

DICTAMEN JURÍDIC -penal

**Emès a interès de l'assessoria
interna de la companyia
COMERCIAL XOP, S.L.**

CONSULTA

L'assessoria interna de la companyia COMERCIAL XOP SL, ens ha demanat el nostre parer respecte de diverses qüestions relacionades amb la sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona resolent la querella criminal interposada contra l'ex-gerent d'aquella, Sr. Gaspar, la qual l'absol dels delictes d'estafa i falsedat. Concretament el nostre client, ens consulta:

1r. Si, donada la sentència absolutòria i les facultats de revisió del TS en cassació, la cassació podria prosperar o, per contra, l'exigència d'immediació que deriva de la doctrina del TC exclou aquesta possibilitat.

2n. En el cas concret, i a la vista del raonament de la sentència de l'Audiència respecte a la relació d'heterogeneïtat delictiva entre l'estafa i l'apropiació, aquesta tesi de l'heterogeneïtat delictiva ha estat aplicada correctament o si, per contra, sembla viable un recurs que pretengués que l'acusat sigui condemnat per apropiació indeguda, tot i que només va ser acusat per estafa.

ANTECEDENTS (*fets provats*)

El Sr. Gaspar, ex-gerent de COMERCIAL XOP SL, i en virtut d'uns poders mercantils que li van ser atorgats amb facultats pel tràfic normal de la empresa i amb unes limitacions quantitatives, va emetre xecs al portador i va retirar-se en efectiu al voltant d'uns 8.000 € en total, diners que van anar a parar a la seva butxaca.

Per justificar aquelles sortides de diners de l'empresa, va fer diferents factures per suposats serveis prestats a aquella: 5 a nom d'una empresa anomenada "Isol" i 3 a nom de "Internacional TP" que, comptablement van constar que havien estat pagades amb els xecs i el reintegrament fet pel Sr. Gaspar.

El nostre client, va acomiadar al Sr. Gaspar (per altres motius) i, amb posterioritat, el va requerir per que donés explicacions d'aquelles operacions realitzades durant la vigència del seu càrrec, doncs es sospitava havien estat fetes irregularment. El Sr. Gaspar en veure's "descobert" va emetre aleshores 5 abonaments fets per "Isol" i va portar 5 factures i rebuts emesos per "Ratiz Services", manifestant que les factures d'Isol eren un error i qui realment prestà el servei en el seu dia va ser Ratiz.

EXTREMS CONSULTATS

- 1. Donada la sentència absolutòria i les facultats de revisió del TS en cassació, la cassació podria prosperar? o, per contra, l'exigència d'immediació que deriva de la doctrina del TC exclou aquesta possibilitat?***

Primer de tot haurem d'analitzar quins requisits es preveuen a la LECrim per poder recórrer en cassació una sentència de la Audiència Provincial davant el Tribunal Suprem.

Infracció de llei (art. 849 LECrim): s'entendrà infringida la llei, quan:

- ✓ Dels fets considerats com a provats, s'hagi infringit algun precepte penal de caràcter substantiu o norma jurídica penal
- ✓ Hagi hagut error en l'apreciació de la prova, fonamentant-se en documents obrants als autes que puguin demostrar l'error del jutgador sense resultar contradits per altres elements provatoris

Trencament de forma (art. 850 i 851 LECrim): es considerarà quan:

- ✓ S'hagi denegat una prova, correctament proposta, que es consideri pertinent
- ✓ S'hagi omès la citació al querellat, responsable civil subsidiari, l'acusació o actor civil
- ✓ S'hagi desestimat alguna pregunta per capciosa, suggestiva o impertinent i que en realitat es consideri que no ho fos, però sempre que aquesta fos transcendent pel resultat del procés
- ✓ El Tribunal no suspengui el judici pels processats que hagin comparegut, en cas de no haver-ho fet algun acusat, sempre que existeixi causa fonamentada i no estiguessin en rebel·lia
- ✓ En la sentència s'apreciïn errors en quant a la prova, no es resolguin tots els fets al·legats, quan es peni un delictes més greu del peticionat, etc...

Infracció de precepte constitucional (art. 852 LECrim), en qualsevol cas, quan:

- ✓ es pugui apreciar vulneració de drets fonamentals reconeguts a la CE

Vistes les condicions que estableix el legislador per l'interposició de recurs de cassació i amb els antecedents que tenim a la nostra disposició, podem dir que no detectem cap error en l'apreciació de la prova ni la possibilitat de manifestar cap defecte formal en el procediment o sentència, o vulneració de drets fonamentals, per recomanar l'interposició de recurs de cassació. Únicament ens quedaria analitzar si poguéssim argumentar infracció de llei per que hi concorregués aquell recurs.

Tenint en compte els Fonaments de Dret de la sentència que se'ns han transcrit, considero que **podríem al·legar l'infracció de l'article 849.1 LECrim** en relació a la falsificació de les factures (art. 392 CP), doncs considero que no totes van estar fetes per autoencubrir-se. Veiem-ho.

El Sr. Gaspar va emetre, primer, 9 factures falses que li van ajudar a emascarar les sortides de diners i d'instrument per a portar a terme el seu lucre; després en va emetre 5 més, per intentar "esmenar" l'operació anterior. L'Audiència considera que no es compleix el tipus de l'article 392 CP per quan *la conducta del acusado constituye un supuesto de autoencubrimiento impune.*

Efectivament, la constitueix respecte de les últimes factures presentades, però no tenim cap dubte de que les primeres no poden ser considerades fetes com d'autoencobriment impune, doncs, **l'autoencobriment impune és la realització d'un acte tendent a trobar l'impunitat d'un altre que s'ha fet amb anterioritat**, es a dir, fent les factures a nom de Ratiz busca l'impunitat de les fetes a nom de Isol, però de les fetes a nom de Isol i de Internacional TP que van instrumentalitzar la seva apropiació indeguda o estafa (ja ho analitzarem més endavant), no es pot deduir cap autoencobriment impune, sinó que **existeix una relació de mitjà a fi**.

Per tal de consolidar la nostra postura, hem estudiat què diu la jurisprudència al respecte i si es pot concloure que les 9 factures falses primeres d'en Gaspar, anaven o no *destinados a la exoneración de las responsabilidades por los hechos realmente cometidos*¹. Podem llegir al respecte les sentències:

Tribunal Suprem (Sala de lo Penal), Sentència 1252/2003 de 3 octubre RJ 2003\7456

FD7º: *“Sin embargo, en el supuesto enjuiciado entendemos que el ánimo falsario no fue únicamente el de autoexculpación .../... sino también, y principalmente, el de **aprovecharse de los resultados de una acción apropiatoria**. La existencia de esa finalidad de aprovechamiento es lo que impide, precisamente, que la acción falsaria quede impune .../..., exceptúa de la excusa absolutoria los supuestos de que el auxilio a los autores o cómplices lo sea para que se beneficien del provecho del delito.”*

Tribunal Suprem (Sala de lo Penal), Sentència de 5 de febrer de 1990

*“El autoencubrimiento es, en términos generales, impune, **salvo** que los actos practicados por el autoencubridor constituyan de por si un nuevo delito.”*

I, respecte de les factures “rectificatives” posteriors, *sensu contrario*, veiem per exemple la STS (Sala de lo Penal) Secc 1ª nº 1009/2009 de 14 d'octubre RJ 2009\7467 que assenyalava:

FD 1º: *“...la aportación a juicio de los documentos privados falsos, diluye su sustantividad típica, en la medida en que no es sino un acto propio dirigido expresamente a buscar la impunidad de otro de carácter precedente, con independencia de que la pena asociada a la falsedad material haya quedado excluida como consecuencia del transcurso del tiempo y consiguiente prescripción. Lo que se busca, al fin y al cabo, es ocultar el acto ya ejecutado, debiendo ser reputado como un acto copenado y, por tanto, impune, ...”*

Vist que podríem esgrimir l'infracció de llei per tal de sustentar el nostre recurs de cassació, també hem d'analitzar, tal i com ens demana el nostre client, si davant d'una sentència absoluta i tenint en compte el principi d'immediació, podria aquell prosperar.

En quant al **principi d'immediació** —pel qual s'exigeix que el tribunal encarregat de resoldre ho faci en virtut de les proves que han estat practicades davant d'ell—, creiem que la nostra fonamentació no vol l'alteració de fets declarats provats, sinó que,

¹ APVizcaya Secc. 1ª, Sentència 121/2007 de 26 de març

admesos aquells, sustentariem una diferent consideració jurídica relacionada amb la confecció de les primeres factures falses, es a dir, afirmant l'infracció de llei esmentada i sostenint la falsedat incardinada dins l'article 392 CP comesa pel Sr. Gaspar.

Tot lo anterior en aplicació *sensu contrario* de jurisprudència com la que determina la STC 167/2002 (Ple) de 18 de setembre RTC 2002\167: "*en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal «ad quem» revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción...*", ratificant, sens dubte, el nostre parer la STC de 20 d'octubre de 2008 nº 124/2008 RTC 2008\124 quan en el seu Fd. 2n clarament exposa: "*Así las cosas, la decisión condenatoria de la Sala no se sustenta en una alteración de los hechos declarados probados en la instancia, sino que se fundamenta exclusivamente en una distinta consideración jurídica sobre los aspectos antes referenciados a partir de unos datos objetivos que ambos órganos judiciales dan por acreditados, cuestión que por su naturaleza puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que para garantizar un juicio justo fuera necesario, como se propone en la demanda, la reproducción del debate público y la inmediación...*"

2. En el cas concret, i a la vista del raonament de la sentència de l'Audiència respecte a la relació d'heterogeneïtat delictiva entre l'estafa i l'apropiació, aquesta tesi de l'heterogeneïtat delictiva ha estat aplicada correctament o si, per contra, sembla viable un recurs que pretengués que l'acusat sigui condemnat per apropiació indeguda, tot i que només va ser acusat per estafa?

Considerem que la APBarcelona ha estat encertada en determinar que el delictes comés pel Sr. Gaspar és el d'apropiació indeguda i no d'estafa com s'havia denunciat, doncs l'ex-gerent no ha utilitzat cap mena d'engany per lucrar-se (element necessari en l'estafa, art. 248 CP), sinó que, mitjançant els poders que li van ésser conferits, s'ha apropiat de diners (art. 252 CP) en perjudici de Comercial Xop SL.

Pel que fa a la **tesi de l'heterogeneïtat** a la qual es refereix la sentència, comprovem que els delictes d'estafa i d'apropiació indeguda no poden ser considerats com a homogenis per quan l'estafa, com ja hem avançat, té com a element essencial l'engany i el bé protegit és el patrimoni, mentre que el delictes d'apropiació indeguda es fonamenta en un abús de la confiança dipositada el algú i el bé protegit és el de la propietat.

Això ens porta a deduir que, efectivament, **ha estat correctament aplicada** donat que, en virtut del **principi acusatori** ha d'existir una correlació entre l'acusació i la sentència dictada, sinó es provocaria una indefensió a l'acusat, qui no es podria haver defensat correctament dels delictes que se li estaven imputant, ja que com te dit el TC: "*nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino*

también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica”.

Podem citar, entre d'altres, la STS (Sala de lo Penal, Secc. 1ª) nº 6/2008 de 23 de gener RJ 2008\1562, en el seu FD. 2n: “.....en el presente caso es evidente que al justificar la condena «ex» art. 250.1.6 del Código Penal, subtipo no invocado por ninguna de las acusaciones, la defensa del acusado no pudo articular defensa al respecto y el Tribunal de instancia ejerció a un tiempo la función de acusar y la de decidir, conculcando de esa suerte el principio acusatorio, y con él las garantías del art. 24 de la Constitución Española antes indicadas.

Molt clarificadora la sentència TS de 20 de novembre de 2008 nº 763/2008 (RJ 2008\7273) quan assenyalà que: “**Los hechos de la estafa y de la apropiación indebida son distintos y el principio acusatorio exige que la defensa del imputado tenga cabal conocimiento de los hechos de la imputación**, de manera que no es posible que el acusado por estafa, es decir por actuar una disposición económica mediante engaño, sea condenado por unos hechos distintos, la concurrencia de abuso de confianza para la apropiación o la distracción de fondos o efectos, pues con independencia de los distintos elementos de ambas figuras delictivas, lo principal es que los hechos son distintos”.

A propòsit d'aquest principi acusatori existeix un acord del Ple de la Sala 2n del TS de 20-12-2006 que acordà que “El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”, doncs en cas de que el Tribunal pogués decidir *motu propi* de quin delictes s'ha de condemnar l'acusat, entenem que s'estarien solapant les funcions d'acusador i de jutjador amb la vulneració processal i constitucional que això comportaria.

Per tant, és correcta l'aplicació d'aquell principi i no podríem plantejar un recurs de cassació en demanda de condemna per apropiació indeguda.

CONCLUSIONS

Per tot lo anteriorment exposat i amb els documents i dades proporcionades per a l'estudi de l'assumpte facilitades pel client COMERCIAL XOP SL, baix el meu saber i parer entenc que

- es viable l'interposició de recurs de cassació per infracció de l'article 849.1 LECrim, sense incórrer en vulneració del principi de immediatesa, per quant l'ex-gerent sí hauria comés un delictes dolós de falsedat documental tipificat a l'article 392 CP, podent ser condemnat de sis mesos a tres anys de presó i multa de sis a dotze mesos.

→ apreciem el delictes d'apropiació indeguda en la conducta de l'ex-gerent, no obstant, no seria viable la sustentació d'un recurs de cassació amb pretensió de condemna en aquella acció, donada l'heterogeneïtat de delictes i en virtut del principi acusatori de tot procés, ja que en la querella inicial no se'l va acusar d'aquella culpa.

Barcelona, a 20 de novembre de 2011

Ft. Rosanna Rabascall Gamón