

Audiencia Provincial de Soria, sección. 1ª, sentencia de 15 de julio de 2015, nº 59/2015, recurso 29/2015

Ponente: José Manuel Sánchez Siscart

Las imputaciones en vía penal de los TPRL son demasiado abundantes en España, y también las condenas, muchas veces por llegar a un acuerdo para evitar el juicio. En este caso la AP absuelve al técnico de PRL 4 años después del accidente.

A pesar de que el Ministerio Fiscal se opuso a admitir el recurso, la Audiencia Provincial de Soria absuelve al técnico de PRL de los delitos de homicidio imprudente y del delito contra los derechos de los trabajadores al no apreciar errores de diagnóstico o de asesoramiento que les sean imputables.

Sí se condena al capataz de la obra por imprudencia menos grave, y se le absuelve del delito contra los derechos de los trabajadores.

Los hechos: En una obra civil una compactadora que terminó su trabajo salió del tajo marcha atrás y atropelló a un trabajador causándole la muerte.

En la sentencia recurrida se condena al TPRL porque

- *"Dicho auxilio -referido a la ayuda de una persona auxiliar, o señalista, que le ayudara a realizar la maniobra- no estaba previsto en el plan de prevención de riesgos laborales".*
- *"Tampoco se prevenían medidas de protección adecuada a la realización de trabajos simultáneos en el mismo tajo, siendo el encargado de la coordinación y adopción de medidas de seguridad el técnico de prevención de la Obra."*
- *"no se encontraba en el lugar donde se estaban realizando los trabajos"*

Mención especial merece la consideración del Ministerio Fiscal que:

"considera que la responsabilidad debe recaer en el técnico de prevención de la obra dado que su situación era presencial a pie de obra, vigilando el cumplimiento de las medidas de seguridad de los diferentes tajos, omitiendo en el caso concreto cualquier labor de control, vigilancia o supervisión en aras a comprobar las medidas de seguridad adoptadas para el desarrollo de los respectivos trabajos encomendados, en condiciones óptimas de seguridad."La confusión del Juez de instancia la aclara el ponente de la Audiencia Provincial de Soria, después de 4 años de malvivir para el técnico, no lo olvidemos. Con los siguientes fundamentos de derecho:

- *"... expresamente queda prohibido en virtud del citado Plan de Seguridad y Salud trabajar o permanecer dentro del radio de acción de la maquinaria de movimiento de tierras, o llevar a cabo replanteos o mediciones."*

- "No se estima necesaria la previsión específica en el citado Plan de la necesidad de ayuda de una persona auxiliar o señalista en cada una de las miles de maniobras concretas que en la ejecución de una obra se deban desarrollar"
- "... la aplicación concreta de dicho Plan, en cada uno de sus aspectos, corresponde a cada uno de los encargados de los tajos correspondientes..."

En resumen y para concluir:

"No cabe erigir al Técnico de Prevención de Riesgos en garante de las maniobras puntuales que en cada momento determinado lleve a cabo cada operario de la obra, ni sobre la corrección de las indicaciones que en cada momento trasmite cada encargado de los distintos tajos intervinientes, o de sus omisiones."

ANTECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, y

Primero.- La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes:

"PRIMERO: Se declara probado que sobre las 11,30 horas del día 14 de junio de 2011, D. Dámaso, trabajador de la empresa CIMENTACIONES Y ESSTRUCTURAS DE MADRID, SL, subcontratada por la empresa DRAGADOS, SA, para la realización de trabajos en la obra el relativa a la "concesión para la conservación y explotación de la Autovía A2, del pk. 139.5 al 232.8", se encontraba desempeñando en una de las zonas de la obra, a la altura del punto kilométrico 177 de la referida Autovía A2, en el término municipal de SANTA MARIA DE HUERTA, labores de grapado de cintas de fleje en las estacas que servían de cota de nivel para la maquinaria de extendido de tierras y que le habían sido encomendadas a través de su capataz, por el encargado de obra, capataz de la empresa DRAGADOS, SA, D. Julio.

Dámaso realizaba tareas ayudando al equipo topográfico, que acudió al lugar sobre las 11 horas de la mañana, avisado por Julio, para realizar un replanteo del terreno de la obra. Dicho equipo topográfico estaba formado por Horacio, Luis Y Sabino, que trabajaban para la empresa GONOS TOPOGRAFIA, subcontratada de la empresa DRAGADOS, S.A. Cuando el equipo topográfico se persono en la obra, ya se encontraba en la misma Dámaso.

En una zona próxima y colindante a donde trabajaban dichos operarios, en una zona acotada en todo su perímetro con una valla de balizamiento plástica, salvo en la zona de acceso para entrada y salida, se encontraba trabajando D. Sixto, trabajador de la empresa EXCAVACIONES Y TRANSPORTES NOVI, SL, empresa subcontratada por DRAGADOS, SA. Dicho trabajador realizaba labores de acondicionamiento y compactación del terreno, utilizando un rodillo compactador marca LEBRERO, modelo RAH, tipo X4, N° 663. Nadie había advertido a Sixto de que en la zona había otros trabajadores trabajando. Dicho trabajador había llegado al tajo sobre las 9.30 horas, cuando llegó no había otros trabajadores en el tajo.

A las 11.30 horas, cuando Sixto había acabado los trabajos de compactación, procedió a salir, marcha atrás de la zona balizada de compactación, utilizando el acceso previsto para la

salida del vehículo. En ese momento, Dámaso, quien vestía chaleco y pantalón reflectante, se acercó a una de las estacas colocadas por el equipo topográfico, con la finalidad de grapar en la misma el correspondiente fleje, colocándose para ello agachado, rodilla en tierra y de espaldas a la zona de compactación. Cuando se encontraba así fue arrollado por el rodillo compactador, al no apercibirse de su presencia el conductor del mismo, D. Sixto, que sí se había apercibido de la presencia de los tres trabajadores del equipo topográfico, que ya habían terminado su trabajo y se encontraban recogiendo su material en la furgoneta de la empresa. La maniobra de salida marcha atrás del rodillo compactador era necesaria para evitar remover o alterar el terreno que se acababa de compactar, habiéndose encargado al conductor del rodillo que, una vez finalizada su tarea, se dirigiera a otro tajo por la mediana de la obra. Al conductor del rodillo compactador no se le facilitó la ayuda de una persona auxiliar, o señalista, que le ayudara a realizar la maniobra sin peligro propio o de otros trabajadores. Dicho auxilio no estaba previsto en el plan de prevención de riesgos laborales.

Como consecuencia de estos hechos, D. Dámaso sufrió un grave politraumatismo, que provocó su muerte a las 16,20 horas del día 14 de junio de 2011, por shock traumático hipovolémico.

*El accidente tuvo su causa directa en la realización de una maniobra de marcha atrás con el rodillo compactador en condiciones inadecuadas de visibilidad, sin personal de apoyo que guiara al conductor para proporcionarle las indicaciones adecuadas para realizar la maniobra sin peligro, avisando a los trabajadores que pudieran encontrarse dentro del radio de acción de la máquina. No se previó la presencia de otros trabajadores realizando trabajos simultáneamente en la zona de acceso y salida de la maquinaria pesada. No se advirtió previamente al conductor del rodillo compactador de la existencia de dichos trabajadores. No se previó y señalizó una zona de seguridad para la salida y acceso de la maquinaria pesada, a fin de evitar que dicha zona fuera invadida por otros trabajadores. **Esta falta de coordinación en la organización de los tajos encomendados a las distintas subcontratas es responsabilidad del encargado de la obra y capataz de la empresa DRAGADOS, S.A.**, que fue la persona que encomendó la realización de dichos trabajos a las distintas empresas subcontratadas. Tampoco se preveían medidas de protección adecuada a la realización de trabajos simultáneos en el mismo tajo, **siendo el encargado de la coordinación y adopción de medidas de seguridad el técnico de prevención de la Obra, D. Modesto**, empleado de la empresa DRAGADOS, SA. En el momento del accidente, ni Julio, ni Modesto se encontraban en el lugar donde se estaban realizando los trabajos.*

El fallecido, al tiempo de suceder los hechos, carecía de cónyuges y descendientes y convivía con su madre, como única ascendiente, la cual reclama la indemnización correspondiente.

La empresa DRAGADOS SA tenía suscrita una póliza de seguro de responsabilidad civil con la compañía aseguradora MAPFRE. La empresa EXCAVACIONES Y TRANSPORTES NOVI, SL, tenía suscrita una póliza de seguro de responsabilidad civil con la compañía aseguradora ALLIANZ.

Julio, Modesto Y Sixto son mayores de edad penal y carecen de antecedentes penales ".

Segundo.- Dicha sentencia contiene el siguiente fallo:

"Que debo condenar y **condeno a D. Julio Y D. Modesto, como autores, cada uno de ellos, de un delito de delito contra la seguridad de los trabajadores en su modalidad imprudente, previsto y penado en el art. 317 y 318 del Código Penal, y de un delito de homicidio**

imprudente, previsto y penado en el art. 142.1 del Código Penal, en concurso ideal del art. 77 del Código Penal, a la pena, a cada uno de ellos, por el delito contra la seguridad de los trabajadores, de tres meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena y tres meses de multa, con una cuota diaria de diez euros, o en caso de impago, a la pena sustitutoria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas; y por el delito de homicidio imprudente, a la pena, a cada uno de ellos, de un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, así como a que indemnice, conjunta y solidariamente con la compañía aseguradora MAPFRE, y subsidiariamente con la compañía mercantil DRAGADOS, SA, a D. María Cristina en la suma de 109.753.55 euros, e intereses legales, que para la compañía aseguradora serán los previstos en el art. 20.4 de la Ley de Contrato de Seguro, y al pago, cada uno de ellos, de un tercio las costas causadas en el presente procedimiento, incluidas las causadas por la acusación particular.

Que debo absolver y absuelvo a D. Sixto de un delito de homicidio imprudente, previsto y penado en el art. 142.1 del Código Penal (EDL 1995/16398), con todos los pronunciamientos favorables y declarando de oficio un tercio de las costas causadas ".

Tercero.- Contra la mencionada sentencia se interpusieron sendos recursos de apelación, por la representación procesal de MAPFRE GLOBAL RISKS CIA INTERNACIONAL DE SEGUROS Y REASEGUROS SA, y por la representación procesal de D. Julio, D. Modesto, DRAGADOS S.A., fundamentándolos en los motivos que constan en los respectivos escritos de recurso.

Cuarto.- Admitidos ambos recursos y dado traslado por diez días a las demás partes para que presentasen escritos de impugnación o adhesión, **el Ministerio Fiscal se opuso al mismo.**

Único.- Se aceptan los que así se declaran en la sentencia de instancia, si bien se suprime, en el párrafo 6º desde "Tampoco se preveían medidas de seguridad..." hasta "... empleado de la empresa Dragados S.A.".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El recurso de apelación interpuesto por la representación de Julio, Modesto, y Dragados S.A., se estructura en varios motivos en los que se alegan, en esencia, quebrantamiento de las garantías esenciales del proceso, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, y a la presunción de inocencia, dado que la Juzgadora no ha valorado la totalidad de la prueba practicada en el acto de juicio, descartándola con fórmulas tales como "la versión de los acusados no se estima veraz ya que declaran sin la obligación de decir la verdad", sin más valoración sobre estos testimonios; no ha valorado la ingente documental especialmente la sometida a contradicción en el juicio; no ha valorado el informe elaborado por el perito Sr. Estanislao "ya que se trata de un informe de parte"; o incluso que se recoge en la sentencia como probado un relato de hechos efectuado antes de la celebración del juicio.

En el segundo motivo expone que la documental que consta en la causa es suficiente para corregir la declaración de hechos probados, pues considera que uno de los extremos recurrentes en los que incide la sentencia recurrida se refiere a una supuesta falta de coordinación en la obra, quedando acreditado que dichas reuniones de coordinación se

llevaban a cabo, resultando insuficiente la versión de dos testigos, peones ayudantes de topografía, en los que la sentencia se basa para concluir la existencia de una falta de coordinación, dado que dichos operarios dependían del encargado jefe de equipo, que es quien lleva a cabo la coordinación con el encargado general de la obra; también aduce la formación específica que ostentaba el operario fallecido, en concreto sobre trabajos entre máquinas, en el que se advierte concretamente de la necesaria referencia visual con el operador de la maquinaria, así como la profesionalidad del conductor, que ostentaba formación específica como operador de maquinaria, junto con el manual de operador del rodillo, destacando entre las más esenciales advertencias el deber de cerciorarse que la marcha atrás no represente un peligro para personas que se encuentran a su alrededor, con obligación de extremar las precauciones y de procurarse buena visibilidad conforme a las características de su máquina. Considera como colofón de lo anterior que la causa determinante técnicamente del accidente se sitúa en la imprevisible maniobra del conductor del rodillo compactador, ajena a las reglas profesionales básicas de un operador de dicha maquinaria de obra debidamente formado y experimentado, que realizó su maniobra guiado exclusivamente por el retrovisor, a pesar de haber visualizado la furgoneta.

En el tercer motivo alega indebida aplicación del artículo 317 del Código Penal, pues a juicio de la parte recurrente el planteamiento jurídico que realiza la sentencia vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues no existe una auténtica motivación de fondo sobre el delito, sin analizar la exigencia de un plus de antijuridicidad y un nexo de imputación objetiva en la generación del riesgo concreto advertido.

En el cuarto motivo denuncia indebida aplicación del artículo 317 en relación con el principio ne bis in idem por consunción o concurso de normas con el tipo de resultado pues considera que sólo cuando el concreto peligro se cierne sobre un conjunto o generalidad de trabajadores no lesionados puede afirmarse un concurso ideal.

En el quinto motivo sostiene la inaplicabilidad de los delitos al técnico de prevención Modesto puesto que dicho técnico en nada interviene en el encargo de trabajos concretos y en las operativas donde se produce el accidente, dado que su función es meramente asesora en la elaboración del Plan de Seguridad, y no tiene relación directa con los equipos de trabajo de las subcontratas.

En el sexto motivo denuncia la indebida aplicación del artículo 142.1.1º CP incluso para el encargado señor Julio, considerando que queda al margen de extralimitaciones, no concurriendo una previsión notoria del resultado. Por último, de forma subsidiaria, sostiene la caracterización de la imprudencia como menos grave, introducida en la reciente reforma del Código Penal (EDL 1995/16398). Solicita, en suma, la anulación o revocación de la sentencia recurrida.

La representación de Excavaciones y Transportes Novi S.L. impugna el recurso, pues considera que la maniobra del conductor de la maquinaria no pudo ser más diligente.

La representación de Sixto impugna el recurso al considerar que no concurre tal error en la valoración de la prueba.

La representación de Mapfre Global Risks interpone recurso de apelación que basa en dos motivos principales. En primer lugar, sostiene que existe una concurrencia de culpas por parte del fallecido al haberse colocado de rodillas, de espalda a la máquina, pues su

obligación era no perder nunca de vista a la máquina; de haberse situado frente a ella, le hubiera permitido apreciar cómo se aproximaba, y el accidente no habría ocurrido, lo que a juicio de la compañía aseguradora recurrente debe traducirse en una reducción porcentual de la indemnización que pudiera corresponder. En segundo lugar, en cuanto a la franquicia de 80.000 Eur., sostiene que se trata de una cláusula delimitativa de las condiciones del contrato, y no una cláusula limitativa de la responsabilidad, no resultando de aplicación el artículo 3 LCS, por lo que a su juicio resulta erróneo que la Juzgadora manifieste que dicha excepción no resulta oponible frente al tercero perjudicado, y que en su caso deba ejecutarse frente al asegurado.

El Ministerio Fiscal impugna ambos recursos de apelación. En relación con el primer recurso, considera que no concurre vulneración de derechos fundamentales en la valoración de la prueba, pues la Juzgadora ha descartado la versión de los acusados por interesadas, realizadas en su propio beneficio e interés, que resulta contradicha por la prueba testifical, que ha merecido credibilidad y verosimilitud a la Juzgadora de instancia, al tratarse de testigos presenciales e imparciales, ya que no trabajaban para ninguna de las empresas implicadas, ni mantenían interés directo en el procedimiento, deduciéndose de dichas testificales que no existió ningún tipo de coordinación previa con los trabajadores del tajo, esto es, con el conductor del rodillo compactador, con el fallecido, o los tres componentes del equipo topográfico, ni se les informó de que iban a trabajar de manera conjunta en el mismo tajo, ni de las posibles interferencias en su trabajo, lo que a su vez viene corroborado por la pericial que determina también la falta de coordinación en esa zona de la obra, en la que simultáneamente se encontraban diversos trabajadores pertenecientes a distintas subcontratas, realizando distintas labores; ninguna medida de seguridad se adoptó para evitar el riesgo existente al tener que salir el rodillo compactador fuera de la zona acotada, invadiendo una zona donde estaban efectuando sus respectivos trabajos otros trabajadores, como lo hubiera sido proporcionando personal de apoyo o señalista para guiar al conductor y avisar al resto de trabajadores que pudieran encontrarse dentro del radio de acción de salida de la máquina, y sin que tampoco se hubiera determinado o señalizado previamente el recorrido que debía seguir el rodillo para moverse por la obra. A juicio del Ministerio Fiscal dicha pericial merece total objetividad e imparcialidad frente la pericia a la que alude la parte recurrente.

También considera que la responsabilidad debe recaer en el técnico de prevención de la obra dado que su situación era presencial a pie de obra, vigilando el cumplimiento de las medidas de seguridad de los diferentes tajos, omitiendo en el caso concreto cualquier labor de control, vigilancia o supervisión en aras a comprobar las medidas de seguridad adoptadas para el desarrollo de los respectivos trabajos encomendados, en condiciones óptimas de seguridad. Considera que ambos acusados con su actuación crearon una situación de peligro y riesgo concreto para los trabajadores al no coordinar las previsibles interferencias que se iban a producir en sus respectivos trabajos. Defiende la calificación jurídica de los hechos que se recoge en la sentencia de instancia, pues en la misma situación de peligro se encontraba trabajando no solo el fallecido sino otros tres componentes del equipo topográfico, debiendo apreciarse la existencia de un concurso ideal entre el delito de riesgo y el delito de resultado. En relación con el recurso de apelación interpuesto por la compañía aseguradora rechaza la existencia de culpa por parte del trabajador fallecido por el hecho de estar trabajando espaldas a la máquina, pues no pudo prever que el rodillo compactador iba a salir de la zona de trabajo acotada, y en segundo lugar, sostiene que la franquicia no

resulta oponible a terceros ajenos al contrato de seguro, interesando por todo ello que la sentencia de instancia sea confirmada en todos sus extremos.

Por último, la representación de María Cristina impugna ambos recursos. Sostiene que no existe quebrantamiento de las garantías esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva, pues las afirmaciones que destaca la parte recurrente están sacadas de contexto. La Juzgadora ha valorado la totalidad de la prueba, destacando la mayor credibilidad de unas pruebas frente a otras.

En segundo lugar destaca que el día de los hechos se produjo una falta absoluta de medidas de coordinación y previsión que fueron la causa del accidente y posterior fallecimiento del señor Damaso, como así ratificaron dos testigos presenciales. Respecto a la reunión de la Comisión de Coordinación de Seguridad y Salud de fecha 31/05/2011 indica que en el acta se recogen conceptos generales, sin especificación de zonas, no recoge los trabajos que de forma repentina e imprevista impuso el señor Julio el día 14 de junio en esa zona concreta, haciendo coincidir maquinaria pesada y trabajadores a pie, sin personal de apoyo, ni señalista, que guiase al conductor proporcionándole indicaciones para realizar la maniobra con seguridad y para avisar a los trabajadores que se pudieran encontrar en el radio de acción, y tampoco se recoge ni coordina la realización simultánea de trabajos de compactación y topografía con maquinaria pesada, ni la interferencia de los dos tajos implicados, ni la señalización del recorrido del rodillo, máxime si debía invadir zona habilitada para los trabajadores a pie, resultando por tanto evidente, a juicio de esta parte, la falta de coordinación y la omisión de medidas de seguridad, existiendo nexo causal entre tales infracciones y el resultado de muerte.

En tercer y cuarto lugar defiende la calificación jurídica de los hechos contenida en la sentencia de instancia, sin infracción del principio ne bis idem, e impugna igualmente las alegaciones exculpatorias expuestas en relación con el técnico de prevención, existiendo obligación del encargado de obra y del técnico de prevención de estar presentes en la obra, de llevar a cabo las medidas de coordinación y prevención necesarias en relación a los trabajos acordados de manera imprevista ese mismo día, realizando trabajos simultáneos en cercanía entre maquinaria pesada y trabajadores a pie, sin haber señalista, ni señalización de recorrido de la máquina, lo que considera configura la imprudencia grave por la que se ha dictado sentencia condenatoria. En relación al recurso de apelación interpuesto por la compañía aseguradora, impugna la alegada de contrario concurrencia de culpas, dado que se trataba de dos tajos diferentes, en diferentes zonas, de forma que la invasión de la maquinaria en esa zona de trabajo resultó inesperada, desconociendo el recorrido del rodillo compactador, y resultando imprevisible que tuviera que invadir la zona de los trabajadores a pie. Sostiene, al igual que la sentencia de instancia, que la franquicia no resulta oponible a terceros ajenos al contrato, solicitando por todo ello la confirmación en su integridad de la sentencia dictada en la instancia.

Segundo.- Analizaremos, en primer lugar, la supuesta vulneración de derechos fundamentales que se denuncian por la parte recurrente.

Ya hemos expuesto en anteriores resoluciones (véase la SAP de Soria de fecha 23/09/2014), sobre el exigible alcance cuantitativo y cualitativo de la justificación probatoria que resulta exigible, no ya en adecuado ajuste al estándar de motivación que impone el artículo 120 CE, sino también para la protección objetiva de otros derechos fundamentales en juego, como el

derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), presunción de inocencia (art. 24.2 CE (EDL 1978/3879)), y en íntima conexión, con el derecho a la libertad de la persona (art. 17 CE (EDL 1978/3879)) que se pueda ver privado de ella como consecuencia de una decisión judicial. El cumplimiento de dicho estándar implica, como punto de partida, que el Juez valore racionalmente el cuadro probatorio completo, esto es, debe valorar explícitamente tanto las pruebas de cargo presentadas por la acusación, como las de descargo practicadas a instancia de la defensa.

La jurisprudencia constitucional y de nuestro Tribunal Supremo han recalcado esta necesidad de valorar íntegramente el cuadro de prueba, como condición sine qua non para poder llevar a cabo un control de la racionalidad del desenlace valorativo. Así se indica en las SSTS nº 1016/2011, 30/9/2012, entre otras, que la sentencia debe expresar un estudio lo suficientemente preciso del catálogo probatorio, de suerte que una sentencia cuya decisión sólo esté fundada en el análisis parcial de sólo la prueba de cargo, o sólo la prueba de descargo, no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE. La parte concernida que viese silenciada, y por tanto, no valorado el cuadro probatorio propuesto, no habría obtenido una respuesta desde las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, y la resolución judicial no respondería al estándar exigible de motivación.

En suma, la idea de valoración del "cuadro de prueba completo" lo que pretende destacar es que la justificación no será completa, ni adecuada a las exigencias constitucionales, si no se justifica también por qué no se han atendido las pruebas que contradicen la reconstrucción de los hechos que se trata de justificar.

Es cierto que en el presente supuesto, respecto a la declaración de los tres acusados, la sentencia de instancia refiere el siguiente análisis "los acusados han ofrecido su versión de los hechos, pero la misma no se estima veraz, ya que declaran sin la obligación de decir la verdad". Resulta, comprensible la desazón y queja que plantean los recurrentes al estimar que tal planteamiento no resulta, a su juicio, deferente con el derecho a la tutela judicial efectiva, dado que cada una de dichas declaraciones resulta prolija en detalles y que en su desarrollo ocuparon una parte relevante, durante más de dos horas, del acto de juicio.

Pero más allá de la escueta frase empleada para descartar la credibilidad de la versión de los acusados, la lectura íntegra de la sentencia de instancia demuestra que la Juzgadora expone, aún de forma escueta, las conclusiones que le merece la valoración del resto del cuadro probatorio, dando implícitamente respuesta judicial al contenido de las declaraciones de los recurrentes, por más que no haya exteriorizado con la debida profusión los aspectos concretos de las declaraciones de los acusados que son rechazados por la Juzgadora, a efectos de otorgar una respuesta judicial lo más respetuosa posible con el derecho a la tutela judicial efectiva que asiste, con categoría de derecho fundamental, a los recurrentes.

En esta tesitura, entendemos que la sentencia de instancia da cuenta, aunque de forma sintética, de los elementos que han servido de base para fijar la convicción judicial, y si bien podría haber agotado mayores expectativas desde el punto de vista motivacional, no obstante, permite reconocer las razones de la convicción judicial, y posibilita su combate ante esta alzada, por lo que descartamos la pretensión anulatoria deducida, centrando seguidamente nuestro análisis en las cuestiones de fondo debatidas.

Tercero.- Entrando en el análisis de la cuestión de fondo, tras examinar las alegaciones de las partes así como el acta videográfica del acto de juicio oral, debemos previamente dejar sentado que nos encontramos ante un fatal desenlace producido por un mecanismo puntual, como es la maniobra marcha atrás efectuada por el conductor de la compactadora, tras haber salido de la zona acotada en la que había terminado de desarrollar sus trabajos, interfiriendo en la zona en la que el trabajador fallecido se encontraba realizando su labor, sin que el conductor de la máquina ni el trabajador accidentado llegasen a percatarse, en un cúmulo de fatalidad, de la inminencia del atropello.

En la dinámica del accidente, concurrieron, a juicio de la sala, dos causas principales, provocadas por la infracción de sendos deberes de cuidado que corrieron de forma paralela.

Por un lado, tal y como se recoge en el Manual del operador y mantenimiento de la máquina compactadora (folios 1945 y ss), antes de efectuar una maniobra de marcha atrás el operador debe cerciorarse de que no representa ningún peligro para el propio equipo ni para personas o cosas existentes a su alrededor y que al circular marcha atrás debe extremar las precauciones.

En el presente supuesto se da la circunstancia de que la zona en la que la máquina compactadora desarrollaba sus trabajos, se encontraba perfectamente acotada con malla de obra, quedando de esta forma delimitada la zona de trabajo de la maquinaria y la zona en la que se desarrollaban los trabajos de topografía, evitando, a priori, interferencias entre uno y otro tajo.

La interferencia se produjo de forma puntual cuando los trabajos de compactación y topografía ya habían finalizado y los operarios se encontraban recogiendo el material, si bien el operario fallecido aún se encontraba con una rodilla en el suelo colocando un fleje en una de las estacas, y que, por encontrarse de espaldas, no vio aproximarse a la máquina compactadora, que circulaba marcha atrás y que ya había salido de la zona acotada.

Es evidente que la máquina compactadora constituye un mecanismo de suyo peligroso, que debe encontrarse en todo momento bajo el control de su conductor, y que éste tiene la obligación de enervar cualquier peligro que de su conducción pueda derivarse. En el presente supuesto estuvo conduciendo marcha atrás durante 20 metros aproximadamente, sin asegurarse plena visibilidad, dado que, resulta evidente, no llegó a percatarse de la presencia del trabajador accidentado. Por lo tanto podemos concluir que **realizó su maniobra sin cerciorarse de la ausencia de peligro para el resto de las personas o cosas que pudieran existir a su alrededor y que no extremó las precauciones antes de efectuar la maniobra de marcha atrás**, tal y como preceptúa específicamente el Manual del Operador, sobre todo al ser conocedor, por haberlos visualizado de forma previa a la maniobra, que otros operarios estaban desarrollando trabajos de topografía fuera de la zona acotada.

Junto a ello, y de forma paralela, tal y como detalla el Plan de Seguridad y Salud, que obra en el Tomo V de las actuaciones, en concreto, en la página 155, se prohibía trabajar o permanecer dentro del radio de acción de la maquinaria de movimiento de tierras, para evitar los riesgos de atropello.

Esta previsión fue cumplida de forma correcta en un momento inicial, esto es, mientras la máquina compactadora estaba desarrollando sus trabajos propios dentro de la zona acotada, pues este acotamiento perimetral garantizaba de forma suficiente la no

interferencia de trabajadores en el radio de acción de la maquinaria, al tratarse de espacios diferentes y perfectamente delimitados.

Como hemos dicho el fatal suceso se produjo en el momento en el que la máquina compactadora, tras abandonar la zona acotada, efectuaba una maniobra marcha atrás. Dicha maniobra es la que amplió el radio de acción de la máquina, ya fuera de la zona acotada, interfiriendo en la zona de trabajo del fallecido.

Bien podía haberse previsto, desde un punto de vista previo o coordinativo, la posible interferencia de la salida de la máquina compactadora de la zona acotada, con otras personas o cosas, como expone el Informe de la Inspección de Trabajo, pero, a nuestro juicio, a la hora de individualizar la posible responsabilidad penal derivada de los hechos, ese déficit coordinativo, en el caso concreto, ha sido de menor intensidad que el hecho de haber efectuado una maniobra marcha atrás, con visibilidad disminuida, como lo prueba el hecho de que no llegase a percatarse de la presencia del trabajador accidentado, con clara desatención de las específicas normas de conducción que pesan sobre el conductor de una maquinaria de estas características al realizar ese tipo de maniobra marcha atrás.

Precisamente en el párrafo 6º de la declaración de hechos probados se indica que "*el accidente tuvo su causa directa en la realización de una maniobra de marcha atrás con el rodillo compactador en condiciones inadecuadas de visibilidad (...)*", aserto con el que mostramos conformidad, pero pese a dicha conclusión, la sentencia de instancia ha exonerado al conductor de la citada máquina de responsabilidad penal.

Es evidente que no podemos modificar in peius la sentencia en relación con el conductor de la maquinaria, que ha sido absuelto en la instancia, y consentido en la alzada, pero ello no obsta al necesario análisis que ahora nos incumbe de las posibles causas del accidente que confluieron en el fallecimiento del operario, que resulta inexcusable de cara a valorar la entidad y graduación de las posibles infracciones cometidas por otros intervinientes en la obra que, por el contrario, han resultado personalmente condenados, cuyo pronunciamiento impugnan en segunda instancia.

De ahí que la falta de coordinación apuntada, que en el caso concreto incumbía al encargado de la obra señor Julio Excusa, la consideremos de menor gravedad, pues va referida a una maniobra puntual marcha atrás que efectuó el conductor de la maquinaria para salir de la zona acotada, en las condiciones ya expuestas, lo que determinará la degradación de su responsabilidad penal conforme a lo previsto en el artículo 142.2 CP, introducido por LO 1/2005 (EDL 2005/40471), de reforma del Código Penal (EDL 1995/16398), que sanciona al que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses, que en el presente supuesto, atendido el riesgo creado y el resultado producido, debemos fijar la pena de 10 meses multa, con cuota diaria de 6 euros.

Por este motivo, **tampoco consideramos que concorra un delito contra los derechos de los trabajadores**. En el caso concreto, existía un detallado Plan de Seguridad y Salud, que integra prácticamente el Tomo V de las actuaciones, en el que aparece perfectamente previsto y resuelto el riesgo de atropello; los trabajadores iban provistos de todos los equipos de seguridad exigibles; las máquinas tampoco presentaban defectos en cuanto a la señalización

acústica u óptica; la zona de trabajo de la máquina compactadora se hallaba debidamente acotada; los trabajadores habían recibido la formación exigible.

Por estos motivos, por más que se haya incurrido en infracciones de la legislación laboral, no observamos lesión del bien jurídico protegido en el delito contra los derechos de los trabajadores, al encontrarnos ante una infracción puntual de los deberes de cuidado, y no ante una falta de suministro de los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, debiendo, además, tener en cuenta, que el ámbito ordinario e intenso de la protección corresponde sustancialmente al derecho laboral y que su trascendencia penal debe constituir el remedio extremo.

Concluimos, por tanto, la inexistencia del delito contra los derechos de los trabajadores, y consiguiente absolución de este delito por el que también se había formulado acusación.

Cuarto.- En relación con la conducta que se imputa al técnico de prevención de riesgos laborales, Don Modesto, debemos tomar como punto de partida la declaración de hechos probados contenida en la sentencia de instancia, en la que encontramos las siguientes afirmaciones que específicamente se refieren al citado:

"Dicho auxilio -referido a la ayuda de una persona auxiliar, o señalista, que le ayudara a realizar la maniobra- no estaba previsto en el plan de prevención de riesgos laborales".

Añade:

"Tampoco se prevenían medidas de protección adecuada a la realización de trabajos simultáneos en el mismo tajo, siendo el encargado de la coordinación y adopción de medidas de seguridad el técnico de prevención de la obra, don Modesto, empleado de la empresa Dragados S.A."

Por último se indica que *"no se encontraba en el lugar donde se estaban realizando los trabajos"*.

La segunda afirmación la hemos excluido expresamente del relato de hechos probados, pues a la vista del Plan de Seguridad y Salud, que obra en el Tomo V de las actuaciones, en concreto, en la página 155, se prohíbe trabajar o permanecer dentro del radio de acción de la maquinaria de movimiento de tierras, para evitar los riesgos de atropello.

También se prohíbe en el citado Plan (folio 156) la realización de replanteos o mediciones en las zonas donde estén operando las máquinas para el movimiento de tierras. Antes de proceder a las tareas enunciadas, expone el citado Plan, será preciso parar la maquinaria, o alejarla a otros tajos

Dichas proposiciones impiden estimar que no se hubiera previsto y resuelto adecuadamente la simultaneidad de trabajos en el mismo tajo, como sostiene la sentencia de instancia, pues **expresamente queda prohibido en virtud del citado Plan de Seguridad y Salud trabajar o permanecer dentro del radio de acción de la maquinaria de movimiento de tierras, o llevar a cabo replanteos o mediciones.**

No se estima necesaria la previsión específica en el citado Plan de la necesidad de ayuda de una persona auxiliar o señalista en cada una de las miles de maniobras concretas que en la

ejecución de una obra se deban desarrollar, de ahí también también la falta de relevancia del inciso contenido en el párrafo 4º in fine de la declaración de hechos probados, referido a tal falta de previsión de ayuda de una persona auxiliar, o señalista, a realizar la maniobra. Incluso destaca el citado Plan, referido a las pequeñas compactadoras (folio 167) que el personal que deba manejar los pisonos mecánicos, conocerá perfectamente su manejo y los riesgos profesionales propios de esta máquina, lo que nos lleva de nuevo al Manual del operador y mantenimiento de la máquina compactadora (folios 1945 y ss), según el cual, antes de efectuar una maniobra de marcha atrás el operador debe cerciorarse de que no representa ningún peligro para el propio equipo ni para personas o cosas existentes a su alrededor y que al circular marcha atrás debe extremar las precauciones.

En suma, no apreciamos el aducido error de diagnóstico o de asesoramiento que se imputa al técnico de prevención.

También **se le imputa no encontrarse en el lugar del accidente**, e incluso fuera de la declaración de hechos probados se indica que le correspondía no solo elaborar el plan de prevención, sino garantizar su cumplimiento, vigilando la eficacia del mismo, pero en este aspecto, debemos señalar que la aplicación concreta de dicho Plan, en cada uno de sus aspectos, corresponde a cada uno de los encargados de los tajos correspondientes, en este caso, al coacusado señor Julio que es quien encargó y coordinó la ejecución de los trabajos de la compactadora y del equipo topográfico.

No cabe erigir al Técnico de Prevención de Riesgos en garante de las maniobras puntuales que en cada momento determinado lleve a cabo cada operario de la obra, ni sobre la corrección de las indicaciones que en cada momento trasmite cada encargado de los distintos tajos intervinientes, o de sus omisiones.

Por todo ello, concluimos que la declaración de hechos probados contenida en la sentencia de instancia, depurada como ha sido en esta segunda instancia, no permite sustentar el juicio de culpabilidad que se contiene en la sentencia de instancia, por lo que procede absolver al acusado Modesto de los delitos por los que venía siendo acusado.

Quinto.- Entrando en el análisis del recurso de apelación interpuesto por la compañía aseguradora, descartamos la existencia de concurrencia de culpas por parte del fallecido. Sostiene la parte apelante que su obligación era no perder nunca de vista a la máquina, y que de haberse situado frente a ella, le hubiera permitido apreciar cómo se aproximaba, y el accidente no habría ocurrido, lo que a juicio de la compañía aseguradora recurrente debe traducirse en una reducción porcentual de la indemnización que pudiera corresponder.

La Sala no comparte el argumento.

Tal y como se recoge en el Plan de Seguridad y Salud, que obra en el Tomo V de las actuaciones, en concreto, en la página 155, se prohíbe trabajar o permanecer dentro del radio de acción de la maquinaria de movimiento de tierras, para evitar los riesgos de atropello. La zona en la que la máquina compactadora estaba desarrollando sus trabajos estaba acotada perimetralmente, por lo que ninguna obligación de cuidado le incumbía al fallecido, dado que en principio esa labor compactadora no interfería el radio de acción de los trabajos de topografía y señalización con estacas.

Por otro lado, las señales acústicas emitidas por la máquina pierden eficacia ante la proximidad existente y las repetidas idas y venidas de la máquina en su labor compactora, que ni siquiera lograron que el trabajador se percatase de la presencia contigua de la máquina que le atropelló.

Por último, la maniobra puntual que llevó a cabo el conductor de la máquina, marcha atrás, al salir del área acotada, no le resultaba previsible, ni por tanto pudo ser evitada por el trabajador, descartando cualquier relevancia en la cadena causal.

Por último, en relación con la franquicia, debemos otorgar la razón a la parte apelante, citando para ello, la SAP de Zaragoza (s. 4ª) de 28 de octubre de 2011 (Pte. Sr MEDRANO SANCHEZ), en la que se concluye que la franquicia no es una cláusula limitativa de derechos sino delimitadora del riesgo, con cita de la STS de 20 de abril de 2011 que destaca que, desde la sentencia del Pleno de 11 de septiembre de 2006, se viene considerando que las estipulaciones delimitadoras del riesgo son las cláusulas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan qué riesgos son objeto del contrato de seguro, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial. Las cláusulas limitativas de derechos, válidamente constituidas van a permitir limitar, condicionar o modificar el derecho del asegurado, y por tanto la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiera producido. Estas deben cumplir los requisitos formales previstos en el artículo 3 LCS, lo que supone que deben ser destacadas de un modo especial y deben ser expresamente aceptadas por escrito.

La solución expuesta por el TS parte de considerar que al contrato se llega desde el conocimiento que el asegurado tiene del riesgo cubierto y de la prima, según la delimitación causal del riesgo y la suma asegurada con lo que se da satisfacción al interés objetivo perseguido en el contrato, por lo que resulta esencial para entender la distinción anterior comprobar si el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto.

Además el Tribunal Supremo ha declarado en sentencia de 15 de julio de 2009 que "determinado negativamente el concepto de cláusula limitativa, su determinación positiva, con arreglo a los distintos ejemplos que suministra la jurisprudencia, debe hacerse por referencia al contenido natural del contrato derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora. De estos criterios se sigue que el carácter limitativo de una cláusula puede resultar, asimismo, de que se establezca una reglamentación del contrato que se oponga, con carácter negativo para el asegurado, a la que puede considerarse usual o derivada de las cláusulas introductorias o particulares.

En base a lo anterior, las cláusulas que fijan el quantum indemnizatorio no son limitativas de los derechos del asegurado sino delimitadoras del riesgo, tanto al fijar el máximo de la indemnización como al fijar el mínimo del que quedará exenta la cobertura, esto es, las franquicias.

Esos límites son oponibles al tercero perjudicado. La obligación de la aseguradora de indemnizar lo es, según el art. 1 LCS (EDL 1980/4219), dentro de los límites pactados, por lo que no puede el perjudicado que ejercita la acción ex art. 76 LCS pretender que su acción sea

inmune a una objeción del asegurador que entra dentro del ámbito constitutivo de la obligación del asegurador.

Por dicho motivo, la compañía aseguradora deberá responder solidariamente de la cantidad asignada, una vez deducida la franquicia, que en este caso está fijada en 80.000 euros, esto es, responderá solidariamente de la cantidad de 29.753,55 euros, sin que ello afecte al resto de pronunciamientos indemnizatorios, incluida la obligación de abonar respecto de dicha suma, intereses moratorios previstos en el art. 20.4 LCS.

Sexto.- Se declaran de oficio las costas causadas en esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 y 240.1º LECrim.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Julio, Modesto, y Dragados S.A., y estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Mapfre Global Risks, y en su virtud:

- debemos absolver y absolvemos a Modesto de los delitos de homicidio imprudente (art. 142 CP) y del delito contra los derechos de los trabajadores (art. 316 y 317 CP) de los que venía siendo acusado, con los pronunciamientos favorables inherentes, declarando de oficio un tercio de las costas procesales causadas en primera instancia.

- debemos absolver y absolvemos a Julio del delito contra los derechos de los trabajadores (art. 316 y 317 CP), condenándole como autor de delito de homicidio por imprudencia menos grave (art. 142.2 CP (EDL 1995/16398), según redacción dada por LO 1/2015 (EDL 2015/32370), que se estima más favorable), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 10 meses multa, con cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad subsidiaria en caso de impago prevista en el art. 53 CP, declarando de oficio una sexta parte de las costas procesales causadas en primera instancia, y condenándole a la sexta parte restante, con inclusión de las costas causadas a la acusación particular.

- la compañía aseguradora Mapfre deberá responder solidariamente de la cantidad fijada en la sentencia de instancia, deducida la franquicia, esto es, responderá solidariamente de la cantidad de 29.753,55 euros, con obligación de abonar respecto de dicha suma, intereses moratorios previstos en el art. 20.4 LCS.

- se confirman el resto de pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia.

- se declaran de oficio las costas procesales causadas en esta instancia.

Esta es nuestra sentencia, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, que pronunciamos, mandamos y firmamos.