
DICTAMEN JURÍDIC

CLIENT: COMERCIAL XOP, SL

AUTOR: MARTA ROIG I SEGURA

A Viladecans, a 13 de Novembre 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.

FETS

Comercial Xop, SL, després d'haver despatxat al Sr. Gaspar que ostentava el càrrec de Gerent de la mercantil (acusat) en data juliol de 2003, detecta certes irregularitats comptables que treuen a la llum la sostracció de 8.000€ aproximadament mitjançant factures falses que portaven com a contrapartida comptable serveis i encàrrecs inexistents.

Comercial Xop procedeix a instar la corresponent querella criminal presentant acusació per DELICTE DE FALSEDAT i DELICTE D'ESTAFA. Havent arribat les actuacions a Segona Instància, l'AP de Barcelona absol l'acusat tot i haver declarat com a fets provats l'elaboració de factures falses a nom de "Isol Comunicacions, SL" i "Internacional TP, SL", per justificar els xecs d'import total 6.823,76€ i la sostracció 900€, així com la posterior elaboració de documentació mercantil falsa a nom de "Ratiz Services,SL" que portava aparellada l'elaboració de cinc factures més falses. Els Fonaments Jurídics de la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona referien

Que respecte de DELICTE d'ESTAFA CONTINUADA, els fets serien constitutius d'un DELICTE d'APROPIACIÓ INDEGUDA atesa l'heterogeneïtat d'ambdues figures delictives, i que per tant, respectant el principi acusatori, l'acusat havia d'ésser absolut.

Que respecte les factures falses, considera que aquesta conducta s'ha d'incloure dins de l'autoencobriment impune.

Atesa la Sentència ABSOLUTÒRIA, el client vol saber si:

1. Pot prosperar un eventual recurs de cassació al Tribunal Suprem o per contra, l'exigència d'immediació de la doctrina del Tribunal Constitucional exclou aquesta possibilitat.
2. S'ha aplicat correctament la tesi d'heterogeneïtat delictiva entre els delictes d'estafa i apropiació indeguda, i en cas contrari, si prosperaria un recurs en el sentit d'aconseguir una condemna per apropiació indeguda malgrat haver-lo acusat únicament d'estafa.

1. POSSIBILITATS QUE PROSPERI UN RECURS DE CASSACIÓ

Hem de recórrer als arts. 847 a 852 LECrim per trobar els motius pels quals es pot recórrer en cassació en matèria penal, i són els següents:

1. Per infracció de Llei
 - Quan s'hagi infringit algun precepte penal de caràcter substantiu o alguna altra norma jurídica del mateix caràcter que hag d'ésser observada en l'aplicació de la llei penal (art.849.1LECRim)
 - Quan hagi existit error en l'apreciació de la prova en base a documents continguts a les actuacions i que demostrin l'equivocació del jutgador sense que hagin estat contradits per altres elements probatoris. (art. 849.2 LECrim)

2. Per quebrantament de Forma
 - Quan s'entengui que s'han vulnerat normes processals (denegar alguna diligència de prova proposada en temps i forma, ometre la citació del processat... (art.850 LECrim punts 1 a 5)
 - Quan la Sentència no sigui clara, o quan expressi fets no provats, quan no resolgui fets objecte d'acusació i defensa... (art.851 LECrim)

3. Per infracció d'algun precepte constitucional (art. 852 LECrim)

Així doncs, duent a terme un anàlisi profund dels motius exposats que permeten recórrer en cassació, podem començar enunciant que no es pot recórrer a l'argumentació de cassació per quebrantament de forma atès que no s'aprecia cap infracció de caràcter processal en el procediment, ni tampoc es pot alegar que no s'han resolt fets objecte d'acusació, o que no sigui clara, vicis, que s'hagi cregut indefensió... Cal recordar el quebrantament de forma es limita a qüestions purament processals.

Al seu torn, també podem concloure que tampoc es pot argumentar un recurs de cassació per infracció d'algun precepte constitucional ja que no es dóna a les actuacions.

Tanmateix, haurem de dur a terme un anàlisi més exhaustiu en relació a un possible recurs de cassació per infracció de la llei, ja que en aquest supòsit, sí que podem al·legar un motiu per presentar recurs de cassació en aplicació del'art.849.1LECRim. El motiu el podem fonamentar en el fet que malgrat haver-se declarat provats els fets, considero que s'ha infringit un altre precepte penal de caràcter substantiu que hauria d'haver estat pres en consideració. La base la trobem en la fonamentació que fa la Sentència de l'AP en relació al delictes de falsedat en document mercantil. La Sentència qualifica els fets com autoencobriment impune. L'anàlisi de la doctrina de l'autoencobriment impune es basa en l'aplicació de l'art.8.3CP que contempla la regla de consumpció, i que refereix que quan uns fets són susceptibles d'ésser qualificats acord a dos o més preceptes del codi penal, el precepte penal més ampli o complex, absorvirà als preceptes que castiguen les infraccions contingudes en aquest, o sigui que l'injust material d'una infracció absorbeix injustos menors relacionats. Tanmateix, la figura de l'autoencobriment impune no abasta a tots els delictes i supòsits, doncs cal tenir molt clar que si els actes realitzats per l'autoencobridor no són impunes en tant que constitueixen un nou delictes "per se" Podem referir la STS 671/2006 "... no se da el caso de que uno de los

preceptores en los que el hecho es subsumible comprenda en su injusto el todo...” O sigui, que si alguna part del fet injust queda sense resposta penal, s’ha d’anar al concurs de delictes. D’acord amb la definició del diccionari de Westalaw-Arandazi “En el Derecho Penal, se emplea el término autoencubrimiento para definir la conducta del sujeto activo de un delito que, con posterioridad a su comisión y con el fin de ocultar las huellas o indicios que contra sí mismo pudieran existir, ejecuta nuevos actos ilícitos. El principio general, en materia de autoencubrimiento, es el de la punición del mismo - salvo que el bien jurídico protegido por ambos delitos sea el mismo..... cuando la conducta de autoencubrimiento lesiona un bien jurídico distinto al principio de autoridad y sometimiento a la ley, aquélla debe ser castigada (cfr. STS 27 septiembre 2000 [RJ 2000, 9146]). D’altra banda, la SAP Madrid 426/2007 refereix que la creació d’una factura falsa per maquillar la legalitat d’una autoliquidació, en tant que és un delictes fiscal, no absorbeix el delictes d’estafa perquè és una nova conducta delictiva. Així doncs, la qualificació d’autoencobriment impune respecte del delictes d’estafa es podria recórrer en cassació en tant que les factures falses fetes per l’acusat a la mercantil “Isol” i a la mercantil “Internacional TP”, foren l’instrument del que es va valer l’acusat per poder dur a terme la conducta delictiva i obtenir així el lucre econòmic. Al seu torn, segons la STS 364/2009 Caso Kío-Torras, de 8 d’abril (RJ 2009\3069) *“podría incardinarse en el autoencubrimiento impune o reputarse actos necesarios para consumir una sola infracción, constitutiva de un único delito. La relevancia posible de la fecha de consumación podría incidir en el cómputo del término prescriptivo, pero la continuidad delictiva debe quedar descartada, porque nos hallamos ante una sola infracción punible, aunque para cometerla se precisase de diversos actos o actividades . La lesión del bien jurídico propuesta por el culpable desde un inicio y conseguida finalmente integra un solo delito.”* Per tant, en cap cas aquestes factures anaven destinades a encobrir un delictes previ, sinó que l’elaboració de les mateixes era un acte consitutiu d’un delictes d’estafa en document mercantil, previst a l’art. 392.1CP, que comporta la pena de presó de sis mesos a tres anys i multa de sis a dotze mesos, en concordança amb el previst a l’art.390CP. Així, si tenim clar que la doctrina de l’autoencobriment impune rau en el fet que un acte està dirigit a encobrir i buscar la impunitat d’un acte anterior, en cap cas, aquestes factures cauen dins de la doctrina referida. En canvi, les factures fetes posteriorment, sí que són subsumibles dins de la doctrina de l’autoencobriment impune, ja que l’acusta les realitza per encobri el delictes previ.

Consegüentment, amb tot l’exposat, atès que la Sentència refereix com a fets provats la falsificació de les nou factures primeres (document mercantil), aquest acte ha d’ésser castigat com a DELICTE DE FALSEDAT DOCUMENTAL que no pot quedar impune, i és d’aplicació doncs l’art.392.1CP en relació a l’art.390.1CP com a base del recurs de cassació per quebrantament de llei previst a l’art. 849.1LECrim.

Pel que fa a l’exigència d’immediació (el jutge que resolgui el procés ha d’haver assistit pràctica de la prova de manera immediata i directa, apreciand les declaracions i mitjançant observació directa de tots els mitjans de prova, dificultat que el jutge d’apel·lació té per complir amb els principis d’oralitat i immediates a l’hora de resoldre les proves que s’han practicat en primera instància), la Doctrina del Tribunal Constitucional fixada amb la STC 167/2002 de 18 de setembre, refereix clarament que d’acord amb la doctrina del Tribunal Europeu de Drets Humans consolidada amb sentències 26 de març de 1988 (cas Ekbatani contra Suècia), SSTEDH 8 de febrero de

2000 (cas Cooke contra Austria i cas Stefanelli contra San Marino); 27 de junio de 2000 (caso Constantinescu contra Rumania); y 25 de julio de 2000 (caso Tierce i altres contra San Marino) “FJ10.... *En relación con demandas promovidas por infracción del art. 6.1 del Convenio como consecuencia de haberse fallado la apelación de una causa penal sin que se hubiese celebrado en esta fase audiencia o vista pública, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene declarado, con carácter general, que el proceso penal constituye un todo, y que la protección que dispensa el mencionado precepto no termina con el fallo en la primera instancia, de modo que el Estado que organiza Tribunales de apelación tiene el deber de asegurar a los justiciables, a este respecto, las garantías fundamentales del art. 6.1 CEDH. Más concretamente, en relación con la cuestión que ahora nos ocupa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la noción de proceso justo o equitativo implica, en principio, la facultad del acusado de estar presente y ser oído personalmente en la primera instancia, dependiendo la exigencia de esta garantía en la fase de apelación de las peculiaridades del procedimiento considerado, para lo que es necesario examinar éste en su conjunto de acuerdo con el orden jurídico interno, el papel que ha de desempeñar la jurisdicción de apelación y la manera en la que los intereses del demandante fueron realmente expuestos y protegidos ante el Tribunal a la vista de las cuestiones que éste tiene que juzgar. Así pues, respecto a la exigencia de aquella garantía en la apelación, debe determinarse si, en atención a las circunstancias del caso, las particularidades del procedimiento nacional, examinado éste en su conjunto, justifican una excepción en la segunda o tercera instancia al principio de audiencia pública (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 ¿caso Ekbatani contra Suecia, §§ 24 y 27¿; 29 de octubre de 1991 ¿caso Helmers contra Suecia, §§ 31 y 32¿; 27 de junio de 2000 ¿caso Constantinescu contra Rumanía, § 53). No se puede concluir, por lo tanto, que como consecuencia de que un Tribunal de apelación esté investido de plenitud de jurisdicción, tal circunstancia ha de implicar siempre, en aplicación del art. 6 del Convenio, el derecho a una audiencia pública en segunda instancia, independientemente de la naturaleza de las cuestiones a juzgar. La publicidad, ha declarado en este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituye ciertamente uno de los medios para preservar la confianza en los Tribunales; pero desde otras consideraciones, también el derecho a un juicio en plazo razonable y la necesidad de conferir un tratamiento rápido a los asuntos han de tenerse en cuenta para determinar si los debates públicos son necesarios después del proceso en primera instancia. De modo que la ausencia o falta de una vista o debates públicos en segunda o tercera instancia puede justificarse por las características del procedimiento de que se trate, con tal que se hayan celebrado en la primera instancia. Así lo ha admitido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a los procedimientos para autorizar la interposición de la apelación o consagrados exclusivamente a cuestiones de Derecho y no a las de hecho, en relación con los cuales ha señalado que se cumplirán los requisitos del art. 6.1 del Convenio aunque el Tribunal de apelación o casación no haya dado al recurrente la facultad de ser oído personalmente. Sin embargo, cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 ¿caso Ekbatani contra Suecia, § 32¿; 29 de octubre*

de 1991 *¿caso Helmers contra Suecia*, §§ 36, 37 y 39¿; 29 de octubre de 1991 *¿caso Jan-Åke Anderson contra Suecia*, § 28¿; 29 de octubre de 1991 *¿caso Fejde contra Suecia*, § 32)”.
En el nostre supòsit, atès que els fets es declaren com a provats tal i com refereix la Sentència de l'Audiència Provincial, no és preceptiva l'exigència d'immediació tal i com refereix la doctrina del Tribunal Constitucional.

Conclusió: Així doncs, amb l'exposat, els fets probats no haurien d'incardinar-se a la doctrina referencida a la STC 167/2002, amb la qual cosa, no és preceptiva una nova valoració de prova, i per tant, sí que podria prosperar un eventual recurs de cassació per quebrantament de llei acord a l'art.849.1LECrim en relació als arts.392.1CP i en concordança amb l'art.390.1CP

2.APLICACIÓ DE LA TESI D'HETEROGENEITAT

Per donar resposta a la qüestió, caldrà definir què és la tesi de l'heterogeneïtat. En aquest sentit, aquesta tesi fa referència a que malgrat que *a priori* hom pugui entendre que els delictes d'estafa i apropiació indeguda puguin ser homogenis, però això no és així, ja que mentre,

APROPIACIÓ INDEGUDA, és l'acte apropiador d'allò que jurídicament s'ha de tornar o retre compte. És un delictes de resultat contra el patrimoni, i existeix la concurrència de dol com a requisit genèric de caràcter subjectiu que ha d'acompanyar l'acció. Els elements essencials de l'apropriació indeguda són la inicial disposició il·legítima, sustentar la possessió de l'objecte apropiat en obligació de retornar i actuar en perjudici de tercer, i tot, amb un clar abús de confiança. Aquest delictes està tipificat a l'art.252CP. Observem que la pena previst per aquest delictes ens remet al delictes d'estafa.

ESTAFA, éssent el seu tipus bàsic el previst a l'art.248.1CP, i ens permet identificar els elements essencial: engany indoni (ha d'ésser suficient), per produir error an altri, éssent un acte de disposició patrimonial i en perjudici econòmic de tercers. Cal destacar, que l'acte de disposició ha d'ésser conseqüència de l'engany i de l'error i ésser la causa de perjudici propi o de tercer.

Per tant, amb l'exposat, ja podem concloure que mentre l'element essencial del delictes d'apropriació indeguda és l'abús de confiança, l'element essencial del delictes d'estafa és l'engany necessari i suficient per induir a error, i en conseqüència, en cap cas es podran considerar delictes homogenis, ja que la reiterada jurisprudència els considera delictes heterogenis “*Ahora bien la doctrina jurisprudencial ha venido a mantener que el principio acusatorio, o sus colaterales derechos de contradicción y de defensa, exigen la homogeneidad entre la calificación jurídica pretendida y la adoptada por el Tribunal; y que el delito de APROPIACIÓN INDEBIDA está en relación de heterogeneidad con el de estafa; véanse la sentencia del [15/2/2002 \(RJ 2002, 2639\)](#) TS y las que cita.*” (STS 182/2011 de 16 febrero RJ 2011\1953), “*Sucedee que cambia el*

título de imputación condenando por un delito de estafa cuando la calificación acusatoria era de apropiación indebida, sin que dicha controversia jurídica fuese introducida en el debate y de esa forma pudiese dar lugar a las alegaciones correspondientes de la defensa. Evidentemente, no existiría indefensión si se tratase de tipos homogéneos, como afirma la Sala provincial invocando la [STS de 25/1/93 \(RJ 1993, 175\)](#) (nº 21) y otras anteriores de esta Sala, pero sí se vulnera el principio de contradicción y por ello el de defensa si los delitos de estafa y de apropiación indebida están en relación de heterogeneidad, como viene sosteniendo mayoritariamente la Jurisprudencia de la Sala Segunda. Entre las más recientes, las [SSTS núm. 362/98, de 14/3 \(RJ 1998, 2354\)](#) , [1280/99, de 17/9 \(RJ 1999, 7191\)](#) , y [1776/99, de 16/12](#), han sostenido la heterogeneidad entre ambos tipos delictivos. La citada en segundo lugar, fundamento jurídico décimo, señala que la doctrina de esta sala, con alguna excepción, sostiene la heterogeneidad de ambas figuras, añadiendo que 'así se había declarado en las [sentencias de 28 de febrero \(RJ 1990, 2101\)](#) , [5 de marzo \(RJ 2000, 2394\)](#) y [14 de septiembre de 1990 \(RJ 1990, 6935\)](#) ; [2 \(RJ 1991, 8941\)](#) y [4 de diciembre de 1991 \(RJ 1991, 8979\)](#) ; y [23 de diciembre de 1992 \(RJ 1992, 10318\)](#) “..... “La actividad de engaño en el sentido en que es requerida en el art. 248.1 CP no existe en el delito de apropiación indebida. Y la exigencia de haber recibido la cosa en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, específica de este delito del art. 252, no existe en el delito de estafa.” (STS 1210/2005 de 28 octubre RJ 2005\8168).

Havent assentat doncs les bases de la heterogeneitat d'ambdós delictes, ara el que cal clarificar és si cabria la possibilitat de presentar un recurs amb l'objectiu d'aconseguir una condemna per apropiació indeguda malgrat haver formulat una acusació únicament per estafa.

La resposta la trobarem a l'art. 653LECrim “Las partes podrán presentar sobre cada uno de los puntos que han de ser objeto de la calificación dos o más conclusiones en forma alternativa, para que si no resultare del juicio la procedencia de la primera, pueda estimarse cualquiera de las demás en la senten”. Atès que a l'escrit d'acusació només es va qualificar la conducta de l'acusat com a delictes d'estafa, no es va presentar una acusació alternativa d'apropriació indeguda, i per tant, acord al principi acusatori i al dret de defensa, no és possible condemnar a l'acusat per una altra conducta penal típica més enllà del que s'hagi sol·licitat per l'actora a l'escrit d'acusació.

Conclusió: Així doncs, en el nostre cas, la sentència aplica correctament la tesi de l'heterogeneitat i per tant, és inviable un recurs en el sentit d'aconseguir que es condemni al Sr. Gaspar per un delictes d'apropriació indeguda atès que en ser només acusat per un delictes d'estafa, s'ha d'estar en allò previst acord al principi acusatori i al dret a defensa.

CONCLUSIONS FINALS

Atès que la conducta del Sr. Gaspar ha d'incardinar-se dins del comportament típic d'apropiació indeguda (art.252 CP) ja que l'element principal del delicté és l'abús de confiança i l'abús dels poders que se li havien atorgat, hem de procedir a desestimar la pretensió de condemna per un delicté d'estafa, en base al principi acusatori i al dret a defensa.

Respecte la falsificació de factures, les primeres que va dur a terme el Sr. Gaspar formen part del comportament típic del delicté cotinuat de falsedat documental en document mercantil, regulat a l'art.392CP, del qual l'acusat n'ha estat absolt en base a la doctrina de l'autoencobriment impune, i només podem considerar que s'incardinen dins de la referida doctrina les cinc factures fetes a posteriori (a nom de "Ratiz Services,SL") per justificar les despeses un cop el Sr. Gaspar havia estat requerit a tal efecte.

Així doncs, perquè prosperi l'eventual recurs de cassació per infracció de llei (art.849.1LECrim), s'ha de procedir a la petició que les nou primeres factures siguin considerades delicté cotinuat de falsedat en document mercantil acord al previst a l'art.392.1CP concordant amb el 390.1CP, i es sol·liciti condemna a la pena de tres anys i multa de dotze mesos.