

-*-

SENTÈNCIA 13-05 DE 26 D'ABRIL DE 2005

Ponent M.I.: Sr. Josep Lluís VÀZQUEZ SOTELLO

ANTECEDENTS DE FET

I.-RESULTANT: Que pel M.I. Tribunal de Corts en la causa 54-2/99 es dictà Sentència de data 21 d'octubre de 2004, que conté la següent part dispositiva: "FALLEM: que hem d'absoldre i absolem l'acusada Maria Dolors V.S. del delictes major d'estafa pel que venia acusada declarant d'ofici les despeses processals causades."

II.-RESULTANT: Que el fallo transcrit es basa en la següent premissa fàctica: "L'acusada Maria Dolors V.S., nascuda el dia 18 de gener de 1941 i sense antecedents penals, essent titular del negoci destinat a pub amb el nom comercial de "Pub Lord", radicat als baixos de l'Edifici "Pic de la Font Blanca" del carrer l'Alzinaret d'Andorra la Vella, local que l'acusat tenia en règim de lloguer, en data 6 d'agost de 1998 va signar amb el senyor Patrick-Henri J. una promesa irrevocable de traspàs i compravenda de fons de comerç de l'esmentat negoci pel preu de sis milions de pessetes, rebent l'acusada del senyor Patrick-Henri J. la suma de 40.000 francs francesos, equivalent a un milió de pessetes, a compte de la totalitat del preu. En data 24 del mateix mes d'agost l'acusada i el senyor Patrick-Henri J. signaren el contracte de compra de fons de comerç i traspàs de dit negoci, rebent l'acusada la suma de 198.853 francs francesos, resta del preu acordat. En aquest contracte es feu constar que la venda del fons de comerç s'efectuava lliure de càrregues i gravamens, donant la venedora a la part compradora la més plena garantia d'evicció.

Tot i que l'aute de data 5 d'agost de 1998 l'Hble. Sr. Batlle decretà, per compte i risc de ELECTROTECNICA SA l'embargament preventiu sobre béns de l'acusada Maria Dolors V.S., i que el mateix dia 5 l'aute li fou notificat personalment a l'acusada Maria Dolors V.S., no

costa que, quan a la data del 24 del mateix mes d'agost l'acusada va vendre el fons de comerç i traspassà el negoci "Pub Lord" al senyor Patrick-Henri J., tingués coneixement de que dits béns haguessin estat efectivament embargats per la Batllia.

En data 1 d'octubre de 1998 el senyor Patrick-Henri J. va llogar al seu propietari, el senyor Manel B.M., el local comercial on estava radicat el negoci "Pub Lord" per destinar-lo a l'explotació d'un negoci de pub-cafeteria o similar, disposant-se en el contracte, en quan a l'activitat que es desenvolupés en el local, que "no podrà tampoc fer sorolls de cap mena que constitueixin torbació pels immobles veïns, principalment durant les hores de normal descans."

III.-RESULTANT: Que la representació del perjudicat Patrick J. interposà contra dita sentència recurs d'apel·lació per davant d'aquesta Sala Penal basant-lo, resumidament, en que en el judici es demostrà l'element subjectiu de l'ànim de lucre junt amb l'element d'engany suficient i precedent, pel que concorren els elements necessaris per fer sorgir l'estafa. No comparteix el raonament de la sentència de que l'embarg no havia estat degudament notificat a l'acusada, i que per tant no tenia coneixement de la mesura cautelar. Raona que als folis 59 i 60 de la causa s'evidencia que l'aute d'embargament preventiu fou degudament notificat a l'acusada Maria Dolors V.S. pel mitjà de la lectura íntegra del mateix, encara que acceptant que "en la diligència de notificació, a conseqüència d'una redacció deficient, sembla que es notifiqui a Maria Dolors V.S. que l'embarg s'efectuaria en el futur, la realitat és que en la primera part de la diligència es dóna lectura íntegra de l'aute d'embargament, el qual és clar en quant acorda l'embarg sobre els béns de l'acusada". Per tant, el dia 5 d'agost de 1998, l'acusada Maria Dolors V.S. no podia tenir cap dubte sobre l'embarg acordat sobre el fons de comerç, malgrat això el següent dia, 6 d'agost de 1998, firmà el contracte de cessió a favor del perjudicat Patrick J. declarant que no existia cap càrrega sobre el fons de comerç. Per això conclogué que en el moment de firmar el contracte definitiu de traspàs del fons de comerç (24 d'agost de 1998) l'acusada tenia ple coneixement de l'embarg preventiu travat sobre el negoci, del qual no informà al comprador, creant així la figura del engany necessari per a que sorgeixi la figura de

l'estafa". I segons el recurrent, "poc importa que en el mes d'octubre de 1998 l'acusada hagués procedit a aixecar l'embarg preventiu travat sobre el negoci "Pub Lord", ja que aquell aixecament fou conseqüència de les peticions de l'acusació particular en veure's impossibilitada d'inscriure el negoci a nom d'un altre titular administratiu". Argumenta també que hi hagué un segon engany que la sentència no ha valorat, perquè en el moment de signar els diferents contractes privats de compravenda del fons de comerç, el contracte d'arrendament quedava resolt per mitjà de sentència ferma, que s'estava executant, fet aquest que ha estat ocultat maliciosament per la processada Maria Dolors V.S.. En conseqüència, el perjudicat, per no perdre el fons de comerç que havia adquirit es veié en l'obligació de satisfer al propietari els lloguers endeutats com a conseqüència de l'impagament per dita processada. És a dir , que la processada V.S. enganyà al comprador Patrick J. tant en el que afecta a la situació jurídica del local (l'embarg travat al fons de comerç) com en el que afectava a la situació arrendadora, obligant al perjudicat a haver de pagar uns arrendaments atraçats per l'import de 1.700.000.- Ptes. Per últim sosté que -en contra del que afirma la sentència- el negoci no complia amb els requisits administratius vigents per la seva explotació (en especial el de l'acústica del local), manca de compliment que era atribuïble a la venedora, la processada V.S. Conclou sol·licitant que sigui estimat el seu recurs i es dicti una altra sentència revocadora de la d'absolució dictada pel M.I. Tribunal de Corts, d'acord amb el plantejament acusatori sostingut pel recurrent.

IV.-RESULTANT: Que el representant del Ministeri Fiscal comparegué en els autes i formulà escrit en el que, de conformitat amb l'art. 200 del Codi de Procediment Penal, s'adheria al recurs formulat, al·legant que s'adheria al recurs per considerar que els fets imputats a la processada eren constitutius d'un delictes d'estafa de l'art. 248 del Codi Penal per haver quedat demostrat que actuà amb ànim de lucre, utilitzant un engany previ i suficient per induir al perjudicat J. a contractar amb ella. Segons resulta dels fets que la sentència declara provats, la processada V.S. firmà a favor de J. en dates 6 i 24 d'agost de 1998 la promesa irrevocable d'un contracte de compravenda i la posterior

compravenda del local "Pub Lord", malgrat que el dia anterior al compromís (és a dir, el 5 d'agost de 1998) li havia estat notificat per la Batllia l'autè d'aquella mateixa data pel que s'acordava l'embarg preventiu sobre els béns de la seva propietat. L'acusada reconegué durant el judici que era conscient de que devia sis mensualitats en concepte de lloguer del local i, malgrat això, en el pacte tercer de la compravenda feu constar que el negoci estava lliure de càrregues i gravamens. Per això l'engany és evident. D'haver sabut J. que el negoci estava embargat i que endemés endeutava sis mesos d'arrendament, és segur que no hauria firmat la compravenda. Per això, havent-se produït el desplaçament patrimonial gràcies a la ocultació de l'embarg, que coneixia la venedora, han estat acreditats tots els elements integrants del delict d'estafa de l'art. 248 del Codi Penal, motiu pel qual el Ministeri Fiscal interessa la revocació de la sentència a fi que se'n dicti una altra en la qual es condemni a la processada com autora responsable de dit delict en els termes de les conclusions formulades durant el judici.

V.-RESULTANT: Que, pel contrari, la representació de la processada Maria Dolors V.S., contestà al recurs al·legant en contra: a) que en la querella presentada per J. s'imputà a la processada un delict d'estafa sobre la base de dos fets: 1) que el 6/8/98 firmaren un contracte de promesa de compravenda del "Pub Lord", rebent la venedora un xec de 40.000 F.F., que cobrà als vint dies i l'import del qual utilitzà per pagar els deutes que tenia amb els proveïdors; 2) que el 24/8/98 es firmà la compravenda privada i la venedora rebé un xec de 198.853 F.F. que cobrà uns vint dies després, "traspasant el negoci lliure de càrregues i gravamens" (segons apareix documentat en els docs. 10 a 12). b) el negoci, en efecte, estava lliure de càrregues i gravamens però estava sent embargat per Electrotecnia SL, per un import de 3.158.675.-Pts, obrant al fol. 60 una diligència segons la qual la processada venedora comunica al Batlle que "té el negoci tancat als efectes d'evitar l'increment de despeses i està realitzant les gestions escaients pel seu traspàs a fi de cobrir el deute i les quantitats de 1.300.000.- Ptes en concepte de lloguers i 375.000.- Pts que deu a la CASS", sent requerida per que el següent divendres dipositi la quantitat reclamada i quedant advertida que "si no satisfà la quantitat es procedirà a l'embargament preventiu". El següent dia 6/8/98, la

processada, amb la creença de que no tenia el negoci embargat, ja que sols se l'embargaria si no pagava, prometé vendre el negoci i el 24/8/98 amb els diners cobrats es dirigí a la Batllia per pagar el deute. Per això, com a mínim manca el requisit de l'estafa consistent en el perjudici, mancant a més a més l'altre element, consistent en l'ànim de lucre. La argumentació s'estén a continuació sobre l'altre deute de 1.340.973.- Ptes sobre la propietat del local, el 27 de juliol de 1998, i la qual tenia ple coneixement el comprador J.. Conclogué suplicant es desestimessin els recursos del perjudicat i el recurs incidental o adherit del Ministeri Fiscal, confirmant la sentència recorreguda.

VI.-RESULTANT: Que elevats els autes de la causa a aquesta Sala i formant el corresponent rotlle es procedí a la substanciació dels recursos, assenyalant dia i hora per celebrar la vista dels mateixos, en aquest tràmit informaren pel seu ordre la representació dels recurrents, fent-ho en primer lloc al Ministeri Fiscal, als que contestà la representació de la recorreguda, resumint tots els intervinents les seves al·legacions i insistint en les seves contraposades pretensions, tal com ha estat resumit en l'acta aixecada, quedant després d'aquest tràmit els autes conclosos per dictar sentència, la qual té també fonament en els següents

FONAMENTS DE DRET

I.-CONSIDERANT: Que la sentència del Tribunal de Corts estableix en la segona part del primer Considerant, amb indubtable encert, els quatre elements que han de concórrer per a que pugui entendre's comès el delictes d'estafa: a) l'engany, precedent o concurrent i d'entitat suficient, utilitzat per a induir a l'altre en error a l'hora de contractar; b) el perjudici o desplaçament patrimonial; c) el nexa causal directe entre l'engany provocat i el perjudici sofert i, d) l'ànim de lucre, com a element subjectiu de l'injust que, juntament amb l'engany previ o concomitant, confereix a l'estafa la naturalesa d'una infracció dolosa, que no admet forma de comissió culpable. Aquesta doctrina està reflexada en una jurisprudència andorrana consolidada i coneguda, reflexada en multitud de sentències tant del Tribunal de Corts com d'aquesta Sala Penal.

II.-CONSIDERANT: Que la lectura atenta de la sentència i dels escrits del recurs del perjudicat així com del formulat pel Mag. Ministeri Fiscal que ha deduït en el seu escrit de compareixença el recurs incidental o d'adhesió, pot aïllar-se i delimitar-se el problema plantejat, que consisteix en establir si l'acusada quan el 24 d'agost de 1998 vengué el negoci al perjudicat recurrent J. tenia coneixement de que el negoci estava embargat i no podia transmetre'l com a lliure perquè havia rebut de l'Hble. Batlle una notificació expressa de dit embarg en la diligència practicada el 5 del mateix mes d'agost. La sentència ha basat l'absolució en que l'acusada no havia rebut una notificació expressa i categòrica de que s'hagués realitzat l'embargament sobre el negoci sinó únicament una comminació de que "es realitzaria" si no complimentava el requeriment, i que al trobar-se en una situació "creença errònia" sobre aquell extrem, no actuà amb el dolo o intencionalitat definidora de l'engany típic de l'estafa. El recurrent, pel contrari, sosté que en la diligència del 5 d'agost, "encara que (per una deficient redacció) sembla que se li fa saber a la processada que l'embargament es faria en el futur, no obstant, en la primera part de la diligència se li notifica mitjançant lectura íntegra de l'aute del Batlle pel qual s'acordava l'embargament, cosa per la qual quan el 24 d'agost del mateix any, traspasa el negoci ho fa sabent que pesava sobre ell aquell embarg". Per la seva part, el Ministeri Fiscal, adherint-se al recurs, sosté que existí l'engany perquè la processada quan firmà el document de compromís del dia 6 d'agost i quan traspassà el negoci el dia 24 del mateix mes, ja tenia coneixement des del dia 5 de l'existència de l'embarg, mitjançant la notificació de l'aute de la Batllia d'aquella mateixa data que acordava l'embargament preventiu.

III.-CONSIDERANT: Que per sortir de la contradicció entre l'afirmació de la sentència i la dels recurrents és precis prestar atenció al concepte i naturalesa jurídica de l'embarg acordat així com als termes en els que apareix practicada la diligència judicial de la Batllia de notificació de l'aute i requeriment a la deutora. Afirmar la sentència que l'acusada no ha negat que davant de les seves dificultats econòmiques s'interposà contra ella una demanda i que l'Hble. Batlle dictà aute acordant

"l'embargament preventiu", "sobre els seus béns", en quantia suficient per a garantir el pagament de la suma reclamada, més la quantitat calculada pels interessos i costes i que aquell aute fou notificat a la processada el mateix dia, amb el corresponent requeriment. Per la claredat dels conceptes és precís distingir entre l'embargament com a tràmit fonamental del procés d'execució (embarg executiu) de l'embargament preventiu, com a funció merament asseguradora o cautelar. L'embargament consisteix en afectar a un procés un o varis béns concrets i determinats del deutor (no béns genèrics i indeterminats), els quals queden subjectes a l'execució en curs (per a la seva realització ulterior mitjançant subhasta judicial) o bé afectats als sols efectes de cautelar o assegurar l'efectivitat de la sentència que pogué dictar-se si s'estima la demanda interposada. A diferència del que succeeix amb l'embargament que es realitza en el procés d'execució (que solament admet com a alternativa el pagament del ja declarat com a degut en el títol que s'executa), l'embarg al que es refereix la present causa, era sols un embarg preventiu (per tant amb funció solament asseguradora o cautelar), ja que la realitat i import del deute encara no havia estat definit de manera irrevocable en el corresponent judici. En conseqüència, tractant-se d'un embarg preventiu o cautelar la seva alternativa no és el pagament, sinó que s'admet la consignació o afiançament del reclamat sense perjudici de poder oposar-se a la reclamació, al no existir títol (jurisdiccional o extrajurisdiccional) que defineixi el deute i el seu import. Així s'explica que quan la Batllia notifica el 5 d'agost l'aute a la deutora, aquesta "fou requerida" no per que pagués sinó per a que "per tot el proper divendres dipositi la quantitat de 3.158.675,-Pts" i (el que és més important, com a alternativa al dipòsit o consignació) "a fi que assenyali béns suficients" per garantir el pagament del principal demandat i la quantitat pressupostada per interessos i costes. Del que se'n dedueix que, encara que en aquesta diligència judicial s'hagués notificat l'aute, no es notificà a la deutora un embargament efectivament acordat sobre el negoci que anava a traspassar sinó que tan sols se la requeria als efectes de que assegurés el pagament del deute mitjançant el dipòsit de l'import reclamat o mitjançant la designació de béns que poguessin ser embargats solament amb aquesta finalitat cautelar o

preventiva. Ço que porta necessàriament a la conclusió de que l'embargament, sent solament preventiu o cautelar, no s'havia realitzat sinó que "es realitzaria" (sobre béns a designar per la demandada) si, dins el termini concedit, la processada no consignava o dipositava l'import reclamat. La sentència transcriu la part de la diligència judicial en la que s'adverteix a la processada que "en cas de no dipositar la quantitat reclamada *es procedirà a l'embargament preventiu*" de les accions i del fons de comerç i instal·lacions del negoci. És encertada la precisió de la sentència quan afirma que "l'efectivitat de l'embargament li fou anunciat com quelcom de futur, no de present". Com que la diligència judicial es parà en aquells termes, és clar que quan el 24 d'agost del mateix any 1998 la processada disposà del local com a lliure de càrregues i gravamens, no s'havia travat sobre aquell bé l'embarg, ni tan sols preventiu, poden reprotxar-li solament que sabia que tenia un deute, que li estaven reclamant, però no que sobre el negoci s'hagués materialitzat l'embarg, ni que tan sols fos merament preventiu.

IV.-CONSIDERANT: Que l'argument del recurrent de que el negoci no complia amb els requisits administratius exigits per a la seva explotació (sobre tot pel nivell acústic permès) al·legant que també en aquest punt existí un altre engany, ja ha estat refutat en la sentència amb arguments que es donen per reproduïts. Aquell engany no afectaria a la inexistència de càrregues o gravamens i, en el seu cas, podrien constituir un error en la cosa venuda, si resulta inútil per el fi perseguit en el contracte, error del qual se'n podrien derivar conseqüències civils en ordre a l'incompliment contractual, però sense arribar a constituir el il·lícit penal pel qual s'ha procedit en la present causa.

V.-CONSIDERANT: Que el recurrent admet que, després de la venda, en el mes d'octubre del mateix any 1998, l'acusada procedí a cancel·lar el deute, amb la conseqüència d'aixecar qualsevol mesura cautelar o executiva sobre el negoci traspassat, un argument que, en contra del que s'afirma en el recurs, contribueix a reforçar la tesi de la sentència de que la processada actuà disposada a cancel·lar el deute quan realitzés la cessió del negoci i si més no en la creença que no existia cap embargament ni cap càrrega sobre el negoci,

ço que desplaça l'element de l'actuació dolosa i de l'engany típic de l'estafa.

VI-CONSIDERANT: Que, com a argument final per confirmar la sentència absolutòria, pot invocar-se el principi *in dubio pro reo*, que obligaria a desfer qualsevol dubte en la interpretació dels fets a favor del processat, i el dret fonamental a la *presumpció d'innocència*, que exigeix per a condemnar l'existència de proves del delictes i de la seva comissió per la persona acusada, obtingudes amb les garanties processals, havent d'absoldre en cas que aquella càrrega probatòria no hagi estat adequadament superada per l'acusació, com succeeix en el present cas. Finalment, l'absolució en aquesta causa penal no tanca la possibilitat de qualsevol reclamació que pogués ser procedent per error en el contracte o per incompliment contractual, al servei del qual queda la via del procediment civil, mantenint-se el procediment penal com a *ultima ratio* entre les respostes jurídiques possibles en front dels fets.

VII.-CONSIDERANT: Que si bé la desestimació del recurs hauria d'incloure la imposició de costes, al haver formulat el Mag. Ministeri Fiscal recurs d'adhesió, considera la Sala que és més equitatiu declarar-les d'ofici.

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

La Sala Penal del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

D E C I D I M

1.- Desestimar el recurs d'apel·lació interposat pel perjudicat Patrick J.

2.- Confirmar la sentència pronunciada en la causa núm. 54-2/99, pel Tribunal de Corts en data 21 d'octubre de 2004.

3.- Declarar d'ofici les costes del recurs.

4.- Retornar la Causa al M. Iltre. Tribunal de Corts, amb certificació de la present Sentència, per al seu compliment i execució.

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