

S E N T È N C I A

Magistrats Srs.

Jacques RICHIARDI

Anna ESTRAGUÉS ARMENGOL

Canòlic MINGORANCE CAIRAT

Andorra la Vella, 17 d'abril de 2019

VIST en judici oral i públic pel Tribunal de Corts, la causa núm. 6000178/2017 seguida pel presumpte delictes major d'apropiació indeguda, contra J. V. C., nascut el dia 04 de juliol de 1949 a Coll De Nargó (Lleida – Espanya), fill de Josep i de Mercè, de nacionalitat andorrana i defensat per la Lletrada Sra. Vanessa Durich Moulet; sent part acusadora el Ministeri Fiscal, representat per la Sra. Alexandra Cornella Solà, i acusació particular el Lletrat Sr. Xavier Sopena González, en nom i representació de la perjudicada CAIXA ANDORRANA DE LA SEGURETAT SOCIAL, actuant de ponent i redactor de la sentència, el Magistrat Sr. Jacques Richiardi.

RESULTANT PRIMER: Són fets provats que durant els mesos de novembre i desembre del 2012, gener a desembre del 2013, gener a juny i agost a desembre del 2014, gener a desembre del 2015, febrer i març del 2016, el processat J. V. C., nascut el 4 de juliol del 1949, de nacionalitat andorrana i amb antecedents penals no computables als efectes de reincidència, en la seva qualitat de president de la societat A. M. S. SAU que regentava un negoci amb el mateix nom, per raó de les importants dificultats financeres de la societat, i sense ànim de lucre, va retenir, al moment del pagament mensual dels salaris del personal, la cotització de 5,5 % dels seus treballadors, però no va ingressar a la CASS

l'import prèviament retingut, ascendint l'import total de les retencions a 25.145,33 €.

El processat va efectuar els 6 i 27 de desembre del 2016 dos pagaments de l'import respectiu de 12.500 € i 15.000 €, demanant expressament que aquests siguin imputats a dites retencions de cotitzacions, i regularitzant així la situació.

RESULTANT SEGON: El Ministeri Fiscal qualifica els fets com a constitutius del delictes major d'apropiació indeguda tipificat a l'article 213 del Codi Penal del qual el processat és responsable penalment en concepte d'autor, sense la concurrència de circumstàncies modificatives de la responsabilitat penal.

Demana que li sigui imposada la pena de tres anys de presó condicional amb un termini de suspensió de la condemna de quatre anys, així com el pagament de les despeses processals causades.

Precisa que no hi ha lloc a responsabilitat civil.

A l'acte del judici oral, ratifica les seves conclusions provisionals, fent valdre per l'essencial que durant molts anys, amb ànim de lucre, el processat s'ha apropiat indegudament, en perjudici dels seus treballadors i a l'esquena de diversos d'entre ells, diners que no eren seus i que havia de pagar a la CASS, havent regularitzat la situació únicament després de la querella formulada per aquesta.

RESULTANT TERCER: La representació lletrada de la CAIXA ANDORRANA DE SEURETAT SOCIAL, constituïda en acusació particular, manifesta el seu acord amb l'exposició dels fets, la qualificació jurídica i la petició de pena del Ministeri Fiscal, fent observar que el processat ha abonat durant la fase d'instrucció l'import de 27.500 € en concepte de cotitzacions pendents, suma que tenia per finalitat cobrir en totalitat la part de les retencions salarials i abonar molt parcialment la part patronal.

Demana la condemna del processat al pagament de les costes processals per entaular el present procediment penal i per exercir la responsabilitat civil, segons l'import que serà determinat en període d'execució de sentència.

A l'acte del judici oral, ratifica les seves conclusions provisionals, sostenint que resulta dels elements de la causa la clara intencionalitat del processat de no abonar les cotitzacions, que la seva defensada ha patit un perjudici patrimonial i que estava en joc la jubilació dels treballadors els quals haurien patit un perjudici sense la seva actuació.

RESULTANT QUART: La defensa del processat J. V. C. manifesta el seu desacord amb l'exposició dels fets i la qualificació jurídica del Ministeri Fiscal i de l'acusació particular, pretenent que no hi ha hagut cap intenció ni actuació dolosa del seu defensat.

Indica que les reclamacions de la CASS s'iniciaren contra Auto Motor al setembre del 2012, per una primera demanda d'execució administrativa, que des d'aleshores se'n han instat dos més, el present procediment penal i el procediment de fallida, tres procediments en el marc dels quals es reclamen els mateixos conceptes, que el seu defensat ha fet nombrosos pagaments sigui en la via administrativa sigui directament a la CASS, i que dits pagaments han estat computats pel referit organisme on li ha semblat més oportú, resultant finalment segons el certificat emès per la Directora General de la CASS que la part assalariada de les cotitzacions ha estat saldada.

Sol·licita l'absolució del seu defensat, no havent-hi en la seva actuació cap ànim de lucre ni perjudici d'altri.

A l'acte del judici oral, ratifica les seves conclusions provisionals, fent valdre que l'impagament de les cotitzacions resulta de la situació econòmica de l'empresa, que el seu defensat ha estat transparent amb els seus treballadors, que la seva obsessió era pagar els salaris, que anteriorment a la querella, havia abonat la suma de cinquanta mil euros que la CASS no ha destinat a la part assalariada, que no ha volgut defraudar ningú i ha actuat sempre amb bona fe, i que a la liquidació del taller, ha demanat que els diners siguin computats a la part assalariada.

Es preval de la jurisprudència recent del Tribunal.

CONSIDERANT PRIMER: La conducta del processat no es pot considerar que configura el delictes major d'apropiació indeguda imputat pel Ministeri Fiscal i per l'acusació particular, al no haver quedat constituïts tots els elements de dit delictes.

Segons les disposicions de l'article 213 del Codi Penal, comet delictes major d'apropiació indeguda el qui, sent posseïdor de diners, efectes, valors o qualsevol altra cosa moble de valor superior a 600 €, que hagi rebut en dipòsit o per un altre títol que produeixi l'obligació de lliurar-los o retornar-los, s'apropii o distregui dits bens, amb ànim de lucre i en perjudici d'altri.

El Tribunal estima necessari recordar que la cotització social salarial a la qual està obligatòriament subjecta una persona assalariada, que és calculada sobre la base del seu salari global, que l'empresari

descompta al seu treballador en el moment de fer efectiva la retribució i que aquest ha d'ingressar a la CASS dins del termini de quinze dies naturals següents al venciment del període de liquidació, constitueix la "part socialitzada" del salari.

Per tant, pel mecanisme de pagament de dita cotització previst per la llei, l'empresari "rep", de manera fictícia, del seu treballador els diners corresponents, amb l'obligació de lliurar-los a la CASS.

Segons els documents produïts per la representació lletrada de la CASS amb la seva querella criminal de data 5 de maig del 2016, en la seva qualitat de president de la societat A. M. S. SAU que regentava un negoci amb el mateix nom, durant els mesos de novembre i desembre del 2012 (no d'octubre: veure folis 12, 13 i 14), gener a desembre del 2013, gener a juny i agost a desembre del 2014, gener a desembre del 2015, febrer i març del 2016, el processat ha retingut la cotització de 5,5 % dels seus treballadors per un import global de 25.145,33 € però no ha ingressat a la CASS l'import prèviament retingut; tant en el marc de la instrucció de la causa com al judici oral, el processat no ha negat no haver ingressat a la CASS, dins del termini legal, les cotitzacions salarials dels seus treballadors, per tots aquests mesos; simplement, ha invocat els nombrosos pagaments efectuats, sigui en el marc de les demandes d'execució administratives presentades per la CASS prop de la Batllia (veure aute de data 4 d'octubre del 2017 decretant la societat A. M. S. SAU en estat de cessació de pagaments i fallida: primera demanda en data 3 de setembre del 2012 per un import de 22.750,67 € en concepte de cotització del seu personal assalariat pels mesos de maig a desembre del 2011 i gener del 2012; segona demanda en data 9 de novembre del 2012 per un import de 17.824,31 € en el mateix concepte pels mesos de gener a juliol del 2012; tercera demanda en data 5 de juliol del 2013 per un import de 23.760,14 € en el mateix concepte pel mesos d'agost a desembre del 2012 i de gener a març del 2013), sigui directament a la CASS, pagaments que aquesta havia computat on li havia semblat més oportú; de fet, resulta de l'aute precitat, d'una banda que les dos primeres reclamacions han estat totalment pagades, i d'altra banda, pel que fa a la tercera, que un pagament parcial de 9.000 € ha estat efectuat prop de la Batllia, sigui un pagament total de 49.574,98 €; no obstant això, en primer lloc, el retret implícitament formulat envers la CASS per la representació lletrada del processat no està fonamentat; a defecte de demanda expressa per un deutor d'imputació d'un pagament a un deute particular, com ho ha fet aquesta representació lletrada (folis 141 a 145) pels dos pagaments efectuats, després de la querella, els 6 i 27 de desembre del 2016, pagaments d'un import total superior (27.500 €) a les retencions de cotitzacions salarials (25.145,33 €), regularitzant així la situació, és lògic i normal que el creditor imputi dit pagament al deute més antic; en segon

lloc i sobretot, en cas d'impagament, dins del termini legal, de les cotitzacions salarials descomptades per l'empresari, la regularització posterior no afecta la constitució del delictes d'apropiació indeguda.

En conseqüència, pel fet d'haver retingut durant anys, sense ingressar a la CASS, els imports deduïts dels salaris dels seus treballadors en concepte de cotització de la part assalariada, el processat, en la seva qualitat de president de la societat A. M. S. SAU, s'ha apropiat els diners corresponents.

I dita apropiació s'ha operat en perjudici tant dels treballadors per la pèrdua de punts per a la jubilació, encara que la llei preveu per la branca general que la manca de pagament de les cotitzacions no comporta la pèrdua dels drets a les prestacions, com de la CASS, ja que les cotitzacions formen part del patrimoni de la seguretat social.

Però el Tribunal considera que en el cas particular, falta l'ànim de lucre, element essencial per a la constitució del delictes d'apropiació indeguda que resideix en l'incompliment dolós per part de l'agent de l'obligació que li ve imposada legalment o contractualment de donar la destinació deguda als diners, fent-los seus i disposant d'ells amb una finalitat de lucre.

En efecte, de manera indiscutible, la situació d'impagament de les cotitzacions salarials a la CASS ha estat únicament deguda a una manca molt important i durable de liquidesa de l'empresa, la qual ha trobat el seu resultat final en l'estat de cessació de pagaments i de fallida de la societat A. M. S. SAU, decretat per l'aute de data 4 d'octubre del 2017; tant davant de la batlle instructora el 1 de febrer del 2017 (folis 132 a 135) com al judici oral, el processat ha explicat molt bé, amb una franquesa evident, les diverses circumstàncies fora del seu control (crisi econòmica general, pèrdua de clientela, baixa de 80 % del volum de feina, resolució del contracte de lloguer amb un augment de més de 10.000 € mensuals, canvi ulterior de local amb les despeses relacionades) que han provocat aquesta manca de liquidesa; dites manifestacions han estat totalment confirmades pel testimoniatge de C. P. S. D. A., empleat de l'empresa durant vuit anys, el qual treballava en temes informàtics i podia veure les factures d'entrada i sortida segons les seves declaracions; a més, aquest testimoni, que s'ocupava també del pagament de les nòmines i d'aplicar la cotització de 5,5 % als treballadors, ha precisat que havia estat avisat, des del principi pel processat, de l'impagament de les cotitzacions salarials a la CASS, prova de la transparència adoptada per aquest darrer, com a mínim prop de dit empleat, i que al final, tots els seus companys de feina ho sabien; malgrat les dificultats financeres de l'empresa, el processat ha assegurat a bona data el pagament íntegre dels salaris nets als treballadors; no ha intentat amagar la realitat amb la finalitat d'eludir el

pagament de les cotitzacions socials, declarant totalment a la parapública els salaris dels treballadors; a partir de la seva jubilació a la data de 65 anys, tot continuant a treballar, ha deixat de cobrar de l'empresa cap remuneració per no fer més despesa; i finalment, ha abonat la totalitat del deute a títol de les cotitzacions salarials que havia contret amb la CASS.

Tenint en compte tots aquests elements, el Tribunal considera que la manca d'afany de lucre per part del processat està demostrada.

L'absolució del processat J. V. C. ha doncs de ser pronunciada.

CONSIDERANT SEGON: Per raó de l'absolució del processat, la demanda de condemna de la representació lletrada de la CASS al pagament de les costes processals per entaular el present procediment penal i per exercir la responsabilitat civil ha de ser rebutjada.

CONSIDERANT TERCER: De conformitat als articles 174 i 175 del Codi de Procediment Penal, cal declarar d'ofici les despeses processals causades.

VIST les disposicions legals aplicables en la causa, el Tribunal de Corts, en nom del poble andorrà,

DECIDEIX:

Absoldre J. V. C. del delictes major d'apropiació indeguda imputat pel Ministeri Fiscal i per l'acusació particular,

Declarar d'ofici les despeses processals causades.

Contra aquesta resolució es pot interposar recurs d'apel·lació per davant d'aquest Tribunal en el termini de 15 dies següents a la notificació.

Així per aquesta nostra sentència, ho manem i signem.