

S E N T È N C I A

Magistrats Srs.

Enric ANGLADA FORS (Ponent)

Concepció BARON MORA

Jacques RICHIARDI

Andorra la Vella, disset de juliol del dos mil dinou

VIST en judici oral i públic pel Molt Il·lustre Tribunal de Corts, la causa núm. 6000175/2017 seguida per un presumpte delictes major continuat d'apropiació indeguda per import superior a 6.000 € en concurs medial amb un delictes menor d'alteració d'enregistrament tècnic.

Acusat:

J. M. P., nascut el dia 1 de maig de 1952 a Barcelona, fill de José i Rosa, de nacionalitat espanyola i sense antecedents penals, i defensat per la Lletrada Sra. Judith SILVESTRE HERNÁNDEZ.

Part acusadora:

El Ministeri Fiscal, representat pels Srs. Ivan ALÍS SALGUERO i Elisabet PUENTE PEREGRINA.

Magistrat ponent: Sr. Enric ANGLADA FORS.

RESULTANT PRIMER. SÓN FETS PROVATS I AIXÍ ES DECLARA. Des del 1 de setembre de 2008 fins al moment de la seva

detenció el 16 de setembre de 2014, el processat J. M. P., nascut el 1 de maig del 1952, de nacionalitat espanyola i sense antecedents penals, treballà en qualitat de Director al restaurant M. M., radicat a l'avinguda Meritxell de la vila d'Andorra la Vella, establiment que formava part de la societat G. C.SL, essent les seves funcions les d'encarregat de la contractació de personal i d'extres, de la planificació del restaurant, de la demanda de material, així com de donar codis d'accés a l'ordinador als diferents cambrers del restaurant, tenint ensems disposició de les caixes del referit restaurant, havent entre altres d'introduir la recaptació diària - sigui en efectiu, sigui amb rebuts de targetes de crèdit- a l'interior de la caixa forta del restaurant, donant-ho, ja sigui a finals de matí a un responsable de l'empresa S. que les venia a recollir, ja sigui duent la recaptació de la tarda-nit, l'endemà, a les oficines de l'empresa i lliurar-la personalment a la comptable M. J. M. R., essent així mateix també responsable de repartir les propines als diferents treballadors de l'empresa.

Que d'ençà el mes de gener de 2013 fins al mes de setembre de 2014, el processat J. M. P., amb ànim d'enriquir-se i aprofitant que tenia la disposició de la caixa del restaurant, feia constar informàticament amb import zero, les comandes d'imports variables que havien estat fetes i pagades en efectiu, quedant-se ell la totalitat dels imports percebuts, després d'anotar cada vegada la quantitat cobrada en un paper que duia al damunt, aconseguint d'aquesta manera que la caixa sempre quadrés i que les seves manipulacions passessin desapercibudes per l'empresa, els seus comptables i/o informàtics.

La troballa d'aquesta manera de quedar-se diners de l'empresa G. C., S.L. per part del responsable i encarregat del restaurant M. M., l'inculpat J. M. P., fou totalment casual, i es va descobrir perquè una parella que va anar a dinar a dit restaurant, per un oblit, va marxar sense pagar, tornant al dia següent per abonar la factura del àpat realitzat, i els hi digueren que no hi havia res pendent del dia anterior, comprovant-ho inclús amb els de comptabilitat. Els clients manifestaren que com ells segur que havien dinat allà volien satisfer l'import del que havien menjat, fent-los-hi aleshores una factura que abonaren acte seguit. Aquesta situació alertà a la propietat, ja que la cuina tenia ordres de no treure cap plat, si no hi havia una prèvia comanda amb la corresponent factura preparada per emetre. Aleshores van detectar, degut a aquesta casualitat, la metodologia emprada, doncs quan el client demanava el compte i pagava se li donava un comprovant, el tiquet de caixa, que encara no era la factura, perquè en cas d'algun error així es pogués rectificar. Si el client el donava per bo i pagava en efectiu, sense que se li hagués de tornar canvi, ja no se li lliurava la factura i el metàl·lic s'introduïa dins de la caixa, prèvia anotació en un paper per part de J. M. P. de la quantitat abonada

pel comensal, marcant seguidament un import zero, que no generava ni tan sols factura, per la qual cosa, a diferència de les anul·lacions i invitacions, en les que s'havia d'introduir un codi, quan es realitzava aquesta operació no en calia cap, podent treure els diners amb posterioritat, quadrant perfectament la caixa.

Es va poder constatar de les dades informàtiques extretes de la caixa número 2, manipulada per J. M. P., els imports reduïts a zero següents: 168.406,48 euros durant el període de gener a desembre de 2013 i de 89.483,35 euros de gener a setembre de 2014, per un muntant total de 257.889,83 euros.

El processat J. M. P. ingressà part dels imports en efectiu que es quedava, seguint el *modus operandi* ans indicat, als comptes bancaris del que n'era titular o hi tenia drets en diferents entitats bancàries del Principat ANDBANK, BANCA SABADELL D'ANDORRA, MORABANC i CRÈDIT ANDORRÀ; quedant-se part dels imports en efectiu que emprava per tal d'adquirir béns personals -com un vehicle marca TOYOTA, model Venza, matrícula XXXXX, d'un preu de 23.000 i pel que va satisfer 16.000 euros en efectiu- o fer regals per la seva companya sentimental -anells, viatges-.

L'entitat G. C., S.L., va arribar a un acord extrajudicial amb l'acusat, per raons pràctiques, per un muntant total de 150.000 €, renunciant a res més reclamar pels fets derivats de la present causa.

RESULTANT SEGON. El Ministeri Fiscal en el seu escrit de qualificació provisional, considera els fets -en els que inclou part de les propines que els diferents clients lliuraven als cambrers del Restaurant M. M., havent-se incautat en el registre efectuat en el domicili de l'encausat J. M. P. un total de 5.320,20 euros en monedes d'1 i 2 euros i de 0.5 i 0.2 cèntims d'euros-, constitutius del delictes major continuat d'apropiació indeguda per import superior a 6.000 euros en concurs medial amb el delictes menor d'alteració d'enregistrament tècnic, tipificats als articles 213 posat en relació amb l'article 209.1.e) i 443 del Codi Penal, del que n'estima responsable en concepte d'autor el processat J. M. P., concorrent la circumstància modificativa de la responsabilitat penal d'abús de confiança prevista a l'article 30.3 del Codi Penal. Demana que s'imposi al processat una pena única de quatre anys de presó, part ferma i la resta condicional, amb un termini de suspensió de la condemna de quatre anys i multa en la suma de 150.000 €, així com el pagament de les despeses processals causades. En concepte de responsabilitat civil, de conformitat amb el què disposa l'article 18 del Codi de Procediment Penal, havent desistit l'empresa G. C., S.L. de les seves accions civil i penal, no s'escau cap pronunciament.

En l'acte de la vista oral, eleva a definitives les seves conclusions provisionals.

RESULTANT TERCER. La lletrada Sra. Judith SILVESTRE HERNÁNDEZ, advocada defensora del processat J. M. P., s'oposa a l'exposició de fets efectuada pel Ministeri Fiscal, doncs, tot i que el seu defensat ha acceptat des d'un primer moment haver-se apropiat de diners de la caixa dels restaurant M. M. a través de la reducció dels tiquets a zero, sempre ha manifestat que va començar a fer ús d'aquest sistema a partir del mes de setembre del 2016 i en cap moment ha acceptat el haver-se apropiat de la quantitat de 257.889,83 €, sinó com a màxim de la meitat. Existien tres procediments que es podien realitzar des de les caixes enregistradores: l'anulació, la invitació i la reducció de tiquets a zero, i en aquest últim cas no era necessari l'ús de cap codi especial i el processat J. M. P. no era l'únic empleat del restaurant que tenia accés a les caixes. Els ingressos en efectiu en els comptes bancaris de l'acusat provenien no sols de l'apropiació dels diners del restaurant M. M., sinó també de la venda de tabac a la Seu d'Urgell, de la part del salari que no era cotitzada i es rebia en efectiu, i de les propines que rebia del restaurant. A més, sobre l'acusació que efectua el Ministeri Fiscal de l'apropiació de part de les propines que els clients efectuaven al restaurant, s'hi oposa, atès que aquests fets no estan recollits en l'acte de processament i per tant, no poden ser objecte d'acusació. Per últim afegir que l'encausat J. M. P. ha rescablat els perjudicis causats, motiu pel quin han desistit la prossecució en el marc del present procediment.

Pel que fa a la qualificació jurídica, considera que els fets només són constitutius del delictes major continuat d'apropiació indeguda per import superior 6.000 €, tipificat en l'article 213 del Codi Penal en relació a l'article 209.1.e) del mateix Codi, del que n'és responsable en concepte d'autor l'acusat J. M. P., en qui concorre la circumstància atenuant prevista en l'article 29.7 del Codi Penal, en haver reparat el perjudici ocasionat. Quan a la penalitat, s'ha de valorar que el seu defensat s'ha reinserit a la societat, havent mantingut una ocupació laboral des del moment en que va sortir de la presó i que es troba molt penedit, demana que la pena de presó no sigui superior a l'any, essent part ferma la part ja complerta en presó provisional, és a dir, 6 mesos i sense cap multa, a l'haver satisfet la responsabilitat civil.

En l'acte de la vista oral, eleva a definitives les seves conclusions provisionals.

CONSIDERANT PRIMER. Els fets declarats provats són legalment constitutius d'un delictes major continuat d'apropiació indeguda amb un perjudici d'un valor superior a 6.000 euros, tipificat a l'article 213 en relació a l'article 209.1.e) del Codi Penal i amb l'article 59 del mateix Codi, en concurs medial amb un delictes menor d'alteració d'enregistrament tècnic, tipificat a l'article 443 en relació amb l'article 60, ambdós del Codi Penal, puix que del relat fàctic exposat resulta amb força d'evidència la configuració de tots els elements subjectius i objectius dels tipus penals esmentats.

Com té declarat aquest Tribunal, comet apropiació indeguda qui, sent posseïdor de bens que li han estat confiats a títol de dipòsit o qualsevol altre que obliga a la seva devolució o lliurament a un tercer, s'apodera dels mateixos amb la intenció de beneficiar-se'n. Així, el que caracteritza el delictes esmentat, és que el subjecte actiu, que no té facultats de disposició sobre els béns, transforma la legítima possessió que li ha estat confiada en domini antijurídic, de la qual causa resulta que sols es pot cometre el delictes quan aquell s'apodera dels bens i els incorpori al seu patrimoni. L'element essencial del delictes d'apropriació indeguda radica en l'incompliment dolós per part de l'agent de l'obligació que li ve imposada de donar la destinació deguda als béns, fent-los seus i disposant d'ells amb una evident finalitat de lucre. L'acció típica del delictes d'apropriació indeguda és la conversió de la possessió legítima en possessió il·legítima i exigeix, com a element subjectiu, un concret dol, el que es coneix com a "animus rem sibi habendi" o intenció de tenir la cosa per a un mateix o de fer-se amo d'allò que no és propi i s'ha rebut amb l'obligació de lliurar-ho a un tercer.

En el supòsit enjudiciat, ens trobem, a més, que si no hi hagués hagut l'alteració de l'enregistrament tècnic comptable de la caixa del restaurant, respecte de les comandes abonades en efectiu, en les que es feia constar informàticament un import zero, no s'hagués pogut portar a terme, ni produir-se, l'apoderament dels diners.

Per tant, estem davant d'un concurs medial d'infraccions, contemplat en l'article 60 del Codi Penal, compte tingut que el delictes menor d'alteració d'enregistrament tècnic fou el mitjà necessari per cometre el delictes major d'apropriació indeguda, entenent el Tribunal que la caixa enregistradora quina manipulació s'havia de realitzar per posar els tiquets a zero, a diferència de l'al·legat per la direcció lletrada de J. M. P., entra clarament dins del concepte previst com a tal en l'article 442 del Codi Penal.

CONSIDERANT SEGON. El processat J. M. P. és penalment responsable, en concepte d'autor, dels delictes esmentats, per haver realitzat personalment els fets que els integren, de conformitat amb allò que disposen els articles 20 i 21 del Codi Penal, com ha quedat perfectament acreditat amb el conjunt de la prova practicada en el plenari i singularment per:

a) la declaració del propi processat, tot i que ha intentat minimitzar i relativitzar la seva manera de procedir -dient que ho feia per poder així cobrir necessitats essencials-, reduint el període temporal en que ho realitzà, com el muntant de la quantitat apropiada;

b) la declaració del propietari del restaurant M. M., Antoni CRUZ COBO, que ha explicat de forma detallada, no sols les funcions i la confiança dipositada en l'aquí acusat, com a responsable de dit restaurant, dient que va ser ell qui personalment el va contractar, degut al seu currículum, vàlua i experiència demostrada, sinó també la troballa casual respecte del *modus operandi* que J. M. P. venia utilitzant per sostreure les sumes de la caixa enregistradora, tancant les factures a zero, en la caixa central, la núm. 2, que era la que emprava el processat, podent recuperar els informàtics de forma retroactiva tots els tiquets que s'havien reduït a import zero, havent-hi incidències a partir del mes de gener de 2013, fins a mitjans del mes de setembre del 2014 -que fou detingut l'acusat-, ascendint aquests tiquets posats a zero de la caixa núm. 2, en els que hi constava el que en realitat s'havia consumit, a un import total de més de 250.000 € -concretament 257.889,83 €-; i

c) la declaració de M. J. M. R., que era la persona que diàriament feia la recollida dels diners de la caixa del restaurant M. M., que els hi portava al seu despatx cada matí el processat J. M. P., mirant ella si tot quadrava, fent els apunts comptables, la qual manifestà a l'acte del judici oral que d'aital disfunció se'n van adonar perquè un client volia pagar una factura que no constava i mirant la comptabilitat va començar a veure la mancança de diners, degut a que els imports dels tiquets havien estat reduïts a zero, arribant a faltar uns 250.000 €, però com que la facturació del restaurant era molt important, aquesta quantitat quedava ben camuflada.

La versió donada per l'acusat, relativa a que la sostracció va començar amb data posterior a la fixada per l'empresa, que la suma que es va apropiat no és tan elevada com la que esmenta l'entitat perjudicada, que l'apoderament dels diners era per cobrir necessitats bàsiques familiars, i que, atès que per posar el tiquet a zero no es precisava cap codi, a diferència del que succeïa en els supòsits d'anul·lació o d'invitació, la manipulació de reduir les factures a zero, ho podia fer qualsevol persona, és del tot inversemblant.

Així la manca de diners des del mes de gener del 2016 -i no des de el mes de desembre del 2016, com mantingué en un principi, ni des del mes de setembre del 2016, com asseverà a l'acte de la vista- i la quantitat total apropiada, 257.889,83 € -no la meitat de dita suma, com en un principi digué, o 150.000 € com afirmà el dia del judici oral- emprant aquest sistema de reducció de l'import de cada factura a zero, ha quedat plenament demostrat per la documental que obra en autes, en quin període de temps, a més d'haver realitzat diferents moviments patrimonials, ha obtingut quantitats molt superiors als ingressos que podia justificar -en un període de 16 mesos, entre el mes de juny del 2013 i agost del 2014, va ingressar en efectiu en una sola entitat bancària del Principat la quantitat de 74.025 €, quan, segons les nòmines percebia anualment uns 19.000 €-, màxim quan no hi ha cap prova que es dediqués a vendre tabac andorrà a La Seu d'Urgell, ni tampoc que cobrés part del seu salari en efectiu i no fos declarat a la CASS, ans el contrari, doncs la testimoni A.. A. C., que era la persona que estava al departament de recursos humans de tots els restaurants de l'entitat G. C., S.L. i que feia les nòmines de tothom, manifestà al plenari que no tenia constància que a J. M. P. se li pagués, a part de la nòmina, altres quantitats, i que només puntualment se li podia abonar alguna prima per objectius, com a director o persona de confiança que era, però en general tot es cotitzava a la CASS.

Endemés, no es pot considerar que les despeses realitzades fossin per cobrir necessitats essencials o bàsiques del processat, doncs, durant dit període de temps, comprà un vehicle marca Toyota i regalà un anell a la seva companya sentimental, amb la que també realitzà alguns viatges de plaer.

Finalment, havent-se constatat totes les apropiacions indegudes denunciades per l'entitat G. C., S.L. des del mes de gener de l'any 2013, fins a la detenció de l'acusat J. M. P., que feia ja 5 anys que treballava al referit negoci de restauració i essent el Director i persona de confiança de la propietat, fins el punt que era el que habitualment feia la transmissió dels diners de la caixa enregistradora a la comptable, s'ha de concloure que no es pot donar la situació per ell apuntada, que algun altre treballador del restaurant utilitzés també la mateixa operativa i menys abans que ell ho portés a terme i també quedant-se sumes considerables, doncs preguntats els diferents testimonis que van comparèixer a la vista oral sobre la possibilitat de realitzar l'operació de posar els tiquets a zero, cap d'ells coneixia o sabia de l'existència de dita possibilitat; sense poder obviar, ni ignorar, que la versió mantinguda per l'acusat queda totalment desvirtuada pel fet, realment transcendent, que mentre ell, durant aquest període de temps, va gaudir de les seves vacances, no es va enregistrar ni una sola modificació de tiquet a import zero.

Per contra i pel que fa a l'import de les propines que els cambrers del restaurant M. M. rebien dels comensals pels serveis prestats i que el Director, J. M. P., els hi havia de repartir, pel que també ve acusat pel Ministeri Públic per quedar-se part de les mateixes, en base a que, en comparació amb els altres restaurants de la societat G. C., S.L., el muntant mensual d'aquestes era molt inferior en aquest establiment, i que en el registre efectuat en el seu domicili se li trobaren i incautaren un total de 5.320,20 €, en monedes d'1 i 2 euros i de 0,5 i 0,2 cèntims d'euro, no pot encabir-se dins del delictes d'apropiació indeguda, al no haver estat processat per aquest concret fet. A més, en aquest cas, els perjudicats serien directament els empleats i no l'empresa de restauració.

CONSIDERANT TERCER. Concorren en el processat J. M. P. les circumstàncies modificatives de la responsabilitat penal, atenuant de l'article 29.7 del Codi Penal, a l'haver reparat el dany ocasionat a la víctima en una mesura rellevant, màxim quan respecte de la resta de quantitats apropiades la propietat ha renunciat a res reclamar, i agreujant de l'article 30.3 del Codi Penal, a l'haver abusat de la confiança que en ell havia dipositat l'empresa restauradora, al fer-lo encarregat i responsable del correcte funcionament del restaurant M. M., sense que l'element relatiu a la confiança sigui *per se* constitutiu del delictes d'apropiació indeguda.

CONSIDERANT QUART. A efectes de determinació de la penalitat, el Tribunal ha de prendre en consideració, de conformitat a l'establert a l'article 56 del Codi Penal, d'una banda, la manca d'antecedents penals de l'acusat, la seva concreta situació personal i familiar, la possibilitat de reinserció social i el penediment mostrat, i, d'una altra, la considerable durada dels fets delictius i la important suma sostreta, que evidència, com abans s'ha dit, que l'apropiació no anava destinada a cobrir necessitats bàsiques.

En base al que s'ha dit i tenint en compte que pel delictes major d'apropiació indeguda per un import superior a 6.000 €, la pena que correspon al susdit tipus penal va d'un a cinc anys, així com la continuïtat delictiva, i que també està constituït un delictes menor, que està castigat amb pena de presó fins a dos anys, s'estima adient, fent aplicació del disposat a l'article 58. 3 del Codi Penal, imposar a l'acusat J. M. P. una pena única i concretament la de tres anys de presó, dels quals sis mesos fermes i la resta condicional simple, amb un termini de suspensió de la condemna de quatre anys i, atès el muntant a que ascendia l'apoderament mensual fins a la data de la descoberta casual de l'apropiació, en funció de l'escassa capacitat econòmica actual de l'inculpat, es fixa una pena de multa, en la quantia de 5.000 €.

CONSIDERANT CINQUÈ : Tot responsable criminalment d'un il·lícit penal ho és també civilment, d'acord amb el que estatueix l'article 90 del Codi Penal. No obstant, no s'escau fer cap pronunciament al respecte en la present causa, a l'haver arribat a un acord extrajudicial l'entitat perjudicada i el processat, havent renunciat aquella a res més reclamar.

CONSIDERANT SISÈ : D'acord amb el què disposen els articles 100.2 del Codi Penal i 174, 175 i 181.1 c) del Codi de Procediment Penal, procedeix imposar a J. M. P. el pagament de les despeses processals causades.

V I S T les disposicions legals aplicables al present cas, en nom del poble andorrà,

D E C I D I M :

CONDEMNAR J. M. P., com a responsable penalment, en concepte d'autor, d'un delictes major continuat d'apropiació indeguda amb un perjudici d'un valor superior a 6.000 euros, en concurs medial amb un delictes menor d'alteració d'enregistrament tècnic, amb la concurrència de les circumstàncies modificatives de la responsabilitat penal, atenuant de reparació del dany ocasionat a la víctima en una mesura rellevant i agreujant d'abús de confiança, a la pena de TRES ANYS DE PRESÓ, dels quals SIS MESOS FERMS I LA RESTA CONDICIONAL SIMPLE, amb un termini de suspensió de la condemna de quatre anys i MULTA en la quantia de CINC MIL EUROS (5.000 €.), així com al pagament de les despeses processals causades.

No hi ha lloc d'exigir responsabilitat civil, a l'haver renunciat l'entitat perjudicada G. C., S.L. a res reclamar, després de l'acord extrajudicial al que arribaren amb l'acusat.

Contra aquesta sentència es pot interposar recurs d'apel·lació davant d'aquest Tribunal, en un termini de quinze dies següents a la notificació, de conformitat amb el què disposa l'article 195, 199 i concordants del Codi de Procediment Penal.

Així per aquesta nostra sentència, ho manem i signem.