



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

## AUDIENCIA PROVINCIAL

### SECCION PRIMERA CASTELLÓN

**Rollo de Apelación Penal Nº 694/2016**

*Diligencias Previas num. 1795/15*

*Juzgado de Instrucción núm. 1 de Castellón*

### AUTO Nº 816

Ilmos. Señores:

Presidente:

DON CARLOS DOMINGUEZ DOMINGUEZ

Magistrados:

DON PEDRO LUIS GARRIDO SANCHO

DOÑA AURORA DE DIEGO GONZALEZ

En Castellón de la Plana, a 21 de noviembre de dos mil dieciséis.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados anotados al margen, ha visto el presente Rollo de Apelación Penal nº 694/2016, incoado en virtud del recurso interpuesto contra el Auto de fecha 12 de Mayo de 2016, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Castellón en las Diligencias Previas núm. 1795/2015 seguidas por estafa y falsedad.

Han intervenido en el recurso, como APELANTE, SERVEIS HOSTALERS DE CASTELLO, S.L., representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Ana Serrano Calduch, y defendida por el Letrado Don Antonio Jesús Ramos Estall, y como APELADOS, MARCO ANTONIO ESTEVE CANO, representado por la Procuradora Sra. D<sup>a</sup> Encarnación Alfaro Martínez y defendido por el Letrado Sr. D. Vicente Enrique Tirado Rico, VICTOR ARANDES PASTOR, representado por el Procurador Sr. Ricart Andreu y defendido por el Letrado Sr. Tárrega Couchoud, y el Ministerio Fiscal, siendo Ponente la Il<sup>ta</sup>. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Aurora de Diego González que expresa el parecer del Tribunal.



GENERALITAT  
VALENCIANA



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- En el procedimiento de referencia con fecha 12 de Mayo de 2016, se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "*Se acuerda el sobreseimiento Provisional de las presentes actuaciones, con imposición de las costas de oficio*".

**SEGUNDO.**- Notificada dicha resolución a las partes, por la parte apelante referida se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que fue admitido a trámite con traslado a la parte adversa y al Ministerio Fiscal, que lo impugnaron solicitando su desestimación.

**TERCERO.**- Recibidas las actuaciones originales en la Audiencia Provincial, se turnaron a la Sección Primera, donde se incoó el correspondiente Rollo de apelación, tramitándose el recurso, y señalándose la deliberación y votación del Tribunal.

## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

SE ACEPTAN los de la resolución de instancia, dándose íntegramente por reproducidas.

### **PRIMERO.**- EL OBJETO DE LA APELACIÓN.

Persigue la mercantil Serveis Hostalers de Castellón, SL, por el cauce procesal del recurso de apelación, la revocación del auto dictado por el Magistrado Instructor que ordenó el sobreseimiento provisional de las actuaciones seguidas en virtud de querrela interpuesta la actual apelante por los delitos de estafa y falsedad contra el Real Casino Antiguo de Castellón, y su Presidente y Secretario al tiempo de ocurrir los hechos, en la que afirmaba, entre otros extremos, que en el marco del contrato que regulaba los servicios de abastecedor celebrado el 13 de enero de 2005, la entidad querellante entregó el 20 de enero de 2010, un aval bancario de Bankia por importe de 90.000 euros en garantía del pago del Canon I y Canon II, con vencimiento el 20 de enero de 2015, y, tras la declaración en concurso de la ahora apelante por auto de 23 de julio de 2014, el Presidente del Casino comunicó la existencia de un crédito por importe de 77.552,04 euros por alquiler de instalaciones y repercusión de suministros, reconociendo el administrador concursal un crédito ordinario por importe de 59.448,43 euros, que no fue impugnado. Meses después, el 15 de diciembre de 2014 la querrelada ejecutó el aval por el total importe de 90.000 euros.



GENERALITAT  
VALENCIANA



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

Tras la instrucción de la causa, la resolución apelada estimó, en esencia, que no concurría indicio alguno de falsedad y estafa, sino que la cuestión de fondo que subyace entre las partes es la discrepancia cuantitativa de la deuda que mantiene la querellante con el Real Casino Antiguo, y en particular si procede o no la inclusión del IBI a cargo de la querellante, según puso de manifiesto el administrador concursal de Castellón. Por ello, entendió que el alcance de la cuestión es de naturaleza civil.

Discrepa la mercantil querellante del criterio judicial, y a tal efecto argumenta que la deuda existente era mucho menor que el importe avalado de 90.000 euros, y que las facturas emitidas nº 2014/VAR-7 de 15 de julio de 2014 por 10.994,91 euros en concepto de IBI de 2013, y la nº 2014/VAR-8 de 15 de julio de 2014 por importe de 10.994,81 por IBI de 2014, no le podían ser repercutidas, y, además, que Casino Antiguo a su vez adeudaba algunas sumas, y Serveis Hostalers había realizado algunos pagos a cuenta que minoraban la deuda. A mayor abundamiento destaca la existencia de dudas sobre el alcance de la deuda a la vista de las diversas testificales practicadas, entendiéndose que del Libro Mayor del Ejercicio 2014, que acompañó el Sr. Marco Esteve, se deriva que el alcance de la deuda era de 62.955,58 euros.

El resto de partes se han opuesto al recurso solicitando la confirmación del auto apelado.

## **SEGUNDO.- EL DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL.**

El sustrato base de la acción penal aquí ejercitada era la emisión de las facturas correspondientes al IBI de los años 2013 y 2014 emitidas el 15 de julio de 2014, estimando la mercantil recurrente que concurre la falsedad del art. 390.1.2º CP consistente en “*simular un documento en todo o en parte de modo que induzca a error sobre su autenticidad*”, pues sin haber satisfecho el Casino el importe del IBI, según resulta de los libros de contabilidad del Casino, emite las dos facturas deliberadamente al objeto de incrementar el importe de la deuda de la querellante, y presentarlas en la ejecución del aval bancario. Por ello estima que concurren los delitos de falsedad y estafa, pues, a su juicio, los querellados actuaron con engaño y ocultación de la deuda real en la ejecución del aval obteniendo un desplazamiento patrimonial ilícito en su favor.

Veamos el desarrollo jurisprudencial del delito de falsedad en documento mercantil cometido por particular a fin de dar respuesta a las peticiones del recurso. La STS de 29 de abril de 2011 nos dice “nuestra



GENERALITAT  
VALENCIANA



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

jurisprudencia más reciente (SSTS 331/2013 y 211/2014) y los abundantes precedentes incorporadas a las mismas, que efectivamente el Código Penal vigente excluyó de las falsedades punibles las cometidas por particulares en documentos públicos, oficiales o mercantiles, cuando se ejecutaban faltando a la verdad en la narración de los hechos, pero ello no quiere decir que aún en estos casos si la conducta es subsumible en las previsiones del artículo 390.1.1º, 2º y 3º CP no pueda ser típica. Esta cuestión se suscitó en relación con los documentos creados íntegramente "ex novo", suscritos por quienes figuran en ellos, y, por lo tanto, auténticos en este aspecto subjetivo, pero incorporando a los mismos, generalmente en su totalidad, una información que no respondía en modo alguno a ninguna operación negocial.

A este respecto recuerdan las SS mencionadas la celebración del Pleno no Jurisdiccional de 26/02/99, que rechazó la propuesta según la cual se debía considerar que estos supuestos estaban despenalizados al quedar incluidos en el número 4º del artículo 390.1, es decir, "faltando a la verdad en la narración de los hechos", en relación con el artículo 392.1 referido a los particulares. Las sentencias mencionadas recogen pues la doctrina vigente de la Sala según la cual "en términos generales, un documento es verdadero cuando su contenido concuerda con la realidad que materialice. Y es genuino cuando procede íntegramente de la persona que figura como su autor. Pero no debe confundirse el documento "genuino" con el documento "auténtico", pues el término autenticidad tiene en nuestro lenguaje un significado más amplio y profundo que el mero dato de la procedencia o autoría material. Un documento simulado no es considerado en el lenguaje ordinario ni en el ámbito jurídico como "auténtico" por el mero hecho que la persona que aparece suscribiéndolo coincida con su autor material".

Por ello, crear "ex novo" un documento, relativo a un negocio, operación o incluso situación absolutamente inexistente cuya realidad se simula o aparenta, porque no existe en modo alguno, conteniendo datos inveraces o inexactos, constituye una conducta subsumible en el art. 390.1.2º CP (simular un documento en todo o en parte de modo que induzca a error sobre su autenticidad). Si el documento se ha confeccionado para reflejar una realidad existente, la introducción de datos falsos o inexactos constituiría un supuesto de faltar a la verdad en la narración de los hechos, impune cuando el autor es particular

En esa línea tanto la sentencia de 26 de marzo de 2014 como la 163/2010 condenan porque los técnicos en cuestión expidieron certificaciones finales de obra de edificios inexistentes -en la de 2010 los técnicos llegaron, incluso, a establecer su antigüedad- lo que posibilitó el acceso al registro de edificios que no existían.



GENERALITAT  
VALENCIANA



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

Analicemos las controvertidas facturas al objeto de discernir sobre su posible ilicitud penal. Únicamente mencionan el concepto: Impuesto bienes inmuebles urbano año 2013 y 2014 y la cuantía devengada, sin que se incorpore ninguna mención mendaz o falsa. No se dice que el Casino Antiguo hubiese satisfecho su importe con anterioridad. Tampoco el recurso lo menciona, sino que el problema es que se estima que no procedía facturar a la mercantil querellante tal suma. El debate es claramente civil tal y como con total acierto resolvió el Instructor. No nos encontramos ante facturas simuladas para incrementar el alcance de la deuda garantizada con aval, supuesto que si daría lugar a responsabilidad penal. En el caso analizado el IBI a partir de unas fechas concretas se exigió al Casino, pues anteriormente se consideraba exento atendida la antigüedad, y singularidad del edificio. La deuda tributaria es real y efectiva, no simulada, y la controversia se centra en quien ha de asumirla. Así lo corrobora el propio administrador concursal al prestar declaración, y se desprende de la actividad instructora desplegada.

### TERCERO.- EL DELITO DE ESTAFA.

La anterior afirmación ya conduce a la imposibilidad de apreciar la estafa pues no hay el engaño que la caracteriza. Ello no obstante hemos de añadir unas consideraciones para el esclarecimiento de los hechos:

1. La relación jurídica que media entre ambas partes tiene un desarrollo en el tiempo de modo que el alcance de la deuda varía según el momento temporal en el que se produce. Este dato debe tenerse en cuenta cuando la querrela se refiere a que en el concurso se comunica una deuda de 77.552,04 euros, reconociéndose un crédito ordinario de 59.448,43 euros, y meses después en la ejecución del aval se eleva por encima de 90.000 euros. La determinación del alcance líquido adeudado es el resultado de la propia naturaleza de las relaciones jurídicas mantenidas por las partes, y es variable según el momento temporal en que se evalúe, sin que de ello derive ilicitud penal.

2. En cuanto a IBI, y sin perjuicio de que la administración tributaria se dirigirá contra el titular del inmueble en caso de impago, ha de estarse a los pactos suscritos entre ambas partes. Concretamente el Pliego de condiciones mínimas para el contrato a suscribir con el abastecedor del Casino Antiguo con efectos a partir de 1 de febrero de 1999 (folio 17) establecía en su apartado 9.1 "Las licencias o permisos administrativos, así como las obligaciones fiscales, tasas y tributos por la actividad a desarrollar serán de cuenta del Abastecedor". Lo cierto, es que al tiempo de la contratación el Casino estaba exento de IBI, por lo que al margen de la cláusula descrita no había previsión específica, y tras la reclamación por la administración es cuando se suscita la contienda.



GENERALITAT  
VALENCIANA



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

3. No puede dejar de valorarse que meses antes del inicio de este proceso penal, el Casino Antiguo ya había tratado el tema de iniciar *acciones legales contra la mercantil querellante* ante el impago de sus compromisos económicos, según se desprende de la lectura de las correspondientes actas a partir de la de 20 de enero de 2015, y las posteriores. Este contexto pudiera estar relacionado con la posterior presentación de esta querrela.

4. En cuanto al *aval* suscrito el 20 de enero de 2010, garantizaba el pago de los cánones y demás obligaciones. La mención es genérica, sin que nada establezca a favor o en contra respecto del impuesto de bienes inmuebles. Por otra parte, hay que destacar que se trata de un aval "*a primer requerimiento*". Sobre esta modalidad de garantía nos dice SAP de Madrid, Sec. 10ª, de 22 de octubre de 2013 Las garantías «a primer requerimiento» o «a primera demanda» -o «primera solicitud» se hallan admitidas por la doctrina jurisprudencial (v. gr., SSTS, Sala Primera, de 11 de julio de 1983, 14 de noviembre de 1989, 2 de octubre de 1990, 27 de octubre de 1992, 3 de mayo y 10 noviembre de 1999, 17 de febrero, 30 de marzo y 5 de julio de 2000 -estas dos últimas citadas por la sentencia recurrida-, entre otras), que reconoce su función garantizadora y su operatividad independiente del contrato que garantiza, de tal modo que aquella surte efectos mediante el primer requerimiento practicado en forma legal, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido ( SSTS, Sala Primera, de 27 de octubre de 1992, 10 de noviembre de 1999, de 17 de febrero y de 5 de julio de 2000, entre otras), y sin que el garante pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que se derivan de la garantía misma. (...) La STS de 5 de julio de 2000 (ROJ: STS 5527/2000; Rec. 2713/1995), recuerda que la garantía a primer requerimiento «... es una garantía personal atípica, producto de la autonomía de la voluntad proclamada por el artículo 1255 del Código civil, que es distinta del contrato de fianza y del contrato de seguro de caución, no es accesoria y el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma. El efecto, por tanto, se produce por la reclamación de tal beneficiario, lo que supone que el obligado garantizado no ha cumplido; tan solo si el garante prueba que sí ha cumplido (inversión, por tanto, de la carga de la prueba) puede evitar el pago. El efecto último es, pues, que el beneficiario tiene un claro derecho a exigir el pago, siendo la obligación del garante independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial, sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía. Cuyo concepto es mantenido por la sentencia de 17 de febrero de 2000...».

Por tanto, la propia naturaleza de la garantía concertada permitía que el alcance económico de la deuda garantizada se determine unilateralmente



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

por el acreedor, sin perjuicio lógicamente de las facultades de la deudora, ahora apelante, de ejercitar las reclamaciones que considere.

Es evidente que nos encontramos fuera del campo de la jurisdicción penal, lo que así hemos de declarar con desestimación del recurso.

**CUARTO.**-Y en analogía con lo dispuesto en el artículo 901 de la L.E.Crim. procede imponer a la recurrente las costas de esta alzada.

VISTOS los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

### **PARTE DISPOSITIVA**

Que, **DESESTIMANDO** el recurso de apelación promovido por la representación procesal de SERVEIS HOSTALERS DE CASTELLON, S.L., contra el auto del dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Castellón, en las Diligencias Previas num. 1795/15, CONFIRMAMOS íntegramente la resolución recurrida, con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, y notificada esta resolución a las partes, comuníquese al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, para su conocimiento, observancia y cumplimiento.

Así, por este nuestro Auto, del que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



GENERALITAT  
VALENCIANA