

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 26 de juny del 2019.

Reunida la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del Sr. Vincent ANIÈRE, i els magistrats Sr. Carles CRUZ MORATONES i Sr. Jaume TOR PORTA, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- En el procediment laboral número 2000185/2017, el Tribunal Unipersonal del Batlle va dictar Sentència del 03-09-2018 decidint :

“Primer.- Desestimar en tots els seus extrems la demanda presentada per la representació processal del Sr. J. A. F. N. i absoldre a la societat XXX SA de les pretensions que contra ella es formulaven.

Segon.- Fer imposició de les costes ocasionades arran de la tramitació del present judici a la part agent, incloses els honoraris d'advocat i procurador, a acreditar en període d'execució de sentència.”.

II.- Contra aquesta resolució la representació processal del Sr. J. A. F. N. ha presentat una petició de retroacció de les actuacions fins al moment de presentació de les preguntes als testimonis, tot i interposant de manera subsidiària un recurs d'apel·lació.

Per Aute del 08-10-2018, la Batlle va decidir no admetre la retroacció tot i deduint testimoni dels autes per a que la Presidenta de la Batllia designi per torn a un Batlle instructor per la possible comissió d'un presumpte delictes major de testimoniatge fals. Ensems va acceptar l'apel·lació.

III.- La representació processal del Sr. J. A. F. N. demana la revocació total de la Sentència d'instància i l'estimació de les seves pretensions

inicials, amb imposició a la part empresarial de les costes d'ambdues instàncies.

La representació processal de la societat XXX SA demana la desestimació del recurs i la confirmació íntegra de la resolució recorreguda així com la condemna de l'apel·lant a pagar les costes de segona instància.

IV.- Per Aute del 20-05-2019, aquesta Sala va decidir no donar lloc a la petició adduïda de suspensió de la present causa en segona instància fins que es resolgui el recurs presentat contra l'Aute de data 08-10-2018, i això per raó que dita petició de suspensió havia quedat sense objecte ja que, per Aute del 09-04-2019, vam decidir no admetre a tràmit el recurs d'apel·lació interposat pel Sr. J. A. F. N. contra l'Aute referit de data 08-10-2018.

V.- Per Aute del 20-05-2019, aquesta Sala va decidir no donar lloc a la pretensió probatòria sol·licitada del Sr. J. A. F. N. mitjançant el seu escrit de conclusions presentat en tràmit d'apel·lació.

Ha actuat com a magistrat ponent el Sr. Vincent ANIÈRE.

FONAMENTS DE DRET

I.- Ha quedat acreditat que el 14-08-2013 el Sr. J. A. F. N. i la societat XXX, SAU, representada pel Sr. O. O. B., van formalitzar un contracte de "compravenda i de col·laboració empresarial" als termes del qual es van associar per explotar conjuntament el comerç d'electrònic "XXX", fins ara propietat i titularitat del Sr. F.

El Sr. J. A. F. N. va vendre a la societat XXX, SAU, la totalitat dels actius del negoci pel preu de 100.000.-euros que el venedor es va comprometre a destinar al pagament dels deutes del negoci, i la societat es va comprometre a prestar-li l'import necessari pel pagament complert dels deutes i per la subscripció de les accions de la nova societat a constituir, amb penyora sobre les accions del Sr. F.

Així mateix, les mateixes parts es van comprometre a constituir una societat XXX 2013, amb un capital de 60.000.-euros a raó del 75% de les accions a XXX, SAU, i del 25% del Sr. F., tot i preveient la possible entrada en el capital del Sr. P. G. al nivell màxim del 15% i sobre els 75% de XXX, SAU.

Finalment, les parts van acordar que la societat XXX, SA atorgaria amb el Sr. F. un contracte de treball com a responsable de botiga pel salari anyal de 24.000.-euros.

El 03-10-2013, es va registrar la societat XXX, SA, essent els seus socis fundadors el Sr. F. (25%), el Sr. G. (15%) i XXX, SA (60%), i el seu administrador únic el Sr. O. O. B..

És així que el Sr. F. va treballar en qualitat d'assalariat exercint les funcions de venedor i d'encarregat, i això fins al mes de gener del 2017 on va ser substituït pel Sr. G..

Per carta del 22-02-2017, la societat demandada va procedir al comiat disciplinari del Sr. F., indicant :

"Per la present li comunico que l'empresa ha decidit acomiadar-lo i extingir la relació laboral que hi manté, d'acord amb allò que disposa l'article 93 del Codi de Relacions Laborals de 18 de desembre del 2009, amb efectes el 23 de febrer del 2017.(...).

Els motius o causes d'acomiadament que se li imputen són els següents:

1. Aquesta setmana que vostè ha estat de vacances, tal i com ens va comunicar en la seva carta de 3 de febrer passat, s'ha personat un client al qual vostè li havia venut un mòbil IPHONE 6PLUS el 8 d'abril del 2016 demanant que se li reparés. Quan se li ha sol·licitat la factura acreditativa d'haver-lo comprat en el nostre negoci, ha presentat una factura proforma i el ticket de la TPV acreditant el seu pagament. Un cop verificat els nostres arxius i l'inventari de la botiga hem pogut comprovar com vostè mai va registrar haver venut aquest aparell mòbil, sinó que ha vinculat el TPV del pagament a l'adquisició d'un objectiu de càmera de fotografier SONY AC OPTI SEL amb el ticket de venda núm. 1027632 i després ha simulat una devolució de l'import en efectiu de 600 €.

És a dir, ha simulat una venda i retorn d'una mercaderia que no s'ha mogut de la botiga. I per altra banda ha venut un mòbil sense que consti registrat i sense que s'hagi realitzat un retorn de la mercaderia.

Verificades les operacions de venda realitzades per vostè durant el 2016, superiors a 200 € i satisfetes mitjançant targeta de crèdit i devolucions dels diners en efectiu, la societat que represento ha trobat un total de 7 operacions de venda en les que consta que s'ha retornat en efectiu dinerari l'import de la venda sense que s'hagi realitzat un retorn de l'objecte comprat. I 2 operacions més de retorn en efectiu de ventes cobrades en targeta d'import inferior a 200 € des del setembre del 2016.

A banda de l'anterior, s'ha trobat un cas el 30 de setembre del 2016, en què la venda s'hauria cobrat en efectiu, amb un primer acompte de 1.300 € i un darrer acompte de 500 € en concepte de pagament total el 26 de desembre del 2016. I posteriorment consta registrada una devolució de 1.800 € en efectiu, sense que el client retornés la televisió adquirida.

Tenint en compte que el Codi de Relacions laborals preveu un termini de prescripció de les infraccions molt greus de 6 mesos a comptar del moment en que

s'han comès (article 107 del Codi), només es possible sancionar-lo per les 5 darreres simulacions de retorn de vendes realitzades. Concretament les següents:

- Tiquet 1031383 de devolució de 6 de setembre del 2016. Consta realitzada una devolució en efectiu d'una venda d'un mòbil IPHONE 6Plus 16 Gb satisfeta mitjançant targeta de crèdit per un import de 799 €. Mòbil que no ha estat efectivament retornat.

- Tiquet 1031436 de devolució de 9 de setembre del 2016. Consta realitzada una devolució en efectiu d'una venda realitzada el 2 de febrer del 2016 d'un PC STICK ASUS QMI satisfeta mitjançant targeta de crèdit per un import de 99,95 €. Mòbil que no ha estat efectivament retornat.

- Tiquet 1032120 de devolució de 6 d'octubre del 2016. Consta realitzada una devolució en efectiu d'una venda realitzada el 20 de setembre del 2016 d'un altaveu JBL FLIP 3 TEAL satisfet mitjançant targeta de crèdit per un import de 99,95 €. Altaveu que no ha estat efectivament retornat.

- Tiquet 1033337 de devolució de 28 de novembre del 2016. Consta realitzada una devolució en efectiu d'una venda d'un mòbil IPHONE 6S 64 Gb satisfeta mitjançant targeta de crèdit per un import de 679 €. Mòbil que no ha estat efectivament retornat.

- Tiquet 1034344 de devolució de 26 de desembre del 2016. Consta realitzada una devolució en efectiu per un import de 1.799 € d'una venda d'una televisió, venuda el 30 de setembre amb un primer pagament en acompte d'un import de 1.300 € en efectiu i un segon i darrer pagament de 500 € en efectiu.

Per tant, vostè en tant que venedor ha simulat uns retorns de mercaderia que mai han estat retornades i ha retirat de la caixa l'import en efectiu d'aquestes simulacions de retorn.

Els fets exposats objecte de descobriment durant l'any 2016, suposen un dany econòmic d'un import de 5.335 €, malgrat només poden ser objecte de sanció els

que sumen l'import de 3.277 € i que han estat més detingudament descrits.

Els anteriors fets són constitutius de les següents faltes molt greus:

Actuar amb frau, deslleialtat o abús de confiança en les gestions encomanades (article 104.2 del Codi).

D'acord amb l'anteriorment exposat i la gravetat dels fets exposats, la societat que represento ha decidit imposar-li la sanció d'acomiadament disciplinari prevista a l'article 105 e) del Codi de Relacions Laborals."

II.- El primer aspecte del recurs de la representació del Sr. F. concerneix la qüestió de la prova.

En primer lloc, s'alça en contra de la declaració d'innecessarietat de certes proves proposades per establir la connexió entre la societat defenent i

la societat espanyola XXX, SL, que és la matriu de l'adversa, i els fets en relació amb el televisor adquirit per la Sra. M. de R.

En segon lloc, sosté que el tribunal ha recolzat bàsicament la seva sentència en els testimonis que han comparegut en la present causa, quan tenen una relació de dependència amb l'adversa i han efectuat respostes idèntiques perquè tenien "por" a les posteriors decisions que l'adversa pogués adoptar vers ells i que apareix que han faltat a la veritat ; que així el tribunal ha donat total veracitat al fet que en el negoci de l'adversa amb el sistema de cobrament del material venut, es podia identificar cada venedor alhora d'efectuar la venda, relacionant indiscutiblement la venda amb un únic venedor quan dita conclusió no solament no ha quedat demostrat sinó que no s'adequa a la realitat ; que no es podia reconèixer una presumpció de veracitat dels documents números 668, 674, 679, 683, 686, i 690 relatius al registre de vendes que només acrediten que un venedor ha efectuat dita venda, però en cap cas el contingut de dit document acredita que és el Sr. F. ja que no ha quedat provat que el sistema informàtic no es pogués utilitzar el suposat codi d'un altre venedor per efectuar dita venda ; que no s'ha provat que el número assignat com a venedor del Sr. F. fos el número 1, i finalment que dits registres de venda igualment es podien "confeccionar" des de la societat XXX, SL.

Pel que fa a la pràctica en aquesta alçada de les proves denegades per la instància, ja hem resolt aquesta qüestió en el nostre Aute del 20-05-2019, però podem afegir que la qüestió central debatuda és la justificació o no justificació del comiat disciplinari i, per tant, determinar si els fets exposats en la carta de comiat suara reproduïda han quedat provats, sense cap necessitat d'establir en detall les relacions entre la societat andorrana i la societat matriu espanyola. De la mateixa manera, no era imprescindible recollir el testimoniatge d'una dels clients concernits per les operacions fraudulentas, ja que la carta es fonamenta sobre el sistema intern de cobrament i de facturació així com els documents aportats per l'empresa, essent aquests el nucli de la prova.

En efecte, i pel que fa al fons de la qüestió de la prova, apareix que el nus del litigi era clar ja que, des del bon inici del seu escrit de demanda, l'argument vertebrador del demandant, que no ha negat la realitat de les operacions litigioses (tot i insinuant després que els documents adjuntats a la carta de comiat s'haurien pogut "confeccionar"), va ser que cap venedor tenia un codi d'accés per registrar les vendes a l'ordenador sinó que qualsevol d'ells podia utilitzar de manera indistinta qualsevol ordenador sense cap codi d'identificació.

Al contrari, l'empresa va indicar que sí que cada venedor tenia un codi que permetia relacionar-lo amb cada venda en la base de dades.

Ara bé, el que ressurt dels testimoniatges dels altres empleats contradia radicalment l'afirmació de que no existia cap codi per a identificar-se i que totes les operacions de caixa es feia de manera indistinta, ja que els testimonis han indicat de manera clara i convergent que només existia una sola caixa per registrar els cobraments, que sí que cada venedor tenia un codi personal per registrar les seves vendes, i que el del Sr. F. era el "01".

L'empresa justifica al respecte, a través de la documentació adjuntada a la carta de comiat i aportada en Autes, que totes les vendes i operacions litigioses es van fer pel "XXX".

Per tant, és de manera coherent que el tribunal ha conclòs que fou el Sr. F. N. qui havia efectuat les operatives en qüestió.

És així que el Sr. F. posa en qüestió a la vegada els testimoniatges i la documentació aportada per l'empresa.

Però, pel que fa als testimonis, si bé són empleats de la societat defenent o el seu administrador únic (Sr. O.) o un venedor-soci (Sr G.), aquesta circumstància ha de portar a extremar la vigilància al moment de valorar les seves manifestacions però no és una raó suficient per treure tota força probatòria a les seves manifestacions, sobretot quan, d'una banda, la representació del demandant no els va tatxar en el moment adient i, d'altra banda, que la majoria d'ells també van ser cridats a petició del propi defenent.

En tot cas no existeixen suficients elements per considerar que aquests testimonis haurien faltat a la veritat en dir que existia un codi i que el del Sr. F. era el 01.

Ara bé, una qüestió diferent és la de dir si algú altre ha pogut fer servir el codi del Sr. F.. En efecte, el fet que cada venedor tingui l'obligació de fer servir el seu codi personal per registrar les seves vendes no significa la impossibilitat tècnica i teòrica de què un venedor faci servir el codi d'un altre i que, per tant, un o d'altres venedors haurien pogut realitzar les operacions reprotxades fent servir el codi del Sr. F..

Però aquesta teoria, que porta necessàriament a qüestionar-se sobre l'existència d'un complot al perjudici del soci-assalariat, no queda acreditada i no resisteix a la valoració dels elements provats segons els criteris de la sana crítica que determina que el normal es presumeix i l'anormal (aquí el complot, la conxorxa o la trampa) requereix una demostració particular.

En efecte, i en primer lloc, no cal oblidar que l'afirmació essencial del demandant de que no existia cap codi ni identificació ha quedat totalment contradita.

En segon lloc, no apareix creïble que l'encarregat, que regentava el negoci, i era responsable de la caixa i de l'estoc, no se'n adoni que en un període de menys d'un any, es faci servir el seu codi per operacions irregulars, quan a més tal sistema està en general fet per responsabilitzar els venedors i a vegades per permetre el càlcul de les eventuais comissions.

En tercer lloc, si bé el client en qüestió ha declarat no recordar-se del venedor amb qui havia tractat, no han quedat desvirtuades ni negades les condicions de descobriment del frau tal com exposades en la carta de comiat, és a dir la vinguda fortuïta d'un client durant una absència del Sr. F..

A això cal afegir que el Sr. G. i el Sr. M. han manifestat que el Sr. F. era refractari a fer invendaris.

Aquestes circumstàncies no encaixen amb la hipòtesis que una altra persona hauria fet servir el codi del Sr. F.

Per consegüent, confirmen la conclusió del tribunal que els fets reprotxats en la carta de comiat han quedat acreditats.

III.- L'altre aspecte del recurs és relatiu a la qüestió de la proporcionalitat de la mesura d'acomiadament. Argumenta al respecte que desconeix, perquè no ho menciona el tribunal *a quo*, quina ha estat la estratègia elaborada pel Sr. F. que hauria provocat greus perjudicis a l'adversa ; que quan el comiat es basa en l'article 104.4 del Codi de relacions laborals, només es poden sancionar els enriquiments injustos i dit empobriment significatiu de l'adversa no ha quedat provat en la present causa tenint en compte els factors en relació a la talla del negoci i a la importància de la seva facturació que fan que la quantitat de 3.770.-euros no ha causat un empobriment significatiu.

En relació al principi jurisprudencial que cita l'apel·lant, és veritat que aquesta Sala va poder precisar que una mesura tan dràstica com l'acomiadament equival a una pena i aquesta s'ha de regir pel principi de proporcionalitat (vg. TSJC 24/2014 tractant-se d'una venedora d'una pastisseria que no havia registrat una venda de 7,70.-euros, TSJC 182/13 en un cas on el furt no quedava acreditat amb certesa i TSJC 119/12 relatiu al cas d'una venedora d'una joieria acusada de furt sense que quedí provat que aquesta s'endugués les joies clandestinament).

Per tant, el comiat no és possible quan el perjudici és tan mínim en si o inexistent que la sanció apareix desproporcionada. Però, de cap manera es tracta d'efectuar, com ho pretén fer la part recurrent i com ho ha fet parcialment el Tribunal, una anàlisi comparativa entre els ingressos i la importància econòmica de l'empresa i el perjudici sofert com si es tractaria

de determinar un percentatge o un nivell a partir del qual l'apropiació per part de l'assalariat no seria més acceptable.

Per tant, en el present cas on, siguin quin siguin els resultats de l'empresa, és de constatar que el perjudici, real per correspondre a quantitats de diners que no han entrat en la caixa o n'han sortit sense justificació, d'un import total de 3.722.-euros pel que fa als fets no prescrits (i no l'import de 3.77 euros referit pàgina 7 de l'escrit de demanda), no es pot qualificar com a mínim o insignificant .

A més, compartim amb el Tribunal Unipersonal la consideració que els fets es reprotxen a un encarregat en qui s'havia dipositat una especial confiança, circumstància que agreuja l'abús d'aquesta confiança.

També compartim la consideració que la repetició de l'operativa consistint a simular uns retorns de mercaderia constitueix un estratagema, circumstància que també hem definit com a agreujant en diverses ocasions (veure per exemple TSJC 398/2015).

En aquestes condicions, l'acomiadament queda justificat.

IV.- L'últim punt del recurs concerneix les costes ja que la part apel·lant defèn que no ha actuat de manera temerària.

Però, en virtut de la regla del venciment objectiu que regeix la imposició de les costes en matèria civil, la desestimació íntegra de la demanda comanava la imposició de les costes al demandant vençut, i aquest punt també s'ha de confirmar.

V.- En virtut del mateix principi, les costes de segona instància s'han d'imposar al recurrent vençut.

Vistos la legislació vigent i els Usos i Costums aplicables al present cas.-

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

DECIDEIX

DESESTIMAR el recurs presentat per la representació processal del Sr. J.A. F. N.en contra de la Sentència del 03-09-2018 de la qual confirmem íntegrament la part dispositiva, tot i imposant al recurrent les costes d'aquesta alçada.

Aquesta resolució és ferma i executiva.

Així per aquesta nostra resolució, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.-