
[2021-38-RE](#)

Causa 2021-38-RE

(Successors d'Higini Cierco Garcia, SA i d'altres c/ AREB)

Número de registre 269-2021. Recurs d'empara

Sentència del 7 de setembre del 2021

BOPA núm. 97, del 15 de setembre del 2021

En nom del Poble Andorrà;

El Tribunal Constitucional;

Atès l'escrit presentat i registrat al Tribunal Constitucional, el 13 de maig del 2021, per la representació processal de les societats Successors d'Higini Cierco Garcia, SA, i Cierco Martinez 2 - 2003, SL, i, dels Srs. Roser Noguer Enriquez i Ramon Cierco Noguer, mitjançant el qual interposa un recurs d'empara contra la sentència del 19 de febrer del 2021 i contra l'autè del 22 d'abril del mateix any, dictats per la Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia, per una presumpta vulneració dels drets a la defensa i a un "*judici equitatiu*", 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 esmentats, que anul·li les resolucions objecte de recurs i que reenvii la causa a la Sala Administrativa;

Vista la Constitució, especialment els articles 10, 41.2, 98 c) i 102;

Vista la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, especialment el títol IV, capítols primer i sisè;

Vist l'autè del Tribunal Constitucional del 14 de juny del 2021, que va admetre a tràmit el recurs d'empara 2021-38-RE sense efectes suspensius;

Vist l'escrit de complement de recurs presentat i registrat al Tribunal Constitucional, el 23 de juny del 2021, per la part recurrent;

Vist l'escrit d'al·legacions presentat i registrat al Tribunal Constitucional, el 5 de juliol del 2021, pel Ministeri Fiscal;

Vist l'escrit d'al·legacions presentat i registrat al Tribunal Constitucional, el 6 de juliol del 2021, per la representació processal de l'AREB;

Vistes les conclusions formulades per les parts i pel Ministeri Fiscal;

1. Antecedents processals davant les jurisdiccions ordinàries

1.1. La representació processal de les societats Successors d'Higini Cierco Garcia, SA, i Cierco Martinez 2 - 2003, SL, i, dels Srs. Roser Noguer Enriquez i Ramon Cierco Noguer va interposar una demanda jurisdiccional contra l'acord de l'11 de juny del 2015 d'aprovació del pla de resolució de la BPA i contra l'acord del 17 de juliol del mateix any del Consell d'Administració de l'AREB, mitjançant el qual es va aprovar la valoració econòmica dels actius i dels passius de la BPA a 31 de maig del 2015.

1.2. El 29 de gener del 2020, el Tribunal de Batlles va dictar una sentència mitjançant la qual desestimava aquesta demanda.

1.3. La representació processal dels recurrents va interposar un recurs d'apel·lació contra aquesta decisió, i, el 19 de febrer del 2021, la Sala Administrativa va dictar una sentència, en què acordava desestimar aquest recurs i confirmava la decisió de la primera instància.

1.4. La representació processal dels recurrents va formular un incident de nul·litat contra la sentència dictada en apel·lació, i, el 22 d'abril del 2021, la Sala Administrativa va dictar un aute que desestimava l'incident de nul·litat esmentat.

1.5. El 13 de maig del 2021, la representació processal de les societats Successors d'Higini Cierco Garcia, SA, i Cierco Martinez 2 - 2003, SL, i, dels Srs. Roser Noguer Enriquez i Ramon Cierco Noguer va interposar un recurs d'empara contra la sentència del 19 de febrer del 2021 i contra l'aute del 22 d'abril del mateix any, dictats per la Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia, per una presumpta vulneració dels drets a la defensa i a un "*judici equitatiu*", reconeguts a l'article 10 de la Constitució.

2. Argumentació jurídica

2.1. Argumentació dels recurrents

- Els recurrents en empara consideren que les qüestions plantejades en l'incident de nul·litat afectaven al dret a la defensa, dret de nou conculcat frontalment per l'aute que resol aquest incident de nul·litat mateix, el qual s'ha resolt sense la lleialtat que s'espera dels òrgans judicials.

- Respecte de la pràctica probatòria, afirma que aquest Tribunal Constitucional en l'aute del 16 de gener del 2017, recaigut en la causa 2016-34-RE, ja va considerar la necessitat d'una pericial donada la complexitat tècnica i financera de la matèria. La prova va ser practicada i inclosa en l'expedient, però en la sentència no s'efectua la més mínima referència a l'informe pericial, de manera que resulta difícil acceptar allò que es diu en l'aute que resol l'incident de nul·litat, quan afirma que els recurrents han pogut presentar els arguments i el jutge hi ha aportat resposta de manera detallada. La prova ha estat preterida, ja que ni se la menciona. Afegeix que la sentència fa afirmacions diametralment oposades a les conclusions de la pericial.

Considera que la sentència vulnera el dret a la defensa pel fet de silenciar la pericial practicada, alhora que les restants proves sol·licitades també han estat denegades sense la més mínima motivació.

- Quant a la possibilitat d'impugnar el pla de resolució, considera que l'article 62.1 de la Llei 8/2015 de l'AREB preveu la possibilitat d'impugnar els actes i les decisions de l'AREB i això no ho pot limitar un jutge administratiu, sense que la qualificació d'acte preparatori pugui impedir-ho, ja que es tracta d'un procediment especial, al qual no resulta aplicable supletòriament el Codi de l'Administració (article 11.3 de la Llei 8/2015).

- La Llei 8/2015 és una norma singular restrictiva de drets individuals i s'està aplicant a situacions anteriors a la seva entrada en vigor, sota l'empara del principi *tempus regit actum*. El Tribunal Constitucional ha admès aquesta aplicació en relació amb les lleis de procediment, però la Llei 8/2015 és una llei singular de caire substantiu que afecta drets i situacions anteriors a la seva vigència. Així, el fet generador de la crisi de l'entitat bancària es produeix el 10 de març del 2015 amb la intervenció per part de l'INAF i la Llei 8/2015 va entrar en vigor el 2 d'abril del 2015. La disposició addicional segona mateixa regula la retroactivitat i la disposició transitòria tercera contempla previsions *ad hoc* per a la BPA en relació amb la situació anterior a la vigència de la Llei. Les potestats d'intervenció de l'AREB per prevenir situacions de crisi ja es van aplicar a la BPA.

L'article 3.2 de la Constitució que preveu el principi de no retroactivitat de les disposicions restrictives de drets individuals és un criteri interpretatiu dels drets i de les llibertats, però en aquest cas s'acceptaria una decisió contrària als interessos dels recurrents si s'hagués motivat de manera raonable i lògica.

- Per acabar, demana al Tribunal Constitucional que atorgui l'empara sol·licitada, que declari la vulneració dels drets esmentats, que anul·li les resolucions objecte de recurs i que reenvii la causa a la Sala Administrativa.

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

- La sentència de la Sala Administrativa del 19 de febrer del 2021, en el seu fonament de dret tercer, parteix del fet que la valoració dels actius i dels passius de l'entitat BPA ha de tenir en compte la nota de la FinCEN. Així, la valoració és a data de 31 de maig del 2015, però cal valorar els esdeveniments produïts des del mes de març del 2015 i, quant al mètode de valoració dels recurrents, es diu que no és adequat, ja que no és realista, perquè no pren com a punt essencial la nota de la FinCEN, a diferència del mètode de l'empresa auditora *PricewaterhouseCoopers* (PwC) que resulta més detallat i precís.

- El procés de resolució de la BPA és procedent, de conformitat amb les exigències de l'article 9 de la Llei 8/2015, i es conclou que la situació presentava un risc molt alt pel sistema financer i per a la reputació del sistema financer andorrà.

- El pla de resolució de l'AREB de l'11 de juny del 2015 no es conceptua com un acte administratiu, ja que només és un programa per les accions de l'AREB i, per tant, és un acte preparatori (fonament de dret quart).

- En el fonament de dret cinquè, la sentència de la Sala Administrativa considera que les

disposicions de la Llei 8/2015 no són retroactives, ja que s'inspiren en els processos de la Directiva 2014/59/UE i no representen una figura de retroactivitat, sinó d'aplicació immediata, considerant així mateix que la Llei esmentada no introdueix un procediment sancionador. A més, entén que les afirmacions, d'acord amb les quals aquesta Llei retallaria drets individuals, discriminaria els subjectes i promouria el secretisme, no han estat acreditades.

- L'aute del 22 d'abril del 2021 resol l'incident de nul·litat plantejat pels recurrents i estima que s'ha tingut en compte l'informe i que s'ha donat resposta a les al·legacions de manera minuciosa, sense que el jutge estigui vinculat per les conclusions del perit. Respecte del pla de resolució, l'incident repeteix els arguments ja desestimats per la sentència. I, sobre la necessitat de deferir la qüestió al Tribunal Constitucional, considera que la sentència ha motivat de manera àmplia la desestimació d'aquesta pretensió.

2.3. Argumentació del Ministeri Fiscal

- El Ministeri Fiscal demana la desestimació del recurs d'empara, d'acord amb les al·legacions següents:

- Quant a la valoració probatòria, afirma que l'aute del 16 de gener del 2017 del Tribunal Constitucional va inadmetre a tràmit el recurs d'empara en aquella causa i allò que pretenen els recurrents és que el Tribunal Constitucional torni a valorar la prova pericial. La Sala Administrativa va considerar la valoració probatòria dels recurrents com a no realista, perquè ignorava la nota de la FinCEN. Quant a les altres proves, aquestes es mencionen de manera molt difusa i no es concreten quines eren, ni la seva utilitat, ni si van ser denegades, ni si es va protestar contra aquesta denegació, etc.

- Pel que fa al pla de resolució, assenyala que la selecció, la interpretació i l'aplicació de les normes són funcions de la jurisdicció ordinària. Quan l'article 62.1 de la Llei 8/2015 afirma que els actes i les decisions de l'AREB són directament impugnables, allò que fa és establir una excepció al règim general d'esgotament de la via administrativa, però no determina quins són els actes impugnables; qüestió que es fixa a l'article 8.2 de la Llei de la jurisdicció administrativa i fiscal i que solament possibilita la impugnació dels actes definitius i no dels preparatoris, com és el pla de resolució, el qual no conté cap decisió definitiva, sinó un programa d'accions.

- En relació amb l'al·legada aplicació retroactiva de la Llei 8/2015, manifesta que la Llei s'aplica a la situació existent al moment de la seva entrada en vigor. És una Llei d'abast general i que no fa sinó implementar els compromisos ja assolits per l'Estat andorrà, com ho és un procés per a la reestructuració i la resolució d'entitats financeres. No s'ha de confondre la intervenció de la BPA per part de l'INAF amb la constatació de la situació d'inviabilitat de la BPA, la qual podia ser anterior o sostinguda en el temps, però si es manté quan la Llei és vigent, aquesta esdevé aplicable. Es tracta d'una aplicació immediata i no retroactiva.

- Per acabar, el Ministeri Fiscal demana al Tribunal Constitucional que desestimi aquest recurs d'empara per no haver-se produït cap vulneració dels drets fonamentals al·legats.

2.4. Argumentació de l'AREB

- L'AREB argumenta que mitjançant un aute del 15 d'octubre del 2020 la Sala Administrativa va

incorporar a les actuacions el dictamen pericial practicat a la Batllia i, per tant, va ser tingut en compte per la Sala, així mateix aquest dictamen va ser mencionat en els seus antecedents. La part adversa va incloure la pericial en les seves conclusions i aquestes van tenir resposta per part de l'òrgan judicial.

- Sobre el pla de resolució, estima que es tracta d'un acte preparatori i no d'un acte administratiu, de manera que no pot ser objecte d'impugnació.

- Les al·legacions sobre la inconstitucionalitat resten fora de l'abast del recurs d'empara, com ho ha reconegut el Tribunal Constitucional en la seva sentència del 8 d'abril del 2019, recaiguda en la causa 2018-61-RE. Afegeix que la Llei 8/2015 no pot ser entesa com a una llei *ad hoc* perquè allò que fa és plasmar i transposar parcialment la Directiva 2014/59/UE, i regular, amb caire processal, que la crisi d'una entitat financera es dirimeixi mitjançant un procediment diferent al de les societats mercantils. Es tracta d'una aplicació immediata de la llei i no d'una aplicació retroactiva, com ja va exposar el Tribunal Constitucional en la sentència del 16 d'octubre del 2017, recaiguda en la causa 2017-16-RE.

- Per acabar, demana al Tribunal Constitucional que declari que les resolucions impugnades són ajustades als preceptes constitucionals, i que condemni a la part contrària a satisfer les costes originades per aquest recurs d'empara.

3. Fonaments jurídics del Tribunal Constitucional

3.1. El recurs d'empara no converteix el Tribunal Constitucional en una tercera instància ni en un tribunal suprem; l'únic objecte del recurs d'empara és el de verificar que les decisions impugnades estiguin motivades i es fonamentin en un raonament jurídic que no sigui il·lògic ni absurd i que no vulnerin cap dels drets protegits per l'article 10 de la Constitució.

3.2. Aquest Tribunal Constitucional ha posat en relleu, de forma reiterada, que el cànon de constitucionalitat relatiu a la selecció del dret aplicable i la seva aplicació consisteix en reconèixer que aquesta tasca esdevé prioritària de la jurisdicció ordinària, de manera que només es pot entendre vulnerat el dret a la jurisdicció de l'article 10 de la Constitució quan la selecció o l'aplicació del dret resulta il·lògica, no raonable o absurda.

Des d'aquesta òptica, la part recurrent retreu a la Sala Administrativa que no hagi valorat ni apreciat la prova pericial que va presentar i que no hagi efectuat cap comentari al respecte. En canvi, de la lectura de la sentència d'aquesta Sala s'extreu que, en el fonament de dret tercer, en l'anàlisi de la valoració dels actius i dels passius de l'entitat BPA s'ha de tenir en compte la nota de la FinCEN i que, encara que la valoració s'efectuï a data 31 de maig del 2015, s'han de prendre en consideració els esdeveniments intervinguts des del principi del mes de març del 2015. Així, després de la nota de la FinCEN, la BPA es trobava sotmesa a alguns riscos financers que afectaven la seva valoració.

El mètode de valoració que presenten els recurrents no és l'adequat segons la Sala Administrativa, ja que no és realista perquè no contempla la nota de la FinCEN que va motivar la intervenció de l'INAF. En canvi, entén com a més adequat el mètode seguit per PwC, ja que la seva valoració és molt detallada i precisa i, en aquest sentit, la valoració de l'AREB és ajustada a dret.

De la lectura del referit fonament de dret de la sentència, s'extreu que la Sala Administrativa ha

efectuats una valoració de les proves pericials, segons la sana crítica, i ha exposat els motius pels quals atorga preponderància a una pericial davant d'una altra. I aquesta motivació, fonamentada en l'existència de la nota de la FinCEN, resulta raonable i lògica.

Així mateix, en el recurs d'empara s'efectua una al·legació sobre la major part de la resta de les proves demanades, que han estat denegades sense la més mínima motivació, sense que la part recurrent identifiqui, ni precisi de quins mitjans de prova es tracta, ni quines han estat les motivacions que es consideren insuficients o errònies.

3.3. El següent motiu del recurs d'empara s'adreça a qüestionar la impossibilitat d'impugnar el pla de resolució. Així, els recurrents consideren que l'article 62.1 de la Llei 8/2015 preveu la possibilitat d'impugnar el pla i que aquest dret conferit legalment no pot ser exclòs pel jutge administratiu. El fet que sigui un acte preparatori, com sustenta la Sala Administrativa, no impedeix el recurs, ja que, en primer terme, ho admet la Llei 8/2015, i, en segon terme, perquè l'acte preparatori es troba en el Codi de l'Administració i la seva aplicació està exclosa per la Llei 8/2015.

Aquest motiu del recurs tampoc pot ser acollit. Una vegada més, la part recurrent vol que aquest Tribunal Constitucional se situï en l'àmbit competencial de la jurisdicció ordinària i procedeixi a seleccionar i a aplicar el dret per resoldre aquesta controvèrsia, quan ressurt que la selecció del dret i la seva interpretació realitzada per la Sala Administrativa no és il·lògica, absurda o no raonable, de manera que no es contravé tampoc el cànon de constitucionalitat.

En efecte, l'article 62.1 de la Llei 8/2015 no indica quins actes són susceptibles de recurs administratiu, sinó que allò que determina és que aquests actes i decisions esgoten la via administrativa i poden ser directament impugnables. I aquest precepte s'ha de posar en relació amb l'article 8 de la Llei de la jurisdicció administrativa i fiscal, que reserva la impugnació als actes definitius, als de tràmit quan impossibiliten la continuació del procés i a aquells que generin indefensió. Per consegüent, si la Sala Administrativa qualifica el pla de resolució com a un acte preparatori i no definitiu, la interpretació de l'article 62.1 de la Llei 8/2015 i de l'article 8 de la Llei de la jurisdicció administrativa i fiscal esdevé ajustada a la lògica i a la raó, sense que pugui, per tant, prosperar el motiu del recurs interposat.

3.4. Respecte de les al·legacions que integren el darrer motiu del recurs d'empara, relatives a la retroactivitat de la Llei 8/2015 i al fet que aquesta és una llei singular de caire substantiu i més restrictiva que la norma concursal vigent sobre suspensions de pagaments i fallides, quan l'article 3.2 de la Constitució conté el principi de no retroactivitat de les disposicions restrictives de drets individuals, aquest Tribunal Constitucional ja ha posat en relleu (veg. la sentència del 8 d'abril del 2019, recaiguda en la causa 2018-61-RE) que el recurs d'empara no pot ser emprat per impugnar la constitucionalitat d'alguns dels preceptes de la llei, com és el cas, en relació amb aquells que, segons la part recurrent (disposicions addicional segona i transitòria tercera) són contraris a la prohibició de retroactivitat de les disposicions restrictives de drets individuals (article 3.2 de la Constitució).

I, al respecte, es va declarar que: "3.5. A més, el fet que els recurrents sol·licitessin als tribunals ordinaris el plantejament d'una acció incidental d'inconstitucionalitat en relació amb aquesta Llei, el qual va ser desestimat per la no concurrència dels requisits formals necessaris, no els autoritza a utilitzar de manera ulterior la presentació d'un recurs d'empara per continuar impugnant la constitucionalitat de la Llei en qüestió. 3.6. Per consegüent, l'única qüestió que aquest Tribunal pot examinar és la de saber si la interpretació de l'article 47.1 de la Llei 8/2015 -que integra en l'ordre jurídic andorrà allò que disposa l'article 84 de la Directiva 2014/59/UE- ha tingut com a conseqüència

la vulneració del dret a la jurisdicció dels recurrents fins al punt de situar-los en indefensió material en termes del dret a la defensa i de l'equitat del procés".

3.5. Des d'aquesta òptica, s'ha de sostenir que el principi de no retroactivitat, fonamentat en l'article 3.2 de la Constitució, com a tal, no pot justificar un recurs d'empara autònom, ja que, segons reiterada jurisprudència d'aquest Tribunal, l'article 3.2 només es pot emprar com a una eina hermenèutica dels drets fonamentals que tenen accés en empara.

Així, correspon a aquest Tribunal Constitucional, com vam assenyalar en la nostra sentència del 15 de març del 2021, recaiguda en la causa 2020-76-RE, verificar que la decisió de la Sala Administrativa es troba motivada de manera detallada i complerta i explícita, de manera raonable i lògica sobre els motius pels quals la llei no és d'aplicació retroactiva.

3.6. Aquest Tribunal Constitucional s'ha ocupat en reiterades vegades del deure de motivació (entre d'altres veg. les sentències del 2 d'abril del 2012, recaiguda en la causa 2011-37-RE, del 12 d'octubre del 2018, recaiguda en la causa 2018-21-RE i del 9 de setembre del 2019, recaiguda en la causa 2019-34-RE).

La doctrina del Tribunal ha estat constant en destacar que el deure de motivar les sentències, no només present en l'article 10 sinó també en l'article 86.2 de la Constitució ("*2. En tot cas, les sentències seran motivades, fonamentades en l'ordenament jurídic i notificades fefaentment*"), deriva de la necessitat que els jutges expliquin el raonament emprat per tal que els justiciables puguin entendre els motius pels quals les seves pretensions han estat totalment o parcialment rebutjades.

La motivació és una conseqüència de la bona administració de justícia (Garcia Ruiz c/ Espanya, del 21 de gener de 1999, §26), alhora que requereix que es recolzi en criteris objectius derivats del dret. A més, i no es pot oblidar, la motivació de les resolucions judicials i, per tant, l'explicitació de l'aparell argumentari per acollir o refusar les pretensions de les parts és el que possibilita que els tribunals superiors, els quals han de resoldre els recursos contra les resolucions judicials, puguin conèixer les raons en les quals s'ha fonamentat l'òrgan judicial *a quo* en la seva resolució.

Per últim, però no menys important, el Tribunal Europeu dels Drets Humans ha assenyalat que la motivació conté una exigència de rigor i de qualitat. I, en aquest sentit, s'han equiparat a les denegacions de justícia aquelles fonamentacions estàndards, esquemàtiques o vagues (Georgiadis c/ Grècia, del 29 de maig de 1997, §42-43; Higgins c/ França, del 19 de febrer de 1998, §42-43).

3.7. En aquestes coordenades, la Sala Administrativa ha explicitat, en el fonament de dret cinquè de la sentència impugnada, que la Llei 8/2015 introdueix uns processos inspirats en la Directiva 2014/59/UE, que no estableix un procediment sancionador i que no constitueix una figura de retroactivitat sinó d'aplicació immediata de la Llei, alhora que no s'han provat els greuges de discriminació. I són aquests arguments aquells que justifiquen que la Sala Administrativa no consideri adient sotmetre la qüestió sobre la constitucionalitat de la Llei 8/2015 al Tribunal Constitucional.

La motivació emprada no pot ser titllada de no raonable o d'il·lògica, a la vegada que tampoc pot merèixer el qualificatiu d'arbitrària, sinó que es tracta d'una hermenèutica de la Llei 8/2015 i de la diferenciació entre allò que és una figura de retroactivitat i l'aplicació immediata de la llei, per concloure, segons la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia mateix, que ens trobem en aquest darrer supòsit. I aquesta interpretació del dret aplicable correspon a la jurisdicció ordinària, de manera que atès que no es vulnera el cànon de constitucionalitat establert al respecte, el motiu

també ha de decaure.

3.8. La desestimació del recurs d'empara implica, en matèria de costes processals, la imposició a la part recurrent de les costes derivades del seu refús (article 92.4 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional).

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 el recurs d'empara interposat per la representació processal de les societats Successors d'Higini Cierco Garcia, SA, i Cierco Martinez 2 - 2003, SL, i, dels Srs. Roser Noguer Enriquez i Ramon Cierco Noguer contra la sentència del 19 de febrer del 2021 i contra l'autè del 22 d'abril del mateix any, dictats per la Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia.
2. Imposar a la part recurrent en empara les costes processals derivades de la desestimació del seu recurs.
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 dels recurrents, a la representació processal de l'AREB, 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 7 de setembre del 2021.

Josep-D. Guàrdia Canela
President

Jean-Yves Caullet
Vicepresident

Joan Manel Abril Campoy
Magistrat

Dominique Rousseau
Magistrat

