

Roj: SAP SS 162/2016 - **ECLI:**ES:APSS:2016:162
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Donostia-San Sebastián
Sección: 1
Nº de Recurso: 1027/2016
Nº de Resolución: 77/2016
Fecha de Resolución: 12/04/2016
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: AUGUSTO MAESO VENTUREIRA
Tipo de Resolución: Sentencia

Encabezamiento

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN PRIMERA

GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LEHEN SEKZIOA

SAN MARTIN 41 1ªPLANTA - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000711 Faxe: 943-000701

NIG PV / IZO EAE: 20.05.1-11/016814

NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.43.2-2011/0016814

RECURSO / ERREKURTSOA: Rollo apelación abreviado / Prozedura laburtuko apelazioko erroilua 1027/2016-

Proc. Origen / Jatorriko prozedura: Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua 48/2015

Juzgado de lo Penal nº 5 de Donostia / Donostiako Zigor-arloko 5 zk.ko Epaitegia

Atestado nº/ Atestatu-zk.: NUM004

Apelante/Apelatzailea: Ricardo Abogado/a / Abokatua: FERNANDO ANTUNEZ VILLANUEVA Procurador/a / Prokuradorea: JUAN CARLOS FERNANDEZ SANCHEZ Apelado/a / Apelatua: EL FISCAL -

Apelado/a / Apelatua: ALLIANZ

Abogado/a / Abokatua: ROQUE ARAMBARRI ALVAREZ Procurador/a / Prokuradorea: JESUS ARBE MATEO Apelado/a / Apelatua: Clemencia

Abogado/a / Abokatua: JAVIER URGOITI SAN VICENTE

Procurador/a / Prokuradorea: EUGENIO AREITIO ZATARAIN

SENTENCIA Nº 77/2016

ILMOS/AS. SRES/AS.

D/D^a. IGNACIO JOSE SUBIJANA ZUNZUNEGUI

D/D^a.AUGUSTO MAESO VENTUREIRA

D/D^a. MARIA JOSE BARBARIN URQUIAGA

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a doce de abril de dos mil dieciséis.

La Ilma. Audiencia Provincial de Gipuzcoa, constituída por los Magistrados que arriba se expresan, ha visto en trámite de apelación el Procedimiento Abreviado nº 48/15 del Juzgado de lo Penal nº 5 de esta Capital, seguido por un delito contra derecho de los trabajadores en el que figura como apelante **Ricardo** , representado por el Procurador Sr Fernández Sanchez y defendido por el letrado Sr.Antunez , habiendo sido parte apelada el **MINISTERIO FISCAL** y Clemenciarepresentado por el Procurador Sr Areitio y defendido por el Letrado Sr Urgoiti y Seguros Allianz representado por el Procurador Sr Arbe y defendido por el Letrado Sr Arambarri

Todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra lasentencia de fecha 14 de diciembre de 2015 , dictada por el Juzgado de lo Penal antesmencionado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por elJuzgado de lo Penal nº 5 de los de esta Capital, se dictó sentencia con fecha 14 de diciembre de 2015, que contiene el siguiente FALLO:

" Que debo absolver y absuelvo a Plácido del delito contra los derechos de los trabajadores y del delito de homicidio por imprudencia grave de los que venía siendo acusado, con declaración de las costas de oficio.

Que debo condenar y condeno a Ricardo, como autor responsable de un delito contra los derechos de los trabajadores previsto en elart. 316 del Código Penal, a la pena de 9 meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio de su empleo, así como para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, por el mismo tiempo de la condena; y a 9 meses de multa, con una cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas.

Que debo condenar y condeno a Ricardo, como autor responsable de un delito de homicidio por imprudencia grave, previsto y penado en elartículo 142 del CP, a la pena de 1 año y cuatro de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo de la condena.

Que debo condenar y condeno a Ricardo como autor responsable de un delito de falsificación en documento mercantil, a la pena de 9 meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, y multa de ocho meses, con una cuota diaria de diez euros, multa que en caso de impago se sustituirá por un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

En concepto de responsabilidad civil, Ricardodeberá indemnizar a Clemenciacon

119.731,16 euros, a Trinidad y a Evelio, a cada uno de ellos, con 19.955,18 euros y a Agustín con 49.887,98 euros, cantidades todas ellas que deberán incrementarse conforme a los oportunos intereses legales, con la responsabilidad subsidiaria de la mercantil Negocios Jospers, S.L.

Todo ello con condena al pago de las costas procesales, incluidas la de la acusación particular. "

SEGUNDO .- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de Ricardose interpuso recurso de apelación, que fue admitido e impugnado por el Ministerio Fiscal y por la representación de la parte apelante. Las actuaciones tuvieron entrada en la Oficina de Registro y Reparto el día 23 de febrero de 2016, siendo turnadas a la Sección 1ª y quedando registradas con el número de Rollo 1027/16, señalándose para la Votación, Deliberación y Fallo el día 7 de abril de 2016, fecha en la que se llevó a cabo el referido trámite.

TERCERO .- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

CUARTO .- Ha sido Ponente en esta instancia al Ilmo. Sr. Magistrado Don AUGUSTO MAESO VENTUREIRA.

HECHOS PROBADOS

UNICO.- Se aceptan los epígrafes del apartado de hechos probados de la sentencia apelada, que establecen literalmente:

"En el mes de julio de 2011, la Asociación Católica de Familia del Colegio San Luís de Lasalle de San Sebastián decidió acometer obras para reparar dos fachadas y la cubierta de un patio de juegos para alumnos de su centro escolar, sito en el Camino Guardaplata de Donostia. Para ello se encomendó la ejecución de la obra a la mercantil Negocios Jospers, S.L., de la que era titular Ricardo, mayor de edad y sin antecedentes penales, que también era miembro de la Asociación y que presentó un presupuesto de obra a nombre de su empresa, aprobado por la Asociación en fecha 28 de julio de 2011, sirviendo tal presupuesto como documento de contratación.

El Sr. Ricardose comprometió a encargarse de la organización y demás cuestiones relacionadas con la obra, incluida la Evaluación de Riesgos de la misma, adquisición y alquiler de materiales y contratación de personas para su realización, dado que no contaba con personal propio. Para la realización de los trabajos contrató a un trabajador autónomo, Laureano, con el que había trabajado en ocasiones anteriores, sin que la Asociación promotora de las obras y su presidente conocieran tal extremo.

La obra se inició el día 1 de agosto de 2011 y tras colocar los andamios con ayuda del contratista Sr. Ricardo, el Sr. Laureano, a petición de aquél, contactó con el trabajador Torcuato, de 49 años, para que le ayudara, acordando no obstante con el Sr. Ricardolas concretas condiciones laborales y salariales en que el trabajo debiera desempeñarse. En la mañana del día 2 de agosto de 2011, los dos operarios habían comenzado a picar la fachada antes de proceder a su raseo y habían acercado a la zona del andamio una serie de sacos de mortero de 25 kg cada uno. Sobre la cubierta del patio del colegio se habían instalado unos paneles de madera utilizados para encofrado, de una anchura de 0.5 metros, que hacían la función de pasarela para

poder transitar desde el interior del edificio a las zonas de trabajo, y se habían colocado tres líneas de anclaje temporales como medio de protección para cuando comenzaran los trabajos de reparación de la cubierta,

En torno a las 11:45 horas, cuando el Sr. Torcuato transitaba sobre uno de los tableros que hacían de pasarela, llevando al hombro uno de los sacos de mortero, bien porque tropezó o bien porque inconscientemente dio un paso hacia la zona frágil de la cubierta, invadió ésta, que cedió debido al peso, rompiéndose, de manera que el trabajador se precipitó por el hueco abierto, desde una altura aproximada de 5 metros, impactando contra el suelo, sufriendo un grave traumatismo craneo-encefálico que le ocasionó la muerte por destrucción de centros encefálicos sobre las 13:20 horas del día 2 de agosto de 2011.

La obra adolecía de graves deficiencias en materia de seguridad que fueron determinantes en la producción del accidente. La causa directa del mismo fue que, pese a que la cubierta sobre la que trabajaban era una superficie frágil, no existían sistemas de protección adecuados para evitar que los trabajadores pisaran inadvertidamente la cubierta ni medidas de protección que eliminaran el riesgo de caída en altura. No había red de seguridad ni líneas de vida anclaje eficaces en las que poder fijar los arneses de seguridad.

Además, no se había nombrado recurso preventivo para la obra, ni a ninguna persona competente que supervisara los trabajos; no se había efectuado la preceptiva evaluación de riesgos del trabajo a realizar; no se había formado ni informado a los trabajadores de los riesgos existentes, en concreto, del que suponía pisar la cubierta; no se había advertido del riesgo mediante señalización; y, finalmente, el andamio instalado no era reglamentario y adolecía de defectos que ponían en riesgo la seguridad de los trabajadores.

Las deficiencias eran imputables al Sr. Ricardo en tanto contratista y empresario principal, las cuales pusieron en riesgo a los trabajadores de la obra, que se materializó en el mortal accidente.

El fallecido, Torcuato, estaba casado con Clemencia y tenía tres hijos, Evelio, nacido el NUM000 de 1991, Trinidad, nacida el NUM001 de 1993 y Agustín, nacida el NUM002 de 2000.

A fecha de los hechos la empresa Josper, S.L. tenía concertada una póliza de responsabilidad civil con la entidad aseguradora Allianz, quien asumía la obligación de indemnización a un tercero de los daños y perjuicios causados por el asegurado, consecuencia directa del desarrollo de su actividad empresarial y en particular la realización de las actividades o trabajos encargados por terceras personas. El fallecido, en tanto trabajador por cuenta ajena del Sr. Ricardo, no ostentaba la condición de tercero.

Tras el accidente, el Sr. Ricardo, conocedor de que se había concertado una reunión con la Inspectora de Trabajo encargada de investigar el siniestro, con el fin de ocultar su responsabilidad, alteró el presupuesto original que había remitido a la Asociación promotora de la obra, confeccionando un nuevo documento de presupuesto en cuyo encabezamiento suprimió el membrete de la empresa Josper, S.L., e hizo constar los datos de Laureano como persona emisora del presupuesto. El documento fue entregado al presidente de la Asociación quien, a su vez, lo aportó a la Inspectora de Trabajo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- I.- La sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº. 5 de Donostia-San Sebastián absolvió a Plácido de los delitos de los que fue acusado y condenó a Ricardo como autor de:

- un delito contra los derechos de los trabajadores previsto en el art. 316 del Código Penal, a las penas de 9 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio de su empleo, así como para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y de 9 meses de multa, con una cuota diaria de 10 euros,

- un delito de homicidio por imprudencia grave, previsto y penado en el artículo 142 del CP, a las penas de 1 año y cuatro meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo de la condena y

- un delito de falsificación en documento mercantil, a las penas de 9 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y de multa de ocho meses, con una cuota diaria de diez euros.

Y, en concepto de responsabilidad civil, le condenó a indemnizar a Clemencia con 119.731,16 euros, a Trinidad y a Evelio, a cada uno de ellos, con 19.955,18 euros y a Agustín con 49.887,98 euros, cantidades todas ellas que deberán incrementarse conforme a los oportunos intereses legales, con la responsabilidad subsidiaria de la mercantil Negocios Jospes, S.L.

II.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal del condenado Ricardo.

Mediante el recurso interesó la revocación de la sentencia de instancia y el dictado de otra que le absuelva de los delitos por los que se le condenó.

Alega en apoyo de dicha solicitud los siguientes motivos, con el contenido que indicamos, en síntesis:

1º.- Nulidad de actuaciones en relación a la prueba testifical de Laureano, por vulneración de los arts. 788.1, 746.3º y 718 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) y del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa del recurrente, ya que:

- La juez de instancia debió suspender el juicio y señalarlo para una fecha en la que hubiera tiempo de localizar a dicho testigo esencial para la causa. Esperó al último momento para citarle.

- La juez indica en su sentencia que el referido no debió intervenir en la causa como testigo, sino como imputado. La interpretación de ello es que él era el empleador del trabajador fallecido y no el recurrente. El Sr. Laureano, o su empresa NICOYUR es la contratada para ejecutar la obra.

- La sentencia se basa, fundamentalmente, en las cuatro declaraciones que hizo dicho Sr.: ante el técnico de OSALAN, ante la Inspección de Trabajo, ante la Ertzaintza y en el Juzgado de Instrucción. Pero no declaró en el acto del juicio oral, por lo que no constituyó auténtica prueba. La parte recurrente no pudo interrogar al testigo.

- La sentencia se basa en el informe de la Inspección de Trabajo, que se basa, a su vez, en la declaración del Sr. Laureano en documentos que le entregó éste: de alquiler de OIRALKI de andamios y herramientas obrantes a los folios 224 y ss. Pero consta en tales documentos que la entrega de esos materiales se realizó por el testigo Antonio, quien reconoció prestar servicios para el Sr. Laureano que los firmó en el apartado "encargado de la obra". Esto no se valora en la sentencia.

- De forma subsidiaria a su petición de nulidad, interesa la anulación de toda referencia a declaración o prueba que tenga su fundamento en las declaraciones y actuaciones del Sr. Laureano.

2º.- Vulneración de la presunción de inocencia y error en la valoración de la prueba, ya que:

- No es cierto que el recurrente contratara al trabajador fallecido, afirmación de la sentencia que no encaja con que declare también probado que el Sr. Laureano era un trabajador autónomo que prestaba servicios en la obra. Éste reconoció en su declaración en fase de instrucción, que se leyó en el juicio oral, que fue él quien llamó al fallecido para trabajar.

- Ni la Inspectora de trabajo, ni la juzgadora de instancia explican por qué consideran que el Sr. Laureano era autónomo y el fallecido era trabajador por cuenta ajena del recurrente.

- El Sr. Laureano también declaró que el día del accidente estaba instalando las líneas de vida, lo que implica que se estaba encargando de la seguridad de la obra, por ser el empresario. Y que no recordaba quién contrató al fallecido.

- El Sr. Laureano reconoció en su declaración en fase de instrucción que fue él quien solicitó el presupuesto para la cubierta a la empresa EXCOMER.

- Que el recurrente tuviera las llaves del centro no constituye ningún elemento que configure una relación laboral. Tampoco que montara los andamios con el Sr. Laureano.

3º.- Infracción del art. 316 del Código Penal (CP) y de la jurisprudencia relativa, ya que:

- El trabajador fallecido fue contratado por el Sr. Laureano.

- El recurrente consiguió el mejor precio de obra para el Colegio, para lo que contactó con aquél, para que hiciera la obra a un precio cerrado, como así lo presupuestó. En el peor de los casos, sería un mero intermediario entre el dueño de la obra y el gremio que la ejecuta, por lo que la falta de medidas de seguridad efectivas, que no su inexistencia, su conducta sería meramente imprudente, por lo que cabría aplicarle el art. 317 CP.

4º.- Error en la apreciación de las pruebas, ya que el accidente se produjo por causa imputable al propio trabajador fallecido y al testigo Sr. Laureano, puesto que:

- En la obra menor de reparación de fachadas y sustitución de la teja de patio interior se encontraban contempladas las medidas de seguridad y los medios

para ejecutar la obra con garantías, siendo el responsable de ellas el Sr. Laureano, de quien dependía el trabajador fallecido.

- En los folios 274 a 279 consta correo electrónico remitido desde la empresa del Sr. Laureano a la del recurrente, de presupuesto para la ejecución de la obra mencionada, en la que consta que ponía material de seguridad. Él era el responsable de la seguridad.

- Junto con el fallecido, habían colocado ya tres líneas de vida, según declaró, e iba a colocar la cuarta. Tenía el dominio del hecho. El fallecido se encontraba a sus órdenes. Conocía las medidas de seguridad necesarias.

- El fallecido era un trabajador experimentado, que no esperó a que estuviera colocada la cuarta línea, donde poder asegurarse.

5º.- Indebida aplicación de los arts. 390.1.3º y 392.1 CPy de la jurisprudencia que los interpreta:

- En el documento que considera falso no se señala la intervención del Sr. Laureano, como autor del presupuesto. No consta firma, ni membrete alguno de éste que lo permita presumir.

- El mismo reconoció haber confeccionado los documentos obrantes a los folios 272 a 279 y que se los envió al recurrente. Los conceptos e importes son los mismos que los que la juez de instancia considera alterados.

6º.- Error en la aplicación de las penas, ya que el delito de resultado ha de absorber al de peligro. Tan sólo existe un trabajador por cuenta ajena: el fallecido, no había ningún empleado más, por lo que procede la aplicación del art. 8.3 CP, en vez de la aplicación del concurso ideal de delitos.

7º.- Infracción del art. 21 CP, puesto que debe aplicarse como circunstancia atenuante muy cualificada la prevista en el art. 21.6 CP. La causa presenta escasa complejidad, en instrucción se tomó declaración a cuatro testigos, no hubo recurso alguno en dicha fase, cuatro años y medio sometido a un proceso penal es demasiado tiempo y el retraso no es imputable al recurrente.

III.- Dado traslado del recurso a la representación procesal de Clemencia, Agustín, Trinidad Evelio presentó escrito.

IV.- Efectuado igual traslado a la representación procesal de la Cía. de Seguros ALLIANZ, presentó escrito en el que puso de manifiesto que es absuelta en la sentencia de instancia y que en el recurso no se solicita su condena.

V.- El Ministerio Fiscal presentó escrito en el que se opuso al recurso presentado e interesó su desestimación.

SEGUNDO.- Delimitado de tal modo el debate procesal en esta alzada, se cuenta para la resolución del recurso con el mismo material probatorio que en la primera instancia, al no haberse practicado medio alguno de prueba en esta segunda.

I.- No se practicó prueba alguna porque en el auto que dictamos en el presente Rollo de Apelación el día 25-2-2016 desestimamos la solicitud formulada por

la parte aquí apelante de que practicáramos en esta alzada la declaración testifical de Antonio de Laureano. Dicho auto era susceptible de ser recurrido en súplica por las partes

-y así lo indicábamos en el mismo- pero no lo fue, ante lo que devino firme.

Basamos su pronunciamiento en que la juzgadora de instancia agotó razonablemente las posibilidades de éxito de la citación al acto del juicio oral de los referidos testigos; en especial del segundo de ellos, al resultar infructuosa tal citación en los dos domicilios del mismo obrantes en la causa y al haber contestado tanto la Policía Nacional como la Ertzaintza de manera negativa a la solicitud cursada por el Juzgado de que averiguaran su domicilio o paradero.

Los mismos hechos que expusimos en el mencionado auto para basar nuestra aseveración de que no concurría ningún supuesto para que practicáramos prueba en esta segunda instancia, nos sirven para obtener ahora la conclusión de la actuación de la juzgadora de instancia no incurrió en causa de nulidad alguna al adoptar su decisión de celebrar el juicio oral, a pesar de no haber podido citar a juicio al testigo Sr. Laureano. Actuó con arreglo a derecho al celebrar dicho acto, al no apreciarse probabilidades reales de que dicho testigo fuera localizado y a fin de no causar (más) dilaciones indebidas al derecho de las partes a obtener tutela judicial a sus pretensiones. En consecuencia, no procede que en esta alzada declaremos la nulidad de dicho acto.

II.- Ante la incomparecencia del mencionado testigo Sr. Laureano al acto del juicio oral, al que no pudo ser citado por encontrarse en paradero desconocido, se procedió en dicho acto a la lectura de la declaración que prestó en el Juzgado de Instrucción, obrante a los folios 304 a 306. El examen de dicha declaración nos permite apreciar que asistió a la misma el letrado Sr. ANTÚNEZ, letrado que es asimismo el firmante del recurso de apelación que nos ocupa. Y comprobamos asimismo que formuló preguntas que fueron contestadas por el referido testigo.

Por tanto, nos encontramos en uno de los supuestos excepcionales en los que se permite la incorporación al acto del juicio oral de una declaración testifical prestada en fase sumarial. Se agotaron razonablemente las posibilidades de que el testigo fuera citado al acto del juicio oral, el art. 730 de la LECrim permite la lectura en el plenario de la declaración sumarial, incorporándola así al acervo probatorio y la parte acusada, aquí recurrente, tuvo la posibilidad de interrogar a dicho testigo cuando prestó tal declaración, como así lo hizo efectivamente. No se vulneró, por tanto, su derecho a interrogar al testigo referido.

Incorporada, por tanto, dicha declaración sumarial al acervo probatorio, la juzgadora de instancia no sólo podía, sino que debía proceder a su valoración. En consecuencia, no procede que excluyamos toda valoración de la referida declaración del testigo Sr. Laureano, sin perjuicio de que, a la vista del resto de motivos del recurso, analicemos a continuación el modo en que la juzgadora de instancia efectúa tal valoración de la declaración, así como del resto de pruebas practicadas válidamente en la causa.

Por lo expuesto, debemos desestimar el primero de los motivos del recurso que nos ocupa.

TERCERO. - Dado que el recurso continúa achacando a la sentencia apelada

incurrir tanto en vulneración del derecho a la presunción de inocencia, como en error en la valoración de la prueba, debemos precisar cuál es el ámbito de conocimiento en el que este Tribunal, como órgano de apelación, ha de desarrollar su actividad en relación a tales motivos.

En primer lugar, debemos señalar que los Tribunales Constitucional y Supremo han declarado reiteradamente que el derecho constitucional, reconocido también en los más relevantes tratados internacionales, que asiste a todo acusado en un proceso penal a ser tenido por inocente subsiste a menos que las acusaciones prueben lo contrario mediante pruebas de cargo practicadas en legal forma, como regla general en el acto del juicio oral, bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad y la conclusión probatoria se motive expresamente en la sentencia, con arreglo a los criterios de la lógica y la experiencia. Dicho de otro modo, el derecho fundamental a la presunción de inocencia significa el derecho de todo acusado a ser absuelto en un proceso penal si no se ha practicado en legal forma en el mismo una mínima prueba de cargo, racionalmente acreditativa de los hechos motivadores de la acusación y de la intervención en ellos del acusado. Y la carga material de dicha prueba de cargo corresponde exclusivamente a la parte o partes acusadoras y no a la defensa, que puede también proponer medios de prueba, pero no se ve sometida a la probatio diabolica de tener que demostrar que no ha ocurrido el hecho del que se le acusa.

Dicho derecho constitucional a la presunción de inocencia incluye el principio "in dubio pro reo", con arreglo al cual no debe considerarse probada la existencia de un hecho constitutivo de ilícito penal, si subsiste la duda racional de si se cometió o no, una vez aplicadas al enjuiciamiento las pertinentes reglas de lógica, ciencia y experiencia.

En relación con la alegación en fase de recurso de vulneración del derecho a la presunción de inocencia, el Tribunal Supremo establece persistentemente (Así Ss. nº. 721/2015, de 22-10;259/2015, de 30-4;11/2015, de 29-1;420/2014, de 2-6;963/2013, de 18-12;949/2013, de 19-12;662/13, de 18-7;705/2012, de 27-9;228/2012, de 27-3;1202/2011, de 15-11;1019/2011, de 4-10;60/2011, de 8-2;636/2010, de 2-7;1081/09, de 11-11;968/2009, de 21-10;226/09, de 26-2;508/07;609/07;399/2007, de 14-5;80/2007, de 9-2-2007;863/2006, de 13-9-2006;822/2006, de 17-7-2006;1418/2005, de 13-12-2005 y otras muchas) que el órgano competente para resolverlo debe realizar una triple comprobación. En primer lugar, si la sentencia apelada apoya su relato fáctico en pruebas suficientes relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él. En segundo lugar, si dicha prueba ha sido tanto obtenida constitucionalmente, como practicada en legal forma. Y, en tercer lugar, si la conclusión probatoria se motiva expresamente en la sentencia impugnada, con arreglo a los criterios de la lógica y la experiencia.

Por lo que respecta al motivo consistente en error en la valoración de la prueba, debemos partir de que las exigencias de inmediación y contradicción en la práctica de las pruebas abocadas a corroborar la proposición de hechos ofrecida por cada una de las partes procesales conllevan que el control del juicio de hecho en el segundo grado jurisdiccional se centre en deslindar si los criterios empleados por el juzgador de instancia son conciliables con las exigencias de motivación racional contenidas en los artículos 9.3 y 120.3 CE; es decir, en controlar la estructura racional del juicio de hecho de la sentencia apelada. Así, únicamente cabe apreciar un error en la apreciación de la prueba cuando las conclusiones fácticas obtenidas por el juzgador de instancia no son conciliables con los principios de la lógica, se apartan de las máximas

de experiencia o no tienen apoyo en conocimientos científicos (STS nº 271/2012, de 9-4). De este modo, en el segundo grado jurisdiccional no procede un discurso tendente a convencer al operador judicial de la suficiencia de las pruebas practicadas para corroborar la propuesta de hechos que se ofrece en el recurso de apelación; sino que la argumentación debería ir dirigida a cuestionar la racionalidad del juicio de hecho confeccionado por el juzgador de instancia.

Esta construcción jurídica ha sido seguida por el Tribunal Supremo, que ha afirmado que el tribunal de apelación extravasa su función de control cuando realiza una nueva valoración, legalmente inadmisibles, de una actividad probatoria que no ha percibido directamente (SsTS de 24 de octubre de 2000y2047/2002, de 10-12), que no puede el Tribunal de apelación revisar la valoración de pruebas personales directas practicadas en el primer grado jurisdiccional (testificales, periciales o declaraciones de imputados), vulnerando el principio de inmediación, o ponderar el rendimiento de cada medio de prueba para sustituir la convicción racionalmente obtenida por el Juez de instancia y que resultan ajenas al debate en el segundo grado jurisdiccional las cuestiones atinentes a la credibilidad de los testimonios evacuados ante el juez de instancia, dado que el juicio de credibilidad depende de la percepción sensorial directa del contenido de las declaraciones (SsTS nº 398/2012, de 4-4;271/2012, de 9-4, etc.)

CUARTO.- La aplicación de dicha doctrina al caso que nos ocupa, conlleva que este Tribunal no deba proceder a reevaluar las pruebas practicadas en el primer grado jurisdiccional, sino solamente a controlar la existencia de prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, que dicha prueba haya sido practicada en legal forma, la racionalidad de la evaluación de tales pruebas y la motivación realizada por la sentencia apelada.

I.- La sentencia de instancia plasma en el primero de sus Fundamentos de Derecho su valoración probatoria. Recoge, en primer lugar, el resultado de las declaraciones prestadas en el plenario: de los acusados, testigos y peritos y, a continuación, el contenido de los informes de OSALAN y de la Inspección de Trabajo, ratificados ambos en dicho acto por los técnicos que los elaboraron: el Sr. Donato, el primero de ellos, y la Sra. Josefina, el segundo.

De tales pruebas deduce que resulta evidente la causa del accidente, que no es otra que la no adopción de medidas de seguridad, desde la perspectiva de la prevención, para la realización de los trabajos sobre la cubierta frágil, en altura, sin medidas de protección ni colectivas -redes anticaída- ni individuales, para evitar el riesgo de caída en altura al que se hallaban expuestos quienes allí trabajaban.

La sentencia continúa que dicha cuestión no fue discutida por las defensas. Y en el recurso que nos ocupa se indica expresamente que no se cuestiona la forma en que ocurrió el accidente, sino sólo quién es el responsable del mismo.

II.- La sentencia de instancia aborda seguidamente dicha cuestión. Expone que ha de ceñirse a los términos de las acusaciones formuladas, que no se dirigen contra el Sr. Laureano, que es un mero testigo y no acusado. Indica allí que: "*...aun cuando, verdaderamente y al menos prudencialmente, su presencia en la parte que hemos señalado hubiera sido deseable, lo cierto es que no viene a restar ni un ápice de responsabilidad al Sr. Ricardo en la producción del accidente, como habrá ocasión de detallar a lo largo del presente ordinal.*"

El recurso recalca la referida consideración de la juzgadora de instancia, pero la

misma carece de relevancia. Es evidente que una hipotética responsabilidad del Sr. Laureano no tendría por qué evitar la del recurrente, que es la que aquí debemos analizar. La experiencia indica que en supuestos como el que nos ocupa no suele ser una única persona quien actúa -o deja indebidamente de actuar- contraviniendo las normas de prevención y seguridad en el trabajo, sino más de una. La normativa contempla la existencia de responsabilidades acumulativas, concurrentes, de diferentes personas. Y las sentencias que declaran tales contravenciones señalan con frecuencia a más de una persona como responsable de las mismas. Nos referiremos a ello más adelante.

En absoluto cabe compartir la afirmación que se vierte en el recurso consistente en que, si la juzgadora de instancia plasma la conclusión que nos ocupa en su sentencia, es porque considera que el empleador del trabajador fallecido fue el Sr. Laureano y no el recurrente. Sólo sin leer el apartado de hechos probados y la fundamentación de la sentencia cabe efectuar dicha afirmación, dado que la sentencia rechaza en extenso que sea así y explica abundantemente por qué considera que el empleador fue el aquí recurrente y no el Sr. Laureano.

III.- En cuanto a la responsabilidad del recurrente, la sentencia apelada indica que el informe elaborado por la Inspección de Trabajo concluye que la obra fue promovida por la Asociación Católica de padres de familia del Colegio San Luis Lasalle Ikastetxea y que JOSPER, S.L. administrada por el aquí recurrente, fue la contratista, que no disponía de libro de subcontratación, no está inscrita en el Registro de Empresas acreditadas, no garantizó la formación e información específica en prevención de riesgos laborales al trabajador, no tramitó su alta en el Régimen General de la Seguridad Social, no habilitó una zona de tránsito segura sobre la cubierta, etc. Continúa que la condición de contratista del Sr. Ricardo se desprende de una abrumadora prueba y de que, de hecho, él mismo vino en su declaración a reconocer ese extremo.

Así, indica que tales pruebas consisten en:

- Las declaraciones testimoniales de los miembros de la Asociación Católica de padres de familia del Colegio San Luis de Lasalle, practicadas en el acto del plenario -a salvo la testimonial del Sr. Virgilio, con acreditada mala relación con el acusado Sr. Victor Manuely que no estuvo en la reunión de la Asociación-. siendo el presupuesto por su empresa JOSPER, S.L., el que fue aprobado el día 28 de julio de 2011, en la reunión en la que el Sr. Ricardo manifestó que adoptaría medidas de seguridad y que disponía de un seguro de responsabilidad civil, para hacer frente a las cuestiones que en tal materia pudieran surgir.

- Que ese fue el motivo por el que le entregaron las llaves del centro escolar al Sr. Ricardo, siendo el único habilitado para la apertura y cierre de sus instalaciones.

- El presupuesto que contemplaba las obras a realizar y su importe, presentado por el acusado Sr. Ricardo, tal como él mismo reconoció, que obra entre otros, en los folios 111 y 112, con el membrete de Josper, S.L., dirigido al Colegio San Luis La Salle Ikastetxea, que reza presupuesto para realizar la sustitución de tejado en San Luis Ikastetxea.

- El presupuesto alterado consta en el folio 114, en él eliminó el membrete y la dirección de JOSPER, S.L. e indicó en el mismo que la obra la realizaría Laureano, su número de extranjero y su domicilio. Lo presentó en un primer momento, con ánimo

de alterar la realidad.

- El mail que el Sr. Ricardo envía Don. Victor Manuel el día anterior a la reunión de la Asociación que aprobaría el presupuesto, obrante al folio 109, con el nombre de remitente de JOSPER, S.L., en el que textualmente señala "Te envío el presupuesto que hemos comentado y un plano de la tejavana como iría colocada. Si tienes alguna duda me llamas. El almacén trabaja hasta el día 5 de agosto, tendría que ir a estar con ellos haber si podrían fabricar todo para ese día y dejarlo en el colegio mientras hacen las fachadas. Bueno sin más si sale adelante yo me encargo de organizarlo".

- El contrato obrante a los folios 424 y siguientes, de alquiler de maquinaria, andamiaje y accesorios, realizado entre la mercantil Josper, S.L. y Orialki (Oria Alquiler de Maquinaria, S.L.), con fecha de salida del material del almacén el 2 de agosto de 2011, persona de contacto Juan Manuel, relativos a alquiler de tablero de encofrado, andamio, martillo, cincel, para la obra del Colegio San Luís de Bidebieta.

- Su presencia en el lugar el día en que va a descargarse el material y maquinaria

- Tanto el recurrente como el Sr. Laureano explicaron a la directora del centro alquilado.

Genoveva ese día el modo en que se montarían los andamios le dijeron que estuviera tranquila, porque sabían lo que hacían, siendo además el Sr. Ricardo quien lo desmonta. Y Ricardo le presentó a Laureano como un trabajador.

- Que fuera el Sr. Laureano el que aportara a la Inspectora de Trabajo los contratos de maquinaria, que bien podían estar en su poder por haber recepcionado, junto con el Sr. Ricardo, el material.

- No existe dato probatorio alguno que avale la mera afirmación del acusado de que subcontrató al Sr. Laureano para que éste realizara la obra y de que fuera este individuo quien, además, debía subcontratar al trabajador fallecido.

- El Sr. Laureano declaró que tenía su propia empresa, llamada NICOIUR, que el declarante no contrató directamente con el colegio, que el Sr. Ricardo le pagaba por horas, que le contrató el acusado como persona física y que el declarante no contrató al trabajador fallecido, que el declarante le llamó y fue a trabajar. Lo manifestó así tanto en el Juzgado, como ante la Ertzaintza como ante la Inspectora de Trabajo y así lo indicaron tanto ésta como el agente de la Ertzaintza NUM003.

- Este agente declaró que el Sr. Laureano manifestó -como consta en los folios 50 y ss. del atestado- que, producido el accidente llamó al Sr. Ricardo para informarle de lo sucedido, que personado en el lugar del accidente le manifestó aquél que diga que es un autónomo y nada más, que posteriormente quedaron y el Sr. Ricardo le propuso cambiar el presupuesto en cuanto al nombre de quien lo realizaba, de manera que en vez de poner Josper, S.L. pondrían el suyo, en calidad de autónomo y de esta manera el seguro del colegio cubriría lo sucedido. El Sr. Ricardo le indica que tiene un seguro de responsabilidad civil pero que no le cubre esta obra. El Sr. Ricardo le entrega el presupuesto al que le falta una parte, aquélla en la que aparecía el nombre de la empresa Josper, S.L. pidiéndole que haga uno igual a su nombre ya que tiene que presentarlo ante la Inspección de Trabajo. Habiendo concertado una cita la Inspectora de Trabajo con él, el Sr. Ricardo y responsables del colegio, en ella el presidente de la

Asociación muestra documentación, resultando ser el presupuesto que estaba modificado, en vez de estar a nombre de la empresa Josper, S.L. estaba a nombre del testigo.

- La Inspectora de trabajo declaró que el Sr. Laureano manifestó -tal como consta en su informe- que Ricardose puso en contacto con él para ofrecerle los trabajos en el Colegio San Luís La Salle y que a petición de éste confecciona y envía, por correo electrónico, un presupuesto donde le cobraba por los trabajos a realizar cuatro mil y pico euros. Siendo tal presupuesto rechazado por elevado, le propone el Sr. Ricardohacer los trabajos a medias para así poder abaratarlos, lo que acepta, señalándole el Sr. Ricardoque le abonará unos 15 euros la hora.

Es éste quien se encarga de suministrar andamios, líneas de vida y material necesario para ejecutar los trabajos, limitándose él a aportar su trabajo. Respecto al trabajador fallecido, el Sr. Ricardole pide que busque otra persona, poniéndose él en contacto con el accidentado, con el que ambos habían coincidido en trabajos anteriores, indicándole que las condiciones salariales y laborales las tendría que pactar con el Sr. Ricardo.

- Muchos de los extremos que el testigo puso de relieve han quedado probados por otras de las pruebas practicadas, a diferencia de lo que ocurre con la declaración del Sr. Ricardo: la falsedad del presupuesto que entregó a la Inspectora de Trabajo, tendente a eximirse de responsabilidad respecto a los hechos enjuiciados, insistiendo ante la misma la veracidad de la documentación que le era entregada. También negó a Doña. Josefinaque hubiera sido él quien alquilara la maquinaria necesaria para ejecutar las obras, dato luego verdaderamente acreditado por la documental obrante en autos, primeramente proporcionada por el Sr. Laureano y luego interesada la original por el Juzgado. Lo manifestado por el acusado en cuanto a que se conoció por la Asociación, en todo momento, que la obra la iba a realizar el Sr. Laureano, a través de su mercantil Nicoyur, ha quedado totalmente desvirtuada por las declaraciones de sus miembros, al igual que el concepto por el que le entregaron las llaves, que fue únicamente el de realizar las obras y no por ser miembro de la Asociación. desmintiendo nuevamente la proposición del acusado. El acusado Sr. Ricardofaltó desde un inicio a la verdad en sus declaraciones y también lo hizo en el acto del juicio oral.

- En cuanto al plano (folios 312 y 313) que según la certificación de Excomer, folio 769 y las manifestaciones de su representante legal en el plenario, no se confeccionó en Excomer, S.L., sino que el mismo venía incorporado a su compra de maquinaria de perfilado, adquirida a la empresa Trabajos de Perfilado, S.A., así como a que Negocios Josper, S.L y el Sr. Ricardono figuran como clientes, como tampoco el Sr. Laureano Grupo Nicoyur, si bien un tal Volodymyr del que se desconoce su apellido estuvo en Excomer, S.L. solicitando información de sus productos, no supone absolutamente nada, ya que de tal información tan siquiera puede concluirse que fuera el Sr. Laureano quien mantuviera los contactos para poder presupuestar los trabajos atinentes a la tejavana.

- Respecto al contenido del folio 279, que según el testigo señaló en su declaración se correspondía con un presupuesto que proporcionó al Sr. Ricardo, pudiera responder con el acuerdo entre el Sr. Ricardoy el Sr. Laureano para abaratar el precio de las obras a ejecutar, realizándolas a medias con este fin.

- Obra a los folios 316 y siguientes el presupuesto al que también se refirió la

Inspectora de Trabajo, que le presentó el testigo, por importe de 4797 euros, que dijo no aprobado y que da precisamente lugar a la elaboración del verdaderamente aprobado.

- La presencia del testigo en el procedimiento como condenado no hubiera eliminado, en absoluto, la condición del Sr. Ricardode contratista de la obra, condición en la que debía adoptar las medidas de seguridad necesarias que hubieran impedido el trágico accidente.

QUINTO.- Vemos, por tanto, que la juzgadora de instancia indica que basa su conclusión probatoria en abundantes pruebas, todas las cuales han sido practicadas válidamente en la causa. Contempla también otras pruebas que en el recurso se consideran de descargo y las valora, por lo que examina críticamente el total del conjunto probatorio, y no sólo las pruebas que podrían considerarse de cargo.

Dicho material constituye prueba de cargo suficiente para reputar acreditados los hechos típicos y la participación del recurrente en los mismos y tal conclusión fáctica resulta adecuadamente explicada en la sentencia apelada, sin que podamos reputarla ilógica o irracional.

I.- La juzgadora plasma las diferencias entre lo declarado por el aquí recurrente y por el Sr. Laureano en cuanto a quién contrató con la Asociación de padres promotora de la obra y quién lo hizo con la empresa que alquiló la maquinaria necesaria para su ejecución. Y rechaza de manera acertada que los hechos ocurrieran como manifestó el recurrente, ante la abrumadora prueba que indica lo contrario.

En efecto, no cabe sino considerar que fue él quien contrató con la promotora, tal como declararon los miembros de la Asociación que asistieron a la reunión en la que adoptaron la decisión de encomendarle la realización de la obra y que depusieron en el plenario. Para que contrataran al recurrente, éste les presentó un presupuesto en un folio con el membrete de su empresa JOSPER, que remitió por correo electrónico al acusado absuelto Don. Victor Manuella víspera de dicha reunión. En dicho correo indica que él se encargaría de conseguir el material necesario y fue él mismo quien alquiló dicho material con ORIALKI, S.L., a la que dio su propio nombre como persona de contacto. Porque él contrató la realización de la obra la promotora le entregó las llaves del Centro donde debía efectuarla, como manifestaron los miembros de la Asociación y porque iba a realizar la obra se encontraba en la misma el día en que se descarga el material alquilado y explicó a la directora del Centro cómo iban a montar los andamios y le presentó al Sr. Laureano como un trabajador.

El acusado intentó apoyar su falsa versión de los hechos en presentar a la Inspectora de Trabajo un presupuesto distinto al que presentó a la promotora y fue aceptado por ésta. Eliminó del mismo el membrete de su empresa y puso el nombre del Sr. Laureano, tal como se ha demostrado y viene a reconocer el propio recurrente.

La versión que el Sr. Laureano dio sobre los hechos que hemos expuesto ha resultado acreditada, mientras que la que dio el recurrente ha resultado desechada, ante la clara prueba existente en contra de la misma y la acreditación de las torticeras maniobras que realizó para intentar falsear la realidad de lo ocurrido. Ante ello, resulta coherente que la juzgadora de instancia extienda su valoración de credibilidad a otros extremos de la declaración del Sr. Laureano, que además fue persistente en sus manifestaciones a la Ertzaintza y a la Inspección de Trabajo, y no lo haga a la del recurrente, que terminó rectificando y reconociendo que entregó un segundo

presupuesto alterado a la Inspección de Trabajo.

No apreciamos que la prueba existente en el procedimiento conduzca a otra conclusión. La documentación que se invoca en el recurso ha sido también contemplada en el razonamiento expuesto de la juzgadora de instancia y no consideramos que avale la versión de hechos expuesta por el recurrente, sino que es plenamente coherente con lo declarado por el Sr. Laureano: que él aportara la documentación de recepción de la mercancía alquilada puede deberse perfectamente a que él estaba en ese concreto momento en la obra y no el recurrente. Que él elaborara algún presupuesto parcial de la obra para el Sr. Laureano puede deberse a su mayor conocimiento del tema. El plano de EXCOMER carece de significación probatoria en uno u otro sentido, ante la documentación acreditativa -y ratificada por la empresa ORIALKI- de que fue el recurrente quien contrató la maquinaria a utilizar en la obra.

El hecho de que el Sr. Laureano se encontrara junto al trabajador fallecido trabajando en la cubierta del edificio siniestrado tampoco conduce a una conclusión distinta. Y tampoco que en ese momento estuvieran colocando las líneas de vida. El trabajador accidentado pudo perfectamente haber recibido órdenes del acusado de que actuara de dicho modo, o de que, en esa labor concreta, siguiera las instrucciones que le diera el Sr. Laureano. El recurrente estuvo montando y desmontando los andamios, lo que cuadra con la versión del referido testigo de que acordaron la realización conjunta de la obra.

II.- En cualquier caso, partiendo del hecho sobradamente probado de que el recurrente es quien contrató la realización de la obra con la promotora, aun en el supuesto de que hubiéramos considerado acreditado que el empleador del trabajador fallecido era el Sr. Laureano y no el recurrente, ello no habría conllevado su exención de responsabilidad penal en el presente caso.

El carácter complejo de las organizaciones empresariales y la presencia de asociaciones de empresas que confluyen en la realización de determinadas tareas o subcontrataciones, coloca en primer plano la institución de la delegación de funciones. La propia especificidad de la fuente de riesgo, cuyo conocimiento y valoración exige una adecuada formación técnica, puede centrar el contenido de la norma de cuidado en la exigencia de delegación de la función de control en una persona cualificada y competente. El acto de delegación construye una posición de garantía -la del delegado- sin cancelar la posición de garantía que ostentaba el delegante. Ello dará vida a supuestos de responsabilidad cumulativa de delegante y delegado; el delegante en base a las competencias retenidas y el delegado con fundamento en las competencias conferidas. De esta manera, el delegante no se exonera de su deber de garantía, sino que el mismo se mantiene sufriendo una transformación cualitativa. El contenido material de la garantía no se centra en el control personal de la fuente de peligro, sino en el control de la persona a quien se ha conferido el dominio de la fuente de peligro. La norma de cuidado en el campo de la delegación se contruye en torno a tres premisas:

- Deber de elección -la culpa in eligendo-, exigiendo que la delegación se realice en una persona con capacidad suficiente para controlar la fuente de peligro.

- Deber de instrumentalización, facilitando al delegado los medios adecuados para controlar la fuente de peligro.

- Deber de control -la culpa in vigilando-, implementando las medidas de

cautela específica para verificar que la delegación se desenvuelve dentro de las premisas de la delegación.

Así, tiene eficacia en el ámbito penal la delegación de la posición de garante cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función que disponen de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar. Es, por tanto, perfectamente posible la confluencia en la producción de un hecho típico de varios comportamientos negligentes atribuibles a varias personas.

A modo de conclusión: las competencias delegadas no son competencias transferidas en la medida que su titularidad sigue correspondiendo a quien la tiene originariamente atribuida sin perjuicio, de que su ejercicio competa a la persona o personas en quien se delega. Es decir, se traslada el ejercicio de la competencia, no su titularidad.

III.- La aplicación de lo expuesto al caso que nos ocupa exige partir de que el acusado es quien asumió la realización de la obra con la promotora. En el supuesto de que hubiera subcontratado la obra al testigo Sr. Laureano-de lo que no existe prueba, tal como hemos dicho- y éste hubiera contratado por cuenta ajena al trabajador fallecido -lo que tampoco se ha acreditado- para eximirse de responsabilidad penal, tendría que acreditarse que cumplió con los referidos deberes de elección, instrumentalización y control.

Y en el presente caso, no consta la cualificación del Sr. Laureano para controlar la fuente de peligro, consta que los andamios utilizados en la obra eran defectuosos y no reglamentarios y no consta que el recurrente realizara control alguno en la tarea que el Sr. Laureano y el trabajador fallecido efectuaban en la cubierta del edificio. Tampoco en este momento implementó sistema alguno tendente a verificar que el delegado llevara a cabo su competencia en los términos encomendados. Por el contrario, lo que consta es que se desentendió por completo de lo referente a la seguridad en la obra.

IV.- Pasando a la alegación consistente en que en el presupuesto que se considera falso no se señala la intervención del Sr. Laureano, no cabe sino rechazarla de plano. El acusado eliminó del presupuesto original que presentó el membrete de su empresa JOSPER, para indicar el nombre, número de identificación y domicilio del Sr. Laureano e indicó que éste realizaría la obra. Es evidente que con ello indica que no es JOSPER quien presenta dicho presupuesto, sino el Sr. Laureano.

Por lo expuesto, debemos desestimar los motivos del recurso que achacan a la sentencia apelada incurrir en error en la valoración de la prueba practicada y en vulneración de la presunción de inocencia. Con ello, resulta confirmado el apartado de Hechos Probados de la sentencia apelada.

SEXTO.- I.- La sentencia apelada considera acreditado, en primer lugar, que el recurrente cometió un delito previsto en el art. 316 del CP, por no haber adoptado, como contratista de la obra, medidas tales como la debida instrucción de los trabajadores, la no evaluación de los riesgos de los trabajos realizados en el momento del accidente, no designar recurso preventivo en obra, no disponer del Libro de subcontratación, no estar inscrita en el Registro de Empresas Acreditadas, no señalar el riesgo, utilizar un andamio defectuoso y no reglamentario, no facilitar los medios necesarios y no establecer las barreras necesarias para mitigar los efectos de un accidente laboral, pese a que les indicó que realizaran un trabajo a altura, sobre una

superficie frágil, sin estar sujetos, ni dotados de otros medios de protección individuales ni colectivos.

Acreditadas tales groseras infracciones a la normativa de seguridad en el trabajo, no cabe sino considerar acertada la deducción de la juzgadora de instancia de estimar que concurre en el recurrente el elemento subjetivo del dolo, por ser consciente de todo ello, tanto por ser el titular de una mercantil dedicada a la coordinación de gremios, como por su propio comportamiento, tendente, desde un inicio, a tratar de ocultar su evidente y por él conocida responsabilidad en los hechos. Creó un grave peligro para la vida, salud o integridad de los trabajadores y tomó conscientemente la decisión de no evitar ese peligro grave, al no aplicar las medidas necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores que, exigida por la norma, lo neutralizaría.

La calificación de los hechos como delito de riesgo doloso del art. 316 CP resulta acertada.

II.- La sentencia apelada entiende que concurre así mismo el tipo del delito de homicidio imprudente del artículo 142 del CP, que sanciona al que por imprudencia grave causare la muerte de otro. Dicha calificación resulta clara también. El acusado realizó las infracciones que hemos expuesto anteriormente, incurrió en las omisiones de las medidas de seguridad que debió haber adoptado, y no lo hizo. Actuó de forma absolutamente temeraria, desentendiéndose por completo de la seguridad de los trabajadores que contrató para la realización de la obra y uno de ellos, el Sr. Torcuato resultó fallecido a consecuencia, precisamente, de la omisión de esas medidas de seguridad en la frágil cubierta en la que se encontraba trabajando a sus órdenes.

Al respecto, la parte recurrente indica que el accidente ocurrió por causa imputable al propio trabajador fallecido, que no esperó a que estuviera colocada en la cubierta donde trabajaba la cuarta línea de vida, donde poder asegurarse con el arnés que portaba.

La normativa reguladora de los riesgos laborales impone al empresario el deber de controlar y verificar el cumplimiento efectivo por parte de los trabajadores de las medidas de seguridad personal implementadas o el uso adecuado de los medios instrumentales puestos a su disposición.

Este diseño jurídico actúa sobre una realidad extrajurídica, -de carácter económico, cultural o social- que permite, en muchas ocasiones, apreciar en la situación de los trabajadores con las notas jurídicas de la vulnerabilidad. En este sentido, el empresario se constituye en garante de la vida y salud de los trabajadores, sin que la presencia de obligaciones específicas de los trabajadores en materia de seguridad e higiene enerve el deber empresarial de vigilancia (art. 14.2 y 4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en adelante LPR).

Así, la norma de cuidado en el ámbito laboral no se rige por el denominado principio de confianza -según el cual cada persona que actúa en un ámbito determinado debe confiar que el resto de personas, que actúan en el mismo ámbito, se desenvolverán de forma diligente-, sino que responde a las premisas del principio de desconfianza -según el cual, el empresario que ostenta el poder jurídico de dirección y control, debe prever las omisiones ordinarias de los trabajadores-. De ahí que el artículo 15.4 de la LPR explice que el principio de protección efectiva precisa que el empresario evalúe los riesgos laborales teniendo presentes las distracciones y las

imprudencias no temerarias de los trabajadores.

Con arreglo a lo expuesto, para que pudiéramos considerar que un accidente de trabajo fue imputable objetivamente al trabajador, deberíamos considerar acreditado que concurren en su actuación los siguientes requisitos:

1.- Una conciencia exacta del peligro para un determinado bien jurídico del que es titular el que protagoniza la conducta de riesgo.

2.- Una asunción libre del riesgo creado.

A partir de esta concepción, cabe diferenciar las siguientes hipótesis:

a) Autopuesta en peligro del trabajador irrelevante: en el resultado se realiza exclusivamente el riesgo creado por el empresario, es decir, hay relación de riesgo entre la conducta del empresario y el resultado.

b) Autopuesta en peligro del trabajador relevante: en el resultado se realiza exclusivamente el riesgo creado por el trabajador. No habrá responsabilidad penal del "empresario" porque no hay relación de riesgo entre su conducta y el resultado.

c) Autopuesta en peligro del trabajador parcialmente relevante: en el resultado lesivo concurren tanto el riesgo creado por el empresario como el creado por el trabajador, existiendo relación de riesgo entre ambos y el resultado. En consecuencia, no todo el riesgo que se realiza en el resultado es imputable al empresario, lo que determina que, aun cuando su infracción de cuidado hubiera podido calificarse como grave, no toda ella se ha realizado ex post en el resultado y deberá calificarse, por consiguiente, la conducta del empresario como imprudencia leve.

En el presente proceso el riesgo jurídicamente desaprobado atribuible al acusado se centra en la falta de muchas de las medidas de seguridad legal o reglamentariamente establecidas y que fueron omitidas por el acusado: la debida instrucción de los trabajadores, la no evaluación de los riesgos de los trabajos realizados en el momento del accidente, no designar recurso preventivo en obra, no señalar el riesgo e indicar a los trabajadores que realizaran un trabajo a altura, sobre una superficie frágil, sin estar sujetos, ni dotados de otros medios de protección individuales ni colectivos. El riesgo creado para la vida e integridad física de los trabajadores que trabajaban sobre la cubierta del edificio era muy considerable.

El concreto resultado producido (muerte del trabajador Torcuato), fue una indudable plasmación concreta del riesgo creado por la omisión de varias medidas de seguridad exigibles al acusado, incluibles dentro de la norma de cuidado que rige la actividad que desarrollaba. Por tanto, es imputable objetivamente al acusado.

III.- La sentencia apelada continúa que ambos delitos que estima concurrentes se encuentran entre sí en situación de concurso ideal. Indica también que: *"... la jurisprudencia mayoritaria considera que el delito de resultado, en este caso la muerte por imprudencia grave, absorbe al de peligro por concurso de leyes, salvo que el resultado lesivo sea sólo una de las posibles consecuencias de la conducta omisiva del responsable, en cuyo caso opta por el concurso de delitos"*. Pero no explica por qué considera que en el supuesto concreto no se produce la referida absorción, que se solicita en el recurso que nos ocupa.

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

A).- Por una parte, se diseña un tipo de peligro concreto que trata de tutelar la vida y salud de los trabajadores cuando, con dolo o imprudencia grave, las personas legalmente obligadas no faciliten los medios necesarios para que desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, siempre y cuando se produzca una infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y se ponga con ello en peligro grave la vida, salud o integridad física de los trabajadores. Esta protección penal, diseñada en los arts. 316y317 del CP., se extiende a la vida y salud de la totalidad de los trabajadores que desempeñan su actividad en un marco estructural y prestacional generador de riesgos específicos para estos bienes jurídicos y no exige que se cause resultado dañoso alguno.

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

En cuanto a la relación existente entre los mencionados delitos de riesgo y los de resultado, debemos partir de que no existe en el Código Penal un precepto semejante al artículo 383, relativo a delitos contra la seguridad del tráfico, que excluya expresamente el concurso ideal entre ambos y los remita al concurso aparente de normas para apreciar solamente la infracción más gravemente penada.

Sin dicha norma, debe entenderse que cuando todo el riesgo creado se materializa en un resultado dañoso, se aprecia una progresión delictiva que va desde lo temido a lo acaecido. En tales casos el delito de lesión absorbe el desvalor del delito de peligro. Conforme al principio de consunción recogido en el artículo 8.3º CPel precepto que atiende al total desvalor atribuido a determinada conducta se antepone a aquel otro que lo efectúa de modo parcial. Esta conclusión es predicable cuando el peligro amenaza a un número de trabajadores igual al de los que resultan a la postre receptores del resultado lesivo; ahora bien, si el peligro se cierne sobre más trabajadores que los efectivamente alcanzados por el siniestro, se impone la consideración de un concurso ideal, pues sólo así se contemplaría íntegramente el peligro que ha existido para algunos trabajadores y que no se ha convertido en lesión. (SSTS de 4-6-2002, 22-12-2001, 26-9-2001, 14-7-1999, etc.)

La aplicación de dicha doctrina al caso que nos ocupa ha de partir de que el trabajador fallecido lo hacía por cuenta ajena con el recurrente y que la obra la realizaba no sólo el mismo, sino también el trabajador autónomo Sr. Laureano, quien se encontró en igual situación de riesgo que el Sr. Torcuato, con quien trabajó en la cubierta donde ocurrió el siniestro.

El art. 11 del R.D. 1627/97, de 24-10, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción señala como obligaciones de los contratistas y subcontratistas de tales obras:

"a) Aplicar los principios de la acción preventiva que se recogen en el artículo

15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales , en particular al desarrollar las tareas o actividades indicadas en el artículo 10 del presente Real Decreto .

b) *Cumplir y hacer cumplir a su personal lo establecido en el plan de seguridad y salud al que se refiere el artículo 7.*

c) *Cumplir la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, teniendo en cuenta, en su caso, las obligaciones sobre coordinación de actividades empresariales previstas en el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales , así como cumplir las disposiciones mínimas establecidas en el anexo IV del presente Real Decreto, durante la ejecución de la obra.*

d) *Informar y proporcionar las instrucciones adecuadas a los trabajadores autónomos sobre todas las medidas que hayan de adoptarse en lo que se refiere a su seguridad y salud en la obra. .. "*

Y el art. 24 de la Ley 31/1995, de 8-11, de Prevención de Riesgos Laborales, sobre la coordinación de actividades empresariales, establece:

" 1. 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. 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, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 de esta Ley .

2. 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...

5. Los deberes de cooperación y de información e instrucción recogidos en los apartados 1 y 2 serán de aplicación respecto de los trabajadores autónomos que desarrollen actividades en dichos centros de trabajo. "

Los subrayados son nuestros y los hemos realizado para remarcar que la normativa de prevención de riesgos laborales no contempla solamente obligaciones del empresario en relación a los trabajadores por cuenta ajena, sino también respecto a los trabajadores autónomos que contrató y que desarrollaron su labor en el lugar del accidente, por lo que el empresario puede incurrir también en el delito contemplado en los arts. 316 y ss. en relación a tales trabajadores autónomos, a quienes puso en grave peligro. (En igual sentido, sentencias de las Audiencias Provinciales de Alicante, sec. 2ª, nº 481/22014, de 24-9 y de Valencia, sec. 2ª, nº 220/2014, de 19-2).

Sentado lo anterior y respecto a la conducta que sustenta la condena del recurrente, hay que considerar que el resultado acaecido en el presente caso: la muerte del Sr. Torcuato fue la plasmación de todo el grave riesgo causado por el acusado, ya que éste se extendió no sólo a la persona de dicho fallecido, sino también a la del testigo Sr. Laureano, trabajador fallecido, respecto al cual también infringió el recurrente sus obligaciones plasmadas en la normativa de prevención de riesgos laborales y creó también en relación al mismo el riesgo de que sufriera graves

consecuencias en su vida e integridad física.

En consecuencia, consideramos que la sentencia apelada acierta al considerar que los dos delitos cometidos por el recurrente se encuentran en relación de concurso ideal y no en relación de concurso de leyes.

Por tanto, debemos desestimar también el motivo del recurso que interesaba la aplicación de tal concurso de normas.

SÉPTIMO.- I.- Pasando al último de los motivos del recurso, en el mismo pretende la parte apelante la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas no como simple -que fue lo realizado por la sentencia impugnada- sino como muy cualificada.

No apreciamos motivo alguno para aplicar dicha atenuante como muy cualificada. La sentencia apelada aplica tal circunstancia, en especial porque:

"... Son varias las causas que llaman en tal aspecto la atención. Primeramente, tras el dictado del primer Auto que acuerda la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado, de fecha 12 de agosto de 2012, folios 337 y siguientes, son interesadas por parte del Ministerio Fiscal la práctica de determinadas diligencias, folio 345, en fecha 20 de diciembre de 2012, debiendo ser nuevamente reiterada la práctica de algunas de ellas por no haberse practicadas pese al tiempo transcurrido desde la primera petición, folio 469, escrito de fecha 24 de julio de 2013, debiendo del mismo modo solicitarse el dictado de auto ampliatorio que incluyera los hechos referentes a la falsedad documental, respecto a los cuales y previa petición del Ministerio Fiscal ya se había tomado declaración de imputado al Sr. Ricardo. Pero, verdaderamente, donde se pone de relieve que la causa ha estado paralizada en el Juzgado de Instrucción, es a los folios 498 y siguientes, ya que siendo el auto que acuerda seguir las actuaciones frente a los acusados como autores de un delito contra los derechos de los trabajadores y ya, por un delito de falsedad documental, de fecha 17 de agosto de 2012, tal resolución no es notificada a las partes hasta el 17 de enero de 2014, folio 502 y siguientes, presentándose escrito de acusación por parte del Ministerio Fiscal en fecha 2 de mayo de 2014 y en 12 de marzo de 2014 por la acusación particular. Es así claro que la causa ha estado paralizada sin justificación durante más de meses."

II.- Lo que apreciamos es un error en la fecha del auto obrante a los folios 498 y ss.

En el mismo consta que es de fecha 17-8-2012. Y, ciertamente, consta que se notificó a las partes el día 17-1-2014. El escrito de acusación de la acusación particular no se presentó en la fecha que indica la sentencia impugnada, sino el día 19-5-2014 (folio 515). Pero lo que debemos remarcar es que el auto de los folios 298 y ss. se encuentra a continuación de diligencias practicadas en el año 2013; en concreto desde las obrantes al folio 349. De hecho, el error en la fecha de dicho auto se desprende de la propia lectura de la argumentación de la sentencia apelada, que acabamos de transcribir, que menciona diligencias practicadas en 2013 con anterioridad al auto que dice ser de 17-8-2012. Es claro que esa fecha es errónea. Las diligencias anteriores a dicho auto son de 14-1-2014 y consisten en la notificación de la Diligencia de Ordenación de 10-1-2014, que acuerda dejar las actuaciones en la mesa de SSª a los efectos oportunos. Por tanto, el auto ha de ser posterior, al menos, al 10-1-2014. Por ello, hasta la presentación del escrito de acusación del Ministerio Fiscal transcurrieron

menos de cuatro meses, tiempo excesivo, pero considerablemente inferior al que se desprende del razonamiento plasmado en la sentencia apelada.

Constatado dicho error, que llevó a la juzgadora de instancia a aplicar la circunstancia que nos ocupa, es claro que no procede la aplicación de la misma como muy cualificada. La relativa complejidad de la causa: más de 900 folios, el hecho de que la acusación versara sobre tres delitos imputados al acusado que resultó condenado, mientras que el otro resultó absuelto, el factor de no tratarse de delitos que se cometen con frecuencia y que los hechos tuvieron lugar el día 2-8-2011, fecha en la que se inició también la tramitación de la causa, nos conducen a desechar tajantemente que deba aplicarse la mencionada atenuante como muy cualificada.

En consecuencia, debemos desestimar íntegramente el recurso de apelación que nos ocupa.

OCTAVO.- Pese a dicho pronunciamiento, al no apreciar temeridad ni mala fe en la parte recurrente, declararemos de oficio las costas causadas en esta alzada.

Vistos, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación, en virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la soberanía popular, y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Ricardo contra la sentencia dictada el día 14-12-2015 por el Juzgado de lo Penal nº. 5 de Donostia-San Sebastián en la presente causa. Confirmamos íntegramente el Fallo de dicha sentencia y declaramos de oficio las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes, previniéndoles que contra la misma no cabe recurso alguno, verificado lo cual se remitirá el Procedimiento Abreviado al Juzgado de lo Penal de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe.