

Roj: **STS 5561/2000 - ECLI:ES:TS:2000:5561**Id Cendoj: **28079120012000104023**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **06/07/2000**Nº de Recurso: **146/1999**Nº de Resolución: **1264/2000**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **ENRIQUE ABAD FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Julio de dos mil.

En los recursos de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones de la Acusación Particular Carlos Antonio y Rosario y del acusado Octavio , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, que condenó al acusado, por una falta de imprudencia leve, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Abad Fernández, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando representados la Acusación Particular por el Procurador Sr. Otones Puentes y el acusado por el Procurador Sr. Codes Feijoo.

### I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 21 de los de Barcelona, instruyó Diligencias Previas con el número 3.904 de 1996, contra el acusado Octavio y, una vez conclusas, las remitió a la Audiencia Provincial de la misma Capital (Sección Quinta) que, con fecha diez de Noviembre de mil novecientos noventa y ocho, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<Ha resultado probado y así se declara que el acusado Octavio , mayor de edad y sin antecedentes penales, era el DIRECCION000 de VIJEN, S.A. desde el año 1993, aunque desde el año en que se adquirió por dicha sociedad el edificio sito en la calle Roger de Flor nº 330 de la ciudad de Barcelona el día 12 de abril de 1984, éste actuaba como administrador de hecho de la misma, por lo menos en relación al citado inmueble.

El referido edificio fue construido entre los años 1966 y 1968, utilizándose con respecto a la fachada del edificio las técnicas y soluciones constructivas habituales y normales de esa época, que, en concreto, respecto al sistema de fijación de los aplacados de los balcones al forjado consistía esencialmente en unir por medio de un alambre la piedra artificial con el forjado, completando la sujeción mediante pasta de mortero de cemento por el interior del aplacado.

En el año 1985 se desprendieron varios trozos de aplacado del frontal de los forjados, de al menos dos terrazas, por lo que advertido el acusado, fue solicitado dictamen del Arquitecto Técnico D. Rubén , que informó en el sentido de que era urgente e imperiosa la necesidad de realizar las reparaciones necesarias para evitar la caída segura de los aplacados colindantes a los ya desprendidos, siendo ordenada por el acusado la realización de las obras de reparación que fueron realizadas a principios del año 1986 y ello por la constructora de Agustín y Carlos Francisco , siendo facturado y cobrado el concepto "Fijar cada una de las piezas de piedra artificial de 25 x 40 cm. que forman todos los cantos de los balcones con espárragos de hierro roscado de 10 cm. de largo y encastrados en tacos Fichars, con previa perforación de la piedra y forjado de hormigón con brocas de acero especial, recubierto posteriormente con cemento para evitar la oxidación".

A finales del año 1.995, del frontal del forjado de la terraza del piso 7º 3ª, se desprendió una de las piezas del aplacado cayendo a la vía pública sin causar daño alguno. Comunicada al acusado tal circunstancia, éste



acudió al edificio un día o dos después del siniestro en compañía del responsable de una empresa constructora e inspeccionaron dicho balcón desde el piso de abajo, aunque sin realizar prueba alguna. Dicho albañil consideró que no existía riesgo de caída de los restantes aplacados pues presentaban buena apariencia.

El acusado no realizó la sustitución del aplacado desprendido, ni de los colindantes. Tampoco interesó informe realizado por facultativo sobre la seguridad y riesgo que presentaba la fachada, ni sobre si la constructora que había realizado la reparación en la fachada en el año 1986 había ejecutado la obra con corrección.

Sobre las 17'00 horas del día 2 de octubre de 1996, del frontal del forjado del mismo balcón del piso 7º 3ª, se desprendió otra baldosa de piedra artificial de aproximadamente 7 Kgrs. de peso y de 60 x 20 cms. de tamaño, impactando sobre la cabeza de la niña Margarita, de tres años de edad, que se hallaba en las inmediaciones del portal de la finca de sus padres, causándole fractura-hundimiento temporal parietal izquierdo y descerebración traumática, falleciendo casi inmediatamente.

La causa mecánica de la caída de la losa del aplacado fue rotura del anclaje metálico entre el forjado y la piedra artificial por disminución de la sección del alambre, debido a la oxidación producida por la entrada de agua por el aplacado y el propio forjado, sin que se haya podido constatar que dicha losa tuviera -o no-, colocados los espárragos de hierro roscado procedentes de la reparación de la fachada realizada el año 1986.

Si en el momento de producirse el desprendimiento de la losa el año anterior, 1995, el acusado hubiera interesado el informe de un facultativo -Arquitecto o Arquitecto Técnico- sobre el estado general de los aplacados, éste después de realizar las correspondientes pruebas mediante la extracción de una o varias losas escogidas aleatoriamente, hubiera puesto de manifiesto seguramente la necesidad de una mejor fijación del aplacado de los balcones mediante tornillos de acero inoxidable o tacos químicos, pues la reparación en su día efectuada no resultaba suficiente, posiblemente por su defectuosa ejecución, ya sea porque no se pusieron los espárragos de hierro en todas las losas, o porque alguno de ellos se puso defectuosamente, no lográndose el aseguramiento mecánico de cada losa en la forma deseada. Ello hubiera evitado la caída de la losa, que impacto con la menor fallecida, por causa de una mala adherencia de la misma al forjado.

Como consecuencia del fallecimiento, la madre de la menor Rosario, sufrió un trastorno depresivo mayor, episodio único, con baja laboral, que ha persistido incluso después de transcurrido dos meses del siniestro, remitiendo desde abril de 1997, quedando como secuelas insomnio circunstancial, ansiedad, inquietud y estado de ánimo deprimido. El padre de la menor que la llevaba en hombros en el momento del accidente sufrió trastorno por estrés postraumático, que persistió más de tres meses. Ambos han tenido que cambiar de residencia para no recordar continuamente el fallecimiento de su hija.

Al tiempo de producirse el siniestro VIJEN S.A. tenía concertada póliza de seguros de responsabilidad civil, con la compañía aseguradora CATALANA OCCIDENTE, S.A., con un límite por víctima de 10.000.000.- Ptas.

La denuncia de los hechos efectuada por parte de los padres de la menor fallecida fue presentada el 7 de octubre de 1996, siendo ratificada el 25 del propio mes.>>

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Octavio como autor criminalmente responsable de una falta consumada de imprudencia leve, con causación de muerte, por comisión por omisión, del artículo 621.2, en relación con el artículo 11, todos ellos del Código Penal de 1995, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos meses de multa con una cuota diaria de cincuenta mil pesetas, es decir la suma de tres millones de pesetas, que deberán ser abonadas de una sola vez dentro de los treinta días siguientes de ser requerido de pago al efecto, con una responsabilidad personal subsidiaria de treinta días en caso de impago e insolvencia, con expresa imposición de las costas de un juicio de faltas.

Se le condena a pagar a Carlos Antonio la suma de nueve millones de pesetas y a Rosario la suma de once millones de pesetas, más el interés del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se declara responsable civil subsidiaria a VIJEN, S.A.

Se declara responsable civil directa a la compañía aseguradora CATALANA OCCIDENTE, S.A., hasta el límite de diez millones de pesetas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación dentro del plazo de cinco días.>>

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley, por las representaciones de la Acusación Particular Carlos Antonio y Rosario y del acusado Octavio, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.



4.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de la Acusación Particular Carlos Antonio y Rosario , formalizo su recurso, alegando el motivo siguiente:

MOTIVO UNICO.- Por infracción de Ley al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por falta de aplicación del artículo 142 del Código Penal, al entender este recurrente, y con los debidos respetos a la Sala sentenciadora, que los hechos declarados probados por la sentencia son constitutivos de una imprudencia grave, de acuerdo con la interpretación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Y la representación del acusado Octavio , formalizo su recurso, alegando los motivos siguientes:

MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de Precepto Constitucional, con base en el artículo 5, apartado 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 y artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por considerarse infringido el principio constitucional regulado en el artículo 24 de la Constitución Española, concretamente el derecho a la presunción de inocencia, al haber cometido la sentencia error de derecho calificando los hechos enjuiciados como falta de imprudencia leve con causación de muerte y comisión por omisión del artículo 621.2 en relación con el artículo 11 del Código Penal de 1995, sin que en los declarados probados quede enervada la presunción de inocencia.

MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de Ley, con base en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por considerarse infringido el artículo 621.2 en relación con el artículo 11 del Código Penal de 1995 pues los hechos probados no son constitutivos de una falta de imprudencia leve y comisión por omisión, sino a lo sumo, de la negligencia civil del artículo 1.907 del Código Civil que establece que el propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si esta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias.

MOTIVO TERCERO.- Por infracción con base en el número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por haber existido error en la apreciación de la prueba pericial realizada en el acto del juicio oral, según resulta del Acta de Juicio, documento obrante en autos señalado como particular en el escrito de preparación del Recurso, que demuestra la equivocación evidente del Juzgador y que no está desvirtuado por otras pruebas, por cuanto según resulta de la misma (folios 3 vuelto y siguientes del acta de continuación del juicio) el perito no pudo examinar la piedra desprendida en su totalidad y admite que es posible que la misma tuviera el anclaje metálico (tornillo) que la fijara al frontis del balcón 7º 3ª, siendo por tanto ésta, la solución correcta para la reforma realizada en 1986.

5.- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos, oponiéndose a la admisión de todos los motivos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

6.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 3 de Julio de 2000.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE Carlos Antonio Y Rosario .

PRIMERO.- El recurso interpuesto por la acusación particular tiene un Unico Motivo, por infracción de Ley, formulado en base al número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por falta de aplicación del artículo 142 del Código Penal, al entenderse que los hechos declarados probados en la sentencia son constitutivos de una imprudencia grave.

Aduce el recurrente que en la narración fáctica aparecen abundantes referencias a que el acusado, tras la caída sin consecuencias un año antes de una losa de características similares a la actual, no realizó los actos de prevención y seguridad indispensables, a pesar de haber sido advertido por los vecinos y constarle el riesgo existente, ya que no sólo se reparó la fachada, sino que ni siquiera adopto una medida de seguridad adecuada como podría haber sido la colocación de una red protectora adherida al balcón. Conducta radicalmente distinta a la seguida en 1985, cuando tras solicitar los oportunos informes técnicos, sí reparó la parte del edificio dañada.

Sabido es que el legislador ha sustituido en el nuevo Código Penal las anteriores referencias a la imprudencia temeraria y simple por las de grave y leve, atribuyendo, en principio, a la primera el rango de delito, y reservando para la leve la consideración de falta.

Según la doctrina de esta Sala la imprudencia grave supone la omisión de los cuidados más elementales, mientras que la simple implica una falta de atención normal o media. Siendo una de las circunstancias que las diferencia la mayor o menor previsibilidad del resultado derivado de la acción u omisión.



Pues bien, en los Hechos Probados de la sentencia impugnada se afirma que cuando a finales del año 1995 se desprendió del frontal de la terraza del piso 7º 3ª del edificio a que se refiere las presentes actuaciones una de las piezas del aplacado, que cayó a la vía pública sin causar daño alguno, el acusado acudió uno o dos días después al lugar de los hechos acompañado del responsable de una empresa constructora que ya había trabajado en el interior de alguna de las viviendas del edificio, comunicándole éste que no existía riesgo de caída de los restantes aplacados, pues presentaban buena apariencia; por lo que no puede afirmarse que ante la situación producida a finales del año 1995, el acusado omitiera toda cautela.

También consta en la narración fáctica que cuando en 1985 se desprendieron varios trozos de aplacado del frontal de los forjados de al menos dos terrazas, el acusado solicitó dictamen del Arquitecto Técnico don Rubén , y a la vista de su informe, ordenó la realización de las obras de reparación precisas, que fueron realizadas a principios del año 1986 por la Constructora de Agustín y Carlos Francisco , siendo facturado y cobrado el concepto "fijar cada una de las piezas de piedra artificial de 25 x 40 cms. que forman todos los cantos de los balcones con espárragos de hierro roscado de 10 cms. de largo y encastrados con tacos Fichars".

Hechos de los que el Tribunal de instancia deduce que "el acusado podría estar en la confianza de que la reparación efectuada en el año 1986, es decir, sin que hubieran transcurrido diez años, se había realizado conforme lo había dictaminado el correspondiente facultativo y en los términos expresados en la factura, es decir cada losa debía tener su propia sujeción mediante espárragos de hierro". Lo que disminuía la previsión de que el resultado se produjera.

En definitiva toda imprudencia supone la omisión de un deber de cuidado, correspondiendo al órgano judicial el deber de proceder ex post facto a un cuidadoso análisis de las circunstancias concurrentes para concretar el alcance de tal omisión.

En el caso presente la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, valorando la actividad desarrollada en la fase de instrucción y la muy completa llevada a cabo en el juicio oral gozando de las ventajas de la inmediatez, ha llegado a la razonada y razonable conclusión de que la imprudencia de Octavio merece la calificación de leve, siendo su conducta subsumible en el artículo 621.2 del Código Penal y no en el artículo 142.1 del mismo Texto. Conclusión que entendemos no desvirtuada por las interesantes argumentaciones contenidas en el presente recurso.

Por ello, el Motivo Unico del mismo debe ser desestimado.

RECURSO DE Octavio .

SEGUNDO.- El Motivo Primero de este recurso se formula al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 849.1 de la Ley Procesal Penal, por infracción del principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24 de la Constitución.

Más como dice el Tribunal a quo en el Fundamento de Derecho Segundo de su sentencia la prueba practicada, concretamente las declaraciones del propio acusado, de los testigos, de los peritos y la documental, les ha permitido, considerando enervado el mencionado principio, declarar probados los hechos recogidos en la correspondiente narración fáctica.

Efectivamente, como resulta del Acta levantada, en el juicio oral declararon, además del acusado, en concepto de testigos los padres de la niña Margarita , el administrador, el portero y dos inquilinos de la finca, dos arquitectos técnicos, un aparejador, un constructor y un albañil, así como un bombero-albañil y dos guardias urbanos que acudieron al lugar de los hechos el 2 de octubre de 1996. También cuatro peritos, tres de ellos en relación a vicisitudes del edificio y una sobre las secuelas psíquicas sufridas por los padres de la víctima.

Todo ello implica la existencia de una actividad probatoria, practicada con las debidas garantías legales, de la que se deriva la expuesta conducta del acusado, por lo que el invocado principio de presunción de inocencia ha quedado desvirtuado.

Siendo de destacar que no se aprecia discrepancia alguna relevante sobre los hechos propiamente dichos.

En el inicio de la exposición de este Motivo denuncia el recurrente "haber cometido la sentencia error de derecho calificando los hechos enjuiciados como falta de imprudencia leve con causación de muerte y comisión por omisión del artículo 621.2 en relación con el artículo 11 del Código Penal de 1995, sin que en los declarados probados quede enervada la presunción de inocencia".

Sin embargo este principio no incide sobre la calificación jurídica de los hechos cuando éstos, como ocurre en el presente caso, están suficientemente acreditados. Por ello el tema de la adecuada tipificación de los mismos será examinado al analizar el Motivo Segundo donde la aplicación procedente o improcedente del citado artículo 621.2 del Código Penal se plantea directamente.



En razón a lo expuesto el Primer Motivo del recurso debe ser desestimado.

TERCERO.- Por razones sistemáticas estudiaremos ahora el Motivo Tercero donde, con apoyo en el número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia "error en la apreciación de la prueba pericial realizada en el acto del juicio oral, según resulta del Acta"; señalándose como particular la afirmación de que el perito no pudo examinar la piedra desprendida en su totalidad y admite como posible que la misma tuviera el anclaje metálico (tornillo) que la fijara al frontis del balcón 7º 3ª.

Efectivamente al folio 66v, del Rollo aparece que el perito Sr. Roses manifestó en la vista lo siguiente: "No, no vió la loseta de los 9,335 kgrs. íntegra. Pudiera ser que en las porciones que faltan estuvieran los anclajes de la reforma de 1986".

Más en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia de instancia se afirma que algunos testigos no estaban seguros que en la reparación de 1986 "finalmente se colocaron las sujeciones de hierro en todos los aplacadores", y que el Sr. Alfredo - bombero albañil- manifestó que "había unas losas aseguradas con tornillos y otros no". Por lo que en el párrafo séptimo de los Hechos Probados se declara que no se ha podido constatar "que dicha losa tuviera o no colocados los espárragos de hierro roscado procedentes de la reparación de la fachada realizada en el año 1986".

Por lo que aunque se admita que la prueba pericial invocada tiene capacidad para alterar los Hechos Probados de la sentencia, la narración fáctica de la misma no tiene que ser completada ni modificada.

En base a ello este Tercer Motivo debe ser igualmente desestimado.

CUARTO.- El Motivo Segundo se formula por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley Procesal, y en él se denuncia la vulneración del artículo 621.2 del Código Penal, al entenderse que los hechos declarados probados son constitutivos, a lo sumo, de una negligencia del artículo 1907 del Código Civil.

En la narración fáctica de la sentencia se afirma que el acusado Octavio era desde el año 1993 DIRECCION000 de VIJEN, S.A., si bien desde abril de 1984, fecha en que dicha sociedad adquirió el edificio sito en el número 330 de la calle Roger de Flor de Barcelona, ya actuaba como administrador de hecho, al menos en relación a la citada finca.

Que, tras unos desprendimientos producidos en 1985, a finales de 1995 cayó a la vía pública una pieza de terraza del piso 7º 3ª, sin causar daño alguno.

Que en la tarde del 2 de octubre de 1996 se desprendió del mismo balcón una baldosa de unos 7 kgrs. de peso, que cayó sobre la cabeza de la niña de 3 años Margarita , causándole descerebración traumática y la muerte casi inmediata.

En la misma sentencia, con cita de los artículos 389 y 1907 del Código Civil y 21.1 y 245 de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26.6.1992 respecto a la obligación de mantener los edificios en condiciones de seguridad, se subraya que el acusado, tras el desprendimiento producido a finales de 1995, durante el tiempo que transcurrió hasta la fatal caída de otra losa el 2 de octubre de 1996, no realizó la sustitución del aplacado caído ni el de los colindantes, ni solicitó siquiera informe facultativo sobre las obras de seguridad que se debían realizar en la fachada del edificio.

Es evidente que este comportamiento negligente, tan diferente al que había tenido en 1986, supone una omisión que infringe un deber objetivo de cuidado, ligada causalmente con la muerte de la niña Margarita ; conducta subsumible, a pesar de las matizaciones que sobre su gravedad se han hecho en el Fundamento de Derecho Primero de esta sentencia, en el artículo 621.2 del Código Penal que, en consecuencia, ha sido debidamente aplicado.

Por ello este Motivo Segundo debe ser también desestimado.

### III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN por infracción de Ley y de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones de la Acusación Particular Carlos Antonio y Rosario y del acusado Octavio , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, con fecha diez de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, en causa seguida al acusado, por una falta de imprudencia leve. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en los presentes recursos, y a la pérdida del depósito que constituyó en su día la representación de la Acusación Particular, al que se le dará el destino legal oportuno.



Comuníquese ésta sentencia a la Audiencia de instancia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día se remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos .

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Enrique Abad Fernández , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ