

DICTAMEN JURÍDIC
ampliació Exp.
0072/11

Emès a interès del Sr. Carbó
Conseller-Delegat de la
companyia
COMERCIAL XOP, S.L.

CONSULTA

El Sr. Carbó, Conseller-Delegat del nostre client COMERCIAL XOP SL, després de llegir el nostre anterior informe, insisteix en que estudiem si seria viable el recurs de cassació contra la sentència absolutòria emesa per l'Audiència Provincial de Barcelona resolent la querella criminal interposada contra l'ex-gerent d'aquella, Sr. Gaspar, però

- ✓ Centrant-nos en l'absolució del delictes de falsedat, deixant de banda el d'estafa, i a més
- ✓ Si aquell recurs s'estimés, si comportaria la condemna a la responsabilitat civil del Sr. Gaspar, per a que restituís les quantitats de les quals s'havia apropiat.

CONCLUSIONS de l'anterior informe

En el nostre anterior informe, vàrem arribar a les següents conclusions:

- ✓ No es viable, mitjançant un recurs de cassació, la revisió dels fets provats sobre la base de la valoració de les proves personals practicades en judici per a poder obtenir una condemna per estafa.
- ✓ Tampoc es podria aconseguir en cassació una condemna per apropiació indeguda donada l'heterogeneïtat dels delictes d'apropriació indeguda i el d'estafa, delictes del qual havia estat acusat el Sr. Gaspar per l'actora i el Ministeri Fiscal.

ANÀLISIS DELS EXTREMS CONSULTATS

1. Viabilitat del recurs de cassació centrant-lo en l'absolució del delictes de falsedat, deixant de banda el d'estafa

Com ja vàrem anunciar en el nostre anterior informe i, en virtut del principi acusatori, no creiem convenient dirigir els nostres esforços en aconseguir una condemna per apropiació indeguda –delictes que sí aprecia el Tribunal—donat que únicament se'l va acusar d'estafa; per tant, no podem seguir per aquesta línia i plantejar-nos un recurs de cassació que resultés exitós.

Ara bé, tal i com ens suggereix el nostre client, certament sí que tindriem possibilitats d'èxit si ens centrem en abordar la qüestió de l'absolució del delictes continuat de falsedat documental, donat que creiem que concorren circumstàncies que podríem rebatre en quant a l'autoencobriment impune que promulga el Tribunal. Veiem.

Són **fets provats** que:

- ✓ l'ex-gerent va emetre 9 factures falses (Isol SL: 5 factures per una quantitat total de 5.087,40 € i Internacional TP: 4 factures que pujaven 2.236,36 €)
- ✓ posteriorment, 5 abonaments (Isol SL: 5 abonaments per 5.087,40 €)
- ✓ altres factures (Ratiz Services SL: 5 factures per una quantitat de 5.087,40 €)

La sentència considera que no es compleix el tipus de l'article 392 CP per quan *la conducta del acusado constituye un supuesto de autoencubrimiento impune*, però, el cert és que les 9 primeres factures van ser fetes per sostindre comptablement el cobrament dels xecs (l'apropiació indeguda), amb la qual cosa no es podrà considerar mai la seva confecció com d'autoencobriment impune donat que s'evidencia una relació de mitjà a fi, i el nostre recurs de cassació hauria d'anar en aquesta línia.

[Val a dir que és doctrina consolidada l'apreciació de les factures com a document mercantil: "...junto con los expresamente calificados en el Código de Comercio o Leyes españolas como documentos mercantiles –cheques, letras de cambio, pagarés, cartas de crédito– deben estimarse también aquellos documentos como albaranes, facturas, notas de entrega, etc.." STS 22-10-2002 RJ 2002\9599 entre d'altres]

Com ja vàrem apuntar, **l'autoencobriment impune és la realització d'un acte tendent a trobar l'impunitat d'un altre que s'ha fet amb anterioritat**, cap de les primeres factures fetes anaven pas destinades *a la exoneración de las responsabilidades por los hechos realmente cometidos*¹, potser sí les últimes de juliol de 2003, però no pas les d'octubre 2002 a gener 2003 que són part d'una estratègia perfectament concebuda amb la finalitat d'obtindre un lucre il·lícitament. Quin acte havia realitzat en Gaspar amb anterioritat a l'emissió de les 9 primeres factures tendent a trobar impunitat d'un altre? Cap: és, sens dubte, l'instrumentalització del seu delictes.

Veiem que la nostra jurisprudència és clara, al respecte:

*"...el autoencubrimiento es, en términos generales, impune, salvo que los actos practicados por el autoencubridor **constituyan de por sí un nuevo delito** ..."*
(STS 5-2-90 RJ 1990\1162)

*"...se entendió incuestionable que tal conducta era plenamente **insumible** en el art. 390.1.3º CP, rechazándose el autoencubrimiento impune, en la medida en que el hecho ya suponía una lesión al bien jurídico protegido mediante la punición de las falsedades"*
(STS 25-1-00 RJ 2000\9947)

*"...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** ..."*
(STS 3-10-2003 RJ 2003\7456)

Amb tots els respectes, crec que l'APB erra al tractar com d'autoencobriment la confecció d'unes primeres 9 factures que són el mitjà a través del qual el Sr. Gaspar

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

comet el delict i no poden ser qualificades mai com d'autoencobriment d'un altre fet delictiu; no tenien una finalitat autoexculpatòria sinó que van ser la cobertura per obtenir els diners.

Per tot lo anteriorment exposat, podem aconsellar al client l'interposició d'un recurs de cassació en al·legació d'infracció de l'article 849.1 LECrim donat que en base a uns fets provats (falsificació de factures) s'ha inaplicat una norma jurídica (l'article 392 CP) a la conducta delictiva del Sr. Gaspar i, en quin recurs, en cap cas, es podria apreciar una alteració de fets provats, sino fonamentat en una consideració jurídica diferent a partir dels fets acreditats per la pròpia APB.

2. Responsabilitat Civil de l'ex-gerent

Donat que l'acusat Sr. Gaspar va ser absolt de tots els pediments, no es va pronunciar l'Audiència Provincial en quant a la seva responsabilitat civil: no havent-hi cap responsable penal, tampoc n'hi haurà cap responsabilitat civil que declarar².

Hem d'analitzar ara si, en cas de que el nostre recurs de cassació prosperés, efectivament, es condemnaria al Sr. Gaspar a la restitució de les quantitats.

Així, doncs, i entenent que **Comercial Xop SL va demanar la responsabilitat civil** de l'ex-gerent **al moment de presentar la querella**, crec que podem donar bones notícies al Sr. Carbó donat que si estudiem la legislació aplicable, es desprèn:

- ✓ article 100 LECrim pel qual *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, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible.*
- ✓ l'article 1902 CC el que *por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.*
- ✓ article 109.1 CP *la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados,* que segueix al
- ✓ article 110.1 CP quan diu que *la responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: La restitución....*
- ✓ article 116.1 CP *Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios....*

Tanmateix, aclarir, que el jutge penal és plenament competent per decidir sobre la responsabilitat civil del Sr. Gaspar; podríem dir que es tracta d'un procediment civil que s'acumula al penal donada la heterogeneïtat d'objectes ("*...derecho civil resarcitorio de la acción penal cometida, como acción distinta, aunque acumulada, al proceso penal...*" STS 370/2010 de 29 de abril RJ 2010/5563) i el TS dictarà "dues sentències" [Vid. el procediment instat per Acerinox SA contra el seu cap de personal en STS 451/2006 de 15 de març (RJ 2006\2280)].

² A excepció feta, es clar, dels casos que es determinen a l'article 118 CP.

“la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección de Algeciras, dictó la Sentencia núm. 63/2005, de fecha 25/2/2005, que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo .../..... Asimismo se condena a Víctor Manuel a que indemnice a Acerinox SA en la cantidad de 209.456,84 euros, con los intereses legales; debiendo hacerse entrega a esa sociedad de los 102000 euros consignados. Y además a que indemnice a Acerinox SA en la suma que aparece como defraudada en los nueve primeros apartados de la sentencia de instancia, y sus intereses legales. Y se condena al acusado al pago de cuatro quintas partes de las costas de la instancia (incluidas las de la Acusación Particular).”

Per tant, no ens queda dubte de que, si el nostre recurs de cassació fos estimat, el TS resoldrà en el sentit de cassar i d’anul·lar la sentència de la AP i, tanmateix, resoldrà sobre els fons de l’assumpte, per tant, condemnant al Sr. Gaspar com a autor d’un delicte de falsedat documental i establint la seva responsabilitat civil, determinant la base en que es fonamenti la quantitat dels danys i indemnitzacions, podent fixar-la en la pròpia resolució o al moment de la seva execució (art. 115 CP).

Ara bé, en el supòsit de que el nostre **client no hagués demanat la responsabilitat civil al moment de presentar la demanda**, podríem estar a allò previst a l’article 111 LECrim pel qual *ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar, o bé, optar per iniciar un nou procés per la via civil d’acord amb el que estableix l’art. 109.2 CP El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil.*

Dit lo anterior, hem d’informar finalment al nostre client de que, **en cas de que finalment la sentència de la APB fos ferma**, perquè el TS no estimés el nostre recurs o, fins i tot, perquè finalment no l’interposéssim, quedaria expedita la via civil en aquell procés; informar-li també que les resolucions de tribunals penals, no produeixen l’excepció de cosa jutjada en l’ordre civil.

Comercial XOP SL, aleshores, sí que podria iniciar una acció civil diferent per a aconseguir la restitució de les quantitats apropiades indegudament, perquè, tal i com assenyala la LECrim en el seu article 116 **l’extinció de l’acció penal no porta aparellada l’extinció de la civil** i creiem que seria del tot viable ja que l’APB va considerar com a fet provat que l’ex-gerent s’havia apropiat dels diners, qüestió que seria vinculant pel jutge civil, amb lo qual aconsellàrem al nostre client que *la persona a quien corresponda la acción civil podrá ejercitarla ante la jurisdicción y por la vía de lo civil que proceda, contra quien estuviere obligado a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido* (art. 116.2 LECrim) i sempre tenint en compte els terminis de prescripció previstos a l’article 1968.2 CC.

CONCLUSIONS

Hem de concloure, doncs, per tot lo anteriorment exposat que

- Considerem que seria molt viable l'obtenció d'una sentència favorable mitjançant l'interposició de recurs de cassació per infracció de l'article 849.1 LECrim, per inaplicació de l'article 392 CP, donat que les primeres 9 factures no es poden considerar com d'autoencobriment i que, finalment, s'acabés condemnant l'exgerent per una delictes de falsedat en document mercantil penat amb presó de 6 mesos a 3 anys i multa de 6 a 12 mesos.
- També creiem que, donada una sentència estimatòria del delictes de falsedat, el TS apreciaria la responsabilidad civil de l'acusat per a la restitució de les quantitats dineràries apropiades, els seus interessos i, si s'escau, dels danys i perjudicis; i, en cas de no estimació, es podria demanar aquella en un altre procediment diferent, vía civil.

Consideracions, es clar, que sotmeto a qualsevol d'altres millor fonamentates en dret.

Barcelona, a 10 de desembre de 2011

Ft. Rosanna Rabascall Gamón