

Núm. de Protocol: 1000025/2015

Núm. Rotlle: TSJA-0000109/2016

SENTÈNCIA 30-2017

PARTS:

Apel·lant: INAF (INAF)

Representant: Sra. MRPO

Advocat: Sr. AFP

Apel·lant: Sr. HCN

Sr. RCN

Sr. RCM

Sr. FBP

Sr. JPMP

Representant: Sra. HDB

Advocada: Sr. ECP

COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL:

President: M. I. Sr. Albert ANDRÉS PEREIRA

Magistrats: M. I. Sr. Bernard PLAGNET

M. I. Sra. Marie CONTE

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

El Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa, ha vist el recurs d'apel·lació a les actuacions número **1000025/2015**.

En la tramitació d'aquestes actuacions han estat observades les prescripcions legals, i ha estat ponent el magistrat **M.I. Sr. Bernard PLAGNET**, el qual expressa el parer del Tribunal.

ANTECEDENTS DE FET

1.- La representació processal dels Srs. HCN, RCN, RCM, FBP i JPMP va interposar demanda jurisdiccional contra els acords del Consell d'Administració de l'INAF de dates 10 i 11 de març de 2015, mitjançant els quals, en el primer s'acordava la incoació d'un procediment sancionador contra la societat XYZ (en endavant, XYZ) i s'adoptava la mesura cautelar de restringir el camp d'actuació de XYZ mitjançant el nomenament de dues persones que exercirien mancomunadament funcions d'intervenció, i en el segon es deixava sense efecte la mesura cautelar anterior substituint-la per la suspensió provisional de tots els membres del Consell d'Administració de XYZ i de la direcció general.

2.- En la sentència del 21 de setembre de 2016 el Tribunal de Batlles ha declarat acabat el procediment per pèrdua de l'objecte del procés.

3.- En l'escrit d'apel·lació de data 22 de novembre de 2016, els Srs. HCN, RCN, RCM, FBP i JPMP estimen en substància:

- les mesures cautelars van existir i van desplegar els seus efectes durant més d'un mes i la jurisdicció administrativa ha d'efectuar el degut control de legalitat dels dits actes administratius desfavorables a la data en que foren adoptats.

- el *petitum* principal del present escrit és la revocació de la sentència de la Batllia amb demanda expressa de retroacció de les actuacions davant del propi Tribunal de Batlles a la fase probatòria.

En la contesta a l'apel·lació de l'adversa de data 16 de desembre de 2016 els interessats precisen que les mesures impugnades s'han aplicat, han causat efectes jurídics i, siguin ara i avui vigents o substituïdes, havien de tenir base legal suficient quan foren adoptades i no la tenien.

4.- En el seu escrit d'apel·lació de data 28 de novembre de 2016, l'INAF estima en substància:

- l'INAF formula recurs únicament contra la no imposició de les costes processals, per entendre que l'adversa ha actuat amb temeritat i mala fe.

- s'ha d'admetre que certament l'error en els fonaments de dret que fonamenten la decisió no modifica aquesta i, conseqüentment, no hi ha cap raó per formular-hi recurs.

En la seva contesta de data 11 de gener de 2017, l'INAF estima en substància que les mesures cautelars que foren adoptades els dies 10 i 11 de març de 2015 es troben perfectament compreses entre les que descriu l'article 12 de la Llei de regulació del règim disciplinari del sistema financer, del 27 de novembre de 1997.

5.- En l'acte de la vista oral del 23 de març de 2017, les parts compareixents van exposar les consideracions que van considerar més adients per a la defensa de llurs interessos.

FONAMENTS DE DRET

Primer.- Competència.

El Tribunal Superior, Sala Administrativa, és competent per conèixer del recurs, en aplicació de l'article 39.3 de la Llei qualificada de la Justícia.

Segon.- Prèviament, s'ha de delimitar l'abast del litigi en funció del *petitum* de l'escrit de recurs de primera instància (foli 16):

“vulgui dictar sentència estimant la present demanda jurisdiccional, tot declarant:

- la nul·litat o l'anul·labilitat de la mesura cautelar adoptada per acord del Consell d'Administració de l'INAF en la reunió celebrada el dimarts 10 de març de 2015 i notificada al Sr. HCN en la seva qualitat de President del Consell d'Administració de XYZ, el vespre del mateix dia 10 de març de 2015 (vid. document num.1).

- la nul·litat o l'anul·labilitat de la mesura cautelar adoptada per acord del Consell d'Administració de l'INAF el dimecres dia 11 de març de 2015 i notificada a tots els nostres representants ja sigui el dijous del 2015 o bé el divendres 13 de març del 2015 (vid. document num.2).”

Per conseqüent, el litigi versa únicament sobre la legalitat d'aquestes dos mesures cautelars.

Tercer.- La sentència recorreguda ha jutjat *“declarar acabat el procediment, per haver deixat, el Consell d'Administració de l'INAF sense efecte les mesures cautelars en dates 10 i 11 de març de 2015 i, doncs per pèrdua de l'objecte del procés, tot ordenant l'arxiu de les actuacions”*.

La sentència es fonamenta en les disposicions de l'article 96 de la Llei administrativa i fiscal.

Als termes d'aquest article:

“Si després d'haver interposat una demanda davant la jurisdicció administrativa i fiscal, l'Administració resolgués conformement a la pretensions del demandant d'acord amb l'article 40 del Codi de l'Administració, l'Administració o el mateix demandant ho comunicarà als òrgans d'aquella jurisdicció, els quals, després d'escoltar el demandant, declararan acabat el procediment. El demandant podrà reproduir la demanda sense necessitat de recurs administratiu previ, en el cas que l'Administració revoqués en tot o en part la resolució a que es refereix l'apartat precedent, i dintre els terminis establerts per l'article 36 que es comptaran des de la data de notificació de la revocació”.

Les condicions previstes en aquest text no són reunides en aquest cas. En efecte, l'Administració no ha resolt *“conformement a la pretensions del demandant”*.

En conseqüència, la sentència s'ha d'anular.

Encara que aquestes mesures només es van aplicar durant un temps limitat, s'ha d'examinar la seva legalitat.

Aquesta Sala ha d'examinar el fons del litigi. El principi de la doble instància s'ha respectat atès que la Batllia ha examinat l'assumpte, en primera instància, i ha adoptat una sentència jurídicament motivada i els interessats s'han beneficiat del dret a la defensa.

Quart.- La cronologia dels fets és la següent:

- En data 6 de març de 2015, el *Department of the Treasury* dels Estats Units (*Financial Crimes Enforcement Network*, en endavant, “FinCEN”) escriu en una “notice”: *“FinCEN proposed imposition of the fifth special measure, pursuant to 31 U.S.C5318A(b)(5), would guard against the international money laundering and other financial crimes described above directly **by restricting the ability of XYZ to access the U.S. financial system to process transactions, and indirectly by public notification to the international financial community of the risks posed by dealing with XYZ and TPMLs.**”* (la negreta és nostra).

És a dir, que la “notice” americana fou adreçada a tota la comunitat financera internacional, compte tingudes les constatacions efectuades pel FinCEN, per exemple, *“FinCEN has found that reasonable grounds exist to support the following points:*

Several of XYZ's high-level management have facilitated financial transactions on behalf of TPMLs providing services for individuals and organizations involved in organized crime, corruption, human trafficking, trade-based money laundering, and fraud...” (foli 56).

- En data 9 de març de 2015, 1:01 PM, el CGEU va adreçar al Ministre d'Afers Exteriors un correu electrònic. Aquest correu conclou: *"We strongly encourage the host government to investigate these allegations and to take appropriate measures, if any, under its own authorities"* (foli 201, revers).

- En data 10 de març de 2015 a la tarda es reuneix el Consell d'Administració de l'INAF. En un informe de data 11 de març de 2015, l'INAF escriu: *"Atenent la responsabilitat de l'INAF, en tant que autoritat del sistema financer andorrà i d'acord amb l'establert en els articles 3.2,3.3 i 14.11 de la Llei 10/2013, de manera complementària a l'inici del referit expedient sancionador i en l'exercici del poder disciplinari que la llei atorga a aquest institut, el Consell d'Administració de l'INAF, en la reunió celebrada ahir a la tarda, va aprovar com a mesura cautelar, en virtut de l'establert a l'article 12 (...) restringir el camp d'actuació de XYZ..."* (foli 263).

- En data 11 de març de 2015, el Consell d'Administració de l'INAF va aprovar adoptar les següents mesures cautelars d'acord amb l'establert a l'article 12 de la Llei de regulació del règim disciplinari del sistema financer, del 27 de novembre de 1997:

"1. Deixar sense efecte la mesura cautelar adoptada en la sessió d'ahir pel Consell d'Administració.

2. La suspensió provisional de tots els membres del Consell d'Administració de XYZ.

3. La suspensió provisional dels següents membres de la Direcció General de XYZ.

4. Nomenament de les següents persones com a administradors provisionals mancomunats de l'entitat XYZ." (foli 28)

Cinquè.- Sobre la pràctica de la prova.

La pràctica de la prova és excepcional en segona instància (article 64 de la Llei de la jurisdicció administrativa i fiscal).

En aquest cas, la pràctica de les proves demandades en l'escrit del 10 d'abril de 2015 no són necessàries per resoldre el present litigi (v. folis 82 i s.). Els documents mencionats en aquest escrit són de caràcter general i no directament relacionats amb el litigi, és a dir, encaminades a l'apreciació de la legalitat de les mesures cautelars.

Sisè.- Sobre el fons.

El fonament jurídic de les mesures cautelars és l'article 12 de la Llei de regulació del règim disciplinari del sistema financer, de 27 de novembre de 1997.

Als termes d'aquest article:

“1. Un cop incoat el procediment amb la finalitat última de protegir el sistema financer i els interessos econòmics afectats, l'Institut Nacional Andorrà de Finances pot proposar a la Comissió Superior de Finances les mesures cautelars que cregui convenientes per tal d'assegurar l'eficàcia de la resolució que pugui recaure.

2. La Comissió Superior de Finances ha de determinar les eventuals mesures cautelars en el termini màxim de 24 hores a partir de la proposta de l'Institut Nacional Andorrà de Finances. En el cas en què la Comissió no es pugui reunir, és el Ministeri de Finances per delegació del Govern qui determini aquestes mesures.

3. Aquestes mesures poden consistir a: restringir el camp d'actuació de les entitats; prohibir provisionalment la realització de determinats tipus d'operacions; disposar la suspensió provisional de les persones que, pel fet d'exercir càrrecs d'administració o direcció general, de dret o de fet, en entitats del sistema financer, apareguin com a presumptes responsables d'infraccions molt greus; nomenar administradors provisionals especificant l'abast de les seves competències.”

Com diu l'article 12.1 de la Llei la finalitat última és protegir el sistema financer i els interessos econòmics afectats (v. més amunt).

En aquest cas, les amenaces contra el sistema financer eren molt importants.

En el seu informe del 12 de març de 2015, l'INAF exposa la relació dels fets ocorreguts durant la jornada del 11 de març de 2015 (foli 264):

“A mesura que va passant la tarda, un cop obert el mercat americà per la diferencia horària, el Sr. M. i el Sr. D. R. informen que s'estan tancant corresponsals (...)

- BM (T) informa que bloqueja el compte de corresponsal;*
- AAAA (M) informa que bloqueja el compte de corresponsal;*
- BAML (N) també informe que tanca el compte;*
- DB (F) comunica que tanca tots els comptes a XYZ i de BM per existir un risc reputacional molt alt;*
- BNZ també informa que tanca el compte.”*

Interessa fer una especial menció al fet que l'empleat de XYZ que, al seu torn, envia aquesta informació al Sr. S.R., informa en el seu e-mail que *“En la actualidad no disponemos de correspondientes en USD ni en EUR para poder operar. Ni tan solo para poder informar a las cuentas que nos cierran, donde deben transferir los fondos.”*

La conclusió és clara, com l'escriu l'INAF en conclusió del seu informe: *“D'acord amb la informació aquí exposada, s'observa que al*

finalitzar el dia 11 de març, l'operativa de XYZ amb els corresponents estrangers i alguns operadors de mitjans de pagament, entre d'altres, s'ha anat deteriorant fins al punt de fer difícil el funcionament ordinari de l'entitat" (foli 266).

Les mesures cautelars eren indispensables para restablir la confiança atès que aquesta situació presentava un risc molt alt pel sistema financer i, particularment per la reputació del sistema financer andorrà.

En conseqüència són ajustades a dret.

El procediment administratiu previst per la Llei ha estat respectat i els interessats han pogut interposar recurs jurisdiccional contra aquestes mesures.

S'ha de subratllar, un cos més, que el present litigi versa sobre la legalitat de les mesures cautelars i no sobre el procediment sancionador, que és un procediment diferent i que no és objecte del present litigi.

En efecte, les mesures cautelars van ser aprovades *"simultàniament i de manera complementària a l'inici del procediment sancionador"* (folis 25 i 215). És a dir, que els arguments contra l'expedient sancionador no poden prosperar.

Setè.- Pel que fa al recurs d'apel·lació que interposa l'INAF, no s'aprecien circumstàncies que haguessin justificat la imposició als agents de les costes de la primera instància.

En efecte, el recurs està jurídicament motivat i no es pot observar temeritat de la part dels recurrents i les mesures adoptades per l'INAF podien suscitar qüestions jurídiques que s'ha de resoldre per via judicial.

En conseqüència procedeix desestimar aquest recurs d'apel·lació.

Vuitè.- No s'aprecien circumstàncies determinants d'una especial condemna al pagament de les despeses d'aquesta segona instància.

DECISIÓ

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

Primer.- Estimar parcialment el recurs d'apel·lació presentat pels Srs. HCN, RCN, RCM, FBP i JPMP.

Segon.- Anul·lar la sentència recorreguda.

Tercer.- Desestimar la demanda interposada pels agents i declarar que les mesures cautelars adoptades en dates 10 i 11 de març de 2015 pel Consell d'Administració de l'INAF, són ajustades a dret i als fins que legitimen l'activitat administrativa.

Quart.- Desestimar el recurs d'apel·lació presentat per l'INAF.

Cinquè.- De no efectuar cap pronunciament sobre les costes d'aquesta instància.

Aquesta sentència és ferma i executiva.

Manem que una vegada s'hagi complert el que disposa l'article 76 de la Llei de la Jurisdicció Administrativa i Fiscal es lliurin els autes originals amb la certificació d'aquesta sentència al Tribunal de Batlles, Secció Administrativa, del qual procedien, i que s'arxivin les actuacions del Tribunal.

Així, per aquesta nostra sentència, definitivament jutjant, ho manem i signem.