



DIARIO DE LAS AUDIENCIAS

Y DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

EL DERECHO EDITORES, S.A.U., EDIFICIO EL DERECHO Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: EVARISTO MOLINE

Año XII. Número 554

Madrid, viernes 5 de octubre de 2007



Jdo. 1ª Instancia
CIVIL

2007/28879

Juzgado de Primera Instancia de Salamanca, Nº 4, Sentencia 11 abril 2007.
Ponente: D. Luis Aurelio Sanz Acosta

Improcedente reclamación de la SGAE referida a la llamada "música libre"

El Juzgado desestima la demanda presentada por la SGAE en reclamación de cantidad por el incumplimiento por el demandado de su obligación de pago del precio tarifado por la comunicación pública de las obras de los autores que gestiona.

Distingue el juzgador las licencias "creatives commons" originadas por las nuevas posibilidades que ofrece el auge de un movimiento denominado de "música libre", relacionado con la expansión de Internet como medio de distribución musical. En el supuesto de autos, no ha quedado acreditado que la música escuchada en el local del demandado sea la gestionada por la entidad demandante como tampoco que todos los temas escuchados sean amparados por las citadas licencias pero exigir dicha prueba, en esos términos de exhaustividad, sería exigir una prueba tan diabólica como la que resultaría de forzar a la SGAE a que pruebe que todas y cada una de las obras comunicadas en dicho local son de autores cuya gestión le ha sido encomendada.

El reconocimiento judicial del "copyleft"

Por D. JORGE ORÍA
Abril Abogados

COMENTARIO a la SJdo. 1ª Instancia núm. 4 de Salamanca, 11 abril 2007, publicada en este número del **Diario de las Audiencias** (2007/28879), pág. 1

I. Introducción

La evolución de las nuevas tecnologías y la libre accesibilidad y disponibilidad de contenidos que supone, está motivando novedosos cambios en tipos contractuales y en

especial, en la gestión de derechos de propiedad intelectual, frente a los que el Poder Judicial ya no puede permanecer impasible.

En efecto, de un tiempo a esta parte, estamos asistiendo con agradable

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por la demandante acción de reclamación de cantidad, fundada en el incumplimiento por el demandado de su obligación de pago del precio tarifado por la comunicación pública de las obras de los autores gestionadas por la Sociedad General de Autores y Editores, todo ello al amparo de lo dispuesto en los artículos 2, 17 y 20 de la Ley de Propiedad Intelectual.

SEGUNDO.- El artículo 2 de la Ley 12 de abril de 1996 de Propiedad Intelectual establece que la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la ley.

Por lo que se refiere a los derechos de explotación, el artículo 17 del referido texto legal, concreta que corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente ley.

El derecho de comunicación pública se define en la Ley como todo acto por el cual una pluralidad de

satisfacción a una redefinición vía sentencia del omnímodo poder de las sociedades de gestión de derechos, en especial la SGAE.

A continuación comentamos varias sentencias que, en síntesis, admiten que aquellas obras protegidas con cláusulas denominadas de Copyleft **no se encuentran dentro del repertorio de la SGAE.**

SUMARIO

COMENTARIO

El reconocimiento judicial del "copyleft". Por D. Jorge Oría 1

AP

PENAL

Determinación coactiva a la prostitución 5

TSJ

ADMINISTRATIVO

Autorización de entrada en domicilio para ejecución forzosa de proyecto de parcelación 9

SOCIAL

Sanción administrativa por falta de medidas de seguridad en accidente laboral 10

Jdo.

CIVIL

Improcedente reclamación de la SGAE referida a la llamada "música libre" 1

Reclamación improcedente de la SGAE 4

RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

INTERNET
http://www.elderecho.com
e-mail: clientes@elderecho.com

personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, excluyéndose la comunicación que se celebra dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo, todo ello tal y como establece el artículo 20 de la Ley.

TERCERO.- Es un hecho notorio que la SGAE gestiona los derechos

de propiedad intelectual de gran número de autores, además de los derivados de los contratos de reciprocidad concertados con otras entidades de gestión de todo el mundo.

A partir de aquí, es clara e indiscutible la legitimación de la SGAE para reclamar los derechos de explotación por comunicación pública de las obras de dichos autores.

Una visión simplista de las normas sobre la carga de la prueba, podría conducir a exigir que, en todo caso, la SGAE probara, una a una, que las obras comunicadas por los demandados pertenecen precisamente al repertorio gestionado por dicha entidad.

Sin embargo, es evidente que de entenderse así las cosas se estaría condenando a la SGAE a una auténtica prueba diabólica.

Exigir que la SGAE pruebe que todas y cada una de las obras musicales utilizadas en el recinto de los demandados están dentro de su repertorio, implicarla la necesidad de su previa identificación y ello conllevarla, por su imposibilidad o gran costo, la ineficacia del sistema de protección establecido en la Ley, y convertirlo en la práctica en irreal, resultando defraudados los intereses generales en la protección de la pro-

Puesto que el objeto de este breve artículo es realizar un comentario general de la tendencia jurisprudencial que se viene observando, únicamente nos referiremos a las sentencias más representativas sobre el tema hasta la fecha, articulando nuestro análisis en torno a tres puntos:

II. La capacidad atribuida a la SGAE

En primer lugar y puesto que estamos hablando de un supuesto conflicto entre los derechos que determinadas personas jurídicas gestionan (en concreto la Sociedad General de Autores de España, SGAE) y aquellos que los artistas se reservan para sí o no ceden a aquellas, se hace imprescindible recordar brevemente la competencia atribuida a estas, denominadas legalmente "sociedades de gestión".

Como todas las sentencias recuerdan, la SGAE se encuentra plenamente legitimada en virtud del artículo 150 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) para "ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente".

Y es que todos los procedimientos comentados se reducen a una misma reclamación: la satisfacción de una indemnización por comunicación pública no autorizada de obras gestionadas por la SGAE.

III. La legitimación de la SGAE

A pesar de que no hay duda de que la SGAE está plenamente legitimada para iniciar toda clase de procedimientos administrativos y judiciales en defensa de los derechos que colectivamente gestiona, habrá de entenderse la cualidad de que habla el art. 150 TRLPI como legitimación en el sentido procesal de "capacidad" de ser parte.

Siendo indiscutible pues su capacidad procesal, en lo que se refiere a la legitimidad, esta también ha venido siendo definida por la jurisprudencia. Así, como las sentencias se encargan de aclarar (vid. por todas Sentencia 12/2006 Mercantil 5 de Madrid, Fdto Jco. Segundo y Tercero), esta legitimación sobre la pretensión ejercida en el proceso (la reclamación de cantidad) se basa en una **presunción iuris tantum**, y como tal puede ser destruida por prueba en contrario. La existencia de esta como ya se ha aclarado, se deriva de un eminentemente espíritu pragmático, cada vez más necesario habida cuenta de la proliferación progresiva de medios de difusión culturales.

Es importante destacar que todas las sentencias referidas giran en torno a la misma cuestión: la destrucción de dicha presunción de legitimación.

IV. La probatio diabolica y la reserva de derechos

Como bien indica su nombre, la presunción es una ficción jurídica que atribuye unas consecuencias jurídicas a un hecho o derecho determinados, por el mero hecho de existir y sin necesidad de prueba. Pudiendo ser probada de contrario, como en el caso que nos ocupa, será el demandado al cual se le reclama la cantidad debida por una supuesta comunicación pública de obras protegidas quien deba demostrar que las obras así difundidas no se encuentran dentro del repertorio de SGAE.

Naturalmente, son varios los elementos que concurren y que obligan a matizar esta afirmación:

a) El catálogo de obras de la SGAE es ingente (más de tres millones de piezas)

b) La necesidad de que la gestión y administración de estos derechos sea directa y expresamente licenciada a SGAE mediante contrato

c) La irrupción de licencias COPYLEFT, en particular las de tipo "Creative Commons"

d) La proliferación de medios de difusión alternativos a los canales habituales (Internet)

Y es que sin duda, a la luz de estos elementos, se necesita de una presunción para poder controlar de forma eficiente y justa los derechos de autor.

¿En que consiste esta presunción que viene siendo aplicada de manera rutinaria por los Jueces y Tribunales?. En entender que la SGAE, en principio, es la gestora de los derechos sobre las obras reproducidas y que será el demandado quién tendrá que probar que no es así.

Ahora bien, la cuestión no es pacífica y puesto que puede generar el riesgo de encomendar una **probatio diabolica** al demandado, las sentencias a las que nos referimos han matizado también esta actividad probatoria de contrario, generando un equilibrio entre las partes:

a) La necesidad de acreditar la identidad de todas y cada una de las obras protegidas – difundidas es considerada diabólica para ambas partes

b) La presunción se aplica también al demandado: puede aprovecharse de una presunción para defenderse. Bastaría con acreditar que difunde de manera mayoritaria obras que no se incluyen en el repertorio de la SGAE

c) Las obras con licencia COPYLEFT (entre las que se incluyen las tipo Creative Commons) **no se encuentran en el repertorio de la SGAE y por tanto esta no puede reclamar derecho alguno sobre ellas**

d) La estrategia procesal de los demandados se está concretando (tal y como el art. 150 únicamente les autoriza a fundamentar su oposición a la pretensión de la SGAE) en alegar falta de autorización del autor a la sociedad de gestión

V. Conclusión

En un mundo que cuenta con cada vez más medios de creación y difusión de la cultura, donde la obra aparece cada vez más en forma de consumo inmediato, las soluciones decimonónicas de gestión de derechos mediante sociedades de gestión colectiva, están revelando las dificultades de adaptarse a esta evolución.

Constituyendo el mejor ejemplo de libertad económica que el autor puede disponer, las obras cedidas bajo licencia copyleft no suponen un riesgo o un menoscabo de la creatividad o la difusión de la cultura como erróneamente parecen sugerir las sociedades de gestión colectiva. Al contrario, los autores son un poco más libres de, a la luz de cómo avanza la demanda del mercado y cómo evolucionan las tecnologías, elegir cuál es el mejor método de gestión que, según ellos, les permitirá rentabilizar y explotar su creación, su obra.

Afortunadamente y sin que ello pueda ser visto como una agresión a la existencia de las sociedades de gestión *per se* (sino más bien a su modelo de negocio), los Jueces y Tribunales comienzan a reconocer una realidad que día a día se va revelando como una fuerte alternativa al cuasi monopolio actual de dichas entidades.

iedad intelectual que justifica la concesión de esa gestión colectiva.

Por ello, se insiste, la jurisprudencia señala que ello sería imponer una probatio diabólica (SAP de Cantabria de 16/6/2001 con cita de la STS de 29 octubre 1999).

De esta forma, se ha venido sosteniendo con cierta uniformidad por nuestros tribunales fórmulas presuntivas que, en cierto modo, producen una cierta inversión de la carga probatoria basada en el criterio de facilidad de la prueba que se establece en el artículo 217 de la LEC.

Así, por ejemplo, se sostiene en la doctrina de las Audiencias Provinciales que la mera existencia de un aparato de televisión o de una radio o equipo de música, en un establecimiento abierto al público, como un servicio más que se presta a la clientela, genera una presunción iuris tantum de utilización de los mismos de forma habitual y a todo evento, con la consiguiente posibilidad de ejecución de actos de comunicación pública de obras gestionadas por la SGAE y objeto de propiedad intelectual (así, sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 20ª de 5 de mayo de 1993, de la Sección 21ª de 25 de junio de 2002 de la Audiencia Provincial de Orense; de la Sección 13ª de 29 de octubre de 2004).

Es expresiva de esta tendencia jurisprudencial la SAP de Madrid de 25 de junio de 2002 que, a este respecto, señala que "Existe una presunción de comunicación pública, que provoca la inversión de la carga de la prueba, por lo que el demandado es quien debería probar los hechos desvirtuadores de la acción ejercitada.

Esta inversión de la carga de la prueba se ha venido entendiendo en esa materia antes de la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 enero 2000, así en SAP de Madrid Sección 2.ª de 5 mayo 1993, SAP de Palencia de 21 octubre 1993, entre otras, y tras la referida fecha, y aplicando el precepto antes referido, artículo 217 LEC, la conclusión a la que se llega es la misma, porque se llame inversión de la carga de la prueba, o mayor facilidad probatoria lo cierto es que era el demandado quien tenía que probar que no estaba explotando derechos de autor, o que los que explotaba no estaban cedidos a la actora, o que estaba pagando por esa actividad a un particular o a otra entidad, para que al amparo de ello la demandante probara que esos derechos eran gestionados por ella, en su caso".

Ahora bien, estamos en presencia de una presunción iuris tantum que, por ello, admite prueba en contrario.

En concreto, podría desvirtuarse la presunción, si el demandado acreditara que las obras musicales objeto

de comunicación pública no forman parte del repertorio gestionado por la SGAE, siendo, por el contrario, de autores que no han encomendado a dicha entidad la gestión de sus derechos de propiedad intelectual sobre sus obras.

Hasta fechas recientes, esa posibilidad de desvirtuar la presunción se tornaba ciertamente difícil, dada la ingente cantidad de obras gestionadas por la SGAE, bien a consecuencia de contratos estipulados directamente por los autores con la SGAE o a través de los contratos de reciprocidad concertados con otras entidades de gestión de todo el mundo, todo lo que ha generado hasta ahora la sensación de que la SGAE tiene un derecho a la gestión exclusiva del repertorio universal de las obras musicales obras musicales.

Sin embargo, en los últimos tiempos esta alcanzando en nuestro país cierto auge un movimiento denominado de "música libre", muy relacionado con la expansión de Internet como medio de distribución musical.

De un modelo de difusión de los contenidos musicales limitado a la venta y el alquiler de ejemplares, controlado por la industria de contenidos, se ha pasado a un modelo casi ilimitado, gracias a la difusión global que proporciona Internet, ámbito en el que los propios creadores, sin intermediación de la industria, pueden poner a disposición de los usuarios de Internet, copias digitales de sus obras.

Este fenómeno ha originado la concurrencia o coexistencia de diferentes modelos de difusión de contenidos en relación a las nuevas posibilidades ofrecidas por Internet:

a) el tradicional, basado en la protección de la copia ("copyright"), que busca una restricción del acceso y uso del contenido "on line", recurriendo a formulas negociales de carácter restrictivo y medidas tecnológicas de control de accesos, que se subsumen en los llamados "Digital Rights Management".

b) Un modelo que proporciona acceso libre "on line" a los contenidos, permitiendo en ocasiones el uso personal de los mismos (modelos de licencia implícita) y, en otros supuestos, la difusión libre de la obra, su transformación e incluso su explotación económica, con la única condición de citar la fuente.

Se trata de los modelos de dominio público y de licencias generales (General Public License), como son, por ejemplo, las licencias "creative commons", algunas de las cuales incluyen la cláusula "copyleft".

Con la cláusula "copyleft" el titular permite, por medio de una licencia pública general, la transformación o modificación de su obra, obligando al responsable de la obra

modificada a poner la misma a disposición del público con las mismas condiciones, esto es, permitiendo el libre acceso y su transformación.

Con las licencias creatives commons, el titular del derecho se reserva la explotación económica puede impedir transformaciones de la misma.

Por tanto, debe distinguirse las licencias creatives commons de la cláusula "copyleft".

En ocasiones, habrá licencias "creatives commons" que incluyan la cláusula "copyleft".

En todo caso, este modelo parte de la idea común de pretender colocar las obras en la Red para su acceso libre y gratuito por parte del público.

Sus partidarios lo proponen como alternativa a las restricciones de derechos para hacer y redistribuir copias de una obra determinada, restricciones que dicen derivadas de las normas planteadas en los derechos de autor o propiedad intelectual.

Se pretende garantizar así una mayor libertad, permitiendo que cada persona receptora de una copia o una versión derivada de un trabajo pueda, a su vez usar, modificar y redistribuir tanto el propio trabajo como las versiones derivadas del mismo.

Se trata, sostienen los partidarios de este modelo, de otorgar al autor el control absoluto sobre sus obras, y surge como respuesta frente al tradicional modelo del copyright, controlado por la industria mediática.

CUARTO.- De las manifestaciones de ambas partes se deduce que la discrepancia, que constituye así el centro u objeto básico del litigio, estriba en si en el local de D. Juan Pablo, denominado "B.", sito en la calle A., núm. ...7 y mediante el equipamiento instalado al efecto, el demandado viene haciendo uso o no del repertorio de obras gestionado por la SGAE, acto de comunicación pública para el que no contarla con la previa y preceptiva autorización de la demandante.

En la demanda, más allá de afirmar tales hechos, no se especifica el tipo de aparato utilizado para la comunicación pública de las obras musicales.

Dicho aparato tampoco se describe en el acta de visita de la representación de la SGAE de fecha 4 de noviembre de 2006, que se acompaña como documento número dos de la demanda, en la que únicamente se hace referencia a un "aparato reproductor de música en la modalidad de amenización con carácter necesario".

El informe del Detective Privado de la agencia "Detectives I.", aportado como documento núm. 4 de la demanda, se hace inexpressiva referencia a un "equipo de música", sin

especificar de que tipo de aparato se trata y sin que se tomaran fotografías del mismo, a pesar de que si se acompañan diversas fotografías del local.

Eso si, en dicho informe, se indica que "la música que suena es de actualidad", sin que tal expresión revele necesariamente que sea de autores gestionados por la SGAE.

Para terminar, el mencionado informe acompaña un CD, grabación de la visita del detective que, sorprendentemente, no se refiere al Bar "B.", sino a otro establecimiento denominado "M.", hasta tal punto ajeno a este litigio que fue renunciado como prueba en el acto del juicio.

Frente a este pobre resultado probatorio, el demandado ha logrado probar que en su local no hay un aparato convencional de música, sino dos ordenadores, un amplificador y altavoces, desde el que se descargan o bajan música de Internet.

Al tiempo, la demandada propuso cuatro pruebas testificales: una de ellas encaminada a acreditar la existencia del ordenador en el local, por quien se lo vendió e instaló al demandado, D. Marcelino y tres testigos, dos de ellos clientes habituales del local, D. Isidro y D. Fernando y otro camarero del bar, D. David que han dado fe de que en el mismo se escucha música de la denominada, "de vanguardia", "alternativa" o "libre", no de los circuitos comerciales, de autores que cuelgan la misma en Internet y que permiten su uso y comercialización, no estando sus obras gestionadas por la SGAE.

El demandado ha logrado así probar que posee capacidad técnica para crear música y acceder a ella a través de medios informáticos.

Ciertamente, de lo actuado no puede decirse que se haya probado que todas y cada una de las obras musicales que se comunican públicamente en el local del demandado sean temas cedidos gratuitamente por sus autores a través de licencias creatives Commons, pero exigir dicha prueba, en esos términos de exhaustividad, sería exigir una prueba tan diabólica como la que resultaría de forzar a la SGAE a que pruebe que todas y cada una de las obras comunicadas en dicho local son de autores cuya gestión le ha sido encomendada.

Pero es que además no podemos olvidar que el centro del litigio no es que el demandado haya hecho o comunicado música cedida a través de las licencias creatives commons, sino si ha usado de música procedente de autores que hayan confiado a la SGAE la gestión de los derechos dimanantes de sus obras, siendo esta quien reclama.

Lo que si supone la prueba de la utilización de música bajo licencia

Creative Commons por el demandado es que el mismo ha tenido acceso y reproducido a una gran cantidad de obras que no están bajo la gestión de la SGAE.

A partir de aquí, dicha prueba tiene la consecuencia de romper la presunción de que la música comunicada en su establecimiento debía corresponder al menos parcialmente a obras gestionadas por la SGAE.

Destruída la presunción, es a la actora, a la SGAE, a quien corresponde probar que se reproduce en el local la música por ella gestionada.

Pues bien, así las cosas, es evidente que la prueba de la SGAE ha sido escasa e irrelevante.

De la declaración de la agente de la SGAE, nada en concreto se prueba a este respecto, pues nada se le preguntó al efecto.

Del informe del detective y su declaración en el acto del juicio nada se deduce tampoco sobre esta cuestión.

De la grabación poco hay que decir al referirse a otro local.

Del informe del detective privado y su ratificación tan sólo se acredita que se reproduce música en el local, pero no que se reproduzcan concretas obras gestionadas por la Sociedad General de Autores y Editores.

Por todo ello, debe desestimarse la demanda.

QUINTO.- En materia de costas dispone el artículo 394 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil que "en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares."

Conforme a lo indicado y en atención a lo resuelto procede imponer las costas de este procedimiento a la actora.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación, en nombre de su SM. el Rey y por el poder que me confiere la Constitución,

FALLO

Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Nieto Estella, en nombre y representación de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) debo absolver a D. Juan Pablo de los pedimentos contra él formulados, con expresa imposición de costas a la actora.

La presente sentencia no es firme y contra la misma cabe recurso de Apelación ante la Ilustrísima Audiencia Provincial de Salamanca, que habrá de interponerse en el plazo de los cinco días siguientes a su notificación y prepararse ante este mismo Juzgado conforme a los dispuestos en los artículos 457 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.

Notifíquese esta resolución a las partes, cuyo original quedará registrado en el Libro de sentencias quedando testimonio de la misma en estos autos.

Así lo acuerdo, mando y firmo. Luis Sanz Acosta.

2007/79512

Juzgado de Primera Instancia de León, Nº 8, Sentencia 3 julio 2007. Ponente: Dª Ana Belén San Martín Castellanos

Inaplicación de la presunción "iuris tantum"

Reclamación improcedente de la SGAE

Se presenta demanda por la SGAE por la reproducción de música de su repertorio en el bar de la entidad demandada sin la correspondiente autorización.

Señala el Juzgado que no se puede aplicar al caso de autos la presunción "iuris tantum" declarada por la mayoría de las Audiencias que señala que "la mera existencia de un aparato de televisión en un establecimiento abierto al público, representa un servicio más que se presta a los asociados o a la clientela, y genera una presunción "iuris tantum" de utilización de los mismos de forma habitual y a todo evento, con la consiguiente efectiva posibilidad de ejecución de actos de comunicación pública de obras gestionadas por la SGAE y objeto de propiedad intelectual". En el caso de autos, si embargo, no ha acreditado los hechos constitutivos de su demanda que lleva a desestimarla.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la Sociedad General de Autores y Editores se ha interpuesto demanda, ejercitando una acción indemnizatoria de daños y perjuicios contra D. Eduardo. Funda el hecho de su pretensión, cuantificada en la suma de 998,25 euros, que el demandado, sin autorización, ha llevado a cabo actos de comunicación pública de obras musicales mediante un equipo de música que tenía instalado en su local denominado "Pub C.", desde, al menos, el mes de junio de 2004, fecha en la que el re-

presentante de zona de la SGAE se persona, en el establecimiento público antes mencionado, comprobando tanto la existencia de aparatos, como la utilización de los mismos para la comunicación de obras intelectuales gestionadas por la actora, poniéndole de manifiesto que para llevar a cabo dicha comunicación pública era preciso que obtuviese la correspondiente autorización (acompaña como Doc. núm. 4 Acta de Inspección realizada en el establecimiento público del demandado por el representante de zona y, como Doc. núm. 5, Informe de Investigador sobre el citado establecimiento.

Solicita la indemnización correspondiente por el periodo infractor comprendido entre el mes de junio de 2004 hasta el mes de diciembre de 2004, ambos incluidos, y enero y febrero de 2005 ascendiendo a la cantidad de 998,25 euros, conforme a la liquidación (Doc. núm. 6), optando por la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la Comunicación pública y explotación.

El demandado se ha opuesto a la demanda, alegando, con carácter previo, la falta de legitimación de la actora por aportar unos Estatutos Sociales de la SGAE de 1999 que no se encuentran vigentes ya que los actuales se encuentran aprobados por Resolución del Ministerio de Cultura de 29 de julio de 2004, tal como previene el artículo 150 de la LPI, así como la falta de legitimación pasiva pues ninguna relación jurídica le liga con la actora.

Que siendo titular del negocio de hostelería, además es experto musical mediante el empleo de herramientas informáticas, teniendo acceso a la música más novedosa y libre, estando próximo a los movimientos Copy Left y Creative Commons.

Que como titular e un establecimiento de hostelería y con categoría administrativa de Café-Bar, cuya actividad consiste en dispensar consumiciones de bebidas en el local que cuenta con imprescindibles aparatos reproductores de música, reproduce música no incluida en el repertorio de obras gestionado por la SGAE.

SEGUNDO.- En lo que respecta al primer motivo de oposición referido a la falta de legitimación activa de la entidad actora, conviene resaltar, que el art. 150 del Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, modificado por la Disposición Final 28 de nuestra LEC señala, que las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos.

Asimismo se indica, que para acreditar dicha legitimación, la enti-

dad de gestión estará obligada a aportar al inicio del proceso, copia de los estatutos así como certificación acreditativa de su autorización administrativa.

Así las cosas, habiendo cumplido por la entidad actora en el caso de autos, con la obligación que se deriva del precitado art. 150 de la LPI, quedando subsanado en el acto de la vista aportando los estatutos de 2004, se impone la desestimación de la excepción alegada por el demandado, toda vez que la SGAE está perfectamente legitimada para demandar y ejecutar las acciones correspondientes, pues tiene la autorización administrativa para gestionar los derechos de autor, sin que sea preciso aportar los contratos suscritos con los diversos autores o productores cuyos derechos de propiedad intelectual defienden (STS de fecha 18 de octubre de 2001, 24 de septiembre de 2002 y 31 de enero y 10 de mayo de 2003, entre otras), estando legitimada procesalmente.

TERCERO.- A la vista de las pruebas practicadas en las presentes actuaciones, ha de llegarse a la conclusión de la improcedencia de la pretensión ejercitada por la actora, y ello porque a pesar del informe de detectives aportado a los autos por la actora, no ha sido ratificado a presencia judicial, ni se aporta la grabación en video, donde según el informe de los detectives, en el apartado observaciones, se puede escuchar la música que está sonando en el momento de su presencia, informe en el que consta que el mencionado local abre a partir del jueves, ampliando su horario de cierre los fines de semana, el precio de los refrescos es de 1,50 euros, que han podido comprobar que hay instalado un equipo de música dentro de la barra y un televisor a la izquierda de la entrada, adjuntando fotografías del local, que en el momento de su presencia el equipo de música y el televisor están encendidos, que la música que suena es de actualidad, reproducida por los altavoces que hay repartidos por la superficie del local, prueba que ha quedado desvirtuada de adverso por la contraparte, y ello en atención a las restantes pruebas practicadas en las actuaciones.

Así, de la declaración de los testigos propuestos por el demandado se extrae que en el local litigioso se reproduce música alternativa que no está incluida en el repertorio de obras gestionadas por la actora que no han escuchado grupos que están en SGAE, que en el monitor de televisión (reconociendo en la foto que consta en el informe de los detectives el interior del local y televisor) se ven videos musicales de los grupos a los que pertenecen los testigos, que han visto que el demandado pincha música por ordenador, que no han oído música de "Cadena P.", declarando el testigo Gonzalo que son del movimiento Creative Commons que evita que alguien utilice su mú-

sica, que se difunde libremente por internet, que va al bar del demandado precisamente porque pone música que no está en SGAE, que el demandado pincha en el ordenador, no ha visto la televisión, se ve un monitor pero no encendido, sólo se oye música y no se ve la televisión, que se afirma en el documento núm. 41, cediendo su disco "K." que consta de 17 canciones, disco que lo realizo en el año 2005.

El testigo José Ramón declara que participa en el CD núm. 25 junto a Gonzalo, que la licencia es libre, que casi va todos los días al bar del demandado, que siempre tiene música alternativa, que el monitor es para el ordenador, que pincha en el ordenador música alternativa, que utiliza grabaciones no originales como los CDs que son mostrados y que se han aportado en el acto de la vista, que más gente le lleva al demandado CDs.

Respecto a la existencia de un equipo de música en el local, no negado por el demandado, no puede considerarse suficientemente acreditado que al menos parte de esa música es gestionada por la Sociedad General de Autores y Editores, siendo rebatido por la amplia actividad probatoria del demandado.

No basta con que la parte demandada alegue que no reproduce música gestionada por la entidad actora, ha de probarlo.

Pero no puede exigírsele la "probatio diabólica" de que todas y cada una de las obras que ha emitido no corresponden a las gestionadas por la actora.

Un adecuado reparto de la carga probatoria implica en este caso, que al demandado le corresponda tan solo destruir la presunción favorable a la actora.

Para ello el demandado ha de probar que tiene capacidad personal y técnica para acceder a música no gestionada por la SGAE, que tiene la capacidad personal y técnica de utilizarla y reproducirla en su establecimiento, así como probar que efectivamente así lo ha realizado.

Conforme establece el artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación.

El autor posee unos derechos morales y económicos sobre su creación.

Y como tal titular, puede hacer la gestión que estime oportuna, pudiendo ceder el libre uso, o cederlo de modo parcial.

Las licencias "Creative Commons" sin distintas clases de autorizaciones que da el titular de su obra para un uso más o menos a misma.

Existen, tal y como aporta la parte demandada, distintas clases de licencias de este tipo, que permiten a terceros poderla usar libre y gratuitamente con mayor o menor extensión.

En algunas de dichas licencias determinados usos exigen el pago de derechos de autor.

El demandado prueba que hace uso de música cuyo uso es cedido por sus autores a través de dichas licencias Creative Commons.

Acredita así el demandado que tiene acceso a dichas obras y que posee medios técnicos para obtenerla y reproducirla en el establecimiento, rompiéndose la presunción inicial de que la música reproducida debía corresponder al menos en parte a la gestión de la SGAE.

El demandado prueba que crea y accede a numerosas obras musicales no gestionadas por la actora, que tiene medios técnicos para ello y que esa es la música que se reproduce en el local, testificando José que el demandado toca la guitarra y ha participado en el CD núm. 20 "F."

Queda probado que el demandado evita la comunicación de obras cuya gestión esté encomendada a la actora, utilizando un repertorio de autores que no tienen cedidos los derechos de explotación a la SGAE, (documentos numero 1 a 27 consistentes en CDs) lo que es compatible con su integración en el denominado movimiento "copy left".

Corresponde a la actora probar los hechos constitutivos de su demanda, no acreditando, de la prueba practicada, al no haber presentado la grabación realizada por los detectives, que se reproduzcan obras gestionadas por la SGAE por el representante legal de zona de la actora, en León, D. Carlos, no se indica ninguna obra o autor concreto, probando que el demandado reproduce música en el local, hecho que reconoce el demandado, pero no prueba la reproducción de obras gestionadas por ella.

CUARTO.- La actora alega que el solo hecho de que el demandado esté suscrito a "Telefonía O." ya decae lo alegado por el demandado. La tesis mayoritariamente sostenida en las Audiencias Provinciales es que la mera existencia de un aparato de televisión en un establecimiento abierto al público, como un servicio más que se presta a los asociados o a la clientela, genera una presunción iuris tantum de utilización de los mismos de forma habitual y a todo evento, con la consiguiente efectiva posibilidad de ejecución de actos de comunicación pública de obras gestionadas por la SGAE y objeto de propiedad intelectual.

Ahora bien, se trata de una mera presunción iuris tantum y, en consecuencia, admite prueba en contrario, que en este caso se ha producido, de-

clarando los testigos que el monitor es para el ordenador, que se ven videos musicales de los grupos musicales que no están gestionados por la actora, no acreditando la actora mediante la aportación a los autos de al menos una grabación de alguna emisión en la que se difundiera algunas de las obras del repertorio, o cuando menos la cita de alguna de estas obras indebidamente comunicadas, con la finalidad de que la parte demandada pudiera defenderse y aportar la correspondiente autorización del autor o pago de derechos.

No habiendo resultado acreditados los hechos en que la parte actora funda su pretensión, resultando procedente en virtud del principio de la carga de la prueba recogido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la desestimación íntegra de la demanda.

QUINTO.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se ha de condenar a la parte actora al pago de las costas.

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

FALLO

Desestimando la demanda formulada por el procurador Sr. Rafael

Mera Muñoz, actuando en nombre y representación de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), debo absolver al demandado D. Eduardo de los pedimentos de la actora quien correrá con las costas devengadas en el presente procedimiento.

Notifíquese esta resolución a las partes y llévase el original al libro correspondiente y testimonio a los autos.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación que deberá prepararse mediante escrito dirigido a este juzgado, a presentar en el plazo de cinco días desde la notificación de la resolución, y en el que se indicara la resolución recurrida y los pronunciamientos impugnados anunciando su voluntad de formalizar la interposición de recurso de apelación.

Así por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo. Ana Belén San Martín Castellanos.

Publicación.- Seguidamente se da lectura y se publica la precedente resolución por la Sra. Juez Sustituta que la dicto, estando constituida en Audiencia Pública, de todo lo cual, yo, Secretaria que refrenda, doy fe.



AP Córdoba, Sección 1ª, Sentencia 16 abril 2007. Ponente: D. Antonio Fernández Carrión

Conlleva cierta restricción deambulatoria Determinación coactiva a la prostitución

La Audiencia condena a los acusados como autores y cómplices de tres delitos relativos a la prostitución, absolviéndoles de los restantes delitos que se les imputaban. Subraya el Tribunal que la dinámica comisiva del delito de determinación coactiva de una persona al mantenimiento en la prostitución, conlleva necesariamente una cierta restricción deambulatoria, pues en la medida en que la víctima se ve forzada a dedicarse a algo que no desea, también lo está, aunque sea instantánea o transitoriamente, a no abandonar el lugar donde dicha actividad se realiza.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antes de entrar en el análisis de los hechos que nos ocupan y habida cuenta de que el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación provisional dirigía su acusación contra nueve procesados, de los que cuatro se encuentran en paradero desconocido y sólo se ha celebrado el juicio oral respecto a Baltasar, Rodolfo, Melisa, Luis María y Íñigo

pero no obstante ello elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, si bien por vía de informe concretó su acusación en los apartados A), C) y E) del referido escrito y lógicamente también en los apartados F) y G) que se refieren a la intervención en los hechos de Íñigo y Luis María, es preciso concretar por esta Sala con carácter previo de qué se acusa en concreto a los cinco procesados y cuál es la participación que se imputa

ta a cada uno de ellos en los hechos por los que se les acusa.

El Ministerio Público considera que los hechos que consigna en el apartado A) de su escrito de acusación son constitutivos de dos delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros tipificados en el art. 318 bis apartados 1, 2 y 3 del Código Penal, dos delitos de prostitución del art. 188-1º en concurso ideal con los dos delitos anteriores y 2 delitos de detención ilegal del art. 163-1º del C. Penal y califica como responsables criminalmente de todos ellos en concepto de autores a Blas, Baltasar y Melisa y como cómplice de los delitos de prostitución y detención ilegal a Íñigo y Luis María.

Los hechos consignados en el apartado C) del escrito de acusación los considera constitutivos de tres delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros del art. 318 bis, 1, 2 y 3 del C. Penal tres delitos de prostitución del art. 188-1 en concurso ideal con los tres anteriores y tres delitos de detención ilegal del art. 163-1º y 3º del C. Penal y considera a Rodolfo y Baltasar como autores y a Íñigo y Luis María como cómplices.

Los hechos del apartado E) los considera constitutivos de un delito de detención ilegal del art. 163, párrafos 1º y 3º del C. Penal del que considera responsables en concepto de autores a Rodolfo y Baltasar y como cómplice a Íñigo.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior y concretados los hechos y delitos a los que debe circunscribirse esta resolución, nos encontramos en presencia de tres tipos de delitos: Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, relativo a la prostitución y de detención ilegal, y en este punto deben realizarse con carácter previo las siguientes consideraciones:

1ª) Como hace constar la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de noviembre del 2006 sobre los contornos del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros se ha producido en los últimos tiempos un abundante cuerpo de doctrina legal.

El título XV bis del Libro II del C. Penal fue introducido por la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, habiendo sido modificado el art. 318 bis que se comprende en dicho título por la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre.

Se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir, sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre Extranjería (art. 25 y ss. de la Ley especial.

En cuanto a la entrada en territorio español, la ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades. Pero deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, etc.).

Podría así diferenciarse las situaciones siguientes: estancia legal que sobreviene ilegal y la entrada ilegal.

De una parte, tanto quien favorece el acceso de personas como quien accede en unas determinadas condiciones (por ejemplo, con fines turísticos), si con posterioridad a tal entrada, por la concurrencia de

■

*"...el delito de
determinación coactiva
al mantenimiento en la
prostitución consume las
manifestaciones
menores de restricción
deambulatoria ínsitas en
el comportamiento
sancionado en el tipo."*

■

determinadas circunstancias sobrevenidas, decide incumplir el régimen permitido de acceso, incurrirá en una irregularidad de naturaleza administrativa.

Pero, de otra parte, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurrir en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente.

Establecen las sentencias del T. Supremo de 28-9-2005 y 6-3-2006 que el tráfico ha de ser ilegal, esto es, producirse al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, lo que incluye tanto el cruce clandestino de la frontera como la utilización de fórmulas autorizadas de ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejem-

plo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones. La normativa determinante de la ilegalidad del tráfico será la propia Ley de Extranjería y su Reglamento de fecha 26 de junio del 2001.

Se trata de un delito de mera actividad que se consume con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido.

Por último la doctrina considera que aunque en el tipo se alude a personas en su acepción plural, no parece necesario que la actividad afecte a más de una persona para ser típica, ya que la configuración colectiva del bien jurídico en este tipo base del art. 318 bis 1 determina que aunque sean varias las personas afectadas, estaremos ante la existencia de un solo delito en cada tráfico ilegal. (Sentencia del T. Supremo de fecha 6 de marzo del 2006 ya citada, entre otras).

La conducta típica castigada en el art. 318 bis 1 CP es más amplia que la del art. 313.1 CP, pues además de no requerir la condición de trabajadores de los sujetos pasivos, no se limita a fenómenos de inmigración, y se refiere tanto a la "inmigración clandestina", como al tráfico ilegal de personas, desde, en tránsito o con destino a España.

2ª) Por lo que se refiere a los delitos relativos a la prostitución ha de significarse que como señalan entre otras las sentencias del T. Supremo de fecha 30-6-2000, 18-7-2003 y 17-3-2005 el bien jurídico protegido por el delito de determinación coactiva a la prostitución lo constituye la libertad sexual de la persona que se ve compelida a este ejercicio en contra de su voluntad, mediante actos de vía física o vía moral y particularmente mediante el aprovechamiento de una situación de necesidad o vulnerabilidad.

3ª) El tercer delito que nos ocupa es el de detención ilegal tipificado y sancionado en el art. 163 del C. Penal.

El citado precepto legal protege la libertad ambulatoria de la víctima que resulta anulada en la doble modalidad que recoge dicho artículo de "encerrar" o "detener".

Entre ambos conceptos, como recoge la sentencia del T. Supremo de fecha 22 de diciembre del 2005, existe una diferencia irrelevante desde la perspectiva jurídico-penal.

En el encierro, el sujeto pasivo encuentra físicamente limitada su capacidad ambulatoria por encontrarse en un espacio físico cerrado del que no

puede salir y en la modalidad de detención cabe posibilidad de una deambulación pero en todo caso forzada y no fruto de su capacidad de autodeterminación.

Se trata de un delito que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos:

1) El elemento objetivo del tipo consistente en la privación de la libertad deambulatoria de la persona. Y que esa privación de libertad sea ilegal.

2) El elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria, injustificada, siendo un delito eminentemente intencional en el que no cabe la comisión por imprudencia.

TERCERO.- Sentado lo anterior y antes de analizar el grado de participación de los cinco procesados a los que se circunscribe esta resolución en los hechos enjuiciados, han de analizarse las alegaciones de nulidad efectuadas por las defensas.

En primer lugar se solicita la nulidad de las escuchas telefónicas y en concreto los autos de fecha 2 de abril del 2004 por entender carece de datos objetivos y falta de un control judicial efectivo y del auto de fecha 1 de mayo del 2004 por el que se prorrogaban las intervenciones, alegando infracción del art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Como hace constar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de septiembre del 2006, que recoge el criterio sustentado por las del mismo Tribunal de fechas 20 de enero y 7 de febrero del 2005, en la mayoría de los supuestos de petición de intervención telefónica se estará en los umbrales de la investigación judicial, y normalmente tal petición será la cabeza de las correspondientes diligencias judiciales, pero en todo caso debe acreditarse una previa y suficiente investigación policial que para avanzar necesita, por las dificultades del caso, de la intervención telefónica, y por tanto en los momentos iniciales de la investigación no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada precisamente para profundizar en una investigación ya iniciada.

Al solicitarse esta medida indudablemente invasiva de un derecho constitucionalmente protegido debe aportarse por la fuerza policial solicitante cualquier tipo de dato fáctico o buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse o se están cometiendo, pero que son algo menos que los indicios racionales de criminalidad que se exigen por el art. 384 L.E.Cr. para el procesamiento.

Las intervenciones telefónicas, en tanto limitativas del derecho al se-

creto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), requieren para su ilicitud y validez jurídicas una serie de requisitos: exclusividad jurisdiccional (salvo excepciones v. art. 579.4 L.E.Cr.) puesto que han de acordarse por la autoridad judicial en el curso de un proceso penal; existencia previa de indicios (no de meras sospechas o conjeturas); motivación suficiente (v. art. 120.3 CE y art. 579.3 L.E.Cr.); proporcionalidad; especialidad del hecho delictivo investigado; limitación temporal y control judicial (cuya principal exigencia consiste en la entrega íntegra de las grabaciones originales a la autoridad judicial, a disposición de todas las partes del proceso y la posibilidad de reproducirlas, sea total o parcialmente, en el juicio oral a instancia de las mismas).

No constituye, pues, una medida exigible, en el plano de las garantías constitucionales, ni la transcripción íntegra de las grabaciones, ni su previa audición por la autoridad judicial, ni existe norma que prohíba al juez instructor ordenar o servirse de la selección o resumen que de las conversaciones intervenidas puedan hacer los funcionarios policiales a los que se haya encomendado la práctica de la intervención. La autoridad judicial competente puede utilizar, tanto para autorizar las intervenciones como para acordar sus prórrogas, las informaciones facilitadas por la policía judicial (cuyos miembros, como es sabido, están sujetos en el desempeño de sus funciones a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico), de las que deberá quedar la debida constancia en las actuaciones procesales para posibilitar el ulterior control de las decisiones judiciales, pero sin que pueda considerarse necesario en orden a la adopción de tales medidas que se disponga de una transcripción íntegra de las conversaciones grabadas ni, por supuesto, que deba procederse a una audición previa de las mismas (STS 21/03/2005).

No cabe pues observar irregularidad alguna ni en la información inicial habilitante de las intervenciones telefónicas en su posterior control judicial salvo el error cometido por la Sra. Secretaria del Juzgado, que más que un error es un olvido, de no advenir la transcripción de las cintas núm. 13 y siguientes, lo que ha reconocido el propio Ministerio Fiscal y lo ha soslayado solicitando que sólo se valoren las doce primeras cintas.

Debe desestimarse el motivo de nulidad alegado al igual que la subsiguiente petición de nulidad del auto de entrada y registro.

El Auto del Juez de fecha 12 de abril del 2004 autorizando la entrada y registro aparece debidamente justificado, sin que le sea exigible a la Autoridad judicial verificar la veracidad de los datos suministrados por la Policía como requisito previo al Auto habilitante, porque no existe

una presunción de inveracidad de los informes policiales, y porque la práctica de diligencias judiciales para confirmar la realidad de los datos suministrados por los servicios policiales del Estado supondrán una notoria dilación incompatible con la urgencia que de ordinario requiere en esta clase de actuaciones.

En definitiva, los datos y elementos objetivos, concretos y diversos que sustentan la solicitud policial, que valora y pondera el Juez de Instrucción como fundamento de su resolución, que aparece objetiva y jurídicamente motivada lo suficiente, excluyen toda posibilidad de que el Auto habilitante haya quebrantado los derechos constitucionales del acusado ni las disposiciones procesales que regulan la materia en los artículos 545 y ss. L.E.Cr.

Por lo demás, el resultado de la diligencia de entrada y registro como elemento probatorio es totalmente correcto, con intervención del Secretario Judicial y recogiendo en el acta el resultado de la misma.

Finalmente y respecto a la tercera alegación de nulidad efectuada por las defensas de los procesados respecto al auto por el que se acordó la práctica de prueba anticipada y de la misma prueba procede igualmente su desestimación.

En este punto deben hacerse las siguientes consideraciones: Cierto es que en proceso penal sólo deben considerarse auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad. Ahora bien, esta doctrina general tiene como excepciones, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia constitucional, los actos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituida, siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con la intervención de la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el Juez de Instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito, y garantizando la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo; a la vez que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral, así como que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la lectura de documentos, la cual ha de posibilitar someter su contenido a la confrontación de las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (Sentencias del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 1989, 25 de octubre de 1993, 6 de febrero de 1995, 3 de diciembre de 1996, 27 de febrero de 1997, 29 de

septiembre de 1997, 2 de marzo de 1998, 1 de junio de 1998, 31 de mayo de 1999, 26 de marzo de 2001, 18 de junio de 2001, 22 de octubre de 2001, de 28 de enero de 2002).

Aun cuando en principio la prueba testifical debe practicarse en el juicio oral, excepcionalmente puede ser incorporada al proceso como prueba anticipada, si, dadas las circunstancias del caso, existe una imposibilidad real de que sea practicada en el juicio oral, así, por ejemplo, en los supuestos de imposibilidad del testigo de acudir al juicio oral por fallecimiento (Sentencias del Tribunal Constitucional de 10 de enero de 1992, 25 de febrero de 2001, 22 de octubre de 2001), y en los casos en los que el testigo extranjero ha tras-

■

"La consunción por el delito de prostitución coactiva o forzada no se produce, y la detención ilegal debe sancionarse acumuladamente, cuando se alcanza una situación de encierro o privación física de libertad de las víctimas del referido delito, (...). Es decir, cuando se va más allá de la mera restricción deambulatoria insita a la coacción síquica ejercitada para el mantenimiento en la actividad de prostitución."

■

lado su residencia fuera del territorio nacional y se ha realizado una actividad de búsqueda que ha resultado infructuosa, de manera que no se produce sólo una dificultad de localización, sino una verdadera "imposibilidad de citación o de articular fórmulas para trasladar directamente al proceso las declaraciones de la víctima del delito" (Sentencias del Tribunal Constitucional de 6 de febrero de 1995 y de 22 de octubre de 2001). Concretamente respecto del testigo extranjero o en paradero desconocido, tratado entre otras sentencias del Tribunal Constitucional por las de 15 octubre 1990, 15 abril y 13 mayo 1991 y del Tribunal Supremo de 29 diciembre, 23 mayo y 13 julio 1994), se viene admitiendo que las diligencias o actuaciones sumariales de im-

posible o muy difícil reproducción en el juicio oral por causas independientes de la voluntad de las partes se traigan al mismo como prueba anticipada o preconstituida, en los términos señalados en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que, estando sujeto el proceso penal también al principio de la búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación, llevada a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa.

En el caso de autos y como consta claramente en el CD núm. 1, el Sr. Instructor acordó la inminente práctica de la prueba anticipada de las manifestaciones de éstas en el sentido de que deseaban volver inmediatamente a su país, lo que ha ocurrido también con otras testigos que sólo declararon ante los funcionarios policiales, sino porque era preciso resolver sobre la situación personal de los detenidos, a los que aún no se les había recibido declaración, y para resolver sobre su prisión o libertad provisional era esencial conocer lo que las víctimas protegidas pusiesen manifestar al respecto.

Se cumplió con lo preceptuado en el art. 777-2 de la Ley de Enj. Criminal, las declaraciones se prestaron en presencia de los denunciados y sus respectivos Letrados, fueron grabadas con todas las garantías legales y reproducidas en la vista oral, siendo revisadas por esta Sala en el transcurso de la larga deliberación.

El hecho de la premura para su celebración y el número de folios de los que ya se componían las diligencias no es motivo para acordar la nulidad solicitada, ya que los Letrados tuvieron tiempo suficiente para todos los puntos de las diligencias que pudieron interesarles para hacer las preguntas que hubiesen querido formular a los testigos.

CUARTO.- De acuerdo con todo lo anteriormente consignado esta Sala decide lo siguiente:

1º) Los hechos a que se consignan el apartado 1º del relato fáctico de esta sentencia, que se refieren al apartado A) del escrito de calificación del Mº Fiscal podrían ser constitutivos de los delitos que el Ministerio Público imputa a los cinco procesados pero si se analizan con detenimiento las actuaciones se observa que la única base para la condena la constituyen las declaraciones prestadas por los testigos Elisa y Ariadna ante la Policía Nacional, folios 108 a 114 de las actuaciones, que ni tan siquiera ratificadas a presencia judicial, y las manifestaciones del testigo de referencia, el Policía Nacional núm.008 que sólo podía ratificar lo por ellos manifestado en la Comisaría.

En este punto ha de significarse que como hace constar la sentencia del T. Supremo de fecha 3 de mayo del 2001 "la regulación de la Ley responde, como tendencia, al principio de inmediación de la prueba entendiéndose por tal la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre éste", calificándose los testimonios de referencia como prueba "poco recomendable" pues "en muchos casos supone el eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y el dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso", concluyendo que "la prueba testimonial indirecta nunca puede llegar a desplazar o a sustituir totalmente la prueba testimonial directa, salvo en los casos de prueba sumarial anticipada (en realidad, preconstituída) o de incapacidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada del juicio oral" (STC 303/1993), siguiendo en este punto la doctrina del Tribunal Constitucional el canon hermenéutico proporcionado por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (art. 10.2 CE (y) en relación con el art. 6 CEDH, Sentencia del TEDH, de 19 de diciembre 1990 (caso Delta); de 19 de febrero 1991 (caso Isgro) o de 76 abril 1991 (caso Asch).

Por lo tanto debe considerarse que, en principio, el testimonio de referencia es perfectamente válido, y está admitido legalmente. No obstante, dicha validez no puede admitirse incondicionalmente, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y el dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso.

Nadie duda de la sinceridad y honorabilidad del funcionario policial pero, lógicamente, sólo pudo exponer lo que en aquellos momentos le manifestaron los testigos.

Pero dada la naturaleza de los hechos enjuiciados habría sido al menos preciso que las mismas hubiesen prestado declaración en presencia judicial y con intervención de los Letrados de los acusados que garantizaran la realidad de lo manifestado y hacer posteriormente uso del art. 730 de la Ley Procesal Penal.

En conclusión, con tan mínimo bagaje probatorio debe aplicarse el principio de presunción de inocencia del art. 24 de la Constitución y absolver a los procesados Rodolfo, Baltasar y Melisa de los dos delitos contra los derechos de los trabajadores, dos delitos relativos a la prostitución y dos delitos de detención ilegal que como autores eran acusados por el Mº Fiscal y a los también procesados Íñigo y Luis María de los dos delitos relativos a la prostitución y dos delitos de detención ilegal de los que como cómplices eran acusados.

2º) De los hechos consignados en el apartado 3º de los hechos proba-

dos que se refieren a los especificados en el apartado E) del escrito de acusación del Mº Fiscal y que los califica como constitutivos de un delito de detención ilegal del art. 163 debe igualmente absolverse a los dos acusados Rodolfo y Baltasar a quienes el Ministerio Público considera autores y a Íñigo a quien reputa cómplice.

Tenemos las claras y contundentes manifestaciones del testigo Jesús Ángel en la vista oral acreditativa de que su cuñada Catalina se encontraba en el Club retenida en contra de su voluntad pero la perjudicada únicamente prestó declaración, al igual que las anteriores, ante la Policía Nacional, folios 8 a 10 del sumario, sin ratificación judicial en los términos ya especificados.

Pero es más, si se lee su declaración se observa que manifestaba que fue traída a España desde Rumanía por un tal Marius, quien la entregó en el "Club R." a una tal Carmen quien pagó 1.000 euros al anterior y era esa tal Carmen quien la obligaba a ejercer la prostitución y la retenía en el local hasta que saldase la deuda y cobraba los servicios que prestaba a los clientes, quedándose con el dinero e impidiéndole salir del Club sino era acompañada de ella.

De los acusados Rodolfo y Baltasar sólo manifiesta que deberían saber lo anterior y que Íñigo sólo le decía que no podía salir del local sino que esperara a Carmen.

Con independencia de que no queda acreditada la intervención directa de los tres procesados en la supuesta detención, ha de volverse a insistir que la referida manifestación no puede considerarse como prueba de cargo con fuerza suficiente para dictar el pronunciamiento condenatorio que solicita el Ministerio Público.

3º) Por lo que se refiere a lo consignado en el apartado 2º de los hechos probados, que está en relación con el apartado C) del escrito de acusación del Mº Fiscal sí existe prueba de cargo suficiente para estimar los pedimentos del Ministerio Público aunque sólo en parte y de acuerdo con lo que a continuación se especifica: Ha de significarse en primer lugar que como ya se hacía constar en el tercer fundamento jurídico de esta resolución en este concreto supuesto enjuiciado sí existe prueba clara y contundente acreditativa de la realidad de los hechos por los que se enjuician a los procesados, salvo Melisa sobre la que por estos hechos no se ejercita acusación, y la constituyen las declaraciones de las tres víctimas ante la presencia judicial y de los acusados y respectivos defensores grabadas videográficamente y visionadas en la vista oral.

Esta prueba videográfica, equiparada por el art. 26 del C. Penal a los documentos se acerca mucho más a la inmediación que la simple lectura

de folios escritos y su reproducción en el Plenario, al amparo de lo dispuesto en el ya citado art. 777 de la Ley de Enj. Criminal en modo alguno infringen el derecho de defensa ni puede ser motivo de nulidad.

Lo único que podría alegarse es que la testigo protegida núm.007 es Concepción, ya lo conocían sobradamente las defensas, efectuó una comparecencia en Rumanía con fecha 29 de noviembre del 2004 ante la Notaría de Pitesti en la que se desdecía de sus declaraciones lo que para esta Sala más que producir una resolución absolutoria para los procesados le confirman la realidad y entidad de las amenazas y coacciones que han debido padecer, y probablemente continúen padeciendo las víctimas y que se extienden hasta Rumanía pues es totalmente inconcebible que una joven que ha conseguido huir del infierno en que vivía, arrepentida de haber mentido y altruísticamente se tome la molestia y sobre todo el gasto, en el acta notarial consta que se han pagado 15.000 rol de tasa fiscal, 100.000 rol más 19.000 rol de IVA por honorarios de Notario y 1.500 rol de timbre judicial, para simplemente decir que no eran ciertos los hechos por ella denunciados, lo que por otra parte implica que de volver a España podría ser acusada y condenada por un delito del art. 456 del C. Penal.

En primer lugar, el Ministerio Fiscal considera los hechos relativos al apartado que nos ocupa como constitutivos en primer lugar de tres delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros del art. 318 bis del C. Penal y autores de los mismos a los procesados Rodolfo y Baltasar, pero si se analizan sus declaraciones se observa que las tres testigos protegidas manifiestan que desde Rumanía las trajeron hasta España un tal Claudio y una tal Ángela sin que conste que lo efectuaran en connivencia con los dos procesados por lo que debe igualmente aplicarse el principio constitucional de presunción de inocencia del art. 24 de nuestra Carta Magna y absolverse a los procesados de dichos delitos.

Por el contrario los hechos declarados probados sí son constitutivos de tres delitos relativos a la prostitución del art. 188.º del C. Penal y del que son responsables criminalmente en concepto de autores los procesados Rodolfo y Baltasar y como cómplices Luis María y Íñigo por la participación directa, material y voluntaria que tuvieron en su ejecución.

Queda plenamente acreditado con las declaraciones de las víctimas, que reúnen todos los requisitos jurisprudencialmente exigidos para constituir prueba de cargo con fuerza suficiente para dictar un pronunciamiento condenatorio y que se ven respaldadas por las amplias investigaciones efectuadas por la G. Civil y que constan en las actuaciones, que al menos

ellas tres fueron obligadas a ejercer la prostitución en el "Club R." bajo amenazas de muerte preferidas por los dueños del local quienes les exigían un número de "pases" diarios y los cobraban directamente sin percibir ellas nada, prácticamente incomunicadas con el exterior, sin poder llamar por teléfono e impidiéndoles salir a la calle o bien Rodolfo o Baltasar directamente o cuando éstos no estaban en el local se lo impedían Luis María o Íñigo que estaban encargados de vigilarlas.

Quedan por analizar sólo tres delitos de detención ilegal del art. 163-1º y 3º del C. Penal de los que igualmente acusa el Ministerio Fiscal como autores y cómplices respectivamente.

En anterior fundamento jurídico ya se hace referencia a las particularidades de este delito y al mismo nos remitimos.

Como ya hizo constar esta Sala en sentencia dictada con fecha 23 de mayo del 2003 y en la que se recogía la del Tribunal Supremo de 30 de enero del 2003, la dinámica comitiva del delito de determinación coactiva de una persona al mantenimiento en la prostitución, conlleva necesariamente una cierta restricción deambulatoria, pues en la medida en que la víctima se ve forzada a dedicarse a algo que no desea, también lo está, aunque sea instantánea o transitoriamente, a no abandonar el lugar donde dicha actividad se realiza.

En consecuencia, la necesidad de respetar la prohibición del "non bis in idem" así como la aplicación del principio de especialidad, nos llevan a estimar que el delito de determinación coactiva al mantenimiento en la prostitución consume las manifestaciones menores de restricción deambulatoria ínsitas en el comportamiento sancionado en el tipo.

De otro modo la comisión de la conducta tipificada en el art. 188 determinaría necesariamente la condena adicional, prácticamente en todo caso, por el delito de detención ilegal.

La conducta típica del delito de detención ilegal consiste en encerrar o detener a otro privándole de su libertad, por lo que existe bien un encierro o internamiento en un lugar de que a la víctima no le es posible salir por sí misma, o bien una detención o inmovilización más o menos duradera.

La consunción por el delito de prostitución coactiva o forzada no se produce, y la detención ilegal debe sancionarse acumuladamente, cuando se alcanza una situación de encierro o privación física de libertad de las víctimas del referido delito, es decir, de internamiento forzado en un lugar del que las víctimas no pueden salir por sí mismas, como consecuencia del desbordamiento de los factores fácticos que califican el delito del art. 188. Es decir, cuando se

va más allá de la mera restricción de ambulatoria ínsita a la coacción síquica ejercitada para el mantenimiento en la actividad de prostitución.

En suma, mediante la determinación coactiva se doblega simplemente la voluntad de la víctima para obligarla mediante vis compulsiva a la realización de ciertos actos contra su libre albedrío, sin que ello suponga una privación total de movimientos; mediante la comisión de un delito de detención ilegal no se doblega, sino que se impone o se obliga imperativamente, sin posibilidad alguna de defensas, la voluntad de la víctima, la cual queda impedida de libertad deambulatoria, porque se la detiene o se la encierra, con privación total de movimientos.

Trasladando las anteriores consideraciones al caso de autos, si bien es cierto que los dueños le impedían salir a la calle y no estando éstos lo hacían Luis María o Íñigo, no está claro el grado de intensidad de dicha prohibición ya que al parecer en el local existía una puerta que se podía abrir desde dentro e incluso fueron llevadas a una discoteca de la localidad cercana, probablemente para exhibirlas cual ganado en feria, pero que no les habría impedido ponerse en contacto con alguna de las personas que allí se encontraban e incluso gritar su situación.

Por tanto, esta Sala considera que tal limitación de movimientos estaba incurso en la actividad coactiva de la prostitución y en consecuencia debe absolverse a los procesados de este delito.

QUINTO.- En la comisión de los referidos delitos no concurren en ninguno de los procesados circunstancias modificativas de responsabilidad criminal.

SEXTO.- Todo responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente a tenor de lo dispuesto en el art. 116 del C. Penal.

SÉPTIMO.- Las costas se entenderán impuestas por la Ley a todo responsable de un hecho delictivo de acuerdo con lo establecido en el art. 123 del C. Penal.

En el caso de autos los procesados eran acusados de 16 delitos en total, habiendo sido condenados como autores de tres delitos relativos a la prostitución y absueltos de los trece restantes, por tanto debe condenarse a cada uno de los cuatro procesados condenados al pago de una cuarta parte de las 3/16 partes de las costas, declarando de oficio las 13 restantes partes de las costas devengadas.

OCTAVO.- Solicita finalmente el Ministerio Fiscal la clausura definitiva del "Club R."

Esta Sala, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, acuerda

la clausura de dicho local por tiempo de dos años.

Vistos además de los citados, los restantes artículos del C. Penal Ley de Enj. Criminal aplicables al caso.

FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Rodolfo y Baltasar como autores de tres delitos relativos a la prostitución ya calificados, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a las penas de dos años de prisión y multa de doce meses a razón de tres euros día por cada uno de los tres delitos y a cada uno de ellos con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una cuarta parte de las 3/16 partes de las costas devengadas a cada uno, absolviéndoles de cinco delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros, seis delitos de detención ilegal y dos delitos relativos a la prostitución de los que igualmente eran acusados por el Ministerio Fiscal, así como a Rodolfo de la falta de maltrato de obra de la que en principio le acusaba el Ministerio Público.

Asimismo condenamos a Íñigo y a Luis María como cómplices de tres delitos relativos a la prostitución a las penas de un año de prisión por cada delito y a cada uno de ellos, con inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una cuarta parte de las 3/16 partes de las costas devengadas a cada uno, absolviéndoles de los restantes delitos de los que en calidad de cómplices les acusaba el Ministerio Fiscal.

Asimismo absolvemos a Melisa de los dos delitos contra los derechos de los trabajadores, dos delitos relativos a la prostitución y dos delitos de detención ilegal de los que era acusada declarando de oficio la parte de costas a ella correspondientes.

Se acuerda la clausura del "Club R." por tiempo de dos años.

Termínese conforme a derecho la pieza de responsabilidad civil.

Para el cumplimiento de la pena impuesta a los procesados se computa todo el tiempo en que han estado privados de libertad por esta causa.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación, en el plazo de cinco días, ante esta Audiencia y, una vez firme, comuníquese al Registro Central de Penados y Rebeldes y al Juzgado Instructor.

Así por esta nuestra sentencia, de la que unirá certificación al Rollo lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Antonio Fernández Carrión.- José M^o Magaña Calle.- Pedro Roque Villamor Montoso.



2007/24572 TSJ Valencia Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2^a, Sentencia 1 marzo 2007. Ponente: D. Juan Climent Barberá

Autorización de entrada en domicilio para ejecución forzosa de proyecto de reparcelación

El TSJ, con desestimación del recurso de apelación, confirma el auto del Juzgado de instancia que autorizó la entrada en el domicilio de la actora apelante para ocupar la franja de terreno afectada por unas obras de urbanización, toda vez que la resolución apelada tiene en cuenta y recoge tanto la forma y apariencia de legalidad de la aprobación del proyecto de reparcelación, cuanto su ejecutividad y la denegación por el propio Juzgado de la medida cautelar de suspensión del mismo, pedida en el proceso de impugnación seguido por la actora apelante respecto de dicho proyecto de reparcelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Auto impugnado funda su resolución de haber lugar a la entrada en el inmueble en cuestión en que estima que en el expediente administrativo se han cumplido los trámites establecidos, contando en vía administrativa la firmeza del proyecto de reparcelación de la que trae causa la entrada solicitada, sin que, habiéndose solicitado en vía jurisdiccional, se haya decretado la suspensión de la ejecución de las resoluciones municipales correspondientes, todo ello conforme a lo establecido en el artículo 8.5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para estimar la entrada en el domicilio y demás lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular por aplicación del derecho a la inviolabilidad del domicilio, ya que ello procede para la ejecución forzosa de los actos de la Administración pública y atendidas las alegaciones de ambas partes, señalando expresamente que en la ocupación de la finca se supervise por técnico agrónomo y un técnico de restauración cerámica la extracción de los elementos vegetales y cerámicos, de propiedad de la titular de la finca.

SEGUNDO.- En primer lugar y antes de examinar las alegaciones en que se funda el recurso de apelación formulado, se ha de señalar que, en el presente caso, no nos encontramos ante un recurso contencioso administrativo propiamente dicho, pues la resolución jurisdiccional producida y ahora apelada no resuelve la impugnación de un acto administrativo, sino que se produce a instancias de la misma Administración, que, para

la ejecución forzosa de una resolución -en este caso la que acuerda la ocupación de una parte del jardín de la finca donde se encuentra el domicilio habitual de la apelante, a consecuencia de la ejecución de proyecto de reparcelación- atendido el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, la Administración ha solicitado la preceptiva autorización judicial que releve el dicho derecho fundamental, precisamente porque para poder proceder a la legal ejecución forzosa es necesaria la entrada en el domicilio, lo que viene previsto y regulado en el artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en el artículo 91.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, tras la modificación de la misma producida por la Ley Orgánica 7/1998, de 13 de julio, atribuyendo tal facultad autorizante, exigida reiteradamente para la entrada en domicilio a efectos de ejecución forzosa de los actos administrativos por la doctrina del Tribunal Constitucional desde la sentencia 22/1984, de 17 de febrero, a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO.- Asimismo se ha de señalar que esta doctrina del Tribunal Constitucional, a la que vienen vinculados los Jueces y Tribunales por aplicación de lo establecido en el artículo 5.1 de la antes referida Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, establece en su interpretación del alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, que se recoge en el artículo 18.2 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, que el

Juez que autorice la entrada para la ejecución forzosa de los actos administrativos actúa como garante de este derecho fundamental, verificando la apariencia de legalidad del acto y la necesidad de entrar en el domicilio para su ejecución (STC 160/1991, de 18 de junio), pues en definitiva no se trata en el caso de esta autorización judicial tanto de una resolución jurisdiccional que haya de revisar la legalidad sustantiva del acto que da título a la ejecución forzosa, en los términos del artículo 93 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, -lo que sí sería en su caso objeto de un verdadero recurso contencioso administrativo-, cuanto de verificar la apariencia de legalidad de la ejecución forzosa, es decir que haya un título del que derive esta ejecución forzosa, y de que la entrada en el domicilio sea una acción imprescindible para la dicha ejecución, en consecuencia la resolución producida no puede entrar en la revisión del acto que da título a la ejecución más que para verificar su apariencia de legalidad, como tampoco cabe que lo haga esta Sala para resolver acerca de la apelación sobre esta resolución de autorización.

CUARTO.- El recurso de apelación formulado contra el Auto del Juzgado de instancia funda su impugnación del mismo en las siguientes alegaciones:

1ª) Se trata de una finca catalogada como protegida en el propio planeamiento municipal, rodeada con un jardín con especies arbóreas de más de 85 años de antigüedad y conjuntos cerámicos catalogados por el Instituto de promoción cerámica de Castellón.

2ª) La potestad de controlar judicialmente la entrada en domicilio se extiende a la fundamentación en derecho del acto administrativo y que no se produzcan mas limitaciones que las estrictamente necesarias, extremo éste que considera que no sido suficientemente valorado por el Juzgado en punto a la forma de extracción de los elementos protegidos y el lugar de depósito hasta su reubicación.

3ª) A los efectos de la forma de extracción reitera la apelante su solicitud de que se exija del Ayuntamiento de un proyecto técnico para garantizar la supervivencia de las especies arbóreas afectadas, y, respecto de los elementos cerámicos se requiera del Servicio de restauración de la Diputación de Castellón, del Museo de Bellas Artes para que determine la forma de extracción y la supervise.

4ª) Considera la apelante que el Auto recurrido incurre en error, pues los elementos cerámicos extraídos deben ser depositados y no se prevén los elementos y previsiones que exi-

ge para tal figura el Código Civil, manifestando que el Juzgado no puede decir que debe ser la actora la encargada de guardar los bienes extraídos, por incumplimiento del Código Civil y en segundo lugar porque las especies arbóreas son difíciles de guardar y le resulta imposible guardar los elementos a extraer con la entrada domiciliaria.

QUINTO.- La primera de las alegaciones formuladas por la apelante ha de ser desestimada por cuanto, aunque se ha de constatar el carácter de catalogado del inmueble y el régimen de protección del arbolado y elementos cerámicos, en los instrumentos de ordenación y actuaciones urbanísticas de los que trae causa el proyecto de reparcelación que da lugar a la ocupación parcial del jardín de la finca para la apertura de vial y consecuentemente a la autorización de entrada en cuestión, resulta la compatibilidad de las dichas actuaciones que afectan parcialmente al inmueble con el régimen de protección que se establece en los mismos, a más de que éste es más un argumento propio de la impugnación del acto de aprobación y en su caso de la medida cautelar jurisdiccional de suspensión de efectos de la reparcelación, pedida y desestimada, que de la autorización de entrada, de la que aquí se trata.

SEXTO.- Respecto de las demás alegaciones de la apelación se ha de señalar que giran todas ellas en torno a una misma cuestión, que no es otra que la disconformidad de la apelante con la desestimación de su oposición a la entrada en domicilio y su consiguiente concesión producida por el auto impugnado, todo ello en reiteración de las alegaciones formuladas en la dicha oposición y resueltas acertadamente por el Auto impugnado.

SÉPTIMO.- Tal disconformidad se funda en suma y principalmente, como se ha reseñado antes, en que el auto impugnado otorga la autorización sin entrar en la consideración de la fundamentación del acto a ejecutar, argumentación esta que no merece acogimiento, pues se constata que la resolución apelada tiene en cuenta y recoge la tanto la forma y apariencia de legalidad de la aprobación del Proyecto de reparcelación, cuanto su ejecutividad y la denegación por el propio Juzgado de la medida cautelar de suspensión del mismo, pedida en el proceso de impugnación seguido por la actora respecto del dicho proyecto de reparcelación, es decir el auto de instancia valora los elementos determinantes de la autorización concedida en los términos establecidos en orden a la decisión tomada por la regulación legal y doctrina jurisprudencial aplicables y antes reseñadas, dentro de los límites del control de la entrada en domicilio exigible y sin invadir el ámbito de la revisión jurisdiccional del acto que es el título jurídico de la ocupación en cuestión.

OCTAVO.- Junto con lo anterior, alega, en orden a esta disconformidad con la autorización impugnada, que el auto recurrido no tiene en cuenta ni prevé que la dicha autorización se produzca sin producir más limitaciones que las necesarias para la ejecución que se pretende y de la que trae causa, alegación esta que no cabe sea acogida por la Sala, pues a más de que tales previsiones se contienen en el auto de desestimación de la suspensión como condiciones de la ejecución que no se suspende -intervención de especialistas en el proceso de extracción de los árboles y los elementos cerámicos protegidos y relevantes- se reiteran, fundan y se establecen nuevamente en el auto impugnado, por lo que decae la base de la argumentación de la apelante en este punto, sin que, en primer lugar, la exigencia de que proyecto de trasplante de los árboles sea de estimar imprescindible, pues no se justifica la necesidad del mismo, estimado por el contrario que la supervisión de la extracción por técnico ingeniero agrónomo es medida suficiente; en segundo lugar, sin que se aprecie la necesidad de los informes pedidos respecto de los elementos cerámicos, pues tampoco se justifica su imprescindibilidad, estimando suficiente y proporcionada la supervisión de técnico cerámico restaurador designado por la Diputación Provincial; en tercer lugar, sin que tampoco quepa acoger la alegación de que el auto apelado debió establecer el depósito de los bienes extraídos, pues, como acertadamente razona el auto apelado, los bienes extraídos son de propiedad de la apelante -lo que no se debate- y por tanto ningún depósito civil procede respecto de los mismos que deberán quedar en poder de la misma hasta su reimplantación.

NOVENO.- Procede, por lo expuesto y por lo que en sentido coin-

cidente se argumenta en la resolución apelada, desestimar el recurso de apelación formulado y consiguientemente confirmar el Auto apelado, y, con arreglo a lo establecido en el artículo 139.2 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción procede asimismo, al haberse desestimado el recurso, imponer las costas de esta apelación a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados por las partes, concordantes y demás de general aplicación.

FALLO

1) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Dª Sofía, tramitado con el número de rollo 444 de 2005, contra el Auto núm. 70/05 dictado con fecha 8 de abril de 2005 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Castellón en el procedimiento número 93/2005.

2) Imponer a la parte apelante las costas de esta apelación.

Notifíquese a las partes la presente sentencia y, verificado que sea, devuélvanse los autos, con certificación literal de la misma, al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Mariano Ferrando Marzal.- Rafael Manzana Laguarda.- Juan Climent Barberá.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando constituido el Tribunal en audiencia pública, de lo que, como Secretario de éste, doy fe.



TSJ Asturias Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia 20 abril 2007. Ponente: D. José Manuel Buján Alvarez

Su calificación como leve no reduce el recargo impuesto en el orden social

Sanción administrativa por falta de medidas de seguridad en accidente laboral

Reurre en suplicación la empresa demandante frente a sentencia que le impuso un recargo del 40%, por falta de medidas de seguridad, en las prestaciones de Seguridad Social derivadas de accidente laboral.

La Sala desestima el recurso pues señala que, haya ocurrido cuando haya sido el accidente -al inicio o final del trayecto-, resulta obvio que las circunstancias en que se produce son enteramente debidas a la omisión de medidas de seguridad por parte de la empresa y porque, aún habiéndose apreciado la supuesta falta de diligencia o impericia del trabajador, en ningún caso se ha establecido que se tratara de imprudencia temeraria; si a ello se añaden las condiciones en que se produce el accidente -falsedad documental atribuyendo el mismo a un suceso ocurrido fuera del centro de trabajo y la consideración de leve dada al mismo cuando el trabajador hubo de ser hospitalizado-, resulta claro que la consideración de la sanción administrativa como falta leve en lugar de grave, no puede suponer en el orden social una disminución del recargo impuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón en fecha 1 de junio de 2005, Autos 675/2004, por la que se desestimaba la demanda formulada por la empresa "Sistemas Tecnológicos N., S.L." en materia de recargo de prestaciones, se alza la parte demandante a medio de recurso de suplicación que, con el amparo procesal de los apartados b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa en definitiva: "que se anulen las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia a fin de que se vuelva a dictar otra en la que se recojan los hechos probados declarados en la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Oviedo núm. 5, o se revoque la que se recurre y se dicte otra sentencia por la cual se estime la demanda interpuesta y se anule y se deje sin efecto la Resolución recurrida y el Recargo impuesto o, finalmente y con carácter subsidiario, se establezca el recargo de prestaciones en el 30%.

SEGUNDO.- Con el amparo que le otorga el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, el recurrente interesa la modificación:

A) Del hecho primero declarado probado de la sentencia de instancia a fin de que sea sustituido por otro que diga lo siguiente: "que el 24 de julio de 2002, cuando el demandado Rafael se encontraba prestando servicios para la entidad demandante realizando unas operaciones de carga de unas placas de cristal en la furgoneta, hallándose los cristales sobre una plataforma de 100 cm. de ancho que se apoya sobre unas tablas colocadas transversalmente a la base de la plataforma y en vertical a la misma, existiendo dos piezas en forma

de trapecio para que los cristales puedan ser sujetados, siendo así que en dichos soportes se encontraran colocadas seis placas de cristal, de 2 metros de largo por 70 cm. de ancho, en cada uno de los lados del trapecio con un peso total de 420 kg. con ocasión de la manipulación de la plataforma y los cristales para cargarlos en la furgoneta es cuando por falta de diligencia, impericia o ausencia de cuidado de los trabajadores tiene lugar el fatal accidente." Tal modificación se refiere, como indica el recurrente sólo a la última parte del hecho probado de la sentencia ("...en un momento dado... antebrazo izquierdo). Basa la modificación en la sentencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo cuyo testimonio obra a los folios 46 a 52 de los autos.

B) Con el mismo amparo procesal interesa la modificación del hecho quinto de la sentencia en el sentido de que al final del mismo se recoja la frase "... al rebajar la infracción de grave a leve".

En cuanto a la modificación pretendida en el apartado A) ha de decirse que la misma no procede y ello pese a los esfuerzos dialécticos que ha realizado a lo largo de todo el recurso la representación procesal de la empresa. Ante todo se ha de señalar que en la jurisdicción contencioso-administrativa no existe norma similar a la que, con carácter imperativo en el orden social, impone al Juez o Tribunal que declare "expresamente los hechos que estime probados" (ex artículo 97.2 Ley de Procedimiento Laboral). En el presente supuesto, al menos, no existe esa declaración expresa y autónoma de los hechos que el juzgador de lo contencioso-administrativo considera como probados. De ahí que tras varias lecturas de la sentencia que se cita como documento, esta Sala no haya podido llegar a hacerse una composición clara de cómo ocurrieron realmente los hechos para el juzgador de lo contencioso-administrativo ya que a través de seis fundamentos jurídicos en los que se va refiriendo al objeto de la litis en aquel orden de la jurisdicción, se observan contradicciones o, al menos, discrepancias en cuanto a su lógica interna.

Ello explica el que la juzgadora del orden social haya tenido que acudir a interpretar o hacer una valoración de todo el contenido de la sentencia, lo que, en efecto, supone una ardua tarea, por otra parte ajena a sus competencias, específicamente establecidas en el ya citado artículo 97.2 Ley de Procedimiento Laboral, aunque en el presente caso, por imperativo del artículo 42.5 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, sería vinculante para ella la declaración de hechos probados que contuviera la sentencia firme del Juzgado

de lo contencioso. Mas, como se ha señalado, no existe en la sentencia tal declaración de hechos probados y sí una compleja y contradictoria amalgama de hechos, suposiciones, valoraciones o apreciaciones subjetivas.

La sustitución ha de ser rechazada por cuanto (además de la no existencia de declaración de hechos probados autónomos sino más bien de valoraciones lógico-jurídicas) en la sentencia que se utiliza, como documento hábil para ello, se efectúa reiteradamente una remisión al Acta de infracción levantada por la Inspección de trabajo (folios 62-66, ambos inclusive, entre otros) y, al menos literalmente, no se refleja el texto que obra en la sentencia en el Fundamento de Derecho Quinto y que se pretende tomar como hecho probado para, así, trasladarlo al hecho primero probado de la sentencia de instancia del orden social, modificación que, por otra parte, tampoco cabría admitir dada la valoración y calificación jurídica que se efectúa ("... por falta de diligencia, impericia o ausencia de cuidado de los trabajadores...") porque en el orden social estaría (en principio) predeterminando el fallo de la sentencia.

Este primer motivo del recurso ha de ser, por tanto rechazado, sin perjuicio de que habrá de ser nuevamente considerado al examinar las infracciones jurídicas denunciadas en el motivo tercero del recurso y ampliado en los motivos 4º, 5º y 6º.

Por lo que se refiere al apartado B) (Motivo 2º del recurso), procede acceder a lo solicitado dado que es incontrovertido el hecho de la minoración de la sanción administrativa de falta grave a leve en la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

TERCERO.- Con el amparo procesal que le otorga el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia por la recurrente infracción por indebida aplicación del artículo 123.1 de la Ley General de la Seguridad Social y de determinada jurisprudencia que se cita en el motivo.

Con este amparo desarrolla la recurrente los motivos cuarto, quinto, sexto, decimoprimer y decimotercero.

Los argumentos esgrimidos por la empresa recurrente son los siguientes:

a) El recargo "no es de tipo objetivo, no es una responsabilidad objetiva que sea menester imputar a la empresa en todo caso de accidente, incluso en todo caso de omisión de medidas de seguridad", citando al efecto sentencias de tres Tribunales Superiores de Justicia que como la propia representación procesal de la empresa reconoce, no se les atribuye

el carácter de jurisprudencia, en virtud de lo establecido en el artículo 1.6 del Código Civil.

b) Por su aspecto sancionador, el recargo se interpreta de modo restrictivo, aunque no sea una propia sanción, habida cuenta además de la presunción general de inocencia, que también funciona a favor de la empresa.

A ello hemos de señalar que con independencia de que no pueda atribuirse a la empresa responsabilidad, en todo caso, ante un supuesto de accidente laboral, es reiterada la jurisprudencia más reciente que establece que la "presunción de inocencia no es aplicable al ámbito laboral". Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 16/01/2006 dictada en unificación de doctrina, se establece: "Sin embargo la doctrina ajustada a derecho es la que se contiene en la sentencia de contraste, que sostuvo precisamente lo contrario, tal y como esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo tuvo ocasión de afirmar en su sentencia de 30 de junio de 2003. En ésta, en primer término se dice en relación con el principio de presunción de inocencia, que, conforme a reiterada jurisprudencia, únicamente tienen asiento en la esfera jurídico-penal, y no en la esfera civil-laboral de incumplimientos contractuales del deber de seguridad asumido por el empleador.

Y se añade que desde este plano, lo que ha de examinarse, y ello está en relación con la doctrina sobre la carga de la prueba, es si existe o no una relación de causalidad entre la conducta, de carácter culpabilista por acción u omisión, del empresario, en relación a la adopción de medidas de seguridad en el trabajo y el accidente o daño producido, y en la respuesta al interrogante han de valorarse todas las pruebas admitidas en derecho, y, además, las presunciones reguladas en el momento del hecho causante en los artículos 1249 a 1253 del Código Civil y, en la actualidad, en la sección 9ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero, que derogó las normas citadas del Código Civil, aunque, en realidad y en lo que nos afecta, tanto el aplicable y derogado artículo 1253 Código Civil, como el nuevo 386 Ley de Enjuiciamiento Civil, permiten que el Tribunal a partir de un hecho admitido o probado podrá presumir, a los efectos del proceso, otro hecho si entre el admitido o probado y el presunto existe un enlace previo y directo según las reglas del criterio humano.

c) La infracción normativa ha de ser causa directa del accidente, "relación de causalidad que ha de probarse y ser examinada en cada caso concreto y según sus propias circunstancias".

d) La infracción ha de ser norma concreta, no genérica, ha de tratarse de una "infracción trascendente".

e) "La imprudencia profesional del trabajador, que no elimina el concepto de accidente de trabajo, sí impide el recargo".

f) "No cabe esta responsabilidad si el evento emerge por simple caso fortuito".

Tras estos requisitos (alguno de ellos ya lo hemos analizado), la recurrente incide en la sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo, citando diversos párrafos de la misma. De todo ello concluye la recurrente que no se da esa relación de causalidad entre las infracciones normativas que subsumen jurídicamente la ausencia de medidas de seguridad y el siniestro o accidente.

CUARTO.- Con el mismo amparo procesal del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el motivo séptimo del recurso, se denuncia infracción por aplicación indebida del artículo 115 puntos 3 y 4 de la Ley General de la Seguridad. Parece obvio que la cita del apartado 3 carece de sentido pues no se niega la contingencia como causada por accidente de trabajo, razón por la que, en este aspecto procede apreciar la censura jurídica alegada de contrario por la recurrente. No puede, sin embargo accederse a la imputación de la infracción del artículo 115.4 del mismo texto legal, pues en el presente supuesto ni siquiera la tan reiterada sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo llega a establecer que el accidente se debiera a imprudencia temeraria ni profesional, al tratarse de la realización de un trabajo habitual, que se venía ejecutando siempre de esa forma. Nos hallamos ante un accidente de trabajo. Lo que se discute es si el mismo se produce causalmente, es decir, como consecuencia de inexistencia de medidas "generales o particulares" (artículo 123.1) de prevención de riesgos.

QUINTO.- Igualmente y con el mismo amparo procesal del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia, en los motivos noveno y décimo, infracción de los artículos 1.4 y 1.6 del Anexo I y 1.7 del Anexo II del Real Decreto 1215/97 y artículos 1, 14, 16, 18, 19 y 15.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos.

SEXTO.- En cuanto al motivo decimosegundo, no procede su examen al no expresarse qué norma sustantiva es la que se denuncia como vulnerada, si bien ha de ponerse en relación con la denuncia ya contemplada en el motivo cuarto de infracción del artículo 123.1 al afirmar que "la infracción cometida para imponer el recargo ha de estar tipificada como grave", afirmación que no encuentra apoyo en la norma que se dice infringida. La expresión "según la gravedad de la falta" ha de remitirse al artículo 1.3 del Real Decreto

Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, que califica las infracciones como leves, graves y muy graves.

SÉPTIMO.- Para una mejor comprensión del examen que la Sala realiza del recurso, consideramos adecuada la transcripción de los Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, así como del Acta de la Inspección de Trabajo. Así, en los Fundamentos de la sentencia se establece:

"Quinto.- La sanción recurrida y por importe de 1.800 euros, se im-

"...carece de relevancia constitucional el hecho de que puedan alcanzarse resultados contradictorios entre decisiones procedentes de órganos jurisdiccionales que se integran en distintos órdenes, por haber abordado bajo ópticas distintas unos mismos hechos, si los resultados contradictorios son consecuencia del reparto de competencias que el legislador ha dispuesto entre los diversos órganos jurisdiccionales,..."

pone por infracción calificada como falta grave del artículo 12.16 b) del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto sobre Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social que dispone literalmente: "Incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados y especialmente en materia de... Diseño, elección, instalación, disposición, utilización y mantenimiento de los lugares de trabajo, herramientas, maquinaria y equipos".

Por tanto, el objeto del presente litigio se centra en el incumplimiento de una obligación concreta y por un

hecho infractor determinado, quedando por tanto al margen del mismo todas las cuestiones atinentes a las implicaciones civiles, laborales o profesiones que pudieren derivarse del accidente que determinó las actuaciones administrativas, así como los posibles incumplimientos de normativa que no han merecido reproche expreso mediante la imposición de la sanción aquí cuestionada (ej.: Facilitar o no formación a los trabajadores, otras medidas de protección, falta de veracidad en el parte de accidente, etc.).

La norma incumplida a juicio de la Administración sería el artículo 1.4 del Anexo I del Real Decreto 1215/97, sobre condiciones de seguridad en equipos de trabajo de "que cualquier equipo de trabajo que entrañe riesgo de caída de objetos o proyecciones deberá estar provisto de dispositivos de protección adecuada a dichos riesgos" y el artículo 1.6 del Anexo I de aquél que "si fuera necesario para la seguridad o salud de los trabajadores, los equipos de trabajo y sus elementos deberán estabilizarse por fijación o por otros medios", así como el artículo 1.7 del Anexo II: "los equipos de trabajo deberán ser instalados y utilizados de forma que no puedan caer, volcar o desplazarse de forma incontrolada, poniendo en peligro la seguridad de los trabajadores".

Pues bien, del relato fáctico del Acta de la Inspección, y de la prueba testifical practicada se deriva que existía una plataforma adecuada al porte de las placas de cristal y según refiere el Acta "vertical a la plataforma, y que sirve para sujetar y apoyar los cristales hay dos piezas en forma de trapecio, cuyo lado mas ancho corresponde a la base de la plataforma... Teniendo en cuenta el peso total que había en la plataforma, que era de 420 kilogramos, un peso ya muy considerable, debería haberse fijado y sujetado dicho peso mediante fleje o cualquier otro sistema de sujeción que impidiese el vuelco de la carga, debiendo ponerse de relieve la escasa dimensión de las ruedas locas".

Esto es, habida cuenta del "peso ya muy considerable" se constata la ausencia de "fleje o cualquier otro sistema de sujeción". Por tanto, estamos ante una infracción de medidas de seguridad para tal porteo. Y ello con independencia de que ulteriormente tuviese lugar el accidente, puesto que como dicho Acta igualmente relata, es claro que con ocasión de la manipulación de la plataforma y los cristales para cargarlos en la furgoneta es cuando por falta de diligencia, impericia o ausencia de cuidado de los trabajadores tiene lugar el fatal accidente.

Así pues, hemos de considerar que la empresa sí incurrió en una falta o incumplimiento de adopción de medidas de prevención y seguridad merecedor de sanción administrativa."

"Sexto.- Ahora bien, la calificación de tal infracción no ha de ser la de infracción grave, que está calificada por "crear un riesgo grave para la integridad física", sino la de infracción leve (no olvidemos que el propio Acta relata que la plataforma contaba con cierto mecanismo de "sujeción y apoyo" y que es la sobrecarga ocasional la que demandaría medidas adicionales), y ello es así por la circunstancia de la concurrencia de culpas en los trabajadores en el accidente, y la desvinculación de este efecto dañoso respecto del incumplimiento constatado (una cosa es que declaremos que la ausencia de cinchas o fijación sea un incumplimiento de medidas de seguridad y otra muy diferente que tal incumplimiento determinase el accidente, consecuencia que entendemos objetivamente ajena a aquélla infracción). En efecto, hemos desvinculado el incumplimiento de la normativa de seguridad (inexistencia de elementos especiales de sujeción de la carga) respecto del resultado dañoso (debido a la impericia o descuido de los trabajadores, por lo que hubiere sido irrelevante la existencia de cinchas o medios equivalentes de sujeción, ya que para la manipulación y porteo hacia la furgoneta -circunstancias en que tuvo lugar el accidente- deberían lógicamente haberse liberado los cristales de tales ataduras o anclajes y se había producido igualmente el accidente); por ello, no existen elementos para apreciar un riesgo grave derivado del incumplimiento constatado que permita subsumir la infracción como falta grave. Todo ello en conexión con el principio culpabilístico propio del Derecho Administrativo sancionador, ámbito donde no tiene cabida la responsabilidad objetiva.

Así pues, hemos de acoger el alegato de la falta de proporcionalidad de la sanción, y por economía procesal hemos de minorar la sanción impuesta y fijarla en la cuantía correspondiente a una infracción leve del artículo 11.4 del Real Decreto Legislativo 5/2000 y a falta de circunstancias agravantes o atenuantes, situarla en su grado medio (y en el centro del intervalo legalmente posible), a tenor del apartado a) del artículo 40.2 del Texto Refundido de Infracciones y Sanciones en el orden Social, esto es, en 451 Euros".

OCTAVO.- De igual modo, el Acta de infracción de la Inspección de Trabajo de fecha 28/08/2003 (entre otros, folios 63-66) establece: "Que con motivo de visita el 14 de julio del año 2003 a la empresa, y al lugar donde ocurre el accidente, acompañado del trabajador Rafael, así como por María Luisa, responsable de Salud Laboral en Gijón del Sindicato "Comisiones Obreras", al objeto de conocer cómo se produjo el accidente del trabajador Rafael, se ha comprobado lo siguiente: El trabajador Rafael, ingresado el 3-6-2002, sufre un accidente el 24-7-2002.

En el parte de accidente extendido en su día por la Empresa, se hace constar que las lesiones son leves, pese a haber sido ingresado en un Centro Hospitalario, y con heridas importantes; y señalando igualmente que el accidente tiene lugar al ir y volver del trabajo, cuando es lo cierto que se produce en el mismo centro de trabajo.

En el momento de la visita se halla presente el representante de la Empresa, Justo, así como el trabajador Augusto, testigo del accidente.

Según refieren ambos trabajadores, la operación a realizar era cargar unas placas de cristal en una furgoneta.

Tales cristales se hallaban sobre una plataforma de 100 centímetros de ancha, que se apoya sobre unas tablas, colocadas transversalmente a la base de la plataforma, tablas de 100 centímetros de largo y 25 centímetros de ancho.

Vertical a la plataforma, y que sirve para sujetar y apoyar los cristales, hay dos piezas en forma de trapecio, cuyo lado más ancho corresponde a la base de la plataforma.

Sobre dicha plataforma se hallaban colocadas doce placas de cristal, seis en un lado y otras seis al otro lado de los mencionados elementos verticales, placas cuyas dimensiones eran de 2 metros de largo y 70 centímetros de ancho cada una de ellas, de forma que el peso total en la plataforma citada era de unos 420 Kilogramos.

Según manifiesta el representante de la empresa, los cristales no estaban pulidos, sino con "bordes matados", momento en que las aristas no son tan agudas como recién cortadas, pero aun tienen arista cortante, pues no están pulidos.

Dicha plataforma, para permitir su desplazamiento, va apoyada sobre unas ruedas locas, que se ajustan a una pletina de soporte y esta pletina a la base.

Como quiera que la altura de la plataforma sobre el suelo es de unos 20 centímetros, el diámetro de dichas ruedas locas es de unos 15-16 centímetros.

- el día 24-7-2002, dicha plataforma se hallaba situada en el lateral izquierdo de la nave y pretendían desplazarla hacia la derecha para cargar los cristales en una furgoneta situada en medio de la nave.

- la operación se ejecuta de la siguiente manera: Augusto se coloca por detrás de la plataforma y Rafael por hacia delante, los cristales se vencen hacia delante, y alcanzan el antebrazo de Rafael, que, en un gesto instintivo, trata de sujetar con la mano dichas chapas de cristal, lo que no consigue, resultando con un corte profundo en el antebrazo derecho.

Teniendo en cuenta el peso total que había en la plataforma, que era de 420 Kilogramos, un peso ya muy considerable, debería haberse fijado y sujetado dicho peso mediante fleje o cualquier otro sistema de sujeción que impidiese el vuelco de la carga, debiendo ponerse de relieve la escasa dimensión de las ruedas locas, que bien pudieron haberse trabado facilitando el vuelco de la carga, que un sistema de sujeción adecuado habría evitado.

Ello constituye infracción de lo establecido en los artículos 1.4 y 1.6 del Anexo I del Real Decreto 1215/97 sobre condiciones de seguridad de equipos de trabajo, así como del artículo 1.7 del Anexo II de dicho Real Decreto 1215/97, que impone la sujeción de las cargas para evitar su caída sobre los trabajadores situado en sus proximidades.

Hay que señalar que en la evaluación de riesgos realizada por la Empresa "D." el 24-6-2002, aun cuando en la misma se contempla el riesgo de atrapamiento y caída de objetos en manipulación por el movimiento y transporte manual de cargas, no se definen cuales sean las medias de protección aplicables para prevenirlos.

Los hechos relatados son constitutivos de una infracción tipificada y calificada como falta grave en el artículo 12.16 b) del Decreto Legislativo 5/2000, de 4-8 (BOE 8-8) que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, por lo que se propone sanción de mil ochocientos euros, según artículo 40.2.b) del Real Decreto Legislativo 5/2000 antes citado...

NOVENO.- Una síntesis de los argumentos jurídicos expuestos en el bien fundamentado recurso pueden condensarse, sobre todo, en la reiteración con que la recurrente se remite al artículo 42.5 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. Sobre tal extremo no podemos por menos que referirnos (entre otras) a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) de fecha 30/05/2005. En dicha sentencia, que efectúa un minucioso análisis del citado artículo, se señala, entre otras argumentaciones y consideraciones: "...Es de lamentar que la reforma propiciada por la Ley 29/98, cuya disposición adicional 5ª dio nueva redacción al artículo 3 de la Ley de Procedimiento Laboral, atribuyendo al orden jurisdiccional social el conocimiento de las pretensiones sobre las resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones de orden social, con la excepción prevista en la letra b) del apartado 1 de dicho precepto (gestión recaudatoria y actas de liquidación e infracción), incluyendo, por consiguiente, las impuestas al empresariado por el incumplimiento de la normativa de

prevención de riesgos laborales, y que debería haber entrado en vigor el 14-12-1999, no llegara a buen puerto, careciendo de vigencia, puesto que la Ley 50/1998, en su disposición adicional 24ª, revisó la redacción del artículo 3 de la LPL, manteniendo el contenido de los números 1 y 2, pero añadiendo un nuevo número 3 del siguiente tenor:

En el plazo de nueve meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley para incorporar a la Ley de Procedimiento Laboral las modalidades y especialidades procesales correspondientes a los supuestos del anterior número 2. Dicha Ley determinará la fecha de entrada en vigor de la atribución a la Jurisdicción del Orden Social de las materias comprendidas en el número 2 de este artículo.

■

"...El ciudadano, en un Estado de Derecho, resulta acreedor, en términos de elemental justicia, a que se le explique convenientemente, por qué un mismo accidente es susceptible de producir consecuencias en el ámbito del recargo de prestaciones y, sin embargo, no así en el ámbito del expediente sancionador..."

■

Tal declaración no ha pasado de ser una mera intención, porque el Gobierno no ha dado cumplimiento a la remisión del Proyecto de Ley, no existiendo, por tanto, efectividad en la asunción por el orden jurisdiccional social de la competencia para conocer de las pretensiones sobre las resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones de orden social.

La disposición derogatoria única del Real Decreto 5/2000, de 4 de agosto, que aprobó el Texto Refundido sobre la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, derogó los apartados 2, 4 y 5 del artículo 42 de la Ley 31/19995, de Prevención de Riesgos Laborales, mas el contenido del apartado 5 de este último precepto pasó, sin alteraciones, en su literalidad, a formar parte del artículo 42.5 de la Ley de Infracciones y

Sanciones del Orden Social que dice así: La declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden oficial de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de Seguridad Social.

En la incorporación del citado precepto se ha dejado notar la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual, aunque carece de relevancia constitucional el hecho de que puedan alcanzarse resultados contradictorios entre decisiones procedentes de órganos jurisdiccionales que se integran en distintos órdenes, por haber abordado bajo ópticas distintas unos mismos hechos, si los resultados contradictorios son consecuencia del reparto de competencias que el legislador ha dispuesto entre los diversos órganos jurisdiccionales, otra cosa diferente es que la contradicción no surja de esas perspectivas jurídicas diversas, de los criterios informadores del reparto de competencias llevado a cabo por el legislador entre los órdenes jurisdiccionales, sino referida a que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. En la realidad jurídica, esto es, en la realidad histórica relevante para el Derecho, no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, existir y dejar de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen no sólo principios elementales de la lógica jurídica y extrajurídica, sino el principio de seguridad jurídica constitucionalizado en el artículo 9.3.

... Otro problema que plantea el precepto: ¿vincula a la jurisdicción social solamente la declaración de hechos probados de la jurisdicción contenciosa o también las valoraciones jurídicas? Aun cuando existe algún pronunciamiento judicial a favor de la doble vinculación, fáctica y jurídica, como respuesta más acorde a la seguridad jurídica, a nuestro modo de ver, no existe vinculación de las valoraciones jurídicas, sólo de los hechos probados, y en esta línea del precepto parecen deducirse nítidamente dos cosas: que lo que vincula al orden social es el tema fáctico solamente y su calificación como infracción, la existencia de la infracción, pero no la consecuencia jurídica de la responsabilidad, que es competencia del orden social y no tiene por qué darse, por eso la norma dice en su caso, es decir, no siempre.

En esta misma dirección se enmarca la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 26 marzo 1999, no siendo vinculantes con carácter preceptivo las valoraciones jurídicas. Contempla aquí el Tribunal Supremo (...) que aunque en el momento actual la Ley de Prevención de

Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995, en el número 5 del artículo 42 establece que “la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme en el Orden jurisdiccional Contencioso- Administrativo, relativo a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al Orden Social de la jurisdicción, en lo que se refiere a recargo, en su caso de la prestación económica, del sistema de la Seguridad Social”, hay que tener en cuenta que la Sala de lo Social (...) dictó su resolución cuando no existía esa declaración, por lo que no puede hablarse de esa vinculación, y por otro lado este precepto ha de ser interpretado de acuerdo con el espíritu de la doctrina del Tribunal Constitucional, para evitar la violación del artículo 24 de la Constitución, independientemente de que el Tribunal pueda extraer consecuencias distintas de los mismos hechos. Doctrina ésta del Tribunal Supremo plenamente acorde con la del Tribunal Constitucional. En efecto, en su sentencia núm. 158/1985, el máximo intérprete de la Constitución refiere lo siguiente:

Ello supone que si existe una resolución firme dictada en un orden jurisdiccional, otros órganos judiciales que conozcan del mismo asunto deberán también asumir como ciertos los hechos declarados tales por la primera resolución, o justificar la distinta apreciación que hacen de los mismos. No se trata, pues, de que una jurisdicción haya de aceptar siempre de forma mecánica lo declarado por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada, de acuerdo por otra parte con la reiteradísima doctrina de este Tribunal Constitucional, según la cual el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, entre otros, el de obtener una resolución fundada en Derecho. Cuando resulta que, en principio, la resolución que un órgano judicial va a dictar puede ser contradictoria con la ya dictada por otro órgano, el que pronuncia la segunda debe exponer las razones por las cuales, a pesa de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio.

No hay pues un sometimiento pleno a lo establecido por otra sentencia dictada por el otro orden jurisdiccional, vinculan, eso sí, los hechos firmes, pero no su valoración jurídica cuando se hace de manera fundada y razonada.

...El ciudadano, en un Estado de Derecho, resulta acreedor, en términos de elemental justicia, a que se le explique convenientemente, por qué un mismo accidente es susceptible de producir consecuencias en el ámbito del recargo de prestaciones y, sin embargo, no así en el ámbito del expediente sancionador, cuando se supone que la infracción a la normativa de prevención de riesgos es la misma, por más que contemplen los distintos órdenes jurisdiccionales llamados a intervenir la situación bajo distinta

óptica social, y que sea suficientemente conocida la doctrina constitucional según la cual carece de relevancia constitucional que puedan alcanzarse resultados contradictorios entre decisiones provenientes de órganos judiciales integrados en distintos órdenes jurisdiccionales, cuando esta contradicción tiene como soporte el haber abordado bajo ópticas distintas unos mismos hechos sometidos al conocimiento judicial, pues, en estos casos, los resultados contradictorios son consecuencia de los criterios informadores del reparto de competencias llevado a cabo por el legislador entre los diversos órdenes jurisdiccionales (STC 158/85, 70/89, 116/89).

En segundo lugar, que el núcleo de la cuestión que se nos plantea revela una vez más el panorama absolutamente desolador de la regulación de los accidentes de trabajo en España, con claros desajustes producidos por una regulación dispersa, fragmentaria, con atribución de competencias a distintos órdenes jurisdiccionales, inspirados en distintos principios, con alarmante merma de la seguridad jurídica, y evidentes perturbaciones en el ámbito procesal e indemnizatorio.

(...) El accidente de trabajo tiene una primordial incidencia en la salud e integridad física de los trabajadores en cuanto que éstos arriesgan sus vidas en la realización de la prestación de sus servicios por cuenta ajena, atrayendo un elenco de ramas del Derecho y jurisdicciones afectadas, procediendo aquéllas no sólo de la Seguridad Social sino también del Derecho de Daños, del Derecho de los Seguros, del Derecho Administrativo sancionador, del Derecho Civil y Penal, así como de la normativa de Prevención de Riesgos Laborales, surgiendo el posible conocimiento, en las materias de su competencia, de los órdenes jurisdiccionales Contencioso-Administrativo, Social, Civil y Penal, arrojando un producto normativo heterogéneo, mestizo, fruto de la mezcla de los principios normativos caracterizadores de las ramas que torrencialmente han anegado este sector del ordenamiento cuya característica definitoria más acusada es la de su extraordinaria complejidad (“M.”). Fragmentación y disgregación de la normativa en todo caso preocupante, al quebrarse la coherencia que el ordenamiento jurídico debe otorgar, atendiendo a unos mismos principios, a un mismo ámbito de actuación constituido por el accidente de trabajo, de ahí que sea un clamor doctrinal la necesidad de crear una Ley integral sobre los accidentes de trabajo.

(...) El mencionado artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social previene que si el siniestro laboral se produce a consecuencia de la infracción de normas de seguridad e higiene y salud laborales procede la imposición de un recargo sobre las prestaciones económicas, siendo los requisitos del supuesto normativo los siguientes:

A) La existencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional que de lugar a las prestaciones ordinarias del Sistema de la Seguridad social.

B) La falta de adopción de medidas de seguridad e higiene y salud laborales establecidas, de modo genérico o específico, en normas jurídicas públicas.

C) La existencia de nexo causal entre la falta y el siniestro.

D) La existencia de un perjuicio causado por el siniestro.

Se trata de responsabilidad empresarial cuasi-objetiva con escasa incidencia de la conducta del trabajador, como se afirmó con relación a la intrascendencia de la falta de negativa a realizar los trabajos sin la protección requerida en un supuesto de accidente laboral de un trabajador con cargo de colaboración en materia de seguridad e higiene (STS 6-V-1998, Recurso 2318/1977).

También en la STS 2-10-2000, se hace hincapié en las singulares características del recargo, indicando que:

a) La finalidad del recargo, en una sociedad en la que se mantienen unos altos índices de siniestralidad laboral, es la de evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales, imputables, por tanto, al empresario infractor, el que de haber adoptado previamente las oportunas medidas pudiera haber evitado el evento dañoso acaecido a los trabajadores incluidos en su círculo organizativo.

Se pretende impulsar coercitivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando específicamente su responsabilidad con el propósito de que a la empresa no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente...”.

DÉCIMO.- En el caso que nos ocupa, como ya se ha indicado, resulta prácticamente imposible a la Sala, al igual que precedentemente al Juzgado de lo Social que conoció en la instancia, aceptar como probados e incontrastables unos hechos determinados. Por una parte, porque la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no nos ofrece un relato de hechos claro y autónomo como el que refiere la sentencia impugnada. Son pocos los datos de que disponemos y, además, se efectúan, entremezclándose con las cuestiones de hecho, opiniones, valoraciones subjetivas y jurídicas y contradicciones entre unos y otros. No es función de la Sala examinar la coherencia lógica interna de los datos sobre los que se construyen los Fundamentos de derecho de la sentencia, especialmente del Quinto y el

Sexto transcritos, aunque sí se deben resaltar determinadas cuestiones que afectan a la seguridad jurídica. Así, y a modo de ejemplo, en lo que aparece como punto esencial: el momento y las circunstancias en que ocurre el accidente. Existen varias contradicciones que impiden a la Sala extraer unas conclusiones certeras:

a) Se dice en el Fundamento Quinto que “del relato de la Inspección y de la prueba testifical se deriva que existía una plataforma adecuada al porte de las piezas de cristal...”, cuando en ningún momento en el Acta de Inspección se halla tal afirmación, pese a servir ésta de base al contenido de la sentencia, y tampoco se puede extraer dicha valoración (“plataforma adecuada al porte de las piezas de cristal”) del relato del Acta que, por lo demás sí expresa que teniendo en cuenta el peso total de 420 kilogramos sobre la plataforma las piezas de cristal deberían ir bien sujetas y fijas “mediante fleje o cualquier otro sistema de sujeción que impidiese el vuelco de la carga, que un sistema de sujeción adecuado habría evitado...” (subrayado nuestro); estableciendo a mayor abundamiento “la escasa dimensión de las ruedas locas, que bien pudieron haberse trabado facilitando el vuelco de la carga, que un sistema de sujeción adecuado habría evitado”.

Del relato del Acta se desprende con claridad que fue durante la acción de porte o desplazamiento de esa plataforma, que no reunía condiciones de seguridad, (“el día 24-7-2002 (fecha del accidente), dicha plataforma estaba situada en el lateral izquierdo de la nave y pretendían desplazarla hacia la derecha para cargar los cristales en una furgoneta situada en medio de la nave”), cuando, posiblemente se trabaron las ruedas locas y los cristales, que iban sin sujeción alguna, vencieron hacia delante, alcanzando el antebrazo del trabajador “que, en un gesto instintivo, trata de sujetar con la mano dichas chapas de cristal, lo que no consigue, resultando con un corte profundo en el antebrazo derecho”. Resulta importante señalar, al igual que en el Acta de la Inspección, el papel desempeñado por unas ruedas de escaso diámetro para soportar tanta carga, que bien “pudieron haberse trabado” por razones que no se señalan pero que perfectamente pudo haber sido debido al excesivo peso que soportaba, lo que motivó un desplazamiento incontrolado de la plataforma o por haber hallado en su desplazamiento algún objeto que originó un choque que hizo “vencer hacia delante” las chapas de cristal. En ambos supuestos necesariamente la plataforma estaría, de una u otra forma, en movimiento, es decir estaba siendo manipulada por los trabajadores, sobre todo por el compañero del accidentado que era quien iba empujándola desde la parte trasera, hallándose el trabajador accidentado en la parte delantera y la carga iba sin sujeción alguna.

Al respecto es significativo que en el hecho cuarto de la demanda formulada por la empresa se expresa que “el accidente de trabajo se produjo durante la realización de un trabajo normal y habitual en el quehacer diario de la empresa, como era el transportar unos vidrios hasta una furgoneta para su posterior carga y envío...En esta tarea totalmente manual, alguien debió de empujar los mencionados vidrios, cuando no era necesario para su transporte, ya que se empuja el trípode o soporte sobre el que están instalados, o bien cuando eran descargados lo que provocó la caída de los vidrios que golpearon el brazo del trabajador accidentado originándole una serie de lesiones...”. Sin embargo, la empresa, contra toda evidencia, insiste reiteradamente en que “los vidrios en cuestión, para mayor seguridad, estaban atados y perfectamente sujetos”.

b) El relato del Acta de la Inspección sobre el que se sustenta el núcleo de la sentencia deja claro cómo ocurrieron los hechos y por qué. Sin embargo no es explícito respecto al momento en que ocurrió el accidente. Nada se dice si fue al inicio del desplazamiento, una vez en curso el mismo, al final del mismo, hallándose ya parada la plataforma junto a la furgoneta... La misma laguna nos ofrece la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. No obstante, en el Acta de la Inspección, levantada en presencia del representante de la empresa y del trabajador que acometió la tarea de la que se derivó el accidente, D. Augusto, se señala que los dos trabajadores (el accidentado D. Rafael y su compañero D. Augusto) “pretendían” desplazar la plataforma sobre la que iban las piezas de cristal desde el lateral izquierdo de la nave hacia la derecha “para cargar los cristales en una furgoneta situada en medio de la nave”, agregando: “La operación se ejecuta de la siguiente manera...”. Todo parece indicar que el accidente se produce cuando “pretendían” acercar la plataforma a la furgoneta, como si tal intención no hubiera podido llevarse a efecto debido a que durante el porteo o desplazamiento “los cristales se venen hacia delante y alcanzan el antebrazo de D. Rafael...”. Sin embargo en los Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto de la sentencia se señala que el accidente ocurrió posteriormente, es decir, hallándose ya la plataforma con los cristales junto a la furgoneta para cargarlos.

Pero tampoco nos dice la sentencia en qué circunstancias, cómo, cuándo y por qué ocurre el accidente, limitándose a señalar que “puesto que como dicho Acta igualmente relata, es claro que con ocasión de la manipulación de la plataforma y los cristales para cargarlos en la furgoneta es cuando por falta de diligencia, impericia o ausencia de cuidado de los trabajadores tiene lugar el fatal accidente”. Cuando haya sido ese “ulteriormente” es un dato para la resolución de la litis que la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no ex-

presa, al igual que la referida “falta de diligencia, impericia o ausencia de cuidado de los trabajadores. ¿En qué consistió a qué se debió la impericia, falta de cuidado o falta de diligencia? Son temas esenciales que el juzgador de lo Contencioso-Administrativo deja en blanco y a los que, sin embargo, atribuye la causación del accidente, para “desvincular” el incumplimiento de la normativa de seguridad (inexistencia de elementos especiales de sujeción de la carga) respecto del resultado dañoso (debido a la impericia o descuido de los trabajadores...)”. Tras esta premisa, atribuye a una valoración subjetiva con consideraciones jurídicas que predeterminan el fallo, el resultado es obvio: No se infringe durante el porteo (¿...?) ninguna norma de seguridad cuyo incumplimiento haya podido “crear un riesgo grave para la integridad física”, ha habido “concurriencia de culpa de los trabajadores en el accidente” (¿...?), por consiguiente nos hallamos ante una “falta leve”.

Otra cuestión que contribuye a enturbiar el problema que se plantea es la propia sentencia del Juzgado de lo Contencioso cuando establece en el Fundamento Cinco: “... Por tanto, estamos ante una infracción de medidas de seguridad para tal porteo. Y ello con independencia de que anteriormente tuviese lugar el accidente, puesto que como dicho Acta igualmente relata (¿...?) es claro que con ocasión de la manipulación de la plataforma y de los cristales para cargarlos en la furgoneta es cuando por falta de diligencia, impericia o ausencia de cuidado...”. La Sala no ha hallado ninguna referencia a que la manipulación o conducción manual de la plataforma se realizara con falta de diligencia, impericia o ausencia de cuidado tal como se refleja en la sentencia. Pero es que, a mayor abundamiento, en el Fundamento Sexto de la sentencia de lo Contencioso-Administrativo se expresa: “... por lo que hubiese sido irrelevante la existencia de cinchas o medios equivalentes de sujeción, ya que para la manipulación y porteo hacia la furgoneta -circunstancias en que tuvo lugar el accidente- deberían lógicamente haberse liberado los cristales de tales ataduras y anclajes y se abriría producido igualmente el accidente)...”. Lo cual resulta totalmente incongruente.

Mas confusión todavía. ¿En qué momento se produce el accidente según la sentencia de lo contencioso-administrativo? La Sala tras un detenido y minucioso examen de las resoluciones judiciales (del Juzgado de lo contencioso-administrativo y del Juzgado de lo Social) ha de resolver, dentro del respeto que merece la seguridad jurídica, con criterios de legalidad y de respeto al derecho a la tutela judicial efectiva. Dentro de tales coordenadas y con la motivación exhaustiva que precede, con el respeto a la firmeza adquirida por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, debe concluir afirmando que ante las contra-

dicciones, lagunas y suposiciones que contiene dicha sentencia, debe confirmar y confirma la dictada por el Juzgado de lo Social.

Haya ocurrido cuando haya sido el accidente, a la Sala le resulta obvio que las circunstancias en que se produce el accidente son enteramente debidas a la omisión de medidas de seguridad por parte de la empresa (sea al inicio o al final del trayecto) en cuanto a la fijación y estabilización de la carga y en cuanto a la estabilización igualmente de las ruedas de la plataforma. Ello supone infracción de lo establecido en los artículos 1.4 y 1.6 del Anexo I del Real Decreto

■

"La finalidad del recargo, en una sociedad en la que se mantienen unos altos índices de siniestrabilidad laboral, es la de evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales, imputables, por tanto, al empresario infractor, el que de haber adoptado previamente las oportunas medidas pudiera haber evitado el evento dañoso acaecido a los trabajadores incluidos en su círculo organizativo."

■

1215/97 así como del artículo 1.7 del Anexo II del mismo Real Decreto. Al propio tiempo y aún de haberse apreciado la supuesta falta de diligencia, impericia o falta de cuidado, tampoco puede prosperar el recurso ni dichas circunstancias acarrearían una minoración del recargo de prestaciones en base a lo establecido en el artículo 15.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, pues, por un lado, en ningún caso, se ha establecido que se tratara de imprudencia temeraria, y, por otro, en el propio Acta de la Inspección de Trabajo se señala como otra infracción el que en la Evaluación de riesgos realizada por la empresa “D.”

el 24/06/2002 aun cuando en la misma se contempla el riesgo de atrapamiento y caída de objetos debido a manipulación en el movimiento y transporte manual de cargas, no se definen cuáles sean las medidas de protección aplicable para prevenirlos. Ello supone otra grave infracción del deber de protección que pesa sobre el empresario por inobservancia de las prescripciones que sobre Evaluación de Riesgos establece el artículo 16 de la misma Ley de Prevención. Si a ello agregamos las condiciones en que se produce el accidente (la falsedad documental atribuyendo el accidente a un suceso ocurrido fuera del centro de trabajo y la consideración de leve dada al mismo cuando el trabajador hubo de ser hospitalizado) resulta claro que la consideración de la sanción administrativa como falta leve, no puede suponer en el orden social una disminución mayor del porcentaje de indemnización aplicado en la sentencia impugnada.

Por cuanto antecede;

FALLO

Que desestimando el recurso de duplicación interpuesto por “S., S.L.” contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo social núm. 2 de Gijón en autos seguidos a su instancia contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Rafael sobre Seguridad Social, y en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada, condenando a la referida recurrente a la pérdida del depósito efectuado por ella para recurrir al que se dará el destino legal y a abonar al Letrado de la parte impugnante en concepto de honorarios la suma de 150 euros.

Adviértase a las partes que contra esta sentencia, cabe recurso de casación para unificación de doctrina, en el plazo de diez días para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, debiendo acreditarse al personarse en ella haber efectuado el depósito especial de 300,51 Euros en la cuenta que dicha Sala tiene abierta en el Banco Español de Crédito de Madrid si fuere la empresa condenada quien lo hiciera, notifíquese a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia y libérese, para su unión al rollo de su razón, certificación de esta resolución, incorporándose su original al correspondiente libro de sentencias. Notifíquese a las partes y una vez firme devuélvase los autos originales al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la presente.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. María Eladia Felgueroso Fernández.- Paloma Gutiérrez Campos.- José Manuel Buján Álvarez.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

RESEÑA

Si desea recibir por fax el texto completo de las sentencias de las que se informa en la sección "Reseña", puede solicitarlo por teléfono (91) 423 29 00 o por fax (91) 578 16 17, indicando siempre el número de referencia de la sentencia.



MADRID

2007/63667

AP Madrid, Sección 21ª, Sentencia 13 marzo 2007.
Ponente: Dª Mª Margarita Vega de la Huerga

Indemnización por lucro cesante en accidente de circulación

La AP estima en parte el recurso apelación interpuesto contra la sentencia que estimaba la demanda de reclamación de cantidad por los daños y perjuicios sufridos por el actor como consecuencia de un accidente de circulación en el que se vio involucrado el actor. La Sala centrándose en los fundamentos impugnados por la aseguradora demandante, reduce la cuantía reconocida por el lucro cesante en la cantidad resultante de multiplicar los días laborables de paralización del vehículo por la cuantía resultante de dividir el rendimiento neto obtenido por el actor según su declaración de IRPF por los 246 días laborables, no acogiendo la pretensión de la recurrente de que sólo se indemnicen por cuatro días, pues una cuestión es la indemnización por lesiones y otra por lucro cesante derivada de la paralización del vehículo, considerando suficientemente acreditados los gastos reclamados, si bien la suma de todos ellos es inferior a la reconocida en la sentencia impugnada, entendiéndose que los mismos también son perjuicios derivados del siniestro del vehículo taxi, habiendo cumplido la parte actora con la carga de la prueba que sobre ellos le correspondía.

2007/53490

AP Madrid, Sección 28ª, Sentencia 1 marzo 2007.
Ponente: D. Gregorio Plaza González

Condena de administrador por deudas sociales

La AP estima parcialmente el recurso de apelación presentada por el demandado en primera instancia contra una sentencia que le condenaba a satisfacer a la sociedad demandante el importe de las deudas de la sociedad de la que

era administrador. La AP considera que la condena incluye cantidades indebidas, por lo que reduce su cuantía, pero confirma la condena al administrador por las deudas de la sociedad por haber dejado a la sociedad inactiva y sin satisfacer a los acreedores.



VIZCAYA

2007/39452

AP Vizcaya, Sección 6ª, Sentencia 29 marzo 2007.
Ponente: Dª Mª Jesús Real de Astia Llona

Concepto de habitualidad en delito de maltrato

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de lesiones, maltrato, y maltrato habitual en el ámbito familiar. Subraya el Tribunal que ha de entenderse por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, pero no siendo estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia en el trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.

GUIPÚZCOA

2007/33929

AP Guipúzcoa, Sección 1ª, Sentencia 12 febrero 2007. Ponente: Dª Mª Josefa Barbarín Urquiaga

Absolución del delito de estafa

Estimando el recurso de apelación interpuesto por el acusado, la Audiencia le absuelve del delito de estafa por el que fue condenado. Afirma la Sala que aun cuando hay un acto de disposición de un bien embargado, no existe constancia de que el acusado supiera que lo estaba y lo ocultara con evidente ánimo de lucro causando un perjuicio al comprador, que debe abonar la deuda del vendedor para liberar lo comprado del gravamen.



ANDALUCÍA

2007/102948

TSJ Andalucía (sede Sevilla) Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia 22 febrero 2007. Ponente: D. José Ángel Vázquez García

Acreditación de la permanencia en territorio nacional a través del empadronamiento por omisión

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la mercantil y anula el acuerdo del Subdelegado del Gobierno en Sevilla, debiendo reconocer el derecho de la apelante al otorgamiento de la autorización presentada a favor del trabajador extranjero, al considerar que una notificación emitida por la Subdelegación del Gobierno en diciembre de 2003, acredita su estancia en territorio nacional. El argumento contenido en la sentencia apelada de que lógicamente el trabajador extranjero se encontraba fuera de nuestro país, supondría añadir una exigencia que en absoluto resulta del contenido de la resolución de 14 abril 2005 de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Local.

ANDALUCÍA

2007/103079

TSJ Andalucía (sede Sevilla) Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia 23 marzo 2007. Ponente: D. Guillermo Sanchis Fernández-Mensaque

La situación nacional de empleo en la zona no justifica la denegación del permiso nominativo solicitado

El TSJ estima en parte el recurso contencioso interpuesto contra la resolución confirmada por la que aquí se recurre deniega el permiso de trabajo solicitado, b) inicial, por la

existencia de españoles demandantes de empleo en la Oficina del INEM para el mismo tipo de trabajo, que se anula, declarando el derecho de la actora a la obtención del permiso solicitado y, en consecuencia, condena a la demandada a entregar a la actora los documentos acreditativos del mismo. Considera la Sala que la carencia en el expediente del informe del INEM y que pudo solicitar la Administración, no da lugar a la nulidad del procedimiento por la ausencia de dicho trámite, ya que es imputable a la propia Administración, procede acoger la pretensión formulada por la demandante en la instancia consistente no sólo en la nulidad de la resolución administrativa sino en el reconocimiento de su derecho a que se acoja favorablemente la solicitud nominativa de empleo, mediante el otorgamiento de la correspondiente autorización para la referida contratación.



ASTURIAS

2007/113723

TSJ Asturias Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia 11 mayo 2007. Ponente: D. José Manuel Buján Álvarez

Responsabilidad solidaria por "culpa in vigilando" y negligencia grave

La empresa codemandada se alza en suplicación frente a sentencia sobre recargo de prestaciones de seguridad social. El TSJ desestima el recurso confirmando la responsabilidad solidaria de la recurrente en el recargo aun cuando no tiene la condición de empleadora del accidentado ni es empresa principal, dado que como unidad productiva autónoma y específica dentro del conjunto de la obra en construcción en la que participaba la empresa ocupadora del trabajador le correspondía disponer de todas las medidas necesarias y adecuadas de seguridad a su alcance, entre ellas la de no permitir el uso de los ascensores en los que se produjo el accidente mientras no estuvieran perfectamente acondicionados para ello con la preceptiva autorización administrativa, de forma que su omisión implica "culpa in vigilando" y negligencia grave en el desempeño de sus funciones que justifica su responsabilidad, teniendo en cuenta además la inobservancia de la exigencia de colaboración en materia de seguridad entre las empresas que desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar.