NOM

DESPATX

DICTAMEN 04/2011

DE:	Miguel Angel Mas Fusta (advocat del despatx X)
PER A:	Comercial XOP, S.L.
ASSUMPTE:	Consulta formulada pel Sr. Carbó, Conseller Delegat de la societat Comercial XOP, S.L., en la que ens sol·licita un informe que resolgui diverses qüestions relatives al procés penal en el qual li prestem assistència i representació (expedient 0072/2011).
DATA:	X de X de 2011

1.-Consulta formulada

La consulta que pretenem resoldre es divideix en dues qüestions, a saber:

a) En el cas present, pot prosperar un recurs de cassació que no es basi en la comissió d´un delicte d´estafa?

b) En cas que dit recurs prosperés, suposaria això que l´antic gerent querellat (Sr. Gaspar) hauria de fer front a la responsabilitat civil de tal forma que hagués de restituir les quantitats que va obtenir com a conseqüència dels actes que se li imputen i que van quedar provats en la sentència dictada en primera instància?

Com a antecedents, cal recordar que, amb data 28 d´octubre de 2011, el nostre client va rebre notificació de la sentència de l´Audiència Provincial de Barcelona, sentència contrària als nostres interessos en la qual s´absolvia a l´antic gerent de la societat del delicte d´estafa que se li venia imputant, absolvent-lo també del delicte de falsedat en document mercantil en base a un “autoencobriment impune”.

D´altra banda, en data 4 de novembre de 2011 vam entregar al client el Dictamen 3/2011, en el qual li exposàvem el nostre criteri sobre diverses qüestions que aquell ens va formular. En dit informe, vàrem arribar a les següents conclusions:

Primera. Contra la sentència de l´Audiència Provincial de Barcelona, el recurs de cassació no podria prosperar si seguim considerant que l´acusat va cometre un delicte d´estafa: només prosperaria si al·leguéssim la infracció d´una norma penal de caràcter substantiu com és, en aquest cas, l´art. 392.1 CP que tipifica com a il·lícit penal la falsedat en document mercantil.

Segona. En dita sentència, l´Audiència Provincial va aplicar correctament la tesi de la *heterogeneïtat delictiva* entre els delictes d´estafa i apropiació indeguda i, per tant, novament calia concloure que no prosperaria un recurs de cassació on s´impugnés aquella qualificació jurídica efectuada per part del tribunal *a quo*.

2.-Raonaments jurídics

PODRIA PROSPERAR UN RECURS DE CASSACIÓ, OBVIANT EL TIPUS PENAL D´ESTAFA?

Com ja vam exposar en el Dictamen 3/2011, el *principi acusatori* impedeix que un tribunal pugui condemnar algú en virtut d´un tipus penal no invocat en les qualificacions de la Fiscalia o de l´acusació particular. Per tant, admetent que la qualificació dels fets com a estafa va ser un error de l´assistència lletrada que el nostre client va tenir en primera instància, vàrem descartar la possibilitat d´interposar un recurs de cassació que pretengués, ara, qualificar els fets com a apropiació indeguda.

Ara bé, la estafa no és l´únic fet il·lícit que, en la instància, s´imputava al Sr. Gaspar, sinó que també se l´acusava de ser l´autor d´un **delicte continuat de falsedat en document mercantil** (art. 392.1 CP), per bé que l´APB va considerar que aquells fets constituïen un "autoencobriment impune". Doncs bé, considerem que **sí es podria plantejar un recurs de cassació que rebatés aquesta qualificació donada pel jutge**, en base als següents arguments:

1) Tal i com estableix la jurisprudència consolidada, les factures tenen la consideració de "document mercantil" (entre d´altres, Sentències de la Sala Segona del Tribunal Suprem de 21 de juny de 2006, FD3, i de 25 de maig de 2009, FD2).

2) En la sentència d´instància, es va donar com a provat el fet que el Sr. Gaspar va emetre 9 factures falses, amb l´objectiu de donar una aparença de validesa als xecs que va cobrar amb anterioritat.

3) Segons l´art. 392.1 CP, aquests fets podrien ser constitutius d´un delicte de falsedat documental, que comporta la pena de presó de 6 mesos a 3 anys i multa de 6 a 12 mesos. La falsedat en document mercantil es produeix quan s´altera un element essencial del mateix, o quan se simula sobre la seva autenticitat, o bé quan es falseja sobre la intervenció de persones en aquell document (art. 390.1 CP, per remissió del repetit art. 392.1 CP).

4) Les 5 factures elaborades per l´acusat el dia 31 de juliol de 2003, certament, van ser presentades per l´acusat amb la finalitat de justificar les irregularitats comeses anteriorment, i d´això en podríem extreure la conclusió que es tractaria d´un *autoencobriment* de l´acusat respecte la comissió d´un altre delicte principal, que comportaria la impunitat d´aquell. Ara bé, **no podem dir el mateix de les 9 factures que van ser emeses entre el 17 d´octubre de 2002 i el 7 de febrer de 2003**, que van ser creades amb la única finalitat de donar cobertura aparent als xecs falsos que es van cobrar. Per tant, aquestes factures formen part de la trama delictiva, havent estat elaborades en el marc

del *iter criminis* de tal forma que les podem considerar el mitjà a partir del qual l´acusat esperava aconseguir els seus fins, i no pas una forma d´encobrir la comissió d´altres fets delictius.

En suport d´aquest argument, cal apuntar que la jurisprudència ve en considerar que l´autoencobriment "*es, en términos generales, impune, salvo que los actos practicados por el autoencubridor constituyan de por sí un nuevo delito*". D´altra banda, "*no se puede entender, por la teoría de la consunción, que el delito de falsedad documental… pueda quedar absorbido por el delito de fraude… cuando siendo distinto el bien jurídico protegido en una y otra infracción, son autónomos e independientes sin que entre ellos exista la relación que haga posible un supuesto de progresión –la falsedad no tiene carácter instrumental respecto a la defraudación*" (STS, Sala Segona, de 21 de juny de 2006, FD2). Finalment, "***la falsedad no constituye una manifestación del denominado autoencubrimiento impune, toda vez que las facturas no están presididas exclusivamente por una finalidad autoexculpatoria, sino que se integran en la estructura defraudatoria diseñada por el acusado***", reiterant que l´apropiació indeguda i la falsedat "*materializan la lesión a bienes jurídicos distintos*" (STS, Sala Segona, de 25 de maig de 2009, FD2).

Per tant, podem pensar que l´APB va cometre un error en qualificar aquells fets d´autoencobriment i procedint a l´absolució del Sr. Gaspar, de tal forma que podríem presentar un recurs de cassació per infracció de llei, segons allò disposat en l´art. 392.1 CP en relació a l´art. 849.a LECrm. **Aquest recurs, per tot l´exposat, tindria moltes possibilitats de prosperar**.

SI EL RECURS PROSPERÉS, IMPLICARIA LA CONDEMNA A L´ACUSAT COM A RESPONSABLE CIVIL?

Segons l´art. 109.1 CP, "*la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar… los daños y perjuicios por él causados*". D´altra banda, l´art. 110 CP assenyala que la responsabilitat civil comprendrà la restitució, la reparació del dany i la indemnització de perjudicis materials i morals. Finalment, l´art. 115 del mateix text legal estableix que "*los jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución*".

De tot això es desprèn que els il·lícits penals, quan provoquen la causació d´un dany, comporten una responsabilitat civil (art. 116.1 CP) que podrà ser determinada en el mateix procés penal o, si així ho prefereix el perjudicat, en un procés civil *ex professo* (art. 109.2 CP). I no podem ignorar allò disposat en l´art. 1902 CC respecte la responsabilitat civil extracontractual.

Per tot el que s´ha dit, cal concloure que **es podrien donar tres supòsits diferents**:

1) **Si el recurs de cassació prospera, i hem demanat la responsabilitat civil en el mateix procés penal, el tribunal resoldrà sobre la nostra pretensió** i condemnarà al Sr. Gaspar com a responsable civil.

2) Si el recurs de cassació prospera però, a diferència de l´anterior supòsit, no hem demanat la responsabilitat civil en el mateix procés penal, el TS no entrarà a resoldre sobre aquesta qüestió, que en tot cas romandrà oberta en la via civil. Igualment, si ens hem reservat les accions civils davant aquella jurisdicció, la responsabilitat civil de l´acusat es ventilarà davant l´òrgan corresponent de l´ordre civil.

3) Si el recurs de cassació no prospera, sempre quedarà oberta la via civil per a reclamar la restitució d´allò obtingut il·lícitament i la indemnització dels danys i perjudicis patits.

A priori, **el primer dels supòsits explicitats és el que té més probabilitats de succeir**, atès que la responsabilitat civil de l´acusat haurà estat sol·licitada per aquesta part, previsiblement.

3.-Conclusions

El recurs de cassació podria prosperar si oposem que el tribunal que va dictar la Sentència d´instància va incórrer en una infracció de llei en considerar que la conducta de l´acusat, consistent en la elaboració de factures falses, no suposava la comissió d´un delicte de falsedat en document mercantil sinó un "autoencobriment impune". Ara bé, cal tenir clar que el tipus penal de l´art. 392.1 CP només vindria referit a les _ primeres factures elaborades i emeses per l´acusat, en tant en quant la resta de factures sí es van crear i utilitzar per a encobrir altres fets il·lícits i, per tant, no tenien *per se* finalitat delictiva principal.

Tenint en compte que s´ha sol·licitat la responsabilitat civil del Sr. Gaspar, la Sala Segona del TS (en cas de cassar el recurs i revocar la Sentència de l´APB) es pronunciaria sobre aquella, declarant responsable civil a l´acusat i condemnant-lo a la restitució de les quantitats obtingudes al marge de la llei i, amés, a pagar els interessos meritats i la quantitat corresponent als danys i perjudicis causats, si s´escau. Per al cas que el recurs de cassació no prosperés, sempre quedaria oberta la porta per a sol·licitar la responsabilitat civil en els tribunals de l´ordre jurisdiccional civil.

Miguel Angel Mas Fusta