

16.14. Renuncia a la acción: perdón del ofendido.

PARECE EVIDENTE QUE LA MERA RENUNCIA AL EJERCICIO DE ACCIONES NO PUEDE HACERSE EQUIVALENTE AL PERDÓN REGULADO EN EL ART. 130.5º DEL CÓDIGO PENAL.
SAP CORUÑA (1ª) Nº 121/2013, DE 7 DE MARZO. PTE: LAMAZARES LÓPEZ LUCÍA.

Este apelante alega en primer lugar que la sentencia recurrida infringe el art. 621.6 del C. Penal puesto que el trabajador accidentado Abel renunció a las acciones penales y civiles en escrito de fecha 29 de junio de 2011 lo que determina la absolución de Constancio.

Efectivamente, el art. 621 del C. Penal, en el que se sancionan las faltas de lesiones por imprudencia, contiene un apartado núm. 6 en el que se señala que todas estas faltas "sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal". Se trata, por tanto, en el sentido más estricto, de infracciones penales semipúblicas, esto es, que requieren, como requisito de perseguibilidad, una iniciativa del perjudicado, sin la cual no puede iniciarse la persecución penal; pero no por ello se han convertido en faltas privadas, sujetas a la plena y libre disponibilidad de las partes, sino que una vez que se ha cumplido este requisito de la denuncia, la falta puede ser perfectamente perseguible de oficio, a iniciativa del Ministerio Fiscal.

Ciertamente, este esquema, en principio simple, quedó enturbiado con la reforma del art. 969 de la Ley de enjuiciamiento criminal , en la cual se introdujo un párrafo 2 en este artículo que, señala que el Fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en que, "en atención al interés público", los Fiscales podrían dejar de asistir al juicio, cuando la denuncia del perjudicado sea requisito previo de perseguibilidad. Este precepto no establece, sin embargo, que este tipo de faltas pudieran ser perseguibles de oficio, una vez cumplido el requisito de perseguibilidad y tampoco prohibía, como a veces parece haberse entendido, la asistencia del Ministerio Fiscal y con ello la persecución pública.

Como consecuencia, en este caso, en que el perjudicado Abel , a través de su representación procesal, interpuso la correspondiente denuncia (folio 6 de la causa) quedó cumplido el requisito legal del art. 621.6 y con ello abierta la acción incluso pública para la acusación, que ejerció el Ministerio Fiscal por un delito contra los derechos de los trabajadores de los arts. 316 y 318 del C. Penal en concurso ideal con un delito de imprudencia grave con resultado de lesiones previsto y penado en el art 152.1.1º del C. Penal .

Cierto es que, antes del juicio, la representación procesal de Abel presentó escrito renunciando al ejercicio de la acción civil y penal al haber sido indemnizado (folio 802 de las actuaciones), escrito en el que se ratificó personalmente el Sr. Abel el día 15 de noviembre de 2011 (folio 826 de la causa). También es cierto que a menudo se ha entendido que la renuncia extinguía en estos casos la responsabilidad penal. Pero un análisis riguroso de las normas legales aplicables no permite sostener una conclusión semejante. Lo que dice el art. 639 del C. Penal es que en este tipo de faltas el perdón del ofendido extinguirá la acción penal o la pena impuesta. Claro está que en la generalidad de los supuestos en que el procedimiento se sigue como juicio de faltas, la renuncia del perjudicado, unida a la inasistencia del Ministerio Fiscal al juicio, determinará la inexistencia de acción penal acusatoria y con ella la absolución, o incluso el sobreseimiento previo a la celebración del juicio si el Ministerio Fiscal no tuviera intervención, pero, en puridad, no por extinción de la acción por la renuncia sino simplemente porque sin acusación no podría haber condena.

En suma, teniendo en cuenta todo ello, parece evidente que la mera renuncia al ejercicio de acciones no puede hacerse equivalente al perdón regulado en el art. 130.5º del C. Penal y que el requisito de perseguibilidad persistía cuando se celebró el juicio, cuando el Ministerio Fiscal acusó por un delito contra los derechos de los trabajadores de los arts. 316 y 318 del C. penal en concurso ideal con un delito de imprudencia grave con resultado de lesiones del art. 152.1.1º del C. Penal , ya que en ningún momento se había

producido el perdón expreso del perjudicado, habiendo resuelto el juez a quo condenar a Constancio , no por delito, sino por mera falta de imprudencia con resultado de lesiones del art. 621.3 del C. Penal ; siendo por todo ello por lo que es procedente desestimar la primera alegación de este apelante expuesta en su recurso de apelación.

16.15. Existencia de sanción administrativa.

EN SUPUESTOS COMO EL PRESENTE EN EL QUE CONCURRE UNA SANCIÓN IMPUESTA POR LA AUTORIDAD LABORAL, EN MODO ALGUNO PUEDE LLEVAR A DICTAR UNA SENTENCIA ABSOLUTORIA.
SAP ZARAGOZA (6ª) Nº 85/2013, DE SEIS DE MARZO, PTE. BLASCO OBEDÉ, RUBEN

Dada la sanción administrativa impuesta a la empresa por estos hechos, se habla en el recurso del principio "non bis in idem" que, como se dice ya en el recurso en fase de instrucción se declaró que no quebrantaba el mismo (auto de tres de mayo de 2011 confirmado por esta Audiencia Provincial, Sección Tercera, en el suyo de uno de junio de 2011). Este principio, en supuestos como el presente en el que concurre una sanción impuesta por la Autoridad Laboral, en modo alguno puede llevar a dictar una sentencia absolutoria que, como se dice, ciertamente no se pide en base en él, debiendo reseñarse, conforme declaran de manera unánime las resoluciones dictadas por las Audiencia Provinciales, que hemos de señalar que esta cuestión ya ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional en su Sentencia del Pleno 2/2003 de 16 de enero, afirmando la supremacía de la Jurisdicción Penal sobre la administrativa, considerando que en caso de hechos que sean a la vez constitutivos de infracción administrativa y de infracción penal solo la infracción penal es realmente aplicable, lo que determina que el único poder público con competencia para ejercer la potestad sancionadora sea la jurisdicción penal. Considera el Alto Tribunal que tal primacía se sustenta en primer lugar en el artículo 25 de la Constitución en relación con el artículo 117 de la misma, en cuanto que establecen un límite implícito que afecta al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración consistente en que ésta solo podrá ejercerse si los hechos no son paralelamente constitutivos de infracción penal y la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para ejercer la potestad punitiva. Considerando que en los casos en que exista esa dualidad sancionadora, si la sanción penal es posterior a la administrativa, considera el Tribunal en la mencionada sentencia de su Pleno que una forma de evitar la vulneración del derecho a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento sería descontar la sanción administrativa a la hora de fijar la pena y evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa, lográndose con ella impedir la reiteración sancionadora que es lo que prohíbe el principio "non bis in idem".
En el presente, no resulta de aplicación el citado principio, ya que la sanción administrativa se impuso a la empresa, mientras que la penal lo ha sido al acusado como gerente de la misma, y aunque pudiéramos encontrar que es de aplicación el repetido principio, lo que se rechaza, la cuestión podría fácilmente subsanarse, bien instando ante las autoridades administrativas la revocación o anulación de la sanción, o bien, justificado su pago, instar en ejecución de la sentencia recurrida que se le tenga por compensada la cantidad que efectivamente haya podido haber abonado. La jurisdicción

penal no puede dejar de castigar un delito por estar el hecho sancionado en vía administrativa.

16.16. Valoración de las sentencias dictadas en otros órdenes juridiccionales.

LAS SENTENCIAS DICTADAS POR OTROS ÓRDENES JURISDICCIONALES NO TIENEN EFICACIAPARA SUPERPONERSE EL CRITERIO DEL TRIBUNAL PENAL ACTUANTE, DE FORMA QUE TENGA QUE ESTAR Y PASAR POR EL CONTENIDO DE SUS DECLARACIONES PRESCINDIENDO DEL RESULTADO DE LA PRUEBA QUE ANTE ÉL SE HAYA PRACTICADO.
SAP MÁLAGA (1ª) Nº 119/2013, DE DOCE DE MAYO. PTE: LINARES ARANDA, RAFAEL.

Es doctrina reiterada del TS (Sentencias de 13 de septiembre, 22 de noviembre y 12 de diciembre de 1974; 19 de octubre de 1984 y 13 de noviembre de 1989, entre otras) que las sentencias sobre temas análogos e incluso sobre todo parte de los mismos hechos, dictados por los Tribunales de otra jurisdicción, así como las producidas por los Tribunales del mismo orden jurisdiccional, no vinculan al Tribunal sentenciador, ni le impiden formar libremente su convicción sobre temas fácticos y jurídicos que defieran en el proceso de que se trate. Dichas sentencias ajenas, debidamente testimoniadas o certificadas tiene sólo, a los efectos dichos, una finalidad intrínseca, circunscrita al dato del Tribunal sentenciador, fecha, identidad de las partes y hasta el dato que objetivamente resolvió, pero no tienen eficacia para superponerse al criterio del Tribunal Penal actuante, de forma que tenga que estar y pasar por el contenido de sus declaraciones prescindiendo del resultado de la prueba que ante él se ha practicado (véase, por todas, la Sentencia de 4 de febrero de 1981).
También hay que destacar que el TC señala que es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (STC 77/1983 de 3 de octubre, BOE de 7 de noviembre EDJ1983/77). Si existe una resolución judicial firme dictada en un orden jurisdiccional, los otros órganos judiciales que conozcan del mismo asunto deberán también asumir como ciertos los hechos declarados tales por la primera resolución o justificar la distinta apreciación que hacen de los mismos. Cualquier otra resolución es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 158/1985 de 26 de noviembre. BOE de 17 de diciembre EDJ1985/132 y 204/1991 de 30 de octubre, BOE de 27 de noviembre EDJ1991/10313).
En conclusión, si bien las dos resoluciones del orden jurisdiccional social dictadas en relación a los hechos del accidente laboral que es objeto de enjuiciamiento en sede penal, no son vinculantes constituyen una serie de indicios objetivos que deben ser tenidos en cuenta, y debe ser el Juez de lo Penal el que debe razonar porque no los aprecia en su resolución, cuando además, se corroboran por pruebas practicadas en el juicio.

NO ES VINCULANTE PARA LA JURISDICIÓN PENAL LO RESUELTO EN OTRA JURISDICCIÓN.
SAP OVIEDO (2ª) Nº 473/2013, DE 8 DE NOVIEMBRE. PTE: GARCÍA-BRAGA PUMARADA, JULIO.

A este respecto debemos dar por reproducido lo señalado al efecto en el terreno de los fundamentos legales de la sentencia de instancia, toda vez que es cierto, que cada procedimiento se resuelve con las pruebas que se practican en el transcurso del mismo, sin que sea vinculante lo dictado en uno u otro procedimiento como aquí sucede, ya que si bien en la sentencia de la Sala de lo Contencioso se dice "que la modificación del andamio se realizó sin supervisión o indicación de L…, no se expresan los argumento en atención a los cuáles se llega a esta conclusión", algo que aquí no sucede al dar cumplida respuesta a todas las cuestiones y controversias suscitadas en relación con el luctuoso suceso enjuiciado y las causas que motivaron el mismo.

LA JUZGADORA DE LO PENAL NO SE HA VINCULADO POR LO RESUELTO EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL QUE DECLARÓ LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL.
SAP ZARAGOZA (6ª) Nº 85/2013, DE SEIS DE MARZO, PTE. BLASCO OBEDÉ, RUBEN

Dentro del mismo apartado del recurso, hay una alusión a la sentencia sobre despido dictada en la jurisdicción social. Sobre esto el Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, en sentencia de 24 de mayo de 2002 nos dice que, como expresa la sentencia de esta Sala de 3 de octubre de 1996 (RJ 7826), "en materia penal, en ningún caso un órgano judicial puede estar vinculado, en el enjuiciamiento de determinados hechos, por lo resuelto por otro órgano judicial que haya podido conocer de ellos, por la razón que sea; independientemente de los supuestos en que concurra la "cosa juzgada" (art. 666.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En el presente, la juzgadora de lo penal no se ha vinculado por lo resuelto en la jurisdicción social que declaró la existencia de relación laboral, si bien sus resoluciones constituyen una prueba documental que necesariamente ha de ser valorada en este proceso, junto al resto de pruebas practicadas. No se ha producido pues vulneración de derecho alguno,
La prejudicialidad es a favor del orden penal, tal y como se desprendía del artículo 86 Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprobó el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, y hoy se contempla en el vigente texto contenido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

16.17. Valoración del informe de la Inspección de Trabajo.

LA SALA, EN CONTRA DE LA TESIS DEL JUZGADO DE INSTANCIA, AFIRMA QUE EL NO HABER VISTO EL INSPECTOR DE TRABAJO EL ANDAMIO MONTADO, NO DESAUTORIZA SU INFORME.
SAP MÁLAGA (1ª) Nº 119/2013, DE DOCE DE MAYO. PTE: LINARES ARANDA, RAFAEL.

Pues bien, observadas las prescripciones teóricas anteriores, nos encontramos con que de las pruebas practicadas queda acreditada la omisión, penalmente relevante en cuanto al suministro de medidas de seguridad. Se tiene en cuenta por una parte, el Informe de la Inspección Provincial de Trabajo de 14 de abril de 2004, descartado por el Juzgador y que explica en su última resolución, por el hecho de que el inspector no pudo ver el andamio montado, lo que no basta para descalificar así un informe realizado por un

técnico que ningún interés tiene en el accidente y que tras diligencias que en el ejercicio de su función lleva a cabo, llega a determinadas conclusiones, que además no fueron objeto de impugnación…"

16.18. Valoración de la inspección ocular y fotografías.

ESPECIAL VALORACIÓN DE LA INSPECCIÓN OCULAR Y DE LAS FOTOGRAFÍAS OBRANTES EN EL ATESTADO
SAP Vizcaya (1ª) 03/04/2013, rollo 235/2012, dimanante de PA 142/2011, del J. de lo Penal nº 4 de Bilbao.

"Los listones o cabríos que se apoyaban sobre el suelo de la planta cuarta y que soportaban la estructura de madera, no contaban con elemento alguno de sujeción o enclavamiento al suelo, tal y como ha deducido el magistrado de instancia a la luz de la valoración, en conjunto, de los diversos medios de prueba practicados, entre los que se encuentran las actas de inspección ocular levantadas por los agentes actuantes, fotografías obrantes a los folios 32 a 43 del atestado, ratificadas por las testificales de los mismos, inequívocas de que no encontraron clavos en la cuarta planta o en las inferiores, ni agujeros en la cuarta planta indicativos del enclavamiento, careciendo de toda relevancia que se alegue por alguno de los recurrentes que no integraban la sección de policía científica, ya que en este caso su labor detallada, concienzuda y con abundante material gráfico con las explicaciones oportunas, que suponen la constatación de circunstancias objetivas, resulta irreprochable y resulta corroborada, en este extremo concreto, por el logiquísimo argumento, expresado en la sentencia, de que en el caso de que tal enclavamiento hubiera existido, la caída de la estructura de madera no hubiera sido total sino parcial, por trozos ni hubieran caído sueltos entre sí, como relatan los testigos presenciales A.R. y A. de C., a lo que se une que no existe ni una sola prueba testifical o pericial de carácter imparcial, que establezca de una forma veraz y sólida tal conclusión."

17. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS ACCIDENTES LABORALES.

17.1 Ausencia de legitimación de las Compañías de Seguros: diversos supuestos.

RECUERDA LA AP LA DOCTRINA DEL TC SOBRE LA AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN DE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS PARA COMBATIR LOS PRONUNCIAMIENTOS PENALES.
EDJ 2013/149045
SAP BARCELONA (10ª) Nº 549/2013, DE 3 DE JUNIO. REC: 43/2013, PTE. PLANCHAT TERUEL, JOSE MARÍA.

La representación procesal de Reale Autos y Seguros Generales S.A. inicia su recurso formulando alegaciones acerca de la valoración probatoria, disintiendo del reproche de culpabilidad de las personas condenadas. Tales alegatos deben ser en todo punto rechazados. Valga, por un lado, recordar la doctrina del Tribunal Constitucional que desde años atrás vedaba la posibilidad de combatir el pronunciamiento penal a la Compañía de seguros, al carecer de legitimación para hacerlo (la STC 90/1988 de 13 de mayo expresó que quedaba "acotada la legitimación de la Compañía aseguradora a la

acción civil que frente a ella se ejercitaba en el proceso penal"): y, además, por otro, que no vienen sino a ser paralelos a los que ya han sido analizados por este Tribunal de alzada al abordar los anteriores recursos.

LA CONDENADA COMO RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIA NO TIENE LEGITIMACIÓN PARA PEDIR LA CONDENA DE LA RESPONSABLE CIVIL DIRECTA.
SAP JAÉN (1ª) Nº 119/2013, DE 8 DE MAYO, Pte. JURADO CABRERA, Mª JESÚS.

Así pues, debe rechazarse el recurso de apelación interpuesto, máxime cuando la recurrente, la empresa condenada como responsable civil subsidiaria no está legitimada para formular en vía de recurso la condena de la aseguradora C, absuelta en la instancia, ya que como responsable civil subsidiaria sólo estaría legitimada para impugnar extremos relativos a su propia condena como tal responsable civil subsidiario, (título causal, bases de la determinación cuantitativa), es decir, para ejercitar derechos propios directa o indirectamente, pero no ajenos, y por la apelante no se discute su condena en este proceso, sino que lo que impugna es la procedencia o no de condenar a otra entidad aseguradora como responsable civil, y al respecto debe de tenerse en cuenta que toda parte de un proceso tiene acción legal para defender sus derechos e intereses y por tanto en este caso solo podría incidir dentro del ámbito de las cuestiones que surjan en torno a sus obligaciones civiles aunque estas nazcan de un delito o falta.

LA ASEGURADORA CARECE DE LEGITIMACIÓN PARA POR VÍA DEL RECURSO DE APELACIÓN SOLICITAR LA MODIFICACIÓN DE LOS HECHOS Y SOLICITAR LA ABSOLUCIÓN DEL CONDENADO.
SAP PALENCIA Nº 67/2013, DE DOS DE OCTUBRE. PTE. DONIS CARRACEDO, MIGUEL

Respecto del invocado primer motivo de dicha aseguradora ,consistente en la existencia de un error en la valoración de la prueba con pretensión de modificación del relato de hechos probados, la consecuente absolución del condenado y exoneración de responsabilidad civil de la apelante, hemos de estar de acuerdo con el informe Fiscal en el sentido que la aseguradora carece de legitimación respecto al aludido motivo, debiéndose haber limitado el recurso a impugnar conceptos indemnizatorios pero no los aspectos estrictamente penales, como así sienta el TS en las múltiples sentencias argüidas por el Fiscal.

LA EMPRESA, COMO RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIA, CARECE DE LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR LA RESPONABILIDAD PENAL DEL AUTOR DIRECTO, PORQUE ASUMIRÍA LA DEFENSA DE DERECHOS AJENOS.
SAP SEVILLA (3ª) Nº 187/2013, DE 21 DE MARZO, PTE: MÁRQUEZ ROMERO, ÁNGEL.

En segundo lugar, hemos de tener en cuenta, de acuerdo con la doctrina constitucional, la indefensión es la situación en la que, normalmente con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando su capacidad de ejercitar bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (SSTC 89/1986, 145/1990), siempre que la indefensión tenga un carácter material, expresión con la que se quiere subrayar su relevancia o trascendencia, es decir, que produzca un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (SSTC 48/1984, 155/1988, 145/1990, 188/1993, 185/1994, 89/1997, 186/1998,52/1999), y tal situación no es predicable de la entidad recurrente, desde el momento en que su legitimación como responsable civil subsidiario, ha de quedar constreñida a la impugnación de los daños y perjuicios surgidos del delito y también a su cualidad de sujeto pasivo de esa responsabilidad, así como a negar el nexo causal en que pueda asentarse la responsabilidad civil, pero carece de aquella condición procesal para impugnar la responsabilidad penal del autor directo, porque asumiría la defensa de derechos ajenos que le está vedada (sentencia del TS de 5 de noviembre de 1991), y es precisamente ello, lo afectado por la pericial atacada, ya que su práctica en la forma como ha tenido lugar, incide fundamentalmente en la determinación de la causa del siniestro y su atribución a los acusados, y no en el resultado lesivo en el que ambos peritos están de acuerdo.

LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS CARECEN DE LEGITIMACIÓN PARA HACER ALEGACIONES SOBRE LA RESPONSABLIDAD PENAL DE SUS ASEGURADOS.
EDJ 2013/250200
SAP TARRAGONA (2ª) Nº 490/2013, DE 11 DE NOVIEMBRE. REC: 69172013. PTE: UCEDA SALES, SARA

Finalmente, procede entrar a resolver los recursos formulados por las aseguradoras pero, teniendo en cuenta que el interpuesto por Seguros Catalana Occidente S.A, lo es en su calidad de aseguradora de MARSÓ GAIÀ S.L, en atención a lo expuesto en el anterior fundamento jurídico, carece de objeto su análisis y resolución.

_
En cuanto al interpuesto por la aseguradora ASEFA, SEGUROS Y REASEGUROS S.A, como responsable civil directa de su asegurada HABITAT GAIÀ S.L, en primer lugar debe recordarse, como esta Sala ya ha indicado en anteriores ocasiones, que las aseguradoras carecen de legitimación para formular alegaciones atinentes a la responsabilidad penal de sus asegurados y ello por cuanto las Compañías de Seguros tienen vedada la posibilidad de combatir todo pronunciamiento penal tal y como se ha declarado reiteradamente por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional desde años atrás.

_
Efectivamente, la STC 90/1988 de 13 de mayo, expresa que: " los intereses de aquélla son ajenos al enjuiciamiento y calificación jurídico-penal de la conducta del autor del delito, limitándose su intervención, de un lado, en materia de seguro obligatorio de vehículos de motor, a discutir la obligación de pagar la indemnización en relación con una regular vigencia de su contrato de seguro, y, de otro, en cuanto al seguro voluntario, a la fijación además del montante indemnizatorio, eliminando cualquier atisbo de indefensión por no poder impugnar el pronunciamiento penal e insistiendo en que queda

"acotada la legitimación de la Compañía aseguradora a la acción civil que frente a ella se ejercitaba en el proceso penal".

_

En dicho sentido la STS de 24 de septiembre de 2012 también trata la cuestión de la legitimación del tercero responsable civil para impugnar las cuestiones penales sustantivas llegando a la conclusión de que el responsable civil subsidiario tiene delimitada su actuación dentro del proceso penal, al área puramente indemnizatoria, sin que le sea posible alegar en su defensa cuestiones de descargo penales.

_

Así pues, la compañía aseguradora recurrente carece de legitimación para cuestionar aspectos de la sentencia que afectan única y exclusivamente a la responsabilidad penal del Sr. Esteban, es decir, no puede pretender la revisión de la prueba para solicitar un pronunciamiento absolutorio penal o culpa exclusiva de la víctima, cuestiones que además carecen de trascendencia práctica por cuanto las que plantea la aseguradora ya han sido resueltas con anterioridad al analizar el recurso formulado por el acusado.

LA ASEGURADORA CARECE DE LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR LA CONDENA PENAL

EDJ 2013/111707 SAP Pontevedra de 31 mayo 2013. Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 2ª, S 31-5-2013, nº 153/2013, rec. 360/2013. Pte: Cimadevila Cea, Rosario.

"La aseguradora, condenada solidariamente con el acusado Isidoro al pago de las indemnizaciones civiles a los trabajadores lesionados, presenta asimismo recurso de apelación invocando los siguientes motivos: a) existencia de suficientes medidas de seguridad para el trabajo a realizar en cubierta; b) que el accidente ocurrió fuera de la jornada laboral; c)culpa exclusiva de los denunciantes; d) indebida absolución de Mafre e Itapu, e) existencia de un límite de la responsabilidad de Whinterthur a 300.000 euros por siniestro y a 150.000 euros por víctima, f) improcedencia de imponer los intereses de mora del 20%. Termina suplicando que "se absuelva a whinterthur seguros de todos los pedimentos de acuerdo con lo alegado en este recurso".

En cuanto a los motivos que afectan al fondo de la cuestión penal, es decir, a las condiciones en que se desarrollaba el trabajo y circunstancias concurrentes en los hechos, carece la aseguradora de legitimación para su impugnación.

Como recoge la S.T.S de 17-10-1991 en relación con la legitimación de la compañía de seguros para recurrir la condena penal en el recurso de casación (también de apelación) el recurrente carece de legitimación procesal para formular el motivo en examen en tanto que el tema de la responsabilidad penal es ajeno a la pretensión indemnizatoria ejercitada contra la compañía de seguros recurrente, según doctrina muy consolidada y declarada por el Tribunal Constitucional (sentencias 13 mayo 1988) como por esta Sala, tanto más que el procesado y condenado en la instancia se ha aquietado con la sentencia (sentencias 6 y 19 abril 1989 entre las recientes). Así lo reitera la más reciente S.T.S de 4- 02-2005 REC 2167/2003."

17.2 Ausencia de legitimación del acusado para determinar quien debe asumir la responsabilidad civil de sus actos.

EL ACUSADO NO TIENE LEGITIMACIÓN PARA DETERMINAR LAS PERSONAS FÍSICAS O JURÍDICAS QUE DEBE ASUMIR LAS RESPONSABILIDADES CIVILES DE SUS ACTOS DELICTIVOS.
SAP MADRID (1ª) Nº 563/2013, DE 16 DE DICIEMBRE. PTE: AGUEDA HOLGUERAS, CARLOS.

El hoy recurrente ha ostentado en el procedimiento la posición de imputado y, tras haber sido acusado, ha resultado condenado, conforme a lo expuesto. No se ha constituido en parte acusadora, ni en actor civil, posiciones que, en relación con los hechos objeto del procedimiento y la relación jurídico procesal derivada de ellos, le habrían estado vedadas. Ha señalado esta Audiencia Provincial que "no le corresponde al acusado en un proceso penal determinar las personas físicas o jurídicas que deban asumir las responsabilidades civiles de sus actos delictivos. Ello viene especificado en el propio Código Penal y tal decisión se rige por el principio acusatorio" (SAP Madrid Sec. 15, nº 469/08, de 31 de octubre). Ello le impide erigirse en parte legitimada activamente para obtener un pronunciamiento condenatorio en esta alzada, respecto de determinadas entidades frente a las cuales no habría dirigido petición de condena en primera instancia, ni se lo hubiera permitido el proceso penal.
Podrá el recurrente, en un ámbito distinto al presente, ejercitar aquellas acciones que estime oportunas, ajenas al ámbito criminal, conforme a las cuales pueda obtener fundada respuesta a eventuales reclamaciones frente a personas o entidades, contra las cuales no ha podido dirigirse en el presente procedimiento. Sin embargo, los razonamientos expuestos le impiden devenir en legitimado activamente para sostener una pretensión condenatoria como la expuesta, por lo que procede desestimar el recurso de apelación…

17.3 Ausencia de legitimación para reclamar por el cónyuge.

EL RECURRENTE CARECE DE LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR LA INDEMNIZACIÓN QUE LE CORRESPONDERÍA A SU CÓNYUGE.
EDJ 2013/ 281114
SAP MADRID (6ª) Nº 551/2013, DE 1 DE OCTUBRE. REC: 474/2012, PTE: ABAD CRESPO JULIÁN.

Se alega en el recurso formulado por Ramón que en la sentencia se vulnera el art. 113 del Código Penal EDL 1995/16398 al no conceder indemnización por daños morales al cónyuge del agraviado.
Hoy en día en el art. 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 se otorga el derecho a recurrir contra las resoluciones judiciales únicamente a las partes que dichas resoluciones les afecten desfavorablemente. Precepto que resulta de aplicación supletoria al procedimiento penal de conformidad con lo establecido en el art. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 . Constituyendo el citado art. 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 la plasmación en la ley de la doctrina jurisprudencial, de la que sirven de ejemplo las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 12-2-2001 EDJ 2001/1039 , 29-12-2004 EDJ 2004/234873 y 15-6-2005 EDJ 2005/108835 , conforme a la cual, la legitimación

para interponer cualquier clase de recurso contra las resoluciones judiciales requiere la existencia de interés por la parte recurrente en la revisión y modificación de la resolución recurrida, fundado dicho interés en la existencia de un gravamen que resulta de la desestimación de las pretensiones por ella formuladas, de ahí que tal legitimación para recurrir sólo se dé en quién aparece como perjudicado por la vulneración por la inadmisión de sus pretensiones; es decir, la legitimación para recurrir no resulta únicamente de la condición de parte procesal, sino que es preciso que la parte recurrente resulte perjudicada en sus intereses por la resolución recurrida.
En el presente caso, la eventual concesión o denegación de indemnización a favor del cónyuge del recurrente no afecta a los intereses del mismo, sino que, en su caso, la no concesión de indemnización al cónyuge del ahora recurrente sólo perjudicaría a dicho cónyuge, por lo que sólo éste estaría legitimado para recurrir la sentencia en relación con tal particular. Y al carecer de legitimación del recurrente la sentencia dictada en la primera instancia en relación con el no establecimiento de indemnización a su cónyuge, la indicada falta de legitimación constituye causa de la desestimación del motivo de recurso.

DENEGADA INDEMNIZACIÓN A FAVOR DE ESPOSA DE TETRAPLÉJICO (posible supuesto comprendido en los factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, tabla IV del baremo) POR NO SER PARTE EN EL PROCESO: SAP Almería (1ª) 126/2013, de 13 de mayo. Recurso 164/2013, dimanante de procedimiento abreviado 532/2011, del juzgado de lo penal número 4 de Almería.

"Se solicita indemnización por daños morales de familiares, en concreto, la esposa, cuando no es parte del proceso y su personación como perjudicada fue denegada por providencia de 11/11/2009 (folios 1159 a 1178 de los autos) sin recurso alguno por la parte deviniendo firme, por lo que ningún pronunciamiento procede al objeto en la presente".

17.4 Baremo: aplicación

INCREMENTA LA AP EN UN 20% LAS CANTIDADES A ABONAR, YA QUE EL BAREMO DE TRÁFICO TIENE ÚNICAMENTE UN CARÁCTER MERAMENTE ORIENTATIVO.
SAP BALEARES (2ª) Nº 63/2013 DE 27 DE FEBRERO. PTE: GÓMEZ-REINO DELGADO, DIEGO JESÚS.

Finalmente, y en lo que respecta al recurso interpuesto por la mujer e hija del trabajador fallecido , el mismo también ha de prosperar en parte, en la medida en que como acertadamente se alega por la acusación particular la jurisprudencia admite y reconoce la procedencia de aplicar, por analogía y con carácter meramente orientativo, el baremo previsto en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro establecido ara supuestos de accidente de circulación con culpa penalmente relevante, a situaciones de daños corporales causados en delitos dolosos, si bien es verdad que debido a que el daño moral infligido a su familia es mayor y mucho más importante atendida la comisión dolosa de los daños corporales, frente a la imprudente, aparece procedente y adecuado establecer un porcentaje de aumento a fin de abarcar ese mayor perjuicio moral irrogado

a las víctimas sobre el cálculo de las indemnizaciones valoradas conforme al baremo previsto para supuestos de accidentes de trafico, tanto por ciento que estimamos en un 20% de incremento.

EL BAREMO DE TRÁFICO TIENE UN CARÁCTER MERAMENTE ORIENTATIVO.
SAP BARCELONA (9ª) Nº 2013, DE 3 DE SEPTIEMBRE, PTE. CONDE PALOMARES, CELIA

Por tanto explica perfectamente el juzgador el motivo por el que concede una cantidad mayor a la prevista en el baremo, baremo que sólo aplica con carácter orientativo a la hora de fijar la indemnización por días de incapacidad Y tal proceder es perfectamente ajustado a la jurisprudencia, así el STS de 12 de abril de 2012 enseña que la aplicación de los criterios cuantitativos del Baremo legal, inicialmente relativo a las consecuencias de la siniestralidad automovilística, si bien en la actualidad se encuentra ya ampliamente recomendada a otros muchos y muy distintos ámbitos como el civil (vid por ej. STS, Sala 1ª, de 9 de febrero de 2011), administrativo (STS, Sala 3ª, de 20 de septiembre de 2011), laboral (STS, Sala 4ª, de 17 de julio de 2007) y, por supuesto el penal (STS, Sala 2ª, de 10 de abril de 2000, entre otras muchas), con base en señaladas razones como las de igualdad de trato seguridad jurídica, predecibilidad de los pronunciamientos judiciales, entre otras, no deja de serlo con efectos meramente orientativos, matizándose, concretamente en materia de delitos dolosos, la conveniencia de cierto incremento respecto de los importes inicialmente establecidos, con base al mayor dolor (daño moral) que el padecimiento de esta clase de conductas, intencionadas, pueden originar en el ánimo de quien las sufre, frente a las meramente imprudentes.

EL BAREMO TIENE CARÁCTER ORIENTATIVO, Y EN EL CASO DE LOS DELITO DOLOSOS SE POSIBILITA APLICAR CIERTOS INCREMENTOS.
EDJ 2013/149045
SAP BARCELONA (10ª) Nº 549/2013, DE 3 DE JUNIO. REC: 43/2013, PTE. PLANCHAT TERUEL, JOSE MARÍA.

La indemnización decretada se ajusta al baremo de la Ley 30/1195 de 8 de noviembre de Ordenación y supervisión de seguros privados. Este Tribunal de apelación tiene reiteradamente dicho que puede sostenerse válidamente la adopción de dicho baremo para situaciones que quedan extramuros de la circulación de vehículos, pues no resulta tampoco aventurado sostener que el resultado lesivo es el que es con independencia de su origen. La opción por el baremo posee indudables efectos objetivadores y hasta fiscalizables. El libre arbitrio judicial en este campo supone la libérrima facultad de utilizar el repetido baremo o de dejar de hacerlo, lo que sí que resultaría en todo caso rechazable es fragmentar su aplicación para determinados extremos y no para otros. En este sentido la STS de 20 de febrero de 2006, ya expresó, respecto entonces de delitos dolosos, que "no es exigible la aplicación del baremo, aunque, partiendo de su posible utilización como elemento orientativo, las cantidades que resulten de sus tablas pueden considerarse un cuadro de mínimos, pues habiendo sido fijadas imperativamente para casos de imprudencia, con mayor razón habrán de ser al menos atendidas en la producción de lesiones claramente dolosas" y mucho más recientemente la STS de 12 de abril de 2012 vuelve sobre ello al proclamar que "inicialmente relativo a las

consecuencias de la siniestralidad automovilística, si bien en la actualidad se encuentra ya ampliamente recomendada a otros muchos y muy distintos ámbitos como el civil (vid. por ej. STS, Sala 1ª, de 9 de febrero de 2011), administrativo (STS, Sala 3ª, de 20 de septiembre de 2011), laboral (STS, Sala 4ª, de 17 de julio de 2007) y, por supuesto, el penal (STS, Sala 2ª, de 10 de abril de 2000, entre muchas otras), con base en señaladas razones como las de de igualdad de trato, seguridad jurídica, predecibilidad de los pronunciamientos judiciales, entre otras, no deja de serlo con efectos meramente orientativos, matizándose, concretamente en materia de delitos dolosos, la conveniencia de cierto incremento respecto de los importes inicialmente establecidos, con base en el mayor dolor (daño moral) que el padecimiento de esta clase de conductas, intencionadas, pueden originar en el ánimo de quien las sufre, frente a las meramente imprudentes".

EL BAREMO ES SOLO ORIENTATIVO EN LOS CASOS EN QUE LAS LESIONES NO SE DERIVAN DE UNA CONDUCTA IMPRUDENTE DERIVADA DE UN ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN CON VEHÍCULO A MOTOR, PERO SI SE DECIDE SU APLICACIÓN, ES EVIDENTE QUE EN SU APLICACIÓN DEBEN TENERSE EN CUENTA LOS CRITERIOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES AL EFECTO.
SAP BARCELONA (10ª) Nº /2013, DE 30 DE JULIO. PTE COMAS D'ARGEMIR CENDRA, MONSERRAT.
Efectivamente, tal y como razona la Juzgadora en el fundamento de derecho quinto, el Baremo es sólo orientativo en los casos como éste en el que las lesiones no se derivan de una conducta imprudente derivada de un accidente de circulación con vehículo a motor. Sin embargo, si se decide su aplicación, de acuerdo con el propio criterio solicitado por la acusación particular, es evidente que en su aplicación deben tenerse en cuenta los criterios legales y jurisprudenciales al efecto. Y, en este sentido, una de las cuestiones que mayor disparidad de criterios ha suscitado en la práctica judicial, es el referente a si la cuantificación de los días de curación de las lesiones y secuelas debe realizarse teniendo en cuenta las de la fecha del hecho, las de la fecha de estabilización de las lesiones o alta médica, o bien en la fecha en que se dicta la sentencia judicial de primera instancia.
La sentencia de instancia en el particular relativo al cálculo indemnizatorio lo hace en función del Baremo vigente en la fecha del dictado de la Sentencia, con apoyo de la interpretación de la deuda de valor por la doctrina de casación. Sin embargo, a la luz de la última doctrina del Tribunal Supremo no puede mantenerse dicha opción. Esta última doctrina legal desde la STS de 17 de abril de 2007, dictada por el Pleno de la Sala I y reproducida en las posteriores de fechas 10 de julio, 23 de julio y 30 de julio establece: "*La discusión que se ha reproducido sobre la incompatibilidad entre irretroactividad y deuda de valor parte de una interpretación fragmentaria de las normas establecidas en el artículo 1.2 y el apartado primero del Anexo de la Ley 30/1995, puesto que se deja de lado lo establecido en los mismos cuando se establece que "a los efectos de la aplicación de las tablas la edad de la víctima y de los perjudicados y beneficiarios será la referida a la fecha del accidente", para fijarse únicamente en la valoración de los denominados "puntos", que son el resultado de la aplicación de las reglas de cuantificación introducidas por la ley 30/95 en las diferentes tablas, según el tipo de daños sufridos y las circunstancias de cada perjudicado. Por tanto, debe distinguirse entre ambos momentos: 1º La regla general determina que el régimen legal aplicable a*

un accidente ocasionado con motivo de la circulación de vehículos es siempre el vigente en el momento en que el siniestro se produce, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor y el tantas veces aludido punto 3º del párrafo primero del anexo de la Ley 30/1995, que no fija la cuantía de la indemnización porque no liga al momento del accidente el valor del punto que generará la aplicación del sistema. El daño, es decir, las consecuencias del accidente, se determina en el momento en que este se produce y este régimen jurídico afecta al número de puntos que debe atribuirse a la lesión padecida y a los criterios valorativos (edad, trabajo, circunstancias personales y familiares, incapacidad, beneficiarios en los casos de muerte, etc.), que serán los del momento del accident. En consecuencia y por aplicación del principio de irretroactividad, cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resulta indiferente para el perjudicado. 2º Sin embargo, puede ocurrir y de hecho ocurre con demasiada frecuencia, que la determinación definitiva de las lesiones o el número de días de baja del accidentado se tengan que determinar en un momento posterior. El artículo 1.2 y el número 3 del párrafo primero del anexo de la Ley 30/1995 no cambia la naturaleza de deuda de valor que esta Sala ha atribuido a la obligación de indemnizar los daños personales, según reiterada jurisprudencia. En consecuencia, la cuantificación de los puntos que corresponden según el sistema de valoración aplicable en el momento del accidente debe efectuarse en el momento en que las secuelas del propio accidente han quedado determinadas, que es el del alta definitiva, momento en que, además, comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización, según reiterada jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 8 julio 1987, 16 julio 1991, 3 septiembre 1996, 22 abril 1997, 20 noviembre 2000, 14 y 22 junio 2001, 23 diciembre 2004 y 3 octubre 2006, entre muchas otras).

En base a dicho criterio jurisprudencial las cuantías indemnizatorias deben ser modificadas, al ser de aplicación el Baremo del año 2005, aprobado por Resolución de 17-4-2005

EN CASO DE FALLECIMIENTO, Y PARA LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN, LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE LA FECHA DE LA SOLICITUD DE LA INDEMNIZACIÓN, NO RESULTA CAPROCHOSA NI EXCESIVA, Y ES MENOR QUE LA QUE HUBIERA RESULTADO DE LA APLICACIÓN DEL BAREMO VIGENTE AL MOMENTO DE DICTAR LA SENTENCIA.

EDJ 2013/74343

SAP LA RIOJA (1ª) Nº 38/2013, DE 26 DE MARZO. REC: 42172012. PTE: ARAUJO GARCÍA, Mª CARMEN.

Que, la aplicación del baremo de tráfico ("Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación", incorporando como Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor EDL 2004/152063 conforme a su redacción dada por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre EDL 2004/152063), a los supuestos (ilícitos civiles y penales) distintos de los accidentes de la circulación con carácter orientativo está comúnmente aceptada por la doctrina jurisprudencial en aras del principio de seguridad jurídica, y, en el caso de que se trata es acertado haber acudido a él al tratarse de una conducta imprudente, por lo que tiene mayor analogía con los accidentes de tráfico.

Para determinar el importe de la indemnización que debe concederse a los familiares próximos de una persona fallecida se ha venido aplicando jurisprudencialmente, al menos como criterio de referencia, el baremo circulatorio, en el que se contiene la presunción legal de que los familiares próximos (cónyuges, hijos, ascendientes, hermanos) han sufrido un perjuicio material y moral como consecuencia de ese fallecimiento; y así se ha efectuado en el caso que nos ocupa.
La sentencia recurrida "estima aplicable el baremo correspondiente a la anualidad en la que se verifica definitivamente la solicitud indemnizatoria", el año 2009. La parte apelante insiste en que los importes aplicables deberán ser los correspondientes al baremo del año 2005, considerando caprichosa la aplicación del baremo del año 2009, alegando que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha expresado ser de aplicación los importes señalados por el baremo en la fecha de alta médica y en caso de fallecimiento en la fecha del siniestro.
El criterio seguido por este Tribunal de la estabilidad lesional, como fecha determinante del baremo aplicable para la cuantificación de las indemnizaciones por lesiones y secuelas, no resulta aplicable en el caso que nos ocupa en cuanto se trata de la indemnización por muerte del trabajador que lamentablemente falleció. En el caso que nos ocupa, dado el tiempo transcurrido entre la producción del siniestro y la fijación judicial de la indemnización, más adecuado aparece considerar el baremo vigente a la fecha de la sentencia, en aplicación del criterio de la deuda de valor, más cuando no consta que los perjudicados hayan retardado indebidamente el pronunciamiento judicial. No obstante, no se siguió tal criterio por la sentencia impugnada que aplica el baremo del año 2009, como hemos dicho (el mismo criterio de la fecha de la reclamación seguido ad ex en Sentencia num. 272/2012, de 26 de julio de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid) con un incremento del 20 %.
Es reiterada la jurisprudencia del TS que admite la aplicación del indicado baremo para la indemnización del delito de lesiones dolosas y así la sentencia del TS de 23-1-2003 establece que "Las dudas suscitadas en su día en la doctrina y en la jurisprudencia sobre el carácter vinculante del baremo i ntroducido por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, de 8 Nov EDL 1995/16212 ., de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, fueron resueltas en sentido afirmativo por la STC 181/2000, de 29 Jun. y por varias sentencias de esa Sala, entre otras, la 2001/2000, de 20 Dic. y 786/2001 de 8 Feb. Su ámbito, sin embargo, es el de la responsabilidad patrimonial derivada de los daños a personas en accidentes de circulación, como se dice en la Exposición de motivos de la ley y se precisa en el art. 1.2 de las Disposiciones Generales. El sistema del baremo, por tanto, no era aplicable obligatoriamente al presente caso, lo que no quiere decir que el Tribunal sentenciador no pueda tenerlo en cuenta, también en los delitos dolosos, aunque no sea con carácter vinculante, como pautas orientativas adaptándolo al caso concreto con todas las especificidades y matices que estimen pertinentes y justificadas dentro de su arbitrio interpretativo". En términos similares se pronuncian las sentencias de 3-5-2006 y la de 20-2-2006.
En tales resoluciones se aplica el baremo vigente a la fecha del dictado de la resolución en la que se fijan las cuantías indemnizatorias...".
Como señala la Sentencia 34/2013, de 10 de enero, de la Sección 17 de la Audiencia Provincial de Madrid: "La utilización del Baremo para determinar la cuantía de las indemnizaciones por lesiones derivadas de hechos dolosos es el criterio de la doctrina mayoritaria de la Audiencia Provincial de Madrid adoptado en la Junta de Magistrados de esta Audiencia Provincial de fecha 10 de junio 2005, reunida para unificación de criterios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58.3 del Reglamento 1/2000, del Consejo General del Poder Judicial, regulador de los Órganos de Gobierno de

Tribunales, en el que además se estableció que debía fijarse la indemnización aplicando el nominal correspondiente a la redacción del "Sistema" vigente en la fecha en que se produjo el siniestro y después actualizarse al momento en que se determina el importe de la indemnización, estimándose conveniente además que las indemnizaciones resultantes de la citada aplicación sean incrementadas en un diez o veinte por ciento en caso de lesiones dolosas. Es decir, para fijar la puntuación que corresponde a la víctima en función de sus circunstancias personales y familiares, lesiones y daños sufridos se atiende a la fecha del siniestro, pero para valorar la cuantía indemnizatoria que corresponde a la puntuación así determinada deberá aplicarse la Resolución de la Dirección General de Seguros y fondos de Pensiones vigentes en el momento de dictarse sentencia en primera instancia".

El mismo acuerdo se mantuvo en Junta de Magistrados de la misma Audiencia de 29 de mayo de 2008. Idéntico criterio refleja la Sentencia de la misma Audiencia Provincial de Madrid, num. 598/2012, de 24 de abril. También siguen el criterio de actualización de las cuantías del "Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación" a la fecha de la sentencia la sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid num. 541/2012, de 7 de noviembre, la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid num. 349/2012, de 31 de octubre; la sentencia num. 136/2012, de 4 de junio de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas en cuanto al baremo aplicable rechaza la impugnación y expresa que, siendo la aplicación del baremo de carácter meramente orientativo, resulta justificada la determinación del "quantum" indemnizatorio y la aplicación del baremo vigente al tiempo de dictarse la sentencia y cita la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo num. 1095/2010, de 18 de noviembre, según la cual "5. En el quinto motivo de Fabio denuncia, en relación con los arts. 109 a 115 CP EDL 1995/16398, al haberse apartado la Audiencia en la valoración de los daños y perjuicios de las normas que dice el propio Tribunal a quo debe aplicar: las contenidas en el anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004 EDL 2004/152063 que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor y de sus actualizaciones.

Desde luego que tales normas no son de preceptiva aplicación a hechos ajenos a la circulación de vehículos de motor; aunque puedan servir de criterios orientativos para fijar las indemnizaciones por lesiones.

Y, si bien es cierto que, puesto que la Audiencia motiva el cálculo de las indemnizaciones en los criterios de aquellas normas, en principio debiera sujetarse a los baremos que establecen.

Más ello no puede impedir que, en atención a las específicas características del caso singular, no comprendido en el seguro atinente a la circulación de vehículo de motor, el Tribunal no se ajuste plenamente a dichos baremos"; igual criterio reflejan la sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, num. 628/2012, de 22 de junio y la de la Sección 2 ª de la Audiencia Provincial de Valladolid num. 270/2012, de 31 de julio, entre otras.

No podemos dejar de señalar que no existe referencia preestablecida que pueda objetivar la evaluación económica del "pretium doloris", del daño moral o sufrimiento psicológico generado por el fallecimiento tan inesperado y a tan pronta edad del padre y esposo, por lo que el órgano encargado del enjuiciamiento, en este caso el Juzgado de lo Penal, ejerce una legítima discrecionalidad al decidir el "quantum" de la indemnización por tal concepto. Como declara la STS de 30 de junio de 2000, 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 la razonabilidad.
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 la 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 jurisprudencia del T.S. 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 1.975, 5 de noviembre de 1.977, 16 de mayo de 1.978, 30 de abril de 1.986, 21 de mayo de 1.991, 5 de junio de 1.998 y 1 de septiembre de 1.999).
En cuanto al incremento de la cuantía resultante en el 20% como valor de afección, es criterio también de esa Audiencia Provincial de La Rioja, como se evidencia en sentencias num. 78/2012, de 4 de abril y num. 1/2013, de 7 de enero, entre otras, que incluso aplican un incremento del 30%, en atención a la antijuridicidad del hecho delictivo.
La sentencia de esta Audiencia Provincial num. 49/2012, de 22 de mayo, expresa: "Los Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid en reunión celebrada el día 10 de junio de 2005, reconocen la conveniencia de incrementar las indemnizaciones resultantes de la aplicación del baremo de La Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados EDL 1995/16212 , en un porcentaje que puede situarse entre el 10% ó el 20%; Según la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 3ª, en sentencia num. 143/2010, de 3 de marzo, el incremento se cifra desde el treinta al cincuenta por ciento de la suma indemnizatoria resultante de aplicar el citado baremo.".
Igual criterio se expresa en la sentencia de esta Audiencia num. 223/2011, de 30 de diciembre, que indica: "Los Tribunales a la hora de determinar las indemnizaciones por lesiones dolosas, suelen acudir por analogía a los criterios establecidos en el Anexo del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación, incorporado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre EDL 2004/152063 , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor EDL 2004/152063 30/1995, de 8 de noviembre, actualizada para cada caso concreto según la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones que corresponda en el momento de dictarse sentencia, en nuestro caso la Resolución de 20 de enero de 2011, y sobre la indemnización así fijada suelen incrementarla con un plus de aflicción derivado del carácter doloso del hecho causante de las lesiones y secuelas". En todo caso, añadimos, sin excluir la posibilidad de realizar otro tipo de valoración teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes.
De lo expuesto resulta que la cuantificación de las indemnizaciones que efectúa la sentencia recurrida, conforme al "baremo" correspondiente al año 2009, más el incremento del 20%, no resulta ni caprichosa, ni excesiva, sino que incluso resulta inferior a la que hubiera resultado de la aplicación del baremo correspondiente a la anualidad (2012) en que se dicta la sentencia, respondiendo al principio de íntegra reparación del daño, para la fijación del "pretium doloris", sin discriminación ni

arbitrariedad, y sin que la aplicación analógica del baremo resulte contraria al principio de indemnidad de las víctimas.

SE DEBE DETERMINAR EL VALOR DE LOS PUNTOS CONFORME AL BAREMO VIGENTE EN EL MOMENTO DEL ALTA DEFINITIVA DE LAS LESIONES Y LA ESTABILIZACIÓN DE LAS SECUELAS.
EDJ 2013/ 281114
SAP MADRID (6ª) Nº 551/2013, DE 1 DE OCTUBRE. REC: 474/2012, PTE: ABAD CRESPO JULIÁN.

" SEGUNDO.- La controversia casacional que expone el actor-apelante en el único motivo de su recurso, con base en la infracción del apartado Primero, 10, del Anexo contenido en la Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/95, de 8 de noviembre EDL 1995/16212 , reguladora del Baremo, y en la vulneración de la doctrina mantenida por este Tribunal en las sentencias que menciona, (relativa a que, como las indemnizaciones por daños son deudas de valor, ello exige aplicar criterios correctores, de actualización de las cuantías, que posibiliten un íntegro resarcimiento del quebranto ocasionado), se contrae únicamente a determinar cuál ha de ser el baremo aplicable para valorar los daños sufridos como consecuencia de accidentes de circulación, si el vigente en el momento de la sentencia de Primera Instancia, como sostiene el recurrente -criterio ligado al carácter de deuda de valor que la jurisprudencia de esta Sala ha atribuido a las indemnizaciones por daños-, o el vigente en el momento en que tuvo lugar el siniestro, que fue el criterio seguido por el Juzgado con el que mostró su conformidad la sentencia recurrida (desestimando la impugnación formulada por el Sr. Feliciano). Se suscita pues una cuestión idéntica a la examinada por esta Sala en la reciente Sentencia de 23 de julio de 2008, - también con relación a la reclamación efectuada por el perjudicado que viajaba como ocupante en una motocicleta- y que, ahora, como en aquel caso, debe dilucidarse en línea con la ya pacífica doctrina establecida al respecto por el Pleno de la Sala Primera en sendas Sentencias de fecha 17 de abril de 2007, resolviendo los recursos de casación 2908/2001 y 2598/2002, acogida también en sentencias de fechas 26 de junio de 2008 y 9 de julio de 2008.
El motivo ha de ser estimado, con las consecuencias que más tarde se dirán.
Según establece la más reciente sentencia en la materia, de 23 de julio de 2008, haciéndose eco de la doctrina fijada por el Pleno, «la Ley 30/95 de 8 de noviembre, de la que forma parte el Anexo que se dice vulnerado EDL 1995/16212 , modificó diversos aspectos de la hasta esa fecha conocida como Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor (Texto Refundido aprobado por Decreto 632/1968 de 21 de marzo EDL 1968/1241) -que pasó a denominarse Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor EDL 2004/152063 -, implantando en España un sistema de valoración tasada de los daños derivados de accidentes de tráfico, el cual planteó desde sus inicios numerosos problemas interpretativos, entre los cuales destacan, por su reiteración, el referido a la regla 4ª del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 , o de los tramos, -abordada por el Pleno de esta Sala el 1 de marzo de 2007, que se decantó por la existencia de tramos y tipos diferenciados-, y el que es objeto de este recurso, referido a la determinación del baremo que debe ser aplicado para cuantificar los daños ocasionados por el accidente».
Y en relación a la solución que merece esta última cuestión a la luz de la jurisprudencia vigente, la sentencia EDJ 2008/209687 se expresa en los siguientes términos:

–

«El estado de la cuestión anterior a las sentencias del Pleno, (panorama existente cuando se dictó la sentencia objeto del presente recurso), muestra que la controversia encontró soluciones dispares en la doctrina menor, siendo precisamente esta situación la que llevó a esta Sala primera a fijar un criterio uniforme. En síntesis, la situación anterior tomaba como punto de partida que el artículo 1.1 de la LRCSVM, hace responsable al conductor de vehículos a motor, en virtud del riesgo creado, de los daños causados a personas y bienes con motivo de la circulación, - responsabilidad que también incumbe al asegurador y al propietario del vehículo en aplicación del 1903 del Código Civil EDL 1889/1 , responsabilidad por hecho ajeno- y que el apartado 2 del mismo precepto, al concretar los conceptos indemnizables por los daños y perjuicios causados a las personas, además de extender la indemnización al daño emergente, al lucro cesante e incluso al daño moral, remite expresamente para su cuantificación "en todo caso" a los "criterios y límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente ley ", que se convierte así en un instrumento de aplicación imperativa cuando se trata de indemnizar daños personales causados por culpa, como aquí acontece. Pero, mientras el apartado 3 del párrafo Primero del Anexo, establece textualmente que "a los efectos de la aplicación de las tablas la edad de la víctima y de los perjudicados y beneficiarios será la referida a la fecha del accidente", sin embargo, el punto 10 del mismo párrafo establece que "anualmente, con efectos de primero de enero de cada año y a partir del año siguiente a la entrada en vigor de la presente Ley, deberán actualizarse las cuantías indemnizatorias fijadas en el presente Anexo y, en su defecto, quedarán automáticamente actualizadas en el porcentaje del Índice General de Precios al Consumo correspondiente al año natural inmediatamente anterior. En este último caso y para facilitar su conocimiento y aplicación, por resolución de la Dirección General de Seguros se harán públicas dichas actualizaciones". Es esta aparente contradicción la que dio lugar a que las Audiencias, al interpretar como debían valorarse los daños personales, mantuvieran fundamentalmente las dos siguientes posturas:
1ª Favorable a valorar los daños en atención al momento en que se produjo el daño, según las cuantías resultantes del Baremo vigente en la fecha en que acaeció el siniestro, seguida entre otras por las secciones civiles y penales de la Audiencia Provincial de Madrid y por la secciones 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, 1ª de la de Vizcaya, 8ª de la de Valencia, 3ª de la de Granada, 6ª de la de Málaga y 1ª de la Audiencia Provincial de Toledo. Esta interpretación, coherente con la regla general vigente en materia de daños que apunta a que la obligación de indemnizar nace cuando se llevó a cabo la conducta que hace a su autor responsable (artículo 1089 Código Civil EDL 1889/1), se apoya tanto en el principio de seguridad jurídica, por la posibilidad de conocer con anterioridad al inicio del pleito cuales son las cantidades exactas que se reclaman y la necesidad de que las víctimas sean tratadas por igual con independencia de la suerte que puede correr el pleito y las eventuales dilaciones injustificadas en el dictado de la sentencia, como en el principio de irretroactividad de las normas establecido en el artículo 9.3 de la Constitución EDL 1978/3879 y 2.3 del Código Civil EDL 1889/1 , que impide aplicar un sistema posterior, sin que tampoco este criterio cause perjuicio alguno a las víctimas pues los retrasos se compensan con el sistema de intereses moratorios al amparo del art. 20 LCS EDL 1980/4219 , los cuales posibilitarían compensar al perjudicado por la pérdida de poder adquisitivo, conciliándose perfectamente con el carácter de deuda de valor que se atribuye a estas. Principalmente supone este criterio que la norma jurídica aplicable en el momento de producción del daño habría de determinar tanto el sistema de valoración de los daños, (y por ende los puntos por lesiones permanentes o secuelas), como la regla aplicable para fijar su valoración, (es decir, el valor concreto del punto) solución que presenta claros

inconvenientes cuando se trata de resarcir los daños que tardan mucho en curar o que no se manifestaron desde el primer momento.
2ª Favorable a entender que los daños deben cuantificarse según la tabla vigente en el momento de dictar sentencia (Audiencias de Barcelona, Córdoba, Sección 2ª, y Guipúzcoa, Sección 1ª), opción que se pretende justificar en la Jurisprudencia de esta Sala, que ha calificado la indemnización de los daños personales como deuda de valor, para evitar que la víctima sufriera los efectos negativos de la inflación y paralelamente se beneficiara injustificadamente al responsable de aquellos (entre las más recientes, Sentencias de 9 de junio, 12 de julio y 20 de diciembre de 2006). Se argumenta por sus defensores que este es el único sistema que, por respetar el carácter de deuda de valor, asegura la efectiva y plena reparación del perjudicado, lo que no cabe esperar a través de los intereses del artículo 20 LCS EDL 1980/4219 en la medida que no siempre resultan impuestos, al preverse expresamente en la norma la exoneración del asegurador que cumpla lo establecido en el artículo 18.1 en los tres meses siguientes a la fecha de producción del siniestro. Se argumenta que es el sistema más respetuoso con la previsión contenida en el apartado 10 del párrafo Primero de la Disposición Adicional Octava de la LRCSCVM EDL 2004/152063 , que prevé la actualización anual de la cuantía de las indemnizaciones. Sin embargo, varios son los inconvenientes que presenta esta opción, comenzando por la inseguridad jurídica que deriva de dejar en manos de la víctima la determinación del momento en que se tenga que fijar la cuantía, al poder demorar la presentación de la demanda interrumpiendo cuantas veces le sea posible el plazo de prescripción, o retrasar el curso del proceso, alargando la fecha de la sentencia que se toma como referente. Igualmente se le reprocha que no distingue entre el sistema de valoración aplicable a los daños, de acuerdo con lo dispuesto en el citado párrafo tercero del Anexo de la Ley 30/1995 EDL 1995/16212 y la cuantía de los puntos que resulten de aplicar el sistema de cuantificación a la concreta lesión sufrida por el perjudicado; y que la demora no compensa de todos los perjuicios a la víctima sino tan sólo de la pérdida derivada del valor adquisitivo, que es la que se compensa con la actualización de las tablas según el IPC.
Estas diferencias interpretativas fueron abordadas por las citadas Sentencias dictadas por el Pleno con fecha 17 de abril de 2007, fijando una doctrina que necesariamente ha debe servir para resolver el actual recurso. Remitiéndonos expresamente a los razonamientos jurídicos de ambas sentencias resulta que el nudo gordiano de la cuestio iuris, no resuelto satisfactoriamente y de una forma definitiva por ninguna de las interpretaciones sostenidas por las Audiencias hasta este momento, radica, según la Sala, en el hecho de confundir régimen legal aplicable, en atención a artículo 1.2 y el apartado Primero del Anexo, y cuantificación de los daños, según apartado 10 del mismo precepto, -citado como infringido por el recurrente- señalando sobre tal aspecto la primera de las sentencias en su fundamento jurídico sexto:
"La discusión que se ha reproducido sobre la incompatibilidad entre irretroactividad y deuda de valor parte de una interpretación fragmentaria de las normas establecidas en el artículo 1.2 y el apartado primero del Anexo de la Ley 30/1995 EDL 1995/16212 , puesto que se deja de lado lo establecido en los mismos cuando se establece que "a los efectos de la aplicación de las tablas la edad de la víctima y de los perjudicados y beneficiarios será la referida a la fecha del accidente", para fijarse únicamente en la valoración de los denominados "puntos", que son el resultado de la aplicación de las reglas de cuantificación introducidas por la ley 30/95 EDL 1995/16212 en las diferentes tablas, según el tipo de daños sufridos y las circunstancias de cada perjudicado. Por tanto, debe distinguirse entre ambos momentos:

1º La regla general determina que el régimen legal aplicable a un accidente ocasionado con motivo de la circulación de vehículos es siempre el vigente en el momento en que el siniestro se produce, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor EDL 1968/1241 y el tantas veces aludido punto 3º del párrafo primero del anexo de la Ley 30/1995 EDL 1995/16212 , que no fija la cuantía de la indemnización, porque no liga al momento del accidente el valor del punto que generará la aplicación del sistema. El daño, es decir, las consecuencias del accidente, se determina en el momento en que este se produce y este régimen jurídico afecta al número de puntos que debe atribuirse a la lesión padecida y a los criterios valorativos (edad, trabajo, circunstancias personales y familiares, incapacidad, beneficiarios en los casos de muerte, etc.), que serán los del momento del accidente.
En consecuencia y por aplicación del principio de irretroactividad, cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resulta indiferente para el perjudicado.
2º Sin embargo, puede ocurrir y de hecho ocurre con demasiada frecuencia, que la determinación definitiva de las lesiones o el número de días de baja del accidentado se tengan que determinar en un momento posterior. El artículo 1.2 y el número 3 del párrafo primero del anexo de la Ley 30/1995 EDL 1995/16212 no cambia la naturaleza de deuda de valor que esta Sala ha atribuido a la obligación de indemnizar los daños personales, según reiterada jurisprudencia. En consecuencia, la cuantificación de los puntos que corresponden según el sistema de valoración aplicable en el momento del accidente debe efectuarse en el momento en que las secuelas del propio accidente han quedado determinadas, que es el del alta definitiva, momento en que, además, comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización, según reiterada jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 8 julio 1987, 16 julio 1991, 3 septiembre 1996, 22 abril 1997, 20 noviembre 2000, 14 y 22 junio 2001, 23 diciembre 2004 y 3 octubre 2006, entre muchas otras). Y ello con independencia de que la reclamación sea o no judicial.
De este modo, el principio de irretroactividad queda salvado porque el régimen jurídico se determina en el momento de producirse el daño, aunque su cuantificación pueda tenga lugar en un momento posterior y de este modo se salvan también las finalidades perseguidas por la Ley 30/1995 EDL 1995/16212 , puesto que ambos momentos son seguros.
No pueden recaer sobre los perjudicados las consecuencias de la inflación cuando sus lesiones tardan mucho tiempo en curar o en consolidarse y es por ello que, al valorarse el punto de acuerdo con las variaciones del IPC, se evita este perjuicio. Y todo ello sin perjuicio de que los daños sobrevenidos deban ser valorados de acuerdo con lo establecido en el punto 9 del párrafo primero del anexo de la Ley 50/1995, que establece que "la indemnización o renta vitalicia sólo podrán ser modificadas por alteraciones sustanciales en las circunstancias que determinaron la fijación de las mismas o por la aparición de daños sobrevenidos"».
En virtud de la doctrina expuesta, debe estimarse fundado el recurso de casación y, de conformidad con lo establecido en el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , procede casar en parte la resolución recurrida en lo relativo tan sólo al Baremo que sirvió de base para cuantificar los daños, que, a diferencia de lo que señala la sentencia recurrida, no ha de ser el vigente en fecha del siniestro (14 de junio de 1997), sino el vigente en la fecha en que se consolidaron las lesiones y secuelas, esto es, el vigente al tiempo en que se produjo el alta definitiva, lo que según documentación obrante (Informe Médico Forense -folios 49 y 50-, documento 7 de la demanda e

informe del Hospital Clínico de Valencia -folio 64-, documento 22 de la demanda) tuvo lugar con fecha 16 de julio de 1999, como así establece el fundamento de derecho tercero de la sentencia de apelación. El recurso se estima porque, si bien el criterio uniforme establecido por las recientes sentencias del Pleno de la Sala Primera no coincide exactamente con la tesis del recurrente -partidario de que el baremo que debe de servir de referencia para cuantificar el daño sea el vigente a fecha de la sentencia de primera instancia-, es indudable que también descarta la actual jurisprudencia la solución adoptada por la Audiencia, basada en tomar en cuenta la fecha del accidente tanto para determinar el sistema de valoración aplicable como para cuantificar los daños que resulten de la aplicación del mismo.
En consecuencia, se ha de proceder a fijar el importe de la indemnización mediante la aplicación del sistema de valoración de los daños comprendido en el Anexo establecido por la Disposición Adicional 8ª de la Ley de 8 de noviembre de 1995, según redacción original, por ser la vigente al momento del accidente, 14 de junio de 1997, pero calculando las cantidades por los diferentes conceptos indemnizatorios concretados en la sentencia de segunda Instancia (de baja, 643 días impeditivos, -de ellos 37 hospitalarios-, y 121 días no impeditivos; por secuelas y perjuicios estéticos, 37 puntos, con un incremento de un 10 por ciento como factor de corrección sobre esta última cantidad por lesiones permanentes) de acuerdo con los importes establecidos en la Resolución de la Dirección General de Seguros de fecha 22 de febrero de 1999 (B.O.E de 5 de marzo), por ser la correspondiente al alta definitiva (16 de julio de 1999), cuya determinación se hará en el periodo de ejecución de sentencia. "
En consecuencia, y en aplicación de tal doctrina jurisprudencial, debe revocarse el criterio al que obedece la sentencia recurrida de determinar el valor de los puntos conforme al baremo vigente a la fecha de la sentencia de la primera instancia, de forma que dicha valoración se haga conforme al baremo vigente a la fecha del alta definitiva de las lesiones y de estabilización de las secuelas. Fecha que, según lo declarado probado en la sentencia recurrida, tuvo lugar a los 711 días siguientes a la producción de las lesiones. Por lo que en ejecución de sentencia deberá determinarse el valor de los puntos conforme al baremo vigente en el año 2008.

AL ESTAR ANTE UNA DEUDA DE VALOR, ES CORRECTO LA APLICACIÓN DEL BAREMO VIGENTE AL MOMENTO DE DICTAR SENTENCIA.
EDJ 2013/276544
SAP MADRID (23ª) Nº 883/2013, DE 26 DE SEPTIEMBRE. REC: 365/2012. PTE: MOZO MUELAS, RAFAEL

En cuanto a la indebida aplicación del baremo a efectos de la determinación de la responsabilidad civil, es preciso subrayar, en primer lugar, que la sentencia recurrida determina el importe de las indemnizaciones correspondientes por días de impedimento y secuelas, utilizando como criterio orientativo las cuantías establecidas en la Resolución de la Dirección General de Seguros de 20-01-2011, vigente en la fecha de la celebración del juicio.
El criterio seguido por la sentencia de instancia es correcto pues se trata de una deuda de valor, cuyo importe se debe fijar aplicando las cuantías establecidas en el momento de su determinación, que es la fecha del juicio.

En segundo lugar, dicho criterio no es perjudicial para el acusado, pues fija unas cuantías razonables y proporcionadas a la entidad de las lesiones y secuelas, que son sensiblemente inferiores a las que se fijan cuando las lesiones son causadas dolosamente, por ello ha aplicado, con buen criterio y a título orientativo, dicho baremo que se estableció para las indemnizaciones originadas en accidente de circulación. Por ello procede mantener el importe de las indemnizaciones fijadas en la sentencia recurrida.

LAS INDEMNIZACIONES TENDENTES A LA REPARACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS SON DEUDAS DE VALOR. SE APLICA EL BAREMO DE LA FECHA DE LA SENTENCIA.
EDJ 2013/175225
SAP SEVILLA (7ª) Nº 272/2013, 8 DE JULIO, REC: 2832/2012, PTE: GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, JAVIER.

.- En lo que respecta a la cuantía de la indemnización, estos apelantes solicitan que se cifre en la cantidad de 70.565,71 euros, para lo que aplica la fijada en las cuantías del baremo establecidas en el año 1999 (que dice aplicado por la acusación particular) para víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes.

Ciertamente la sentencia fija la indemnización en 125.950,42 euros con la sola afirmación de que, siendo "el máximo interesado por las acusaciones resultando una cantidad ajustada a derecho... adecuada a las circunstancias del caso". Pero, frente a la crítica del recurso, podemos decir que ya la sentencia aludió al "Escaso, por no decir nulo, debate (que) ha existido en el Plenario sobre la cuantía de la indemnización", añadiendo con fundamento legal que "El baremo para accidentes de tráfico resulta puramente orientativo".

Para empezar debe recordarse que las deudas indemnizatorias conducentes a la reparación de daños y perjuicios tienen el carácter de deudas de valor, por lo que su cuantía ha de determinarse con referencia no a la fecha en que se produjo la causa originadora del perjuicio, sino a aquella en que se dicte la sentencia o al período de ejecución de la misma. Así lo decía ya, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 25-1-90, que establecía que como tales deudas de valor, el dinero no constituye propiamente el objeto de la prestación debida, sino el medio con el que se trata de lograr el resarcimiento de un determinado valor, siempre que no se conceda más de lo reclamado y que se evite el enriquecimiento injusto, y añadía que respetando esos límites el tribunal sentenciador "dispone de un amplio arbitrio para fijar el '"quantum" indemnizatorio', por cuanto, para ello debe ponderar tanto el valor de la cosa o daño que se trate de reparar o indemnizar como el valor de afección del agraviado y los perjuicios morales del mismo".

Así las cosas, incluso aun aplicando, lo que se dice a los solos efectos dialécticos, el baremo indemnizatorio para daños personales derivados de accidente de circulación, resultaría que la indemnización básica por muerte, incluido daños morales, en el caso de fallecido sin cónyuge y con ascendientes ascendería a la cantidad de 99.775,96 euros, que con incremento del 10% como factor corrector (acudiendo a la inferior categoría por cuantía de ingresos), arrojaría una cifra mínima de 109.753,556 euros.

Teniendo en cuenta que no es de vinculante aplicación ese sistema indemnizatorio, legalmente reservado a otros distintos supuestos, no se revela como tan desproporcionada la indemnización concedida por la sentencia apelada.

Así, pues, este motivo debe ser igualmente desestimado por no aportarse razones de peso para apartarnos del criterio del juzgador de la primera instancia.

BAREMO APLICABLE: EL CORRESPONDIENTE A LA DEL ALTA DE LAS LESIONES: SAP Almería (1ª) 126/2013, de 13 de mayo. Recurso 164/2013, dimanante de procedimiento abreviado 532/2011, del juzgado de lo penal número 4 de Almería.

En el acto del juicio en conclusiones definitivas, la acusación particular eleva su petición de responsabilidad civil a 2.000.000 de euros, alegando un empeoramiento de la situación personal de su patrocinado, siendo así que este extremo no ha sido acreditado en el acto del juicio sobre la base objetiva del informe médico forense (folios 630 y ss) pues como ilustra la pericial forense de Dª I. y sus explicaciones en el acto de la segunda sesión del juicio, las actuales dolencias de D. I. son consecuencia de las graves secuelas que padece el mismo a raíz del accidente, sin que se haya practicado otra prueba al objeto, por lo que estas lesiones y secuelas físicas y estéticas que se declaran probadas en la sentencia –que a tales efectos se dan por reproducidas en el relato trascrito de hechos probados contenido en los antecedentes de la presente- con la propia puntuación contenida en el informe forense (folios 630 y ss), son las que van a ser objeto de valoración teniendo en cuenta la aplicación del baremo vigente a la fecha del alta lesional de D. I. (resolución de 7/2/2005, Boe 18/2/2005).

BAREMO APLICABLE EL CORRESPONDIENTE A LA FECHA DE SANIDAD MÉDICO FORENSE
SAP Burgos (1ª) 304/2013, de 20 de junio. Rollo apelación 78/2013, dimanante de procedimiento abreviado 209/2009, del Juzgado de lo penal número 2 de Burgos.

: "En lo relativo al baremo de actualización de la Ley 30/1995 y referente a la cuestión de si se aplica el baremo actualizado a la fecha del accidente o a la fecha del alta definitivo de sanidad dado por el médico forense, o a la fecha de sanidad del proceso, procede recordar el criterio uniforme mantenido hasta fechas recientes por esta Audiencia Provincial, tanto en la Sección, como en las Secciones Civiles, de la aplicación del Baremo correspondiente a la sanidad forense, entre otras la sentencia dictada en el rollo de apelación 2/2013."

BAREMO APLICABLE EL CORRESPONDIENTE A LA FECHA DE ESTABILIZACIÓN DE LAS LESIONES
EDJ 2013/159098 SAP León de 22 julio 2013. Audiencia Provincial de León, sec. 3ª, S 22-7-2013, nº 562/2013, rec. 578/2013. Pte: Amez Martínez, Miguel Angel.

"5º.- Errónea aplicación del Baremo del 2008, para la cuantificación de los puntos de secuelas, al haber quedado estas determinadas el 6 de octubre de 2011, aunque estabilizadas el 3 de mayo de 2011, siendo de aplicación el Baremo de 2011. Motivo del recurso que no puede ser objeto de acogimiento, y ello desde el momento que, como se ha considerado con ocasión del motivo precedente, el informe del Médico Forense, a asumirse, aceptarse y servir de referencia, viene a determinar como fecha de estabilización de las secuelas el año 2008, (al fijarse la curación de las lesiones a los 180 días siguientes del día 18 de abril de 2008 en que aconteció el accidente causa de las

lesiones, es decir el 18 de octubre de 2008), por lo que no puede ser de aplicación el Baremo de 2011 a los efectos de determinar el valor de los 95 puntos que en total corresponde atribuir al lesionado."

17.5 Cláusula claim made.

CLÁUSULAS "CLAIM MADE" NO OPONIBLES A LOS PERJUDICADOS
SAP Burgos (1ª) 304/2013, de 20 de junio. Rollo apelación 78/2013, dimanante de procedimiento abreviado 209/2009, del Juzgado de lo penal número 2 de Burgos.:

"SEGUNDO.- Por tanto, a la vista del contenido de los distintos motivos de recurso esgrimidos por la aseguradora recurrente, debe establecerse un orden lógico en la resolución de los mismos, debiendo comenzarse por la aludida infracción del art. 73 de la ley de Contrato de Seguro, en cuanto a la delimitación temporal de la póliza, alegada como primer motivo por la parte recurrente.
Para dirimir la cuestión jurídica suscitada se considera imprescindible plasmar los hechos declarados probados en la resolución recurrida relativos a la cobertura de seguro que ampara las responsabilidades civiles establecidas en la sentencia recurrida, habida cuenta que su contenido resulta inamovible, dada la vía procesal elegida por la parte recurrente, y constituye por tanto la premisa de que ha de partirse para dirimir el pago de las indemnizaciones que postularon en la instancia la acusación pública y particular.
En concreto en el factum de la sentencia recurrida se declara probado que "inversiones e infraestructuras Atlante S.L. tenía concertado contrato de seguro con Musaat que cubría entre otros riesgos a Indeza S.L., extendiéndose la cobertura al pago de las indemnizaciones impuestas al asegurado por inobservancia no intencionada de la normativa de Seguridad e Higiene en el trabajo".
A este respecto, la parte recurrente considera que no existe cobertura al siniestro, pues la vigencia de la póliza, en concreto el 17 de octubre de 2005, la reclamación tuvo lugar cuando había transcurrido más de año desde esa fecha, estando fuera del período de extensión temporal de cobertura pactado en la póliza al amparo del art. 73 de la ley de Contrato de Seguro, como así resulta de las cláusulas particulares de seguro en su día concertadas, tal y como constan a los folios 120, 132 y 133, en particular en las páginas 11 y 12 de las condiciones especiales.
Por su parte, el Ministerio Fiscal y las partes apeladas, partiendo siempre de la certeza de los hechos declarados probados y de los fundamentos jurídicos que los complementan, sostienen la tesis de que el siniestro estaba cubierto por cuanto la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, dado que, además, el art. 3 de la LCS determina la necesidad de que todo clausurado que implique la limitación de derechos del asegurado ha de resultar expresamente aceptado, de modo que garantice que el mismo conozca el contenido de lo estipulado y las limitaciones pactadas.
Sobre las Cláusulas de delimitación temporal y la interpretación del art. 73 de la LCS, se ha pronunciado el Tribunal Supremo (Sala 1ª), entre otras en la sentencia de 19/06/2012, al señalar lo siguiente:
"Motivo segundo. Infracción del art. 73 de la LCS. Dicho motivo se plantea con carácter alternativo y/o subsidiario del señalado en el punto anterior, INTERESANDO LA CONDENA DE HCC EUROPE, para el supuesto de que se entendiera que en aplicación del art. 73 de la LCS la entidad aseguradora responsable era la vigente en el

momento en que se presentó el recurso de reposición fuera de plazo (octubre 2011) que era HCC EUROPE, y por tanto se absolviera por tal motivo a ARCH INSURANCE COMPANY EUROPE LIMITED.
Se desestima el motivo.
Alega el recurrente que el Juzgado y la Audiencia al contener el seguro de responsabilidad civil una cláusula "claim made" entendieron que la aseguradora que debe responder es la que mantenga el seguro en el momento en que el perjudicado reclama. Pero añade que otros tribunales han entendido que debe responder la aseguradora con seguro vigente al momento de ocurrir el siniestro en cuyo caso debería ser condenada HCC EUROPE.
Establece el segundo párrafo del art. 73 de la LCS:
Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquéllas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado.
Establece la doctrina de esta Sala:
...las cláusulas de delimitación temporal o "claims made" que buscan desplazar la deuda de responsabilidad al momento en que se produce la reclamación, al margen del seguro vigente al producirse el siniestro, han sido aceptadas por la jurisprudencia únicamente en tanto fueran en beneficio y no perjudicaran los derechos del asegurado o perjudicado, reputándose como lesivas en caso contrario (SSTS de 20 de marzo de 1991 y 23 de abril de 1992, la cual declara que una interpretación contraria llegaría al absurdo de excluir de la cobertura daños causados en fecha próxima a la expiración de la póliza pero que los asegurados no hubieran podido comunicar a la aseguradora porque nada se les habría reprochado ni reclamado todavía).
STS, Civil sección 1 del 14 de febrero del 2011. Recurso 1750/2006. Igualmente STS, Civil sección 1 del 30 de julio del 2007. Recurso: 3213/2000.
A su vez, en la STS (Sala 1ª) 30/07/2007 se señala que "… alude a la validez de la cláusula de limitación temporal en función de la fecha de presentación de la reclamación (cláusula "claims made") es aceptada por las partes litigantes, puesto que la invoca la parte demandante para justificar que el seguro cubre un hecho generador de responsabilidad civil producido con anterioridad a la entrada en vigor del contrato y la aseguradora, que no podría alegar su nulidad en su propio beneficio, se limita a defender que, en el caso de que fuera nula, debería serlo en su totalidad.
Se cuestiona, sin embargo, que sea válida la exigencia (contenida en la misma cláusula) de que no exista conocimiento anterior por parte del asegurado del hecho que da lugar a la responsabilidad. Este inciso, en sí, no puede ser considerado, como lo hace la sentencia de instancia, como una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, puesto que tiene su apoyo en la naturaleza propia del contrato de seguro y en la necesidad de que los hechos generadores del riesgo asegurado sean inciertos y, en estos términos, no parecen hueras las referencias doctrinales que realiza la parte recurrente.

Por otra parte, no puede aceptarse que el incumplimiento de los requisitos de transparencia que la LCS EDL 1980/4219 impone a las cláusulas limitativas pueda determinar la nulidad parcial de una cláusula invocada por la parte que pretende que se reconozcan sus efectos. Sin embargo, el carácter limitativo y la consiguiente invalidez parcial de la cláusula controvertida constituye sólo un razonamiento auxiliar de la sentencia impugnada. Dada la falta de efecto útil del recurso de casación derivada de la equivalencia de resultados entre un recurso estimatorio y un recurso desestimatorio, no cabe la declaración de haber lugar a éste."

En efecto, la sentencia recurrida se apoya como razón operativa en que el conocimiento por parte del asegurado del hecho determinante de la responsabilidad con anterioridad al contrato no puede ser considerado como un hecho que pueda ser propuesto por la vía de excepción a los terceros que ejercitan la acción directa como perjudicados, dado que esta acción es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado (art. 76 LCS).

Por tanto, el motivo por infracción de ley del art. 73 de la LCS no permite alterar el relato de hechos probados, de los que se colige que, a la fecha del accidente, el 17 de octubre de 2005, el siniestro estaba asegurado por la póliza reseñada en el factum de la sentencia recurrida.

Es más, aunque se entendiera que la póliza venció el 23 de marzo de 2007, y que la reclamación tuvo lugar cuando había transcurrido más de un año desde esa fecha, no puede aplicarse la exclusión pretendida por la parte recurrente, al no constar aceptadas expresamente las cláusulas invocadas por la parte recurrente, y ejercitarse la acción directa que es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, sin perjuicio del derecho de repetición que le asiste."

17.6 Clausulas limitativas de los derechos en los contratos de seguro.

LA CLÁUSULA EN LIZA ES LIMITATIVA DE LOS DERECHOS DE LOS ASEGURADOS Y NO FUE CONVENIENTEMENTE RESALTADA, BASTA RECORDAR EL TAMAÑO DE LA TIPOGRAFÍA, AUNQUE SE ESTAMPARA EN NEGRILLA, Y SU DIFUMINACIÓN ENTRE OTRAS MUCHAS EXCLUSIONES, DE AHÍ QUE LA ACEPTACIÓN DEL TOMADOR NO SATISFAGA LAS EXIGENCIAS DEL ART. 3 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO.

SAP ÁVILA (1ª) Nº 76/2013, DE 26 DE ABRIL. PTE. RODRÍGUEZ DUPLA, MARÍA JOSÉ

La Mutua General de Seguros cuestiona su condena como responsable civil directa, trayendo a discusión la cobertura de la póliza nº …respecto al siniestro de autos, e invoca como infringidos los artículos 1, 8 y 26 de la Ley de Contrato de Seguro, 1091, 1255 y 1258 del Código Civil, no sin antes denunciar falta de motivación e incongruencia en punto a su condena, pues la sentencia nada dice en respuesta a cuestiones planteadas por la disconforme en procura de su exoneración.

Ciertamente la resolución impugnada se limita a citar la existencia de la póliza sin mayores argumentos y procede, para subsanar esa falta de motivación, indiquemos ahora las razones que propician la condena.

El artículo 117 del Código Penal establece 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 del 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. Pues bien, la póliza litigiosa abarca como garantía opcional la "responsabilidad civil", que como define el condicionado general, en relativo acomodo al artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro, implica que el asegurador toma su cargo las consecuencias pecuniarias de la Responsabilidad Civil extracontractual que pueda derivarse para el asegurado de acuerdo con la normativa legal vigente, por los daños materiales y personales y perjuicios causados involuntariamente a terceros por hechos que deriven de la actividad especificada en las Condiciones Particulares, y de acuerdo con las definiciones, términos y condiciones de la propia póliza, acaecidos durante la vigencia del seguro, que se haya originado en la obra asegurada y que estén directamente relacionados con la ejecución de la misma.

Entre las Condiciones Generales se cuenta una serie de riesgos excluidos y entre otros "las indemnizaciones que el Asegurado tenga que satisfacer en virtud de reclamaciones formuladas por las siguientes personas o sus causahabientes: a) Todas aquellas personas físicas o jurídicas, incluidas contratistas y subcontratistas que figuren como parte en los contratos de obra, suministro o arrendamiento de servicios concertados por el asegurado para la realización de la obra asegurada, b) los trabajadores empleados del asegurado o del contratista o subcontratista, los aprendices, becarios, los empleados cedidos por empresas de trabajo temporal y demás personas que intervengan en la obra". En aplicación de la doctrina establecida en sentencia del tribunal supremo de 11 de septiembre de 2006, dictada en Pleno con designio unificador y seguida por otras, como las de 1, 5 y 8 de marzo de 2007, hemos de distinguir entre cláusulas que delimitan el objeto y el ámbito del seguro –como son las que definen el riesgo y las que determinan el alcance económico- de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, que operan para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo del seguro se ha producido, siendo la diferencia fundamental entre ambas que mientras las primeras basta que estén destacadas y aceptadas de forma genérica, por lo que es suficiente el consentimiento general del tomador en orden a la conclusión del contrato para la validez y consiguiente oponibilidad, en cambio las lesivas de los derechos del asegurado requieren la aceptación específica –vid SSTS de 16 de marzo y 25 de octubre de 2000 y 2 de febrero de 2001-. Además la doctrina jurisprudencial mayoritaria, en trance de distinguir, mantiene que la descripción del riesgo asegurado en el condicionado general puede constituir una limitación de los derechos de los asegurados cuando lo distorsiona –p.e. STS de 7 de junio de 2006- y ya la sentencia del Pleno de 11 de septiembre de 2006 reconocio "la casuística propia del derecho de seguros y la dificultad que conlleva en la práctica distinguir entre unas y otras cláusulas"; en general es admitido que la distinción a efectos de aplicar o no el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro no es nítida, y merece la calificación de cláusula limitativa la delimitadora que al identificar el riesgo lo haga de un modo anormal o inusual –vid SSTS de 8 de noviembre de 2001 y 23 de octubre de 2002- y la STS de 17 de octubre de 2007 alude a la cláusula "inusual" o "sorpresiva".

Aplicando estas consideraciones legales y jurisprudenciales hemos de concluir que la cláusula en liza es limitativa de los derechos de los asegurados y no fue convenientemente resaltada; basta recordar el tamaño de la tipografía, aunque se estampara en negrilla, y su difuminación entre otras muchas exclusiones, de ahí que la aceptación del tomador no satisfaga las exigencias las exigencias del artículo 3 de la

Ley de Contrato de Seguro, pero, si como hipótesis aceptáramos la exclusión, es clara su inoponibilidad al perjudicado, pues la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, y la eficacia de la cláusula en cuestión se circunscribe a las relaciones internas entre asegurador y asegurado, no respecto a quienes resultaron perjudicados por el siniestro, que tienen derecho a reclamar directamente a la compañía, sin perjuicio de que ésta después repercuta el pago contra el asegurado.

PRETENDER EXTENDER LA COBERTURA DEL SEGURO CONCERTADO A COBERTURAS OBJETIVAS O SUBJETIVAS DISTINTAS DE LAS PACTADAS SUPONE QUEBRAR EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA EN LAS PRESTACIONES.
SAP SEVILLA (3ª) Nº 373/2013, DE 19 DE JUNIO, PTE: LLORENTE VARA, PILAR

En cuanto al segundo de los motivos alegados por la representación del acusado respecto a la responsabilidad civil de la Cía. Mapfre y el recurso interpuesto por la representación del perjudicado, en el mismo sentido que el anterior, solicitando la condena de la Cía. Mapfre como responsable civil directo procede igualmente la desestimación del recurso interpuesto.

La jurisprudencia de la Sala I del Tribunal Supremo tiene declarado que ha de distinguirse entre las cláusulas destinadas a delimitar y concretar el riesgo, de aquellas que restringen -y con ello cercenan- los derechos del asegurado, con lo que la exigencia que impone el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro **EDL 1980/4219** no se refiere a cualquier condición general del seguro o a sus cláusulas excluyentes de responsabilidad para la aseguradora, sino en concreto a aquellas cláusulas que son limitativas de los derechos del asegurado y tal exigencia -de la aceptación expresa mediante suscripción- no alcanza a las cláusulas que actúan definiendo y delimitando la cobertura del riesgo (Sentencias de 29-1-1996 y 17-4- 2001, que citan las 9-11-1990, 16-10-1992, 9-2-1994 y 18-9-1999). Las sentencias de 16 de mayo y 16 de octubre de 2000 resultan precisas al declarar que la cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez se ha producido el riesgo, lo que no sucede con la cláusula de exclusión, al especificar qué clases de riesgos se han constituido en objeto del contrato, y por ello los que no resultan cubiertos."

En el presente caso es una cláusula de exclusión o limitación subjetiva del riesgo que aparece recogida, conocida y admitida por el asegurador y asegurado, fijando y concretando la cobertura asegurada en función de la prima pagada. Ello constituye la aplicación sin más del principio de la equivalencia de las prestaciones en la que a unas determinadas primas le corresponde unas concretas prestaciones que aparecen delimitadas cualitativa y cuantitativamente en la póliza.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Sala ha elaborado una doctrina. que distingue aquellas cláusulas destinadas a delimitar el riesgo de aquéllas otras que restringen los derechos del asegurado; por eso dice la sentencia de 16.10.1992 que la exigencia de que

deberán ser aceptadas por escrito, que impone el art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219, no se refiere a cualquier condición general del seguro o sus cláusulas excluyentes de responsabilidad por la aseguradora sino en concreto a aquéllas cláusulas que son limitativas de los derechos de los asegurados, por lo que, en concreto, no les alcanza esa exigencia de la aceptación expresa mediante suscripción a aquellas cláusulas que definen o delimitan la cobertura del seguro". Este mismo criterio es seguido, no solo por las sentencias señaladas por la Juzgadora de instancia, sino por las del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1.990. 16 de octubre de 1.992, 9 de febrero de 1.994, etc.

En el presente caso queda perfectamente acreditado el riesgo asegurado ya que la póliza NUM000 reflejaba como "no contratada," el accidente de trabajo constituyendo tan solo un seguro de responsabilidad civil general frente a terceros, no considerándose tales a los asalariados del tomador como expresamente se señala en las condiciones especiales del contrato, siendo este extremo conocido y asumido por ambas partes contratantes, asegurador y asegurado y en su virtud se fijan las primas a abonar por el asegurado.

Pretender extender la cobertura del seguro concertado a coberturas objetivas o subjetivas distintas de las pactadas supone quebrar el principio de la equivalencia en las prestaciones antes reseñado y provocar un enriquecimiento injusto en el asegurado que por esta vía obtiene un resarcimiento distinto y mucho más amplio al riesgo concertado (con vulneración del artículo 26 de la Ley de Contrato de Seguros EDL 1980/4219 al señalar que "el seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado")

Por su parte el acusado manifestó en el juicio que no sabia si estaba contratado el accidente de trabajo ya que esas cuestiones las llevaban su padre y su hermana. Gaspar, padre del acusado, dijo que creía que estaba contratado todo, y su hermana María del Rocío, afirmo que la póliza la habían contratado años antes y que estaba todo asegurado; manifestaciones estas que no han sido acreditadas pues no consta la póliza aludida. En todo caso habrá de estarse a la póliza contratada en la fecha del siniestro que entendemos ha quedado claro que no cubría el accidente laboral por las razones expuestas

INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD
SAP Burgos (1ª) 304/2013, de 20 de junio. Rollo apelación 78/2013, dimanante de procedimiento abreviado 209/2009, del Juzgado de lo penal número 2 de Burgos.

: “TERCERO.- En el segundo motivo, se denuncia la infracción del clausurado de la póliza, llegando a la conclusión la parte recurrente de que el siniestro estaba en todo caso excluido de la póliza, al existir al menos dos exclusiones en la póliza que son aplicables al accidente, a saber, la primera, la contenida en el punto 14 de las exclusiones comunes a todas la coberturas (página 10 de las condiciones especiales – folio 131 de los autos-), que no cubren “las responsabilidades que se impongan como consecuencia de accidentes sobrevenidos con motivo de la elección de ciertos métodos de trabajo adoptados precisamente con el fin de disminuir los costes o acelerar la finalización de los trabajos a ejecutar”.
El motivo no puede ser estimado.

Pues las cláusulas a las que se refiere la parte recurrente no demuestran un error de la juzgadora, en tanto que no admiten esa interpretación, ya que se da pro probada la existencia de un seguro vigente con Musaat que cubría entre otros riesgos a Indeza S.L., extendiéndose la cobertura al pago de las indemnizaciones impuestas al asegurado por inobservancia no intencionada de la normativa de Seguridad e Higiene en el trabajo, que precisamente se constituye como elemento nuclear de la condena penal de la que trae su causa la responsabilidad civil establecida en la sentencia recurrida.

En efecto, además el contenido general de la póliza, que no se encamina a asegurar el resultado de la actividad profesional, que exigiría un aseguramiento específico, se consideran expresamente como obligaciones aseguradas por la causa determinante de la condena penal –inobservancia no intencionada de la normativa de Seguridad e Higiene en el trabajo, y no, como se pretende, como consecuencia de accidentes sobrevenidos con motivo de la elección de ciertos métodos de trabajo adoptados precisamente con el fin de disminuir los costes o acelerar la finalización de los trabajos a ejecutar-, lo que resulta coherente con la antes mencionada finalidad de la póliza de que se trata, ya que por ello, los lesionados deben considerarse "terceros", según las condiciones generales pactadas.

Finalmente, debe tenerse en cuenta la incidencia de las denominadas Cláusulas limitativas, de las cuales se hace eco la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27/11/2012, al señalar lo que sigue:

"…Ha de recordarse también que se está en presencia de un contrato de adhesión, que es aquél por el que una de las partes, que suele ser la aseguradora, adopta y mantiene una posición de prevalencia frente a la otra –el asegurado- reflejada en la redacción del pacto, en cuanto que las cláusulas, no son producto de un previo concierto de voluntades para generarlas y expresarlas en el documento, sino que vienen prefijadas de antemano, casi siempre con carácter genérico y común para todos los seguros de un determinado ramo o tipo, de tal manera que el convenio está ausente del importante acto previo representado por la discusión de su objeto y alcance; motivos que hacen que una jurisprudencia progresiva imponga la necesidad de que la interpretación de esta clase de contratos se marque en la decidida dirección de evitar abusos que puedan derivarse de la efectividad de los mismos a la hora de su cumplimiento por las aseguradoras, y de que en materia de dicha especial forma de contratación, los problemas interpretativos han de resolverse por la más favorable al asegurado".

Por su parte, la sentencia del TS de fecha 19/07/2012, al establecer las diferencias entre cláusulas limitativas o delimitadoras del riesgo señala lo que sigue:

"Como bien se declara en la sentencia recurrida el mencionado libreto azul de condiciones generales, en el que se recoge la cláusula de exclusión de cobertura por ausencia de permiso de conducir, remarcada y destacada en negrita es de fecha posterior al contrato de seguro por cuanto se citan normas que son posteriores a la fecha en que se formalizó el contrato de seguro, por lo que el verdadero libreto de fecha compatible con el contrato de seguro no se ha aportado por la aseguradora, por lo que son condiciones que no constan aceptadas por el asegurado (STS 27-3-2012, rec. 1555 de 2009).

Pasando a estudiar el mencionado pacto adicional, observamos que en su art. 24 se recogen al menos 11 riesgos excluidos, entre ellos el de conducción sin permiso, con un tipo de letra difícil de leer, sin destacar, sin separación alguna entre las cláusulas de exclusión, por lo que de su lectura es difícil que el asegurado pudiera conocer a lo que se obligaba. La redacción es apiñada y diríamos congestionada, adolece de falta de claridad y dificulta notoriamente una lectura y visualización comprensiva de la cláusula.

Partiendo de estas premisas debemos analizar si dicha cláusula es una cláusula limitativa, como se declara en la sentencia recurrida, o un elemento delimitador del riesgo.
Establece la STS Civil sección 1 del 15 de julio de 2008 (STS 3891/2008), recurso 1839/2001:
La STS de 11 de septiembre de 2006, recurso número 3260/1999, del Pleno de la Sala, 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).
No son cláusulas limitativas de los derechos del asegurado las 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. Las cláusulas delimitadoras del riesgo establecen exclusiones objetivas 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 y 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.
A la vista de esta doctrina, hemos de concluir que la cláusula de exclusión de cobertura por ausencia en el conductor de permiso de conducir, es una cláusula limitativa al no integrar el contenido esencial el contrato, pues no afecta al objeto, al ámbito espacial ni a la cuantía.
En cuanto cláusula limitativa debe serle de aplicación el art. 3 de la LCS, y a la vista de ello debemos declarar que no afecta al asegurado en cuanto que no fue destacada, y por el abigarramiento del párrafo que la contiene tampoco puede decirse que su redacción sea clara, a la vista de la mezcla de exclusiones heterogéneas objeto de una agrupación que consigue entorpecer su comprensión y percepción.”
A su vez la sentencia del TS de 20/04/2011 señala lo que sigue:

“En primer lugar debemos distinguir entre lo que es una cláusula limitativa y delimitadora, pues es un hecho controvertido la calificación de la cláusula C.06 de la póliza de seguro objeto de autos. Para ello debemos acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así la STS de fecha 13 de julio de 2002 dispone que "Ha de recordarse la doctrina establecida por esta Sala en sentencias de 9 de noviembre de 1990, 16 de octubre de 1992, 9 de febrero de 1994, 18 de septiembre de 1999, 16 de octubre de 2000 y 17 de marzo de 2001, según la cual son cláusulas limitativas aquéllas que operan para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido, siendo estas cláusulas las que han de ser expresamente aceptadas. Por el contrario la cláusula de delimitación del riesgo es la que especifica la clase de riesgos que se han constituido en objeto del contrato, y no se ven afectadas por lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro porque en tales supuestos el derecho del asegurado no ha llegado a nacer y por tanto no se priva al mismo de ningún derecho que tuviera por Ley."
En el caso de autos el riesgo objeto de cobertura se describe en el artículo 1 de la póliza y en términos generales son los daños y pérdidas materiales que sean consecuencia directa de una causa accidental e imprevisible y que afecte a los trabajos de obra civil e instalaciones y concretamente se indemnizarán los daños que sean debidos a riesgos de fuerza mayor o de la naturaleza, cuya ocurrencia e intensidad no sea previsible en el lugar y época del año, y entre ellos se relaciona la lluvia. La parte actora considera que en la póliza se contiene una cláusula limitativa del derecho del asegurado en condición especial C.06 al disponer que "En todo caso, por esta póliza sólo serán indemnizados los daños o pérdidas que resulten directa o indirectamente por la acción de las aguas de lluvia, escorrentía, avenida o inundación, cuando la precipitación acumulada diaria en el día del siniestro sea superior al correspondiente al de un período de retorno de 10 años, tomando como referencia los valores de las precipitaciones diarias máximas correspondientes a los años de la serie histórica de datos disponibles. Las inferiores se considerarán normales en la zona, y de ellas, el contratista deberá prevenirse por sus propios medios y bajo su única responsabilidad."
Lo cierto es que la cobertura del siniestro, con arreglo a la cláusula mencionada de la póliza, requiere un fundamental requisito, cual es que la precipitación acumulada diaria en el día del siniestro sea superior al correspondiente al de un período de retorno de 10 años. Por tanto, puede decirse que la cláusula comentada es restrictiva de derechos del asegurado, pues dentro de las garantías básicas, se garantizan los daños por lluvia, y sólo después se limita la cobertura dependiendo de la variable consistente en el período de retorno, y por tanto, es de aplicación el art. 3 LCS y el art. 10 Ley de Consumidores y Usuarios.
Pues bien, ello es a todas luces abusivo, pues es la propia aseguradora quien redacta las cláusulas para dar cobertura al riesgo para la cual se ha contratado el seguro, teniendo en cuenta que se trata de un seguro de construcción para una obra concreta y por tanto la aseguradora conoce la obra que se va a ejecutar y los riesgos que dicha obra comporta. Por tanto, las cláusulas que ella redacta deben adecuarse a las circunstancias de esa obra de tal modo que los riesgos queden cubiertos. Lo que no puede hacer la aseguradora, que es la experta en seguros, es fijar una cláusula que es inadecuada para la cobertura del riesgo para la cual fue contratada.
En consecuencia, de todo lo manifestado en los párrafos anteriores podemos decir que la cláusula C.06 es limitativa y además se trata de una cláusula abusiva, en cuanto que su aplicación en la obra concreta ubicada en un torrente comporta una exclusión de la cobertura de la mayoría de los riesgos por efecto de las aguas de lluvia.

Por tanto, resulta evidente que la cláusula C.06 que fija el parámetro de cálculo de lluvia imprevisible no cumple los requisitos del artículo 3 de la Lev del Contrato de Seguro, en cuanto que no está destacada de modo especial; asimismo vulnera el artículo 10 de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en cuanto que no se cumple el requisito de que las condiciones sean conforme a la buena fe y al justo equilibrio de las contraprestaciones, pues dicha cláusula perjudica al consumidor, tal como he fundamentado anteriormente.

Es evidente que se trata de una cláusula impresa, unilateral en la formación de su contenido por la aseguradora, sin que el asegurado haya participado en su formación y por ello, toda la normativa antes referida (Lev de Contrato de Seguro, Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación) imponen un especial deber de información que conduzca a una correcta formación del consentimiento. La parte demandada alega que el asegurado dispone de un mes para examinar la póliza desde que se Ie entrega la misma y si transcurre dicho plazo sin efectuar ninguna reclamación, se estará a lo dispuesto en la póliza y por tanto, no se trata de un contrato de adhesión. AI respecto cabe decir que los contratos de seguro son contratos de adhesión en la medida que sus cláusulas son redactadas de forma genérica y unilateralmente por la compañía para una pluralidad de contratos, sólo hace falta observar el formato del documento que recoge las condiciones generales a modo de libro impreso (documento 1 de la contestación). Por tanto, el hecho de que el asegurado pueda examinar la póliza durante un mes, no exime a la aseguradora de su deber de cumplir las normas antes citadas actuando conforme a la buena fe, el equilibrio de las contraprestaciones y remarcando aquellas cláusulas que limitan los derechos del asegurado. Pretende la aseguradora (que es la experta en la materia y que ha sido contratada para cubrir un riesgo) que en el momento del examen de la póliza el asegurado se percate de que aquel parámetro basado en las precipitaciones locales caídas en un período de retorno de 10 años, que ella ha redactado unilateralmente y que en el acto del juicio ha tenido que explicar un ingeniero industrial, no es el idóneo para cubrir el riesgo contratado, sino que el parámetro adecuado debería ser el basado en la intensidad de las precipitaciones.

Por tanto, procede declarar la nulidad de la cláusula especial C.06 de conformidad con lo establecido en el artículo 10.4 de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al no cumplir el requisito previsto en el apartado c) de dicho artículo 10.1 al estimarse que la cláusula es abusiva y asimismo conforme al artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro."

Finalmente, como señala la sentencia del TS de 20/07/2010: "Si a esta línea lógica de interpretación según los propios términos de la póliza que documenta el contrato litigioso se unen el deber de claridad y precisión que el art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro, también citado como infringido, impone en la redacción de las condiciones generales y particulares; la exigencia de que las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados se destaquen de modo especial y sean específicamente aceptadas por escrito; y en fin, que la claridad y precisión de la póliza de seguros litigiosa era manifiestamente mejorable, incluso en el lenguaje, pues uno de los riesgos opcionales sí contratados fue el de "Gastos Incurridos (sic) a Consecuencia de un Siniestro", la procedencia de estimar el recurso no viene sino a corroborarse".

Aplicando dicha doctrina al caso ahora examinado, no cabe duda que no consta expresamente aceptado el clausurado invocado por la recurrente, al no estar firmadas sus cláusulas particulares y especiales por el tomador del seguro, no siendo, además, su redacción clara y precisa y, en todo caso, siendo evidente la inclusión del riesgo causado a la vista del punto 1º -riesgos cubiertos dentro del apartado de responsabilidad civil

patronal-, a lo que cabe añadir que la cláusula invocada es claramente limitativa de los derechos del asegurador, sin que conste expresamente la firma aceptada de dicha cláusula, por lo que no puede prosperar la pretensión de la parte recurrente, sin perjuicio del derecho de repetición a irrogar ante la jurisdicción civil."

SUPUESTO DE ATROPELLO DE UN TRABAJADOR EN EL CENTRO DE TRABAJO POR UN VEHÍCULO INDUSTRIAL. HECHO EXCLUIDO DEL SEGURO OBLIGATORIO. RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA POR SEGURO VOLUNTARIO. LAS CLÁUSULAS LIMITADORAS DE LA RESPONSABILIDAD DEBEN CONSTAR EXPRESAMENTE ACEPTADAS POR EL CONTRATANTE DEL SEGURO, LO QUE NO SUCEDE EN ESTE CASO

SAP Huelva (3ª) 14/01/2013. Rollo 21/2013, dimanante del PA 198/2012, del Juzgado de lo penal número 2 de Huelva.

"En definitiva la Sentencia acuerda en su fundamento jurídico séptimo, tras admitir y reconocer que estamos ante un hecho expresamente excluido de la cobertura del seguro obligatorio, al quedar fuera de lo que la del VEHÍCULO INDUSTRIAL MANITOU MT 1233, en la que figuraban como coberturas contratadas, la responsabilidad civil de suscripción obligatoria, responsabilidad civil suplementaria ilimitada, y defensa jurídica hasta 600 €; sin que conste ni se haya acreditado en el acto de la vista oral, que la propietaria de la máquina o tomadora del seguro, conociera otras condiciones contractuales, en relación con el seguro voluntario, que las que derivan del documento que obra a los folios 55 y 56; y sin que, por tanto, aparezcan expresamente firmadas o aceptadas otras condiciones, generales o particulares diferentes, que las incorporadas a dicho contrato.

En esta materia el art. 3 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, recoge los siguientes: "Artículo 3. Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurador y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.

De igual forma, el tribunal Supremo en doctrina pacífica y reiterada, proclama que las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados han de ser específicamente aceptadas por el tomador del seguro; y del mismo modo establece, que los riesgos excluidos de la cobertura de la póliza habrán de ser expresados de manera clara y precisa, destacándose en la póliza o en documento complementario, para que el asegurado adquiera un conocimiento previo de los mismos, a fin de que los acepte y finalmente los suscriba; ya que solo la suscripción y aceptación expresa de dichas condiciones limitativas determina su valor normativo y la vinculación para el tomador, de tal modo que su no aceptación por falta de firma que las suscriba determina su no integración en el contrato, no formando, pues, parte del mismo. En el supuesto que aquí nos trae, la entidad Mapfre no ha aportado documento alguno ni propuesto prueba, que acredite la vigencia o el valor normativo de las condiciones generales, ni las exclusiones de las condiciones particulares, debiéndose tener forzosamente en consecuencia, como no aportadas.

En este caso existía, como se ha dicho, un seguro voluntario de carácter ilimitado, sin que hayan sido aportadas las condiciones generales ni especiales del contrato por lo que las posibles exclusiones de la cobertura que se hubieran pactado, ni han sido acreditadas ni constan firmadas por el tomador.

17.7 Cláusulas delimitadoras del riesgo en los contratos de seguro.

LA AP ENTIENDE QUE, A EFECTOS DE LO ESTABLECIDO EN LA PÓLIZA DE SEGURO, LA RESTRICCIÓN POR EL CONCEPTO "ACCIDENTES DE TRABAJO", NO SE CORRESPONDE CUANDO LO JUZGADO ES UN DELITO DE HOMICIO POR IMPRUDENCIA GRAVE DEL ART. 142.1 CP.
SAP CORUÑA (1ª) Nº 20/2013, DE 17 DE ENERO. PTE: JUDEL PRIETO, ÁNGEL MARÍA.

b) Es cierto que lo niveles pactados en la póliza 96….tienen que jugar a la hora de establecer el margen de riesgo cubierto por la compañía; mas ahora la cláusula "suma asegurada/sublímites" refiere "máximo de indemnización por siniestro 330.256,15" y esos términos del contrato parece restringidos por el concepto "accidentes de trabajo" (96. 222,24 euros por víctima), cuando lo juzgado es "delito de homicidio por imprudencia grave del art. 142.1 del Código Penal", y no un siniestro de aquel orden. La franquicia actúa en otro esquema al concernir a "daños materiales" (1.202, 02 euros).

DESESTIMA LA AP LA SOLICITUD DE QUE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS SEA DECLARADA RESPONSABLE CIVIL DIRECTA, YA QUE EN LA PÓLIZA NO FIGURA ENTRE LOS RIESGOS CUBIERTOS LA RESPONSABILIDAD CIVIL PATRONAL, POR LO QUE NO SE ESTÁ ANTE CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LOS DERECHOS DEL ASEGURADO.
SAP JAÉN (1ª) Nº 119/2013, DE 8 DE MAYO, Pte. JURADO CABRERA, Mª JESÚS.

…por la representación procesal de la responsable civil subsidiaria L, se interpone el presente recurso de apelación, impugnando únicamente el pronunciamiento absolutorio de la entidad aseguradora C, solicitando la revocación de la sentencia recurrida que se dicta otra declarando la responsabilidad civil de C, en calidad de aseguradora de la responsabilidad civil de la empresa L y se condene a la misma al pago de las indemnizaciones fijadas en la sentencia dictada, de manera solidaria con el resto de los condenados; lo cual ya se anticipa no deberá prosperar estimándose totalmente ajustada a derecho dicha resolución en cuanto en efecto por la empresa recurrente no se aportó la correspondiente póliza de seguro, a pesar de ser requeridla efecto, siendo aportada por la aseguradora C, obrante a los folios 941 a 960 de las actuaciones, la cual no fue objeto de impugnación, y en la cual no existe cobertura para el riesgo que nos ocupa, en cuanto se trata de una póliza de seguro de responsabilidad civil por daños causados a terceros, estableciéndose en el artículo 4 de las condiciones generales que se entienden por terceros, cualquier persona física o jurídica distinta de, …d) los socios, directivos, asalariados y personas que, de hechos o de derecho, dependan del tomador del seguro o asegurado, mientras actúen en el ámbito de dicha dependencia, y por tanto y conforme concluye el juzgados a quo, no figura entre los riesgos cubiertos, la responsabilidad civil

patronal, por lo que no estamos ante cláusulas limitativas de derechos del asegurado como se alega por el apelante como fundamento de su pretensión revocatoria, sino ante una falta de cobertura por no ser concertada la responsabilidad civil patronal.
Al respecto, las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado aparecen mencionadas en el artículo 3 de la LCS, y serán las que restrinjan o excluyan algún derecho que, sin su existencia, tendría el asegurado o que el impongan una obligación que de otra forma no tendría. Las cláusulas delimitadoras del riesgo, sin embargo, no son mencionadas en la citada ley, sino que son una creación de un sector de la doctrina científica y de la jurisprudencia. Serán cláusulas que precisan el objeto del contrato mediante la determinación del riesgo, del aleas cubierto, esto es, precisan el alcance de la obligación del asegurador de dar cobertura al asegurado, describiendo el hecho causante de la deuda resarcitoria a cargo del primero y a favor del segundo. Estas últimas no limitan derechos del asegurado porque lo que hacen es definirlos frente a la aseguradora: hasta que no estén bien determinados, no tiene derecho alguno que limitar, por razones lógicas y cronológicas; las cláusulas delimitadoras corresponderían a una primera fase de atribución de derechos al asegurado, con la correlativa imposición de obligaciones al asegurador, y las limitativas se encuadran en una segunda fase, restringiendo los derechos recién definidos.
En aplicación de lo expuesto a caso que nos ocupa, en efecto no estaba cubierta la responsabilidad civil patronal y en consecuencia no existe posibilidad de limitar un derecho que no ha nacido.
Así pues, debe rechazarse el recurso de apelación interpuesto, máxime cuando la recurrente, la empresa condenada como responsable civil subsidiaria no está legitimada para formular en vía de recurso la condena de la aseguradora C, absuelta en la instancia, ya que como responsable civil subsidiaria sólo estaría legitimada para impugnar extremos relativos a su propia condena como tal responsable civil subsidiario, (título causal, bases de la determinación cuantitativa), es decir, para ejercitar derechos propios directa o indirectamente, pero no ajenos, y por la apelante no se discute su condena en este proceso, sino que lo que impugna es la procedencia o no de condenar a otra entidad aseguradora como responsable civil, y al respecto debe de tenerse en cuenta que toda parte de un proceso tiene acción legal para defender sus derechos e intereses y por tanto en este caso solo podría incidir dentro del ámbito de las cuestiones que surjan en torno a sus obligaciones civiles aunque estas nazcan de un delito o falta.

17.8. Compatibilidad de prestaciones de la Seguridad Social e indemnizaciones.

LA PRECEPCIÓN DE PRESTACIONES PÚBLICAS DE AUXILIO POR DEFUNCIÓN Y PENSIÓN DE VIUDEDAD, NO MODERA EL RESARCIMIENTO DEBIDO POR LA REALIZACIÓN DEL TIPO PENAL DEL ART. 142.1 CP.
SAP CORUÑA (1ª) Nº 20/2013, DE 17 DE ENERO. PTE: JUDEL PRIETO, ÁNGEL MARÍA.

En cuanto a la indemnización a los familiares del Sr. XX compensatoria (en la medida de los posible) del daño moral y situación económica subsiguientes a su fallecimiento, anotamos que: a) Nunca desconoció la doctrina legal de compatibilidad entre la indemnización civil y la laboral, y en este ámbito vale recordar las ya clásicas sentencias de 30-10-1971, 29-12-1979, 12-4-1984 y 10-3-1987. Es un contrasentido pretender que la percepción de prestaciones públicas de auxilio por defunción y pensión

de viudedad u otras impide o modera el resarcimiento debido por la realización del tipo penal del artículo 142.1, o que el daño moral a cónyuges e hijas del muerto sea de tono menor por la percepción de 40.000 euros, tesis que, llevada hasta su lógica final, excluiría el resarcimiento si, por ejemplo, la víctima hubiere concertado un importante seguro de vida o tuviere una posición económica muy desahogada o de riqueza.

LA MAYORIÁ DE LA JURISRUDENCIA ABOGA POR LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA EXTRACONTRACTUAL.
SAP BARCELONA (9ª) Nº 2013, DE 3 DE SEPTIEMBRE, PTE. CONDE PALOMARES, CELIA

No obstante el juzgador tuvo en cuenta este hecho a la hora de determinar la responsabilidad civil tal y como reseño en la sentencia si bien no efectuó un descuento de la misma de la indemnización, si la tuvo en cuenta a la hora de fijar la cuantía. En este sentido aun reconociendo que no se trata de una cuestión pacífica, la mayoría de la jurisprudencia en el orden penal entiende que la responsabilidad extracontractual –como en el caso- es compatible con la derivada de la relación de trabajo, tratándose de una dualidad de pretensiones, no incompatibles entre si. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2004 explica que se ha proclamado, en efecto, insistentemente la compatibilidad de los procedimientos y responsabilidades laborales y civiles "ya que la responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada en base a la relación de trabajo…" Mantienen esta posición, entre otras, la SAP de Burgos de 20 de junio de 2013, o la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña, de fecha 24-04-2008 y Tarragona de 18 de abril de 2013.

AFIRMA LA AP LA COMPATIBILIDAD DE LAS INDEMNIZACIONES CIVILES CON LAS RECIBIDAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
SAP CÓRDOBA (3ª) Nº 284/2013, DE 4 DE NOVIEMBRE. PTE: SÁNCHEZ ZAMORANO, FRANCISCO DE PAULA.

Igual suerte desestimatoria ha de correr el cuarto motivo del recurso que estamos examinado, a través del cual se aduce el error judicial en la valoración de la prueba en lo que respecta al "quantum" indemnizatorio, mediante el que, denunciándose una infracción de los artículos 109 y 111 del Código Penal EDL 1995/16398, se pide se excluya de dicho monto la cantidad de 17.612,71 euros ya percibida de la Mutua Laboral CESMA, y ello porque, como dice la sentencia de la Audiencia Provincia de la Coruña de 3 de noviembre de 2010, es posible la duplicidad de indemnizaciones y la compatibilidad de indemnizaciones civiles y otras recibidas con cargo al accidente de trabajo, de tal manera que las resoluciones judiciales mayoritarias han optado por la absoluta independencia entre las indemnizaciones satisfechas por accidentes de trabajo, y han fijado la del trabajador sin considerar las sumas pecuniarias recibidas con cargo a la Seguridad Social, ni como recargo de las prestaciones, en virtud del artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1993, 19 de febrero y 20 de noviembre de 1998, 2 de octubre de 2000 y 14 de febrero de 2001). Los razonamientos de estas sentencias son fundamentalmente los siguientes: "1º) La existencia de dos causas de pedir, la derivada del contrato laboral, que se rige por las prestaciones de la Seguridad Social, y la proveniente de la culpa extracontractual del empresario, con cobertura en el artículo 1902 del Código Civil EDL 1889/1 o en el artículo 109 del Código Penal

EDL 1995/16398 , cuando se trata de delito; así, se ha proclamado reiteradamente que constituye doctrina jurisprudencial consolidada la de la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante del acto culposo del empresario. 2º) La segunda razón, que se determina de forma autónoma, o unida a otros argumentos, es la denominada "unidad de la culpa civil" (aparte de otras, sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2005, 25 de enero, 30 de marzo y 29 de noviembre de 1996). 3º) Otro argumento utilizado, que supone complemento del primero, se refiere a que las responsabilidades de índole contractual nacen de una fuente de las obligaciones distinta de las relativas a la Seguridad Social (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2004)".

SI SE REBAJARA LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN, DEDUCIENDO LO QUE SE HA COBRADO POR OTRAS FUENTES, LA COMPAÑÍA DE SEGUROS PAGARÍA MENOS DE LO QUE DEBE PAGAR, Y ELLA SE BENEFICIARIA DE UN ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.
EDJ 2013/78943 SAP SEVILLA (1ª) Nº 89/2013, DE 15 DE FEBRERO. REC: 102372012, PTE. SÁNCHEZ UGENA, JOAQUÍN

Finalmente, razona el recurso que la cuantía de las responsabilidades civiles fijadas en la sentencia supone, de hecho, un enriquecimiento injusto de los herederos indemnizados, por que ya han cobrado otras indemnizaciones, y por otros conceptos distintos, además de la que la sentencia fija.

Este planteamiento no es válido. Un argumento muy sencillo lo desmonta: si admitimos la tesis y rebajamos la cuantía de la indemnización deduciendo lo que cobrado por otras fuentes, la compañía de seguros pagaría menos de lo que debe pagar, y en consecuencia, ella se beneficiaría de un enriquecimiento injusto con el ahorro así logrado.

Lo que esta fuera de toda duda es que las indemnizaciones son perfectamente compatibles, y las unas o excluyen a las otras, porque cada una de ellas obedece a una causa distinta

ESTABLECE LA AP LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL QUE DERIVA DE LA INFRACCIÓN PENAL CON LAS PRESTACIONES RECONOCIDAS AL TRABAJADOR ACCIDENTADO CONFORME A LA NORMATIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR LA GRAN INVALIDEZ E INCAPACIDAD TEMPORAL.
SAP SEVILLA (3ª) Nº 187/2013, DE 21 DE MARZO, PTE: MÁRQUEZ ROMERO, ÁNGEL.

En cuanto a las cuestiones de orden civil planteadas por los apelantes, igualmente, las resolvemos de forma conjunta e iniciamos su examen por la impugnación que se ha realizado a la decisión del juzgador de compatibilizar la responsabilidad civil que deriva de la infracción penal objeto de enjuiciamiento en esta causa, con las prestaciones reconocidas el trabajador accidentado conforme a la normativa de la Seguridad Social por la gran invalidez e incapacidad temporal.
La citada alegación debe ser desestimada, por cuanto esta Sección, en todas las ocasiones en las que se ha tenido que pronunciar sobre la misma, se ha decantado a favor de la compatibilidad, siguiendo el criterio jurisprudencial establecido al efecto por las Salas 1ª y 2ª del TS, que, claramente, admiten tal posibilidad en numerosas

sentencias, como lo pone de manifiesto la de fecha 21 de febrero de 2006, cuyos fundamentos trascribimos al ser de aplicación a la culpa extracontractual como a la responsabilidad derivada del delito. Así señala dicha resolución que "*La jurisprudencia de esta Sala, no sin algunos titubeos previos, tiene actualmente establecida, de manera reiterada, la compatibilidad, en cuanto a indemnizaciones por accidentes de trabajo, y las dimanantes del acto culposo, en su proyección civil, pues no se produce exclusión ni enfrentamiento entre ambas jurisdicciones, toda vez, que las prestaciones de carácter laboral nacen de la seguridad social y por causa de la relación laboral, que preexiste a las responsabilidades de naturaleza extracontractual, surgiendo éstas de diferente fuente de obligaciones, como declaró la sentencia de 21 de noviembre de 1995 EDJ 1995/6682 (sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1997 EDJ 1997/3578) (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2005 EDJ 2005/225507). En la misma línea la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2004 EDJ 2004/26181 , explica que se ha proclamado, en efecto, insistentemente la compatibilidad de los procedimientos y responsabilidades laborales y civiles,"ya que la responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada en base a relación de trabajo": sentencia de 5 de diciembre de 1995 EDJ 1995/6379 , que reitera la de 27 de febrero de 1996 EDJ 1996/944 con cita de numerosas sentencias anteriores y claramente lo reafirma la de 19 de diciembre de 1996 EDJ 1996/8621 en estos términos:"jurisprudencia reiterada y consolidada en cuanto a la competencia jurisdiccional del orden civil para resolver cuestiones como los que conforman el objeto de este proceso (sentencias de 4 de junio de 993 EDJ 1993/5372 , 21 de noviembre de 1995 EDJ 1995/6682 , 6 de febrero y 15 de junio de 1996 EDJ 1996/5057), que no lo impide el hecho de que entre los litigantes medie relación laboral, pues se da compatibilidad de las indemnizaciones que puedan corresponder por accidente de trabajo y que puedan dimanar de los actos encuadrables en culpa extracontractual, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales Civiles.*

_

Procede la dualidad de pretensiones por no ser irreconciliables, pues la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil EDL 1889/1, sino que reconoce expresamente que puedan derivarse del hecho otras acciones distintas a las regidas por las leyes laborales y así lo dicen los artículos 97-3 y 93-9 de la Ley de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 EDL 1974/1308 (sentencias de 28 de octubre de 1983, 8 de octubre de 1984 EDJ 1984/7383 , 21 de enero de 1991 y 31 de mayo de 1995)." La sentencia de 11 de diciembre de 1997 EDJ 1997/9825 reitera la misma idea. La de 21 de marzo de 1997 EDJ 1997/2102 determinó igualmente la competencia de la jurisdicción civil en casos en que -dice literalmente-"lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales", lo que repiten, con las mismas palabras, las de 13 de octubre de 1998 EDJ 1998/25082 , 13 de julio de 1999 EDJ 1999/13288 y 30 de noviembre de 1999 EDJ 1999/36819 . La de 30 de noviembre de 1998 EDJ 1998/26402 fijó, asimismo, la compatibilidad en estos términos:"la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante del acto culposo, tanto en el espacio de los daños materiales, como en el de los morales, ya que la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil EDL 1889/1, sino que explícitamente viene reconociendo su vigencia, al aceptar expresamente la posibilidad de que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las regidas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción del orden civil".

Ciertamente, han existido otras sentencias del TS que se posicionan con una cierta revisión de la doctrina jurisprudencial indicada (STS de 21 de julio de 2000 y en el mismo sentido, SSTS de 8 de octubre de 2001 y 31 de diciembre de 2003), pero, posteriormente, otras persisten en el criterio de la absoluta independencia de las indemnizaciones (SSTS de 29 de abril e 2004 y 9 de noviembre de 2005). En esta última sentencia de 9 de noviembre de 2005 se vuelve a recordar la doctrina antes señalada al decir que "*pues, como tiene reiteradamente declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 5 de diciembre de 1995 EDJ 1995/6379 , 28 de noviembre de 2001 EDJ 2001/44840 y 8 de octubre de 2004 EDJ 2004/147757 , las indemnizaciones derivadas del sistema de seguridad social y la dimanante de acto culposo son compatibles, pues aquéllas nacen del sistema público de aseguramiento y ésta tiene su fundamento en un acto culposo no penado por la Ley; lo que ha de resultar predicable igualmente respecto de las percepciones futuras y periódicas que puedan resultar a favor de los familiares del fallecido" explícitamente viene reconociendo su vigencia, al aceptar expresamente la posibilidad de que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las recogidas por la legislación laboral, exigibles ante la jurisdicción civil (STS de 30 de noviembre de 1998*)" Asimismo la sentencia de 30 de noviembre de 1999: "*Por demás, esta Sala tiene declarada la compatibilidad de las indemnizaciones civiles y laborales, habida cuenta de que proceden de distinto título u origen: la Seguridad Social en el ámbito primeramente citado, y el hecho ilícito en la civil, y no hay doble resarcimiento porque reparan daños distintos: el laboral y el humano, respectivamente (aparte de otras, STS de 2 de enero de 1991 y 6 de octubre de 1992)" Otra conclusión, continua afirmando la jurisprudencia supondría en la practica hacer de peor condición a los accidentados laborales con relación a los que han sufrido un accidente en cualquier otro ámbito de la vida de relación, pues estos últimos si sufren daños por causa imputable a terceros se verán indemnizados de la totalidad de los sufridos al margen de que igualmente les sea reconocida por la Seguridad Social*.

En consecuencia, aplicando la anterior doctrina del TS, no procede la reducción de la indemnización reconocida al perjudicado en la sentencia recurrida con base a la lograda en el ámbito social y con fundamento en otra acción diferente, sin que cambie nuestro criterio el hecho de que se haya vislumbrado un nuevo posicionamiento de la jurisprudencia en la sentencia del TS de 24 de julio de 2008, que alude a la necesidad de evitar un enriquecimiento injusto, ya que después el mismo Tribunal ha vuelto a su doctrina tradicional en sentencias , entre otras, de 25 de marzo de 2011, indicando que la legislación laboral pretende indemnizar el lucro cesante, y la civil también el daño moral.

ENTIENDE LA AP QUE PROCEDE LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA INDEMNIZACIÓN PERCIIBDA POR LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y LA DERIVADA DEL ILÍCITO PENAL.
SAP TARRAGONA (2ª) Nº 201/2013, DE 18 DE ABRIL. PTE: MARTINEZ SAEZ, ÁNGEL.

En cuanto a la compatibilidad de la prestación percibida por la incapacidad permanente parcial y la indemnización por responsabilidad civil derivada de la responsabilidad criminal cabe destacar que la Incapacidad Permanente Parcial se otorga como consecuencia de que el trabajador tiene una disminución en cuanto a su capacidad laboral no inferior a un 33 % para desarrollar la actividad laboral que venía

desarrollando de forma habitual, para lo cual necesita reunir una serie de requisitos en el ámbito de su relación laboral mientras que la indemnización que viene establecida en el artículo 116 del Código Penal surge del hecho de que la persona responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivan daños o perjuicios.
Sobre la compatibilidad de ambas indemnizaciones hay que indicar que existen dos líneas jurisprudenciales distintas, una la sostenida por la jurisdicción social y otra la seguida por la Sala I del Tribunal Supremo, en supuestos de responsabilidad extracontractual o aquiliana y que es seguida de forma mayoritaria por las Audiencias Provinciales también en aquellos supuestos en que la responsabilidad civil nace de un delito o falta, como sería el caso que nos ocupa.
Debemos partir, por tanto, de que la cuestión jurídica planteada en el recurso de apelación no es pacífica, ni aun entre las distintas Salas del Tribunal Supremo.
La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social Sección 1ª, de 3 de Octubre de 2.007 , dictada en recurso de casación para unificación de doctrina número 2.541/06 , expresa que sobre esta cuestión es reiterada la doctrina que unifica la consideración del daño como único objeto indemnizable, debiendo deducir de la cifra en que se cuantifique todas y cada una de las compensaciones económicas reconocidas, salvo las que figuren unidas al recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, habida cuenta de su carácter sancionador.
Continúa dicha sentencia expresando que "nuestra doctrina no es unánime a la hora de mantener la reparación íntegra, porque como manifestación del principio general de nuestro ordenamiento jurídico, deducible, entre otros de los artículos 1.101 y 1.902 del C.C ., que obliga a todo aquel que causa un daño a otro a repararlo, cabe afirmar que en el ámbito laboral, y a falta de norma legal expresa que baremice las indemnizaciones o establezca topes a su cuantía, en principio, la indemnización procedente deberá ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daños materiales y morales) que, como derivados del accidente de trabajo se acrediten sufridos en las esferas personal laboral, familiar y social (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de Febrero de 1.999 ; 2 de Octubre de 2.000 ; 18 de Febrero de 2.002 ; 21 de Febrero de 2.002 ; 8 de Abril de 2.002 ; 7 de Febrero de 2.003 ; 9 de Febrero de 2.0005 ; 1 de Junio de 2.005 ; 24 de Julio de 2.006).
Asimismo la Sala sostiene que del referido principio de reparación íntegra se deduce la exigencia de proporcionalidad entre el daño y la reparación; y "a sensu contrario" que la reparación -dejando aparte supuestos o aspectos excepcionales, de matiz más próximo al sancionatorio, como puede acontecer respecto al recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad, ex artículo 123 L.G.S.S .--, no debe exceder del daño o perjuicio sufrido; dicho de otro modo, que los dañados o perjudicados, no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena.
Y dentro de las evidentes dificultades que supone fijar una cuantía en concepto de indemnización, con carácter general se ha mantenido que debe hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos, el grado de culpabilidad..., las sumas ya percibidas y los criterios legales que pueden servir de referencia (sentencias del Tribunal Supremo de 2 de Febrero de 1.998 y 17 de Febrero de 1.999)".
Expresa también esta sentencia que "en la teórica solución del problema (alcance de la compatibilidad entre las prestaciones de la Seguridad Social y la acción de responsabilidad civil), cabían la técnica de la acumulación absoluta (o de suplementariedad) y la de la acumulación relativa (o complementariedad). Pues bien, la primera de las soluciones es la seguida fundamentalmente por la Jurisprudencia civil, en

la que la indubitada afirmación --compartida con el orden social-- de que "la responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada de la relación de trabajo, tratándose de dualidad de pretensiones, no incompatibles entre sí, tradicionalmente se ha entendido en el sentido de acumulación absoluta, por considerar que la cuantía de la indemnización por responsabilidad ex artículo 1.902 del C.C . resulta independiente de cualquier otra cantidad ya percibida por el trabajador, que no puede minorar aquella, al tratarse de fundamentos diversos de indemnización y dos causas diferentes de pedir, "siendo así que las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de Seguridad Social y, mediatamente al menos, de la misma relación laboral que preexiste a las responsabilidades de índole extracontractual y que nacen de diferente fuente de obligaciones (artículo 1.089 y 1.093 del C.C .)".

"... Y aunque en tiempos recientes esta misma Sala Primera hubiese matizado, rectificada propiamente aquella declaración de compatibilidad con la indicación de que "siendo un mismo hecho que da lugar a una y otra indemnización y siendo también un mismo daño el que se indemniza , nada impide valorar como un factor más del importe de la indemnización a fijar en el orden civil (...) el ya acordado por el orden jurisdiccional social, aplicando la normativa laboral (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Julio de 2.000) porque "se trata en suma, de pasar de una indeseable situación de acumulación no coordinada, a un sistema coherente de complementariedad de las indemnizaciones hasta lograr la reparación íntegra del daño.

En este cuadro de responsabilidades, la Sala Cuarta, ha seguido indefectiblemente --frente a la Primera-- el criterio opuesto de la acumulación relativa o técnica de la complementariedad, en apoyo de la cual puede decirse, con autorizada doctrina, que la finalidad de las indemnizaciones es "reparar" y no "enriquecer". Una cosa es que el perjudicado pueda ejercer todas las acciones a su alcance para obtener la adecuada compensación de los daños sufridos (acumulación de acciones) y otra muy distinta que las compensaciones que reciba por el ejercicio de esas acciones puedan aumentar su patrimonio más allá del daño sufrido (acumulación de indemnizaciones).

Y al efecto se ha indicado que "... ante las distintas opciones que al perjudicado se le ofrecen... nos encontramos ante formas o modos de resolver la pretensión, aunque tengan lugar ante vías jurisdiccionales o procedimientos diversos, que han de ser estimadas como parte de un total indemnizatorio, de modo que las cantidades ya percibidas han de computarse para fijar el "quantum total".

Hemos expuesto la Jurisprudencia que sigue la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, sin embargo, existe otra línea jurisprudencial constante, en el ámbito de la jurisdicción civil (Sala I del Tribunal Supremo), que siguen en su mayoría las Audiencias Provinciales (Salas Civiles y Penales) y que se contiene en las SS. De 29 de Abril de 1.980; 12 de Abril de 1.984; 6 de Junio de 1.985; 7 de Marzo de 1.994; 22 de Julio de 1.994; 21 de Noviembre de 1.995, que expresa que son compatibles las indemnizaciones de tipo laboral por accidente de trabajo que asume la Seguridad Social [o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, como en el supuesto que nos ocupa], con aquellas otras derivadas de actos ilícitos, incluso imprudentes. También conforme a las sentencias de 5 de Julio de 1.983 y 12 de Abril de 1.984 las circunstancias de haber obtenido indemnización laboral no impide que se puedan reclamar las que procedan por acto ilícito. Asimismo, conforme a las sentencias de 8 de Octubre de 1.984 ; 19 de Febrero de 1.998 y 3 de Marzo de 1.998 la jurisdicción ordinaria no queda limitada por el ámbito laboral, al resultar perfectamente compatibles las indemnizaciones a fijar en dichos ámbitos. Conforme a las sentencias de 2 de Enero de 1.991 y 18 de Diciembre de 1.998 es doctrina reiterada la que se refiere a la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente laboral y la dimanante del

acto ilícito, al admitirse la posibilidad de que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las puramente laborales, siendo así que las prestaciones de carácter laboral nacen de la Seguridad Social y de la misma relación laboral que preexiste a las responsabilidades que nacen del acto ilícito.
Sostiene, en síntesis esta línea jurisprudencial, que las atenciones a que obedecen los conceptos indemnizatorios son diversas, no existiendo razón para su descuento o valoración concurrencial.
En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Abril de 2.004 explica que se ha proclamado, en efecto, insistentemente la compatibilidad de los procedimientos y responsabilidades laborales y civiles "ya que la responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada en base a la relación de trabajo".
Se apoyan tales sentencias en el tenor literal del precepto antes enunciado del T.R.L.G.S.S.
En el orden penal, este criterio es seguido por numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales, como por ejemplo y, sin ánimo de ser exhaustivos, sentencias de la Audiencia Provincial de Soria de 30 de Marzo de 2.006 (que se apoya tanto en el artículo 116 del C.P . como en las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de Diciembre de 1.997 ; 27 de Junio de 2.000 y artículo 123 TRLGSS); de Tarragona de 3 de Junio de 2.004; de Orense de 20 de Enero de 2.004; de León de 10 de Julio de 2.003; de Zaragoza de 21 de Marzo de 2.006.
Siguiendo esta última jurisprudencia que parece siguen mayoritariamente los órganos de la jurisdicción penal (y, aun considerando que, como hemos expuesto la cuestión no es pacífica, pues en sede social se sigue un criterio distinto), procede estimar la compatibilidad entre las indemnizaciones, por ende la no deducción del importe percibido por la prestación de la incapacidad permanente parcial.
Así pues, el hecho delictivo ha podido comportar unos daños o perjuicios, los cuales no siempre pueden comportar una situación de incapacidad permanente en sus diversas modalidades para la victima, pero si ello sucediera, ello implicaría no tan solo que nos encontramos ante un hecho grave, dada la trascendencia de dichos daños o perjuicios en el ámbito laboral, sino que además y de una forma autónoma las normas que rigen la Seguridad Social conllevan a que el trabajador pueda ser tributario de algunas de las prestaciones previstas por la normativa laboral, como es el caso, sin que ello implique que porque el estado o mutualidad que se tenga que hacer cargo de dicha prestación , conlleve la exención de la responsabilidad civil que le viene impuesta al criminalmente responsable del delito o falta. Se procede pues a desestimar este último motivo de apelación.

LA AP MANTIENE LA COMPATBILIDAD DE LAS INDEMNIZACIONES A PERCIBIR EN EL ÁMBITO PENAL, CON AQUELLAS OTRAS RECIBIDAS EN OTROS ÁMBITOS.
SAP VIZCAYA (6ª) Nº /2013, DE 10 DE OCTUBRE. PTE: SAN MIGUEL BERGARETXE, MIREN NEKANE.

…en relación con la primera de las alegaciones, venimos manteniendo la compatibilidad de las indemnizaciones a percibirse en el ámbito que nos ocupa con aquellas que se vayan estableciendo en otros, en que la valoración de las lesiones está orientada a resarcir de los quebrantos directamente relacionados con el efecto que tales secuelas tienen con la actividad en cuestión, en tanto que la indemnización establecida como responsabilidad civil tiene como base el efecto que el hecho (en este caso ilícito

penalmente) tienen en los ámbitos a los que, de modo expreso se refiere la sentencia emitida.

LA CANTIDAD AB ONADA EN CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL ES COMPATIBLE CON LA RECIBIDA DE LA SEGURIDAD SOCIAL
SAP Burgos (1ª) 304/2013, de 20 de junio. Rollo apelación 78/2013, dimanante de procedimiento abreviado 209/2009, del Juzgado de lo penal número 2 de Burgos.

: "SEXTO.- En el motivo quinto, considera la parte recurrente que deben deducirse y detraerse las prestaciones de incapacidad temporal concedidas a los Sres. Urculo y Peña por Mutua Universal Mugenat, en las sumas respectivas de 14.351,08 € y 7.618,04 €, al entender que aunque son prestaciones compatibles con las indemnizaciones reclamadas en esta litis, no son independientes de ellas.
El motivo no puede ser estimado, por cuanto la Jurisprudencia es clara cuando establece que la responsabilidad extracontractual –como en el caso- es compatible con la derivada de la relación de trabajo, tratándose de dualidad de pretensiones, no incompatibles entre sí, ya que tal incompatibilidad no implica duplicidad en el percibo de las indemnizaciones reparadoras del mismo aspecto o ámbito del daño o perjuicio de estar con una de ellas completamente reparados o compensados tales daños o perjuicios.
Así lo expone, entre otras, la STS 24/04/2006, Sala Cuarta, al señalar que "La Sentencia recurrida resolvió acerca de la procedencia o improcedencia de descontar de la indemnización total lo percibido anteriormente en concepto de prestaciones por incapacidad temporal y permanente parcial, que habían sido ya antes satisfechas al trabajador por la Mutua aseguradora, así como el capital coste de la pensión por incapacidad permanente total; y, al propio tiempo, también se pronunció sobre la procedencia de descontar el importe de la indemnización correspondiente a la póliza del seguro concertado por la empresa, estando, en cuanto a esto último, conforme la parte recurrente; pero en esta resolución no se debatió lo relativo al recargo por falta de medidas de seguridad, pues la improcedencia de este descuento había sido ya razonada y resuelta por la sentencia del Juzgado, aplicando la doctrina de esta Sala que arranca fundamentalmente de la Sentencia de 10 de diciembre de 1998 (recurso 4078/97, Sala General), aunque tiene varios precedentes, como los de las Sentencias de 30 de septiembre de 1997 (recurso 22/97) y de 2 de febrero de 1998 (recurso 124/97), y ha sido aplicada por otras varias posteriores, entre ellas la aquí invocada para su contraste con la impugnada, de 21 de febrero de 2002 (recurso 2239/01), la de 2 de octubre de 2000, también dictada en Sala General (recurso 2393/99), la de 3 de junio de 2003 (recurso 3129/02) y la de 9 de febrero de 2005 (recurso 5398/03), entre otras.
Y lo mismo señala la Jurisprudencia denominada menor, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña, de fecha 24/04/2008, al establecer, en cuanto al descuento de otras indemnizaciones que "Solicita por último el recurrente que la cantidad solicitada por el Ministerio Fiscal debe ser compensada con la cantidad que en su día la perjudicada cobró por el fallecimiento de su padre (5.500.000 ptas.) de la Cia. De Seguros Helvetia. La hija dice que no cobró esa cantidad, no obstante se debe tener en cuenta que el empresario es condenado a indemnizar los daños y perjuicios causados de una actuación penalmente relevante. De este modo las cantidades debidas por tal concepto no pueden ser compensadas, por ejemplo, con el seguro colectivo de accidentes que puedan cobrar los perjudicados o pólizas de seguro que a menudo tienen obligación de pactar los empresarios en virtud de norma convencional -convenio colectivo-. La condena penal supone un plus de de reproche en la actuación del empresario y como tal ha de ser indemnizado y ello en el entendimiento de que no es lo

mismo, desde el punto de vista del beneficiario, que el fallecimiento pueda o no ser evitado.
El empresario que incumple no se puede ver favorecido con la compensación de una indemnización debida, por ejemplo en virtud de cláusula establecida en convenio colectivo."
Finalmente cabe reseñar la sentencia de la sala Primera del Tribunal Supremo de 29/04/2004, al señalar que: "Como explica, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1993: la jurisprudencia ha reiterado la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante del acto culposo ya que la reglamentación especial no solo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1902 y 1903, reguladores de la culpa extracontractual, sino que explícitamente viene admitiendo su vigencia, al admitir expresamente que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las regidas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción civil (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero, 4 y 6 de octubre y 8 de noviembre de 1982, 9 de marzo, 6 de mayo, 5 de julio y 28 de octubre de 1983 y 7 de mayo y 8 de octubre de 1984), siendo así que las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de la Seguridad social y, mediatamente al menos, de la misma relación laboral que preexiste a las responsabilidades de índole extracontractual y que nacen de diferente fuente de las obligaciones (artículos 1.089 y 1.093 del Código civil)"

LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL TIENEN CARÁCTER COMPLEMENTARIO DE LAS INDEMNIZACIONES Y DEBE PROCEDERSE A COMPENSAR LOS CONCEPTOS HOMOGÉNEOS EN LAS CANTIDADES CONCURRENTES
EDJ 2013/106302. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 13-5-2013, nº 416/2013, rec. 78/2012. Pte: Valldecabres Ortiz, Mª Isabel.

"SEGUNDO.-.- En principio, de conformidad con los artículos 101 y siguientes del Código Penal EDL 1995/16398 es función soberana del Juez de instancia la cuantificación de 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). Pudiendo ser revisada la indemnización fijada por dicho Juzgador en apelación en los siguientes casos de: 1°) 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); 2°) Error aritmético (SSTS 16-2-76). Si bien este supuesto podría encontrar adecuada solución por el cauce y mecanismo establecido en el art. 161 LECrim. EDL 1882/1 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 el que el juez «a quo» ni siquiera hubiere 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 (SAP Burgos Sec. 1ª, 16-4-08 y en el mismo sentido, SAP Almería Sec 3ª, 11-11-2008, entre otras).
En este caso, y comenzando por la última de las peticiones de la acusación particular, esto es, que se acuerde un mayor factor de corrección por daños morales

complementarios atendidas las circunstancias del perjudicado, la valoración en 40 mil Eur. que ha sido acordada debe advertirse que va a ser desestimada por cuanto que ni siquiera procedía haber acordado la misma a la vista de que las secuelas concurrentes, contrariamente a lo que se recoge en la sentencia, no superan los 90 puntos tal y como se exige en la Tabla IV contenida en el Anexo de la Resolución de 20 de enero de 2003 de la DGS, pese a lo que se ha declarado en sentencia (FJ 5º).

En efecto, debe recordarse que el apartado segundo del Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre EDL 2004/152063 , que aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor EDL 2004/152063 , aplicado al caso presente de forma analógica, establece que cuando nos encontramos con secuelas concurrentes el cálculo de la indemnización habrá de hacerse aplicando la llamada formula de Balthazar y no, como ha hecho el juez de instancia, sumando aritméticamente dichos puntos. En este caso, y aplicada la referida fórmula, resulta que los puntos concurrentes son respecto de las manos 51, del trastorno depresivo 8 y otros 27 por el perjuicio estético bastante importante, lo que arroja un total de 86 puntos que no alcanzan el mínimo de 90 requeridos, conforme acabamos de ver. No obstante, la indemnización acordada por daño moral de 40 mil euros se va a mantener por proscripción de la r eformatio in peius dado que, la responsable civil directa ni la subsidiaria, han impugnado la cuantía de la indemnización en este punto.

TERCERO.-.- En cuanto a la no aplicación de factor de corrección por perjuicio económico argumenta el juez pormenorizadamente y con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en ausencia de topes indemnizatorios legales, los descuentos por indemnizaciones ya percibidas -para evitar el enriquecimiento injusto- deben efectuarse entre cantidades derivadas de conceptos homogéneos para lograr una reparación íntegra pero sin enriquecimiento injusto, por encima de límites racionales. Ello es absolutamente correcto pero, sin embargo, no explica las razones para excluir íntegramente la aplicación de los referidos factores de corrección por perjuicio económico para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes debidas a la incapacidad permanente absoluta, ni con qué fundamento ha compensado íntegramente la referida a los días impeditivos (incapacidad temporal), pese a citar expresamente jurisprudencia en contra de tal proceder al respecto.

En efecto, la pensión reconocida al recurrente por la Seguridad social no agota, como se reconoce en la propia sentencia, los perjuicios que ocasiona la incapacidad para otras actividades de la vida distintas de la laboral (como los quebrantos producidos en su vida doméstica, familiar, sentimental y social, el impedimento para practicar deportes, etc). Pero es igualmente cierto que los factores de corrección abarcan tanto unos como otros -incluidos los daños morales-, de manera que será necesario ponderar qué se estima adecuado atribuir a cada uno de tales perjuicios en la cuantía de la indemnización acordada -en este caso por la incapacidad permanente absoluta, como alega el recurrente) y por los días impeditivos-. Esta Sala entiende razonable en el presente caso optar por las cuantías medias recogidas en las Tablas.

Además, y respecto de los necesarios descuentos que el propio recurrente estima adecuado aplicar a dichos factores de corrección, alega que debe distinguirse cuando el accidente sufrido es, como en este caso laboral frente al no laboral, pues en este último caso, por ejemplo, habría correspondido una pensión por su IPT notablemente inferior (54% menos); por lo tanto, una vez reconocidos y calculados los factores de corrección correspondientes, procederemos, en efecto, a aplicar una rebaja o deducción de los mismos en dicho 54% (STS 2 de octubre de 2007).

Pues bien, tiene razón el recurrente en los argumentos, sin que ello implique necesariamente que asumamos finalmente como debidas las cuantías indemnizatorias

que reclama en virtud de los anteriores criterios, pues como a continuación se explicará, la cuantía acordada en la sentencia y que la Sala respeta por inatacable, excede con mucho de lo que habría correspondido al recurrente por lo dicho en el anterior fundamento como consecuencia de la aplicación de la referida fórmula y por lo que a continuación veremos, ya que la conversión de los puntos a valores económicos debe hacerse individualmente con cada secuela y no sumando las tres lesiones concurrentes, por lo que será necesario llevar a cabo la debida corrección de cuantías y de ponderación entre ellas.

Para comenzar, hemos de recalcular la indemnización correspondiente a las secuelas sufridas por el perjudicado. El juez hace explícito su criterio de asignar a cada secuela el término medio dentro del mínimo y el máximo fijados por el baremo, pero sin embargo, en la sentencia ha asignado el máximo. Respetando, no obstante, dichas puntuaciones, resulta que la cuantía por las lesiones de ambas manos conforme a la Tabla III asciende a 86.241,00 Eur. (1.691 por los 51 puntos resultantes de la formula Balthazar); por el trastorno depresivo 6.096,00 Eur. (8 puntos a 762); y por el perjuicio estético 31.779,00 Eur. (27 puntos a 1177). El importe total de las secuelas asciende a 124.116 Eur., frente a los 248.795,30 Eur. fijados en sentencia (-124.679,00). Dicha cantidad debe incrementarse en un 10% por aplicación del factor de corrección por perjuicio económico lo que asciende a 12. 467 Eur., cantidad que debe aminorarse en un 54% de conformidad con lo asumido por el recurrente 5.735 Eur.

A partir de ahí, vamos a establecer la cuantía indemnizatoria correspondiente a la incapacidad permanente absoluta, que conforme a los importes máximos fijados en la tabla IV van a establecerse en 146.650,00 a lo que aplicaremos el referido descuento del 54% hasta fijar la cuantía en 67.450 Eur..

En tercer lugar, y de forma análoga, aplicaremos la Tabla V para calcular como indemnización por los días impeditivos (no hay constancia de cuantos fueron durante la estancia hospitalaria por lo que asumimos el criterio del juez de que fueron sin estancia) 7233,00. Igualmente, aplicaremos el factor de corrección por perjuicio económico del 10% descontado en un 54% de forma análoga a lo establecido para la incapacidad permanente, lo que supone una cuantía adicional de % -723- y descontar finalmente un 54%, dando como resultado 333 Eur..

Esta Sala estima que la cuantía indemnizatoria total que correspondería haber concedido al recurrente aplicando los criterios legales - y asumiendo el porcentaje de aminoración que conforme a jurisprudencia asume el recurrente) asciende a 204.867,00 Eur.. Dicha cantidad debería aminorarse en lo ya percibido por pago efectuado por la responsable civil directa, que son 60.000Eur., de forma que ponderando las cuantías reclamadas e indebidamente omitidas, con las indebidamente concedidas en exceso, se ha concedido una indemnización por 83.928,00 Eur. de más- que no podemos revocar al no haber sido impugnada. Por ello, no procede incrementar la indemnización reconocida en sentencia por cuanto supondría un enriquecimiento aun más injusto del que ya deriva de respetar por estrictas razones de legalidad dicha cuantía."

LAS INDEMNIZACIONES PERCIBIDAS POR EL LESIONADO DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL SON COMPLEMENTARIAS CON LAS QUE PROCEDEN POR LA RESPONSABILIDAD CIVIL ADICIONAL, AHORA BIEN, LA COMPENSACIÓN SÓLO PUEDE LLEVARSE A CABO EN CONCEPTOS HOMOGÉNEOS

EDJ 2013/126047. Audiencia Provincial de Zamora, sec. 1ª, S 7-6-2013, nº 55/2013, rec. 88/2012. Pte: Pérez Serna, Jesús.

"Dicho lo anterior, y en lo que atañe al descuento por conceptos homogéneos, de las prestaciones de la Seguridad Social y de la Mutua, partiendo efectivamente la jurisprudencia que citan ambas partes y la sentencia apelada, -- resumidamente, sostiene dicha jurisprudencia que como el daño a reparar es único, las diferentes reclamaciones para resarcirse del mismo que pueda ejercitar el perjudicado, aunque compatibles, no son independientes, sino complementarias y computables todas para establecer la cuantía total de la indemnización; consecuentemente, la compensación operará entre conceptos homogéneos, lo que tratándose de prestaciones de la Seguridad Social que resarcen por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanente, supone que las referidas prestaciones sólo pueden compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante, así como las que se reconocen por la incapacidad temporal no se pueden compensar con las que se dan por la incapacidad permanente y viceversa (STS, Sala Cuarta, de 17 julio 2007) --, se considerarán ajustadas las cantidades concedidas por incapacidad temporal, en tanto que las mismas no son compensables con las prestaciones sociales percibidas, las cuales no superan el 100% del salario cobrado al tiempo del accidente. Y en cuanto a la cantidad por incapacidad permanente absoluta, discutiéndose, en realidad el porcentaje atribuible al lucro cesante, -- el baremo repara diferentes perjuicios --, cabe considerar ajustado el fijado en la sentencia dadas las circunstancias del caso, tales como la situación del lesionado, constatada a través de los informes médicos obrantes en las actuaciones, la edad que tenía en el momento del accidente, o la merma en sus condiciones de vida a raíz del siniestro. (En tal sentido, se reiteran las consideraciones de las sentencias del Juzgado de lo Social y del Tribunal Superior de Justicia, sobre la situación del lesionado, tras el accidente).
Resulta, pues, tras lo dicho, y una vez excluidos, asimismo, el factor de corrección del 10% por perjuicios económicos, en función de la doctrina expuesta, la cantidad total de 144.008,87 euros. (24.098,32 Eur. por incapacidad temporal + 82.970,55 Eur. por secuelas y perjuicio estético más 100.000 Eur. por incapacidad permanente absoluta - 30.000 Eur. de valoración por compensación con las prestaciones sociales percibidas - 33.060 Eur. recibidos de la aseguradora Groupama). Se modifica, por tanto, en la forma dicha la cantidad final que se consigna en la sentencia de instancia, por concepto de indemnización a Serafin."

17.9 Compatibilidad de seguros.

AMBAS INDEMNIZACIONES, UNA A CARGO DEL SEGURO ESCOLAR Y OTRA A CARGO DEL SEGURO CONCERTADO POR LA EMPRESA, SON PERFECTAMENTE COMPATIBLES.
SAP PALENCIA (1ª) Nº 41/2013, DE 13 DE MAYO, PTE. MEDERUELO GARCÍA, JOSÉ ALBERTO

Por otra parte se interesa que la indemnización que le corresponda al perjudicado se le resten los 1.100€ que ya fueron objeto de indemnización por parte de la aseguradora…en base a una póliza de seguro de accidente escolar. Nada nuevo se dice en apoyo de tal petición que desmerezca el planteamiento y criterio decisorio del juzgador de lo penal, y como fuere que ambas indemnizaciones, una a cargo del seguro escolar y otra a cargo del seguro concertado por MP para cubrir posibles accidentes

laborales en su centro de trabajo, son perfectamente compatibles, procede rechazar la rebaja pretendida.

17.10 Factor de corrección.

ES APLICABLE EL FACTOR DE CORRECCIÓN AL ESTAR EL PERJUDICADO EN EDAD LBORAL.
EDJ 2013/149045
SAP BARCELONA (10ª) Nº 549/2013, DE 3 DE JUNIO. REC: 43/2013, PTE. PLANCHAT TERUEL, JOSE MARÍA.

El factor de corrección debe ser mantenido. La previsión literal del baremo aplicado, dispone la aplicación del criterio de corrección a toda víctima en edad laboral, resulten o no acreditados ingresos económicos por actividad laboral. Es evidente que el trabajador lesionado se encontraba en esa franja de edad, por lo que indudablemente le asiste derecho a ese incremento. Cuestión bien distinta sería que la parte recurrente combatiese el concreto porcentaje decretado, ofreciendo elementos susceptibles conducir a una reducción del margen aplicado, pero no lo hace así en su recurso que se limita a negar la procedencia sin más.

17.11 Intereses moratorios.

SE CONDENA A LA COMPAÑÍA DE SEGUROS AL PAGO DE LOS INTERESES MORATORIOS DEL ART. 20 LCS, YA QUE NO EXISTIÓ UNA VOLUNTAD DE PAGO CONSIGNATORIO.
EDJ 2013/130167
SAP A CORUÑA (2ª) Nº 373/2013, DE 12 DE JUNIO. REC: 553/2013, PTE. BARRIENTOS MONGE, LUIS

Se recurre la sentencia de instancia, que ha venido a declarar la existencia de un delito contra los derechos de los trabajadores y otro de lesiones por imprudencia, pronunciamiento que afecta a los imputados Norberto y a Belarmino, con declaración de responsabilidad civil de las aseguradoras MAPFRE y MUSAAT, entidad ésta última que recurre dicha sentencia, en lo que se refiere a la aplicación de los intereses del artículo 20 de la LCS EDL 1980/4219 , que solicita que no sean de ejecución, alegando la complejidad de las consecuencias derivadas del accidente litigioso, así como de las propias causas del mismo, todo lo cual habría hecho necesario la llegada al momento del enjuiciamiento para su determinación. De manera subsidiaria, para el caso de que esta petición no fuera atendida esta petición, interesó que se fijase como día a quo, la fecha del auto de apertura del juicio oral. De manera respetuosa, este recurso será desestimado.

_
Y lo será sobre la base de que, sin discutir las gravedad del hecho y de las consecuencias del accidente litigioso, la posible causa del mismo, la rotura de la plataforma sobre la que trabajaba el perjudicado, era conocida desde los momentos

iniciales del procedimiento, pues ya se hacía referencia a esta causa en el informe de la Inspección de Trabajo, de fecha 27 de septiembre de 2004 (folio 18 de las actuaciones). Por lo que se refiere a la entidad de las lesiones y su complejidad, con fecha 21 de agosto de 2006 consta el informe de sanidad del Médico Forense (folios 320 y 321 de las actuaciones),; ni siquiera entonces se procedió por la entidad aseguradora a hacer consignación de cantidad alguna, ni tampoco lo realizó con anterioridad, cuando es evidente que la entidad aseguradora dispone de recursos personales y materiales para hacer un evalúo, siquiera aproximado, de tales consecuencias, y hacer una consignación en forma, sobre la que pronunciarse el Juzgado acerca de su suficiencia. Ni siquiera, estimamos, era necesario que la consignación se efectuase con expresa manifestación de que las cantidades se entregaran para pago al perjudicado, pues esta Sala mantiene el criterio de que la consignación así efectuado, sin que sea ofrecida al pago, tiene efectos liberatorios.

_
Por lo tanto, no existiendo una voluntad de pago consignatorio por parte de la compañía de seguros obligada al pago, no ya dentro del plazo legalmente previsto para ello, sino ni siquiera con posterioridad, estimamos que deviene la necesaria aplicación del interés del artículo 20 de la LCS EDL 1980/4219 , que está previsto para asegurar una pronta satisfacción de los intereses de los perjudicados, de ahí que sea igualmente obligado confirmar el criterio de la sentencia de instancia.

NO SE APLICAN LOS INTERESES MORATORIOS A LA COMPAÑÍA DE SEGUROS DEL ART. 20 LCS, YA QUE NO SE HA ACREDITADO QUE LA MISMA HUBIERA TENIDO CONOCIMIENTO DEL ACCIDENTE LABORAL ANTES DE SU LLAMADA AL PROCEDIMIENTO.
EDJ 2013/198004
SAP CORUÑA (2ª) Nº 545/2013, DE 26 DE SEPTIEMBRE. REC: 531/2013. PTE: MARTÍN CATAÑEDA, GUSTAVO ADOLFO.

Que el recurrente interesa por vía del recurso de apelación, que se impongan a la compañía aseguradora los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 . Desde un principio se ha de significar que la entidad aseguradora Reale Seguros Generales S.A. ha de quedar exonerada del abono de los intereses que previene el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 , al existir causa justificada para ello. Así examinando el procedimiento no se ha acreditado que la entidad aseguradora Reale hubiera tenido conocimiento del accidente laboral antes de su llamada al procedimiento, ya que éste fue sobreseído en fecha 24 de octubre de 2.007 siendo revocado el Auto de sobreseimiento en virtud de resolución de la Audiencia Provincial de fecha 15 de enero de 2.009, habiendo sido traída al procedimiento la referida aseguradora debido al Auto de apertura del juicio oral, presentando seguidamente fianza por importe de 64.714 euros una vez que fue requerida, de modo que no se deduce conducta alguna por parte de dicha entidad que permita consecuencias legales al amparo del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 , por lo que la pretensión del recurrente Edemiro no puede ser estimada.

ENTIENDE LA AP, RATIFICANDO EL CRITERIO DE LA SENTENCIA DICTADA POR EL JUZGADO DE LO PENAL, QUE NO PROCEDE LA

DETERMINACIÓN DE INTERESES MORATORIOS, AL NO TRATARSE DE UNA COMPAÑÍA ASEGURADORA.
SAP BARCELONA (5ª) Nº /2013, DE 23 DE MAYO, PTE: ROVIRA DEL CANTO, ENRIQUE

En cuanto al primer recurso de apelación interpuesto, efectuado por la representación procesal de los perjudicados familiares directos de la víctima, en síntesis, en orden a una pretendida falta de motivación y subsiguiente disconformidad con el quantum indemnizatorio fijado en concepto de responsabilidades civiles ex delicto, considerando no aplicable el baremo fijado para determinar las responsabilidades civiles en casos de accidentes de circulación, y aduciendo que la Juez a quo no indica por qué aplica el baremo, no incorporándose el lucro cesante ni los intereses moratorios, que son distintos de los previstos en el art. 576 LEC, la desestimación del recurso deviene de la mera lectura del fundamento de derecho séptimo de la sentencia apelada, por cuanto se desprende la existencia de fundamentación, y por tanto de motivación aunque parca y escueta sí suficiente, como para determinar el importe indemnizatorio ex delicto establecido, basándose en que " se partirá del baremo que se establece para los accidentes de tráfico para cuantificar las responsabilidades civiles…", esto es utilizando únicamente a título orientativo el citado baremo por indemnizaciones de accidentes de tráfico, no imperante en otros supuestos y menos por delitos dolosos como el primero de los presentes, pero siendo adecuados sus pronunciamientos a Derecho a casos como el presente de dualidad concursal entre un delito doloso y uno imprudente, al sostener que además que de las cifras resultantes "…se elevan esta ligeramente…, y fundamentando adecuadamente el por qué de los quantum indemnizatorios que fija, y sin que pueda compartirse las pretensiones de la parte apelante en orden a un incremento indemnizatorio; cuantías que no excluyen e lucro cesante, y sin que proceda la determinación de intereses moratorios al no tratarse los condenados de una compañía aseguradora, y, como se sostienen en el párrafo tercero del citado fundamento de derecho séptimo, habiéndose renunciado por los perjudicados ahora apelantes a reclamar contra la entidad aseguradora MAPFRE, que cubría las responsabilidades civiles de la empresa….(folio 346 y siguientes), al haber sido indemnizados por la misma con la cantidad de 53.500 euros, por los hechos de autos.

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 20 LCS.
EDJ 2013/149045
SAP BARCELONA (10ª) Nº 549/2013, DE 3 DE JUNIO. REC: 43/2013, PTE. PLANCHAT TERUEL, JOSE MARÍA.

Por último, como queda enunciado, se combate la aplicación de los intereses moratorios del art. 20 LCS. EDL 1980/4219

El planteamiento efectuado en el recurso obliga a una breve recapitulación sobre el devenir legislativo de los intereses. La redacción original del la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 de 1980 establecía en su art. 20 un régimen único de intereses en los supuestos de mora del asegurador y la Ley 30/1995 de 8 de noviembre de ordenación y supervisión de seguros privados otorgó una nueva redacción al citado art EDL 1995/16212 . 20 LCS EDL 1980/4219 mucho más detallada que su precedente.

Establece en su ordinal 3º que "se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro". La

Compañía apelante parece objetar a la procedencia de los intereses controvertidos el hecho de haberse discutido su responsabilidad, lo que le lleva a sostener que es causa justificada del impago, que objetivamente, entonces, admite.

A poco que se efectúe un repaso de los estudios y de la propia práctica judicial, se constata rápidamente que una de las cuestiones más controvertidas es la imputabilidad del retraso (en especial, en el ámbito del tráfico rodado). De hecho el art. 20.8 LCS EDL 1980/4219 ya ofrece una pauta interpretativa cuando establece 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".

La sospecha de fraude sería uno de los supuestos límite que acaso tendría cabida en esa exoneración, al igual que cuando se acredite por la obligada que la falta de consignación responde a supuestos de fuerza mayor o a la actuación del propio perjudicado (obstaculizando la obtención de elementos básicos, como el examen de sus lesiones). Cabría también tener por causa de exoneración los supuestos de falta de cobertura del siniestro, de extinción de la póliza (debidamente comunicada) o de inexistencia de contrato mismo de seguro, pero la discusión simple y llana de la responsabilidad que alega la parte recurrente, sin especificar siquiera en qué elementos la apoya (dado lo patente de la existencia y vigencia de las ligazón contractual) no puede tenerse por tal.

APLICACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS DEL ART. 20 LCS. DOCTRINA GENERAL.
EDJ 2013/74343
SAP LA RIOJA (1ª) Nº 38/2013, DE 26 DE MARZO. REC: 42172012. PTE: ARAUJO GARCÍA, Mª CARMEN.

Que, en cuanto a la alegación de que no procede la aplicación de los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 , tampoco puede ser el recurso estimado, en tanto consta (folio 1045) que la recurrente se persona en las actuaciones con fecha 26 de abril de 2006, y consigna la suma de 98.078,06 euros en fecha 19 de junio de 2009 (folio 1176), verificándose la entrega a los perjudicados (folios 1199 y 1200) en fecha 29 de julio de 2009.

Como establece la Sentencia del Tribunal Supremo num. 10/2013, de 21 de enero: "Si bien de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.8.º LCS EDL 1980/4219 , la existencia de causa justificada implica la inexistencia de retraso culpable o imputable al asegurador, y le exonera del recargo en que consisten los intereses de demora, en la apreciación de esta causa de exoneración esta Sala 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 (SSTS 17 de octubre de 2007, RC núm. 3398/2000; 18 de octubre de 2007, RC núm. 3806/2000; 6 de noviembre de 2008, RC núm. 332/2004, 7 de junio de 2010, RC núm. 427/2006; 1 de octubre de 2010, RC núm. 1314/2005; 17 de diciembre de 2010, RC núm. 2307/2006; 11 de abril de 2011, RC núm. 1950/2007 y 7 de noviembre de 2011, RC núm. 1430/2008). 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 racionabilidad 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 (SSTS 7 de junio de 2010, RC núm. 427/2006; 29 de septiembre de 2010, RC núm. 1393/2005; 1 de octubre de 2010, RC núm. 1315/2005; 26 de octubre de 2010, RC núm. 677/2007; 31 de enero de 2011, RC núm. 2156/2006 y 1 de febrero de 2011, RC núm. 2040/2006). Por este motivo, la jurisprudencia no aprecia justificación cuando, sin cuestionarse la realidad del siniestro ni su cobertura, la incertidumbre surge únicamente en torno a la concreta cuantía de la indemnización, o respecto de la influencia causal de la culpa del asegurado en su causación, incluso en supuestos de posible concurrencia de conductas negligentes. En el primer caso, porque es relevante que la indeterminación se haya visto favorecida por desatender la propia aseguradora su deber de emplear la mayor diligencia en la rápida tasación del daño causado, a fin de facilitar que el asegurado obtenga una pronta reparación de lo que se considere debido (SSTS de 1 de julio de 2008, RC núm. 372/2002, 1 de octubre de 2010, RC núm. 1315/2005 y 26 de octubre de 2010, RC núm. 677/2007), sin perjuicio de que la aseguradora se defienda y de que, de prosperar su oposición, tenga derecho a la restitución de lo abonado, y porque la superación del viejo aforismo in illiquidis non fit mora(no se produce mora cuando se trata de cantidades ilíquidas) ha llevado a la jurisprudencia a considerar la indemnización como una deuda que, con independencia de cuándo se cuantifique, existe ya en el momento de producirse el siniestro, como hecho determinante del deber de indemnizar (entre las más recientes, SSTS de 1 de octubre de 2010, RC núm. 1315/2005; 31 de enero de 2011, RC núm. 2156/2006; 1 de febrero de 2011, RC núm. 2040/2006 y 7 de noviembre de 2011; RC 1430/2008 ").

En el caso que nos ocupa, incluso considerando la demora en la comunicación del siniestro a la recurrente Mapfre por parte de su asegurado, es obvio que no formalizó el pago ni el ofrecimiento o depósito en el plazo de tres meses que el precepto señala, sino que transcurrieron más de tres años hasta que realizó la consignación antes indicada, lo que supone una clara dejación de las obligaciones impuestas por ley al asegurador. Y en todo caso, la demora del asegurado en poner en conocimiento de la aseguradora el siniestro no se ha acreditado ni resulta oponible a los perjudicados.

Sobre esta cuestión la sentencia num. 439/2012, de 28 de diciembre, de esta Audiencia Provincial de La Rioja, expresa: "El recargo por mora que establece el artículo 20 de La Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 no procede cuando la falta de pago de la indemnización o del importe mínimo esté fundada en causa justificada o que no fuere imputable a la aseguradora, conforme al apartado 8 de mismo precepto.

_

Establece la STS num. 28/2011, de 11 de abril, y en idéntico sentido la STS num. 329/2011, de 19 de mayo, entre otras que: "A la hora de determinar qué ha de entenderse por causa justificada a los efectos de la aplicación de la regla octava del artículo 20 LCS EDL 1980/4219 , en la redacción dada por la disposición Adicional sexta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados EDL 1995/16212 , esta Sala (SSTS de 17 de octubre de 2007, RC n.° 3398/2000, 18 de octubre de 2007, RC n.°. 3806/2000, 6 de noviembre de 2008, RC n.° 332/2004, 16 de marzo de 2010, RC n.° 504/2006, 7 de junio de 2010, RC n.° 427/2006, 29, de septiembre de 2010, RC n.° 1393/2005, 1 de octubre de 2010, RC n.° 1314/2005 y de noviembre de RC n.° 2307/2006) ha seguido una línea interpretativa que ha llevado a excluir su apreciación cuando carece de justificación la oposición al pago frente a la

reclamación del asegurado o perjudicado aunque se formule en un proceso judicial, pues la razón del mandato legal radica en evitar el perjuicio que para aquellos deriva del retraso en el abono de la indemnización y en impedir que se utilice el proceso como instrumento falaz para dificultar o retrasar el cumplimiento de la expresada obligación, sin que lo expuesto impida que la aseguradora pueda obtener de forma efectiva su tutela jurídica en el pleito, que, de prosperar su oposición, conllevará la devolución de la cantidad satisfecha o previamente consignada, por ser total o parcialmente indebida.
En esta línea, viene declarando esta Sala que si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso para vencer la oposición de la aseguradora se hace necesario examinar la fundamentación de la misma, partiendo de las apreciaciones realizadas por la AP, a quien, como declara reiteradamente la jurisprudencia, corresponde la fijación de los hechos probados y las circunstancias concurrentes de naturaleza fáctica necesarias para integrar los presupuestos de la norma aplicada, siendo criterio de esta Sala al respecto, que ni la mera existencia de un proceso, o el hecho de acudir al mismo, constituye causa en sí misma justificada del retraso, ni es óbice para imponer a la aseguradora los intereses cuando no se aprecia una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación misma de indemnizar (SSTS 7 de junio de 2010, RC n.° 427/2006; 29 de septiembre de 2010, RC n.° 1393/2005; 1 de octubre de 2010, RC n.° 1315/2005; 26 de octubre de 2010, RC n.° 677/2007; 31 de enero de 2011, RC n.° 2156/2006 y 1 de febrero de 2011, RC n.° 2040/2006)."
Sobre la misma cuestión la sentencia de la Sección 2ª de La Audiencia Provincial de Jaén num. 278/2010, de 14 de diciembre, expresa: "como ya ha expuesto con reiteración esta Sala -ss. de 19-5-05, 3-6-05, 19-7-05 ó las más recientes de 2-12-09 y 16-3-10 - es doctrina jurisprudencial uniforme y reiterada resumida entre otras en la STS de 29-6-09, la que desde luego superando la citada en el escrito de recurso, al respecto declara con carácter general: "Está asumido doctrinalmente, y así lo ha dicho en multitud de ocasiones esta Sala (entre las más recientes, Sentencias de 16 de octubre de 2008, y de 6 de septiembre de 2009) que el artículo 20 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro es un precepto que establece para las aseguradoras EDL 1980/4219 , en el ámbito de los intereses de demora ("interés especial de demora" según STC 5/93 de 14 de enero), y para el caso de que la aseguradora se retrase en el pago excediendo así del plazo legal, la imposición por el órgano judicial, de oficio, de unos intereses claramente sancionatorios, y por tanto disuasorios, respecto de una conducta que dificulta o aventura el pago de una indemnización. Ahora bien, resulta del mismo modo indudable que para que la sanción sea efectiva es preciso que el retraso no sea debido a causa justificada o no imputable a la misma, pues en tal caso, como recuerda la Sentencia de 20 de abril de 2009, dicha excepción a lo que constituye regla general haría que la aseguradora quedase exonerada del pago de intereses. En atención a lo expuesto, sólo se imponen intereses si la demora es imputable al asegurador y, por el contrario, la existencia de causa justificada implica la inexistencia de retraso culpable o imputable al asegurador, pues cabe recordar que no cabe reprochar retraso en el cumplimiento de sus obligaciones al deudor que «actuando de manera objetivamente razonable y en virtud de un error de carácter excusable, haya ignorado la existencia de la obligación, o pueda discutir, de forma no temeraria, la validez del acto de constitución de la relación obligatoria» (Sentencia de 30 de mayo de 2008)".
A continuación concreta dicha sentencia '...en cuanto a la apreciación de la existencia o no de causa justificada consolidada jurisprudencia viene afirmando (SSTS de 1 de julio de 2008, 16 de octubre de 2008 y 6 de septiembre de 2009, entre otras muchas) que la valoración de la existencia de tal excepción cabe hacerla en casación, como concepto

jurídico indeterminado que es, siempre y cuando no se altere la base fáctica sobre la que se configura el juicio jurídico, deduciéndose del art. 20 LCS EDL 1980/4219 , en primer lugar, que la apreciación de la conducta de la aseguradora para determinar si concurre causa justificada debe efectuarse teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso y la finalidad del precepto, que no es otra que impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados; y, en segundo lugar, que la mera existencia de un proceso, o el hecho de acudir al mismo, no es causa per se justificadora del retraso, ni presume la razonabilidad de la oposición, no siendo el proceso 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".
Conforme a lo expuesto ha de rechazarse el recurso y confirmarse la sentencia recurrida en el pronunciamiento relativo a la imposición de los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 .

–

CONDENA LA AP A LA COMPAÑÍA DE SEGUROS AL PAGO DE LOS INTERESES MORATORIOS DEL ART. 20 LCS.
EDJ 2013/ 281114
SAP MADRID (6ª) Nº 551/2013, DE 1 DE OCTUBRE. REC: 474/2012, PTE: ABAD CRESPO JULIÁN.

En consecuencia, procede la aplicación del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguros EDL 1980/4219 , en cuya virtud, se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro; consistiendo la indemnización por mora en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100, pero, no obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100; siendo término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del siniestro, pero 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, si bien respecto del tercero perjudicado o sus herederos lo dispuesto en relación con que el término inicial será la fecha del siniestro quedará exceptuado cuando el asegurador pruebe que no tuvo conocimiento del siniestro 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; y siendo el término final del cómputo de intereses el día en que efectivamente satisfaga la indemnización, mediante pago, reparación o reposición, al asegurado, beneficiario o perjudicado. Por lo que en el presente caso, al resultar desacreditado en esta segunda instancia la valoración de la prueba llevada a cabo en la sentencia recurrida en la que se vino a considerar que la aseguradora AXA no había tenido conocimiento del siniestro hasta su citación al juicio oral ya que por el documento antes expresado resulta probado que tal conocimiento tuvo lugar el 23-7-2007, la aseguradora debe satisfacer los intereses moratorios devengadas desde tal fecha.

LOS INTERESES MORATORIOS SE COMPUTARÁN DURANTE LOS DOS PRIMEROS AÑOS DESDE EL EVENTO LESIVO AL TIPO DE INTERÉS LEGAL INCREMENTADO EN UN 50%.
SAP PALENCIA Nº 67/2013, DE DOS DE OCTUBRE. PTE. DONIS CARRACEDO, MIGUEL

Suerte contraria por último, en el caso ESTIMATORIA, merece el motivo relativo al cálculo de los intereses moratorios contemplados en la recurrida, que debe modificarse en el sentido sentado por el TS (entre otras, STS 1-3-2007) y las APs e incluida la de esta ciudad (entre otras, SAP 29-5-2012), en el sentido que los intereses moratorios se computarán durante los dos primeros años desde el evento lesivo al tipo de interés legal incrementado en un 50% pasando a partir de la fecha resultante al 20% hasta su completo pago.

LOS INTERESES MORATORIOS DEL ART. 20 LCS NO ESTÁN EN FUNCIÓN DE LA LIQUIDEZ DE LA DEUDA, SINO DE LA DESIDIA O PRESTEZA DE LA ASEGURADORA EN HACER FRENTE A SUS OBLIGACIONES.
EDJ 2013/250200
SAP TARRAGONA (2ª) Nº 490/2013, DE 11 DE NOVIEMBRE. REC: 69172013. PTE: UCEDA SALES, SARA
Por último, y en cuanto a los intereses del artículo 20 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 , debe recordarse que es un precepto que establece para las aseguradoras, en el ámbito de los intereses de demora ("interés especial de demora" según STC 5/93 de 14 de enero), y para el caso de que la aseguradora se retrase en el pago excediendo así del plazo legal, la imposición por el órgano judicial, de oficio, de unos intereses claramente sancionatorios, y por tanto disuasorios, respecto de una conducta que dificulta o aventura el pago de una indemnización.

_
La aplicación del artículo 20 de la LCS EDL 1980/4219 exige por tanto un examen de la conducta de la aseguradora, pues los intereses citados no están en función de la liquidez de la deuda, sino de la desidia o presteza de la aseguradora en hacer frente a sus obligaciones.

_
Como expone la STS (Civil) de 29 de junio del 2009 "... la apreciación de la conducta de la aseguradora para determinar si concurre causa justificada debe efectuarse teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso y la finalidad del precepto, que no es otra que impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados; y, en segundo lugar, que la mera existencia de un proceso, o el hecho de acudir al mismo, no es causa per se justificadora del retraso, ni presume la razonabilidad de la oposición, no siendo el proceso 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..... ", asimismo, también recuerda que " la mera iliquidez de la deuda, esto es, la falta de determinación de la cuantía de la indemnización, no constituye razón de entidad suficiente como para justificar por sí misma el retraso de la aseguradora en el cumplimiento de su obligación de pago, dado que, y relacionado con el brocardo in iliquidis non fit mora y con su reciente interpretación jurisprudencial, la doctrina ha ido evolucionando hacia un mayor rigor para con las aseguradoras, de modo que el asegurador está obligado a pagar o

consignar la indemnización sin que pueda excusarse por la referida iliquidez de la deuda en la medida en que el derecho a la indemnización nace con el siniestro...." y, finalmente, también en cuanto a la controversia en torno a la imputación de la culpabilidad determinante del resultado lesivo, declara " esta Sala ha descartado que el hecho de acudir al proceso para aclarar dicho aspecto pueda per se justificar el retraso de la aseguradora en el pago, pues ésta sólo puede hacerlo fundadamente si desconoce su obligación por no estar fijada la causa de la misma, tal y como acontece cuando se cuestiona razonablemente la existencia misma del siniestro o su cobertura en atención a la póliza (Sentencias de 22 de octubre, 8 de noviembre y de 10 de diciembre de 2004, todas ellas citadas por la más reciente de 1 de julio de 2008), no, por el contrario, cuando, como es el caso,por no haber estado nunca en cuestión la existencia del siniestro ni la intervención en el mismo del vehículo cuya responsabilidad frente a terceros cubría la recurrente, la negativa al pago se ampara tan sólo en la falta de determinación de la actuación culposa causalmente determinante del accidente, ni cuando está en cuestión la posible atribución exclusiva del accidente a la imprudencia de la víctima (Sentencia de 23 de febrero de 2007, recurso 793/2000, citada por la de 1 de julio de 2008, recurso 372/2002), ni, con menor motivo, cuando la incertidumbre se refiere únicamente al porcentaje de culpa que corresponde a los distintos agentes intervinientes."

CONFIRMA LA AP LA IMPOSICIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS DEL ART. 20 LCS, YA QUE LA ÚNICA CONSIGNACIÓN QUE TIENE EFECTOS LIBERATORIOS RESPECTO DEL PAGO DE INTERESES ES LA QUE SE HACE PARA EL PAGO A LOS PERJUDICADOS, Y EN DOS OCASIONES SE OPUSO LA ASEGURADORA AL ABONO DE LA CANTIDAD CONSIGNADA A LOS PERJUDICADOS.
EDJ 2013/99404
SAP VALLADOLID (2ª) Nº 156/2013, DE 8 DE MAYO, REC. 18372013, PTE: SOL RODRÍGUEZ LOURDES

Se impugna también por la aseguradora la imposición de los intereses del artículo 20 de la Ley de contrato de Seguro EDL 1980/4219 , indicando que han obrado de buena fe al consignar el 11 de noviembre de 2006 (folio 243) los 90.000 euros que se fijan como límite de su cobertura. En dos ocasiones (folios 243 y 258) la aseguradora contesta al requerimiento del Juzgado y manifiesta que dicha consignación no es para su entrega a la viuda e hijo del fallecido, sino que lo es para "garantizar el pago", especificando que la cantidad consignada no debe ser entregada a la perjudicada.

_
Considera la entidad recurrente que en este supuesto es aplicable la exclusión prevista en el número octavo del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 , que establece 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, estimando la aseguradora que concurrían "fundadas dudas de hecho y de derecho sobre la cobertura de la compañía" y la existencia de otras aseguradoras como posibles obligadas, de tal forma que si ambas

entidades hubieran consignado el límite de sus coberturas se hubiera producido un enriquecimiento sin causa en los perjudicados.

_
No pueden ser estimadas estas argumentaciones, en primer lugar porque, como se indicó en el Fundamento anterior en relación con la falta de cobertura, no habría tan fundadas dudas de hecho y de derecho sobre la cobertura cuando no es hasta el momento de la apelación cuando la aseguradora señala que el siniestro quedaba fuera de la cobertura, alegación que además ha sido desestimada en el Fundamento anterior de esta resolución, por lo que ningún carácter justificativo puede atribuírsele.

_
Como indica la STS de 11 de diciembre de 2006 la razón del mandato legal radica en impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados, habiendo indicado la STS de 19 de mayo de 2011 que la única consignación que tiene efectos liberatorios respecto del pago de intereses es la que se hace para el pago a los perjudicados y, como se ha detallado anteriormente, en dos ocasiones se opuso la aseguradora al abono de la cantidad consignada a los perjudicados, por lo que dicha consignación no tiene efecto liberatorio respecto de los intereses, sin que tenga consistencia alguna la posible existencia de un enriquecimiento sin causa de los perjudicados en el supuesto de que la otra aseguradora hubiera realizado otra consignación, puesto que esa hipótesis no se ha producido, por lo que procede también la confirmación de la resolución impugnada en este punto.

CONFIRMA LA AP LA CONDENA A LA COMPAÑÍA DE SEGUROS DE LOS INTERESES MORATORIOS DEL ART. 20 LCS, YA QUE LA MISMA HA PARTIDO DE LA CONSIDERACIÓN, ALEGADA POR ELLA, Y SIN SUSTENTO ALGUNO, DE QUE EXISTÍA UNA CONCURRENCIA DE CULPAS.
EDJ 2013/201697
SAP VALLADOLID (4ª) Nº 390/2013, DE 17 DE OCTUBRE. REC: 804/2013. PTE: MARTÍNEZ GARCÍA, ÁNGEL SANTIAGO

También se alega por la entidad aseguradora que no ha sido correcta la imposición de los intereses por mora del art. 20 de la Ley de Contratos de Seguro, pero hemos de observar que con relación a Sergio se han ido consignando cantidades claramente inferiores a las que finalmente le correspondían a la gravedad de sus lesiones, y en el caso de ambos lesionados, la entidad aseguradora ha partido de la consideración (alegada por ella, sin que hubiera sustento que así lo apoyara) de que existía una concurrencia de culpas por parte de las víctimas, y que por ello sólo consignaba el 50 % de lo que estimaba que procedía en cada uno de los dos supuestos, cuando lo cierto es que conforme al art. 18 de la Ley de Contratos de Seguro, el asegurador está obligado a satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo. Es decir, que tiene la obligación de satisfacer el siniestro, y en cambio, por su cuenta, adoptó la decisión de ofrecer sólo la mitad de las cantidades que iba calculando, lo que significa que no ha cumplido con la obligación que por ley tiene asumida. Ciertamente ha ido consignando cantidades, pero eran claramente insuficientes, y no se estima que con ello haya cumplido con su obligación a los efectos de quedar eximida de la mora, en los términos que se contemplan en el art. 20 de la Ley de Contratos de Seguro.

NO ES CAUSA JUSTIFICADA A LOS EFECTOS DEL ART. 20.8 DE LA L.C.S. A FIN DE EXCLUIR LOS INTERESES MORATORIOS, NI LA DISCREPANCIA SOBRE LA PROCEDENCIA DEL SEGURO, NI LA CULPABILIDAD O NO DEL ACCIDENTE O DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO

SAP Huelva (3ª) 14/01/2013. Rollo 21/2013, dimanante del PA 198/2012, del Juzgado de lo penal número 2 de Huelva.

" En los referido al art. 20 de la L.C.S., desde el momento que es pacífica la doctrina y la jurisprudencia que determina, que no se incluyen en el supuesto del apartado 8 del art. 20 de la L.C.S., los supuestos de discrepancia entre las partes sobre la procedencia o no de la cobertura del siniestro, ni de la culpabilidad o no en el accidente, ni sobre el quantum indemnizatorio, puesto que lo contrario sería dejar en manos de las aseguradoras la aplicación o no de los intereses moratorios establecidos en el art. 20 de la L.C.S., por la mera alegación de excusas, más o menos fundadas, para no hacer frente a los compromisos asumidos por el contrato de seguro".

Cita, en apoyo de lo argumentado, la STS (sala 1ª) de 8 de abril de 2010 y la SAP de Córdoba de 25 de noviembre de 2055.

EL TÉRMINO INICIAL PARA EL CÓMPUTO DE LOS INTERESES MORATORIOS DEL ART. 20 L.C.S. ES EN ESTE CASO LA FECHA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA AL CONSIDERAR QUE LA COBERTURA DE LA PÓLIZA EN ESTE CASO (EN EL QUE SE ALEGA LA EXISTENCIA DE UNA CLÁUSULA DE LAS CONDICIONES GENERALES QUE EXCLUYE LA COBERTURA DEL SEGURO EN EL CASO DE LOS TRABAJADORES NO DADOS DE ALTA EN AL SEGURIDAD SOCIAL) ERA CONTROVERTIDA

EDJ 2013/58733 SAP Madrid de 6 marzo 2013. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 6-3-2013, nº 302/2013, rec. 52/2012. Pte: Riera Ocariz, María.

"El acusador particular recurre exclusivamente el pronunciamiento de la sentencia de instancia relativo a los intereses del art.20 de la LCS EDL 1980/4219 aplicables a la compañía de seguros que responde directamente, este apelante solicita que los intereses del art.20-4 sean devengados desde la fecha de notificación del auto de apertura de juicio oral a la aseguradora (el día 10-7-2.008) y no desde la fecha de la sentencia apelada, como se establece en la misma.

El recurso no puede prosperar.

La sentencia apelada impone los intereses del art.20 LCS EDL 1980/4219 a la compañía de seguros, por concurrir los requisitos legales previstos para el devengo de los mismos. El término inicial de los intereses suele coincidir con la fecha del siniestro (art.20-6), con algunas excepciones previstas en el propio precepto, con el siguiente contenido: 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 siniestro 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.
En resumen, las excepciones a la regla general para el inicio del cómputo consisten en fijar como término inicial el momento en el que existe constancia de que la compañía de seguros tuvo conocimiento de la reclamación que se le formulaba, por ello el apelante pide que se considere como tal término inicial la fecha de notificación del auto de apertura de juicio oral. Sin embargo, la juez quo estima que la cuestión relativa a la cobertura por el seguro del siniestro objeto de este juicio ha sido controvertida y la compañía de seguros no ha tenido conocimiento fehaciente de su obligación de indemnizar hasta el momento de ser resuelta la controversia en la sentencia de instancia.
Las razones expuestas en la sentencia apelada son lógicas y ajustadas a las normas contenidas en el art.20-6 de la LCS EDL 1980/4219 y este tribunal carece de motivos para apartarse de su criterio."

LOS INTERESES MORATORIOS DEL ART. 20 L.C.S. RESULTAN APLICABLLES EN AQUELLOS SUPUESTOS INCLUSO EN LOS QUE HAY CONTROVERSIA SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LAS LESIONES Y LAS SECUELAS, SIN QUE PUEDA CONSIDERARSE CAUSA JUSTIFICADA (ART. 20.8ª) QUE EXIMA DE LOS MISMOS LA EXISTENCIA DE UN PLEITO PARA SU DETERMINACIÓN
EDJ 2013/159243 SAP Pontevedra de 5 julio 2013. Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 2ª, S 5-7-2013, nº 194/2013, rec. 595/2013. Pte: Barreiro Prado, José Juan Ramón.

"Pois ben, cómpre lembrar a xurisprudencia -por todas, as recentes SSTS do 25 de febreiro de 2013 EDJ 2013/142028 (ROJ: STS 1523/2013) e a do 21 de xaneiro de 2013 EDJ 2013/4076 (ROJ: STS 372/2013), que citan exhaustivamente todas as anteriores- que se encarga de analizar o concreto particular relativo a se a discusión sobre a contía da indemnización se pode considerar causa xustificada (artigo 20.8ª da Lei de contrato de seguro EDL 1980/4219) para os efectos de lexitimar a oposición da aseguradora cando a determinación final do importe da condena esixe un proceso xudicial no que se fixa unha indemnización inferior á solicitada. Segundo aquela, a falta de liquidez da indemnización e o feito de que se cuantifique por primeira vez na sentenza contra a que se apela (tras dirimirse a controversia en canto ás verdadeiras lesións e secuelas causalmente vinculadas ao sinistro) non poden valorarse como causa xustificada da falla de pagamento, xa que a débeda nace co sinistro. Por tanto, a sentenza que a cuantifica definitivamente non ten carácter constitutivo, senón meramente declarativo dun dereito que xa existía e pertencía ao prexudicado dende que ocorreu aquel. Deste xeito, confirmamos a imposición dos xuros moratorios do artigo 20 da Lei de contrato de seguro."

EN CUANTO A LOS INTERESES MORATORIOS DEL ART. 20 L.C.S., LA FALTA DE NOTIFICACIÓN DEL SINIESTRO POR EL ASEGURADO A LA COMPAÑÍA DE SEGUROS NO ES OPONIBLE AL PERJUDICADO
EDJ 2013/111707 SAP Pontevedra de 31 mayo 2013. Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 2ª, S 31-5-2013, nº 153/2013, rec. 360/2013. Pte: Cimadevila Cea, Rosario.

"La falta de notificación del siniestro a la compañía aseguradora por parte de su asegurado, no es un hecho que pueda ésta oponer a los terceros perjudicados pues

conforme al artículo 76 de la ley de Contrato de Seguro, son ajenas a la acción directa de los perjudicados las relaciones y excepciones que pueden corresponder al asegurador contra el asegurado."

NO PUEDE ALEGARSE CAUSA JUSTIFICADA A LOS EFECTOS DEL ART. 20.8 L.C.S. CUANDO LAS OMISIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD ERAN CLARAS, INCLUSO CUANDO NO EXISTÍA LICENCIA DE OBRAS NI PLAN DE SEGURIDAD
EDJ 2013/111707 SAP Pontevedra de 31 mayo 2013. Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 2ª, S 31-5-2013, nº 153/2013, rec. 360/2013. Pte: Cimadevila Cea, Rosario.

"Tampoco se estima justificada la no consignación en plazo. Las omisiones en materia de seguridad en el trabajo eran claras desde el mismo momento en que no existía siquiera licencia de obras ni plan de seguridad, más aún cuando la empresa contratada por Monferbu SL como servicio de prevención (Mutua Gallega) elaboró un informe del accidente con las posibles causas de su producción (folio 663) alegando el perito que intervino en el procedimiento que fueron entre otras: falta de normas en procedimientos de trabajos, falta de equipos de protección anticaídas, falta de medidas de protección colectivas, falta de medios para trabajar o caminar sobre la cubierta, falta de experiencia y formación en los trabajadores. También el técnico de la Consellería de Trabajo de la Xunta de Galicia y el técnico de la Inspección de Trabajo del Ministerio de Trabajo habían realizado sus respectivos informes dentro de los tres meses de acaecido el accidente. Por tanto, la aseguradora disponía con un mínimo de diligencia por su parte, de información que apuntaba a la responsabilidad del empresario, sin que las discrepancias o mera disconformidad justifiquen en cualquier caso la falta de consignación. (SSTS 773/2004)."

PROCEDE IMPONER A LA ASEGURADORA EL INTERÉS DEL ART. 20 DE LA L.C.S. AL HABER TENIDO CONOCIMIENTO DEL SINIESTRO Y NO HABER PROCEDIDO A PAGAR LA INDEMNIZACIÓN. INCUMBE A LA ASEGURADORA LA PRUEBA DE QUE NO TUVO CONOCIMIENTO DEL SINIESTRO: SAP Vizcaya (2ª) 12 de marzo de 2013. Rollo apelación 389/2012, dimanante de PA 289/2011, del J. de lo penal nº 2 de Barakaldo.
SAP Vizcaya (2ª) 12 de marzo de 2013. Rollo apelación 389/2012, dimanante de PA 289/2011, del J. de lo penal nº 2 de Barakaldo.

"En relación a la imposición por parte de la Juzgadora de la instancia de los intereses del art. 20 LCS, lo cierto es que la representación procesal de F. J. Q.F. en su escrito de impugnación a los recursos formulados y en esta concreta cuestión, afirma que todas las aseguradoras tuvieron perfecto conocimiento de la cuestión desde el primer momento, dado que previamente a formular la denuncia, se efectuaron reclamaciones extrajudiciales y que la demora en formular la denuncia se debió precisamente a las discusiones habidas entre ellas que no querían asumir sus responsabilidades y las vertían unas sobre otras. Igualmente cuando el representante legal de la mercantil Arcelormital SL declaró en sede instrucción en el año 2005, ya aportó la póliza de seguros concertada con Zurich, como se comprueba en los folios nº 501 a 527 de la causa. En consecuencia, y tal y como se manifiesta por parte del Ministerio Fiscal, citando reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo, es a la aseguradora a quine, habida cuenta de lo relatado, incumbiría probar que no tuvo conocimiento del siniestro

con anterioridad al día 13 de septiembre de 2010 y no lo ha hecho. En consecuencia, no procede sino la desestimación íntegra del recurso formulado."

ART. 20 L.C.S. NO APLICABLE EN UN SUPUESTO EN EL QUE SÓLO TRAS LA SENTENCIA PENAL SE PUEDE CONSIDERAR PROCEDENTE LA COBERTURA DEL SEGURO
EDJ 2013/27375 SAP Zamora de 30 enero 2013. Audiencia Provincial de Zamora, sec. 1ª, S 30-1-2013, nº 6/2013, rec. 33/2012. Pte: González González, Mª Esther.

Esta sentencia, en la que se aplica el art. 20.8 de la L.C.S. y se considera justificada la falta de consignación y de pago en un supuesto en el que el hecho cae dentro del objeto de la cobertura y simplemente porque sólo se ha podido determinar la responsabilidad después de sentencia, no parece que siga la línea general de la jurisprudencia. En realidad, no estamos ante un supuesto en el que se discuta la cobertura del siniestro.
"*SEXTO*.- Respecto de los intereses moratorios previstos en el artículo 20 de la ley de contrato de seguro EDL 1980/4219 , la aseguradora H.I.D. HAN NO VER INTERNACIONAL, S.A., planteaba la improcedencia de la condena en atención a la exención prevista en el punto octavo de dicho precepto, es decir al entender que su falta de pago o de consignación estaba basada en una causa justificada, que enunciaba en relación con el contrato suscrito entre su asegurada y la empresa promotora y la compañía aseguradora de esta última, por el que se asumían los riesgos relativos a la obra de que tratamos.
En definitiva se trata de incluir la pasividad de la compañía aseguradora en uno de los supuestos recogidos jurisprudencial mente como causa justificativa del impago de los intereses (STS 18/2005 de 28-01, por ejemplo) como cuando la determinación de la causa del pago del asegurador haya de efectuarse por el órgano jurisdiccional, en especial cuando es discutible la pertenencia o realidad del siniestro, como sucede cuando no se han determinado las causas de un siniestro y esto es determinante de la indemnización o su cuantía; cuando exista discusión entre las partes, no del importe exacto de la indemnización, sino de la procedencia o no de la cobertura del siniestro etc.
En este caso, la responsabilidad civil de la empresa para la que trabajaba el condenado y de la compañía aseguradora de la misma, derivan de la actuación negligente del mismo, cuya determinación se ha realizado a través de Sentencia Judicial en un procedimiento penal y derivándose la responsabilidad civil de la responsabilidad penal de dicha persona, por lo que consideramos que esa omisión no puede considerarse injustificada a los efectos recogidos por la citada jurisprudencia."

17.12 Incapacidad permanente: ¿qué indemniza?.

EN CUANTO A LA INCAPACIDAD PERMANENTE, LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LAS DEL BAREMO NO INDEMNIZAN LO MISMO.
EDJ 2013/149045
SAP BARCELONA (10ª) Nº 549/2013, DE 3 DE JUNIO. REC: 43/2013, PTE. PLANCHAT TERUEL, JOSE MARÍA.

La objeción a la partida correspondiente a la incapacidad permanente total tendría razón de ser si existiese efectivamente la duplicidad que se predica, pero se considera que no es así. En efecto, si se ponen en correspondencia los términos del baremo con los referentes a la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 (que es la que ha permitido su reconocimiento en ese ámbito), se advierte que aquel primero comprende facetas distintas a la estrictamente utilizada por la segunda, referida a la imposibilidad de desarrollar un trabajo, pues aquel, teniendo como no puede ser de otra forma presente la incapacidad en tal grado, atiende también a la limitación que pueda darse para otras actividades sean cotidianas propias de la vida doméstica o, familiar o ajenas a este ámbito como puedan ser culturales o deportivas.

17.13 Incremento de las indemnizaciones.

EL INCREMENTO DEL 20% EN LAS INDEMNIZACIONES, QUE SE FIJARON SOBRE LA APLICACIÓN ORIENTATIVA DEL BAREMO, EN FUNCIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTE AL CASO ES PERFECTAMENTE LÓGICA.
EDJ 2013/ 281114
SAP MADRID (6ª) Nº 551/2013, DE 1 DE OCTUBRE. REC: 474/2012, PTE: ABAD CRESPO JULIÁN.

En los recursos formulados por Arcadio y TELEGEST, S.L. se alega que en la sentencia recurrida se ha incurrido en error al aplicar el incremento de un 20 por ciento en las indemnizaciones: argumentándose que en el "baremo" ya se tiene en cuenta la valoración económica del perjuicio sufrido; sí pueden incrementarse las indemnizaciones entre un 10 y un 20 %, pero parece lógico pensar que el 20% quede para las lesiones que son tremendamente catastróficas; ese 20% está pensado para las lesiones tan graves que impiden al perjudicado valerse por sí mismo o tiene profundamente dañados órganos vitales, lo que no es el caso; se señala además que en la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor EDL 2004/152063 , que se aplica en la sentencia recurrida, ya se incluyen los daños morales en la fijación de las cuantías indemnizatorias, por lo que es incongruente el cálculo de los puntos que se hace en la sentencia recurrida; los daños morales han sido cuantificados en la sentencia tres veces; no se justifican en la sentencia los daños morales; se fijan en 30.000 euros, sin explicar de dónde se obtiene tal cantidad; en el informe médico de parte se considera el daño moral como importante, no como muy importante o irreversible, por lo que resultaría razonable un incremento del 10%, nunca del 20%; y por todo ello, el incremento de las indemnizaciones debería ser del 10% y se debería eliminar la cantidad de 30.000 euros por Dª morales. Debiéndose desestimar el motivo de recurso por las razones que se expresan seguidamente.
En la sentencia recurrida se opta para valorar las indemnizaciones correspondientes al siniestro objeto de la causa por aplicar como criterio orientativo el "baremo" de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor EDL 2004/152063 , siguiendo el parecer de la Junta de Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid celebrada el día 29 de mayo de 2004, que se viene a reiterar en la Junta de 10 de junio de 2005. Sin que en los indicados acuerdos no jurisdiccionales, ni en disposición legal alguna, tenga apoyo la tesis de la parte recurrente referida a que el 20 % por ciento de incremento en las indemnizaciones

proceda sólo cuando las lesiones son catastróficas o tan graves que impidan al perjudicado valerse por sí mismo o que se hayan dañado gravemente sus órganos vitales. Por lo que la tesis sobre tal particular de la parte recurrente no puede tener acogida en esta apelación.
Optándose en la sentencia recurrida por incrementar las indemnizaciones en un 20 % por las "gravísimas lesiones causadas al perjudicado y el hecho de que el mismo trabajaba sin tener en regla sus papeles y sin la cualificación profesional requerida para el trabajo que efectuaba". No determinando la aplicación del indicado incremento los daños morales del perjudicado, por lo que no puede darse satisfacción a las quejas de la parte recurrente referidas a que se reitera en diversas partes la indemnización por daños morales.

NO CABE UNA APLICACIÓN AL ALZA DEL BAREMO, YA QUE EL DELITO DOLOSO DEL ART. 316 CP NO CONLLEVA NECESARIAMENTE LA PRODUCIÓN DE LESIONES.
SAP SEVILLA (7ª) Nº 58/2013, DE 18 DE FEBRERO, PTE: GARCÍA LÓPEZ-CORCHADO, ENRIQUE

El recurso debe prosperar, pero sólo parcialmente. Con carácter previo, conviene significar que, en materia penal, el sistema de valoración de daños personales incorporado a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre) tiene un carácter meramente orientativo. Así, conforme a su criterio 1º.1, dicho baremo resulta aplicable a la valoración de todos los daños y perjuicios a las personas ocasionados en accidente de circulación, "*salvo que sean consecuencia de delito doloso"*.
Tal previsión no resulta, desde luego, gratuita ni baladí pues, como señala el Tribunal Supremo en su sentencia 15/2010, de 22 de enero: "*...Esta Sala tiene reiteradamente dicho que el baremo introducido por la Ley 30/1995, aunque goza de una indudable utilidad como referencia de carácter orientativo, sólo es de obligatoria aplicación, en sus términos y previsiones estrictas, para los casos respecto de los que legalmente aparece previsto en la norma legal, es decir, responsabilidad civil en relación con el seguro de circulación de vehículos a motor (SSTS 18/2009 y 9372009)".*
Por ello, en modo alguno resulta, exigible, sino sólo una facultad discrecional del Juzgador, la aplicación de lo que el apelante denomina "*corrección al alza"* por "*dolo o culpa"* entendiendo que con ello alude al plus de aflicción de la víctima por el delito doloso. Efectivamente, dicho plus está contemplado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en sentencias como la de 375/2008, de 25 de junio, señala al respecto: "*Desde el punto de vista de la afección moral no es lo mismo resultar víctima de un accidente propio de los de tráfico rodado que de una acción dolosa, reflexivamente orientada a causar daño. (...) Así, es razonable que ese plus de gravedad y de gravamen se traduzca en un incremento del monto de la indemnización".*
Sin embargo, tal plus aflictivo no resulta aplicable al presente caso, pues la indemnización discutida deriva precisamente de una infracción no dolosa (delito de lesiones imprudentes) por la que fueron condenados los cinco acusados que deben responder civilmente de la indemnización impuesta. Y no es admisible, el argumento de que también fueron condenados por delito contra los derechos de los trabajadores (de naturaleza dolosa), pues ni tal ilícito penal conlleva necesariamente la causación de lesiones, ni todos fueron condenados por ese delito.

17.14 La esposa del lesionado no es parte en el proceso.

EL RECURRENTE CARECE DE LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR LA INDEMNIZACIÓN QUE LE CORRESPONDERÍA A SU CÓNYUGE.
EDJ 2013/ 281114
SAP MADRID (6ª) Nº 551/2013, DE 1 DE OCTUBRE. REC: 474/2012, PTE: ABAD CRESPO JULIÁN.

Se alega en el recurso formulado por Ramón que en la sentencia se vulnera el art. 113 del Código Penal EDL 1995/16398 al no conceder indemnización por daños morales al cónyuge del agraviado.
Hoy en día en el art. 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 se otorga el derecho a recurrir contra las resoluciones judiciales únicamente a las partes que dichas resoluciones les afecten desfavorablemente. Precepto que resulta de aplicación supletoria al procedimiento penal de conformidad con lo establecido en el art. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 . Constituyendo el citado art. 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 la plasmación en la ley de la doctrina jurisprudencial, de la que sirven de ejemplo las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 12-2-2001 EDJ 2001/1039 , 29-12-2004 EDJ 2004/234873 y 15-6-2005 EDJ 2005/108835 , conforme a la cual, la legitimación para interponer cualquier clase de recurso contra las resoluciones judiciales requiere la existencia de interés por la parte recurrente en la revisión y modificación de la resolución recurrida, fundado dicho interés en la existencia de un gravamen que resulta de la desestimación de las pretensiones por ella formuladas, de ahí que tal legitimación para recurrir sólo se dé en quién aparece como perjudicado por la vulneración por la inadmisión de sus pretensiones; es decir, la legitimación para recurrir no resulta únicamente de la condición de parte procesal, sino que es preciso que la parte recurrente resulte perjudicada en sus intereses por la resolución recurrida.
En el presente caso, la eventual concesión o denegación de indemnización a favor del cónyuge del recurrente no afecta a los intereses del mismo, sino que, en su caso, la no concesión de indemnización al cónyuge del ahora recurrente sólo perjudicaría a dicho cónyuge, por lo que sólo éste estaría legitimado para recurrir la sentencia en relación con tal particular. Y al carecer de legitimación del recurrente la sentencia dictada en la primera instancia en relación con el no establecimiento de indemnización a su cónyuge, la indicada falta de legitimación constituye causa de la desestimación del motivo de recurso.

17.15 La prohibición de modificar las sentencias absolutorias dictadas en primera instancia, no afecta a la responsabilidad civil.

LA PROHIBICIÓN ESTABLECIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A LA IMPOSIBILIDAD DE MODIFICAR LAS SENTENCIAS ABSOLUTORIAS PENALES DICTADAS EN PRIMERA INSTANCIA, NO AFECTA A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.
EDJ 2013/ 281114
SAP MADRID (6ª) Nº 551/2013, DE 1 DE OCTUBRE. REC: 474/2012, PTE: ABAD CRESPO JULIÁN.

Debe señalarse que no es aplicable a la cuestión que nos ocupa la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la imposibilidad de modificar en la segunda instancia las sentencias penales absolutorias dictadas en la primera instancia, como se pretende en la impugnación del recurso por la representación procesal de AXA, pues dicha doctrina se refiere única y exclusivamente el enjuiciamiento de la culpabilidad penal. Lo que nada tiene que ver con la imposición de sanciones indemnizatorias a la aseguradora por su mora en el cumplimiento de sus obligaciones.

17.16 Límite indemnizatorio.

EL LÍMITE INDEMNIZATORIO PARA LA ASEGURADORA ES LA CANTIDAD ASEGURADA POR VÍCTIMA
EDJ 2013/18568 SAP Lugo de 29 enero 2013. Audiencia Provincial de Lugo, sec. 2ª, S 29-1-2013, nº 12/2013, rec. 4/2013. Pte: Varela Prada, José Manuel.

"En lo que se refiere al recurso interpuesto por la representación de la entidad aseguradora ZURICH, y respecto al primer motivo, consistente en la alegación de que la cantidad máxima por la que respondía civilmente la aseguradora es la de 150.000 euros, el mismo ha de ser estimado, pues, como bien se indicaba en el recurso planteado, -a la vista del contenido de la póliza concertada por la empresa en donde se produjeron los hechos enjuiciados, y de la que los aquí acusados formaban parte, como director general (Sr. Gines) y jefe de fábrica (Sr. Everardo) la cantidad máxima asegurada por víctima, es de 150.000 euros, a lo que deberá estarse, debiendo, así, limitarse la responsabilidad civil de la citada aseguradora, a la cantidad señalada."

17.17 Moderación del quantum indemnizatorio.

NO PROCEDE LA CONCURRENCIA O COMPENSACIÓN DE CULPAS CON REPERCUSIÓN EN EL ÁMBITO INDEMNIZATORIO, YA QUE EL TRABAJADOR DEBE DE SER PROTEGIDO DE SU PROPIA IMPRUDENCIA PROFESIONAL.
EDJ 2013/276544
SAP MADRID (23ª) Nº 883/2013, DE 26 DE SEPTIEMBRE. REC: 365/2012. PTE: MOZO MUELAS, RAFAEL

En cuanto a la pretendida concurrencia o compensación de culpas a efectos indemnizatorios, conviene destacar que nos encontramos ante la infracción de los derechos de los trabajadores en materia de seguridad en el trabajo, supuestos en los que la jurisprudencia ha reiterado la irrelevancia de la conducta de la víctima a causa de su propia imprudencia profesional derivada de la habituación al riesgo, pues sobre ella está la obligación del empresario a cumplir y hacer cumplir las medidas de seguridad, incluyendo la posibilidad de que el trabajador las incumpla como consecuencia de aquella habituación al riesgo que puede producir el desempeño de su actividad.

VALORA AL AP LA CONDUCTA DEL TRABAJADOR EN LA PRODUCCIÓN DEL ACCIDENTE.

SAP MÁLAGA (1ª) Nº 119/2013, DE DOCE DE MAYO. PTE: LINARES ARANDA, RAFAEL.

Es cierto que el trabajador lesionado, aunque estaba formado como gruísta, aceptó trabajar subiéndose a un andamio que carecía de varias medidas de seguridad y no estaba anclado, pero es sabido como nuestra jurisprudencia viene señalando que incluso el trabajador ha de ser protegido hasta de su propia "imprudencia profesional" (STS de 13 de febrero de 1997). Ahí radica el fundamento de la exigencia legal que se impone a los responsables de la labor constructiva, dirigida a que éstos a su vez exijan a los trabajadores que cumplan con las medidas de seguridad establecidas. El cumplimiento de esta obligación legal no se deja nunca en manos de los trabajadores, sino que se deriva por elevación hacia los responsables de la construcción, en tanto en cuanto e presupone que en éstos hay una mayor racionalidad y una mejor visión de las cosas, imponiéndoseles en todo caso el deber legal de cumplir con todas las exigencias de seguridad laboral, aun cuando el trabajador afectado sea muy experimentado. Sólo si, pese a constar los requerimientos de los responsables de la construcción, se advierte que el trabajador ha actuado intencionadamente, saltándose las indicaciones de los responsables de la seguridad, cabría hablar de una concurrencia de culpas o de una responsabilidad exclusiva.

La sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla, de 14.nov-03, viene a significar tanto como que "…la deuda de seguridad de la empresa con sus trabajadores no se agota con darles los medios de protección sino que viene además obligada a la adecuada vigilancia del cumplimiento de sus instrucciones que debe tender no sólo a la finalidad de proteger a los trabajadores del riesgo genérico que crea o exigen el servicio encomendado, sino además a la prevención de las ordinarias imprudencias profesionales del mismo".

Las normas que regulan la relación laboral y tratan de garantizar la seguridad en el trabajo, limitan la aplicabilidad de la doctrina de la imputación del lado de la víctima, modificando los términos del riesgo permitido y del funcionamiento del principio de confianza. Y en este sentido hay que recordar ya la antigua STS de 24.11.89 que establecía: "Que en el marco de las relaciones laborales la responsabilidad por falta de cuidado frente a riesgos extraordinarios no queda excluida por el simple traspaso tácito de la misma a los trabajadores. Si fuera sí es indudable que ello importaría una práctica liberación de todo deber de cuidado para el empleador, que, como es lógico, siempre se podría amparar en la tácita renuncia del trabajador para justificar su incumplimiento"…

…"En el origen de la caída del trabajador, incidieron dos conductas de similar eficacia desencadenante del resultado: de un lado, la de los acusados al no procurar que existiesen las medidas de seguridad colectivas –anclajes al muro, línea de seguridad para enganchar el arnés que como protección individual debe tener el trabajador- así como vigila que los trabajadores empleasen los medios de seguridad que tenían a su disposición, en una actividad peligrosa como es el trabajo en andamios como ya se ha dejado dicho; y, de otro lado, la propia conducta del trabajador accidentado, pues se trataba de un operario con varios años de experiencia en su cometido que sabía que en la obra había arneses y no los utilizó en su labor. Por tanto, el perjudicado, aun sabedor del riesgo que entrañaba estar en un andamio a dos metros de altura sin sujeción alguna, y mal calzado, actuó coadyuvando en el accidente.

Tal situación, sin llegar a minimizar la conducta imprudente atribuible a los acusados, debe conducir a degradar la entidad de la negligencia imputable a ellos hasta reconducirla a l imprudencia leve constitutiva de falta. Desde un punto de vista técnico y jurisprudencial se ha considerado en numerosas ocasiones influjo que, en el curso

causal de las imprudencias y en la gradación de las mismas, puede tener la conducta de la víctima. La concurrencia de esta última circunstancia, puede llegar a exonerar de responsabilidad al autor del hecho culposo, cuando la naturaleza de la misma sea de tal entidad que minimice la causalidad de la conducta desencadenante del resultado. En otros casos, puede hacer descender la culpa del agente, hasta derivarla hacia una falta de imprudencia. En este sentido la sentencia del mismo Alto Tribunal de fecha 24-05-1991 refiere que "Es criterio jurisprudencial compartido el de que la influencia o incidencia de la conducta del sujeto pasivo, contribuyendo poderosamente a la producción o desencadenamiento del resultado, puede llevar a los Tribunales a hacer descender la culpa del agente uno o dos peldaños en la escala imprudente, así como determinar una disminución del "quantum" de la indemnización, mayor o menor según la influencia más o menos poderosa y decisiva que la referida culpa del sujeto pasivo haya tenido en la génesis de la resultancia dañosa (cfr. Sentencias de 24 de marzo de 1983, 2 de junio y 25 de septiembre de 1986, 6 de febrero de 1987, 15 de abril y 16 de mayo de 1988)".
Con tales consideraciones, procederá la degradación de la imprudencia condenando al empresario y al arquitecto técnico como responsables de una falta de imprudencia leve del art. 621.3 del C. Penal EDL1995/16398.
Consecuencia de lo dicho es que la indemnización que se determine a favor de A…, se reducirá en un 40% por la concurrencia de responsabilidades.

LA CAUSA FUNDAMENTAL DEL ACCIDENTE FUE LA FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD Y NO LA CONDUCTA IMPRUDENTE DEL TRABAJADOR. NO CABE COMPENSAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR ELLO
SAP Madrid (7ª) 579/2013, de 24 de junio. Rollo de apelación 257/2012, dimanante de PA 307/2011, del J. de lo Penal nº 29 de Madrid.

"El motivo debe ser desestimado, no solo porque la posible concurrencia de responsabilidades hay que ceñirlas y concretarlas a la actividad de las personas que directamente intervinieron en la acción, sino porque como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de septiembre de 2001, entre otras, "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 presente supuesto no podemos olvidar que la causa fundamental del accidente fue el deficiente e irregular sistema empleado para el arrastre de los vagones, en cuanto no contaba con las medidas de seguridad elementales para que la operación se produjera sin riesgos para los trabajadores intervinientes. En el presente caso, no es que el trabajador llevara a cabo lo que se denomina autopuesta en peligro, sino más bien una asunción del riesgo previamente creado por su empresa al permitir que la actividad se desarrollara en esas condiciones. Ya fuera porque el cable se le podía venir encima por el zigzag, o porque como señaló el ingeniero técnico industrial propuesto como testigo por la defensa, la actuación del trabajador se llevó a cabo para evitar que el cable siguiera enroscándose mal en el cabestrante, lo cierto es que en cualquiera de los dos supuestos el trabajador trataba de evitar, aunque de forma arriesgada para su persona, los problemas que el propio mecanismo de arrastre de los vagones provocaba, hasta el punto de que el referido testigo llegó a declarar en el juicio, que el trabajador podría haber evitado el accidente de haber utilizado el trozo de madera que habitualmente utilizaban para evitar que el cable se enroscara mal, precisando a pregunta de la juzgadora, que ese trozo de madera no era ninguna pieza de la máquina para su

funcionamiento sino una especie de utensilio o instrumento creado paa evitar ese problema. Por ello, parece claro que la empresa era consciente de la existencia de problemas, y desde luego, aunque un trozo de madera podría evitar el riesgo de atrapamiento de una pierna como consecuencia de una patada, no puede descartarse que también podría haber provocado el atrapamiento del brazo o de la mano del que hiciera uso del trozo de madera para dirigir el referido cable al enroscarse en el cabestrante. Es evidente que cualquiera de esas actuaciones trataba de paliar de forma arriesgada para la vida e integridad de los trabajadores las propias deficiencias del sistema."

17.18 Póliza de seguro.

PÓLIZA DE SEGURO QUE CONSIDERA A LOS TRABAJADORES DE LA EMPRESA COMO ASEGURADOS Y QUE FIJA EL OBJETO DE COBERTURA A LOS TERCEROS, NO PUEDE CUBRIR LOS ACCIDENTES SUFRIDOS POR LOS TRABAJADORES PROPIOS
SAP Alicante (10ª) 295/2013, de 22 de julio. Apelación 50/2013, dimana de juicio oral 385/2007, del Juzgado de lo Penal número 1 de Benidorm.

El recurso entiende que la sentencia de instancia ha efectuado una incorrecta interpretación del contrato de seguro firmado entre la compañía Decortica y la aseguradora Empapare, en cuanto el riesgo asegurador excluye en todo caso a los empleados y asalariados, cubriéndose sólo la responsabilidad frente a eventos dañosos acaecidos a personas que tengan la condición de tercero, conforme a las disposiciones contractuales.
La responsabilidad directa de la compañía aseguradora si bien tiene su sustento legal inmediato en el art. 117 del Código penal, es claro y evidente que solo puede venir determinada por la producción del evento que cause el concreto riesgo determinado en la póliza de seguro, sin que quepa realizar interpretaciones extensivas o voluntariosas. No estamos, tampoco, en un supuesto de oposición de causas personales limitativas de cobertura frente a terceros perjudicados, tal y como parece inferirse de la sentencia al hacer referencia a la hija del fallecido. De lo que se trata es de delimitar el riesgo asegurado, sin que pueda, en ningún caso, obligarse a la compañía al pago de una indemnización por un riesgo que cae fuera del ámbito de cobertura contractualmente preestablecido.
La sentencia de instancia en su Fundamento de Derecho Decimotercero realiza un correcto planteamiento de la cuestión y expone con claridad los argumentos de diversas posturas. Mapanare entiende que en ningún caso pueden cubiertos daños sobrevenidos a empleados, asalariados o asimilados de la empresa tomadora del seguro, pues, todos ellos tienen la condición de asegurados, y el riesgo asegurado son los posibles acontecimientos perjudiciales para TERCEROS, condición de la que en todo caso están excluidos aquéllos. La sentencia identifica bien el riesgo cubierto: daños personales o materiales, sufridos por terceros como consecuencia de culpa del asegurado.
El tenor literal de la póliza, obrante al reverso del folio 43 de las actuaciones es el siguiente. OBJETO DEL SEGURO: "El asegurador garantiza al Asegurado, mediante el abono de la prima estipulada el pago de las indemnizaciones por las que pueda resultar civilmente responsable conforme a derecho, por daños corporales o materiales y perjuicios consecuenciales ocasionados a terceros, … , de acuerdo con las definiciones, términos y condiciones consignadas en la póliza".

Por otro lado, en el reverso del folio 42, en el apartado DEFINICIONES, puede leerse que cuando EL ASEGURADO tenga la condición de persona jurídica "tendrán también la consideración de asegurados los directivos y empleados mientras actúen en el ámbito de su dependencia", y TERCERO es: "Cualquier persona física o jurídica distinta de:

Los socios, directivos y asalariados del Tomador y del Asegurado.

Los trabajadores del tomador y asegurado que no teniendo la condición de asalariados sí sean considerados como tales por la normativa legal.

El fallecido era asalariado, trabajador de Decortica y, por tanto, asegurado, no tercero. La cobertura de riesgo contractualmente pactada con Mapanare es externa, hacia fuera, frente a terceros. La protección interna, de los empleados, asalariados y trabajadores deberá quedar cubierta por la correspondiente legislación laboral y de seguridad social, siendo factible la concentración de algún tipo de póliza de seguro, pero no quedaba amparada por la póliza suscrita con la compañía Mapanare, que es lo que aquí se discute. La consideración del trabajador como tercero, por el simple hecho de que él no fuera el causante directo del daño, como pretende la sentencia impugnada convertiría de facto en terceros protegidos por la póliza a todos los empleados y trabajadores de Decortica, salvo supuestos de culpa exclusiva de la propia víctima cuando hubieran sido afectados por su propia falta de cuidado, lo que desborda cualquier posible entendimiento razonable de las cláusulas contractuales que delimitan el objeto del contrato.

Lo que se pide a los tribunales de justicia en nuestro ordenamiento, no es un puro acto de voluntad, una decisión intuitiva, ligada a la propia percepción de la justicia en el caso concreto; sino un proceso intelectual en el que mediante un discurso racional y por tanto compatible y exteriorizable, se llega a una decisión. Si hay razones para concluir que se han invertido los términos y que el proceso de decisión se ha desviado del curso querido por el ordenamiento –la valoración de la prueba de forma racional y argumentable conduce a unas conclusiones y a la correlativa decisión; frente a un proceso en que la decisión voluntariosa es lo que ocupa el primer escalón del iter argumentativo-, hay que estimar el recurso, y apreciar la extralimitación interpretativa efectuada por el juez de instancia de las claras y concisas cláusulas contractuales.

EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PATRONAL CUBRE LOS DAÑOS SUFRIDOS POR TODO TRABAJADOR DE LA EMPRESA AUNQUE NO ESTÉ DADO DE ALTA EN LA SEGURIDAD SOCIAL, SIN QUE PUEDA OPONERSE UNA CLÁUSULA DE LAS CONDICIONES GENERALES, CUYO CONTENIDO DEBE SER INTERPRETADO COMO CLÁUSULA LIMITATIVA DE LA RESPONSABILIDAD Y SUJETO A LAS FORMALIDADES DEL ART. 3 DE LA L.C.S

EDJ 2013/58733 SAP Madrid de 6 marzo 2013. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 6-3-2013, nº 302/2013, rec. 52/2012. Pte: Riera Ocariz, María.

"En su otro motivo la compañía de seguros alega que este accidente no está cubierto por la póliza de seguros que suscribió con el Sr. Juan Pablo, porque el trabajador lesionado no tenía contrato de trabajo ni estaba dado de alta en la Seguridad Social y en las condiciones generales de la póliza suscrita se indica de forma expresa (página 37 del folleto) que la cobertura del seguro por responsabilidad civil patronal incluye las indemnizaciones que deba satisfacer el asegurado como civilmente responsable de los daños corporales causados a los empleados del mismo, considerándose a éstos como terceros, durante y en su lugar de trabajo, siempre que esté afiliado, en alta y cotizando a la Seguridad Social.

Entiende la apelante que la exclusión de los trabajadores no afiliados a la Seguridad Social de la cobertura del seguro no constituye una cláusula limitativa de las previstas en el art.3 de la LCS. EDL 1980/4219

El recurso no puede prosperar.

No existe infracción alguna de los preceptos citados de la LCS EDL 1980/4219, sino una aplicación correcta de estas normas sustantivas, que son las que generan la responsabilidad civil directa de la compañía de seguros en virtud de la póliza contratada. El art.3 de la LCS EDL 1980/4219, en su primer párrafo, dispone que las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.

La cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido, y la cláusula de exclusión de riesgo es la que especifica qué clase de ellos se ha constituido en objeto del contrato. Las cláusulas delimitadoras del riesgo son, pues, aquellas mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, fijando qué riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla. La jurisprudencia es unánime sobre esta cuestión, a modo de ejemplo la STS de 28-11-2.011, Sala 1ª del TS EDJ 2011/340849, precisa que delimitadoras del riesgo son las cláusulas que tienen por finalidad concretar el riesgo, esto es, el objeto del contrato, fijando qué riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla, determinando pues, qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, tratándose de cláusulas susceptibles de ser incluidas en las condiciones generales y respecto de las cuales basta con que conste su aceptación por parte de dicho asegurado, mientras que limitativas de derechos son las que, en palabras de la STS de 16 de octubre de 2000 EDJ2000/37059 EDJ 2000/37059, operan para «restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido», las cuales, afirma la de 15 de julio de 2009, RC núm. 2653/2004 EDJ2009/225058 EDJ 2009/225058, están sujetas, en orden a su validez y como expresión de un principio de transparencia legalmente impuesto, a los requisitos de: (a) ser destacadas de modo especial; y (b) ser específicamente aceptadas por escrito.

La cláusula a la que se refiere la apelante, incluida en la página 37 del manual de condiciones generales, es, sin embargo una cláusula limitativa y no una cláusula delimitadora del objeto del contrato, porque el objeto del seguro es la responsabilidad civil patronal, esto es, la obligación contraída por el asegurado hacia sus empleados de indemnizarles por los daños corporales que puedan sufrir en su lugar de trabajo y a causa del desempeño del mismo. El Sr. Arcadio era un empleado más y el accidente que sufrió en su centro de trabajo es un supuesto arquetípico de siniestro amparado por la cobertura del seguro de responsabilidad civil patronal; pretender ahora excluir de esta cobertura la indemnización adeudada al Sr. Arcadio, porque este no estaba dado de alta en la Seguridad Social constituye una alteración evidente del riego asegurado y del derecho del asegurado a percibir la indemnización y ello porque la afiliación a la Seguridad Social no es un requisito imprescindible para la existencia de una relación

laboral por cuenta ajena, basta acudir al art.1-1 del ET EDL 1995/13475 para comprobar cuáles son las características del trabajo por cuenta ajena:.La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.
No solo es esta la opinión del tribunal, también el Juzgado de lo Social 15 de Madrid ha reconocido sin dificultad alguna la relación laboral entre el Sr. Arcadio y la empresa del Sr. Juan Pablo, relación iniciada el día 23-1-2.006, en la sentencia de fecha31- 7-2.006(f.219 a 226), en la que estima la demanda formulada por el Sr. Arcadio y declara nulo su despido de la empresa del Sr. Juan Pablo.
Pues bien, estando ante una cláusula limitativa, nos encontramos con que, en el caso contemplado, se halla en las condiciones generales de la póliza, sin especial relevancia en la misma. Por el contrario, en el documento que contiene las condiciones particulares de la póliza (f.166 a 170) suscrita por las partes de este juicio, las que han sido expresamente aceptadas por el asegurado, la limitación que pretende hacer valer la compañía de seguros brilla por su ausencia, de modo que nunca fue aceptada expresamente por el asegurado. En consecuencia, en virtud de los arts.3 y 73 de la LCE, dicha cláusula no puede surtir el efecto excluyente que pretende la compañía de seguros y no existe obstáculo para que el seguro de responsabilidad civil patronal incluido en esta póliza cubra las indemnizaciones derivadas de los hechos juzgados."

17.19 Responsabilidad civil de la empresa contratante.

NO PROCEDE RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE EMPRESA CONTRATANTE, RESPECTO DE CONTRATISTA QUE REALIZA ACTIVIDAD DISTINTA DE AQUÉLLA Y QUE HA SIDO CONTRATADA PARA REALIZAR REPARACIONES EN TEJADOS Y DESAGÜES EN EL LOCAL DE LA PRIMERA EMPRESA. CONSIDERA LA SALA DETERMINANTE EL HECHO DE QUE AMBAS REALICEN DISTINTA ACTIVIDAD
EDJ 2013/105716. SAP Madrid (2ª) 223/2013, de 21 de mayo. Rollo apelación 456/2012, dimanante de PA 435/2011, del J. de lo penal nº 26 de Madrid.

NOTA: la fundamentación de la sentencia no entra a valorar los requisitos de aplicación del art. 120.4º CP, sino que más bien alude a la posibilidad de que pudiera recaer responsabilidad penal sobre la empresa contratante.
"CUARTO.- A la vista de los argumentos que sustenta el impugnante de ambos recursos y de los que expone el juez para justificar el pronunciamiento absolutorio no podemos sino atender los argumentos que éste expone en apoyo de su pretensión absolutoria.
Si se examinan los hechos probados de la resolución recurrida, no se encuentra ni una sola referencia a la actuación u omisión que sustentaría la actuación delictiva de la empresa RODITEX, en relación con las lesiones que sufrió el trabajador de la empresa PROYECTOS INMOBILIARIOS BARBADILLO, resultando claramente insuficientes para sustentar una condena frente a quien solo era un empleado de la citada empresa a la que se encargó íntegramente la ejecución de la obra.
Resulta acreditado en las actuaciones que la actividad que debía de desarrollarse en ejecución de la obra no tenía ninguna relación con lo que constituía la actividad habitual

o principal de la empres RODITEX, al dedicarse a una actividad textil, siendo el trabajador lesionado únicamente empleado de la empresa PROYECTOS INMOBILIARIOS BARBADILLO.

PROYECTOS INMOBILIARIOS BARBADILLO venía obligado legalmente a adoptar las medidas de protección de los trabajadores en el desarrollo de la obra a l que se había encargado la reparación, no citando los recurrentes el precepto concreto ni la normativa en que sustenta tal responsabilidad, pese a que del tenor literal del texto contenido en el art. 316 del Código Penal, sólo podrían ser sujetos activos de este delito aquellos que estando "legalmente obligados" a ello, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen con las medidas de seguridad e higiene adecuadas.

El art. 24 de la Ley 31/95, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, establece en su párrafo nº 3, que: "las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales".

Como señala la Sentencia de 29 de junio de 2007 de la sección quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, cuyo criterio comparte este Tribunal, del citado precepto de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales se pude inferir con claridad "que la obligación de vigilancia del cumplimiento por parte de los contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales precisa que las obras y servicios de los que dimane el riesgo debe ser propio de la actividad de la empresa que contrate la obra o el servicio".

En este sentido cabe invocar lo que pro "propia actividad" entienden las Sentencias de 22 de noviembre de 2002 y 11 de mayo de 2004 de la Sala de los Social del Tribunal Supremo al señalar: "respecto del primero de los extremos señalados dijimos en sentencia de 18 de enero de 1995 que "para delimitar lo que ha de entenderse por propia actividad de la empresa, la doctrina mayoritaria entiende que son las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividad principales de la empresa", y que "también la doctrina señala que nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propi empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial". Tal doctrina ha sido seguida luego en sentencias de 24 de noviembre de 1998 y 22 de noviembre de 2002; esta última reitera que lo determinante de que "una actividad sea propia de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo".

En este caos nos encontramos con que la empresa RODITEX, es una empresa textil y de los documentos aportados no resulta relación de contratista-subcontratista entre ambas, sino más bien la del cliente que encarga una obra de reparación a una empresa especializada, habiendo alegado el representante de RODITEX que la empresa se dedica a productos textiles, de tal forma que los trabajadores de PROYECTOS INMOBILIARIOS BARBADILLO, no pueden nunca ser considerados empleados o dependientes de RODITEX.

Por todo lo expuesto, no hay cobertura legal para exigir ninguna obligación respecto a la implantación, vigilancia y control de las medidas que debían de garantizar la seguridad de los trabajadores de la obra, nada más que a la empresa que se encargó de las obras, conforme consta en el documento obrante en el folio 71, por lo que procede desestimar el recurso y confirmar la resolución dictada al ser claramente conforme a derecho.

Por todo ello y no existiendo motivos para considerar inmotivada, arbitraria o caprichosa la sentencia impugnada, no habiéndose vulnerado el principio de presunción

de inocencia al haberse practicado prueba de cargo y habiéndose motivado la apreciación de la prueba por el juez de manera lógica, prudente y ponderada, procede confirmar la sentencia apelada en todos sus extremos."

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE LA EMPRESA TITULAR DEL CENTRO DE TRABAJO (ART. 120.4 CP) A PESAR DE QUE LOS CONDENADOS PERTENECEN A DOS EMPRESAS SUBCONTRATISTAS. BASTA QUE LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA DEL INCULPADO REDUNDE EN BENEFICIO DEL RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIO PARA QUE SE GENERE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA: SAP Vizcaya (2ª) 12 de marzo de 2013. Rollo apelació
n 389/2012, dimanante de PA 289/2011, del J. de lo penal nº 2 de Barakaldo.

"SEGUNDO.- Así planteados los términos de la cuestión sometida a consideración en esta segunda instancia, comenzaremos examinando el recurso formulado por Arcelormital Sestao S.L., que se adelanta desestimado, por las razones que se pasan a exponer. En primer lugar Arcelormital Sestao SL, antes denominada Acería Comacta de Bizcaia SA, como así se afirma en el recurso, era la propietaria de la planta de Sestao, sin que sean relevantes a los efectos pretendidos, las matizaciones sobre Aceralia Construcciones o Acería compacta/Arcelormital o ACR decapado, ACB AIE, cuando es así que la recurrente era la titular de la planta de Sestao cuando ocurrieron los hechos.

Se alega por la Sociedad recurrente que no ha quedado en absoluto probado la existencia de la relación de dependencia exigida en el art. 120.4 CP, de la que se derivaría su eventual responsabilidad subsidiaria. Sin embargo, no es objeto de controversia como ya se ha dicho, puesto que así se asume en el mismo recurso y se encuentra documentalmente acreditado, que **la recurrente era la titular del centro de trabajo**, como espacio físico considerado, donde ocurrieron los hechos, y puesto que nadie discute que el trabajador accidentado que allí se encontraba, no lo estaba por iniciativa propia y ajeno a cualquier relación de dependencia con la titular del lugar, sino que lo hacía como operario de la última de una cascada de subcontratas iniciadas por la parte recurrente, resulta evidente que es de aplicación lo dispuesto en el art. 120.4 CP. De suerte que el Juzgado "a quo" ha efectuado una correcta valoración de la prueba de la disponía, y que la misma ha resultado suficiente para acreditar la relación de dependencia exigida para la aplicación del citado artículo.

Efectivamente dicho artículo establece que son también responsables civilmente en defecto de los que lo sean criminalmente, las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

En este sentido se ha de traer a colación la STS 121/2012, de 3 de marzo, que señala que "la jurisprudencia, como se recuerda en la STS 371/2008, de 19 de junio, ha seguido un criterio muy flexible y ha declarado que "no es necesario que la relación entre el responsable penal y el civil tenga un carácter jurídico concreto", ni tampoco "que la actividad concreta del inculpado penal redunde en beneficio del responsable civil subsidiario", siendo suficiente a los efectos de declarar la responsabilidad civil subsidiaria que "exista una cierta dependencia, de modo que la actuación del primero esté potencialmente sometida a una posible intervención del segundo". Así, se ha señalado (STS nº 51/2008, de 6 de febrero), que se admite "que en la configuración del primer requisito, la dependencia, se integran situaciones de amistad, liberalidad, aquiescencia o beneplácito".

La STS 237/2010, de 17 de marzo, por su lado, reitera esos requisitos y ahonda en el fundamento de la responsabilidad al señalar “Se regula, con su incorporación al Código Penal EDL 1995/16398 , un régimen de responsabilidad subsidiaria personal y objetiva, en tanto en cuanto, y a diferencia de lo que sucede en el apartado primero del precepto en relación con la responsabilidad de los padres o tutores, respecto de los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años en las circunstancias en él expresadas, no se exige que haya habido por parte del empresario culpa o negligencia.
Si, ciertamente, en una primera fase, el origen de la responsabilidad civil subsidiaria de los principales por los actos delictivos cometidos por sus empleados, se justificaba en una falta in vigilando o in eligendo, lo que suponía un fundamento culposo de la misma, poco a poco esta fundamentación fue abandonándose y hoy ya es general y pacífica la tesis de que el fundamento del nacimiento de la responsabilidad civil subsidiaria encuentra en la teoría de la creación del riesgo, de manera que quien se beneficia de las actividades de otra persona, que de alguna manera puedan provocar un riesgo para terceras personas, también debe soportar las consecuencias negativas de las consecuencias lesivas de ese riesgo creado, y ello, incluso se ha declarado cuando la actividad desarrollada por el infractor no le reporte ningún beneficio al principal"....bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentra tal actividad sujeta de algún modo a la voluntad del principal, por tener éste la posibilidad de incidir sobre la misma...." --STS 822/2005 de 23 de junio EDJ 2005/113601 --.
En definitiva esta teoría de la creación del riesgo no es sino una adaptación del viejo principio romano"....qui sentir commodum, debet sentire incommodum...." o, bien"....ubi commodum, ibi incommodum....".”
Es decir, la situación en la que uno encuentra una ventaja, justifica también que deba de hacer frente a los perjuicios que se derivan de aquélla. En definitiva, se trata de una responsabilidad vicaria en la que se prescinde de toda referencia a la negligencia del principal en la elección de sus dependientes, bastando solo la realidad de la situación de dependencia”. En parecidos términos STS 237/2010, de 17 de marzo.
Y es que se ha señalado –STS 1124/2006, de 10 de noviembre-, que en atención a la realidad social del momento, el precepto que establece la responsabilidad civil subsidiaria ha de estar de acuerdo con el principio “quid sentit commodum incommodum debet sentiré”, es decir, que quien obtiene los beneficios de la actividad ejecutada debe padecer también los perjuicios que pudieran derivarse de su irregular ejecución, lo que lleva a una interpretación flexible del art. 120.4 del Código Penal.
Dese esta perspectiva, los requisitos para que se produzca el nacimiento de tal responsabilidad son los siguientes: a) La existencia de un relación de dependencia entre el autor del delito o falta y la persona individual o jurídica bajo cuya dependencia se halla. Sobre este elemento la interpretación jurisprudencial ha sido flexible, alcanzando tal situación de dependencia a cualquier relación jurídica o de hecho, o cualquier otro vínculo por el cual el autor del delito se halla bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial o esporádica; o al menos, que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realiza el autor del hecho delictivo cuente con el beneplácito o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario; b) Que el agente de la actividad delictiva actúe dentro de las funciones de su cargo, aunque sea extralimitándose en ellas. Es preciso, por consiguiente, en lo atinente a este elemento constitutivo, que el delito que genera una y otra responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno de la actividad, cometido o tarea confiados al infractor. Es al amparo de esta premisa esencial cuando adquiere sentido la previa mención. Y es que de forma más clara la Jurisprudencia del TS señala también que los estrechos cauces del proceso penal sólo

exigen la acreditación de la actividad profesional con ocasión de la cual o dentro de la cual se desarrolló el delito y la dependencia del delincuente al responsable civil subsidiario (empresa, entidad u organismo) como premisas de tal responsabilidad.
Aplicadas las anteriores directrices jurisprudenciales al caso de autos, existía un vínculo o relación jurídica entre la mercantil apelante, Acerlormital, Vai Cosim a la que subcontrató aquélla, Ingelectric asimismo contratada por esta última y Pine, también subcontratada por Ingelectric y en la que prestaba sus servicios el operario que resultó lesionado. En consecuencia, la declaración de la recurrente como responsable civil subsidiaria efectuada por la Juzgadora de la instancia, en base a lo dispuesto en el art. 120.4 CP, como se ha dicho, resulta plenamente ajustada a derecho.
En relación a la infracción del principio de tipicidad por aplicación del artículo 120.4 alegada, afirmándose que el Ministerio Fiscal extendió la imputación de la recurrente a este punto en el juicio oral, cuando con anterioridad había invocado el art. 120.3, lo cual le generó indefensión, ha de ser igualmente rechazada, puesto que ya en los escritos de acusación tanto por parte del Ministerio Fiscal, como de la Acusación particular obrantes al tomo VII de la causa, se solicitó la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de la recurrente, con carácter genérico y tal responsabilidad se halla regulada en el art. 120 CP, por lo que los puntos concretos del mismo que resulten de aplicación, son irrelevantes a los efectos pretendidos y ni vulneran el principio de tipicidad ni ha generado indefensión alguna a la parte recurrente."

EMPRESA MUNICIPAL QUE CONTRATA A OTRA PARA LA EJECUCIÓN DE UNA OBRA NO ES RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIO CUANDO NINGÚN EMPLEADO SUYO FUE CONDENADO (Dependencia laboral) Y CUANDO ADEMÁS NO TENÍA PODER ALGUNO PARA DIRIGIR LA OBRA (Dependencia funcional)

SAP Almería (1ª) 160/2013, de 7 de junio. Rollo 154/2013, dimanante del juicio oral 749/2009 del J. de lo Penal nº 5 de Almería.

Pues bien, a la vista de los hechos declarados probados, el único supuesto aplicable sería el apartado 4 del art. 120 del CP "4º) Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios". El Tribunal Supremo tiene una consolidada doctrina sobre esta materia, balata por todas la STS 12 de junio de 2012 "Como se recoge en la STS num. 121/2011, y en otras muchas, la responsabilidad civil subsidiaria prevista en el artículo 120.4 del Código Penal requiere "1) 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 2) 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", precisándose en la STS num. 239/2010, que "estos requisitos, dada la naturaleza jurídica 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, propios de las normas sancionadoras". Por más que resulte acreditado que EGMASA contrató con el condenado, éste en ningún caso tenía una relación de dependencia con EGMASA, ni siquiera funcional, el mismo escrito de acusación y así se recoge en los hechos probados, acentúa el carácter instrumental de la

empresa EGMASA, sin poder de decisión o dirección de la obra que correspondía a los técnicos municipales, por lo tanto se desenvolvía en un plano de autonomía e independencia, sin que se dé nota alguna de subordinación o jerarquización entre ambos (STS Civil 10 de octubre de 1994). Si no existe condena a un empleado o personal dependiente de EGMASA no es posible que nazca la responsabilidad subsidiaria de ésta, requisito necesario que no ha sido verificado en el caso de autos.

RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIA NO CITADA A JUICIO. EN LA COMPARECENCIA PRELIMINAR DEL JUICIO ORAL LAS ACUSACIONES Y EL PROPIO JUEZ DE LO PENAL CONSIDERARON INNECESARIA SU PRESENCIA, NO PUEDE SER CONDENADA COMO TAL RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIA

EDJ 2013/223688 SAP Cantabria de 2 septiembre 2013. Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 1ª, S 2-9-2013, nº 334/2013, rec. 450/2013. Pte: Sagüillo Tejerina, Ernesto.: "SEGUNDO.- Entrando en los diversos motivos del recurso, debe comenzarse por aquellos que impedirían entrar en el examen de la cuestión de fondo bien por suponer la nulidad de las actuaciones bien por requerir la previa práctica de prueba. Empezando por la impugnación de la condena a "Hergulán, S.L." pese a no ser citada a juicio, la condena se produce en concepto de responsable civil subsidiaria. La declaración de responsabilidad civil deriva de la necesaria existencia de una solicitud de parte, en el caso del proceso penal, de alguna de las acusaciones, que pida que se produzca tal condena. Es decir, no cabe una condena de oficio al pago de una responsabilidad civil sino que la misma debe venir solicitada por alguna de las acusaciones.

La contrapartida necesaria de tal solicitud, solicitud obrante en el presente caso en los escritos de acusación, es la posibilidad de que el responsable civil comparezca en juicio y pueda alegar cuanto a su derecho convenga a los efectos de defenderse de la petición formulada contra el mismo y ello como requisito primero y básico del ejercicio del derecho de defensa de los intereses propios que tiene cualquier que sea o deba ser parte de un procedimiento.

En el presente caso, consta que no se ha producido tal citación a juicio del responsable civil. Pero ello debe enlazarse con la posición defendida en juicio -una vez la defensa planteó tal cuestión al inicio del juicio oral- por las acusaciones y por la juzgadora de instancia según la cual no era precisa la intervención en el juicio de la responsable civil. Efectivamente ello es cierto entendido en el sentido de que la ausencia del responsable civil debidamente citado no es causa de suspensión del juicio pero también lo es que ello exige que el responsable civil esté "citado en debida forma", según la expresión literal del artículo 786.1.Tercer párrafo de la LECriminal EDL 1882/1.

Ahora bien, la cuestión es qué sucede si, como ha ocurrido en el presente caso, la responsable civil no sólo no es citada sino que las partes acusadoras y la juez sostienen la innecesariedad de su citación. La consecuencia -en aras de evitar la indefensión y en coherencia que la postura de las acusaciones- no puede ser otra que considerar que no es posible la condena de dicha sociedad como responsable civil subsidiaria ya que ello habría exigido permitir su presencia en juicio y, de esa forma, concederle la oportunidad de defender sus intereses y ello es especialmente visible en el presente caso cuando, al haberse limitado la responsabilidad civil exigible a la entidad aseguradora, la responsable civil podría tener que hacer frente a una serie de indemnizaciones por encima del límite reconocido a la aseguradora y ello pese a no haber tenido oportunidad de defenderse de las acciones civiles ejercitadas en su contra en el acto del juicio.

A lo expuesto no es óbice que la responsable civil pudiese tener intervención durante distintos momentos de la fase de instrucción o que el abogado y procurador intervinientes en defensa de la aseguradora pudiesen en algún momento personarse también por tal responsable civil puesto que lo cierto es que en el juicio no sólo no se produjo la citación de la responsable civil ni se inquirió -bien a los acusados bien a la aseguradora- para que pudiesen actuar en nombre y defensa de tal entidad o para tenerles por personados o por citados en nombre de aquella sino que, al sostenerse directamente la innecesaridad de su presencia en juicio, se vino a admitir que la misma no estaba presente ni representada en el acto del juicio por lo que, como se acaba de exponer, no era posible su condena. En este sentido, debe prosperar el motivo del recurso."

17.20 Responsabilidad civil de las compañías aseguradoras.

17.20.1 Absolución.

ESTIMA LA AP EL RECURSO DE LA ENTIDAD ASEGURADORA, YA QUE EL ACUSADO FUE CONDENADO EN SU CALIDAD DE SOCIO DE LA EMPRESA PROMOTORA-CONTRATISTA, NO POR SU CUALIDAD DE ARQUITECTO.
SAP VALLADOLID (2ª) Nº 139/2013, DE 30 DE ABRIL, PTE: TREBOLLE FERNÁNDEZ, FELICIANO.

La apelante ASEMAS, interesa con carácter principal su absolución como responsable civil directa, petición que este Tribunal estima, a la vista de la actividad probatoria, esencialmente la documental relativa a la póliza de seguro que tenía concertada dicha entidad aseguradora con el acusado J, y tendiendo en cuenta el contenido de la sentencia que se recurre en apelación. Ésta absuelve a dicho acusado en lo relativo a la actuación del mismo como arquitecto en la ejecución de la obra donde se produjo el fallecimiento del trabajador, al entender que en dicha actuación como arquitecto, J no ha incurrido en infracción criminal. La sentencia condena a tal acusado, pero en base a la conducta desplegada por el mismo como socio de la empresa contratista y promotora. La póliza que tenía contratada J con ASESMAS, folio 781 de las actuaciones, tenía como finalidad asegurar las responsabilidades por la actividad profesional desarrollada por J como arquitecto en el ejercicio libre, asociado o asalariado de la profesión. El ejercicio de dicha actividad como arquitecto, objeto de cobertura por ASESMAS, no fue la causa productora de la muerte del trabajador. La póliza del seguro no cubría las responsabilidades en que hubiese podido incurrir J como socio promotor o contratista. Absuelto penalmente éste por la conducta desplegada como arquitecto en la ejecución de la obra y siendo ésta la cobertura de la póliza de seguros, procede también la absolución de ASESMAS como responsable civil directa.

17.20.2 Se excluye la responsabilidad de la compañía de seguros, ya que no se está ante un accidente de circulación.

LA AP EXCLUYE LA RESPONSABILIDAD DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA, YA QUE NO SE TRATA DE UN HECHO DERIVADO DE LA CIRCULACIÓN.
SAP SEVILLA (3ª) Nº 187/2013, DE 21 DE MARZO, PTE: MÁRQUEZ ROMERO, ÁNGEL.

La Cía…niega su responsabilidad en cuanto al seguro concertado por la entidad S…para cubrir la responsabilidad civil obligatoria del camión de su propiedad, matrícula…,que es desde el que se cayó el perjudicado, por considerar que este hecho no puede incluirse dentro del concepto "*hecho de la circulación"* que es el objeto de dicho seguro, tanto en los límites de su concertación obligada, como voluntaria, pues ambos cubren los mismos riesgos derivados del uso y circulación del citado vehículo.
Impugnación que consideramos aceptable, porque estimamos que no estamos en presencia de un evento dañoso que deriva y tenga su causa generadora en un "*hechos de la circulación"*, porque el accidente se produce cuando el vehículo al que se había subido el perjudicado, no sólo estaba parado, sino que incluso se había inmovilizado con una patas hidráulicas para asegurar las labores de descarga, y no se produce el accidente por un defecto de aparcamiento o por la circulación de otros vehículos por la vía en que se encontraba aparcado, sino por una negligente puesta en marcha de la grúa instalada en el vehículo, cuando se disponían a iniciar las labores de descarga del material de obra que transportaba.
El art. 1 del texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor señala que, "*el conductor de vehículos a motor es responsable en virtud del riesgo creado por la conducción de éstos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación"*. Dicho precepto viene a delimitar el ámbito material del seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor, y lo hace en base al concepto de "*hechos de la circulación".* Dicho precepto viene a delimitar el ámbito material del seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor, y lo hace en base al concepto de "*hecho de la circulación"*, cuya definición, conforme establece el art. 1.4 de la citada Ley se llevará a cabo reglamentariamente.
La anterior previsión legal, fue desarrollada con la definición contenida en al art. 3.1 del Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto 7/2001, de 12 de enero (artículo 2 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto 1.507/2008, de 12 de septiembre), conforme al cual "*a los efectos de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y del seguro de suscripción obligatoria regulado en este Reglamento, se entienden por hechos de la circulación los derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor a que se refiere el artículo anterior, tanto por garajes y aparcamientos, como por vías o terrenos públicos y privados aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común".*
Definición que se centra en el concepto de conducción, que, estimamos, no puede reducirse a las incidencias que se producen cuando está en movimiento el vehículo, aunque si debe estar relacionado con él, ya sea por referencia al vehículo propio, ya al de un tercero, y es claro, que en el presente caso, no es razonable considerar que el

accidente enjuiciado puede decirse que es consecuencia de un riesgo creado por la conducción, pues de produce cuando el vehículo está inmovilizado y el accidente no puede vincularse a incidencias propias de la circulación, aunque no haya transcurrido mucho tiempo desde la detención.
Además, el precepto reglamentario citado recoge determinados supuestos que no deben entenderse como hechos de la circulación, como son los derivados de "*tareas industriales"*, entre los cuales tiene encaje el hecho que es objeto de las presentes actuaciones, y por ello se reconoce la aplicación de otros seguros concertados por las empresas implicadas en el accidente, donde se da cobertura a la actividad desarrollada por el damnificado en el momento del siniestro.
La anterior exclusión de responsabilidad no se ve afectada por el hecho de que la entidad asegurada hubiera ampliado la cobertura del seguro de suscripción obligatoria mediante un seguro voluntario conforme a lo previsto en el art. 2.5 de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, según el cual: "*Además de la cobertura indicada en el apartado 1, la póliza en que se formalice el contrato de seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria podrá incluir, con carácter potestativo, las coberturas que libremente se pacten entre el tomador y la entidad aseguradora con arreglo a la legislación vigente"*, porque de los propios términos de la póliza aportada a las actuaciones se desprende que lo que se amplía es el importe de la responsabilidad civil asegurada, no los riesgos o contingencias que cubre, que igualmente, quedan circunscritos al ámbito de la circulación antes examinado, por lo que, al no ser el accidente propio de un hecho de la circulación, no cabe tampoco establecer la responsabilidad de la Cía…en atención a dicho seguro voluntario.

17.20.3 La compañía de seguros sólo responde hasta el límite de la póliza.

LA COMPAÑÍA DE SEGUROS SOLO RESPONDE HASTA EL LÍMITE DE LA CUANTÍA FIJADA EN LA PÓLIZA.
EDJ 2013/149045
SAP BARCELONA (10ª) Nº 549/2013, DE 3 DE JUNIO. REC: 43/2013, PTE. PLANCHAT TERUEL, JOSE MARÍA.

Punto de partida ineludible es el dictado del art. 117 CP EDL 1995/16398 cuando prescribe 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".
La Compañía apelante indica que la póliza concertada poseía un concreto límite cuantitativo, lo que así se encuentra documentado en autos (folios 53 y ss.) donde es de ver el capital garantizado por víctima se establece en 90.151,82 euros. El motivo expuesto debe por ello prosperar, toda vez que dicha suma es la que opera como límite objetivo, convencionalmente pactado, a su responsabilidad civil.

17.20.4 La responsabilidad civil de las Compañías de seguros es una responsabilidad civil contractual y no ex delicto.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS ES UNA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y NO EX DELICTO.
EDJ 2013/201697
SAP VALLADOLID (4ª) Nº 390/2013, DE 17 DE OCTUBRE. REC: 804/2013. PTE: MARTÍNEZ GARCÍA, ÁNGEL SANTIAGO

Pero la entidad aseguradora tiene razón en el primero de los argumentos de su recurso, dado que no se conoce el contenido de la póliza, ni la cobertura y límites del contrato, por lo que no se puede declarar sin más la responsabilidad civil directa de la entidad aseguradora AXA, S.A. de todas las responsabilidades civiles que se declaran en la sentencia, pues con ello se podría estar infringiendo el art. 76 de la Ley de Contratos de Seguros y los artículos 1.254 y siguientes del Código Civil EDL 1889/1 , dado que la responsabilidad civil directa de la entidad aseguradora no es una responsabilidad civil ex delicto, sin que en su caso es una responsabilidad civil contractual, y lo será dentro del contenido, cobertura y límites del contrato suscrito (que nos es completamente desconocido, dado que no está aportada la póliza), y por ello es correcto modificar la sentencia recurrida en el sentido de que "la responsabilidad civil directa que se declara de la entidad aseguradora AXA, lo es en los términos del contrato suscrito con COMERCIAL VALDIVIECO, S.L., y dentro de las coberturas y límites que figuren en dicha póliza, lo cual habrá de ser comprobado y analizado en ejecución de sentencia, previa reclamación de la póliza a la entidad aseguradora AXA".

17.20.5 La responsabilidad de la Compañía de Seguros es directa.

LA COMPAÑÍA DE SEGUROS ES RESPONSABLE CIVIL DIRECTA.
EDJ 2013/149045
SAP BARCELONA (10ª) Nº 549/2013, DE 3 DE JUNIO. REC: 43/2013, PTE. PLANCHAT TERUEL, JOSE MARÍA.

Cuestión distinta es la que discrepa de su condición de responsable civil directa. Se aduce al respecto que la Compañía aseguraba no al autor del delito sino a su empresa de lo que, concluye, la responsabilidad civil sería directa pero respecto de la entidad declarada como responsable civil subsidiaria.
Tal argumento no puede ser acogido. La doctrina de casación ha sentado últimamente, en la STS de 31 de marzo de 2011, que "lo cierto es que en este tipo de seguro el asegurador como dispone el art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 de 8 de octubre de 1980 se obliga a cubrir el riesgo de 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". (...) Por lo tanto el riesgo cubierto por la entidad aseguradora era la responsabilidad civil de la asegurada, y no la de ninguna otra persona". Si se atiende a los términos de la póliza concertada se advierte que, en su clausulado, la asegurada es la entidad administrada por el encausado principal pero la concreta actividad, o actividades, sujetas a seguro se enmarcan en el desempeño de las tareas profesionales en las que han tenido lugar los hechos enjuiciados ante el Juzgado penal de origen.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ASEGURADORA DE LA RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIA ES DIRECTA Y NO SUBSIDIARIA

PORQUE ASÍ LO ESTABLECE EL ART. 117 CP: SAP Vizcaya (2ª) 12 de marzo de 2013. Rollo apelación 389/2012, dimanante de PA 289/2011, del J. de lo penal nº 2 de Barakaldo.
SAP Vizcaya (2ª) 12 de marzo de 2013. Rollo apelación 389/2012, dimanante de PA 289/2011, del J. de lo penal nº 2 de Barakaldo.

"TERCERO.- En relación al recurso formulado por la aseguradora de Acerlormital, SL, es decir, Zurich SA, sustancialmente idéntico al de ésta, la desestimación del recurso interpuesto por aquélla conlleva igualmente la desestimación del formulado por ésta.
En relación a la solicitud de que se declare que su responsabilidad es directa con la subsidiaria de Acerlor y no con la de los condenados autores del delito, los términos tanto de la sentencia impugnada, especialmente en su Fundamento jurídico quinto, como de la aclaración interesada en ese sentido y respondida en el auto de fecha 18 de septiembre de 2012, son claros y taxativos y a las resoluciones nos remitimos. Efectivamente la Sala ha de recordar que el art. 117 del Código Penal se refeire a la obligación de los aseguradores y es contundente al disponer 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".

17.20.6 La Compañía de Seguros es responsable civil subsidiaria.

ENTIENDE LA AP QUE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA DE LA PROMOTORA ES RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIA.
SAP JAÉN (2ª) Nº 54/2013, DE DIEZ DE ABRIL. PTE: CÓRDOBA GARCÍA, JOSÉ ANTONIO.

Dicho motivo de recurso no puede estimarse, pues acreditada la condición de promotora de E… y como integrante del proceso constructivo, dicha entidad debe responder como responsable civil subsidiario, tal y como señala la resolución recurrida en virtud de la póliza de aseguramiento de responsabilidad civil patronal con la Aseguradora Asefa, encontrándose el suceso acaecido dentro de los riesgos de cobertura de la póliza, por lo que procede declarar la responsabilidad civil subsidiaria de Asefa hasta el límite de la póliza, acogiendo así el segundo motivo del recurso esgrimido por dicha representación frente a la sentencia de instancia que luego de señalar que Asefa debe responder como responsable civil subsidiario, termina declarando la responsabilidad civil directa de Asefa, debiéndose en consecuencia revocar el pronunciamiento contenido en la sentencia de instancia relativo a la condena a la Cía Asefa como responsable civil directo, debiendo considerarse como responsable civil subsidiario hasta el límite de la póliza

17.20.7 Supuesto de responsabilidad de la Compañía aseguradora en el caso de que un trabajador no esté dado de alta en el seguro obligatorio de accidentes.

DESTIMA LA AP EL RECURSO DE LA ASEGURADORA, YA QUE NO SE PUEDE IMPUTAR AL TRABAJADOR EN PERJUICIO DE ÉSTE, QUE NO

ESTUVIESE DADO DE ALTA EN EL SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRABAJO, PUES ELLO CONSTITUIA UNA OBLIGACIÓN DE LA EMPRESA, CUYO IMCUMPLIMIENTO NO PUEDE IMPEDIR EL TRABAJADOR AFECTADO.

SAP VALLADOLID (2ª) Nº 139/2013, DE 30 DE ABRIL, PTE: TREBOLLE FERNÁNDEZ, FELICIANO

Las condiciones particulares del seguro no aportan nada en concreto que pudiera permitir excluir la responsabilidad civil directa de FIATC. En las condiciones generales, art. 1.4 relativo a la responsabilidad civil por accidentes de trabajo, se indica que el seguro garantiza dicha responsabilidad por daños corporales respecto a los asalariados del asegurado incluidos en nómina y dados del alta en el seguro de accidentes de trabajo. En el apartado de ese mismo artículo relativo a las limitaciones, se indica en letra negrilla destacada sobre el resto, que de la cobertura del seguro quedan excluidas las reclamaciones de trabajadores que no estén dados de alta a los efectos del seguro obligatorio de accidentes de trabajo. No consta efectivamente que Miguel al tiempo de los hechos estuviese dado de alta en tal seguro, pero tampoco consta que O..S.L., tuviese trabajadores suyos en la obra que estuviesen dados de alta a los efectos de tal seguro, y si es así, carecería de efectividad tener un seguro de responsabilidad civil del asegurado por daños corporales en la obra de sus trabajadores.

Además el art. 117 del Código Penal, de aplicación al presente caso, establece que los aseguradores que hubiesen asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando como consecuencia 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 seguro de responsabilidad civil constituye no sólo un medio de protección del asegurado sino también un instrumento de tutela a los terceros perjudicados. Establece el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguros 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 de éste último a repetir contra el asegurado.

Las alegaciones del recurso de apelación del FIATC, interesando su libre absolución, pudieran ser procedentes en lo relativo a la relación entre tal recurrente y O…S.L., pero no afectan al derecho indemnizatorio, propio y autónomo de la víctima, que trabajando para la empresa asegurada en la obra, cae por el hueco del ascensor, que estaba desprotegido de las adecuadas medidas de protección colectiva. No se puede imputar al trabajador en perjuicio de éste, que no estuviese dado de alta en el seguro obligatorio de accidentes de trabajo, pues ello constituía una obligación de O…S.L., cuyo incumplimiento no puede impedir el trabajador afectado.

Tal disposición no pude extenderse al trabajador que falleció, que es ajeno a tal obligación de la empresa para la que trabajaba, y debe ser indemnizado, independientemente de que no estuviera dado de alta, sin perjuicio del citado derecho de repetición.

Finalmente debemos indicar, que la limitación de la cobertura establecida en las condiciones generales del seguro, si bien constan en negrilla y resaltada sobre el resto, no está firmada de forma expresa por el asegurado.

EN RELACIÓN A LA COBERTURA DEL RIESGO POR EL SEGURO, LA EXIGENCIA DE QUE EL TRABAJADOR ESTÉ DADO DE ALTA EN SEGURIDAD SOCIAL AL MOMENTO DE OCURRIR EL ACCIDENTE

EQUIVALE A LA EXIGENCIA DE QUE EXISTA UNA RELACIÓN LABORAL EN REGLA Y NO FRAUDULENTA CON LA CONNIVENCIA DEL MISMO OPERARIO.
SAP ZARAGOZA (6ª) Nº 85/2013, DE SEIS DE MARZO, PTE. BLASCO OBEDÉ, RUBEN

Se solicita que se declare la falta de cobertura del accidente estudiado por no venir cubierto el riesgo al no estar el trabajador dado de alta en Seguridad Social y no ser tercero. Se comparte la tesis de la aseguradora de que el trabajador no podía tener la consideración de tercero, pero tampoco se comparte la tesis de la sentencia. Es cierto que la discusión no se ha centrado en la interpretación de las cláusulas contractuales y en la distinción entre aquellas limitativas de derechos y las delimitadoras del riesgo, pero la recta interpretación de la cláusula del riesgo cubierto en la garantía de responsabilidad civil patronal debe amparar la protección de supuestos como el presente. La exigencia de que el trabajador esté dado de alta en Seguridad Social al momento de ocurrir el accidente equivale a la exigencia de que exista una relación laboral en regla y no fraudulenta con la connivencia del mismo operario, quedando al margen de la cobertura supuestos como el trabajo sumergido o los reseñados en el Fundamento de derecho Quinto de esta sentencia, pero en el presente se produjo una actuación de buena fe del trabajador y una actuación delictiva del empresario, tras la cual se ordenó el alta del trabajador en Seguridad Social, lo que ha de equipararse a la exigencia recogida en la cláusula citada, sin perjuicio de la facultad de la aseguradora de repetir contra el tomador del seguro al amparo del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro y normas concordantes. El principio es similar al de automaticidad de las prestaciones de la Seguridad Social.