

---

## **DICTAMEN JURÍDIC**

**CLIENT: COMERCIAL XOP, SL**

**AUTOR: MARTA ROIG I SEGURA**

---

A Viladecans, a 3 de Desembre de 2011, a petició del Conseller Delegat de la mercantil Comercial Xop, SL, Na Marta Roig i Segura, procedeix a emetre el següent informe jurídic en relació als fets que motiven la redacció del present dictamen, i que té per objectiu ampliar l'expedient 0072/2011

---

### **FETS**

Després d'haver emès el Dictamen Jurídic a l'expedient 0072/2011 de data 13 de Novembre de 2011, on concloïem que:

1. S'havia de desestimar la pretensió de condemna per delictes d'estafa en cassació, atès que la conducta típica del Sr. Gaspar era d'apropiació indeguda (art.252CP), i en no haver estat inclosa al *petitum* de la demanda principal, no prosperaria per aplicació del principi acusatori i del dret a defensa, i atès el fet que la tesi d'heterogeneïtat entre el delictes d'estafa i apropiació indeguda havia estat degudament aplicada en aquest supòsit pel Tribunal *ad quem*.
2. Tanmateix, es plantejava la possibilitat de recórrer en cassació per infracció de llei (art.849.1LECrim) ja que les nou primeres factures haurien d'haver estat considerades com a delictes continuats de falsedat en document mercantil d'acord amb l'art.392.1CP en concordança amb el 390.1CP, perquè en cap cas, aquestes nou factures queien dins de l'àmbit de l'autoencobriment impune.

A data 22 de Novembre de 2011, el Sr. Carbó ens sol·licita que completem l'anterior dictamen de l'expedient 0072/2011 de data 13 de novembre de 2011 en els següents extrems:

- Viabilitat de centrar el recurs de cassació en base a l'absolució del delictes de falsedat, deixant de banda el delictes d'estafa.
- En cas que prosperés el recurs relatiu al delictes de falsedat i aconseguir una condemna, si això comportaria la responsabilitat civil perquè el Sr. Gaspar restituís les quantitats de què va disposar il·lícitament.

### **1. VIABILITAT DE CENTRAR EL RECURS DE CASSACIÓ EN BASE A L'ABSOLUCIÓ DEL DELICTE DE FALSEDAT, DESCARTANT EL DELICTE D'ESTAFA.**

---

Com ja es va exposar al dictamen de data 13 de Novembre de 2011 de l'expedient 0072/2011, s'havia de descartar el delictes d'estafa, atès que la conducta típica era pròpia de l'apropiació indeguda. Tanmateix, es va destacar la viabilitat de centrar el recurs de cassació per infracció de llei en el termes previstos a l'art. 849.1LECrim, atès que tot i haver declarat com a fets provats la falsificació de les factures, la sentència de l'AP va considerar que aquesta falsificació de document mercantil queia dins de l'àmbit de

l'autoencobriment impune, fet que ja es va matisar a l'anterior dictamen, ja que les nou primeres factures que va falsificar el Sr. Gaspar en relació a la mercantil "Isol" i a la mercantil "International TP" eren l'instrument del que es va fer valer l'acusat per cometre el delictes i disposar així de les quantitats reclamades en relació a les nou primeres factures de manera il·lícita. Per tant, el que resulta rellevant, és que l'AP ha qualificat uns fets provats erròniament, i que s'haurien d'haver tipificat d'acord amb el previst a l'art. 392.1CP en concordança amb l'art.390.1CP, ja que aquestes factures eren el delictes "per se", i no anaven dirigides a encobrir una conducta delictiva anterior. Per tant, s'ha deixat buit de contingut part de l'injust de la conducta típica del Sr. Gaspar.

En conseqüència, la viabilitat de centrar el recurs de cassació en base a l'absolució del delictes de falsedat té moltes probabilitats d'èxit, però tenint present que l'esmentat recurs s'haurà d'interposar per infracció de llei acord al previst a l'art. 849.1LECrim, ja que s'ha infringit un precepte penal de caràcter substantiu (alguna altra norma jurídica del mateix caràcter) que hauria d'haver estat observada en l'aplicació de la llei penal (art.849.1LECrim), en el present supòsit, el delictes continuat de falsedat en document mercantil. La base del recurs es pot centrar en el contingut de la mateixa sentència de l'AP, que refereix com a "fets provats" la falsificació de les factures i no aplica el previst al'art.392.1CP en concordança amb el 390.1CP, i consegüentment, s'hauria d'estimar inaplicable la norma jurídica en relació a la falsedat en document mercantil o en tot cas mal aplicada per considerar que era autoencobriment impune. Per tant, la norma inaplicable o erròniament aplicada és de caràcter substantiu, i per tant, la infracció d'un precepte de caràcter penal substantiu cau dins l'àmbit d'aplicació de la infracció de llei prevista a l'art.849.1LECrim.

Per tant, podem concloure el següent:

Només les nou primeres factures són susceptibles d'ésser tipificades com a falsedat de document mercantil, i que a més, la sentència de l'AP ja qualifica com a "fets provats", però les restants sí que formen part de l'autoencobriment impune, perquè tenen per objectiu encobrir el fet delictiu previ (veure dictamen anterior respecte la jurisprudència i doctrina de l'autoencobriment impune)

Les factures a considerar falsificades són:

- Factures 20 a 25 de la mercantil "Isol", de data 17/10/2002, 13/11/2002,5/12/2002, 7/1/2003 i 7/2/2003, per imports 846,27€, 1.120,53€, 1.310,30€, 1310,30€ i 500€, per import total de 4.92,40€.
- Factures 1 a 4 d'"International TIP" de data 17/10/2002, 13/11/2002, 5/12/2002 i 7/2/2003, per imports 1.203,06€, 414,52€,336,00€ 282,78€, per import total de 1.903,72€.

Cal referir que les factures tenen la consideració de document mercantil i per tant, la falsificació de factures s'ha d'incardinar dins del previst a l'art. 392.1CP en concordança amb el 390.1CP.

Així doncs, el que s'ha de pretendre amb el recurs de cassació per infracció de llei (art. 849.1LECrim) és que les fets que s'han declarat com a provats tinguins la consideració jurídica que els pertoca per tal d'absorbir la totalitat de l'injust. Per tant, es pot aconseguir una sentència favorable als interessos del nostre client en cassació i consegüentment, que el Sr. Gaspar sigui condemnat per delictes continuat d'estafa en document mercantil,.

## **2. EN CAS DE PROPERAR EL RECURS DE CASSACIÓ, PROBABILITATS QUE COMPORTI LA RESPONSABILITAT CIVIL I LA RESTITUCIÓ DE LES QUANTITATS DISPOSADES IL·LÍCITAMENT.**

---

En aquest cas, caldria esbrinar si quan es va interposar la demanda, ja es va sol·licitar la condemna a responsabilitat civil. Aquest extrem és de suma importància, atès que en cas de no haver-ho fet, no es permetrà l'acumulació dins del procediment penal. Cal tenir present, que d'acord amb l'art.100LECrim "*De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por hecho punible*". Així, sense poder confirmar en aquests moments si al petitum es va incloure la petició de condemna per responsabilitat civil, o si, el fiscal, en el seu escrit d'acusació la va sol·licitar, s'haurà de tractar les dues possibilitats:

- Supòsit en què s'hagi sol·licitat el procediment civil acumulat

El procediment civil acumulat està previst al CP, i permet l'acumulació d'un procediment penal i d'un procediment civil en un de sol, atribuint-ne la competència a l'òrgan jurisdiccional competent que hagi de conèixer el procediment penal. Tanmateix, cal referir que malgrat estar acumulat, el procediment civil es regeix acord al principi dispositiu i al principi d'oportunitat. En principi, està legitimat per exercitar l'acció civil junt amb la penal el Ministeri Fiscal perquè està obligat, a no ser que el perjudicat (en el nostre cas "Comercial Xop, SA", hagi renunciat expressament perquè s'hagi reservat l'acció civil un cop acabat el procediment penal) Per tant, haurem de suposar que "Comercial Xop" no ha renunciat a l'acció civil en el procediment penal, i haurem de d'entendre que el Ministeri Fiscal també ho ha sol·licitat en el seu escrit d'acusació.

- Supòsit en què Comercial Xop s'hagués reservat l'acció civil un cop acabat el procediment penal.

En aquest cas, la via civil resta oberta un cop hagi acabat el procediment penal, éssent per tant el dia que es publicués la sentència en cassació, i un cop haguessin transcorregut els vint dies formals per esdevenir ferma.

Ara, el que cal tractar, és per què l'AP no s'ha manifestat en relació a la Responsabilitat Civil a la seva sentència, atès que s'ha sol·licitat el procediment civil acumulat: Segons l'art. 116.1CP "*Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios...*". Doncs aquest ha estat el fonament perquè l'AP no es manifesti en relació a la Responsabilitat Civil, ja que en no considerar criminalment responsable al Sr. Gaspar, no neix la responsabilitat civil d'acord amb el rpevist a l'art.116.1CP.

- Supòsit en que prosperi el recurs de cassació i s'obtingui sentència condemnatòria.

Per tant, en cas de prosperi el recurs de cassació i s'aconsegueixi una sentència condemnatòria favorable per als interessos de "Comercial Xop",el Sr. Gaspar serà condemnat com autor d'un delictes de falsificació continuada en document mercantil, obligant així a la Secció Penal del TS a resoldre també la Responsabilitat Civil acord a l'art.116.1CP en concordança amb l'art.142 *in fine* LECrim "*También se resolverán en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hubiere sido objeto del juicio...*"

- Què succeiria en el supòsit que el recurs de cassació fos desestimat?

Malgrat no preguntar-nos sobre aquest extrem, respondrem a la pregunta per acabar de configurar el quadre complet de possibles vies o alternatives. En el supòsit plantejat, la sentència de l'AP esdevindria ferma, i en aplicació de l'art.116.1LECRim (atenció a no confondre'l amb el referit anteriorment que era el 116.1CP) "*La extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer. En los demás casos, la persona a quién corresponda la acción civil podrá ejercitarla ante la jurisdicción y por la vía de lo civil que proceda, contra quin estuviere obligado a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido.*" Val a dir, que l'art 117LECRim es manifesta de mateixa manera a la inversa "*La extinción de la acción civil tampoco lleva consigo la de la penal que nazca del mismo delito o falta*". Així doncs, en cas d'obtenir una sentència no favorable, la responsabilitat civil pot reclamar-se a l'acció civil corresponent (per exemple, i atesa la quantitat mitjançant un procediment ordinari per reclamació de quantia atès que supera els 6.000€).

## **CONCLUSIONS FINALS**

---

Amb tot l'exposat en el Dictamen Jurídic de data 13 de Novembre de 2011 (expedient 0072/2011) i el que hem desenvolupat en aquest present Dictamen més extensament, podem concloure el següent:

- És viable que prosperi l'eventual recurs de cassació finamentat en les tesis exposades, en relació a que s'ha produït infracció de llei acord al previst a l'art.849.1LECRim ja que el tribunal ha aplicat erròniament la consideració d'autoencobriment impune a les nou primeres factures, perquè les mateixes constitueixen la conducta típica prevista a l'art.392.1CP concordant amb el 390.1CP, i per tant, el Sr. Gaspar és autor d'un delictes de falsedat documental continuada, i s'hauria de sol·licitar condemna de pena de tres anys i multa de dotze mesos.
- En relació a la Responsabilitat Civil, i entenent que s'ha sol·licitat la responsabilitat civil a la demanda, la Sala del Penal del TS hauria de cassar i anul·lar la sentència dictada per l'Audiència Provincial de Barcelona, condemnant al Sr. Gaspar com autor d'un delictes de falsedat continuada en document mercantil, i per tant, hauria de pronunciar-se també respecte la responsabilitat civil acord a l'art.116.1CP posat en relació amb l'art.142 *in fine* LECRim, condemnant-lo acord a la previsió dels arts. 109CP i ss, comportant doncs la restitució dels 6.496,12€ respecte de l'import de les factures falsificades, més els interessos, el que resulti del càlcul de danys i indemnització corresponent.
- Fer només breu referència al fet que en el supòsit que el recurs de cassació per infracció de llei no prosperés, sempre quedarà oberta la via civil per reclamar les quantitats degudes en concepte de responsabilitat civil, i això seria possible atès que la sentència de l'AP reconeix com a fets probats la falsificació de les factures, i que per aquest motiu, podem afirmar que seria favorable als interessos de "Comercial Xop"