

-\*\*-

Sentència 22-00 DE 20 DE NOVEMBRE DE 2000

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

### **ANTECEDENTS DE FET**

**I.-RESULTANT:** Que en la Causa i Rotlle de referència es va dictar pel M.I. Tribunal de Corts sentència de data 24 de maig de 2000 que conté el següent pronunciament: "FALLEM: Que hem de condemnar i condemnem el processat Antoni S.M. com a responsable penalment en el concepte d'autor del delictes major de desenvolupar activitats pròpies del sistema financer sense tenir-ne la facultat legal, sense la concurrència de circumstàncies modificatives de la responsabilitat penal, a la pena de SIS MESOS DE PRESÓ CONDICIONAL i multa de UN MILIÓ (1.000.000) de pessetes i al pagament de les despeses processals causades. Ordenem el desbloquejament dels comptes on estan dipositats els diners i la restitució als titulars de les participacions en proporció a les seves aportacions."

**II.-RESULTANT:** Que el fallo transcrit té com a fonament fàctic els següents fets que la sentència, en el seu primer Resultant, declara com a provats: "Antoni S.M., de nacionalitat espanyola, resident a Andorra des de fa 9 anys, sense antecedents penals i sense disposar d'autorització ni tenir facultat legal necessària per actuar dintre del sistema financer d'acord amb la Llei reguladora de data 19 de desembre de 1996, va crear a finals del mes de maig de 1998, una pàgina WEB a Internet sota el nom d'ANDORRIBEX en la qual reflectia l'índex dels valors aconseguint captar l'atenció de diverses persones que contractaren amb el mateix i li confiaren els seus diners per tal d'invertir-los en borsa.

Cada participació d'ANDORRIBEX tenia un preu de 400.000 pessetes, arribant a gestionar i administrar un fons al voltant de 12.400.000 pessetes participant-hi dotze clients.

Quan es tractava d'inversors espanyols rebia els diners ja sigui en metàl·lic o per transferència bancària a alguns dels comptes que a tal efecte havia obert a les entitats espanyoles Argentaria, Banesto, la Caixa de

Pensions o Banc de Sabadell a La Seu d'Urgell, retirant ell posteriorment els diners en efectiu i ingressant-los als seus comptes a Andorra.

Quan es tractava d'inversions de residents a Andorra rebia l'import de les participacions als seus comptes de Banca Reig o Banc Internacional-Banca Mora.

Contra l'entrega de l'import de cada una de les participacions del fons d'inversió ANDORRIBEX lliurava un rebut que ell mateix havia confeccionat amb el títol "Titulación Participativa" i que portava a l'encapçalament la menció "Fondo de INVERSIONES en FUTUROS, OPCIONES y ACCIONES" que enviava per correu certificat als inversors.

Antoni S.M. a través dels seus comptes de Banca Reig i Banca Mora donava l'ordre oportuna a les esmentades entitats per tal que els fons dipositats fossin invertits.

Havent acordat amb els inversors que la seva remuneració consistiria en un 25% del total dels beneficis obtinguts, tenint dret a percebre unes despeses d'administració de 875 pessetes mensuals per participació. Aquesta activitat es va perllongar durant dos mesos aproximadament.

Els diners dipositats es troben embargats a disposició d'aquesta causa."

**III.-RESULTANT:** Que contra la citada sentència del M.I. Tribunal de Corts es va interposar recurs d'apel·lació davant aquesta Sala Penal per la representació del processat Antoni S.M., fonamentant-se en els arguments exposats en el seu escrit de 23 de juny de 2000, que s'examinaran en el Considerant 2 d'aquesta sentència, als que es va oposar el Mfc. MINISTERI FISCAL que va sol·licitar la confirmació de la sentència de conformitat amb la legislació andorrana, que és l'aplicable i no la dels països veïns. El MINISTERI FISCAL atribueix al processat qualificació tècnica, com a "expert", pel doctorat que presentà, l'actuació del qual ha suposat usurpació de funcions pròpies i exclusives del sistema financer andorrà i de les entitats que dins d'ell poden operar, recordant que un principi fonamental és el que només les entitats bancàries poden rebre diners per a invertir-los en fons i això mateix fou el que feu el processat creant el fons il·legal "Andorribex" pel qual captà diners de diverses persones conegudes, pel que procedeix la confirmació de la sentència les penes de la qual s'han imposat molt moderadament.

**IV.-RESULTANT:** Que en la Vista del present recurs, tan la defensa del recurrent com la representació del Mfc. MINISTERI FISCAL insistiren en els arguments prèviament al·legats en els seus escrits en els tràmits d'interposició i d'oposició al recurs, el qual quedà vist per sentència.

## **FONAMENTS DE DRET**

**I.-CONSIDERANT:** Que la sentència fonamenta la condemna en que la Llei de data 27 de novembre de 1997, per a reforçar la protecció del sistema financer andorrà, introduí en el Codi Penal el nou art. 141 bis, incorporant el tipus penal consistent en exercir o desenvolupar activitats pròpies del sistema financer andorrà sense tenir la facultat legal necessària per a això. La sentència recorda que la Llei de 19 de desembre de 1996 es dictà amb la finalitat de reforçar la protecció dels inversors i que per a aquesta finalitat va definir les activitats pròpies del sistema financer andorrà i les seves condicions d'exercici (especialment en el cap. II, art. 2 a), 2 b) i 5 a), establint en la Disposició final primera que cap persona física o jurídica pot dedicar-se professionalment a les activitats descrites en els art. 2, 3, 4 i 5, sense comptar amb l'autorització corresponent, "sota pena de les sancions que li corresponguin segons la legislació vigent". La sentència afegeix que el processat Antoni S.M. al crear sense autorització administrativa un "fons" denominat "Andorribex", a través del qual gestionava les inversions de dotze clients per a invertir-los en borsa, ha participat en el sistema financer andorrà exercint funcions per a les que no comptava amb cap mena d'autorització. Els títols que lliurava el processat als inversors acrediten la naturalesa de les operacions: dipòsits, accions, opcions, etc. Que tenen naturalesa financera. Antoni S.M. mai ha tingut autorització administrativa per a desenvolupar dites activitats, pel que a l'actuar sense dita autorització realitzant activitats pertanyents al sistema financer, ha incorregut en el tipus de l'art. 141 bis del Codi Penal. La sentència rebutja l'argument de la defensa del desconeixement pel processat de la legislació andorrana, desconeixement que no pot integrar un supòsit d'un "error vencible i encara menys invencible" donada la qualificació de processat que, segons les seves pròpies declaracions, té formació tècnica i és doctor en finances amb un desenvolupat coneixement del món financer, pel que sabia (per haver-ho declarat ell mateix davant el Batlle

instructor) que les úniques entitats que poden participar en aquest tipus d'activitats a Andorra són els bancs i les demés entitats financeres reconegudes com a tals. La sentència ressalta que el processat actuà amb ànim de lucre, donades les comissions que establí al seu favor, i per haver obert a Internet una pàgina web per a captar clients. Com a conclusió punitiva d'aquests raonaments, la sentència imposà al processat les penes de sis mesos de presó condicional i una multa de un milió de pessetes a més del pagament de les costes processals.

**II.-CONSIDERANT:** Que en contra de la sentència el recurrent fonamenta la seva impugnació en els següents arguments (exposats resumidament): a) el processat actuà amb la més absoluta transparència i publicitat; b) també amb la més absoluta seguretat per a les persones que li havien confiat les seves inversions; c) actuà sempre exclusivament a través del sistema financer andorrà, és a dir, a través de les entitats bancàries (andorranes) en les que obrí els corresponents comptes al seu nom; d) en cap moment posà en perill el funcionament normal i segur del sistema financer andorrà; e) actuà sense causar el menor perjudici als inversors de les petites quantitats que li foren confiades; f) desconeixia que fos precís obtenir cap mena d'autorització prèvia; g) encara menys sabia que existís cap prohibició per a portar a terme la seva activitat. En l'escrit d'interposició del recurs, la defensa del recurrent desenvolupa els 7 arguments enunciats. En quant al desconeixement de les normes jurídiques que obliguen a obtenir una autorització prèvia, el recurrent destaca que malgrat l'anunci legal (del Govern andorrà) d'una futura regulació de les activitats financeres no bancàries, fins el moment aquesta normativa no ha estat promulgada, ni tal sols ha estat proposada o plantejada, ni ha estat objecte de cap mena de debat parlamentari, invocant al respecte la Disposició Transitòria 4<sup>a</sup> d) de la Llei d'11 de maig de 1995 i la Disposició Transitòria 6<sup>a</sup> de la Llei d'11 de desembre de 1996. Assenyala també que la tipificació del nou delictes de l'art. 141 bis del Codi Penal només s'havia publicat en el "Butlletí Oficial" en data del 31 de desembre de 1997, és a dir, tres mesos abans de l'inici de les activitats reprotxades al processat, els coneixements del qual sobre la matèria no eren en absolut els que pren en compte la sentència, ja que no té la "formació tècnica adequada" que se li suposa i la seva formació jurídica o bé és nul·la o no passa de ser una formació rudimentària sobre el dret

mercantil espanyol. Al·lega també la defensa que el processat, amb la seva actuació, no ha causat el menor perjudici als estalviadors que confiaren en ell. Que la seva activitat financera real no durà més de dues setmanes i no dos mesos com erròniament diu la sentència en el seu Resultant de fets provats. S'afirma en el recurs que el processat actuà certament amb ànim de lucre, que és lícit i legítim, si bé en realitat no arribà a percebre cap mena de remuneració. Encara, desenvolupant un dels arguments, el recurrent al·lega que el Principat d'Andorra no compta amb un mercat de valors o borsari propi i que, on dits mercats existeixen, qualsevol particular pot accedir a ell amb diners propis o aliens donant instruccions a les entitats o agències legalment acreditades per a realitzar les inversions, quedant dites agències o intermediaris sotmesos a la disciplina de la Comissió Nacional del Mercat de Valors o de qualsevol organisme equivalent, com succeeix en els estats més pròxims, pel que a Espanya o França el processat hauria pogut actuar a través d'una entitat legalment acreditada per l'entitat corresponent, utilitzant diners propis o aliens. Per a concloure la seva argumentació en el recurs s'afirma que en cap cas el processat Antoni S.M. ha realitzat activitats pròpies del sistema financer andorrà sinó que la seva activitat l'ha exercit a través de dues entitats bancàries del sistema financer andorrà, i que cap autoritat administrativa o financera advertí al processat sobre l'eventual il·licitud de la seva activitat, havent declarat en el judici el Director de l'INAF reconeixent que segueixen pendents de regulació les activitats de les Entitats Financeres i dels Gestors Financers. Tot això unit a la manca de promulgació de la regulació anunciada de les Entitats Financeres i dels Gestors Financers condueix a que el recurs hagi de ser estimat i la sentència revocada, amb la lliure absolució del processat. El recurrent formula també una petició subsidiària consistent en la revocació parcial de la sentència per a imposar al processat únicament la pena d'amonestació pública, revocant íntegrament la pena pecuniària de multa imposada en la sentència. Han estat dits arguments els que s'han tornat a exposar a la Vista del recurs, a l'igual que els ja referits del Mfc. MINISTERI FISCAL, que impugnà dits arguments i sol·licità la confirmació de la sentència, com ja havia sol·licitat en l'escrit d'impugnació del recurs.

**III.-CONSIDERANT:** Que l'art. 141 bis del Codi Penal andorrà, al tipificar com a delictes l'exercici d'activitats

pròpies del sistema financer andorrà per una persona mancada de la necessària autorització, ha introduït en el codi punitiu una figura delictiva integrada per un element formal (la inexistència d'autorització que habiliti per a l'exercici d'aquelles activitats) i un element material (que l'activitat desenvolupada sigui pròpia del sistema financer andorrà). La raó de ser del nou tipus delictiu l'explica el propi legislador en l'Exposició de Motius de la Llei Qualificada de Modificació del Codi Penal de 27 de novembre de 1997, que a més d'introduir en el Codi Penal el nou art. 141 bis modificà la redacció dels art. 9, 145, 146 i 226, avançant-se a una reforma integral del Codi Penal de 1990. El legislador fa referència a que el nou tipus delictiu s'introdueix com a conseqüència de la promulgació de la Llei de regulació del règim disciplinari del sistema financer (de la mateixa data 27 de desembre de 1997) "juntament amb la percepció de l'elevat risc econòmic inherent a determinades situacions funcionals irregulars", el que ha evidenciat al legislador "la necessitat de reforçar la protecció dels usuaris de serveis financers i la de l'estructura del mateix sistema financer" front a les actuacions de aquelles persones, físiques o jurídiques, que, sense tenir-ne el dret, operen en l'àmbit propi del sistema financer". El nou tipus delictiu estableix sanció penal per a "el qui desenvolupi activitats pròpies del sistema financer sense tenir-ne la facultat legal, segons les disposicions de la Llei de regulació de les facultats operatives dels diversos components del sistema financer de data 19 de desembre de 1996 o aquella llei que reguli les referides facultats operatives." La sanció penal que s'estableix per a aquells suposats és doble: pena de presó de fins a 5 anys i pena pecuniària de multa fins a vint-i-cinc milions de pessetes. L'amenaça de les dues penes conjuntes (com demostra la copulativa "i" que estableix penes acumulades i no alternatives) es demostrativa de la importància que el legislador andorrà atribueix als actes que incrimina en la nova figura delictiva, en harmonia amb el que ja deia la Llei d'ordenació del sistema financer de 27 de novembre de 1993 al parlar de "les funcions vitals que per el conjunt de l'economia d'un país" corresponen al sistema financer, el que obliga a establir el marc estructural del seu funcionament (d'acord amb una economia constitucionalment definida -art. 28 CA - com a economia de mercat amb llibertat d'empresa) adoptant les mesures que salvaguarden la seva solidesa i la protecció dels interessos generals, normativa continuada per les lleis

d'11 de maig de 1995 i de 19 de desembre de 1996 (específicament pel que interessa al present cas).

**IV.-CONSIDERANT:** Que la citada Llei Qualificada de 27 de novembre de 1997 és d'una gran importància pel Dret penal andorrà no solament per introduir (com a anticipació de la revisió general del Codi Penal) el nou tipus penal de l'art. 141 bis sinó també per la nova redacció que dóna als art. 145 (diners o valors procedents de certs delictes de repressió internacional, com els de tràfic de drogues, segrest, venda il·legal d'armes, proxenitisme o terrorisme), 146 (agreujament de la responsabilitat per actuació amb ànim de lucre) i 226 (revelació maliciosa d'informació confidencial relativa als clients, realitzada per empleats o administradors de banca). Però potser la importància de la nova llei sigui major perquè la nova redacció donada el art. 9 del Codi Penal contempla expressament la responsabilitat penal de les persones jurídiques respecte de certs delictes comesos pels seus òrgans o representants (delictes dels art. 130, 132, 133 i 141 bis a 147), responsabilitat penal de les persones físiques o jurídiques a que fa referència l'Exposició de motius de la nova llei i que suposa obrir una via de ruptura amb un dels principis més arrelats en el Dret penal enunciat en el clàssic aforisme, repetit durant segles, *societas delinquere non potest*.

**V.-CONSIDERANT:** Que a falta de jurisprudència sobre l'art. 141 bis, l'estudi de la nova figura penal permet afirmar que el bé jurídic protegit per la nova norma penal és abans que res el bon funcionament del sistema financer andorrà (essencial en tot Estat) però també la confiança i la seguretat que en dit sistema han de poder tenir els ciutadans que es decideixen a realitzar inversions o operacions bancàries, borsàries o financeres, en l'ampli sentit del terme. A la tutela penal d'ambdós béns mitjançant el nou article del Codi Penal fa referència l'Exposició de motius de la nova llei, segons quedà transcrit anteriorment en el Considerant 3. El nou tipus penal pertany a la categoria de delictes de mera activitat, ja que el nucli de l'acció delictiva es troba en "exercir" activitats pròpies del sistema financer sense atendre per res al resultat d'aquell exercici. La tipificació respon a la tècnica legislativa de la "lleï penal en blanc", el que significa que en cada cas és necessari integrar el supòsit de fet d'aparença delictiva amb els elements formals i materials subministrats per les normes administratives

aplicables que en cada cas omplen o donen vida a la figura delictiva.

**VI.-CONSIDERANT:** Que el que s'acaba de dir en el Considerant anterior té utilitat per a considerar irrellevants certs arguments del recurs, per la seva nul·la incidència en el tipus delictiu. Aquest és l'argument sobre la major o menor preparació tècnica del processat per a poder operar en el complex món dels mercats financers i els seus productes. La llei no exigeix o qualifica un determinat grau de preparació i l'experiència demostra que persones amb molt poca formació cultural o tècnica, però dotats d'intuïció, han pogut aconseguir fama i fer grans fortunes operant en dits mercats (i la inversa: persones molt sabies i titulades són amb freqüència incompetents per a actuar en el món de la borsa o de les finances). Aquest és també l'argument de l'actuació transparent i amb publicitat (apartat a) de l'escrit d'interposició) per quant aquesta circumstància no contribueix a configurar el delicte i perquè l'activitat bancària, borsàries o financera contemplada ha de realitzar-se necessàriament mitjançant circuits bancaris i/o d'inversió, el que suposa sempre un cert grau de publicitat, que es necessita per altra part per a la captació de clients. La mateixa observació procedeix en quant a que el processat solament desenvolupà la seva activitat sense autorització durant un temps molt breu (inferior als tres mesos que indica la sentència i que més aviat s'ha de situar en dues setmanes) ja que per a la comissió del delicte la llei no exigeix un termini durant el qual es mantingui o perllongui l'actuació pròpia del sistema financer si aquesta no està autoritzada. S'ha de dir el mateix respecte de l'argument de l'actuació prudent o segura (lletres b) així com d'haver actuat sempre a través d'entitats bancàries andorranes mitjançant comptes oberts a nom del processat (lletres c), i sense posar en perill ni causar el més mínim dany als petits inversors que confiaren en el processat lliurant-li els seus diners (arguments de les lletres d) i e), ja que, d'acord amb el que s'ha dit, el delicte de l'art. 141 bis no és un delicte de resultat que exigeixi la producció de lesió patrimonial sinó un delicte de mera activitat (exercici d'una activitat no coberta per la preceptiva autorització administrativa) que ni exigeix producció de lesió o perjudici patrimonial, ni actuació clandestina, secreta o enganyosa. El que el processat hagi actuat amb prudència i no hagi causat dany ni perjudici als inversors es tradueix en que, en el seu cas, la condemna no pot incloure la indemnització o



resarciment en concepte de responsabilitat civil, i pot influir també en la reducció de la pena però no pot afectar a la comissió del delictes que ha pogut produir-se igual. És evident que una actuació clandestina, fingida o enganyosa, al marge de les vies d'inversió oficialment establertes, i amb resultat de apoderament o de perjudici final pels inversionistes, hauria pogut situar els fets no solament en l'òrbita de l'art. 141 bis del Codi Penal sinó que podria caure a més dintre dels tradicionals delictes d'apoderament que el Codi Penal regula (art. 247, 248, 328 del Codi Penal). Donat que cap de les circumstancies invocades es contemplada en el tipus penal, tota consideració sobre les mateixes és irrellevant als efectes de la possible existència del delictes (sense perjudici de que puguin ser pressos en consideració en ordre a la reducció de la pena que pogués correspondre en el cas concret). Amb això el *thema decidendum* queda limitat a resoldre si en els fets descrits en la sentència - i que romanen inalterats en aquesta superior instància - concorren l'element formal del delictes (la necessitat d'autorització administrativa sense contar amb ella el processat) i l'element material (naturalesa financera de l'activitat desenvolupada, que subministra el contingut material de l'injust típic). L'estudi sobre dits elements ha de completar-se amb el de la invocada ignorància sobre la necessitat de l'autorització administrativa i la ignorància o error sobre la prohibició d'exercir l'activitat considerada financera sense la cobertura d'una autorització prèvia, relacionant ambdues al·legacions - apartats f) i g) - amb l'absència de tota advertència per part de l'autoritat administrativa o financera sobre la il·legalitat de l'exercici de les activitats de referència.

**VII.-CONSIDERANT:** Que el nou tipus penal de l'art. 141 bis es recolza sobretot en la falta d'autorització administrativa ja que es tipifica la realització d'activitats del sistema financer "sense tenir-ne la facultat legal". Per concretar aquesta facultat el precepte es remet a les "disposicions de la Llei de regulació de les facultats operatives dels diversos components del sistema financer, de data 19 de desembre de 1996", si bé, per tractar-se d'una legislació encara no estable, el precepte es remet també amb caràcter subsidiari (al·ludit amb la preposició "o") a qualsevol altra llei que pugui regular aquelles facultats operatives. És evident que el processat realitzà tots els actes descrits en el primer Resultant de la sentència recorreguda sense comptar amb cap mena

d'autorització administrativa, com té reconegut en les seves declaracions i en el mateix recurs a l'argumentar sobre la inexistència a Andorra d'un mercat borsari o de valors i, sobre tot, "la manca de promulgació i publicació de la regulació anunciada (per part del Govern andorrà) de les Entitats Financeres no bancàries i dels Gestors Financers". La ja citada Llei de 19 de desembre de 1996, reguladora de les facultats operatives dels diversos components del sistema financer (dictada en compliment de la disposició transitòria 4<sup>a</sup> de la Llei d'11 de maig de 1995), ja anticipa en la seva Exposició de motius que "es manté el principi que només les entitats bancàries tenen la facultat de rebre habitualment del públic dipòsits i altres fons reemborsables", degut a què el legislador vol "prioritzar la seguretat dels dipositants i que faciliti els procediments de lluita contra el blanqueig de diner procedent del crim organitzat". Sense contradicció amb l'anterior, la llei precisa les "condicions que les entitats financeres així com qualsevol altra empresa mercantil han de complir per a poder incorporar a la seva estructura financera fons reemborsables en contrapartida d'una emissió de determinats valors". En efecte, els preceptes de la llei, després de descriure el sistema financer andorrà (art. 1) regulen les entitats operatives del sistema, començant per les "entitats bancàries" (art. 2), seguint per les "entitats financeres no bancàries de crèdit especialitzat" (art. 3), les "entitats financeres d'inversió" (art. 4), les "entitats financeres de serveis diversos" (art. 5), per a concloure amb les "entitats de caràcter financer que no formen part del sistema financer" (art. 6) i amb l'actuació de les "companyies d'assegurances i de reassegurances" (art. 7). És important assenyalar que l'article 9 estableix la "interdicció de les entitats no bancàries de rebre habitualment del públic dipòsits i altres fons reemborsables", prohibició que reafirma en l'apartat a) del citat article. Encara ha d'assenyalar-se que l'art. 10 disposa textualment: "L'autorització per exercir activitats en l'àmbit financer s'atorgarà només a persones jurídiques de dret andorrà", qualitat que òbviament no ostentava el processat. La Disposició transitòria 1<sup>a</sup> de dita llei, lletra a) regula amb deteniment el procediment per a que les persones físiques o jurídiques que, en virtut de l'art. 5 de la Llei, passin a formar part del sistema financer, hauran d'instar un "expedient d'adequació de la seva autorització", per a el que s'ha d'acreditar la concurrència dels requisits exigits segons es tracti de persones jurídiques (núm. 1) o de

persones físiques (núm. 2), concedint en el seu apartat b) un termini de tres mesos (a partir de l'entrada en vigor de la llei) per a presentar dites sol·licituds davant el Ministeri de Finances, amb la conseqüència establerta en la lletra c) que "la no presentació de la sol·licitud d'adequació equival a la renúncia a l'autorització" (en el cas de preexistir). L'apartat c) de la disposició referida estableix que es pot concedir l'adequació provisional d'una autorització ja existent a persones físiques per a l'exercici professional dels serveis d'assessorament financer i de mediació financera integrats en el grup corresponen a les entitats financeres de serveis diversos, si bé en aquest cas els interessats hauran d'adaptar, abans del 31 de desembre de 1997, la seva actuació a l'establert en l'art. 10. La conclusió final de tota la regulació s'assenyala en l'apartat g) disposant que un cop obtinguda la declaració d'adequació, les entitats que s'incorporen al sistema financer han d'adaptar la seva estructura, abans del 31 de desembre de 1997, d'acord amb el determinat en la llei d'ordenació del sistema financer de 27 de novembre de 1993. Com sigui que, pel que es refereix a l'actuació del processat en aquesta causa, cap d'aquests supòsits n'apareixen acomplerts, és precís concloure que aquest mancà en tot moment de la preceptiva autorització administrativa per a desenvolupar les activitats descrites en el primer Resultant de la sentència, autorització de la que mancava abans de la referida llei i que no apareix acreditat que obtingués després. I completant tot el que s'ha dit s'ha d'assenyalar que la Disposició final 1ª de la citada norma és molt taxativa al disposar: "*Cap persona, física o jurídica, pot dedicar-se professionalment a les activitats relacionades en els articles 2, 3, 4 i 5 si no té la autorització corresponent d'exercir-les, sota pena de les sancions que li corresponguin segons la legislació vigent*". La "pena de les sancions que corresponguin" ens remet precisament doblement a les sancions administratives establertes en el Cap. IV (art. 13 i ss.) de la citada Llei, que prèviament tipifica les faltes com a molt greus (art. 15), greus (art. 16) i lleus (art. 17), enumerant les sancions en l'art. 18 i, a la mateixa vegada i per a quan procedeixi la seva aplicació, a la figura delictiva de l'art. 141 bis incorporat al Codi Penal per altra Llei de la mateixa data per a sancionar penalment l'exercici il·legal, per persona mancada d'autorització, de les activitats pròpies del sistema financer definides en els art. 2, 3, 4 i 5 de la citada Llei. I sent cert que - com va assenyalar encertadament el recurrent - les sancions a

les infraccions sobre la disciplina dels mercats de valors, mercats borsaris, sistemes bancaris, tec... no han de ser sancionades necessàriament per via penal, sinó que és possible que un òrgan administratiu adequat interposi les corresponents sancions administratives per a mantenir aquella disciplina, el cert és que el legislador pot, si ho considera procedent, tipificar dites infraccions al sistema financer com a fets delictius mitjançant la fórmula d'un o varis tipus penals "en blanc", com així ha fet el legislador andorrà al introduir el nou art. 141 bis del Codi Penal (sense oblidar que quan el legislador prefereix utilitzar sancions administratives, no penals, curiosament les multes solent ser de quantia molt superior a la que es pot imposar quan la infracció es sanciona penalment).

**VIII.-CONSIDERANT:** Que procedeix analitzar si l'activitat desenvolupada per l'acusat (durant el breu termini que consta en la causa) pot considerar-se que són actes propis de l'activitat financera. La Llei de 27 de novembre de 1993, d'ordenació del sistema financer, en el seu art. 5 regulava les entitats financeres no incloses en els articles anteriors, no pertanyents als grups d'entitats bancàries ni al d'entitats financeres amb activitat creditícia. Entre les activitats que dites "altres activitats financeres" podrien desenvolupar (comptant amb la preceptiva autorització) s'inclou la gestió de patrimonis, les societats d'inversió, les societats de cartera, les de fons mutus, etc... afegint el precepte que "les entitats enquadrades en aquest grup no poden rebre diner directament del públic en concepte de dipòsit". La Llei de 19 de desembre de 1996 en els seus art. 2, 3, 4 i 5, descriuen les activitats pertanyents al sistema financer andorrà, incloent a més de les operacions bancàries, les operacions de crèdit hipotecari, arrendament i compra financera, així com les activitats d'inversió, gestió de patrimoni, canvi de moneda, assessorament i mediació financera. És a la vista d'aquesta definició legal com es pot respondre a la pregunta de si les activitats desenvolupades pel processat són pròpies o típiques de les que corresponen al sistema financer andorrà. I aquesta resposta ha de ser necessàriament afirmativa a la vista dels fets que la sentència declara provats, per quant el processat captà i rebé diners de persones a les que coneixia, per a invertir-los i obtenir la corresponent rendibilitat, creant a la xarxa "internet" una pàgina "web" anunciant un fons anomenat "Andorribex", al nom del qual lliurava els corresponents rebuts o justificants del

dipòsit rebut sota el nom de "titulació participativa" en el "fons d'inversions en futurs, opcions i accions." Aquesta activitat correspon al sistema financer andorrà, definit en les normes jurídiques vigents. L'art. 9 de la Llei de 19 de desembre de 1996 expressament estableix que les entitats financeres no bancàries i les entitats no financeres no estan facultades per a rebre habitualment del públic dipòsits i altres fons de diners reemborsables. I l'art. 15 a) de la Llei de 27 de novembre de 1997, reguladora del règim disciplinari del sistema financer (de la mateixa data que la llei que introduí el nou art. 141 bis en el Codi Penal) tipifica com a infracció molt greu la recepció de diners del públic en forma de dipòsits o altres fons reemborsables sense tenir la capacitat legal, de conformitat amb l'art. 9 de la citada Llei de 19 de desembre de 1996, al que es remet expressament, falta per a la qual contempla sancions administratives molt més severes que les imposades en la sentència recorreguda. L'exercici de dites activitats financeres per qui no està capacitat per això i a més manca de la preceptiva autorització administrativa és el que integra la antijuridicitat, material i forma, del nou art. 141 bis del Codi Penal pel que ha estat processat i acusat Antoni S.M..

**IX. -CONSIDERANT:** Que en el recurs s'al·lega també que el processat mai fou advertit ni amonestat sobre la il·legalitat de la seva actuació, que desenvolupà amb transparència, circumstància que unida a la seva limitada titulació professional permet al·legar error de prohibició, com a error invencible, ja que el processat no tenia consciència de la il·licitud de la seva actuació. Com ja declarà aquesta Sala Penal en la seva Sentència de 20 d'octubre de 1992 "en la figura jurídica de l'error es pot distingir el denominat "error de tipus", que afecta als elements essencials de la infracció penal incidint sobre la tipicitat, i "l'error de prohibició", com a creença errònia d'estar actuant lícitament, que incideix sobre la culpabilitat. Però la regulació del Codi Penal andorrà no preveu aquestes dues categories d'error (que en la doctrina tradicional es venien tractant partint de la distinció entre *error facti* i *error iuris*) i en lloc d'aquella distinció el Codi Penal andorrà dóna a l'error un tractament unitari amb la distinció fonamental que pugi tractar-se "d'error invencible" o "d'error vencible". El primer (art. 12 CPA) pot traduir-se en exclusió de la responsabilitat penal o en exclusió de l'agreuement de la pena. El segon (art. 13 CPA) es tradueix en una degradació

de la infracció penal, que es castigarà com si fos culposa. En el cas que es jutja resulta que l'error o desconeixement al·legat en el recurs no apareix provat, ni directa, ni indirectament, i sent un fet impeditiu o exhonerador de la responsabilitat penal al processat corresponia no solament a l'al·legació sinó també la prova (d'igual manera que a l'acusació correspon la prova del fet delictiu). En tot cas, la ignorància o l'error, d'existir, no pot dir-se que fos invencible ja que seria summament fàcil sortir d'ell amb només consultar les lleis dictades i publicades en el "Butlletí Oficial" o fins i tot, sense necessitat d'acudir a dita publicació, amb formular una consulta davant les Autoritats financeres del Principat, consulta que no es va acreditar que s'hagués realitzat. I si l'error era vencible, la seva única eficàcia, com ja es va dir, és incidir en una reducció de la pena, a la qual s'arriba també pels raonaments que s'exposen en el següent Considerant.

**X.-CONSIDERANT:** Que amb caràcter subsidiari la defensa del processat ha sol·licitat una reducció de la pena, que hauria de quedar limitada a una simple amonestació. En relació amb aquesta petició s'ha d'assenyalar que els arguments que abans s'han descartat com a inoperants per a eliminar el delictes poden servir en canvi per a atenuar i reduir al màxim la pena. Entre dits arguments: el poc temps d'activitat; la poca quantia de les inversions captades; la poca formació tècnica del processat; la seva actuació transparent i la no creació de cap mena de risc ni de danys o perjudicis ni pel sistema financer andorrà ni pels inversors, afegit a la devolució dels dipòsits, desbloquejats pel M.I. Tribunal de Corts després de la sentència dictada, són raons que justifiquen l'atenuació de la pena donat que davant de dits arguments no concorre cap mena de circumstància d'agreujament, pel que el recurs ha de ser estimat en aquest punt. Ara bé, aquesta atenuació únicament pot fer-se dintre de la punició establerta en l'art. 141 bis del Codi Penal que, com hem dit al principi, contempla la imposició acumulativa (partícula "i") de dues penes, una de presó fins a 5 anys i altra pecuniària fins a 25.000.000 de pessetes. Dins d'aquest marge de punició la sentència ha imposat ja penes que poden considerar-se mínimes sent la pena de sis mesos de presó de caràcter condicional i per tant de no compliment, pel que l'únic que s'ha de fer és reduir la pena de multa la imposició de la qual no pot prescindir-se però que en atenció a les

circumstancies exposades (i que contempla l'art. 53 CPA) procedeix reduir a dues-centes mil pessetes.

**XI.-CONSIDERANT:** Que per tot el que s'ha raonat procedeix estimar parcialment el recurs del processat únicament en quant a la petició subsidiària de reducció de la pena en el sentit que queda expressat en el paràgraf anterior, havent-se de declarar, en conseqüència, d'ofici 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,

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

## **D E C I D I M**

**1.-** Estimar parcialment el recurs del processat Antoni S.M. contra la sentència del M.I. Tribunal de Corts de data 24 de maig del 2000, en la causa referida, únicament en el particular de reducció de la pena, en l'únic punt del qual es revoca la sentència per a condemnar al processat com a autor del delictes de l'art. 141 bis Codi Penal Andorrà pel que fou acusat a les penes de sis mesos de presó condicional i multa de dues-centes mil pessetes, desestimant el recurs i confirmant la sentència íntegrament en tota la resta.

**2.-** Declarar d'ofici les costes processals corresponents al present recurs.

**3.-** 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.