

Núm. de Rotlle: TSJP 000018/2020

Núm. de Causa: 6000231/2018

SENTÈNCIA 16-2020

PARTS:

Apel·lants: C.A.S.S.

Advocat. Sr. Salvador CAPDEVILA PALLARES

MINISTERI FISCAL

Apel·lat: Sr. A.J.D.M.M.

Advocat: Sr. David MONCLUS LACRUZ

COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL:

President: Sr. Yves PICOD

Magistrades: Sra. Marie CONTE

Sra. Fàtima RAMIREZ SOUTO

Andorra la Vella, vint de juliol de dos mil vint.

En el recurs d'apel·lació interposat contra la sentència dictada per Tribunal de Corts, en data 14 de gener de 2020, en la causa de referència, seguida pel delictes major d'apropiació indeguda, els components de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia expressats al marge s'han constituït per a la vista i decisió, és ponent la **Sra. Fàtima RAMIREZ SOUTO**.

ANTECEDENTS DE FET

I.- RESULTANT: que el Tribunal de Corts va dictar sentència en data 14 de gener de 2020 amb la següent part dispositiva:

“DECIDEIX :

Absoldre A.J.D.M.M. del delictes major d'apropiació indeguda del que venia acusat,

Declarar d'ofici les despeses processals causades”.

II.- RESULTANT: que la sentència es recolza en els següents fets provats:

“que A.J.D.M.M. fou soci únic de la XXX, societat al seu torn propietària de XXX. A partir del mes de setembre del 2011, l'empresa patí problemes econòmics, no poden fer front a les cotitzacions dels treballadors, tot i que en els fulls de nòmina feia constar la preceptiva retenció del 5'5% per cotització (part assalariada).

En concret, no es fa front al pagament corresponent als mesos de setembre a desembre del 2011, tot l'any 2012 i 2013; l'any 2014 efectuà el pagament únicament pel que fa als mesos de setembre i octubre, i adeuta, també, tot l'any 2015 i el primer semestre del 2016.

Aquesta situació es manté fins que al 2016 es decreta l'arranjament judicial de l'empresa, entrant en situació d'administració judicial.

L'any 2017, a la vista de l'elevat volum de crèdits, sobre uns 270.000 €, es decreta la fallida de la societat, i s'estén la fallida personal al processat. Malgrat la subhasta de béns de la societat, aquesta no pogué cobrir el deute existent, en no disposar ni la societat, ni D.M. a títol particular, de cap bé de valor.

A la data de la vista, les cotitzacions corresponents a la part retinguda i no ingressada, incrementades amb els recàrrecs i sancions suma l'import de 35.048'62 €”.

II.- RESULTANT: que la representació lletrada de la C.A.S.S. formula recurs d'apel·lació contra l'esmentada sentència, sol·licitant la revocació de la mateixa i la condemna d'A.J.D.M.M. en concepte d'autor del delictes major d'apropiació indeguda, a la pena de de 18 mesos de presó condicional i al pagament de les despeses processals incloent els honoraris d'advocat.

Considera bàsicament la representació lletrada de la C.A.S.S., que a la sentència objecte de recurs consten diversos errors d'omissió en el resultant dels

fets provats, que la raó i fonament de la querella no es troba en l'actuació del querellat com a soci de la societat, sinó en llur qualitat d'Administrador. Que s'ha d'afegir al resultat de fets provats de la sentència impugnada que el querellat era i actuava com administrador únic, havent-se estès fins i tot la fallida a títol personal.

III.- RESULTANT: que també formula recurs d'apel·lació el Ministeri Fiscal, interessant que es revoqui la sentència objecte de recurs, i es condemni a A.J.M.M. com autor responsable d'un delictes major d'apropiació indeguda per una quantia superior als 6.000 euros, a la pena de 18 MESOS DE PRESÓ CONDICIONAL, amb un termini de suspensió de 4 anys i al pagament de les despeses processals causades.

El Ministeri fiscal considera que l'ànim de lucre queda demostrat mercès la prova practicada a la vista oral. Que l'element subjectiu queda demostrat, donat que D.M. no lliura les quantitats retingudes, sinó que se les apropia, fent-les reintegrar i confondre amb el seu patrimoni propi. Que tampoc es pot deixar de banda que D.M. no va presentar la comptabilitat ni cap document comptable a l'administrador judicial de la fallida, no podent-se d'aquesta forma demostrar quina era efectivament la realitat de l'empresa.

Que per escrit de data 28 de febrer de 2020 el Ministeri Fiscal, no s'oposa al recurs interposat per l'acusació particular i s'adhereix a les al·legacions formulades al respecte, remetent-se al seu pròpia escrit de recurs d'apel·lació de data 4 de febrer de 2020.

IV.- RESULTANT: que la defensa d'A.J.M.M. s'oposa als recursos d'apel·lació formulats pel Ministeri Fiscal i per l'acusació particular, demanant la confirmació de l'absolució del seu defensat, sol·licitant la imposició en costes d'aquesta segona instància a l'acusació particular.

Considera la defensa que no s'ha d'incloure en el resultat de relat de fets que D.M. era l'administrador únic de la societat, que l'administrador judicial va demanar i la batllia va acordar l'extensió de la fallida de forma personal per no aportat la comptabilitat, per quant aquests extrems no queden recollits a l'aute de processament.

Argumenta la defensa que D.M. no va pagar les cotitzacions a la CASS perquè tingues la intenció de quedar-se els diners per lucrar-se, sinó perquè no disposava de diners per fer-ho, que va prioritzat el pagament als treballadors dels seus salaris al pagament de les cotitzacions. Que el propi administrador judicial de la

fallida ja va manifestar a la vista oral que segons la seva experiència i la documentació obtinguda de la fallida D.M. no s'hauria apropiat dels diners retinguts dels salaris dels treballadors, i per tant sol·licita la desestimació dels recursos d'apel·lació formulats pel Ministeri Fiscal i per l'acusació particular i confirmar l'absolució del seu defensat.

V.- RESULTANT: que s'accepten els fets provats en la sentència amb la següent modificació:

-El segon incís del paràgraf primer s'elimina i es substitueix per "A partir del mes de setembre de 2011, l'empresa patí problemes econòmics i, tot i que en els fulls de nòmina feia constar la preceptiva retenció del 5,5% de la cotització, no va ingressar en la CASS les aportacions dels treballadors a les cotitzacions, el que li va permetre, encara que amb dificultats, continuar l'activitat empresarial fins l'any 2017, en apropiant-se els diners corresponents a les aportacions i destinar-los a finançar el funcionament de l'empresa."

FONAMENTS DE DRET

I.- CONSIDERANT: que el Ministeri Fiscal i la C.A.S.S. recorren la sentència què absol a A.J.D.M.M. del delictes d'apropiació indeguda del què va ser acusat per les dos parts recurrents. Els dos recursos seran analitzats conjuntament per evitar repeticions innecessàries ja que en tots dos s'al·lega una errònia valoració de les proves sobre la concurrència en l'acusat de l'element subjectiu del delictes, consistent en l'ànim de lucre.

La representació de la CASS denuncia també l'omissió en el relat fàctic de la sentència d'una sèrie de fets -la condició d'administrador de la societat de l'acusat, l'extensió de la fallida a l'acusat a títol personal per no portar la comptabilitat i l'experiència de l'acusat com empresari- però es tracta de fets que no són rellevants per la condemna pretesa. Així, l'absolució de l'acusat es fonamenta en la inexistència en la seva actuació de la intenció d'obtenir un benefici o profit propi amb els diners deixats d'ingressar en la CASS en concepte de cotització salarial dels seus treballadors. L'obligació per part del processat d'ingressar les aportacions dels treballadors a les cotitzacions no ha estat discutida i no deriva de la condició de ser administrador de l'empresa sinó de ser empresari -article 97 de la Llei 17/08 de 3 d'octubre de la Seguretat Social-, i aquesta condició queda reflectida en els fets provats en constar que és el soci únic i, per tant, propietari de la societat SLU XXX, la qual és a la vegada propietària de XXX.

II.-CONSIDERANT: que l'article 213 del Codi Penal sanciona a "*qui, amb ànim de lucre i en perjudici d'altri, s'apropiï o distregui diners, efectes, valors o qualsevol altra cosa moble de valor superior a 600 euros, que hagi rebut en dipòsit o per un altre títol que produeixi l'obligació de lliurar-los o retornar-los*".

L'acció típica del delictes d'apropiació indeguda és la conversió de la possessió legítima en un domini antijurídic, al disposar l'autor com a propis de béns que li han estat confiats a títol de dipòsit o qualsevol altra que obligui a la seva devolució o lliurament, ja sigui quedant-se aquests béns ja sigui desviant-los de la finalitat per a la qual li va ser encomanada la seva gestió.

El delictes exigeix, com a element subjectiu, un dol específic consistent en l'ànim de lucre, que es tradueix, a més de la concurrència de la consciència i voluntat de l'agent de disposar de la cosa com a pròpia o de donar-li un destí diferent del pactat, en la intenció d'obtenir qualsevol avantatge, utilitat o benefici ja sigui propi o de tercers.

En el cas de la cotització salarial a la qual està obligatòriament subjecta una persona assalariada, l'empresari ha de retenir del salari la part corresponent -6,5%- i té l'obligació de ingressar-la en la CASS, de forma que aquell esdevé en un recaptador que manté en dipòsit els diners pel seu posterior lliurament, creant-se la ficció de que l'assalariat els hi entrega prèviament, quan en realitat no és així ja que el treballador mai els té materialment en el seu poder. Per això, si l'empresari deixa d'ingressar en la CASS l'import retingut del salari dels seus treballadors i disposa dels diners en benefici propi o de tercers, comet el delictes d'apropiació indeguda.

En el supòsit enjudiciat, és un fet no controvertit que el processat no va ingressar a la CASS la part corresponent a la cotització salarial dels seus empleats corresponent als mesos de setembre a desembre del 2011, els anys 2012 i 2013 en la seva totalitat, l'any 2014 a excepció dels mesos de setembre i octubre, tot l'any 2015 i el primer semestre del 2016. Durant un període de quatre anys i deu mesos, només en dos mesos es van ingressar a la CASS las cotitzacions salarials.

La sentència, malgrat l'incompliment de l'obligació per part del processat d'ingressar en la CASS els imports de les cotitzacions salarials dels seus empleats en els períodes esmentats, no entén constituït el delictes d'apropiació indeguda per l'absència de l'ànim de lucre propi del delictes, ja que es considera que les dificultats econòmiques de l'empresa van impedir que pogués disposar dels diners suficients per ingressar-los en la CASS i no va existir un "*afany de lucre en la seva actuació*".

Consideren les parts recurrents que s'ha produït un error en la sentència en

excloure l'existència de l'ànim de lucre en l'actuació del processat, error que efectivament estimem que s'ha produït.

Així, com hem dit abans, quan es descompta de la nòmina dels treballadors la part que ha de retenir-se pel pagament de l'aportació del treballador a la cotització a la CASS, l'empresari adquireix la quantitat corresponent en concepte de dipòsit amb l'obligació de donar-li el destí per al qual es va retenir i, si no s'obra així i l'empresari es queda, per ell o per la seva empresa, els diners rebuts, es realitza l'acte d'apropiació o distracció que constitueix el nucli del delictes d'apropiació indeguda.

Ara bé, en aquells casos en què l'empresa no fa els corresponents pagaments a la CASS per absoluta falta de liquiditat i manca de capacitat econòmica, com a conseqüència d'una situació de crisi empresarial, no es constitueix el delictes, perquè quan no hi ha diners és obvi que aquest no pot distreure's o apropiar-se indegudament i les retencions són llavors fictícies.

Però aquesta manca de capacitat econòmica només pot excloure el delictes quan es tracta d'impagaments puntuals o transitoris, però no quan aquests impagaments es produeixen, com en el cas enjudiciat, durant un llarg període de temps de forma sistemàtica, constituint la forma normal d'operar de l'empresa, perquè això descarta la manca de recursos i de l'ànim de lucre, ja que és evident que si l'empresa continuà funcionant durant tot aquest temps es perquè, en major o menor grau, es generaven ingressos que permetien pagar els salaris dels treballadors, els quals mai es van deixar de satisfer, a més d'altres despeses ordinàries llevat les cotitzacions de la CASS i a costa de les mateixes.

El que resulta del relat fàctic, completat amb les dades de la mateixa naturalesa contingudes en la fonamentació jurídica, no és que el processat no disposés d'aquests diners sinó que, davant les dificultats econòmiques per les quals passava l'empresa, va prioritzar altres pagaments, destinant els diners al pagament exclusiu del salari net -una vegada deduïda la part de la cotització a la CASS- dels seus treballadors i a l'atenció d'altres despeses ordinàries pel funcionament de la seva activitat empresarial. Només així pot entendre's que l'empresa continués funcionant quasi cinc anys malgrat les seves dificultats econòmiques, doncs si s'hagués deixat de pagar les despeses ordinàries -sous nets inclosos- és evident que hauria cessat la seva activitat. Aquesta activitat, malgrat les reconegudes dificultats econòmiques i la progressiva disminució de treballadors, va continuar fins al març del 2017 quan el processat, tal com consta en l'aute declarant la fallida, va manifestar la seva voluntat de cessar l'activitat.

És per això que la conclusió, exposada en el primer resultant, relativa a que la empresa no va poder fer front a les cotitzacions dels treballadors resulta contradita pel fet també declarat provat de que l'impagament es va perllongar des del mes de setembre del 2011 al mes de juny del 2016, període en el què només va pagar les

cotitzacions dels mesos de setembre i octubre del 2014 i s'ha de modificar aquest extrem. No pot obviar-se tampoc que la manca d'una compatibilitat íntegra i ajustada a la realitat de l'empresa, fet que va determinar l'extensió de la fallida al processat a títol personal, ha impedit conèixer la veritable situació econòmica de l'empresa per a poder afirmar una absoluta falta de recursos econòmics per pagar les cotitzacions, amb independència de que aquesta causa impeditiva del pagament apareix contradita per la continuïtat de l'activitat empresarial.

És cert que no consta acreditat que el processat s'hagués enriquit, obtenint un augment del seu patrimoni amb les cotitzacions no ingressades, més enllà de poder obtenir els ingressos necessaris per a la seva subsistència, però això no exclou l'ànim de lucre, en tant que és evident que el que pretenia deixant de pagar les cotitzacions a càrrec dels treballadors era continuar l'activitat empresarial i això, tal com sosté el Ministeri Fiscal en el seu recurs, suposa un benefici o utilitat per ell mateix que constitueix l'ànim de lucre propi del delictu.

Finalment el perjudici exigít per la constitució del delictu també concorre ja que al no ingressar les cotitzacions dels treballadors, aquests van deixar d'adquirir punts de vellesa amb la conseqüent minva dels seus drets, tractant-se d'un perjudici innat o indissolublement associat a la conducta realitzada i que, per tant, necessàriament el processat va haver de representar-se i acceptar al deixar d'ingressar les cotitzacions.

III.- CONSIDERANT: que és cert que la valoració de les proves correspon a l'òrgan judicial que les percep amb immediació, però la facultat revisora del tribunal d'apel·lació permet modificar la valoració feta pel tribunal a quo, quan les conclusions que el Tribunal de Corts ha obtingut no resulten congruents amb els resultats probatoris i ni s'ajusten als criteris generals de raonament lògic, en concordança amb les regles d'experiència comunament admeses.

En aquest cas, com ja s'ha exposat, la conclusió a la què arriba el Tribunal de Corts sobre la inexistència de l'ànim de lucre la considerem errònia perquè no és la conclusió lògica i raonable que es desprèn de l'actuació duta a terme pel processat. Per això ha de ser modificada i s'ha de condemnar al processat com autor d'un delictu major d'apropiació indeguda, tipificat a l'article 213 del Codi Penal en relació amb la lletra a) de l'apartat 1 de l'article 209 del mateix text legal -perjudici superior al 6.000 euros-, a la pena de catorze mesos de presó condicional amb un termini de suspensió de dos anys, en atenció a la duració en el temps de la conducta il·lícita però també en l'absència d'acreditació de que el processat hagués obtingut un enriquiment personal amb la seva actuació.

També procedeix la condemna del processat al pagament de les costes de la primera instància, incloses las de l'acusació particular exercida per la CASS.

La condemna del processat en aquesta segona instància considerem que no vulnera el dret del processat al procés degut, ja que la diferent valoració sobre la concurrència dels requisits del delicte realitzada per la sala d'apel·lació no es sustenta en proves de caràcter subjectiu respecte a les quals la immediació constitueix un element fonamental.

IV.- CONSIDERANT: que la estimació del recursos determina la declaració d'ofici de les costes causades

Vistes la Constitució, El Codi Penal, el Codi de Procediment Penal, la jurisprudència d'aplicació, i altres fonts del Dret del Principat d'Andorra,

DECIDIM:

1.- ESTIMAR els recursos interposats pel Ministeri Fiscal i per la representació lletrada de la C.A.S.S.

2.- REVOCAR la sentència dictada pel Tribunal de Corts en data 14 de gener del 2020 en la causa 6000231/2018 i, en conseqüència, CONDEMNEM a A.J.D.M.M. com autor d'un delicte major d'apropiació indeguda en quantia superior a 6.000 euros, sense la concurrència de circumstàncies modificatives de la responsabilitat criminal, a la pena de catorze (14) mesos de presó condicional amb un termini de suspensió de dos anys i al pagament de les costes processals de la primera instància, incloses les de l'acusació particular i els honoraris d'advocat.

3.- DECLARAR d'ofici les despeses processals causades pel recurs.

Aquesta sentència és ferma i executiva.

Així, per aquesta nostra sentència, definitivament jutjant, ho manem i signem.