

En la ciudad de Valencia, a 9 de septiembre de dos mil once.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por los Señores anotados al margen, ha visto el presente recurso de apelación en ambos efectos, interpuesto contra la sentencia de 27 de diciembre de dos mil diez, pronunciada por el Sr. Magistrado Juez de lo Penal número 3 de Valencia, en, Procedimiento Abreviado de la Ley Orgánica 7/88, seguido en el expresado Juzgado con el número 185/2010, por delito de lesiones.

Han sido partes en el recurso, como apelantes

Mutual Flequera de Cataluña, representado por la Procuradora D^a Rosa Ana Merino Simón y dirigida por Letrado D. Juan Antonio del Hierro Hernández.

José Alejandro, representado por el Procurador D. Francisco Javier Frexes Castrillo y dirigido por Letrado D. Manuel Solazar Aguado.

Como apelados:

El Ministerio Fiscal, representado por el Sr. Yáñez;

Óscar y Rocío, representados por el Procurador D. Sergio Ortiz Segarra y asistidos de Letrada D^a Rosario Cabrerizo Plaza.

Levantina de Seguridad S.L., representada por el Procurador D. Francisco Javier Frexes Castrillo y dirigido por el Letrado D. Fiatc Mutua de Seguros, representada por el Procurador D. y dirigido por Letrado D. Manuel Solazar Aguado.

Siendo Ponente la Magistrada D^a Dolores Hernández Rueda, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes: “Los acusados son Samuel, Andrés y José Alejandro, mayores de edad y con antecedentes penales no computados en autos a efectos de reincidencia, el primero trabajando como personal de admisión para la empresa Festa S.L., entidad que explota la discoteca Akuarela, sita en el término municipal de Valencia, y en la que Samuel desarrollaba ser cometido en la madrugada el día 16 de septiembre de 2006; los otros dos acusados desarrollaban cometido de vigilantes de seguridad, en cuanto empleados de la entidad Levantina de Seguridad S.L., que tenía convenido el servicio de seguridad con la entidad Festa S.L.

Hacia las 4 de la madrugada, Rocío, Óscar y David abandonaban el local de la discoteca Akuarela cuando una chica, desconocida, provocó un inicial conflicto verbal con estas tres personas; acto seguido y de manera repentina, se inició un acometimiento con patadas en el que no consta si primero fue agredida Rocío u

Óscar, pero en el que participó José Alejandro golpeando a Óscar con patadas, mientras Óscar se encontraba en el suelo, y haciéndolo en unión de otra persona no determinada, que bien podría ser Samuel o bien Andrés.

Rocío sufrió una contusión en cadera izquierda y cervicalgia, tardando 5 días en curar, ninguno de los cuales estuvo impedida para sus ocupaciones habituales.

Óscar resultó con fracturo de escafoides y uveitis post-traumática, con erosiones corneales y edema-berlin, precisando de inmovilización de la muñeca con yeso antebraquial hasta el 28 de noviembre de 2006, colirios oftálmicos y revisión oftalmológica, además de proceso de rehabilitación domiciliaria; tardó en curar 73 días, de los que 7 estuvo impedido para sus ocupaciones habituales, y quedándole, como secuelas, dolor a los cambios atmosféricos en articulación de la muñeca y que tiende a desaparecer con el tiempo.

Al tiempo de los hechos, la entidad Festa S.L. tenía cubierta la responsabilidad civil de su actividad con la entidad Fiact Mutua de Seguros; y la entidad Levantina de Seguridad S.L. tenía cubierta la responsabilidad civil de su actividad con la entidad Mutual Flequera de Catalunya”.

SEGUNDO.- El fallo de dicha sentencia apelada literalmente dice:

“Debo condenar y condeno a José Alejandro, como autor responsable de un delito de lesiones, previsto y penado en el art. 147-1 del C. Penal, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de prisión en la extensión de trece meses y quince días, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de condena, y a que en vía de responsabilidad civil indemnice a Óscar en la suma de dos mil trescientos treinta euros de principal más intereses desde sentencia, con responsabilidad civil directa de Mutua Flequera de Catalunya, y subsidiaria de Levantina de Seguridad S.L.

Debo absolver y absuelvo a Andrés y a Samuel del delito de lesiones objeto de imputación en autos como cometido en la persona de Óscar.

Debo absolver y absuelvo a José Alejandro, a Andrés y a Samuel de la falta de lesiones objeto de imputación en autos como cometido en la persona de Rocío.

Debo declarar y declaro la expresa reserva de acciones civiles a favor de Óscar frente a Andrés, y por el Mutual Flequera y Levantina de Seguridad, y frente a Samuel, y por él las entidades Festa y Fiatc Seguros.

Debo declarar y declaro la expreso reserva de acciones civiles a favor de Rocío frente a José Alejandro y Andrés, y por ellos Mutual Flequera y Levantina de Seguridad, y frente a Samuel, y por él las entidades Festa y Fiatc Seguros.

Y debo condenar y condeno a José Alejandro al abono de las costas devengadas en el trámite, sin incluir las de la acusación particular.”.

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes se formularon dos recursos de apelación contra ella:

1) D. José Alejandro, que funda en los siguientes motivos:

a) Vulneración del principio in dubio pro reo.

b) Infracción del artículo 147 del CP, entendiendo que las lesiones sufridas por la víctimas no precisaron tratamiento médico ni quirúrgico.

2) Mutual Flequera de Cataluña

a) Vulneración del principio in dubio pro reo.

b) Error en la Valoración de la Prueba.

c) Error en la Valoración de la Prueba por falta de cobertura del contrato d suscrito con Levantina de Seguridad S.L.

d) Error en la Valoración de la Prueba por aplicación indebida del artículo 117 de CP.

e) Error en la Valoración de la Prueba por inaplicación de la franquicia prevista el contrato de seguro de 1.500 €.

CUARTO.- Admitido el recurso, se dio traslado del mismo al resto de partes personas, oponiéndose:

1º El Ministerio Fiscal a ambos recursos mediante escrito de 4 de mayo de 2011 en el que solicita la confirmación de la sentencia en todos sus extremos.

2º Levantina de Seguridad S.L., quien impugna el recurso formulado por Mutual Flequera de Cataluña, solicitando que se confirmara la responsabilidad directa de la misma en la sentencia recurrida.

3º Oscar y Rocío, impugnando e recurso de apelación formulado por José Alejandro y solicitando la confirmación de la sentencia.

Evacuados los traslados oportunos, los autos fueron elevados las actuaciones a este Tribunal, donde se recibieron el día 1 de agosto de 2011; dándose traslado al ponente el 5 de septiembre de 2011.

HECHOS PROBADOS

Se acepta el relato de hechos probados de la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurso de D. José Alejandro.

La presente sentencia se inicia con el examen del recurso del Sr., José Alejandro, vigilante de seguridad de la empresa Levantina de Seguridad S.L., quien resultó condenado en la sentencia que recurre; puesto que la responsabilidad de Mutual Flequera de Cataluña, aseguradora condenada como responsable civil directo de los hechos depende exclusivamente de que se mantenga la condena contra este, de modo que una eventual estimación del recurso formulado por él haría innecesario el análisis de la apelación de esta.

La primera alegación que se contiene en la apelación del Sr. José Alejandro, es la vulneración del principio in dubio pro reo, en este el recurrente afirma que el Sr. José Alejandro resulta condenado en sentencia por “una especie de juego de lógica muy entretenido” (sic.), pero que no fue reconocido por ninguno de los testigos, con lo que pretende la extensión de la duda que expresa la sentencia respecto de la actuación de los otros dos acusados y que motivó su absolución, a su defendido.

El principio in dubio pro reo en su vertiente procesal impone al Juez sentenciador si duda ante el resultado contradictorio de toda la prueba practicada -de cargo y de descargo- debe abstenerse de condenar, debiendo resolverse la duda con la decisión absolutoria, por lo que se vulneraría este principio en esta vertiente de valoración de la prueba cuando a pesar de las dudas expresadas, se decantase por una decisión condenatoria.

El principio in dubio pro reo en su vertiente normativa la obligación de escoger, de entre las diversas interpretaciones que pueda tener la norma, aquella que sea la menos gravosa para el imputado.

Es evidente que en ninguno de los dos sentidos se ha vulnerado dicho principio por la sentencia recurrida, y hay que recordar que este principio no le otorga al imputado un pretendido derecho a exigir que el Tribunal sentenciador tenga por obligación que dudar.

La sentencia no expresa ninguna duda respecto a la participación en los hechos del Sr. José Alejandro, al contrario: expresa con claridad que este es uno de los que golpeó a Óscar; existiendo prueba de cargo bastante de su participación en los hechos, no sólo por la declaración del propio Óscar, víctima de estos, sino también por la de los testigos David y Rocío; quienes lo identificaron en el lugar de los hechos según se hizo constar por la Policía y así se confirmó por el agente actuante el atestado en el propio acto de juicio; no cabe duda de que los tres acusados fueron quienes participaron en la agresión.

Con rotundidad se expresa Óscar en su declaración cuando afirma que los tres agresores se encontraban en la Sala el día del juicio; es lo cierto que se produjo la circunstancia anómala de que el Juez que presidió el acto de juicio no permitió a las partes realizar pregunta alguna relativa a la identidad de los acusados en dicho momento alegando que puesto que no se había producido diligencia de

reconocimiento en rueda no iba a permitir que se realizase en el plenario. Igualmente se vetó cualquier pregunta relativa a las características físicas de las personas que agredieron a cada uno de los perjudicados, con el mismo argumento; sin que exista fundamento legal para ello, puesto que la prueba que debe valorarse es la practicada en el acto de juicio y desde luego todas y cada una de las preguntas formuladas por las acusaciones y defensas en tal sentido eran pertinentes a los efectos de individualizar la acción de cada uno de los acusados en el transcurso de la pelea; sin perjuicio naturalmente de la valoración que merezcan tales reconocimientos.

Y tan era así que el propio Juez en un momento determinado del interrogatorio de la víctima Sra. Rocío, en franca contradicción con su propia argumentación, ante la afirmación de esta de que a ella le golpearon dos y el tercero fue quien pegó al Sr. Óscar, le pregunta cuál de los tres acusados fue el que no le pegó a ella, señalando la misma a José Alejandro; de donde extrae la convicción, expresada en sentencia de que este fue sin género de dudas uno de los dos agresores del mismo y le condena en consecuencia.

Por ello, ni el Juez dudó ni tuvo motivo para ello, puesto que la información recibida de los testigos era clara en el sentido de la participación no sólo del Sr. José Alejandro, sino incluso de los otros dos acusados que resultaron absueltos por lo que el argumento empleado por el recurrente más que para fundar una sentencia absolutoria de su representado tendría virtualidad para condenar a los co-acusados, lo que evidentemente no puede hacerse al no haber recurrido las acusaciones su absolución; toda vez que aún no estando concretamente individualizada la acción lesiva atribuible a cada uno de ellos, lo cierto es que en estos supuestos de agresión de varios a varios, el Tribunal Supremo en múltiples sentencias, entre las que cabe citar, la STS 311/2000 de 25 de marzo, 1576/2002 de 27 de septiembre, 1503/03 de 10 de noviembre, 519/2007 de 14 de junio, aplica el principio de "imputación recíproca", en cuya virtud entiende que todos los agresores aceptan implícitamente que cada uno haga contra la integridad de los agredidos, sea el autor material del acto lesivo o quien haya ejercido el acto de violencia que ha producido cada concreta lesión. Efectivamente tal y como describe la STS 56/2004 de 22 de enero se trata de un supuesto de coparticipación y ello aunque los actos agresivos realizados por cada uno sean diferentes, por ello en este supuesto el recurrente que participó junto con otros en la agresión concertada frente al grupo en el que se encontraban las dos víctimas y acometió contra el Sr. P., tal y como la sentencia declara probado, no se encuentra amparado por el principio de in dubio pro reo cuya aplicación pretende, debiendo desestimarse el motivo invocado.

SEGUNDO.- Infracción del artículo 147 del Código Penal.

En este motivo el recurrente alega que las lesiones del Sr. Óscar no precisaron objetivamente de tratamiento médico, calificando de extraño, no razonable y por tanto inverosímil, el que la lesión que sufrió en la muñeca derecha no se evidenciara en la primera asistencia médica recibida de forma inmediata a los hechos, siendo la segunda vez, al día siguiente, cuando se le diagnostica.

Frente a dicha interpretación de los hechos, el Juez en la sentencia valora no sólo la testifical de la víctima, sino la pericial de la Médico Forense Sra. Á.S. en el acto del juicio, y los partes médicos obrantes en autos, para alcanzar la convicción de que esta lesión se produjo como consecuencia de la agresión sufrida en día de autos; en consecuencia y como quiera que el recurrente lo que pretende es sustituir su criterio propio, por el del Juez obtenido este último de la valoración de prueba personal realizada en el acto del juicio, el recurso no puede prosperar por los siguientes motivos:

1.- Es doctrina jurisprudencial reiterada que, cuando la cuestión debatida por vía de recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a efecto por el Juzgador de instancia en uso de la facultad que le confieren los artículos 741 y 973 de la L. E. Crim. y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, la observancia de los principios de inmediación, oralidad y contradicción a que esa actividad se somete, conducen a que por regla general deba concederse singular autoridad a la apreciación de la prueba llevada a cabo por el juzgador en cuya presencia se practicaron (S.S.T.S. 4-7-1996 y 12-3-1997 y SSTC 28-10-2002, 9-12-2002, 27-2-2003 y 9-4-2003, entre otras); sin que por ello el Tribunal de Apelación pueda realizando valoración propia sustituir el criterio así obtenido, salvo que este carezca del necesario apoyo de pruebas válidamente constituidas e incorporadas al proceso de forma legítima, o cuando por parte del recurrente se ponga de relieve un evidente fallo en el razonamiento lógico o en el iter inductivo de Juzgador de instancia (S.S.T.S. 16-1-2006, 27-3-2006, entre otras).

2.- Por otra parte, debe tenerse en cuenta la distinción que señala la S.T.S. de 1-3-2004 entre, por un lado, un valoración judicial de pruebas irracional o contra las reglas de la lógica, que efectivamente podría determinar una revocación de la sentencia recurrida, en determinadas circunstancias y, por otra parte, una valoración judicial de pruebas alternativa o distinta a otra deseada por la parte y que, en ningún caso, podría tener el éxito pretendido. Y lo cierto es que la conclusión obtenida en la sentencia que se recurre no puede ser tachada de irracional ni contraria a la lógica, sino la convicción fundada en la prueba practicada de que ante la controversia surgida sobre las lesiones en la muñeca del perjudicado fueran consecuencia o no de los hechos juzgados, de que sí lo eran, por lo que como quiera que la curación de la fractura producida en el escafoides perfectamente compatible con la caída producida durante la pelea requirió inmovilización; la misma entra dentro del concepto de tratamiento médico previsto en el artículo 147.1 del CP, como declaran las STS 432/99 de 22 de marzo, 1253/05 de 26 de octubre y 724/08 de 4 de noviembre entre otras; en concreto y en particular en el caso de escafoides la STS 830/99 de 21 de mayo declara que la férula constituye tratamiento médico incluido en el precepto citado.

En consecuencia, procede la desestimación del motivo y con él del recurso formulado por el Sr. José Alejandro.

TERCERO.- Recurso formulado por Mutual Flequera de Cataluña.

La entidad aseguradora de la actividad empresarial realizada por Levantina de Seguridad S.L. empleadora del vigilante condenado, articula su recurso en cinco motivos separados:

a) Vulneración del principio in dubio pro reo, el mismo va destinado a obtener la absolución del condenado Sr. José Alejandro, quien ya está debidamente defendido en autos por su letrado y respecto de quien no ostenta representación ni mandato alguno de defensa; por lo que ninguna legitimación tiene para solicitar su absolución debiendo limitarse su intervención procesal al objeto indemnizatorio o de resarcimiento (STC 114/1988 de 10 de junio y 114/96 de 25 de junio); no obstante en dichos motivos viene a reproducir las argumentaciones defensivas que se contienen en el primer recurso analizado, y por tanto no pueden merecer más que idéntica respuesta desestimatoria.

b) Error en la Valoración de la Prueba por falta de cobertura ante la actuación dolosa del Sr. José Alejandro, que se extralimitó en sus funciones.

En tal sentido es inaplicable el artículo 19 de la Ley 50/1980 de 8 octubre excluye el pago de la prestación cuando el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado al supuesto examinado, toda vez que la aseguradora, que lo es en virtud de seguro obligatorio impuesto por la Ley 23/1992, de 30 de julio de Seguridad Privada y artículo 5 de su Reglamento aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre; precisamente para la cobertura de la responsabilidad civil derivada de dicha actividad por lo tanto y siempre que los hechos queden comprendidos dentro de dichos límites, la aseguradora no puede más que excepcionar, frente a terceros la falta de vigencia de la póliza; y no cualesquiera otras cuestiones derivadas de las interpretaciones de las cláusulas del contrato incluida la existencia o no de franquicia que únicamente podrá oponerlas frente al tomador del seguro, en acción de repetición frente al mismo, si es que le corresponde.

c) Error en la valoración de la prueba por falta de cobertura del seguro, en este motivo reiterando el argumento anterior, entiende que toda vez que los hechos ocurrieron fuera de la discoteca, a unos 50 mts del local, el hecho estaba fuera de la cobertura de la póliza.

Sin necesidad de reiterar la anterior argumentación expuesta, y como quiera que ha sido declarado probado, sin error posible, que el condenado actuaba como vigilante de seguridad de la discoteca, cuando se produjo el hecho por el que ha resultado condenado, es evidente que su actuación incidía en el ámbito propio de la actividad de seguridad privada en el que desempeñaba su cometido, y que era precisamente la que cubría el seguro obligatorio del que debe responder Mutual Flequera de Cataluña.

d) Error en la Valoración de la prueba por indebida aplicación del artículo 117 del Código Penal, en el mismo se estima que se debió condenar exclusivamente a la empresa de seguridad de la que dependía el condenado, por ser esta la que contrata a los empleados, ya lo fuera por culpa in eligendo o in vigilando.

En todo caso el invocado motivo lo sería por infracción legal, más que por error en la valoración de la prueba, ya que la sentencia, como se ha dicho ya recoge correctamente la relación que unía al Sr. José Alejandro con la empresa de seguridad privada para la que prestaba sus servicios y que tenía concertado el seguro con la recurrente; pero en cualquier caso no infringe la sentencia recurrida el artículo 117 del Código Penal; sino que con independencia del exceso o anormal ejercicio de las funciones del empleado y de que las lesiones se produjeran no en el interior sino en el exterior de la discoteca; lo fueron sin duda durante la jornada laboral de este y en desviado ejercicio de las funciones de vigilante que le fueron encomendadas; por lo que la, empresa responde subsidiariamente en la vía civil y la aseguradora directamente, tal y como expresamente establece el precepto invocado que es correctamente aplicado en la sentencia recurrida.

e) Error en la valoración de la prueba por Inaplicación de la franquicia contenida en la póliza suscrita entre Levantina de Seguridad S.L. y Mutual Flequera de Cataluña.

Dicha cuestión, que ha sido objeto de controversia, finalmente encuentra respuesta en diversos pronunciamientos judiciales, entre ellos la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2003, y Sentencias de esta misma Audiencia Provincial (secc. 5ª) de 1 de abril de 2009 y de esta misma sección de 18 de marzo de 2011, donde se analiza la cuestión y se concluye que dicho tipo de cláusulas son inoponibles frente a terceros, sin perjuicio del derecho de repetición de la aseguradora, cuando lo suscrito, como es el presente supuesto es un seguro obligatorio para el ejercicio de una actividad de riesgo, en atención al contenido del artículo 117 del Código Penal y 76 de la Ley de Contrato de Seguro, al tratarse de una excepción personal que no incumbe más que a quienes son parte del contrato, pero no puede menoscabar la protección íntegra del perjudicado cuya tutela se pretende mediante el establecimiento de actividades cuyo desempeño exige la suscripción de un seguro obligatorio, ya que a contrario sensu podría dejarse sin efecto en la práctica la cobertura obligatoria mediante la suscripción de seguros con franquicias elevadas que dejaran sin contenido real dicho aseguramiento. En consecuencia el motivo no puede prosperar.

Por todo ello el recurso debe desestimarse y la sentencia resultar confirmada en su integridad.

CUARTO.- En cuanto a las costas procesales, procede su condena a los recurrentes por haber sido desestimado íntegramente sus recursos.

Vistos, además de los citados, los artículos de general aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Mutual Flequera de Cataluña, representado por la Procuradora Dª Rosa Ana Merino Simón y dirigida por Letrado

D. Juan Antonio del Hierro Hernández y José Alejandro, representado por el Procurador D. Francisco Javier Frexes Castrillo y dirigido por Letrado D. Manuel Solazar Aguado, contra la sentencia de fecha 27 de diciembre de 2010, dictada por el Juzgado de lo Penal 3 de Valencia, en los autos de Procedimiento Abreviado seguidos en dicho Juzgado con el número 185/2010 y, en consecuencia, confirmar íntegramente dicha resolución, declarando de oficio las costas procesales causadas en esta alzada

Notifíquese la presente resolución a los interesados, incluidos los perjudicados u ofendidos aun cuando no se hubieren personado en el procedimiento, quedando enterados, que contra la misma no cabe recurso alguno.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen para su conocimiento y ejecución, debiendo acusar recibo.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José María Tomás Tío.- Juan Beneyto Mengo.- Dolores Hernández Rueda.

Diligencia.- En Valencia, a trece de septiembre de dos mil once. La extiendo yo el Secretario para hacer constar que en el día de la fecha se deposita en esta Secretaría la precedente resolución una vez firmada por la totalidad de Magistrados que la han dictado. Procedo a su registro, obtengo los testimonios y copias necesarias para llevarlos a los autos originales y notificar a partes e interesados, y conservo el original en el correspondiente legajo hasta su encuadernación. De todo lo cual, doy fe.