

Núm. de Protocol: P-004/2018

SENTÈNCIA 6-2019

PARTS:

Agent: Srs. ISP / MDA / GME i la societat J.

Representant: Sr. ACR

Advocada: Sra. CVA

Defenent: MINISTERI FISCAL

Defenent: GOVERN D'ANDORRA

Representant: Sr. CPS

Advocada: Sra. MFL

COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL:

President: Sr. Albert ANDRÉS PEREIRA

Magistrats: Sr. Yves PICOD

Sr. Vincent ANIÈRE

Sra. Marie CONTE

Sr. Carles CRUZ MORATONES

Sr. Jaume TOR PORTA

Sra. Elsa PUIG MUÑOZ

Sra. Eulàlia AMAT LLARI

Sr. Bernard PLAGNET

Andorra la Vella, disset d'abril de dos mil dinou.

El Ple del Tribunal Superior de Justícia, format pels Magistrats abans esmentats, ha vist les presents actuacions iniciades a demanda dels Srs. ISP, MEA, GME i la societat J., per al reconeixement d'un funcionament anormal de l'Administració de Justícia, en les quals han estat part el Ministeri Fiscal i el Govern d'Andorra.

Ha estat ponent la magistrada **Sra. Marie CONTE**, la qual expressa el parer del Tribunal.

ANTECEDENTS DE FET

1.- Que en data 28-2-2018, els Srs. ISP, MEA, GME i la societat J., van formular demanda en responsabilitat patrimonial de l'Estat per causa d'error judicial i de funcionament anormal de l'Administració de Justícia, sol·licitant al Ple d'aquest Tribunal que estimés la demanda en els següents termes:

A- Que es declarés i reconegués l'existència d'error judicial i de funcionament anormal de la justícia segons l'exposat, i que es fixessin les següents indemnitzacions:

- 1) A la Sra. ISP, l'import mínim de 449.105,38 euros, englobat per 442.105,38 euros de dany emergent (435.950,35 euros per la pèrdua de valor dels seus actius financers, 3.155,04 euros com a part proporcional d'honoraris d'advocats i 3.000 euros de despeses de desplaçament i allotjament a Andorra), 7.000 euros per danys morals i la xifra que el pèrit determini pel lucre cessant.
- 2) A la Sra. MEA l'import mínim de 457.350,29 euros, englobat per 450.350,29 euros de dany emergent (447.195,25 euros per la pèrdua de valor dels seus actius financers, 3.155,04 euros com a part proporcional d'honoraris d'advocats), 7.000 euros per danys morals i la xifra que el pèrit determini pel lucre cessant.
- 3) A la societat J. l'import mínim de 186.882,25 euros, de dany emergent (183.727,21 euros per la pèrdua de valor dels seus actius financers, 3.155,04 euros com a part proporcional d'honoraris d'advocats).
- 4) Al Sr. GME l'import mínim de 10.775,04 euros, englobat per 3.755,04 euros de dany emergent (3.155,04 euros com a part proporcional d'honoraris d'advocats i 600 euros de despeses de desplaçament i allotjament a Andorra) i 7.000 euros per danys morals.

B- Subsidiàriament, pel cas de que no s'estimés l'error judicial, es demanava que es declarés l'existència del referit funcionament anormal de l'administració així com llur responsabilitat, i que es fixessin les mateixes sumes indemnitzables.

C- I en qualsevol dels dos casos anteriors, les costes del procediment, inclosos honoraris d'advocat i procurador.

2- Que els demandants exposen que:

Per aute de 17-10-2017, es va decretar l'arxiu de les diligències prèvies número 80000xxx/2015 i es van deixar sense efecte totes les mesures cautelars adoptades en dites diligències prèvies, contra els Srs. ISP, MMC (Difunt), GME, MME, la societat J., i altres. Dit aute fou notificat personalment al Sr. GME en data 29-11-2017, sense que consti la data de notificació als restants demandants.

Tal i com refereix l'aute, les diligències prèvies es van incoar el 9-9-2010, subsegüent a la denúncia interposada davant la Fiscalia pel director de l'Institut Nacional de Finances d'Andorra (INAF), atès que l'entitat bancària Y, el 25-8-2010, va posar en coneixement de l'INAF un informe del seu departament d'auditoria interna, sobre un possible cas d'abús d'informació per part d'un particular.

Les mesures cautelars que afecten a la present causa foren acordades per aute de 5-10-2010, el qual decretà el bloqueig dels comptes d'Y números 0000011 (TA000011), titularitat d'ISP i 0000022 (TA000022) titularitat de MMC i MEA. També per l'aute de 17-12-2010, es decidí el bloqueig del compte bancari d'Y número 0000033 (TA000033), titularitat de J.

L'aute de 17-10-2017, al seu CONSIDERANT I.-, afirma: *“Que s'han practicat totes les diligències encaminades a esclarir els fets i no tenint, fins a la data d'avui en autes, malgrat la instrucció practicada, elements suficients constitutius d'il·lícit penal per part dels inculpats, s'escau procedir a l'arxiu de les presents diligències prèvies(...)”* i ho fa respecte a tots els encausats (la Sra. MME i el Sr. JCA) de conformitat amb l'article 42.1 a) del Codi de procediment penal.

Pel que fa a l'error judicial, manifestaven que aquest resideix en la providència d'incoació de diligències prèvies de data 9-9-2010 i el correlatiu aute de data 10-9-2010, el qual considera erròniament subsumits dins del tipus penal de l'article 394 del Codi penal, uns fets denunciats pel director general de l'INAF al Ministeri Fiscal, i tramesos al Batlle instructor per aquest darrer, i que hagués hagut d'arxivar per manca de tipicitat, doncs l'article 394 del Codi penal, regula el delictes d'un particular quan obté informació privilegiada d'una autoritat pública o un funcionari, i que s'entén

per informació privilegiada, tota informació de caràcter concret que es tingui exclusivament per raó del càrrec. Que la conducta pretesament delictiva (compra i venda de derivats i accions sobre títols de l'empresa P. realitzades entre el dia 12 i 17 d'agost de 2010), no pot subsumir-se en el tipus penal de l'article 394 del Codi penal, per no existir cap autoritat o funcionari que hagi facilitat cap informació per raó del seu càrrec a cap dels encausats.

Pel que fa al funcionament anormal de l'administració de la justícia, sostenien que la prolongació del procediment durant més de 7 anys abans d'arribar a l'arxiu, ha vulnerat el seu dret a un judici de durada raonable.

Precisaven que han sofert danys consistents en primer lloc, en danys emergents, certs i efectius, avaluable econòmicament en relació als comptes bancaris, quina prova objectiva consisteix en la comparació entre els valors dels saldos al moment del bloqueig i després del bloqueig, devent-se precisar que els comptes corrents d'ISP i MEA, es trobaven vinculats amb sengles pòlisses de l'entitat Y., que servien per finançar les operacions d'inversió i que es garantien amb una penyora sobre el valor de les carteres dels titulars.

Afegien que formen també part dels danys emergents, les despeses d'advocat i dels viatges dels demandants.

Al·legaven també, l'existència d'un lucre cessant resultant de la pèrdua de la disposició sobre els comptes, que es pot concretar en el benefici anual mig que haguessin pogut obtenir els demandants, a determinar mitjançant una prova pericial que ha de ser ordenada per la jurisdicció.

Demanaven, en definitiva, la reparació dels perjudicis morals dels interessats i el reemborsament de les costes judicials exposades.

3.- Que el Ministeri Fiscal interessava la desestimació de l'acció, en base a les següents argumentacions:

En primer lloc, que s'havia d'inadmetre la demanda de reconeixement d'error judicial, per ser aquesta extemporània, essent segons els demandants, constitutiva de l'error judicial la providència d'incoació de les diligències prèvies de data 9-9-2010.

Manifestava subsidiàriament, que el requisit per incoar unes diligències prèvies, no és la constatació de que els fets són constitutius de delictes, sinó que es tracta a la vista de la "*noticia criminis*", de practicar les

diligències necessàries per determinar amb precisió la seva natura i circumstàncies, i que en el cas d'autoes, existeixen nombrosos elements que apunten a que s'havia pogut utilitzar informació privilegiada, per obtenir beneficis econòmics mitjançant operacions financeres realitzades a través d'entitats bancàries del Principat.

Pel que fa a l'acció de reconeixement del funcionament anormal de l'administració de la justícia, fonamentada en una vulneració del dret a un judici de durada raonada, exposava que el cas d'autoes és clarament complex, necessitant la cooperació internacional de diverses jurisdiccions amb les comissions rogatòries corresponents, i que el detall de les actuacions realitzades exclou la pretesa passivitat dels òrgans judicials.

4.- Que també s'oposava a la demanda la representació del Govern d'Andorra, al·legant, en síntesi, que:

La manca de legitimació de les Sres. ISP i MEA i de la societat J., per instar la present acció, per no haver estat destinataris aquests darrers de la notificació de la decisió d'arxivar les diligències prèvies.

En quant el fons, entén que no s'ha produït cap error judicial per haver incoat el procediment, considerant que els fets investigats serien sospitosos d'incórrer en el delictes tipificats a l'article 394 del Codi penal, havent observat que tant la secció d'instrucció com el Tribunal de Corts (en apel·lació instada contra les mesures cautelars), van confirmar la legalitat d'aquestes mesures.

Observava que si bé, la instrucció va ser llarga, no obstant això, no va patir cap paralització, essent el cas d'autoes d'una complexitat jurídica particular.

Sostenia en definitiva, a títol subsidiari, que no resta acreditat que les pèrdues sobrevingudes en operacions de risc molt elevat, siguin atribuïdes automàticament a la intervenció judicial.

5- Que mitjançant auto de data 29-5-2018, s'acordà; **Primer:** Desestimar la petició formulada pel Ministeri Fiscal, en l'escrit de data 5-4-2018 consistent en inadmetre a tràmit per extemporània, l'acció de reconeixement de l'error judicial interposada. **Segon:** Desestimar l'excepció de manca de legitimació activa de les Sres. ISP i MEA i de la societat J., sol·licitada per la representació processal del Govern en l'escrit de data 10-4-2018.

FONAMENTS DE DRET

I.- CONSIDERANT: que en aplicació de les disposicions de l'article 10.3 de la Llei Qualificada de la Justícia, el Ple d'aquest Tribunal Superior de Justícia és competent per conèixer de l'acció per al reconeixement de l'error judicial o de l'anormal funcionament de l'administració de justícia, i fer l'eventual avaluació del dany, que segons el mateix text, l'acció s'ha d'intentar dins del termini improrrogable de 3 mesos comptadors des del dia en què el pugui exercitar.

En el present cas l'acció s'ha interposat en el termini degut.

II.- CONSIDERANT: pel que fa al supòsit d'error judicial, només una equivocació evident indiscutible i palmària en la determinació dels fets, o en la interpretació i aplicació de la llei pot donar lloc a que es declari que s'ha produït un error d'aquesta naturalesa, de manera que les conclusions a les que s'ha arribat siguin il·lògiques o sense raó.

Els demandants invoquen un error de dret que segons ells, és generador de la responsabilitat de l'Estat, i que resideix en la providència d'incoació de diligències prèvies de data 9 de setembre de 2010 i el correlatiu Aute de data 10 de setembre de 2010, el qual consideren erròniament subsumit dins del tipus penal de l'article 394 del Codi penal, essent uns fets denunciats pel director general de l'INAF i transmesos a la Batlle Instructora pel Ministeri Fiscal, i que hagués hagut d'arxivar per manca de tipicitat, en no existir cap autoritat o funcionari que hagi facilitat -com ho exigeix aquest text legal- cap afirmació per raó del ser càrrec, a cap dels encausats.

Convé en primer lloc remarcar, que segons l'Aute de data 17 de desembre de 2010, confirmat per l'aute de data 2 de març del 2011 del Tribunal de Corts, la Batlle instructora va denegar les demandes d'aixecament de les mesures cautelars de bloqueig dels comptes bancaris i d'arxiu de les diligències prèvies número DP XXXX-6/10, formulades pels demandants, sostenint la mateixa argumentació avui desenvolupada. Aquests consideren que l'aute d'arxiu de les diligències prèvies de data 17 d'octubre de 2017, afecta "*ab initio*" i de manera retroactiva la providència d'incoació de diligències prèvies de data 9 de setembre de 2010, i el correlatiu aute de 10 d'octubre de 2010.

Ara bé, segons el que disposa l'article 40 del Codi de procediment penal, les diligències prèvies tenen precisament per objecte verificar l'existència material del delictes, i identificar les persones que hagin participat *“quan amb els elements de fet que constin en l'atestat en la denúncia o en la querella no se'n pot determinar la natura, les circumstàncies i les persones que hi hagin participar o el procediment oportú”*

El requisit per incoar diligències prèvies, no és doncs la constatació de que els fets siguin constitutius de delictes, però només l'existència d'elements que necessiten actuacions per determinar la naturalesa, circumstàncies i qualificació jurídica dels fets denunciats, que permetran eventualment l'obertura de la fase d'instrucció.

No es discuteix pels demandants l'existència d'una denúncia de data d'agost del 2010 de l'INAF, la qual va ser posada en coneixement per l'entitat bancaria Y, d'un informe d'auditoria interna sobre un possible cas d'abús d'informació privilegiada, a través dels comptes dels avui demandants, quins fets van justificar la incoació de diligències prèvies.

L'arxiu intervingut de dites diligències no pot haver -com a conseqüència- afectat la decisió d'obertura de les mateixes, a pena d'arribar al resultat absurd, de considerar com procedent d'un error judicial, les decisions d'incoació de diligències prèvies, que es conclouen per una decisió d'arxiu.

La conseqüència és que els autes citats no comporten cap error judicial.

III.- CONSIDERANT: que, pel que fa al supòsit de funcionament anormal de l'administració de justícia, la Constitució en el seu article 10.2 garanteix a tothom el dret a un judici de durada raonable i el Tribunal Constitucional té declarat que el bé jurídic protegit per aquest dret *“és que les actuacions judicials es realitzin en una durada raonable i per tal de precisar aquest concepte indeterminat, cal ponderar, en cada cas la durada de les diverses fases del procés, la complexitat de la qüestió enjudiciada, l'activitat desplegada pels òrgans judicials i el comportament processal de les parts”*

No es pot discutir en el present cas, la complexitat de les investigacions a realitzar, necessitant la cooperació internacional de diverses jurisdiccions (Estat Units, Espanya, Suïssa) amb les corresponents comissions rogatòries, tractant-se d'un assumpte financer que va requerir un estudi detallat de totes les operacions realitzades amb el que es coneix com a productes financers complexos.

A més, no es pot afirmar que l'activitat desplegada pels òrgans judicials hagi estat passiva o poc proactiva, malgrat la durada del procediment.

En efecte se'n desprèn de l'examen de les actuacions practicades, que aquestes han estat constants, que s'han realitzat nombrosos actes d'investigació, alguns dels quals per la seva pròpia naturalesa, requereixen de temps, i que no es constata entre ells un termini que seria excessiu, observant-se que els demandants es queixen de manera general d'una durada excessiva, però sense assenyalar cap inacció o retard concret.

Igualment, pel que fa l'activitat processal de les parts, els investigats van iniciar recursos: una oposició, una apel·lació, un incident de nul·litat, un recurs d'empara (exercint certament i legítimament llurs drets) que no han contribuït a agilitzar la prossecució de la causa.

Convé en conseqüència considerar, que no s'ha produït un funcionament anormal de l'administració de justícia, i per tant s'ha de desestimar l'acció interessada en base a aquest raonament.

IV.- CONSIDERANT: que no s'aprecia una especial temeritat o mala fe que justifiqui la imposició de costes del procés.

En atenció a tot el que s'ha exposat, el Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa, en nom del poble andorrà:

DECIDEIX

DESESTIMAR la demanda formulada pels Srs. ISP, MEA, GME i la societat J., mitjançant la qual exercitaven l'acció de responsabilitat patrimonial de l'Estat, com a conseqüència d'un error judicial i d'un funcionament anormal de l'administració de justícia

Aquesta sentència és ferma i executiva.

