

## COMENTARIO DE SENTENCIA

Ref.

Audiencia Provincial

AP de Burgos (Sección 1ª) Sentencia núm. 369/2013 de 10 de septiembre

*<<La Audiencia Provincial de Burgos confirma la absolución del Coordinador de Seguridad y Salud y destaca que no cabe responsabilizarle por la ausencia de Plan de Seguridad y Salud ni exigirle verificar el cumplimiento material de la orden de paralización de la obra.>>*

### Hechos – descripción del accidente

El trabajador se encontraba trabajando a una altura de 7m, colocando tabloncillos de aglomerado entre las vigas de madera de la cubierta del tejado, sin hacer uso de arnés de seguridad, cuando resbaló, precipitándose al vacío y falleciendo en el acto. El trabajador había sido contratado por el contratista para reformar una vivienda. La propiedad había contratado los servicios de un arquitecto técnico para que llevase a cabo las funciones de director de ejecución y coordinador de seguridad y salud.

### Fundamentos Jurídicos

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Penal N.º 2 de Burgos, en la que se había absuelto al coordinador de seguridad y salud (director de ejecución) y al arquitecto del **delito contra los derechos de los trabajadores** y de un **delito de lesiones imprudente**.

Los familiares del trabajador interpusieron recurso de apelación, al cual se adhirió el Ministerio Fiscal. Sostienen que la obra no contaba con el preceptivo Plan de Seguridad y Salud, **que debe ser elaborado por el contratista de la obra, y aprobado antes del inicio de la obra por el coordinador de seguridad y salud**. Afirman en su recurso que, a pesar de que el coordinador conocía la inexistencia del plan y de las mínimas medidas de seguridad, **permitió que la obra se iniciara y continuara, sin que existan datos de que se hubiera cursado una orden de paralización**. Por último, sostienen que, aunque existiese dicha orden, el simple implica la responsabilidad penal del coordinador, pues está obligado a asegurarse de que efectivamente se cumplía la orden de paralización.

En su defensa, el arquitecto y el director de ejecución (y coordinador de seguridad y salud) afirman que, una vez enterados del inicio de la obra realizaron visita a la misma, e indicaron al encargado de la empresa contratista que no podían ejecutarse los trabajos, puesto que no existía aún **ni el acta de replanteo ni el Plan de Seguridad y Salud**.

Por este motivo, **dieron al encargado la orden de paralizar la obra y extendieron una diligencia en el Libro de órdenes, la cual no fue firmada por el contratista hasta días después**.

Finalmente, la Audiencia Provincial considera que **ha quedado acreditado que el coordinador cumplió con todas sus obligaciones legales**, no así el contratista, quien debió elaborar el plan de seguridad y salud, para la posterior aprobación por el coordinador. Asimismo, consta que no había comunicado la apertura del centro ni tampoco había procedido a cumplir con la organización de su sistema de prevención de riesgos.

Concluye la sentencia destacando que **no cabe imputar responsabilidad penal al coordinador, ya que supondría llevar la responsabilidad hasta un límite inexigible legalmente**. El art. 14 RD 1627/27 dispone que, cuando el coordinador o cualquier persona de la Dirección Facultativa observase algún incumplimiento de las medidas de seguridad, advertirá al contratista de ello, dejando constancia en el libro de incidencias, y quedando facultado para disponer la paralización de la obra. Una vez paralizada la obra, **corresponderá al contratista acatar dicha orden, asumiendo la responsabilidad que pudiera derivarse de su falta de acatamiento, por lo que no corresponde al coordinador o a la Dirección Facultativa verificar el cumplimiento continuado de la suspensión**.

#### Fallo

La Audiencia Provincial de Burgos desestima el recurso de apelación y confirma la absolución del coordinador y del arquitecto con imposición de costas a las partes recurrentes.

Marzo de 2021

Secretaría General ISSCO



Roj: **SAP BU 689/2013 - ECLI:ES:APBU:2013:689**

Id Cendoj: **09059370012013100375**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **10/09/2013**

Nº de Recurso: **113/2013**

Nº de Resolución: **369/2013**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **FRANCISCO MANUEL MARIN IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**BURGOS**

**ROLLO DE APELACIÓN NÚM. 113/13.**

**PROCEDIMIENTO ABREVIADO NÚM. 322/11.**

**JUZGADO DE LO PENAL NÚM. 2. BURGOS.**

**ILMOS. SRS. MAGISTRADOS:**

**D. FRANCISCO MANUEL MARÍN IBAÑEZ.**

**D. LUÍS ANTONIO CARBALLERA SIMÓN.**

**D. ROGER REDONDO ARGÜELLES.**

**S E N T E N C I A N U M . 00369/2013**

En la ciudad de Burgos, a diez de Septiembre de dos mil trece.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial, compuesta por los Magistrados expresados, ha visto en segunda instancia la causa procedente del Juzgado de lo Penal nº. 2 de Burgos, seguida por delito contra el derecho de los trabajadores, en concurso con un delito de homicidio por imprudencia grave, contra **Maximiliano**, cuyas circunstancias personales constan en autos, y como responsable civil directo la entidad aseguradora "**ASEMAS, MUTUA DE SEGUROS**", cuyas circunstancias sociales también constan en autos, representados ambos por la Procuradora de los Tribunales Dña. Elena Cobo de Guzmán y Pisón y defendidos por la Letrada Dña. Sara Martínez de Simón Santos, contra **Jose Ramón**, cuyas circunstancias personales constan en autos, y como responsable civil directo la entidad aseguradora "**MUSAAT, MUTUA DE SEGUROS**", cuyas circunstancias sociales también constan en autos, representado ambos por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Aparicio Álvarez y defendidos del Letrado D. Ignacio Sáez Sáenz de Buruaga, y contra **Concepción** y **Marcelina**, representadas ambas por el Procurador de los Tribunales D. David Nuño Calvo y defendidas del Letrado D. Fernando Vecino Pradal, en virtud de recursos de apelación interpuestos en vía principal por **Azucena**, **Gregoria**, **Ruth** y **Aurora** y **Francisco** y **Marcelino**, representados por el Procurador de los Tribunales D. Elías Gutiérrez Benito y asistidos del Letrado D. Eduardo Mozas García, y en vía adhesiva por el Ministerio Fiscal, figurando como apelados los acusados y responsables civiles primeramente reseñados; siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO MANUEL MARÍN IBAÑEZ.

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO.**

**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la primera instancia, expuestos en la sentencia recurrida.

El Juzgado de lo Penal del que dimana este rollo de Sala dictó sentencia en cuyos hechos probados se establece que: "sobre las 12:00 horas del día 26 de Noviembre de 2.004, **Aureliano**, de 48 años de edad, se encontraba trabajando a una altura de unos siete metros, colocando tabloncillos de aglomerado entre las vigas



de madera de la cubierta del tejado, sin hacer uso de arnés de seguridad, cuando resbaló, precipitándose al vacío y falleciendo en el acto.

El trabajador accidentado estaba vinculado contractualmente con Benito como albañil, con la categoría profesional de oficial de 1ª; se encontraba en la obra sita en la CALLE000 , nº. NUM000 , de la localidad de Tubilla del Agua, propiedad de las hermanas Concepción y Marcelina , quienes habían encargado a Benito la ejecución de rehabilitación y reforma de la vivienda unifamiliar de su propiedad, contratando igualmente ambas propietarias los servicios de los acusados Maximiliano y Jose Ramón , mayores de edad, sin antecedentes penales, arquitecto superior y arquitecto técnico respectivamente, como integrantes de la dirección facultativa de las obras, para el desarrollo y ejecución del proyecto.

Las obras se realizaron sin que el contratista Benito , que falleció en Noviembre de 2.006, realizara, con carácter previo a la ejecución de las obras, el preceptivo plan de seguridad y salud y sin que adoptara ninguna medida de seguridad para evitar el riesgo de caída.

Los acusados Maximiliano y Jose Ramón tenían concertados, a fecha del siniestro, respectivamente, póliza de seguros en las mercantiles "Asemas" y "Musaat".

**SEGUNDO.-** El Fallo de la sentencia recaída en la primera instancia, de 22 de Noviembre de 2.012 , dice literalmente: "Que debo absolver y absuelvo a Maximiliano y Jose Ramón del delito contra los derechos de los trabajadores, en concurso con un delito de homicidio por imprudencia grave, por el que venían siendo acusados, declarando de oficio las costas procesales.

Se dejan sin efecto cuantas medidas cautelares, personales o reales, se hubieran adoptado contra los mismos en esta causa".

**TERCERO.-** Contra dicha resolución se interpusieron recursos de apelación en vía principal por Azucena , Gregoria , Ruth y Aurora y Francisco y Marcelino y en vía adhesiva por el Ministerio Fiscal, alegando como fundamentos los que a su derecho convino, que, admitidos a trámite, se dio traslado de los mismos a las partes, remitiéndose las actuaciones a la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos, turnándose de ponencia y señalándose fecha para examen de los autos.

## II.- HECHOS PROBADOS.

**PRIMERO.-** Se consideran como probados los hechos recogidos como tales en la sentencia recurrida y que en la presente sentencia se reproducen en su integridad.

## III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**PRIMERO.-** Recaída sentencia absolutoria con los pronunciamientos recogidos en los antecedentes de hecho de la presente sentencia, se interpuso contra la misma recurso de apelación por Azucena , Gregoria , Ruth y Aurora y Francisco y Marcelino , fundamentado en: a) la concurrencia de error en la valoración que de la prueba practicada en el acto del Juicio Oral verifica; b) vulneración de preceptos legales; y c) no fijación de cuantía indemnizatoria.

A dicho recurso de apelación se adhirió el Ministerio Fiscal.

**SEGUNDO.-** Sostiene la acusación particular la existencia en la sentencia apelada de error en la apreciación de la prueba practicada en el acto del Juicio Oral y así señala en su escrito impugnatorio que en la sentencia algunas de las conclusiones de hecho obtenidas no cuentan con prueba que la sustente, habiéndose obviado aspectos sumamente relevantes que se pusieron de manifiesto en la vista y que corroboran el error denunciado, interesando la inclusión en el relato fáctico de la sentencia de los siguientes hechos probados:

1.- Que los acusados, Maximiliano y Jose Ramón pasaban semanalmente con el coche por Tubilla del Agua, población en la que se estaba realizando la obra, la cual se encontraba a pie de la carretera por la que circulaban, como decimos, todas las semanas los acusados. Señala la parte apelante que el apoyo fáctico y probatorio de ese hecho se encuentra en: a) el reconocimiento por los acusados y b) las declaraciones efectuadas en fase de instrucción por Doña Marcelina y por Doña Concepción .

2.- Que la obra, en el día en que ocurrió el accidente, llevaba al menos mes y medio en ejecución.

Impugna la valoración que de la prueba practicada verifica la Juzgadora "a quo" y establece que de la prueba practicada se desprende que la obra no contaba con el obligatorio plan de seguridad, como se desprende del informe elaborado por la Inspección de Trabajo, siendo que dicho plan, si bien debe ser realizado por el contratista de la obra, en todo caso deberá ser aprobado antes del inicio de la obra por el coordinador en materia



de seguridad salvo que, por el tipo de obra a ejecutar, no sea necesaria la designación de tal coordinador, en cuyo caso sus funciones son asumidas por la dirección facultativa. En el presente caso por Jose Ramón quien, al menos un mes antes de la fecha del accidente, ya había percibido cantidades en concepto de coordinación de seguridad y salud, además de por ejecución de la obra.

Dicho acusado, pese a conocer la inexistencia del plan y de las mínimas medidas de seguridad permitió que la obra se iniciara y continuara, sin que existan datos de que la obra se hubiera paralizado antes del día del accidente. Aún cuando la orden de paralización se hubiera emitido por el acusado, ello no enervaría su responsabilidad penal, pues estaba obligado a asegurarse a pie de obra de su cumplimiento, quedando acreditado que no se molestó en comprobar la paralización de la obra.

Con respecto a la orden de paralización sostiene la parte recurrente en apelación que la existencia de dicha orden solo es mantenida por los acusados y que el Libro de Órdenes fue firmado después del accidente, tal y como consta en la declaración instructora del contratista también acusado y fallecido durante la instrucción de la causa, declaración que fue leída en el acto del Juicio Oral.

En apoyo de sus manifestaciones señala la declaración testifical de Ángel Jesús , trabajador en la obra en la que el accidente se produce, quien refiere que el arquitecto no le dijo que había que parar las obras, y de Marcelina y Concepción , propietarias de la obra, quienes mantienen que, pese a que los acusados conocían el comienzo de la obra y la falta de medidas de seguridad, la obra no se paralizó.

Por su parte, el Ministerio Fiscal señala en su apelación que "la cuestión debatida en el acto del Juicio Oral es la de si los acusados conocieron y permitieron que las obras, en las que se produjo el accidente en el que falleció Aureliano , se iniciaran sin el preceptivo plan de seguridad y salud y sin medida alguna de seguridad para los trabajadores. Si la acusación hubiera probado lo anterior, los acusados serían responsables del accidente en su condición de integrantes de la dirección facultativa de la obra, más en el caso de Jose Ramón quien reconoció en su declaración no solo ser el coordinador de seguridad y salud, sino haber cobrado por ejercer esas funciones (...) la principal prueba de cargo que demuestra que los acusados conocían la iniciación de las obras es el testimonio de las dueñas del edificio que se estaba construyendo, esto es las hermanas Marcelina y Concepción (...) estos testimonios se desechan por la juzgadora a quo por que, según afirma ésta, son parte interesada, sin más valoraciones y sin precisar qué interés es éste (...) la sentencia recurrida no menciona, pudiendo hacerlo, un elemento de juicio importante, cual es la declaración prestada en fase de instrucción por el fallecido Sr. Benito en la que reconoció que había firmado haber recibido la orden de paralización en el Libro de Órdenes, en la que los acusados fundamentan su defensa, después de producido el accidente"

Las partes apelantes pretenden la revocación de una sentencia absolutoria y la sustitución de la misma por una sentencia condenatoria en segunda instancia, fundamentando su petición en la concurrencia de error en la valoración de la prueba y sin que en su escrito de apelación solicite la práctica en esta segunda instancia de prueba alguna que determine el error de valoración denunciado.

Esta falta de prueba en segunda instancia debe abocar a la ratificación de la sentencia absolutoria dictada por la Juzgadora de instancia, y ello al amparo de la doctrina emanada de las sentencias del Tribunal Constitucional nº. 167/02 y nº. 197/02 ; y las posteriores emitidas al amparo de las dos citadas. Así dicho Tribunal se ha pronunciado en el siguiente sentido: "cuando el Tribunal de apelación haya de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por quien sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal; precisando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debe ser oído por el Tribunal de apelación, especialmente cuando, como es aquí el caso, ha sido este órgano judicial el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal"

De tal forma que se ha estimado un recurso de amparo por el siguiente razonamiento: "teniendo en cuenta que la única prueba con que enervar la presunción de inocencia era la tan repetida testifical, y si la Audiencia por impedírsele los principios de inmediación y contradicción, no podía por sí misma valorar dicha prueba, al no haberse producido ante ella, es visto que su sentencia condenatoria carece del soporte probatorio preciso para enervar la presunción de inocencia del apelado absuelto".

Sin embargo, en relación con el ámbito de aplicación de la citada sentencia, conviene hacer las siguientes precisiones: "si el órgano de apelación puede proceder a revisar y corregir la valoración y ponderación que el órgano judicial de instancia había efectuado de las declaraciones de los acusados, sin verse limitado por los principios de inmediación y contradicción. O formulado en términos de más directa constitucionalidad, la cuestión es si en el contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías ( artículo 24.2 de la CE .), entre las que se integra la exigencia de inmediación y contradicción, puede encontrarse un límite



para la revisión de la valoración de la prueba por el órgano llamado a decidir del recurso de apelación", en un supuesto en que "nos hallamos ante una sentencia absolutoria en la primera instancia, que es revocada en la apelación y sustituida por una sentencia condenatoria".

En segundo lugar, que al analizar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la citada sentencia sostiene expresamente que "no se puede concluir (...) que como consecuencia de que un Tribunal de apelación esté investido de plenitud de jurisdicción, tal circunstancia ha de implicar siempre, en aplicación del artículo 6 del Convenio, el derecho a una audiencia pública en segunda instancia, independientemente de las cuestiones a juzgar".

Y, por último, que al resolver el caso concreto, destaca que, "la Audiencia Provincial debía conocer en el caso ahora considerado tanto de las cuestiones de hecho, como de Derecho, planteadas en la apelación, y pronunciarse en concreto sobre la culpabilidad o inocencia de los demandantes de amparo, absueltos en primera instancia del delito que se les imputaba, quienes en el acto del juicio habían negado que se hubieran cometido los hechos de los que se les acusaba. Además en este caso (...) debía valorar y ponderar las declaraciones inculpativas prestadas por éstos ante la policía y ratificadas ante el Juez de Instrucción, y las declaraciones exculpativas que realizaron en el acto del juicio, dependiendo de la valoración y ponderación de tales declaraciones la condena o absolución de los demandantes de amparo. En tales circunstancias es evidente que (...) el respeto a los principios de inmediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, exigían que el Tribunal de apelación hubiera oído personalmente a los demandantes de amparo, en orden a llevar a cabo aquella valoración y ponderación".

Se exceptúa cuando la condena no se fundamenta en una nueva valoración acerca de la credibilidad del propio acusado o de la prueba testifical, sino en la distinta valoración jurídica de un hecho documentado en los autos y de cuya existencia parte la sentencia de instancia al realizar la fundamentación jurídica".

De lo anteriormente expuesto se desprende:

1º) La libertad del Órgano "ad quem" para acordar de oficio, o a instancia de parte la celebración de vista.

2º) Acordada su celebración podrán practicarse en la misma, aquellas pruebas que la parte o partes apelantes, aleguen que han sido erróneamente valoradas por el Juez "a quo", pruebas que deberán solicitar la parte apelante, sin que el Tribunal "ad quem" pueda suplir de oficio su vacío petitorio, so pena de romper el equilibrio procesal de las partes contendientes y generar con ello indefensión a la parte que en primera instancia obtuvo en su favor sentencia absolutoria..

3º) La mera alegación de error en la valoración de las pruebas, cuando la sentencia de instancia haya sido absolutoria, no implica necesariamente que en la segunda instancia se hayan de practicar todas y cada una de las pruebas ya practicadas en la primera instancia.

4º) La segunda instancia, mediante el recurso de apelación, no puede derivar en un nuevo juicio o en una segunda oportunidad, practicándose de nuevo las pruebas realizadas en la primera instancia, dado que ello supondría convertir aquella en un nuevo juicio, perdiendo su verdadera función de revisión de los Hechos y Derecho aplicado por el Juez "a quo".

5º) Por todo ello la celebración de vista, con audiencia del acusado, o práctica de las pruebas, cuya apreciación errónea se alega al recurrir una sentencia absolutoria, tendrá siempre un carácter excepcional, pues lo contrario implicaría una derogación tácita del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y una utilización indebida del recurso de apelación, dado que no cabe reproducir las pruebas practicadas, sino practicarlas de nuevo, nos encontraríamos ante un nuevo juicio, y no ante una revisión del ya celebrado.

6º) Cuando el recurso tenga por objeto la procedencia de aplicar una norma jurídica o Doctrina Jurisprudencial, no será requisito estrictamente necesario (por mandato de las sentencias nº. 167 y nº. 197 de 2.002 dictadas por el Tribunal Constitucional) la celebración de vista en la segunda instancia.

La doctrina señalada no sufre modificación por la introducción de métodos de grabación audiovisual del Juicio Oral, estableciendo la sentencia del Tribunal Constitucional nº. 120/09 de 18 de Mayo establece que "han sido ya numerosas las ocasiones en las que este Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca de las garantías que deben concurrir para que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda ser condenado por un tribunal de apelación. En el presente caso la cuestión capital que se somete al juicio de este Tribunal consiste en dilucidar si un tribunal de apelación -mediante una valoración de pruebas de carácter personal discrepante de la efectuada por el Juez a quo, tras haber visionado la grabación audiovisual del juicio oral puede estimar un recurso de apelación interpuesto por error en la valoración de la prueba, fijando un nuevo relato de hechos probados que conduce a la condena de quien fue inicialmente absuelto (...) Pues bien, en nuestro Ordenamiento procesal las sentencias absolutorias son susceptibles de impugnación a través de los



recursos de apelación y casación, según los casos; y, deteniéndonos ahora en el recurso de apelación contra las sentencias dictadas por los Jueces de lo Penal, debemos destacar que el vigente artículo 790.2 LECrim . configura tres motivos de impugnación, que lo son comunes a las sentencias condenatorias y absolutorias: el quebrantamiento de las normas y garantías procesales, el error en la apreciación de las pruebas y la infracción de normas del Ordenamiento jurídico (...) en lo que ahora interesa, en la resolución del recurso de apelación la Audiencia Provincial de Madrid estaba vinculada por la doctrina fijada a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 167/02 de 18 de Septiembre , según la cual "en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción" (FJ 1 in fine) (...)

Se alude así una actividad procesal que ha de insertarse en la segunda instancia y que se identifica con una vista o audiencia, pública y contradictoria, en la que se realice el examen "directo y personal" -esto es, con inmediación- de las personas cuya declaración va a ser objeto de nueva valoración. Este examen "personal y directo" implica la concurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien se declara, pues la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara como en que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones.

Ahora bien, la conclusión precedente ha de completarse con dos consideraciones más, referidas ambas a la posibilidad de incorporar a la segunda instancia el contenido de la grabación audiovisual, en el marco de la vista o audiencia pública contradictoria. Un primer supuesto se produce cuando la declaración prestada en el juicio oral se reproduce, en presencia de quien la realizó, y éste es interrogado sobre el contenido de aquella declaración. Se fundamenta esta facultad del órgano judicial en que nuestro modelo actual de apelación es de naturaleza limitada o revisio prioris instantiae, esto es, de control sobre lo resuelto en la primera instancia y no de un novum iudicium, con repetición íntegra del juicio oral, por lo que la ausencia de inmediación respecto de las pruebas personales practicadas en la primera instancia no resulta obstativa de su valoración si, como dijimos en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 16/09 de 26 de Enero (FJ 5.b), tal déficit de viene compensado por la reproducción esencial de las mismas ante el nuevo órgano judicial que se dispone a su valoración, a través del contenido de los interrogatorios propios de la prueba testifical en apelación, o a través de la lectura del acta correspondiente, o por otro medio suficiente (como lo es, sin duda, la grabación audiovisual)- que permita su introducción en la nueva vista ante dicho órgano, que podrá apreciarlas en el marco de la nueva actividad probatoria y del debate al respecto, intervenir en relación con las mismas, y percibir la reacción del declarante acerca de su declaración previa, sea a través de una nueva declaración, sea negándose a la misma.

Una segunda consideración es la referida a que la proyección de las garantías de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad en la segunda instancia es susceptible de modularse en los mismos términos en los que pueda serlo en la primera instancia. En este sentido, hemos admitido la posibilidad de que las declaraciones prestadas en el juicio de primera instancia puedan ser valoradas por la correspondiente Sala -aunque falte en esta segunda instancia la inmediación y la contradicción, como consecuencia de imposibilidad de que el declarante acudiera a la vista de apelación- cuando su contenido pueda ser introducido oralmente en la segunda instancia a través de la lectura del acta correspondiente, o a través de los interrogatorios procedentes, o de otro modo suficiente que posibilite que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el juez o tribunal sentenciador (sentencia del Tribunal Constitucional 16/09 de 26 de Enero, FJ 6.b) (...).

La Audiencia Provincial entendió que, tras haber visionado la grabación audiovisual del juicio oral celebrado ante el Juez de lo Penal, estaba facultada para realizar una valoración de las pruebas de carácter personal practicadas en el dicho juicio, apreciando que el Juez a quo había incurrido en error al valorar tales pruebas, como consecuencia de lo cual procedió a fijar un nuevo relato de hechos probados que condujo a la condena de quienes habían sido inicialmente absueltos. Sin embargo, lo cierto es que la Sala quedó privada de la facultad de valorar de un modo distinto a como lo hizo el Juez de lo Penal las pruebas de carácter personal -desde el prisma de la credibilidad de los declarantes- al no haber convocado una vista o audiencia pública y contradictoria en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral de primera instancia, ni concurrir causa obstativa legalmente prevista de la comparecencia ante el Tribunal de tales personas. En consecuencia, al no haber respetado la Sala de apelación dicho límite, vulneró el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 de la CE ."

Es decir, El Tribunal Constitucional, en la sentencia transcrita de 18 de Mayo de 2.009 , anula la sentencia que condenó al recurrente por un delito contra la salud pública, sustituyendo la vista de apelación por el visionado de la grabación audiovisual del juicio realizada por el juzgado penal, entendiendo lesionado su derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. La Sala valora dicha grabación pero señala



que no puede desaparecer en los tribunales de apelación la garantía de inmediación. Afirma que cuando dichos órganos acuerden no celebrar vista oral deberán respetar la valoración que sobre la sinceridad de los declarantes hizo el juez que celebró el juicio, pudiendo revocarse su valoración oyendo personal y directamente a los declarantes, pero no visionando la grabación del juicio, a excepción de aquellos supuestos en los que la ley permite que se declare de otro modo, como es el caso de menores, víctimas de delitos sexuales, testigos que se encuentren en el extranjero, etc.

**TERCERO.-** La doctrina jurisprudencial anteriormente señalada es directamente aplicable al presente caso, máxime cuando lo que solicitan las partes apelantes es la modificación del relato de hechos probados realizado por la Juzgadora de primera instancia, sin que se solicite la práctica, ni se practique, prueba alguna ante este Tribunal en la que fundamentar dicha modificación. El Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de Junio de 2.012 nos dice al respecto que "como ha señalado recientemente la sentencia nº. 333/12 de 26 de Abril, tanto la doctrina de esta Sala ( sentencias del Tribunal Supremo nº. 1.013/10 de 27 de Octubre y 698/11 de 22 de Junio, entre otras), como la del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han establecido un criterio restrictivo respecto de la revisión peyorativa de las sentencias absolutorias que no afecta a la revisión estrictamente jurídica, pero si a la revisión fáctica.

Un ejemplo reciente de esta doctrina puede apreciarse en la STEDH. de 22 de Noviembre de 2 -011 (caso Lacadena Calero) al señalar el Tribunal que en un modelo de recurso que no permite la práctica de prueba ante el Tribunal revisor, como lo es el recurso de casación español, la modificación del relato fáctico en perjuicio del reo, que no pudo ser oído en la alzada, realizada a través de un nuevo análisis probatorio ("considerando de nuevo algunas evidencias presentadas en la primera instancia") vulnera el artículo 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Vulneración que no se produce cuando la revisión se limita a modificar la interpretación jurídica de los mismos hechos declarados probados por el Tribunal de instancia o en supuestos estrictos de infracción de ley indirecta del 849 2º.

Este criterio jurisprudencial que admite la modificación en casación o apelación de sentencias absolutorias en sentido condenatorio solo cuando la revisión se funda en la modificación de la subsunción jurídica, ha sido afirmado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencias como las de 10 de Marzo de 2.009 (caso Igual Coll); 26 de Mayo de 1.988 (caso Ekbatani); 21 de Septiembre de 2.010 (caso Marcos Barrios); o 16 de Noviembre de 2.010 (caso García Hernández), en las que se aprecia la vulneración del artículo 6,1º del CEDH. cuando la revisión condenatoria se realiza modificando la apreciación de los hechos, pero considerando "a contrario sensu" que es procedente la revisión de sentencias absolutorias aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata exclusivamente de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica, es decir de modificar la interpretación de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal de Instancia".

Por ello, no practicándose ante este Tribunal prueba nueva alguna que acredite el error valorativo alegado como fundamento de la apelación, procede mantener en su integridad los hechos considerados como probados por la Juzgadora de instancia, no apreciando esta Sala error alguno en la libre, racional y motivada valoración que de las pruebas practicadas en primera instancia verifica la Juzgadora "a quo", al amparo de lo previsto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estando asistida de los principios de inmediación y de contradicción de los que este Tribunal carece en apelación.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, para enervar la presunción de inocencia es preciso, no solo la existencia de una mínima actividad probatoria legalmente obtenida, sino que su contenido tenga entidad suficiente para construir enlace racional y ajustado a las reglas de la lógica deductiva entre el contenido del elemento probatorio seleccionado para sustentar el Fallo condenatorio y la convicción a la que llega el órgano sentenciador. La convicción de éste debe asentarse sobre una firme y sólida base fáctica y un lógico proceso argumental para obtener, aun por las vías indirectas de la deducción valorativa de los hechos, un juicio fundado que no rompa con la necesaria armonía que debe presidir todo proceso deductivo ( sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Septiembre de 1.990 ). Pues bien, una vez producida la actividad probatoria de cargo ante la Juzgadora de instancia en términos de corrección procesal, su valoración corresponde a la misma, conforme al artículo 741 de la LECrim.; dar más credibilidad a un testigo que a otro o decidir sobre la radical oposición entre denunciante y denunciado, es tarea de dicha Juzgadora que puede ver y oír a quiénes ante ella declaran ( sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Marzo de 1.986 ), si bien la estimación en conciencia no ha de entenderse o hacerse equivalente a cerrado e inabordable criterio personal e íntimo de la jueza, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas y directrices de rango objetivo.

Por todo ello, la credibilidad de cuantos se manifiestan en el Juicio Oral, incluso con un contenido distinto a lo que se expuso durante la instrucción, es función jurisdiccional que solo compete al órgano juzgador ( sentencias del Tribunal Supremo de 3 de Noviembre y de 27 de Octubre de 1.995 ). En el caso que ahora se somete a la consideración de esta Sala, la jueza "a quo" ha motivado sobradamente el por qué de su convicción de que los hechos se produjeron tal como se narran en el factum de la sentencia recurrida. Y como



se ha expuesto de forma constante constituye doctrina jurisprudencial reiterada la que señala que, cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación, como ocurre en el presente caso, es la valoración de la prueba llevada a cabo por la juzgadora "a quo", en uso de las facultades que le confiere el artículo 741 de la LECrim . y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio, debe partirse, como principio y por regla general, de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por la jueza ante la que se ha celebrado el juicio, núcleo del proceso penal, y en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción y oralidad, a través de los cuales se satisface la exigencia constitucional de que el acusado sea sometido a un proceso público con todas las garantías ( artículo 24.2 de la Constitución ), pudiendo la juzgadora de instancia, desde su privilegiada y exclusiva posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente sus resultados, así como la forma de expresarse y conducirse las personas que en él declaran en su narración de los hechos y la razón del conocimiento de éstos, ventajas de las que, en cambio, carece el Tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia. De ahí que el uso que haya hecho la jueza de su facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el juicio (reconocida en el artículo 741 citado) y plenamente compatible con el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia (sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de Diciembre de 1.985 ; 23 de Junio de 1.986 ; 13 de Mayo de 1.987 ; y 2 de Julio de 1.990 , entre otras), únicamente debe ser rectificado, bien cuando en realidad sea ficticio por no existir el correspondiente soporte probatorio, vulnerándose entonces incluso la presunción de inocencia, o bien cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error de la juzgadora "a quo" de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin el riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en los autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada.

Más concretamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido exigiendo, a fin de acoger el error en la apreciación de las pruebas, que exista en la narración descriptiva supuestos inexactos, que el error sea evidente, notorio y de importancia ( sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Febrero de 1.994 ), que haya existido en la prueba un error de significación suficiente para modificar el sentido del fallo ( sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Febrero de 1.994 ), lo que evidentemente no ocurre en el presente caso ya que la juzgadora de primera instancia ha razonado correctamente los motivos que le han llevado a considerar no desvirtuada la presunción de inocencia de los acusados.

Examinadas que ha sido por este Tribunal las diligencias probatorias practicadas en el acto del Juicio Oral y con los límites sobre la no modificación de hechos probados anteriormente señalados, ningún error se aprecia en la libre, racional y motivada valoración que de las pruebas realiza la Juzgadora de instancia.

**CUARTO.-** Las partes apelantes sostienen en sus recursos que la obra en la que falleció Aureliano había comenzado tiempo antes del accidente (mes y medio), conociendo este hecho ambos acusados; que en la obra no existían las medidas de seguridad adecuadas; que los acusados durante el tiempo transcurrido entre el inicio de la obra y el accidente mortal del 26 de Noviembre de 2.004, los acusados nunca ordenaron la paralización de la obra, si bien, subsidiariamente, añaden que, aun en el supuesto de que los acusados hubieran ordenado la paralización de la obra mientras se adecuaba la misma a las exigencias de seguridad y salud laboral, la responsabilidad de los acusados por el accidente seguiría viva al no haber vigilado que efectivamente la obra se encontraba materialmente parada a la espera de la adopción de medidas de seguridad.

Es cierto que de las pruebas practicadas en el acto del Juicio Oral se acredita la inexistencia de Plan de Seguridad y Salud específico para la obra y de la existencia de medidas de seguridad necesarias para salvaguardar la seguridad del trabajador durante el desempeño de su actividad laboral, pero de de ello no puede desprenderse la responsabilidad penal de los acusados, arquitecto superior y del arquitecto técnico, en la obra en la que el fatal accidente se produce.

En el acto del Juicio Oral comparecen los acusados Jose Ramón (arquitecto técnico o aparejador de la obra) y Maximiliano (arquitecto superior director de la misma).

Jose Ramón nos dice a preguntas del Ministerio Fiscal que en la obra realizó sus funciones como director de la ejecución, como coordinador de seguridad y salud no le dio tiempo; como director de la ejecución giró visita a la obra y junto con el director de obra paralizaron ésta; era la primera visita que realizaba a la obra, la cual no podía iniciarse al no tener todavía el acta de replanteo y plan de seguridad y su aprobación; estaba hecho el estudio de seguridad que acompaña siempre al proyecto, faltaba el plan de seguridad que corresponde elaborar al contratista principal y ser aprobado por el coordinador de seguridad, como en el presente caso, o por la dirección facultativa si no hubiera coordinador; el contratista no le presentó el plan de seguridad para que él, como coordinador de seguridad y salud, lo aprobara; se enteró que la obra se había iniciado por una llamada de la propiedad de la obra y del director de obra y por ello organizaron una visita para días después para esta obra y otras que tienen en la zona; el día 12 de Noviembre de 2.004, las hermanas Concepción Marcelina



se ponen en contacto con el director de obra y éste con él y organizan la visita para realizarla el miércoles día 17; cuando llegan a la obra no hay nadie, se les acerca una persona que se identifica como encargado de la obra, ven que, además de que falta la documentación necesaria para el inicio de la obra, lo ejecutado no se corresponde con lo proyectado; dan al encargado de obra y de forma verbal la orden de paralización de la obra, extiende la diligencia de orden de paralización en el Libro de Órdenes y el encargado no se la firma; ellos llevaron el Libro de Órdenes dado por el Colegio de Arquitectos porque estaba en su poder y quedó el Libro en el estudio del arquitecto para que fuese firmada la diligencia por el contratista; duda si éste firmó la diligencia de orden de paralización el día 18 o el día 19 de Noviembre, dijeron al encargado de la obra que el contratista se pasase por el estudio para firmarla y éste pasó y la firmó; en fechas 29 de Noviembre y 13 de Diciembre se firmó por el contratista otras diligencias en el Libro de Órdenes, esas diligencias posteriores fueron firmadas por el contratista en las fechas que en las mismas se indica; el Libro de Incidencias no se abrió porque no existía plan de seguridad; el Libro de Órdenes se lleva a la obra y queda en la obra cuando ésta se inicia, en el presente caso, al ordenarse la paralización de la obra, lo que se estaba haciendo era negar el inicio y por eso no estaba en la obra sino en el estudio (momentos 10:21:11 y siguientes de la grabación en DVD. del Juicio Oral que como acta audiovisual del mismo se incorpora a las actuaciones)

A preguntas de la acusación particular contesta que el día 17, cuando se gira la visita, no se había construido nada de la cubierta, no se había hecho ni el aglomerado para colocar sobre él las tejas, ni tan siquiera la estructura de la cubierta; había puntos en los que la altura al suelo superaba los dos metros, pero estaba protegido por un antepecho de fábrica de ladrillo que superaba el metro y medio de altura a lo largo de todo el perímetro del forjado que impedía la caída desde el tejado si no se sube al antepecho citado; no había ni plan ni medidas de seguridad, razón por la cual ordenaron parar la obra; no existía riesgo o peligro grave o inminente porque la obra había sido paralizada hasta completar la documentación necesaria, no existiendo peligro para los trabajadores si no se trabajaba en ella; cuando el contratista acude al estudio se le informa que tiene que elaborar el plan de seguridad y les dice que no tiene ningún problema en hacerlo; hasta el día 18 o 19 de Noviembre no habían visto al contratista; en el mes y medio anterior a la visita no recuerda si pasaron por la carretera a cuyo pie se encuentra la obra, lo que sí dice que si hubieran pasado y hubieran visto movimiento hubieran parado en la obra; el contratista fue al estudio por la tarde y firmó la diligencia de paralización de obra, no recordando con qué bolígrafo lo hizo; se pusieron en contacto con las propietarias de la obra en el viaje de vuelta a Burgos, el mismo día 17 de Noviembre, les comunicaron la paralización de la obra y los motivos, aunque él no habló personalmente con las hermanas Marcelina Concepción, con toda seguridad informaron a la propiedad antes de que el constructor firmara la diligencia de paralización; había cobrado con anterioridad al accidente cantidades dinerarias como coordinador de seguridad y salud, pero ello es porque antes de iniciar la obra percibe el 30 % del valor del trabajo a realizar durante la ejecución de la misma y ello a efectos de liquidar con la compañía aseguradora la prima del seguro del arquitecto técnico en la obra (momentos 10:30:44 y siguientes de la grabación en DVD. del Juicio Oral).

A preguntas de la defensa de las hermanas Marcelina Concepción manifiesta que, pese a la orden de paralización, el constructor no paralizó la obra; no volvió a la obra para comprobar la paralización porque el constructor y la propiedad ya conocían que la obra no podía seguir y el constructor se comprometió a paralizarla, no teniendo sospecha de que el constructor no le fuera a obedecer la orden de paralización; el día del accidente no habló con las hermanas Marcelina Concepción (momentos 10:52:40 y siguientes de la grabación en DVD. del Juicio Oral).

A preguntas de su defensa sostiene que una vez que se ha dado la orden de paralización de la obra el contratista tiene la obligación de cumplirla, no teniendo el arquitecto que notificar a la propiedad la paralización; el día 29 de Noviembre hay otra orden en el Libro de Órdenes por la que se reitera al contratista la obligación de paralizar la obra y se le informa nuevamente de los pasos a seguir para reiniciar la obra; el estudio de seguridad lo realiza el arquitecto, se lo da al contratista y éste debe realizar el plan de seguridad poniendo en relación el estudio con la valoración de riesgos propios de la obra en concreto, una vez realizado por el contratista el plan de seguridad lo debe presentar al coordinador de seguridad y éste deberá aprobarlo si es factible y suficiente para la obra en concreto a realizar, y una vez aprobado el constructor debe solicitar a la Junta de Castilla y León la apertura del centro de trabajo, necesitando para ello la aprobación del plan de seguridad (10:58:53 y siguientes).

Maximiliano señala que el día 12 de Noviembre tiene conocimiento de que se había iniciado la obra, al recibir un fax remitido esa mañana por la propiedad, que le llama inmediatamente después para decirle lo que le había mandado, entre ello una propuesta de materiales y una certificación de obra, hasta entonces no sabía que la obra se había empezado; ya en esa llamada se les indicó que no podían iniciar la obra al faltar documentación, entre ella el plan de seguridad; deciden girar visita a la obra, llegando sobre las 8 horas y no encuentran a nadie, por lo que vuelven sobre las 13:30 horas y en la obra encuentran a una persona que se identifica como un tal Dani y como el encargado de la obra; habían hecho un forjado de hormigón que no estaba en el proyecto y le dijeron que procedían a dar la orden de paralización; el tal Dani no les quiso firmar la orden de paralización, le



dijeron que se lo dijera al constructor para que pasase a firmarla; no había medidas de seguridad en la obra, pero tampoco había obreros; no notificaron a la Inspección de Trabajo la paralización de la obra porque no se hizo por existir riesgo, sino por el incumplimiento de todo lo que implica hacer una obra; con el constructor Benito hablaron por primera vez el día que fue a firmar al estudio la diligencia de paralización extendida en el Libro de Órdenes, volvieron a verle el día 29 de Noviembre, fue al estudio y firmó la orden de ese mismo día 29 (momentos 11:11:47 y siguientes de la grabación en DVD. del Juicio Oral)

A la acusación particular responde que cuando acuden a la obra el 17 de Noviembre, observan que han demolido la cubierta entera y retocado los muros, en lo que es su cesta, hasta el metro cincuenta aproximadamente, habían hecho un forjado de hormigón sobre el que había de madera y un revestimiento de ladrillo en su perímetro, dichos trabajos pueden ser realizados en unos diez u once días, dependiendo del número de obreros utilizados; él, en el viaje de vuelta a Burgos, se puso en contacto telefónico con las hermanas Marcelina Concepción y les dijo que había parado la obra (11:23:13 y siguientes).

A preguntas de la defensa indica que tras el accidente hubo una intervención de la Inspección de Trabajo, el día 29 de Noviembre le volvieron a reiterar la orden de paralización y pese a ello el contratista siguió realizando la obra; (11:32:54 y siguientes) y a preguntas de la defensa de las responsables civiles subsidiarias que (momentos 11:38:21 y siguientes).

De estas manifestaciones exculpatorias se desprende que:

1.- Las hermanas Marcelina Concepción contrataron con Jose Ramón , como arquitecto técnico o aparejador, y Maximiliano , como arquitecto superior, la realización de las obras de rehabilitación de la vivienda unifamiliar sita en la CALLE000 , nº. NUM000 , de la localidad de Tubilleja del Agua (folios 286 y siguientes de las actuaciones), encomendado las propietarias asimismo la realización material de la obra con Benito .

2.- Los arquitectos realizaron el correspondiente proyecto y el estudio de seguridad de la obra, asumiendo Jose Ramón las funciones de coordinador de seguridad y salud de la mencionada obra, para cuyo inicio debía de elaborarse por el contratista, Benito , el preceptivo plan de seguridad e higiene específico para la obra a partir del estudio de seguridad previamente redactado por Jose Ramón quien debía proceder a su aprobación antes del inicio de la rehabilitación proyectada.

Las obligaciones de unos y otros aparecen expresamente recogidas en el Real Decreto 1627/97 de de 24 de Octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción, señalando el artículo 4.2 que "el promotor estará obligado a que en la fase de redacción del proyecto se elabore un estudio de seguridad y salud en los proyectos de obras en que se den alguno de los supuestos siguientes:

- a) Que el presupuesto de ejecución por contrata incluido en el proyecto sea igual o superior a 75 millones de pesetas.
- b) Que la duración estimada sea superior a 30 días laborables, empleándose en algún momento a más de 20 trabajadores simultáneamente.
- c) Que el volumen de mano de obra estimada, entendiéndose por tal la suma de los días de trabajo del total de los trabajadores en la obra, sea superior a 500.
- d) Las obras de túneles, galerías, conducciones subterráneas y presas.

2. En los proyectos de obras no incluidos en ninguno de los supuestos previstos en el apartado anterior, el promotor estará obligado a que en la fase de redacción del proyecto se elabore un estudio básico de seguridad y salud".

El artículo 6.1 del mencionado Real Decreto establece que "el estudio básico de seguridad y salud a que se refiere el apartado 2 del artículo 4 será elaborado por el técnico competente designado por el promotor. Cuando deba existir un coordinador en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto de obra, le corresponderá a éste elaborar o hacer que se elabore, bajo su responsabilidad, dicho estudio", añadiendo los párrafos 2 y 3 del citado artículo el contenido de este estudio básico de seguridad y salud.

Una vez elaborado el estudio básico por el coordinador, en este caso por el acusado Jose Ramón , corresponderá al contratista elaborar el plan de seguridad y de salud específico para la obra que se va a ejecutar y, una vez elaborado por el contratista, el plan deberá someterse a la aprobación por parte del coordinador, tal y como prevé el artículo 7 del Real Decreto 1.627/97 al decir que "1. En aplicación del estudio de seguridad y salud o, en su caso, del estudio básico, cada contratista elaborará un plan de seguridad y salud en el trabajo en el que se analicen, estudien, desarrollen y complementen las previsiones contenidas en el estudio o estudio básico, en función de su propio sistema de ejecución de la obra. En dicho plan se incluirán, en su caso, las propuestas de



medidas alternativas de prevención que el contratista proponga con la correspondiente justificación técnica, que no podrán implicar disminución de los niveles de protección previstos en el estudio o estudio básico.

En el caso de planes de seguridad y salud elaborados en aplicación del estudio de seguridad y salud las propuestas de medidas alternativas de prevención incluirán la valoración económica de las mismas, que no podrá implicar disminución del importe total, de acuerdo con el segundo párrafo del apartado 4 del artículo 5.

2. El plan de seguridad y salud deberá ser aprobado, antes del inicio de la obra, por el coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra.

En el caso de obras de las Administraciones públicas, el plan, con el correspondiente informe del coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra, se elevará para su aprobación a la Administración pública que haya adjudicado la obra.

Cuando no sea necesaria la designación de coordinador, las funciones que se le atribuyen en los párrafos anteriores serán asumidas por la dirección facultativa".

De la prueba documental aportada a las actuaciones queda acreditado que los acusados, realizaron el proyecto de rehabilitación al que acompañaron el correspondiente estudio de seguridad y de salud (prueba documental obrante a los folios 96 y siguientes), no realizando el contratista Benito el Plan de Seguridad y Salud que debía ser aprobado por Jose Ramón como coordinador de seguridad y salud de la obra, como así expresamente reconoce el propio Benito en sus declaraciones instructoras (folios 57, 58 y 59 y 326 y 327) que fueron leídas en el acto del Juicio Oral (momentos 12:52:38 y siguientes de la grabación del Juicio, Vídeo nº. 2), al haber fallecido durante la instrucción de la causa .

El contratista tampoco había procedido a cumplir la obligación de organización de su sistema de prevención mediante la adopción de alguna de las modalidades establecidas en los artículos 30 y siguientes de la Ley 31/95 de 8 de Noviembre sobre Prevención de Riesgos y los artículos 10 y siguientes del R.D. 39/97 de 17 de Enero que aprueba el Reglamento de Prevención. Solo contrata la prestación del servicio ajeno de prevención y evaluación de riesgos con la empresa Sipre Consulting SL. el 29 de Noviembre de 2.004, es decir tres días después del accidente objeto de las presentes actuaciones. Por ambas actuaciones (no elaborar el plan de seguridad y salud para la obra que iba a ejecutar y no organizar el sistema de prevención y evaluación de riesgos) la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social levanta acta de infracción contra Benito (folios 65 y siguientes), calificando ambas conductas como infracciones graves que vulneran respectivamente los artículos 12.23, a ) y 12.15 del Real Decreto Legislativo 5/00 de 4 de Agosto (folio 68).

Al no haberse redactado por Benito el plan de seguridad y salud, éste incumple asimismo la obligación de aperturar el centro de trabajo, obligación establecida en el artículo 19 del Real Decreto 1627/97 ("la comunicación de apertura del centro de trabajo a la autoridad laboral competente deberá ser previa al comienzo de los trabajos y se presentará únicamente por los empresarios que tengan la consideración de contratistas de acuerdo con lo dispuesto en este real decreto. La comunicación de apertura incluirá el plan de seguridad y salud al que se refiere el artículo 7 del presente real decreto ").

Finalmente tampoco consta que las hermanas Marcelina Concepción , propietarias de la obra, notificasen el inicio de la misma, tal y como preveía el artículo 18 del Real Decreto 1627/97 , vigente en el momento del accidente y ahora derogado ("en las obras incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto, el promotor deberá efectuar un aviso a la autoridad laboral competente antes del comienzo de los trabajo").

Estos incumplimientos impedían que la obra pudiera iniciarse, correspondiendo al coordinador de seguridad y salud de la obra o al arquitecto director de la misma paralizarla si se hubiera dado comienzo a la misma sin haberse presentado y aprobado el plan de seguridad y salud, tal y como establece el artículo 14 del Real Decreto 1627/97 antes mencionado al señalar que "cuando el coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra o cualquier otra persona integrada en la dirección facultativa observase incumplimiento de las medidas de seguridad y salud, advertirá al contratista de ello, dejando constancia de tal incumplimiento en el libro de incidencias, cuando éste exista de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 13, y quedando facultado para, en circunstancias de riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores disponer la paralización de los tajos o, en su caso, de la totalidad de la obra".

La responsabilidad de los arquitectos en el accidente no nace por la falta del plan de seguridad, pues como ya hemos indicado dicho plan corresponde elaborarlo al contratista y no lo elaboró; ni por la no comunicación de apertura de centro de trabajo, competencia también del contratista que tampoco cumplimentó; ni por no dar aviso a la autoridad laboral del inicio de las obras, pues dicho aviso corresponde hacerlo al promotor de la obra sin que lo verificase. La responsabilidad del arquitecto superior y del arquitecto técnico nace si éstos hubieran tenido conocimiento del inicio de la obra sin cumplimentar los requisitos legales y especialmente sin haber sido elaborado por el contratista y aprobado por el coordinador de seguridad y salud el correspondiente



plan de seguridad, y, pese a ello, permitieran la continuación de la misma sin emitir la correspondiente orden de paralización de la obra hasta que no se hubiese aprobado el plan de seguridad y salud específico para ella.

En este punto los acusados sostienen que desconocían el inicio de la obra hasta que no tuvieron comunicación de las propietarias de la vivienda el día 12 de Noviembre de 2.004, al recibir de éstas un fax al que se acompañaba una propuesta de materiales y una certificación de obra. Ello provoca, según señalan ambos acusados, que varios días después, el 17 de Noviembre de 2.004, girasen una visita a la obra y, al observar que las mismas se habían iniciado, emitiesen la orden de paralización que hicieron constar en el Libro de Órdenes, orden de paralización que no fue notificada y firmada la diligencia correspondiente por el contratista hasta dos días después, al no haber hallado a Benito en la visita girada y haber dejado aviso para que compareciese al estudio de la dirección facultativa para la firma de la diligencia e información de las actuaciones que debía realizar para levantarse la suspensión o paralización.

Frente a estas manifestaciones se alza la declaración de las hermanas Marcelina Concepción en el acto del Juicio Oral y de la declaración instructora de Benito (folios 57 y siguientes y 326 y 327 de las actuaciones) que fue leída en el Plenario. Marcelina (momentos 12:07:37 y siguientes de la grabación en DVD. del Juicio Oral, vídeo nº. 2) y Concepción (momentos 12:28:45 y siguientes de la misma grabación y vídeo) refieren que las obras comenzaron en el mes de Octubre de 2.004 y que fue Marcelina quien lo puso en conocimiento de Maximiliano, aunque no llegan a precisar la fecha exacta de dicha comunicación y añaden que a finales de Octubre acudieron a Tubilla del Agua y vieron como se había desescombrado sin que estuvieran obreros trabajando en la obra ("estaba el solar, ni tan siquiera estaban trabajando" nos dice Marcelina en el acto del Juicio Oral).

Benito señala que él "no comunicó a la dirección facultativa ni a la Dirección de Trabajo el inicio de la obra porque es autónomo y no lo sabía" (folio 327), pero que las hermanas Marcelina Concepción sabían que la obra estaba en marcha, si bien añade que éstas no le dijeron que habían hablado con el arquitecto y aparejador.

Los tres indicados, contratista y hermanas propietarias de la obra, coinciden en manifestar que en ningún momento los acusados les informaron de la paralización de la obra, sin embargo se incorpora a las actuaciones el Libro de Órdenes en el que se recoge diligencia de paralización de obra levantada el día 17 de Noviembre de 2.004, diligencia que refrenda las declaraciones exculpatorias de los acusados en cuanto a la visita de la obra varios días después de recibir el fax, el día 12 de Noviembre de 2.004, con la certificación de obra, y en cuanto a la suspensión de la misma que dicen haber adoptado en dicha visita al comprobar que la obra se había iniciado sin elaborarse y aprobarse el plan de seguridad y salud. La existencia de la orden de paralización en el Libro de Órdenes indicado es una prueba objetiva que la parte apelante intenta desacreditar en base a las manifestaciones interesadas del contratista realizadas en fase instructora, al sostener el mismo que no se realizó la suspensión antes del accidente y que si bien reconoce como de su puño y letra la firma impuesta en la diligencia de suspensión de la obra existente en el Libro de Órdenes, dicha firma fue realizada posteriormente a la producción del accidente. Esta afirmación, vertida en su momento por quien tenía también la condición de imputado, no tiene apoyo en diligencia probatoria complementaria que le doten de una credibilidad más allá que la de intentar su exculpación y el paso de su responsabilidad penal a la dirección técnica de la obra. Por otro lado debemos tener en cuenta que la exculpación señalada se da por Benito en la declaración ampliatoria realizada el 14 de Diciembre de 2.005 (folios 326 y 327), sin que señale el medio coactivo por el que "le hicieron firmar" una diligencia de tal entidad que determinaba su exclusiva responsabilidad penal y la exculpación de los otros dos imputados. Nada indica en su primigenia declaración vertida el 2 de Febrero de 2.005 sobre tan importante extremo, la firma de la diligencia de suspensión en fecha posterior accidente (folios 57 y siguientes).

La diligencia de paralización obrante en el Libro de Órdenes es sometida a prueba pericial caligráfica documentada y realizada por los especialistas del Departamento de Grafística del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil, nº. NUM001 y nº. NUM002 (dictamen pericial obrante a los folios 501 y siguientes y no impugnado por las partes en el acto del Juicio Oral, tal y como consta en los momentos 13:43:28 y siguientes de la grabación del Juicio Oral en su vídeo nº. 3). En el informe pericial se concluye que "no es técnicamente posible determinar si los textos manuscritos de la página cuestionada, numerada en su pie derecho con el número 1, han sido realizados en el mismo o diferente acto escritural; las cuatro firmas relativas al "constructor", ofrecen las mismas respuestas a diferentes radiaciones de onda en el espectro de la luz infrarroja, y por tanto las cuatro firmas, o bien han sido realizadas con el mismo útil o con útiles que posean tintas de idénticas características". En cuanto a la fecha de estampación de esta cuatro firmas del constructor señala el informe que "no podemos pronunciarnos, toda vez que en este caso no es técnicamente posible su determinación. Finalmente sostiene que "en cuanto a la determinación de la posible coincidencia en fecha de los textos manuscritos con la estampación de las firmas relativas al constructor o si son anteriores o



posteriores a las mismas, debemos decir que, en el caso que nos ocupa, no es técnicamente posible determinar tales extremos".

No debemos olvidar que corresponde a la acusación la carga de la prueba de la comisión del delito y de los hechos en los que fundamente su imputación, siendo que, en el presente caso, la prueba pericial examinada no concluye que la firma de la diligencia del Libro de Órdenes en la que se acuerda la suspensión fuese realizada en fecha distinta a la que en la misma diligencia se hace constar y, en todo caso, posterior al accidente, es decir posterior al día 26 de Noviembre de 2.004, sin que sea suficiente para acreditar dicho extremo la mera declaración exculpatoria dada por el otro acusado, ahora fallecido, o por las propietarias de la obra que, no debemos olvidar, tienen la consideración de responsables civiles subsidiarios y a las que ninguna obligación de notificarles la suspensión tenían los arquitectos directores de la obra. Éstos tenían la obligación de notificarlo al contratista y éste a las propietarias.

La acusación particular implícitamente reconoce esta deficiencia probatoria de cargo y así en su recurso sostiene que, aunque existiese la orden de paralización "lo que se manifiesta a mero título dialéctico pues se duda de que tal orden fuera anterior en el tiempo al accidente, el simple curso de una orden de paralización no enervaría la responsabilidad penal del Sr. Jose Ramón , pues él mismo hubiera venido obligado a asegurarse de que tal orden hubiera sido cumplida estando a pie de obra. Por el contrario, de la propia dinámica del accidente se demuestra que el acusado, no sólo que no estaba a pie de obra constatando cómo la constructora cumplía con su obligación, sino que ni tan siquiera se había molestado en comprobar que la obra, pese a las deficientes medidas de seguridad existentes, no se había paralizado".

Sin embargo ello supondría llevar la responsabilidad criminal de los imputados hasta un límite inexigible legalmente. El artículo 14 del Real Decreto 1627/97 antes mencionado establece que "cuando el coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra o cualquier otra persona integrada en la dirección facultativa observase incumplimiento de las medidas de seguridad y salud, advertirá al contratista de ello, dejando constancia de tal incumplimiento en el libro de incidencias, cuando éste exista de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 13, y quedando facultado para, en circunstancias de riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores disponer la paralización de los tajos o, en su caso, de la totalidad de la obra". Una vez paralizada la obra por la dirección facultativa, corresponderá al constructor o contratista acatar dicha orden, asumiendo la responsabilidad que pudiera derivarse de su falta de acatamiento y no correspondiendo a la dirección facultativa un deber policial de verificar el cumplimiento material y continuado de la suspensión. El artículo 11 del RD. 1627/97 de 24 de Octubre establece que "1. Los contratistas y subcontratistas estarán obligados a: e) Atender las indicaciones y cumplir las instrucciones del coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra o, en su caso, de la dirección facultativa".

El perito Jesús , con la titulación de arquitecto técnico e ingeniero de edificación; técnico superior en prevención de riesgos laborales en las especialidades de seguridad en el trabajo, ergonomía y psicología, emite informe pericial que ratifica en el acto del Juicio Oral (momentos 13:44:41 y siguientes de la grabación en DVD. del Juicio Oral, vídeo nº. 3), y nos dice que "el incumplimiento de la normativa en si mismo no genera riesgo grave e inminente, ni siquiera tiene porque generar ningún tipo de riesgo para los trabajadores, por lo que la vigilancia del cumplimiento del mismo por parte de la dirección de la obra y la coordinación se reduce al requerimiento de la restauración de la legalidad de la obra mediante la redacción y aprobación de los documentos requeridos" (folio 992 de las actuaciones). En el acto del Juicio Oral el perito indica que, en el presente caso, al no existir un riesgo grave e inminente para los trabajadores, no es necesaria la notificación de la paralización a la Inspección de Trabajo, extendiéndose la diligencia de paralización en el Libro de Incidencias que se concede por el colegio profesional al iniciarse las obras y siempre que se haya aprobado por el coordinador el plan de seguridad y, en el presente caso, en el Libro de Órdenes que se concede por el Colegio de Arquitectos al presentarse el proyecto de la obra. No existe Libro de Incidencias al no haberse podido iniciar la obra por carecer de plan de seguridad y salud.

Por lo indicado, no habiendo solicitado prueba en esta segunda instancia que acredite el error de valoración probatoria alegada por los recurrentes en apelación, procede ratificar la sentencia absolutoria dictada en primera instancia, preservando en todo caso el principio de presunción de inocencia y, subsidiariamente, el de "in dubio pro reo" que a los acusados ampara, sin que por ello sea necesario ni procedente abordar el resto de los alegatos impugnatorios sostenidos por los apelantes.

**QUINTO.-** Desestimándose como se desestiman el recurso de apelación interpuestos en vía principal por Azucena , Gregoria , Ruth y Aurora y Francisco y Marcelino , procede imponer a dicha parte recurrente la mitad de las costas procesales que se hubieren devengado en la presente apelación, en virtud de lo previsto en los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del criterio objetivo del vencimiento aplicable a la interposición de recursos ( artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ).



Desestimándose como se desestima el recurso de apelación interpuesto por vía adhesiva por el Ministerio Fiscal, procede declarar de oficio la otra mitad de las costas procesales devengadas en la presente apelación, al estar el Ministerio Fiscal por ley exento del pago de costas procesales.

Por todo ello, este Tribunal, administrando justicia en el nombre del Rey, dicta el siguiente:

#### **FALLO.**

Que **DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** los recursos de apelación interpuestos en vía principal por Azucena , Gregoria , Ruth y Aurora y Francisco y Marcelino y en vía adhesiva por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez Sustituta del Juzgado de lo Penal nº. 2 de Burgos, en su Procedimiento Abreviado nº. 322/11 y en su fecha de 22 de Noviembre de 2.012, y **ratificar** en todos sus pronunciamientos la referida sentencia, con imposición a la parte recurrente formada por Azucena , Gregoria , Ruth y Aurora y Francisco y Marcelino de la mitad de las costas procesales devengadas en la presente apelación, declarando de oficio la otra mitad de las costas procesales correspondiente al Ministerio Fiscal.

Esta sentencia es firme por no haber contra ella más recurso, en su caso, que el extraordinario de revisión. Únase testimonio literal al rollo de Sala y otro a las diligencias de origen para su remisión y cumplimiento al Juzgado de procedencia, que acusará recibo para constancia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos y firmamos.

**E/**

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO MANUEL MARÍN IBÁÑEZ, Ponente que ha sido en esta causa, habiendo celebrado sesión pública la Sección Primera de la Audiencia Provincial de esta capital en el día de su fecha. Doy fe.