

Auto A.P. Barcelona 52/2013, de 14 de enero

SECCIÓN QUINTA

BARCELONA

Rollo de Apelación n.º 817/12

Juzgado de Instrucción de Rubí n.º 1

Diligencias Previas n.º 479/09

A U T O

Iltmos. Sres.:

D.ª Elena Guindulain Oliveras

D.º José M.ª Assalit Vives

D.º Enrique Rovira del Canto

En la ciudad de Barcelona, a catorce de enero de dos mil trece.

Visto ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona los recursos de apelación interpuestos por las respectivas representaciones de Luis Andrés y otros, y Juan Manuel contra el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de los de Rubí con fecha 7 de junio de 2012, en las Diligencias Previas n.º 479/09; y siendo Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D.º José M.ª Assalit Vives.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—En fecha 23 de marzo de 2012, el Juzgado de Instrucción n.º 1 de los de Rubí dictó Auto por el que se acordó seguir las diligencias previas en las que figuran imputados Luis Andrés, Adolfo, Andrés, Aurelio, Bernardino y Modesta por un delito contra los derechos de los trabajadores en concurso ideal con un delito de lesiones por los trámites ordenados en el capítulo IV del título II, del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Segundo.—Las respectivas representaciones de Juan Manuel; de Luis Andrés y otros; y de Bernardino formularon recursos de reforma contra la anterior resolución, que fueron impugnados por la representación de Juan Manuel y por el MINISTERIO FISCAL.

Tercero.—En fecha 7 de junio de 2012, el propio Juzgado de Instrucción n.º 1 de los de Rubí dictó Auto por el que dispuso por un lado desestimar el recurso de reforma interpuesto por la representación de Luis Andrés, Andrés y Aurelio, confirmando la resolución recurrida con respecto a ellos; por otro estimar el recurso de reforma interpuesto por la representación de Modesta y de Bernardino acordando el sobreseimiento provisional de las actuaciones con respecto a los mismos; y finalmente desestimar el recurso de reforma formulado por la representación de Juan Manuel, confirmando la resolución recurrida.

Cuarto.—Las respectivas representaciones de Luis Andrés y otros, y de Juan Manuel formularon recursos de apelación contra la anterior resolución, que fueron impugnados por el MINISTERIO FISCAL y por la representación de Modesta y otros.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—De acuerdo con lo dispuesto en el Auto de fecha 23 de marzo de 2012 y en el Auto ahora apelado de 7 de junio de 2012 se ha acordado seguir el procedimiento por los trámites del procedimiento abreviado contra Luis Andrés, Adolfo, Andrés y Aurelio; habiéndose sobreseído provisionalmente la causa con respecto a Bernardino y Modesta.

La representación de Luis Andrés y otros postula en su recurso se declare la nulidad del Auto de 23 de marzo de 2012 por falta de motivación, o subsidiariamente se deje sin efecto la imputación de Aurelio y Andrés.

Con respecto a la primera pretensión, debe señalarse que cualquier deficiencia en la motivación de la expresada resolución quedó subsanada en méritos del Auto de fecha 7 de junio de 2012, resolutorio del recurso de reforma, pudiendo la parte apelante a la vista de su dictado articular su recurso con la máxima amplitud a la vista de las razones por las que se mantiene la imputación de los expresados Aurelio y Andrés.

En relación a la segunda pretensión consistente en el sobreseimiento de la causa en relación a ellos, debe señalarse que el motivo de la existencia del artículo 318 del Código Penal de 1995, regla específica, cuando existe la general contemplada en el artículo 31 del propio Código, es la que el primero amplía el abanico de posibles responsables penales pues no sólo incluye a los administradores, sino también a los "encargados de servicio". Ambos preceptos permiten responsabilizar penalmente a una persona física no cualificada en delitos especiales previstos, en el caso del artículo 318, en el Título XV, del Libro II del Código Penal vigente, "De los delitos contra los derechos de los trabajadores", donde el autor en caso de empresas de titularidad de una persona jurídica sólo puede serlo la persona jurídica, pues son ellas y no los administradores los que se hallan obligadas legalmente a cumplir las normas de prevención de riesgos laborales, lo que viene a solventar, con cumplimiento del principio de legalidad, el principio "societas delinquere non potest". Así al inicio del citado artículo se consigna "Cuando los hechos previstos en los artículos anteriores se atribuyan a personas jurídicas,..." y qué hechos se atribuyen a éstas, según el artículo 316 del CP: no facilitar los medios necesarios, pues las obligadas legalmente a ello, como se ha dicho, son las personas jurídicas y no sus administradores.

Pero ello, la injusta impunidad a la que conducía la aplicación del principio de impunidad penal en los delitos especiales cuando no existía una regla incriminadora del "actuar en nombre o en lugar de otro", con aprovechamiento del recurso a la persona jurídica para diluir de forma sistemática la responsabilidad de sus administradores, que resuelven los citados artículos 31 y 318, no puede representar tampoco una responsabilidad objetiva del administrador o encargado del servicio, -ni una presunción de autoría-, lo que sería inconstitucional, con vulneración del principio de culpabilidad que impide que alguien sufra las consecuencias penales de la culpabilidad de otro, y que excluye que sea penado el que no ha tenido la posibilidad de evitar la comisión del delito porque no dirigió su voluntad a la realización del mismo -no actuó con dolo-, ni pudo prever dicha realización -no actuó con culpa-. Ni en el supuesto de aplicación del artículo 31 del Código Penal, que no efectúa concreción alguna sobre el particular, ni el caso en que se aplique el artículo 318 en el que sí se viene a concretar más, al disponer expresamente "Cuando los hechos previstos en los artículos anteriores se atribuyeran a personas jurídicas -es decir, puesto en relación con el artículo 316: las personas jurídicas no facilitan los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, estando obligados a ello (las personas jurídicas)- se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado las medidas para ello". (La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1998 viene a entender que las personas obligada a poner los medios son directamente los administradores, de lo que discrepamos ya que el artículo 318 contiene precisamente la previsión de que los hechos se atribuyan a personas jurídicas, y que la Ley 31/95, de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, resulta que

se prevé que el obligado lo sea el empleado - artículo 14.2 y 3-, y en el Real Decreto-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y sanciones en el Orden Social se establece que "son sujetos responsables de la infracción las personas físicas o jurídicas, y..." - artículo 2-, y finalmente si los obligados legalmente fueran los referidos administradores, ni haría falta el artículo 318 del Código Penal, ni tampoco el artículo 31 del propio Código pues los expresados ya serían sujetos cualificados en el delito especial). No todos los administradores serán penados, sino sólo los que hayan sido responsables precisamente de no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas. El precepto no dice que serán responsables los administradores o encargados del servicio, sino que se castigará a aquéllos de ellos que hayan sido responsables de los hechos.

Pero es que también el referido precepto, el artículo 318 del Código Penal, contiene un inciso, que para algunos es superfluo e innecesario por la existencia del artículo 11 del propio Código, conforme se castigará a quienes (sin ser responsables de los hechos) conociéndolos y pudiendo remediarlos no hubieran adoptado las medidas para ello. Es decir, puesto en relación con el artículo 316 del Código Penal, los que conozcan que los responsables no facilitan los medios necesarios a los trabajadores y pudiendo remediarlo no adopten las medidas para ello.

Con los expresados preceptos -318 y 31 del CP.- se salva en los delitos especiales el principio de legalidad penal, pero como en los restantes delitos, los comunes, debe concurrir, en cualquier caso, también el dolo, el dominio del hecho, la actuación contra el fin de la norma y todos los demás requisitos el concreto título de imputación para cada uno de los imputados, la modalidad de actuación, comisión, comisión por omisión -nótese que los miembros del Consejo de Administración de una sociedad anónima tienen un deber de control y de vigilancia sobre la correcta observancia de las prescripciones dictadas por el ordenamiento-, u omisión, y las condiciones de realización del hecho (y de la ejecución de la acción típica) que determinen la autoría y las circunstancias de participación, el administrador debe ser autor en sentido legal, no se trata de una responsabilidad por otro o por participar en el acto de otro, sino una responsabilidad por acto propio.

Así pues, la cuestión con respecto a los acusados responsables de la persona jurídica que emplea al trabajador es si deben controlar y vigilar personalmente que los trabajadores de la empresa sigan las instrucciones evitadoras de los riesgos laborales cuando están desarrollando sus tareas, para no poner en peligro grave su vida, salud o integridad física.

La cuestión debe ser contestada en atención a las características de la empresa. Así el artículo 30 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, establece que "1.En

cumplimiento del deber de prevención de riesgos profesionales, el empresario designará uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad, constituirá un servicio de prevención o concertará dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa. 2. Los trabajadores designados deberán tener la capacidad necesaria, disponer del tiempo y de los medios precisos y ser suficientes en número, teniendo en cuenta el tamaño de la empresa, así como los riesgos a que está expuestos los trabajadores y su distribución en la misma, con el alcance que se determine en las disposiciones a que se refiere la letra 3) apartado 1 art. 6 de la presente ley..... 5. En las empresas de menos de seis trabajadores, el empresario podrá asumir personalmente las funciones señaladas en el apartado 1, siempre que desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo y tenga la capacidad necesaria, en función de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y la peligrosidad de las actividades, con el alcance que se determine en las disposiciones a que se refiere la letra e) apartado 1 art. 6 de la presente ley.", siguiendo el mismo orden discursivo, el artículo 31 de la repetida Ley dispone: "1.Si la designación de uno o varios trabajadores fuera insuficiente para la realización de las actividades de prevención, en función del tamaño de la empresa, de los riesgos a que están expuestos los trabajadores o de la peligrosidad de las actividades desarrolladas, con el alcance que se establezca en las disposiciones a que se refiere la letra e) apartado 1 art. De la presente ley, el empresario deberá recurrir a uno o varios servicios de prevención propios o ajenos a la empresa, que colaborará cuando sea necesario."

De esta normativa resulta que precisamente en todas las empresas de más de cinco trabajadores las funciones de prevención de riesgos profesionales deben ser desempeñadas necesariamente por uno o más trabajadores designados por el empresario -nos encontraríamos ante un supuesto de transferencia de funciones legalmente establecida-. Sólo en las empresas de menos de seis trabajadores podrá ser el propio empresario el que asuma las funciones de cumplimiento del deber de prevención siempre que cumpla unos determinados requisitos, el más importante a nuestro entender es el que desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo, pues lo esencial es la presencia física. De tal conclusión se desprende que normalmente los administradores no son los que personalmente deberán cumplir sobre el terreno, en la propia obra en construcción, los expresados deberes.

Pero de ello no se desprende la exoneración de la responsabilidad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 318 del Código Penal, ya que cuando el artículo 316 del Código Penal se refiere a "medios necesarios" se refiere a todos los medios, tanto materiales como personales, en este sentido y con relación al supuesto analizado ello comprende, en cuanto a los personales en nuestro caso, que exista precisamente un empleado de la empresa cualificado que realice una tal vigilancia y control conforme se ponen en práctica las medidas de evitación de los riesgos laborales

A todo ello cabe añadir que de acuerdo con la estructura del precepto una vez facilitados por los administradores, o encargados del servicio, los medios necesarios en los términos antes expresados -recursos materiales, personales, organizativos en los que debe incluirse los de elección y vigilancia- que son los que se interpretan previstos en el artículo 316, con relación al artículo 318 del Código Penal, el hecho de que finalmente, a pesar de ello, nazca el peligro grave para la vida, salud o integridad física de los trabajadores en el desempeño de su actividad, y en su caso el resultado que se intenta prevenir, no podrá ser imputado a aquellos administradores o encargados del servicio, y sólo le será imputable a los que con su conducta activa o pasiva vengán a hacer ineficaz los medios sí existentes para prevenirlos.

Aplicados los anteriores principios al caso sometido a nuestra consideración, de forma provisional, dado el momento procesal en que se halla la causa, debemos concluir que Aurelio y Andrés eran administradores respectivamente de las mercantiles Aserpoz y Garzpoz, la primera empleadora del Sr. Valeriano, quien también se encontraba en la cubierta trabajando el día de autos sin contar con las medidas de prevención de riesgos adecuadas, y la segunda era contratista principal de la obra donde tuvo lugar el accidente, no constando que los deberes que ostentaban ambas personas jurídicas en orden a evitar riesgos laborales los hubieran cumplido ya personalmente, ya transfiriéndolos eficazmente a otras personas. Debe añadirse que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales n.º 31/1995, de 8 de noviembre las empresas que contraten 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 deben vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.

En conclusión, debe desestimarse el recurso este recurso de apelación.

Segundo.—La representación de Juan Manuel postula en su recurso que se revoque el sobreseimiento provisional de las actuaciones respecto a Modesta e Bernardino.

Analizaremos en primer lugar la afirmada, por el apelante, responsabilidad penal de Modesta.

Consideramos ajustado a derecho el sobreseimiento provisional de la causa con respecto a la expresada imputada por cuanto, si bien es cierto que su representada era una empresa que también trabajaba en la obra, lo era como subcontratada, por lo que debía coordinarse con el resto de empresas que también lo hacían, pero no en aquellos trabajos ejecutados por otras empresas en los que no tenían relación con el objeto de su contratación. La empresa de Modesta suministraba una grúa y

el operario que la operaba, sin que tuviera intervención alguna ni inmediata, ni mediata, en las causas del riesgo laboral que finalmente se realizó.

En segundo lugar resolveremos sobre la afirmada, por el apelante, responsabilidad penal de Bernardino.

También consideramos ajustado a derecho el sobreseimiento provisional de la causa con respecto a él, ya que era el arquitecto director de la obra, encontrándose previsto que imputado Adolfo era el coordinador de seguridad y salud de la obra de autos, lo que fue admitido por éste en su declaración como imputado, y que desarrollaba efectivamente dicha función. Así pues, entendemos que había quedado transferida a éste, en su caso, cualquier función que pudiera corresponderle al arquitecto, máxime cuando los motivos del accidente laboral tienen relación con la falta de control del cumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales.

Por lo expuesto, procede desestimar ambos recursos de apelación con confirmación de la resolución recurrida en todos sus términos.

Tercero.—Se declaran las costas de la presente apelación de oficio.

Vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

LA SALA ACUERDA:

NO HA LUGAR a estimar los recursos de apelación formulados por las respectivas representaciones de Luis Andrés y otros, y de Juan Manuel contra el Auto de fecha 7 de junio de 2012 dictado por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de los de Rubí, en las Diligencias Previas n.º 479/09, y en su consecuencia se confirma la resolución recurrida manteniéndose en todos sus términos. Se declaran las costas de la presente apelación de oficio.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes, y remítanse las diligencias al Juzgado de Instrucción de procedencia a los efectos legales oportunos.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.