

**Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección. 1ª, sentencia nº 41/2012,
de 3 de febrero de 2012, recurso 1210/2011**

Ponente: Ignacio José Subijana Zunzunegui

Producido el accidente con la consecuencia de la amputación de una mano a la trabajadora, el Juzgado de lo Penal sanciona al empresario, al SPA (del que ocultamos el nombre en este texto, ya que sigue en activo) y al técnico PRL del SPA.

Sólo recurre a la Audiencia Provincial el SPA, alegando argucias legales (como que los informes de la ITSS y Osalan no son pruebas sino testimonios, o que la empresa no protestó por no recibir el servicio contratado) que son desestimadas.

Pero lo interesante para los TPRL es conocer el tratamiento dado a las tres partes acusadas: la empresa, el SPA y el técnico PRL.

Recordar que existen seguros de responsabilidad civil para SPA y técnicos en PRL, pero como su mismo nombre indica, no alcanzan a cubrir la responsabilidad penal. Aunque sí cubrieron en este caso los 260.000€ de indemnización de la trabajadora.

Del técnico PRL es del que se habla menos, tiene responsabilidad en el accidente por no cumplir las tareas encomendadas por el SPA. Conociendo el sector, quizá su carga de trabajo podría ser un eximente, pero la sentencia no lo entra a valorar.

Se considera que el SPA tiene responsabilidad en el accidente por *“no cumplir los deberes asumidos para evitar riesgos prohibidos para la vida y salud de los trabajadores de la empresa que había concertado con él el servicio de prevención externo”*. En concreto:

- *no trasladó información ni ofreció formación a la trabajadora lesionada ...*
- *efectuó una evaluación de riesgos insuficiente ...*
- *los equipos de trabajo no han sido evaluados ...*
- *no giró las visitas anuales de comprobación ...*

Al empresario, pese a no ser el recurrente, se le dedica buena parte de los fundamentos de derecho, al intentar el SPA, entre otros intentos fallidos, desplazarle su parte de culpa.

En primer lugar, se analiza la figura de la delegación de funciones, propia del concierto de la gestión de la PRL con un SPA:

La delegación no constituye un título por el que se transfiere la posición de garante. En virtud de la delegación no se transmite la responsabilidad en el tejido de seguridad. Lo que se modifica es el contenido del deber de garantía que ya no es realizar personalmente la tarea precisa para garantizar la seguridad exigible sino encargar la

misma a una persona cualificada para tal fin -selección adecuada-, dotarle de los recursos necesarios para cumplir el objetivo exigido -dominio de la situación- y, finalmente, adoptar las medidas precisas para preservar que la persona a quien se encomienda la tarea realiza la misma de forma adecuada -control de la situación-.

Y lo repite a renglón seguido, dos veces con distinto texto, para que no existan dudas:

"Por lo tanto, la 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 potencial responsabilidad cumulativa de delegante y delegado: la del delegante, sobre la base de las competencias retenidas, y la del delegado, con fundamento en las competencias atribuidas."

En consecuencia, se le condena, ya que olvidó completamente sus obligaciones de garante de la salud y seguridad del personal a su cargo:

"... no controló por decisión propia ... que la persona en la que delegó la función que le competía ... la llevaba a cabo de la forma concertada. Ni siquiera verificó que se llevaban a cabo las visitas anuales previstas ... Por lo tanto, omitió los deberes jurídicos de seguridad que le eran imputables y, desde esta perspectiva, incurrió, ..., en la responsabilidad a la que se hace mención en el artículo 318 del Código Penal."

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal num. 2 de los de esta Capital, se dictó sentencia con fecha 25 de marzo de 2011, que contiene el siguiente FALLO:

"Que condenar y condeno a don Constancio como autor responsable de un delito contra los derechos de los trabajadores, previsto y penado en el artículo 316 del Código Penal, concurriendo la circunstancia atenuante de reparación del daño, a la pena de NUEVE MESES DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la de SEIS MESES DE MULTA a razón de una cuota diaria de siete euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, así como al abono de las costas causadas en este delito.

Que condenar y condeno a don Fulgencio como autor responsable de un delito contra los derechos de los trabajadores, previsto y penado en el artículo 316 del Código Penal, concurriendo la circunstancia atenuante analógica de reparación del daño, a la pena de NUEVE MESES DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la de SEIS MESES DE MULTA a razón de una cuota diaria de siete euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, así como al abono de las costas causadas en este delito.

Que condenar y **condeno** a don Jesús Carlos como **autor responsable de un delito contra los derechos de los trabajadores**, previsto y penado en el artículo 316 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de NUEVE MESES DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la de NUEVE MESES DE MULTA a razón de una cuota diaria de diez euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, así como al abono de las costas causadas en este delito.

Que debo absolver y **absuelvo** a don Constancio, don Jesús Carlos y don Fulgencio del **delito de lesiones imprudentes** del que eran acusados, declarando de oficio las costas causadas en el mismo."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de Jesús Carlos se interpuso recurso, que fue admitido e impugnado por el Ministerio Fiscal. Las actuaciones tuvieron entrada en la Oficina de Registro y Reparto el día 14 de junio de 2011, siendo turnadas a la Sección 1ª y quedando registradas con el número de Rollo 1210/11, señalándose para la Votación, Deliberación y Fallo el día 31 de enero de 2012 a las 9.30 horas de su mañana, 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 el Ilmo. Sr. Presidente D. IGNACIO JOSÉ SUBIJANA ZUNZUNEGUI.

Se aceptan los hechos probados de la resolución de instancia, que literalmente establecen que:

"PRIMERO.- El acusado don Constancio, mayor de edad y con antecedentes penales cancelables, en la fecha de los hechos era el gerente, jefe de fabricación y representante legal de la empresa Gondiplas, S.L., situada en XXXXXXXX Oyarzun. Dicha empresa se dedica a la fabricación de productos con materias plásticas y su plantilla estaba formada por veinticuatro trabajadores, entre los cuales se hallaba Dª Mari Trini, trabajadora por cuenta ajena en virtud de un contrato de trabajo de duración determinada, con una antigüedad en el puesto de trabajo de la empresa, en la fecha de los hechos, de cuatro años.

SEGUNDO.- Sobre las 18.00 horas del día 26 de enero de 2007, la Srta. Mari Trini, operaria de producción a pie de máquina, alimentaba piezas defectuosas a un molino triturador de plástico o máquina granuladora de cuchillas, marca Piovan, modelo RN1530, num. de matrícula OGR-3384, año de fabricación 1998, la cual **dispone de marcado CE, declaración de conformidad y manual de instrucciones**. Cuando la trabajadora se dio cuenta que la máquina estaba atascada porque no salía apenas material triturado y las piezas que ella había alimentado rebosaban por la tolva de alimentación, hecho que ocurría habitualmente, intentó varias veces desatascar el molino sin abrirlo, introduciendo un palo de madera, sin conseguir desatascarlo. Entonces decidió abrir la máquina, desatornilló el espárrago roscado que pulsa el elemento mecánico que a su vez acciona el dispositivo de enclavamiento (interruptor de posición) que detecta que la máquina está cerrada o abierta. Una vez abierta la máquina, con la ayuda de otra compañera, Dª Florencia, trató de eliminar las piezas que habían quedado atascadas, hasta que la Sra. Mari Trini solicitó a su compañera que le pasara la boquilla de aire comprimido para soplar la zona de cuchillas y, en ese instante, **la máquina**

se puso en marcha de forma intempestiva, atrapando la mano de la Sra. Mari Trini y causándola la amputación de la misma.

TERCERO.- La referida máquina carecía de un sistema de seguridad o protección adecuado, ya que el dispositivo de enclavamiento (interruptor de posición) no actuó y por lo tanto no ordenó la parada de la máquina. Este fallo de su elemento de protección contraviene lo dispuesto para la categoría del sistema de mando, ya que, en lugar de tener una categoría 1, debería ser una categoría 3, es decir, que un único fallo del sistema no pudiera dar posibilidad a una situación de peligro.

CUARTO.- El acusado Sr. Constancio, a pesar de ser el responsable de que se cumpliera la normativa contenida en la Evaluación de Riesgos que tenía adoptada la empresa y aunque conocía perfectamente el riesgo que entrañaba trabajar con la máquina granuladora de cuchillas, puesto que el propio fabricante le había informado de ello, no proporcionó a la Sra. Mari Trini la formación adecuada para la tarea de desatascos, permitiendo que una trabajadora de cuatro meses de antigüedad y con falta de cualificación o experiencia desempeñara dicha tarea. Dicho acusado tampoco proporcionó a la trabajadora formación ni información de los riesgos de la máquina en la que trabajaba.

QUINTO.- La Evaluación de Riesgos Laborales había sido encomendada por parte de Gondiplas, S.L., a un servicio de prevención ajeno, en concreto a la empresa SPA S.L., cuyo representante legal era el también acusado don Jesús Carlos, mayor de edad y sin antecedentes penales. La persona encargada de la elaboración de la Evaluación de Riesgos era el acusado don Fulgencio, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien era técnico de SPA S.L., y asesoró en la planificación de la elaboración preventiva de riesgos laborales.

SEXTO.- Dicha empresa valoró los riesgos en relación a los puestos de trabajo pero los equipos de trabajo (máquinas) no fueron evaluados. En cuanto al puesto de trabajo de la trabajadora accidentada consta por una sola vez riesgo de atrapamiento por o entre objetos y la medida preventiva que se propone es la parada de la máquina y la seta de seguridad accidentada.

SÉPTIMO. Los equipos de trabajo no fueron evaluados; solo aparece una relación de la maquinaria utilizada en la empresa donde se menciona la existencia de seis molinos pero no vuelven a ser mencionados: No se señalan sus características (si reúnen o no marca CE, declaración de conformidad), ni los riesgos derivados de su utilización ni las medidas preventivas necesarias para evitar o reducir a lo mínimo posible esos riesgos. La empresa SPA S.L., no informó a los trabajadores sobre la evaluación inicial de riesgos, sobre la planificación preventiva derivada de dicha evaluación y las medidas de emergencia. Tampoco efectuó todas las visitas anuales a las que se había comprometido (cuatro cada año); en el año 2004 giró tres visitas, en el año 2005 dos visitas y en el año 2006 una visita.

OCTAVO. Como consecuencia del accidente, la Sra. Mari Trini sufrió lesiones consistentes en la amputación traumática de cuarto proximal del antebrazo derecho, que requirió tratamiento quirúrgico, rehabilitador y psicológico; la lesionada estuvo diez días hospitalizada e invirtió 521 días en la curación, 17 de ellos hospitalizada y 276 días impedida para sus ocupaciones habituales; como secuelas le quedó las siguientes: como secuela psiquiátrica, un trastorno adaptativo con sintomatología mixta ansioso depresiva de leve-moderada intensidad; como secuela funcional, amputación del antebrazo derecho a nivel de su cuarto proximal, equiparable a amputación de antebrazo y dolor neuropático importante, equiparable a neuralgia de ESD; un perjuicio estético importante en su grado medio consistente en amputación a nivel de cuarto proximal de antebrazo derecho, atrofia de brazo

derecho de 4 cm y cicatriz a nivel de muñón de amputación en forma de V de 6x7 cm, bien conformada.

NOVENO. La empresa Gondiplas, S.L., tenía concertado un seguro de accidentes con la entidad Seguros Bilbao, miembro del grupo Fortis. La empresa de servicio ajeno de prevención tenía concertado un seguro de responsabilidad civil con seguros HDL.

DÉCIMO. La Sra. Mari Trini ha renunciado a las acciones civiles y penales que le corresponden al haber sido indemnizada en la cantidad de 260.000 euros."

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Debate jurídico

La sentencia del Juzgado de lo Penal num. 2 de Donostia-San Sebastián, de 25 de marzo de 2011, condenaba a los Sres. Constancio, Fulgencio y Jesús Carlos como autores de un delito contra los derechos de los trabajadores, descrito en el artículo 316 del Código Penal, a las consecuencias jurídicas que se especifican en los antecedentes de hecho de esta resolución. Los Sres. Constancio y Fulgencio se aquietan con la sentencia. El único recurrente es, por lo tanto, el Sr. Jesús Carlos. Para un adecuado análisis y resolución de los temas planteados por este apelante, **en la presente sentencia se va a seguir la siguiente metodología:**

- * Delimitación de los argumentos empleados por la sentencia para estimar que concurren razones válidas y suficientes para condenar al Sr. Jesús Carlos.
- * Explicación de las alegaciones efectuadas por el apelante para concluir que no existe una justificación idónea de la condena.
- * Indicación de las razones del Tribunal para validar o refutar las razones del apelante y, consecuentemente, ratificar o revocar el fallo.

SEGUNDO.- Análisis de los temas planteados: delito contra los derechos de los trabajadores descrito en el artículo 316 del Código Penal

A.- Pronunciamientos de la sentencia que han sido recurridos

Con relación al Sr. Jesús Carlos (único apelante) la sentencia de instancia realiza las siguientes consideraciones relevantes:

* Es el representante legal de la empresa SPA SL, entidad que contrató con la empresa Gondiplas SL (en la que prestaba sus servicios laborales la trabajadora lesionada) la prestación de servicios de prevención para el centro de trabajo ubicado en la calle Zuaznabar num. 117, de la localidad de Oiartzun (centro en el que se produjo la lesión de la trabajadora el día 26 de enero de 2007). El contrato se formalizó en un documento suscrito el día 19 de septiembre de 2003.

* La empresa SPA SL asumía en el contrato referido las siguientes obligaciones:

-; **Durante el primer año:** establecer los objetivos preventivos para el período contratado y elaborar el programa anual de actividades preventivas; **realizar la evaluación inicial de riesgos, general y de los puestos de trabajo; identificar las medidas correctoras y preventivas**

derivadas de la evaluación de riesgos y asesorar a la empresa en la planificación de las mismas; elaborar los procedimientos básicos de seguridad y supervisar su aplicación; informar a los trabajadores sobre la evaluación de riesgos, planificación preventiva derivada de la evaluación y medidas de emergencia.

-; A partir del segundo año: efectuar cuatro visitas anuales en las que se realizarán la revisión y el complemento de la evaluación de riesgos, la supervisión de la aplicación de las medidas preventivas y correctoras planificadas de acuerdo con dicha evaluación de riesgos, la supervisión de la implantación de los procedimientos básicos de seguridad elaborados, la información, mediante charla informativa, a los trabajadores sobre la evaluación inicial de los riesgos, la planificación preventiva derivada de la evaluación y medidas de emergencia.

* La empresa SPA SL incumplió las siguientes obligaciones asumidas contractualmente:

-; no trasladó información ni ofreció formación a la trabajadora lesionada -que llevaba cinco meses trabajando en la empresa cuando se produjo el suceso- sobre los riesgos generales y específicos a los que estaba expuesta, ni de las medidas preventivas o de emergencia que debía de adoptar. En concreto, únicamente se le había indicado cómo tenía que accionar el botón de parada y el de puesta en marcha del molino sin que se le hubiera comunicado la necesidad de desconectarlo previamente de la corriente eléctrica, tal y como se disponía en el punto 11 de su apartado 6 del manual de instrucciones de la referida máquina. Tampoco se le trasladó que en caso de atasco del molino debían avisar al responsable.

-; efectuó una evaluación de riesgos insuficiente pues en relación a los riesgos que afectan al operario de producción se hace referencia una única vez y de forma muy genérica al "riesgo de atrapamiento por o entre objetos", proponiéndose como medida preventiva que las labores de mantenimiento y reparación de la máquina se deberán realizar con la misma parada.

-; los equipos de trabajo no han sido evaluados, existiendo una relación de la maquinaria utilizada en la empresa, sin señalar sus características, ni los riesgos derivados de su utilización y omitiendo toda referencia a las medidas preventivas necesarias para evitar o reducir al mínimo posible esos riesgos.

-; no giró las visitas anuales de comprobación -cuatro cada año-, pues el año 2004 giró tres visitas, en el año 2005 dos y, finalmente, en el año 2006 únicamente una.

B.- Planteamiento del apelante

El apelante señala que:

* La prueba practicada en el juicio no permite determinar cómo ocurrió el accidente y, mucho menos, dar por probada la descripción del mismo y la influencia en su causación de la falta de formación de la trabajadora. Se afirma que "la realidad de cómo ocurrió el accidente sólo se sustenta por los informes de la Inspección de Trabajo y de Osalan y ellos beben de fuentes testificales que no han sido convocadas al juicio oral, por lo que, a estos efectos son meros testigos de referencia, cuyo valor probatorio sólo entra en juego ante la inexistencia de testigos presenciales, los cuales existían, eran conocidos y no fueron convocados o no se les interrogó sobre los hechos".

* Tampoco existe prueba de que la trabajadora no hubiera recibido formación y de que, de existir esta orfandad, la responsabilidad recaiga en el recurrente. Y es que "la única relación

de los trabajadores de la empresa Gondiplas SL que tuvo a su disposición SPA SL es la que consta en la evaluación de riesgos que realizó SPA SL y que se encuentra a los folios 34 y 35 de la pieza de documental, Tomo I. En dicha relación no aparece la trabajadora lesionada, ni la Sra. Florencia, luego difícilmente se podía informar a aquél cuya existencia se desconocía".

* No ha quedado acreditado que se no se realizaran las visitas pactadas pues, además de las documentadas (tres en el año 2003, tres en el año 2004, dos en el año 2005 y 3 en el año 2006), tal y como se consigna en el escrito presentado por SPA SL "(...*podieran existir más visitas realizadas a la empresa que sin embargo no están acreditadas o de las que no se dispone un registro escrito. De la misma forma se hace constar que se realizan actuaciones de asesoramiento a la empresa Gondiplas a través de otros medios que no son visitas, como por ejemplo a través del correo electrónico, el teléfono y el fax*". Además, "(...) *si por parte de Gondiplas no se formula reclamación alguna*, resulta de todo punto de vista imposible que mi patrocinado, en tanto que representante legal de la mercantil SPA SL, pudiera tomar las medidas correctoras al objeto de prestar adecuadamente el servicio".

* La sentencia se limita a afirmar que el recurrente es el representante legal de la mercantil SPA SL y a partir de esa posición legal deriva hacia él la responsabilidad penal por las deficiencias existentes en la prestación del servicio de prevención. Sin embargo, la responsabilidad penal no puede ser objetiva, en función de un puesto de trabajo, sino que deberá acreditarse una cierta situación de dominio y control sobre los hechos. Se arguye, también, que "*la función de mi representado* " (...) *queda reducida a enviar un técnico cualificado para desarrollar la labor de asesoramiento (cuestión esta que nadie ha cuestionado en el presente procedimiento); proveer al técnico de los medios para desarrollar su función (cuestión que tampoco nadie ha cuestionado) y, por último, revisar el funcionamiento de la prestación del servicio, en el caso de que Gondiplas SL transmitiera quejas sobre deficiencias en dicha labor de asesoramiento, cosa que no ocurrió nunca*".

C.- Análisis del tribunal

1.- La sentencia de instancia confiere **pleno rendimiento probatorio** para validar la hipótesis acusatoria **a los informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social** (folios 62 y siguientes) **y Osalan** (folio 82) que fueron objeto de debate contradictorio en el juicio mediante la declaración de sus autoras, D^a Luisa y D^a Santiago, respectivamente. El recurrente califica a estos medios probatorios como testificales y, desde esta ponderación, concluye que no pueden constituir un asidero probatorio de la propuesta de la acusación dado que se limitan a trasladar el caudal informativo procedente de otras personas que no han depuesto en el juicio. En otras palabras: constituyen una prueba testifical de referencia y la misma, conforme a lo dispuesto en pacífica doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo, únicamente puede calificarse como válida cuando no es factible acudir a la prueba directa, hipótesis no concurrente en este caso.

Los informes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social así como de Osalan no constituyen pruebas testificales. Su aporte cognitivo no se basa en la percepción sensorial de un suceso o acontecer sino que **se funda en el traslado de un conocimiento técnico específico respecto a las circunstancias o el contexto en el que se produce** una pérdida de la vida o un detrimento de la salud de un trabajador en el seno de una actividad desarrollada en virtud de un contrato de trabajo. Se trata, por lo tanto, de un dictamen emitido ora por un perito o, en su caso, por un testigo-perito (acudiendo a la terminología empleada por el artículo 370.4 LEC). Consecuentemente, la razón de ciencia de la mentada fuente de prueba no es lo percibido -campo propio del testigo- sino lo conocido en virtud de los conocimientos técnicos

y específicos que posee en determinada materia -ámbito específico de la pericia-. Por ello, no es aplicable, a la hora de ponderar su rendimiento probatorio, la doctrina sobre los testigos de referencia, en la medida que la aptitud incriminatoria de su aporte cognitivo no se funda en la mayor o menor calidad de su razón de ciencia -de mayor fundamento, sin duda, en el testigo directo que en el testigo de referencia- sino en el mayor o menor fundamento científico o técnico de sus propuestas.

Por lo tanto, es perfectamente plausible que, como ha ocurrido, la sentencia de instancia edifique su juicio probatorio sobre el cimiento ofrecido por los dictámenes periciales emitidos por la Inspección de Trabajo y Osalan.

2.- A partir de la premisa indicada anteriormente -aptitud probatoria de los informes de la Inspección de Trabajo y de Osalan- la inferencia obtenida por el juzgador de instancia -**la trabajadora lesionada, al igual que el resto que integran el sistema de producción, no recibió formación en materia de riesgos laborales**- tiene un fundamento probatorio y, consecuentemente, no está aquejada del vacío de acreditación que se denuncia. Que **la responsabilidad de tal orfandad alcanza a la empresa SPA SL** se infiere de los compromisos contractuales que adquirió con la empresa Gondiplas SL que, en lo referido a la segunda anualidad, abarca materias como la revisión de los riesgos a través de las visitas anuales, la supervisión de la aplicación de las medidas preventivas y correctoras planificadas en la evaluación de riesgos, la supervisión de la implantación de los procedimientos básicos de seguridad elaborados y la información a los trabajadores sobre la evaluación de riesgos. Todos estos compromisos contractuales construyen un tejido de seguridad del que, a modo de garante de fuentes de peligro, se hace responsable la empresa SPA SL. Consecuentemente, a la citada empresa le compete desplegar todas las acciones previstas para evitar que el modo y manera en el que se desarrolla la actividad laboral en las instalaciones de la empresa Gondiplas SL conduzca a una situación de riesgo no permitido o riesgo prohibido sobre la vida o salud de sus trabajadores. **Esta obligación** de desplegar una conducta -la asumida contractualmente- para impedir un resultado -el peligro grave para la vida o salud de los trabajadores- **no se satisface, como se afirma en el recurso, tomando como referente el listado de trabajadores en el primer año de vigencia del contrato**, dado que, para el segundo, se contempla, como ha quedado perfilado, un elenco de deberes contractuales que pretenden precisamente una actualización de la evaluación de riesgos y, como efecto derivado, una adecuación del tejido de seguridad a las nuevas circunstancias, objetivas o subjetivas, concurrentes.

3.- La documentación aportada por la empresa SPA SL refleja que entre los años 2003 y 2006, no llevó a cabo las visitas contractualmente pergeñadas - cuatro al año-. Este aserto contenido en la sentencia con base en tal medio probatorio- no puede ser debilitado - in dubio - o refutado -vacío- acudiendo a meras especulaciones (pudieran existir más visitas realizadas a la empresa que no han quedado documentadas en sus registros) o a hipótesis alternativas a las visitas que, además de que no se contemplan en el contrato con este carácter de igualmente idóneas para cumplir el objetivo pretendido -asesoramiento verbal o escrito-, no han quedado acreditadas con medios de prueba disponibles por la propia empresa -correos electrónicos, fax-.

4.- El Derecho Penal de un Estado social y democrático de Derecho - artículo 1.1 CE - se funda, entre otros, en el principio de responsabilidad por el hecho. Por lo tanto, **no se responde criminalmente por lo que se es o se representa sino por lo que se hace estando prohibido hacerlo o no se hace debiendo hacerlo**. Como dice el artículo 10 CP son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley. Por lo tanto, de ser

cierto lo sostenido en el recurso -la sentencia se limita a afirmar que el recurrente es el representante legal de la mercantil SPA SL y a partir de esa posición legal deriva hacia él la responsabilidad penal por las deficiencias existentes en la prestación del servicio de prevención- es incuestionable que se hubiera incurrido en una infracción flagrante del principio de responsabilidad por el hecho cometido u omitido.

El juicio histórico de la sentencia recurrida refleja, en su número quinto, que la Evaluación de Riesgos Laborales había sido encomendada por parte de Gondiplas SL a la empresa SPA SL, cuyo representante legal era D. Jesús Carlos. Indica, también, que la persona encargada de la elaboración de la Evaluación de Riesgos era el acusado D. Fulgencio, a la sazón técnico de SPA SL, quien asesoró en la planificación de la elaboración preventiva de riesgos laborales.

En el plano de la imputación típica, la sentencia, mentando el artículo 318 del Código Penal, entiende que el Sr. Jesús Carlos es, en su condición de representante legal de la empresa, responsable del incumplimiento de una serie de prestaciones de seguridad a las que se había obligado en virtud de lo suscrito en el contrato de 19 de septiembre de 2003. En concreto, la falta de información a los trabajadores sobre la evaluación inicial de riesgos, la ausencia de planificación preventiva derivada de dicha evaluación, la ausencia de medidas de emergencia y, finalmente, el déficit en las visitas anuales.

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

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

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

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

En el plano de la imputación personal -que es el discutido en este apartado del recurso- es necesario, para conformar el dominio del suceso, que las personas a quienes se atribuye el injusto sean las que tienen competencia funcional sobre la seguridad personal de los trabajadores. En otras palabras: tienen que tener una capacidad decisoria o de control respecto a las condiciones de seguridad en las que se desarrolla la actividad laboral. Son, en definitiva, responsables del tejido de seguridad de los trabajadores. En el caso de las personas jurídicas, ex artículo 318 CP, esta cualidad concurre en los administradores o encargados del servicio que sean responsables del mismo. Es decir, en las personas que tienen competencia sobre la organización social y, por tanto, responden de los déficits de gestión de la seguridad del entramado articulado de recursos personales y materiales que integran la empresa. Estas personas pueden cumplir esta función por delegación, opción necesaria en muchas ocasiones atendiendo a la especificidad de la fuente de peligro y las características y dimensiones de la empresa. Esto es lo que arguye el apelante al afirmar que

cumplió su función en el tejido de seguridad nombrando a un técnico cualificado en materia de prevención, ofreciendo al mismo los medios necesarios para desarrollar su función y no recibiendo alguna queja de la empresa contratante respecto a la calidad del servicio ofertado.

La delegación no constituye un título por el que se transfiere la posición de garante. En virtud de la delegación no se transmite la responsabilidad en el tejido de seguridad. Lo que se modifica es el contenido del deber de garantía que ya no es realizar personalmente la tarea precisa para garantizar la seguridad exigible sino encargar la misma a una persona cualificada para tal fin -selección adecuada-, dotarle de los recursos necesarios para cumplir el objetivo exigido -dominio de la situación- y, finalmente, adoptar las medidas precisas para preservar que la persona a quien se encomienda la tarea realiza la misma de forma adecuada -control de la situación-. Por lo tanto, la 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 potencial responsabilidad cumulativa de delegante y delegado: la del delegante, sobre la base de las competencias retenidas, y la del delegado, con fundamento en las competencias atribuidas.

Y ciertamente, en este caso, atendiendo a las graves omisiones detectadas en el tejido de seguridad (falta valoración de los riesgos de los equipos de trabajo, ausencia de formación y de información en materia de riesgos laborales a los trabajadores) es incuestionable que el Sr. Fulgencio no controló por decisión propia -como le correspondía- que la persona en la que delegó la función que le competía -cumplir los deberes asumidos para evitar riesgos prohibidos para la vida y salud de los trabajadores de la empresa que había concertado con él el servicio de prevención externo- la llevaba a cabo de la forma concertada. Ni siquiera verificó que se llevaban a cabo las visitas anuales previstas, precisamente, para supervisar la aplicación de las medidas preventivas y correctoras contempladas en el estudio de evaluación de riesgos. Por lo tanto, omitió los deberes jurídicos de seguridad que le eran imputables y, desde esta perspectiva, incurrió, tal y como se indica en la sentencia, en la responsabilidad a la que se hace mención en el artículo 318 del Código Penal.

Por las razones indicadas, procede desestimar el recurso de apelación, declarando de oficio las costas del segundo grado jurisdiccional.

FALLO

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Jesús Carlos frente a la sentencia del Juzgado de lo Penal num. 2 de Donostia-San Sebastián, de fecha 25 de marzo de 2011, declarando de oficio las costas de la apelación.

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 esta 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/la Secretario certifico.