

SENTÈNCIA 09-02 DE 9 DE MAIG DE 2002

Ponent: M.I. Sra. Marie CONTE

ANTECEDENTS DE FET

I.- RESULTANT: Que en la causa de referència pel M.I. Tribunal de Corts es va dictar sentència amb data 26 de març de 2001 que va condemnar als acusats a les següents penes com a responsables dels següents delictes: a l'acusat François R.V., en concepte d'autor d'un delicte d'alteració i destrucció de dades o programes d'un sistema informàtic de l'art. 267 del Codi Penal; del delicte de còpia indeguda de dades o programes d'un sistema informàtic aprofitant-se del seu càrrec, de l'art. 269 del Codi Penal; als acusats François R.V. i Gerard M.G., com a autors d'un delicte d'utilització o reproducció indeguda de dades o programes d'un sistema informàtic, de l'art. 268 del Codi Penal; a l'acusat Gerard M.G., com a autor del delicte d'ús de dades o programes informàtics obtinguts indegudament, de l'art. 270 del Codi Penal i a l'acusat Josep F.M., com a encobridor dels delictes dels arts. 268 i 270 del Codi Penal, a les següents penes: - Dotze mesos de presó condicional a François R.V.; - Vuit mesos de presó condicional a Gerard M.G.; - Sis mesos de presó condicional a Josep F.M.; condemnant a més a tots els acusats al pagament per parts iguals de les despeses processals causades. En concepte de responsabilitat civil la sentència condemna solidàriament a François R.V., Gerard M.G. i Josep F.M. a indemnitzar al Sr. Francis T. i a la societat INFORMÀTICA 2000 en la suma de TRENTA MILIONS de pessetes (30.000.000) més UNA PESSETA (1) en concepte de perjudici moral.

II.- RESULTANT: Que contra l'esmentada sentència es van interposar recursos d'apel·lació per Francis T. i la societat INFORMÀTICA 2000, sota la representació i defensa de l'Advocat En Manuel PUJADAS DOMINGO, així com pels processats condemnats en la sentència, François R.V., representat pel Lletrat En Josep PARRAMON LLAVET; i Gerard M.G. i Josep F.M., sota la representació i defensa de l'Advocat Jesús JIMÉNEZ NAUDÍ, tots els quals van comparèixer davant aquesta Sala Penal per mantenir les seves impugnacions, compareixent també el Mgfc. MINISTERI FISCAL que es va oposar a tots els recursos sol·licitant la confirmació íntegra de la sentència.

III. RESULTANT: Que en el recurs en nom del perjudicat Francis T. i de la societat INFORMÀTICA 2000 se sol·licita la revocació parcial de la sentència en el sentit de condemnar als tres processats en concepte d'autors dels delictes tipificats als arts. 267, 269 i 270 del Codi Penal i, si s'escau, en l'art. 268 del mateix Codi, a la pena de deu anys i mig de presó, part de la qual podrà ser com a condemna condicional qualificada, condicionada al pagament de la indemnització que s'acordi; condemnant-los al pagament d'una indemnització de vuit-cents seixanta-quatre o mil milions de pessetes (864 o 1000 milions de pts.) pel perjudici empresarial causat, segons el criteri avaluador que vulgui apreciar la Sala Penal; cent tretze milions tres-cents cinquanta-nou mil tres-cents vint-i-tres pessetes (113.359.232 pts.) pel perjudici material causat a Francis T., a la seva esposa i als seus fills; confirmant en tots els extrems els altres pronunciaments de la sentència apel·lada. En el seu recurs sol·licita que s'admeti la compareixença escrita de l'Administrador Judicial de la fallida del Grup INFORMÀTICA 2000, càrrec ostentat pel Sr. Josep Maria T.A., sol·licitant que se l'escolti com a prova testifical el dia de la vista oral del recurs d'apel·lació.

IV.- RESULTANT: Que en el recurs del processat François R.V. se sol·licita la revocació de la sentència amb absolució de l'esmentat processat recurrent, alhora que mitjançant Altressí sol·licita la nul·litat de les actuacions realitzades en el curs del procediment per entendre que s'havia vulnerat el dret fonamental a la jurisdicció, sol·licitant la retroacció del procediment al moment en què es va cometre la infracció per a que es procedeixi a la pràctica de la prova que li va ser rebutjada consistent en accedir a la pàg. "Web" d'internet assenyalada als autes per a demostrar l'existència l'any 1990 dels programes informàtics als que es refereix la sentència, insistint en la pràctica de la prova pericial informàtica que indica.

V.- RESULTANT: Que en els recursos interposats en nom dels processats Gerard M.G. i Josep F.M. es va formular abans de tot oposició al recurs de Francis T. i es va impugnar la seva legitimació processal per a reclamar la indemnització ja que es trobava declarat en fallida, situació que l'inhabilita per a realitzar aquella petició, sol·licitant l'absolució dels seus defensats, alhora que respecte a la prova proposada en el recurs de Francis T. relativa a la testifical de l'Administrador de la fallida, sol·licitava que es practiqués de manera contradictòria i

no de manera unilateral, oposant-se en aquest cas a la seva admissió.

VI.- RESULTANT: Que el MINISTERI FISCAL es va oposar als recursos i va sol·licitar la confirmació de la sentència recorreguda.

Pel que fa al recurs del perjudicat Francis T., el Ministeri Fiscal manifesta que s'oposa a la seva pretensió de considerar als tres processats responsables en concepte d'autors, sigui per autoria directa o per inducció, dels arts. 267, 269 i 270 o, en el seu cas, de l'art. 268, degut a que la seva intervenció en els fets va ser diferent, segons explica i raona la sentència s'oposa a la pretensió que el recurrent realitza respecte de la pena imposada a la sentència, perquè el Tribunal ja ha tingut en compte i ja ha valorat la importància dels fets conjugant-la amb les altres circumstàncies concorrents als fets o a les persones dels processats. I també s'oposa a la petició de revocació parcial de la sentència en la part referent a la responsabilitat civil ja que no es pot estimar que la fallida va venir motivada exclusivament per les actuacions dels processats.

Respecte al recurs del processat François R.V., en primer lloc el Ministeri Fiscal considera suficients les proves pericials practicades per experts en informàtica, que van servir per a demostrar la participació del processat recurrent en els fets. Referint-se a la nul·litat d'actuacions el Ministeri Fiscal considera que tant en la instrucció com en la celebració del judici oral es varen respectar els principis de contradicció i d'igualtat d'armes i per tant el dret de defensa. Respecte a la denegació de la prova pericial, està totalment justificada, perquè ha estat proposada en moment processal no oportú, un cop començades les sessions del judici oral i després d'haver-se practicat els interrogatoris dels processats.

Pel que fa als recursos dels processats Gerard M.G. i Josep F.M., el Ministeri Fiscal s'hi oposa, perquè considera degudament provats, en tot el que a ells es refereix, els fets pels quals han estat condemnats. S'oposa a la impugnació de la legitimació processal del fallit Francis T. perquè ja va ser acceptada al judici oral i a criteri del Ministeri Fiscal l'art. 15 del Decret de Fallida no pot impedir a la víctima o perjudicat per un delictes l'exercici de les accions civils i penals derivades del delictes (art. 18 de la Llei Qualificada de modificació del Codi de Procediment Penal).

VII.- RESULTANT: Que la Sala va dictar Aute amb data 17 d'octubre de 2001 acceptant els recursos d'apel·lació interposats pel perjudicat Francis T. i INFORMÀTICA 2000 i pels tres processats François R.V.,

Gerard M.G. i Josep F.M., acordant denegar la pràctica de la prova pericial per experts informàtics, proposada en el recurs del processat François R.V., per considerar que, a més d'haver estat proposada extemporàniament, resultava intrascendent, acceptant contràriament la compareixença de l'Administrador de la fallida i el seu testimoni, amb contradicció de les parts, a la vista dels recursos, que es va procedir a assenyalar.

VIII.- RESULTANT: Que en la sessió assenyalada per a celebrar la vista dels recursos es va procedir en primer lloc a escoltar la declaració i testimoni de l'Administrador de la fallida, amb intervenció de les parts i del Ministeri Fiscal. A continuació informaren extensament els Lletrats defensors de cada recurrent en recolzament dels seus respectius recursos, resumint els arguments exposats en els seus respectius escrits, insistint en les pretensions de revocació de la sentència ja formulades, informant també el Ministeri Fiscal, que va tornar a impugnar tots els recursos sol·licitant la confirmació íntegra de la sentència. Conclous tots els informes van quedar els recursos vistos per a sentència, que es pronuncia amb una dilació que no és habitual en aquesta Sala, degut a l'excepcional volum de la causa i a la nombrosa documentació tècnica de gran complexitat que ha estat necessari examinar i ponderar, així com els oposats arguments dels recurrents respecte dels diferents problemes plantejats tant en relació amb els fets delictius imputats als processats com en relació amb la responsabilitat civil que tant per la seva quantia com per les circumstàncies que concorren té especial importància en la causa.

FONAMENTS DE DRET

I.- CONSIDERANT: Que de la declaració o testimoni de l'Administrador de la fallida a la vista del recurs s'ha de destacar el seu reconeixement que es van designar dos administradors judicials mancomunats (el declarant TEJERO i Josep CASADEVALL), com expressa el nomenament; així com la resposta a preguntes dels Magistrats del Tribunal: que l'any 1990 Informàtica 2000 tenia problemes econòmics per molts milions de pessetes, reconeixent que segons l'escrit presentat en el procediment de cessació de pagaments es reconeix un deute de més de cent seixanta-cinc milions de pessetes, agreujant-se la situació el 1991 i precipitant-se els fets el 1992; que en el procediment de cessació de pagaments i fallida van arribar a un acord o "concordat" el qual no es va acomplir per l'actitud d'alguns dels creditors més importants (com IBM., Banca Cassany, etc...) " i aquesta fou la raó per la que s'hagué d'arribar a la

fallida"; que no es van constituir com a part acusadora en la forma mancomunada indicada "perquè no volen la presó per a ningú sinó només rescabalar les indemnitzacions o diners per repartir-los entre els creditors de la fallida".

II.- CONSIDERANT: Que a l'informe recolzant el recurs del querellant Francis T. i INFORMÀTICA 2000 es va destacar que els processats van cometre deu actuacions típiques dels tres delictes informàtics pels quals van ser acusats, així com de la seva participació als fets, com a responsables penals, a títol d'autors i encobridors, així condemnats en la sentència, si bé les penes que els han estat imposades són considerades notablement insuficients per l'acusació particular, que entén que les penes previstes s'haurien d'aplicar en grau màxim, per deixar ben clar que Andorra no és un lloc ideal per realitzar aquest tipus de contraban o pirateria informàtica, per la qual cosa interessen la petició de revocació parcial de la sentència per a l'agreuament de les condemnes. Respecte a l'acció civil, al mateix recurs s'afirmà que davant el Tribunal de Corts la defensa va admetre la intervenció de l'Administrador Sr. Tejero en nom d'Informàtica 2000, com a administrador de la fallida, si bé els administradors no van poder formalitzar la seva querella per ser dos i estar designats en forma mancomunada, no essent possible comptar amb la presència del Sr. Casadevall, actualment absent. Per la seva part la defensa de dos dels processats Gerard M.G. i Josep F.M. va precisar que no es va oposar a la presència a la causa de Francis T. com a acusador, en exercici de l'acció penal, perquè pot portar endavant una acció penal com a acusador popular; però si es va oposar i s'oposava a la seva actuació com a actor civil, la qual no pot exercitar-la aquell perquè no li correspon, no li pertany, corresponent el seu exercici o bé al Ministeri Fiscal o bé a les persones que puguin actuar pels creditors, opinió que es correspon amb la de les lleis francesa i espanyola, les quals ha acompanyat al seu escrit. En aquest punt, la mateixa defensa respecte a l'Administrador judicial de la fallida va observar que es tracta d'una administració compartida per dos administradors, la qual cosa impedeix actuar a un de sol.

III.- CONSIDERANT: Que dels informes de les tres defenses, en el fons coincidents per la remissió en el recurs de François R.V. al que més extensament se sosté als recursos de Gerard M.G. i Josep F.M., (després de fer esment a les dificultats econòmiques i financeres que venia travessant INFORMÀTICA 2000 des del 1990, que es van agreujar definitivament quan els Bancs van retirar les seves facilitats i quan les multinacionals del sector deixaren de col·laborar), se sosté que no existeix relació

de causalitat entre el suposat frau informàtic i la fallida. S'assenyala determinats fets que erròniament la sentència declara provats. Respecte a les figures delictives es va destacar que no estem davant delictes contra la propietat intel·lectual ni industrial, sinó que estem davant delictes informàtics; que els programes copiats no van ser 484 sinó 13, no essent igual "arxius" que "programes" ("objectes" segons els perits); que tots els programes parteixen del número de l'ordinador on s'han creat i cap correspon a INFORMÀTICA 2000, perquè els tècnics dels programes anaven als domicilis dels clients i allà creaven el nou programa (per la qual raó porten el número de l'ordinador del client), deixant una còpia a l'empresa INFORMÀTICA 2000. Respecte a l'anomenat "programa trampa", va assenyalar la defensa que era propietat intel·lectual del processat Gerard M.G., que el va utilitzar només una vegada als sols efectes de comprovar el seu funcionament, com acostuma a fer-se sempre que es crea un producte informàtic; i que la seva creació va obeir a servir com "una clau per poder passar les còpies a un altre ordinador", sense que en la causa existeixi cap prova que aquest programa fos efectivament utilitzat a d'altres ordinadors, per la qual cosa estar en possessió d'una "clau" (una clau falsa) no vol dir que l'hagi utilitzat per a cometre delictes i la possessió de claus falses només pot penar-se quan estigui tipificada com a delicte (com succeeix en els casos de robatori), no existint per als delictes informàtics aquesta tipificació dels que poden considerar-se actes preparatoris. Per aquesta manca de tipificació dels fets atribuïts al processat Gerard M.G. se sol·licita la seva absolució. I respecte a Josep F.M. MANSA, que només s'ocupava dels ordinadors petits, dels "PC", la sentència, en no poder declarar-lo autor el declara encobridor, la qual sentència s'impugna en aquest punt perquè en l'actuació de l'esmentat processat només pot veure's una "deslleialtat professional" o laboral però no una actuació delictiva. El Ministeri Fiscal en la sessió del judici va haver de modificar les seves conclusions perquè no podia encaixar l'actuació de Josep F.M. ni com a autor ni com a còmplice en la comissió del fet delictiu, per la qual cosa va reduir la seva intervenció a la d'encobridor. Però tampoc procedeix considerar encobridor al processat Josep F.M. per manca de coneixement de les actuacions prèvies dels altres processats i per la inexistència d'ajuda per la comissió del fet. En ordre a la responsabilitat civil, la defensa va insistir en l'argumentació del seu escrit de recurs. Sempre s'ha oposat a que el querellant pugui exercitar l'acció civil per al rescabament dels danys o perjudicis que afirma causats a INFORMÀTICA 2000 perquè aquesta acció no li pertany a ell, com a conseqüència de la declaració de la fallida; la

legislació andorrana sobre cessació de pagaments i fallides es correspon en aquest punt amb la legislació francesa i amb l'espanyola, aportades a títol il·lustratiu amb l'escrit de recurs. A l'informe de la vista s'ha insistit que la reclamació civil, tal com ha estat plantejada, afecta negativament el dret de defensa, que no pot saber en base a quins conceptes es fixa l'import. El Ministeri Fiscal va deixar la fixació de la indemnització procedent a criteri del Tribunal. Però entén la defensa que tractant-se de l'acció civil s'ha de resoldre "secundum allegata et probata" sense que correspongui al Tribunal ni al·legar ni provar. Estant Francis T., les seves empreses INFORMÀTICA 2000 i DIAM, així com la seva esposa Manuela ABELLA, declarats formalment en fallida des del 27 de novembre de 1992, el Sr. Francis T. no pot exercitar en nom propi l'acció civil i tampoc pot fer-ho com a soci d'INFORMÀTICA 2000. Els que únicament podrien exercitar aquesta acció, a més del Ministeri Fiscal, serien els Administradors Judicials. Però el Ministeri Fiscal no ha fet cap reclamació i els Administradors conjunts no es van constituir com a part civil (actor civil) en la causa penal, a la qual mai han arribat a comparèixer. En tot cas, la responsabilitat civil per al Sr. Gerard M.G. no seria, com diu la sentència, la responsabilitat per la fallida (que no està en relació de causa i efecte amb els fets denunciats, sinó que aquesta fallida va ser conseqüència de la situació econòmica i financera dolenta que l'empresa venia arrossegant des de l'any 1990, segons abans s'ha assenyalat) sinó que la responsabilitat de l'esmentat processat Gerard M.G. seria la que correspondria al valor o cost del programa "Teltrònic" transferit a un ordinador d'aquella marca, per la qual cosa el perjudici hauria consistit en deixar de guanyar l'import corresponent al programa transferit. La defensa dels processats tampoc considera encertada i ajustada a la llei la imposició de la condemna per la responsabilitat civil en termes de solidaritat de tots els processats.

IV.- CONSIDERANT: Que el MINISTERI FISCAL, que es va oposar a tots els recursos i va sol·licitar la confirmació íntegra de la sentència recorreguda tant pel que fa a les penes com a la condemna per la responsabilitat, va destacar que quan es parla de 482 "objectes" es compren tant els "programes" com els "arxius" i les "fonts" o elements de programació. A INFORMÀTICA 2000 hi havia tres programadors, que eren els processats François R.V., Gerard M.G. i Josep F.M., que eren els que creaven els programes, que passaven a ser de la propietat d'INFORMÀTICA 2000, per la qual cosa no podien sostreure'ls ni utilitzar-los claudesment a d'altres ordinadors. Que l'anomenat "programa trampa" (per a la creació del qual el

Gerard M.G. va utilitzar els fitxers de l'empresa), quan a l'utilitzar els programes li sortia l'advertència "Atenció. Programa protegit. Està Vostè atemptant contra la propietat intel·lectual informàtica", utilitzava el "programa trampa" per a saltar aquesta prohibició, perquè aquest programa tenia com a finalitat servir com a clau per saltar la garantia de protecció del programa amb la finalitat de poder passar després als ordinadors dels clients utilitzant les dades d'INFORMÀTICA 2000. Va sostenir el Ministeri Fiscal que entre els tres processats el que hi havia era "un repartiment de papers", estant els tres d'acord entre si, sol·licitant davant la contundent prova dels fets que es confirmin les penes establertes a la sentència del Tribunal de Corts. Pel que fa a la responsabilitat civil, el Ministeri Fiscal va assenyalar que en el judici oral l'Administrador de la fallida Sr. Tejero va ratificar les actuacions del Sr. Francis T. i si el Decret de fallida no l'autoritza per a reclamar la indemnització corresponent a l'empresa sotmesa a l'administració judicial, sí està autoritzat per la Llei de modificació del Codi Penal de 1999, raó per la qual el Ministeri Fiscal no va exercitar l'acció civil derivada dels fets, cosa que sí hagués fet en altre cas.

V.- CONSIDERANT: Que amb el resum que precedeix dels diversos arguments exposats pels recurrents i la refutació del Ministeri Fiscal pot procedir-se a resoldre els problemes plantejats, relatius a l'aspecte penal (la condemna pels tres delictes informàtics i la participació als fets dels tres processats) i a l'aspecte civil (rescabament de danys i perjudicis reclamat pel Sr. Francis T. i la seva societat INFORMÀTICA 2000), a les quals resolucions ha de precedir la relativa a la nul·litat de la sentència i del procediment plantejada per la defensa del primer dels recurrents François R.V.:

VI.- CONSIDERANT: Que la nul·litat a que acaba de fer-se referència no pot ser acollida. Es fonamenta en què en la sentència s'hauria vulnerat el dret a la presumpció d'innocència i el dret de defensa, en haver estat privada de la pràctica d'una prova que considera essencial. Començant per l'al·legada vulneració de la presumpció d'innocència (dret fonamental reconegut a les Convencions internacionals i a la Constitució d'Andorra) és suficient dir que aquesta vulneració només pot cometre's a la sentència que imposi una condemna sobre un buit probatori, mancant la més mínima activitat probatòria que pugui considerar-se "de càrrec" i que hagi entrat en el procés amb les degudes garanties processals, com reiteradament ha proclamat aquesta Sala. Contra aquesta suposada vulneració es va interposar el recurs d'apel·lació contra la sentència

que és precisament el que s'està resolent mitjançant aquesta nova sentència, que pot revocar l'anterior, però no declarar-la nul·la per una suposada infracció que encara no ha estat examinada, perquè això equivaldria a avançar un judici que només correspon al moment de l'enjudiciament que és el moment present. El que sí es pot avançar, encara que sigui només com "un cop d'ull", és que difícilment s'hauria pogut violar la presumpció d'innocència en una causa tan voluminosa com la que és objecte d'aquest recurs, resolta després d'un llarg judici oral, que va venir precedit d'una instrucció de diversos anys i a la qual s'adverteix la pràctica de nombroses proves que contraresten aquella presumpció. La nul·litat de la sentència tampoc pot admetre's pel que fa als altres fonaments. Tant en la instrucció com en el judici oral han intervingut àmpliament els defensors de les parts i les actuacions n'apareixen realitzades de manera contradictòria entre elles amb observança de la igualtat entre les parts, per la qual cosa no s'ha comès cap infracció del dret de defensa. I pel que fa a la prova denegada a la defensa, el Tribunal ha actuat correctament perquè aquella prova ha estat proposada fora del moment processal oportú, per tant intempestivament. Ha d'assenyalar-se a més que a l'acte de la vista del recurs el Lletrat que va substituir al signant de l'escrit del recurs no va insistir ni va mostrar especial interès en l'esmentada nul·litat, limitant-se a una remissió genèrica a l'escrit formulant el recurs. Desestimada la nul·litat processal, procedeix analitzar les pretensions de fons dels recurrents.

VII.- CONSIDERANT: Que pel que es refereix als fets qualificats com delictes informàtics penats en la sentència, aquesta Sala troba ajustada a les exigències d'agilitat i de proporcionalitat tant el fonament com les conclusions de la sentència. De les proves pericials practicades en la causa resulta que la tarda del dia 4 d'agost de 1992, a les oficines que tenia l'empresa INFORMÀTICA 2000, una persona identificada pel codi personal "FR" (corresponent al processat Francisco FRANÇOIS R.V.) va accedir al sistema informàtic central des de la pantalla que habitualment utilitzava l'esmentat processat (pantalla BP4), interrompent la feina a la terminal BP4 per reingressar al sistema, efectuant còpies d'un total de 482 objectes de les biblioteques de l'esmentada empresa, per retornar a continuació el mateix usuari FR a la terminal BP4 per finalitzar la feina interrompuda. Un cop finalitzada aquesta feina, l'esmentat usuari es desconnecta i es torna a connectar en només cinc segons després amb el corresponent codi de seguretat introduint al programa una ordre de destrucció dels fitxers de missatges necessaris per al correcte funcionament de l'ordinador. Els perits han

coincidit en afirmar que la persona que havia introduït al sistema informàtic el "virus" o "bomba" era la mateixa que instants abans, a través de la pantalla BP4, havia efectuat les còpies als corresponents disquets dels 482 objectes, per l'exigència lògica de que era impossible que en només cinc segons es pogués realitzar la desconnexió i el canvi de l'operador per procedir a realitzar la nova connexió des de la mateixa pantalla. Aquests fets han estat reconeguts en bona part pel propi processat, que en les seves declaracions va admetre que l'esmentada tarda del 4 d'agost de 1992 havia estat treballant a les oficines de l'empresa INFORMÀTICA 2000 encara que negués haver introduït el virus informàtic ja referit. A la causa ha quedat igualment provat que la societat APLITEC S.A va ser l'afavorida per la major part dels objectes copiats la tarda del 4 d'agost de 1992 d'INFORMÀTICA 2000, ja que aquells objectes van ser introduïts després en l'ordinador central d'APLITEC SA, encara que alguns dels programes propietat d'INFORMÀTICA 2000 trobats a APLITEC SA provenien de còpies de programes realitzades a l'ordinador del Dr. THIERRY, que era client d'INFORMÀTICA 2000, però havent-se d'assenyalar que a l'esmentat ordinador d'APLITEC SA es van trobar una sèrie d'objectes que no podien haver estat creats a l'ordinador del Sr. THIERRY, per no tenir les fonts o elements necessaris per a això, havent-se de considerar també un fet demostrat que la propietat dels programes copiats a l'ordinador del Dr. THIERRY pertanyia a la societat INFORMÀTICA 2000. Aquests fets es completen amb els que descriu la sentència, que apareixen ben fonamentats en les proves reunides en la causa: a la societat INFORMÀTICA 2000 treballaven els tres processats François R.V., Gerard M.G. i Josep F.M., com a programadors en la seva qualitat de tècnics d'informàtica. L'esmentada empresa travessava ja l'any 1991 una difícil situació financera i aquesta situació es va agreujar l'any 1992. El processat Gerard M.G. va deixar de prestar els seus serveis a l'esmentada empresa el maig del 1992 i entre ell i els altres dos processats François R.V. i Josep F.M. van acordar constituir (amb d'altres dues persones) una societat de serveis informàtics, que efectivament van constituir amb la denominació d'APLITEC SA, amb un objecte social que venia a coincidir amb el d'INFORMÀTICA 2000, ja que es tractaria de realitzar estudis i prestar serveis informàtics. Constituïda la societat van continuar prestant els seus serveis a INFORMÀTICA 2000 sense informar de la nova companyia al Sr. Francis T., d'INFORMÀTICA 2000, fins que els processats van deixar de treballar a la dita empresa, el 15 d'agost de 1992 i l'abril de 1993, entrant des de llavors APLITEC SA en oberta competència comercial amb INFORMÀTICA 2000, el que explica la utilitat de copiar els programes i objectes de la dita societat per introduir-les

a l'ordinador central d'APLITEC SA, a la qual nova empresa desviarien els clients de l'anterior. Aquesta captació de clients era la tasca que especialment corresponia, dintre de l'acord entre els tres processats, a l'acusat Josep F.M., el qual, com s'ha dit, va continuar treballant durant un temps a INFORMÀTICA 2000 mentre ja era soci d'APLITEC SA i tenia perfecte coneixement de la manipulació dels programes i objectes informàtics d'aquella societat que s'havia realitzat la tarda del 4 d'agost de 1992. Tampoc pot compartir la Sala els arguments específics de la defensa del Sr. Gerard M.G. en el sentit d'haver estat ell el creador del programa denominat "trampa", que hauria fet servir una sola vegada per a provar el seu funcionament, perquè els perits han informat que l'execució de l'esmentat programa va exigir la utilització dels fitxers de les biblioteques d'INFORMÀTICA 2000 que no existien en la societat de nova creació APLITEC, de manera que la creació del programa "trampa" i la seva utilització per a desprotegir el "software" d'INFORMÀTICA 2000 utilitzant els propis programes dels que aquesta és titular, és un fet que ha de considerar-se inclòs en la tipificació dels arts. 268 i 270 del Codi Penal andorrà, en els que se sanciona la "utilització o l'ús de dades o programes obtinguts indegudament". Per tot això, i després de revisar detingudament tot l'actuat al judici, i les actuacions practicades al sumari, reproduïdes al judici oral, així com les proves pericials d'experts en informàtica, altament qualificades, s'arriba a la conclusió que la sentència dictada pel M.I. Tribunal de Corts ha establert correctament els fets provats als que ha aplicat també correctament la tipificació establerta al Codi Penal als arts. 267 ("alteració o destrucció de dades o programes d'un sistema informàtic") i de l'art. 270 ("ús, cessió, venda o comercialització de dades o programes de sistemes informàtics obtinguts indegudament"), estant també ajustada al Codi Penal la qualificació de l'actuació dels processats com a autors els processats François R.V. i Gerard M.G. i com a encobridor el processat Josep F.M. en actuar amb posterioritat a l'acció dels dos primers però amb coneixement dels fets comesos i amb "l'animus adjuvandi" a què es refereix la sentència.

VIII.- CONSIDERANT: Que també amb relació a la responsabilitat penal pels fets i a la configuració de la participació que en ells han tingut els tres processats, no poden acollir-se els arguments, exposats al recurs formulat pel Sr. Francis T. i la seva societat INFORMÀTICA 2000, que pretén que els tres processats siguin condemnats com a autors i a la pena màxima autoritzada pels esmentats articles del Codi Penal. Resulten convincent les raons exposades pel Ministeri Fiscal en oposar-se als motius del

recurs en quant a la manca de prova que els processats Gerard M.G. i Josep F.M. haguessin induït al processat François R.V. a efectuar les còpies il·legals i a introduir el virus informàtic, com tampoc ha quedat acreditat que el processat Josep F.M. hagués realitzat els actes que permetrien considerar-lo autor per cooperació necessària, constant únicament la seva actuació per a la desviació de clients d'INFORMÀTICA 2000 cap a APLITEC SA (de la qual era soci), la qual cosa deixa en evidència que va actuar amb coneixement dels fets prèviament realitzats. I pel que respecta a les penes, la sentència ha ponderat degudament totes les circumstàncies, inclosa la gravetat dels fets, utilitzant les facultats que al Tribunal li atribueix l'art. 53 del Codi Penal. Per les quals raons s'està en el cas de desestimar en aquest punt el recurs de l'acusació particular confirmant la sentència pel que fa als fets provats, la seva tipificació com a delictes i les penes imposades.

IX.- CONSIDERANT: Que la darrera qüestió plantejada als recursos és la relativa a la responsabilitat civil que ha d'entendre's derivada dels fets il·lícits configurats com a delictes informàtics i tipificats als tres esmentats arts. 267, 269 i 270 del Codi Penal. La sentència dedica a aquesta qüestió els seus quatre darrers Considerants. Per establir la quantia de la indemnització o rescabament, la sentència raona que ha quedat acreditat que la situació econòmica i financera de la societat INFORMÀTICA 2000 "anava malament i era sabut abans de la comissió dels fets, puix per acte de data 30 de novembre de 1992 es declarà la cessació de pagaments de dita societat i després de l'anul·lació del concordat fou declarada fallida per acte de 23 de febrer de 1996", considerant provat que la fallida no va ser conseqüència directa i única dels fets que van originar la causa sinó d'altres causes i raons i tampoc pot considerar-se que la pèrdua del valor dels 18.000 programes d'INFORMÀTICA 2000 i del valor de la marca tinguin la seva causa directa i exclusiva als fets delictius enjudiciats. Sobre aquestes consideracions la sentència estableix una indemnització solidària a càrrec dels tres processats i a favor de l'esmentada entitat de 30.000.000 de pts. tenint en compte el valor dels programes (que xifra en 23.232.000 pts. , a la que suma els altres danys materials) més 1 pta. d'indemnització simbòlica pel perjudici moral. El Ministeri Fiscal, en el tràmit de conclusions del judici oral, a l'existir en la causa acusació particular, va deixar la qüestió de la responsabilitat civil a la decisió del Tribunal i tant en el seu escrit oposant-se als recursos com en l'informe a l'acte de la vista, va considerar ajustada a dret la sentència en aquest punt. La defensa dels perjudicats Sr.

Francis T. i d'INFORMÀTICA 2000 ha recorregut aquest pronunciament de la sentència per sol·licitar una indemnització notablement superior, segons els següents conceptes establerts al seu escrit de recurs: a) perjudici empresarial causat pel frau informàtic, el qual es pot determinar pel valor dels programes o pel valor de l'empresa; si es pren en compte el valor dels programes, tenint en compte el preu de l'hora de treball de cada programador, resultaria un perjudici, l'any 1992, de 864.000.000 de pts.; si es pren en consideració el valor de l'empresa, el perjudici empresarial l'esmentat any seria de 1.000.000.000 de pts., per la qual cosa sol·licita que es revoqui parcialment la sentència per condemnar als tres processats a pagar com a indemnització per aquest primer concepte la quantitat de 864.000.000 de pts. o bé 1.000.000.000 de pts. en el valor que la moneda tenia el 1992 a comparar amb la que tingui en el moment del canvi a la moneda "euro"; b) perjudici material causat als esposos Francis T. i a la seva família, pel qual concepte al recurs se sol·licita indemnització de 38.859.323 pts. en concepte de remuneracions deixades de percebre; més la quantitat de 5.300.000 pts. en concepte de lloguers que van haver de pagar en veure's obligats a abandonar la seva casa com a conseqüència de la fallida, per ser venuda a pública subhasta, més el valor de l'esmentada casa familiar propietat dels esmentats esposos, taxada en 67.000.000 pts.; més els vehicles igualment venuts en pública subhasta en interès de la massa de creditors, per import de 2.200.000 pts. ; conceptes que junts fan el total del 113.359.323 pts. més els interessos generats des de la interposició de la querella el 30 de març de 1994. El Ministeri Fiscal s'ha oposat a aquestes indemnitzacions encara que va sol·licitar es confirmés l'establerta en la sentència amb criteris de ponderació judicial donada la realitat que amb els fets delictius els processats han causat danys al querellant i a l'empresa. Sobre aquest extrem la defensa dels processats Gerard M.G. i Josep F.M. ha destacat per damunt de tot que cap persona legitimada per reclamar la indemnització derivada dels fets delictius s'ha constituït com a part perjudicada a la causa (actor civil), perquè el Ministeri Fiscal va deixar aquest interès en mans del Tribunal, com sol fer quan existeix acusació particular, i ni el Sr. Francis T. ni INFORMÀTICA 2000 tenen la qualitat necessària per poder sol·licitar la indemnització en la causa penal perquè en haver estat declarada en fallida la indemnització no la poden sol·licitar ells mateixos, sinó els Administradors, invocant al respecte la legislació sobre la matèria de les legislacions concursals dels països veïns (legislació francesa i espanyola), sol·licitant sigui denegada tota indemnització civil derivada dels fets objecte de la causa.

X.- CONSIDERANT: Que la qüestió de la responsabilitat derivada dels fets delictius és evidentment difícil al present cas. Per resoldre adequadament sobre ella s'ha de començar recordant que el dany o perjudici que es rescabala o indemnitza *ex delicto* ha de reunir els requisits de ser un dany real, no merament potencial o possible, avaluable i efectivament causat; directament derivat dels fets delictius, sense relacions o negocis jurídics intermedis que interfereixin en la relació de causalitat directa entre el dany positiu (dany emergent) i el dany negatiu (guany deixat de rebre) i tant d'un dany patrimonial o econòmic com d'un dany moral. D'altra banda, el dret al rescabament o indemnització té un titular, que es determina segons les normes del Dret civil i és aquest titular qui ha d'exercitar l'acció civil en el procediment penal, constituint-se com a part, aportant les proves concloents de la realitat del dany i del perjudici el rescabament del qual se sol·licita. Partint d'aquestes premisses, a les quals la jurisprudència andorrana segueix les directrius dels països veïns, en la present causa ens trobem amb tres dificultats que impedeixen que la Sala pugui confirmar el pronunciament de la sentència sobre la responsabilitat civil i menys acollir el recurs de l'acusació particular sobre aquest extrem.

XI.- CONSIDERANT: Que la primera dificultat és que no ha quedat establert en la causa en quina mesura els delictes informàtics dels processats han estat determinants per a que l'empresa INFORMÀTICA 2000 hagués de posar fi a la seva activitat comercial i fos declarada en fallida. Al contrari, hi ha nombrosos arguments que demostren que aquesta societat ja venia arrossegant des de 1990 una situació econòmica i financera dolenta, agreujada l'any següent, abans que els fets penals es cometessin (i en la sentència hi ha indicis que ha estat a l'inrevés: l'actuació dels processats i el seu allunyament de l'empresa creant una altra societat amb el mateix objecte pogué haver estat deguda a les dificultats financeres que INFORMÀTICA 2000 no superava). No es dubta que els fets que han motivat la formació de la causa han hagut de precipitar els esdeveniments a partir de 1992. Però el propi Administrador que va comparèixer a la vista dels recursos reconegué que "a la fallida s'hi va arribar com a conseqüència de no poder complir el concordat a que havien arribat en la cessació de pagaments", i que va ser degut a la manca d'ajut de les entitats bancàries i principals creditors. És evident que sense que aquest extrem estigui clarament establert, no pot determinar-se la realitat ni la quantia dels danys i perjudicis a indemnitzar. Per això s'observa que la sentència, en no comptar amb proves

concloents sobre la quantia dels danys i perjudicis realment causats, ha hagut d'acudir per la seva determinació a criteris de prudència o ponderació, els quals estan infinitament distants dels pretesos per l'acusació particular del Sr. Francis T. i d'INFORMÀTICA 2000, que davant els 30.000.000 de pts. que per tots els conceptes estableix la sentència sol·licita dues xifres alternatives per indemnitzar el perjudici empresarial, una de 864.000.000 de pts. i una altra de 1.000.000.000 de pts. entre les quals existeix una diferència considerable que és demostrativa de que la quantia de la indemnització està molt lluny d'estar ben determinada.

XII.- CONSIDERANT: Que la darrera dificultat és la de la persona legitimada per reclamar la indemnització en el procediment penal. És una dada acceptada que INFORMÀTICA 2000 va ser declarada primer en cessació de pagaments i després en fallida, quedant sotmesa a l'actuació mancomunada de dos Administradors judicials. Les legislacions mercantils coincideixen a establir que la declaració de l'estat de fallida no suposa una incapacitació per al comerciant, però sí que suposa la pèrdua de la seva legitimació patrimonial per realitzar actes de comerç i per exercitar els drets i accions corresponents a l'empresa, perquè un efecte de la fallida és traslladar aquesta legitimació als Administradors judicials o Síndics, que són els que poden i han d'exercitar els drets del deutor, havent-se de precisar que aquests Administradors o Síndics no són representants del deutor sinó que actuen com a òrgans del procediment concursal per l'encàrrec rebut del Jutge o de la massa de creditors, els interessos dels quals han de protegir. El Decret que a Andorra regula el "Procediment per la cessació de pagaments i fallides", de 4 d'octubre de 1969, revalidat per la Llei Transitòria de Procediments Judicials de 13 de gener de 1994, després d'establir (art. 14) que només pel fet de declarar-se qualsevol dels dos indicats procediments, un cop s'hagi nomenat l'Administrador, els creditors no podran exigir l'efectivitat dels seus crèdits individuals, els quals passaran a formar una massa a la que representa l'Administrador, disposa a l'art. 15 que "Des de que es pronuncia la declaració de fallida, el deutor es troba privat de l'administració i disposició dels seus béns, i fins dels que pugui adquirir per qualsevol títol", precisant al seu paràgraf segon: "Els drets i accions del deutor, concernents al seu patrimoni, són exercitats durant el temps de la fallida pels Administradors". La referència als "Administradors", en plural, que realitza aquest article es d'aplicació al cas plantejat en la present causa, donat que és un fet admès que en la fallida d'INFORMÀTICA 2000 es van designar dos Administradors per

actuar no com a administradors independents o solidaris sinó per actuar mancomunadament en exercici de l'administració compartida. D'aquí que no es pugui considerar ajustada a Llei la reclamació de la indemnització que en la present causa ha realitzat el Sr. Francis T. ni la societat INFORMÀTICA 2000, privats de tota legitimació patrimonial per exercir els drets de contingut patrimonial de la societat, com tampoc pot donar-se validesa a la ratificació d'aquestes actuacions realitzada per un únic Administrador en les sessions del judici oral i en la vista dels recursos, en actuar unilateralment i no en la forma mancomunada amb que ha estat nomenat, tal com és exigida per l'art. 15, paràgraf segon de l'esmentat Decret de fallides. En contra del que disposen els esmentats preceptes no és vàlid invocar la disposició general de l'art. 18 del Codi de procediment penal relatiu a l'exercici de l'acció civil al procés penal, ja que es tracta d'una disposició general sobre el dret de les víctimes o perjudicats per reclamar la indemnització dels danys causats en el procés penal, intentant l'acció civil conjuntament amb la penal o separadament, en judici civil, perquè aquesta disposició de caràcter general no és incompatible amb la disposició específica que als casos de fallida desvia la legitimació per aquesta reclamació als Administradors judicials. Conforme a aquest art. 18 del Codi de procediment penal ha de considerar-se extemporani l'intent de constituir-se com actor civil més enllà del terme que el precepte estableix. Sense que pugui tenir transcendència que no s'hagi denunciat en el judici oral la irregular actuació de la societat fallida, privada de legitimació patrimonial, perquè la qüestió és, prèviament, que el dret a la indemnització i al rescabament ha de ser exercitat (tant al procés penal com al civil) per la persona o òrgan a qui estigui atribuïda la legitimació per aquest exercici. Per les raons que antecedeixen s'arriba a la conclusió de la procedència de no pronunciar-se en la present sentència sobre la realitat i la quantia dels danys i perjudicis que s'hagin causat i derivin directament dels fets delictius que han motivat la formació de la causa, per manca d'exercici de l'acció civil pels Administradors mancomunadament legitimats per aquest exercici, deixant imprejudat aquest dret, amb remissió a les accions que els titulars legitimats puguin exercitar en el procés civil corresponent. Amb declaració d'ofici de les despeses processals 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.- No s'accepta la declaració de nul·litat de la sentència ni del judici oral, pretesa al recurs del processat François R.V.

2.- Es desestimen tots els recursos de l'acusació particular de Francis T. i d'INFORMÀTICA 2000 així com els dels processats François R.V., Gerard M.G. i Josep F.M., referits als fets, a la seva tipificació, a la participació en ells dels processats i a les penes imposades en la sentència, que es confirma íntegrament excepte en el pronunciament relatiu a la responsabilitat civil, segons es disposa a continuació.

3.- S'estima el recurs de la defensa dels processats Gerard M.G. i Josep F.M. (amb efecte extensiu al processat François R.V.) en l'extrem relatiu a la responsabilitat civil, al qual únic extrem es revoca la sentència per excloure aquest pronunciament de la condemna.

4.-Les despeses del recurs es declaren d'ofici per a tots els recurrents.

5.- 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.