2017-29 i 30-RE

CAUSA 2017-29 i 30-RE

(Zambrana del Pozo c/ Govern d'Andorra)

Números de registre: 279-2017 i 280-2017. Recursos d'empara

Sentència del 15 de gener del 2018

BOPA núm. 6, del 24 de gener del 2018

En nom del Poble Andorrà;

El Tribunal Constitucional;

Atesos els escrits presentats i registrats al Tribunal Constitucional, ambdós el 17 de juliol del 2017, per la representació processal del Sr. Francisco Zambrana del Pozo, mitjançant els quals interposa sengles recursos d'empara contra les sentències del 30 de març del 2017 i contra els autes del 23 de juny del mateix any, dictats per la Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia, per una presumpta vulneració del dret a la jurisdicció en els seus vessants dels drets a un procés degut i a obtenir una resolució fonamentada en Dret, reconeguts a l'article 10 de la Constitució, i atès que demana al Tribunal Constitucional que atorgui l'empara sol·licitada, que declari la vulneració dels drets fonamentals al·legats, que anul·li les resolucions impugnades i que declari que no es pot procedir a l'enviament de la documentació i de la informació a les autoritats espanyoles perquè no s'han acomplert les garanties constitucionals protegides. Així mateix, demana la suspensió de la tramitació de la informació sol·licitada a les autoritats espanyoles per tal d'evitar un perjudici irreversible al recurrent que seria d'impossible reparació;

Vista la Constitució, especialment els articles 10, 41, 88 i 98 c);

Vista la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, especialment el títol IV, capítol sisè;

Vistos els informes respectius del Ministeri Fiscal, ambdós del 14 d'agost del 2017, presentats en relació amb les causes 2017-29-RE i 2017-30-RE;

Vist l'aute del Tribunal Constitucional del 16 d'octubre del 2017, que va acumular les causes 2017-29-RE i 2017-30-RE en una sola i que la va admetre a tràmit, amb efectes suspensius;

Vist l'escrit d'al·legacions presentat, el 31 d'octubre del 2017, per la representació processal del recurrent;

Vist l'escrit d'al·legacions presentat, el 2 de novembre del 2017, pel Govern;

Vistes les conclusions formulades dintre de termini per les parts i pel Ministeri Fiscal;

Escoltat l'informe del magistrat ponent, Sr. Dominique Rousseau;

1. Antecedents processals davant les jurisdiccions ordinàries

1.1. El 17 de gener del 2017, el Govern d'Andorra va notificar al Sr. Francisco Zambrana del Pozo que les autoritats espanyoles havien tramés dues peticions d'intercanvi d'informació amb sol·licitud prèvia en matèria fiscal, en el marc de dos procediments d'investigacions fiscals que se seguien a Espanya, en què se sol·licitava la informació de les seves posicions bancàries a Andorra. D'aquestes dues peticions se'n deriven dos procediments amb dates idèntiques seguits a Andorra.

1.2. El 30 de gener del 2017, el Sr. Francisco Zambrana del Pozo va formular sengles recursos d'oposició davant el Govern contra el lliurament de la documentació requerida per les autoritats espanyoles.

1.3. El 8 de febrer del 2017, el Govern d'Andorra va desestimar aquests recursos.

1.4. El 24 de febrer del 2017, la representació processal del Sr. Francisco Zambrana del Pozo va interposar sengles demandes davant la Secció Administrativa de la Batllia, les quals van ser desestimades mitjançant sentències del 7 de març del 2017.

1.5. La representació processal del Sr. Francisco Zambrana del Pozo va presentar sengles recursos d'apel·lació contra aquestes decisions, els quals van ser desestimats mitjançant les sentències respectives del 30 de març del 2017 dictades per la Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia.

1.6. La representació processal del Sr. Francisco Zambrana del Pozo va formular, aleshores, sengles incidents de nul·litat d'actuacions en què considerava que s'havia vulnerat el seu dret a la jurisdicció, reconegut a l'article 10 de la Constitució. Aquests incidents van ser desestimats el 23 de juny del 2017.

1.7. El 17 de juliol del 2017, la representació processal del Sr. Francisco Zambrana del Pozo va interposar els recursos d'empara corresponents contra les resolucions esmentades de la Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia.

2. Argumentació jurídica

2.1. Argumentació jurídica del recurrent

Pel que fa al recurs d'empara 2017-29-RE:

- El recurrent al·lega que la petició d'informació de les autoritats espanyoles al Govern d'Andorra en relació amb les posicions dels seus comptes bancaris andorrans es fonamenta en unes proves obtingudes de manera il·lícita.

La petició de les autoritats se sosté, segons el seu parer, en documentació presentada per la seva exesposa en un procediment de divorci, concretament, en una carta i en una ordre de transferència suposadament signades pel recurrent. Ara bé, el recurrent no va reconèixer aquesta signatura i no es va practicar cap prova per identificar-la.

D'altra banda, afegeix que aquests documents van ser obtinguts de forma il·legal per part de la seva exesposa, ja que aquesta va canviar el pany de la porta i el recurrent no podia accedir al domicili conjugal, motiu pel qual el recurrent va instar una demanda per delicte d'usurpació de béns immobles, la qual va finalitzar amb una ordre de desnonament.

Per consegüent, conclou que les autoritats espanyoles van fonamentar la seva petició d'informació a l'Estat andorrà en una documentació obtinguda de manera il·lícita en el domicili del recurrent i que, per tant, no es van aplicar les garanties penals per a l'obtenció i la validesa de les proves, fet que deriva en una vulneració dels drets fonamentals del recurrent.

- Aquesta part, destaca que l'Acord entre el Regne d'Espanya i el Principat d'Andorra per a l'intercanvi d'informació en matèria fiscal signat l'any 2010 (article 7.4) estableix que la part requerida, en aquest cas Andorra, pot denegar una sol·licitud d'informació de la part requeridora, en aquest cas Espanya, i la documentació o la informació sol·licitades ho han estat en base a una documentació obtinguda il·lícitament.

Afegeix que el paràgraf 76 dels comentaris a l'Acord de l'OCDE relatiu a aquesta matèria disposa que la part requerida pot oposar-se al requeriment, si té motius per creure que les declaracions que recolzen la demanda són clarament inexactes.

- Segons el parer del recurrent, la petició d'informació relativa a la societat concreta que s'hi esmenta afecta l'impost sobre el patrimoni, impost que no està contemplat en el Conveni d'aplicació entre el Principat d'Andorra i el Regne d'Espanya, motiu pel qual no pot ser objecte d'intercanvi d'informació per part de l'Estat requerit.

- El recurrent considera així mateix que la finalitat de la petició de les autoritats espanyoles no és únicament administrativa, sinó que pot comportar igualment una finalitat penal.

- Per tots aquests motius, considera que atesos els fonaments jurídics incorrectes de les decisions impugnades, s'han vulnerat els drets a obtenir una decisió fonamentada en Dret i a un procés degut, reconeguts a l'article 10 de la Constitució.

Pel que fa al recurs d'empara 2017-30-RE:

El segon recurs d'empara reprodueix els mateixos arguments continguts en el recurs d'empara 2017-29-RE.

- No obstant això, el recurrent afegeix que contràriament a allò que afirmen les autoritats espanyoles, no és propietari del 100% del capital de la societat panamenya esmentada en la petició d'informació i dels seus comptes bancaris ubicats a Andorra.

- Considera igualment que pel fet d'acceptar fets negats per aquesta part i impugnats davant la via judicial, el Govern d'Andorra ha atemptat contra l'ordre públic i ha vulnerat el dret a un procés degut amb totes les garanties, reconegut constitucionalment tant per Andorra com per Espanya.

Segons el parer del recurrent, la vulneració de l'ordre públic queda palesa pel fet que l'Estat andorrà va tenir coneixement de la il·licitud i de l'eventual manipulació de la documentació obtinguda per l'Estat requeridor per recolzar la seva sol·licitud d'informació i perquè va ignorar les proves aportades per aquesta part.

- Així mateix, el recurrent recorda que el Tribunal Superior de Justícia no ha donat resposta en relació amb la qüestió de saber si es podia aplicar als exercicis 2012 a 2014 l'article 24 del Conveni o qualsevol altre article d'aquest text legal que va entrar en vigor l'any 2016.

- Finalment, el recurrent considera que la finalitat penal de la petició d'informació tramesa per les autoritats espanyoles no pot ser exclosa, ja que la causa que va ser arxivada corresponia al "*delicte d'usurpació*" per l'ocupació il·legal del domicili conjugal per part de la seva exesposa, delicte que res té a veure amb un delicte fiscal.

- Per tots aquests motius, el recurrent considera que la sentència del Tribunal Superior de Justícia del 30 de març del 2017 vulnera el dret a la jurisdicció en els seus vessants dels drets a obtenir una decisió fonamentada en Dret i a un procés degut, reconeguts tots ells a l'article 10 de la Constitució.

2.2. Argumentació jurídica de la Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia

- Atesa l'argumentació adduïda pel recurrent i que és objecte d'aquest recurs d'empara, el Tribunal Superior de Justícia va considerar que encara que la sol·licitud de les autoritats espanyoles competents es fonamentés en una documentació obtinguda de manera il·lícita, no li corresponia procedir a aquesta verificació.

- Segons el parer del Tribunal Superior de Justícia, de la Llei 3/2009, del 7 de setembre, d'intercanvi d'informació en matèria fiscal amb sol·licitud prèvia, la qual integra els principis inscrits a l'article 26 del model de conveni relatiu a la tributació de la renda i el capital, redactat per l'OCDE en el text del 17 de juliol del 2008, es desprèn que la part requerida, en aquest cas el Govern d'Andorra, no té l'obligació d'examinar ni de verificar les declaracions presentades per la part requeridora, en aquest cas, les autoritats competents del Regne d'Espanya.

- Per consegüent, el coneixement de la impugnació eventual de la veracitat i de la legalitat de la documentació aportada per les autoritats espanyoles correspon a les autoritats competents del Regne d'Espanya.

- D'altra banda, si bé el paràgraf 91 dels comentaris de l'OCDE en relació amb l'Acord sobre l'intercanvi d'informació en matèria tributària preveu que la part requerida pot, de manera excepcional -en cas de persecució política o racial, per exemple- procedir a la verificació de la documentació que fonamenta la sol·licitud d'informacions fiscals, aquest no és el cas en aquest litigi.

2.3. Argumentació jurídica del Ministeri Fiscal

El Ministeri Fiscal proposa la inadmissió a tràmit dels dos recursos amb una argumentació idèntica.

- En primer lloc, considera que no correspon als tribunals andorrans valorar la il·licitud de l'obtenció de documents per part d'autoritats estrangeres en el marc d'una petició d'informació en matèria fiscal.

- Considera que el recurrent pretén utilitzar el recurs d'empara per obtenir la revisió de les argumentacions i de les fonamentacions del Tribunal Superior de Justícia, quan d'acord amb una jurisprudència consolidada, el Tribunal Constitucional ha establert que aquest recurs no és un recurs de cassació i que aquest Tribunal no pot actuar com a una tercera instància.

- També considera que la licitud de l'obtenció de les proves que recolzen la petició d'informació fiscal és una qüestió de legalitat ordinària que correspon a la competència dels tribunals ordinaris, d'acord amb la jurisprudència del Tribunal Constitucional (veg. la sentència del 26 de gener del 2017, recaiguda en la causa 2016-28-RE).

- Per acabar, manifesta que el Tribunal Superior de Justícia va resoldre tots els arguments bàsics, així com el *petitum* del recurrent i que, per consegüent, les resolucions impugnades han estat suficientment motivades.

2.4. Argumentació jurídica del Govern

- De manera prèvia el Govern retreu a aquest Tribunal haver declarat la suspensió dels efectes de les resolucions impugnades del Tribunal Superior de Justícia, que segons el seu parer són fermes i executives, perquè així ho indiquen elles mateixes, sense tenir la possibilitat d'intervenir en aquesta decisió. Aquest fet vulneraria els principis d'audiència i de contradicció.

El Govern afegeix que aquesta decisió de suspensió compromet Andorra des d'una perspectiva internacional ja que disposa legalment de tan sols 90 dies comptats des de la petició d'intercanvi per lliurar la informació sol·licitada.

- Segons el parer del Govern, no correspon a l'autoritat andorrana requerida posar en dubte les proves i les declaracions de l'autoritat requeridora, ni tampoc dels tribunals ordinaris andorrans. A més, les al·legacions del recurrent relatives a la il·licitud de les proves no poden ser objecte d'una anàlisi exhaustiva ni d'una valoració, ja que aquestes haurien de ser impugnades, en el seu cas, davant l'autoritat competent espanyola corresponent, vist que la responsabilitat en relació amb la veracitat de les sol·licituds correspon a la part requeridora.

- El Tribunal de Batlles va considerar encertadament que "*no són les autoritats andorranes qui han de resoldre, en el marc d'aquest procediment, les diferències que enfronten el Sr. Zambrana amb l'Agència Tributària espanyola*."

- Pel que fa als suposats documents il·lícits tramesos per les autoritats espanyoles, la sentència impugnada del Tribunal Superior de Justícia exposa que d'acord amb el paràgraf 77 dels comentaris de l'Acord sobre l'intercanvi d'informació en matèria tributària, l'OCDE estableix que la part requerida no té l'obligació d'investigar ni de comprovar les declaracions presentades per la part requeridora, sent responsabilitat d'aquesta darrera la veracitat d'aquestes declaracions. Per tant, conclou que "*serà l'autoritat competent del Regne d'Espanya qui respondrà de la veracitat i licitud de la documental aportada*."

- Per consegüent, la qüestió sobre la il·licitud de la prova que acompanya la petició ja ha estat resolta per la jurisdicció ordinària i tractant-se d'una qüestió que és de mera legalitat ordinària no és susceptible de recurs d'empara. En aquest sentit les autoritats judicials andorranes no disposen de competència per valorar una documentació incorporada a un procediment d'intercanvi d'informació sobre la base de la legislació espanyola.

- D'altra banda, no es pot considerar que aquesta petició desvetllaria informació que pogués ser considerada contrària a l'ordre públic, com pretén al·legar el recurrent. Així, els comentaris de l'OCDE al model de Conveni en relació amb l'ordre públic, com a motiu per denegar una petició d'intercanvi d'informació, preveuen el següent: "19.5 Le *paragraphe 3 inclut également une limitation concernant les renseignements qui touchent aux intérêts vitaux de l'État lui-même. À cet effet, il est stipulé que les parties contractantes n'ont pas à fournir des renseignements lorsque leur divulgation serait contraire à l'ordre public. Dans ce contexte toutefois, cette limitation ne peut être invoquée que dans des cas extrêmes. Par exemple, un tel cas peut survenir si une enquête fiscale dans l'État requis était motivée par des persécutions politiques, raciales ou religieuses. La limitation peut être également invoquée lorsque les renseignements constituent un secret d'État, par exemple des informations sensibles détenues par les services secrets et dont la divulgation serait contraire aux intérêts vitaux de l'État requis. Par conséquent, le problème de l'ordre public ne devrait se poser que rarement dans le contexte de demandes de renseignements entre parties à une convention.*"

- El concepte d'ordre públic fa doncs referència, entre d'altres, a interessos vitals de l'Estat, sol·licituds adreçades per persecució a persones per motius racials o polítics; és a dir, situacions que no tenen lloc en les peticions rebudes en relació amb el recurrent. El Tribunal de Batlles també ho va considerar d'aquesta manera declarant que "*les vicissituds que puguin afectar la licitud de l'obtenció d'aquesta prova han de ser considerades alienes al present procediment i, més encara quan l'ordre públic andorrà, a l'evidència en el present cas, no resulta afectat*". La sentència del Tribunal Superior de Justícia del 30 de març del 2017, es va pronunciar en el mateix sentit considerant que "*no és el cas en el present litigi i el recurs d'apel·lació s'ha de desestimar sobre aquest punt*". Per tot això, el concepte "*d'ordre públic*" no pot ser utilitzat com a motiu per refusar les peticions d'intercanvi d'informació fiscal.

- Per acabar, el Govern demana que el Tribunal Constitucional desestimi aquest recurs d'empara i imposi les costes processals al recurrent, d'acord amb les disposicions de l'article 92.4 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional.

3. Fonaments jurídics del Tribunal Constitucional

3.1. Sobre l'al·legació relativa a la declaració de la suspensió dels efectes cal recordar que la Constitució obre l'accés al recurs d'empara en les condicions fixades per la Llei qualificada del Tribunal Constitucional (veg. articles 98 c) de la Constitució i 94.2 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional), és a dir, que qualsevol justiciable pot recórrer a aquest organisme per la defensa del dret a la jurisdicció davant la darrera resolució denegatòria ferma.

3.2. En aquesta causa el Tribunal Constitucional ha aplicat l'article 90 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional que disposa que admès el recurs d'empara i "*després de pronunciar-se sobre la suspensió dels efectes de la sentència recorreguda si s'escaigués*", el Tribunal traslladarà el recurs a les parts per tal que al·leguin allò que creguin escaient.

3.3. El Tribunal Constitucional ha seguit el procediment establert i ha considerat la necessitat de pronunciar-se sobre la suspensió dels efectes, el Govern ha pogut presentar les seves al·legacions en relació amb el fons i en relació amb la seva oposició a la suspensió dels efectes decidida.

3.4. No s'han vulnerat per tant, els principis d'audiència ni de contradicció.

3.5. L'argument del Govern relatiu al termini de 90 dies del qual disposa per lliurar la informació sol·licitada pels Estats requeridors no pot derivar en l'obertura d'un termini per pronunciar-se en relació amb la suspensió dels efectes de les resolucions que li són favorables, ja que això només faria que retardar encara més el procediment, sobretot perquè en les seves al·legacions el Govern ja ha deixat palès que no estava d'acord amb aquesta suspensió.

3.6. A més, la suspensió dels efectes en el marc d'un recurs d'empara no anticipa una decisió d'estimació del recurs; té com a únic objectiu, per prudència, evitar precisament situacions que siguin de difícil reparació, cas que la decisió atorgui l'empara sol·licitada i s'hagi de reposar al recurrent en la plenitud dels seus drets.

3.7. L'única qüestió de dret que se circumscriu en aquest recurs d'empara acumulat és la de saber si la Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia va motivar de manera suficient la seva decisió mitjançant la qual declarava que la resolució del Govern de transmetre la informació bancària sol·licitada per les autoritats espanyoles competents en relació amb el recurrent -el qual considera que aquesta informació va ser demanada sobre la base d'una documentació obtinguda il·lícitament- és ajustada a Dret i als fins que legitimen l'activitat administrativa.

3.8. Per tal de donar resposta a aquesta qüestió, convé recordar que d'acord amb la seva jurisprudència constant, el Tribunal Constitucional no és una tercera instància judicial i que el recurs d'empara no es pot utilitzar per obtenir una revisió de les decisions dictades pels tribunals ordinaris.

3.9. L'intercanvi d'informació en matèria fiscal amb sol·licitud prèvia està regulat per la Llei 3/2009, del 7 de setembre, i, en aquest cas particular d'intercanvi d'informació en matèria fiscal entre el Principat d'Andorra i el Regne d'Espanya, per l'Acord ratificat pel Consell General el 13 de maig del 2010.

3.10. D'acord amb la Llei 3/2009, del 7 de setembre, esmentada, els principis inspiradors d'aquest intercanvi estan continguts en el model de conveni fiscal redactat per l'OCDE i, en particular, en l'article 26 d'aquest model de conveni.

3.11. Així, el paràgraf 76 dels comentaris del conveni de l'OCDE sobre l'intercanvi d'informació en matèria fiscal del 17 de juliol del 2008 preveu que una part requerida pot seguir oposant-se a la sol·licitud d'informació si té motius per creure que les declaracions en què es fonamenta la sol·licitud esmentada són clarament inexactes.

3.12. Tanmateix, el paràgraf 77 d'aquests mateixos comentaris estableix que "Una *part requerida no té l'obligació d'investigar ni de comprovar les declaracions presentades per la part requeridora. La responsabilitat en relació amb la veracitat de les declaracions esmentades correspon a la part requeridora*."

3.13. D'aquests textos se'n desprenen dos principis d'apreciació potencialment contraris, un que permet a la part requerida no transmetre les informacions demanades, si té motius per creure que la

sol·licitud es fonamenta en una documentació obtinguda de manera il·legal; l'altre que dispensa la part requerida de verificar la manera en què la part requeridora ha obtingut les informacions que fonamenten la sol·licitud d'intercanvi.

3.14. En aquesta causa, el recurrent considera que el principi establert al paràgraf 76 esmentat no ha estat respectat, ja que les informacions sobre la base de les quals les autoritats espanyoles van demanar la transmissió van ser obtingudes com a conseqüència d'un delicte comés per la seva exesposa, la qual després d'haver fet canviar el pany de la porta del domicili conjugal, es va procurar documents (una carta i una transferència) dels quals el recurrent nega ser-ne l'autor i sense que la signatura que contenen s'hagi pogut identificar.

3.15. El principi de lleialtat de les proves és un principi inherent al dret a un procés degut en la mesura en què la informació obtinguda amb trampes o estratagemes vicien el procediment.

3.16. El Tribunal Superior de Justícia tenia la potestat de valorar concretament si els documents obtinguts per recolzar la sol·licitud d'informació fiscal ho havien estat de manera lleial.

3.17. Efectivament, d'acord amb la jurisprudència del Tribunal Constitucional, confirmada recentment mitjançant la sentència del 16 de gener del 2017, recaiguda en la causa 2016-28-RE, l'al·legació relativa al fet que una comissió rogatòria es fonamentaria en una prova obtinguda de manera il·lícita i il·legal, és una qüestió de legalitat ordinària, la valoració principal de la qual correspon a la jurisdicció del fons.

3.18. Ara bé, pel fet de fonamentar-se de manera expressa en el paràgraf 77 dels comentaris de l'OCDE i de deferir a l'autoritat espanyola competent la qüestió sobre la veracitat i la legalitat de la documentació que recolza la sol·licitud d'intercanvi d'informació en matèria fiscal, el Tribunal Superior de Justícia ha optat per un fonament jurídic possible en la seva decisió, la qual no és ni manifestament il·lògica ni arbitrària.

3.19. Sense que calgui examinar els altres motius plantejats, aquest recurs d'empara ha de ser desestimat.

DECISIÓ:

En atenció a tot això que s'ha exposat, el Tribunal Constitucional, per l'autoritat que li confereix la Constitució del Principat d'Andorra,

HA DECIDIT:

1. Desestimar en la seva integralitat el recurs d'empara 2017-29 i 30-RE, presentat per la representació processal del Sr. Francisco Zambrana del Pozo contra les sentències del 30 de març del 2017 i contra els autes del 23 de juny del mateix any, dictats per la Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia.

2. D'acord amb l'article 92.4 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, condemnar la part recurrent al pagament de les costes processals, inclosos els honoraris d'advocat i de procurador de l'altra part.

3. Publicar aquesta sentència, d'acord amb allò que disposa l'article 5 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, al Butlletí Oficial del Principat d'Andorra.

I així, per aquesta sentència nostra, que ha de ser notificada a la representació processal del Sr. Francisco Zambrana del Pozo, al Govern, al president de la Batllia, al president del Tribunal Superior de Justícia i al Ministeri Fiscal ho pronunciem, manem i signem a Andorra la Vella, el 15 de gener del 2018.

Isidre Molas Batllori
President

Dominique Rousseau
Vicepresident

Laurence Burgorgue-Larsen
Magistrada

Josep-D. Guàrdia Canela
Magistrat